

3 בדצמבר 2013

לכבוד
השרים חברי ועדת השרים לחקיקה

לכבוד
גב' ציפי לבני
שרת המשפטים ויו"ר ועדת השרים לחקיקה

דחוף – לדיון ועדת שרים לחקיקה ביום 8.12.13

הנדון: הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון – הגבלת הדרישה לויתור סודיות רפואית מדורש עבודה), התשע"ג-2013 (פ/1413/19) של יריב לוין ודב חנין

1. אנו מבקשים את תמיכתך בהצעת החוק שבנדון, שמטרתה לשים קץ לפגיעה החמורה בסודיות הרפואית במקומות עבודה. החקיקה המוצעת אוסרת על מעסיק להשיג מידע רפואי של עובד או להחתימו על ויתור סודיות רפואית (וס"ר). יחד עם זאת, כאשר קיימת חובה לוודא את כשירותו הבריאותית של העובד יוכל המעסיק להפנותו לרופא תעסוקתי, שרק הוא יוכל להיחשף למידע הרפואי של העובד.
2. במהלך עבודתנו אנו נתקלנו במקרים רבים של פגיעה קשה ומיותרת בסודיות רפואית במקומות עבודה. מועמדים לעבודה ועובדים נדרשים כעניין שבשגרה לחתום על וס"ר או לענות על שאלון רפואי. מידע רפואי נתפס כאינטימי וחשיפתו כרוכה בהשפלה ובמבוכה. פגיעה בסודיות הרפואית גם גוררת פגיעה בבריאות כיוון שמטופלים נמנעים מלמסור לרופא את מלוא המידע הדרוש לטיפול מיטבי. מידע רפואי משפיע על החלטות תעסוקתיות גם כשאין לכך בסיס רציונאלי, במיוחד כאשר נלווית ל"מצב הרפואי" סטיגמה שלילית. עובד שנאלץ לחשוף בפני המעסיק מידע על מצבו הרפואי, חי בחשש מתמיד, שמא מידע זה ישפיע על יחסו של המעסיק, או יגיע לידיעתם של חברים וממונים במקום העבודה ויהפוך לפרט רכילותי. חשש זה אינו מופרך וכבר אירע שמעסיק עשה שימוש במידע רפואי של העובד למטרות אסורות.
3. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, מידע רפואי הוא מידע "פרטי" וככלל אדם זכאי לחסותו ולשמור על פרטיותו מפני גילוי. מעסיק לא "יוכל לדרוש גילוי של כל פרט הנוגע לחייו האישיים של המועמד, ולהצדיק את הדרישה בכך שהדבר נעשה 'מרצון'".
4. אמנם, אל מול זכותו לעבודה של העובד עומדות זכויות וחובות של המעסיק - לנהל את העסק בצורה יעילה, לוודא שהעובד כשיר מבחינה בריאותית לבצע את תפקידו ואינו מסכן את עצמו, את העובדים האחרים או את ציבור הלקוחות. אינטרסים אלה עשויים להצדיק פגיעה מוגבלת בפרטיות, ובלבד שזו עומדת בתנאים של תכלית ראויה, רלבנטיות, מידתיות ותום לב. תנאים אלה אינם מתקיימים כאשר מידע רפואי נחשף בפני המעסיק, שחסר את המומחיות הדרושה כדי לקבוע כשירות רפואית. מומחיות זו היא נחלתו של הרופא התעסוקתי. העברת המידע הרפואי אל הרופא התעסוקתי, ואליו בלבד - כאמור בהצעת החוק - מבטיחה את השגת התכלית תוך פגיעה מידתית בפרטיות העובד.
5. הפרקטיקה הנוהגת היום במקומות עבודה רבים, והפגיעה הנגרמת בעטייה לזכויות היסוד של העובדים, לעמדתנו אינן חוקיות גם כיום, אך עובדים אינם מרבים להתלונן על הפגיעה, ולעיתים נדירות בלבד הם מצליחים להתגבר על המחסומים שעומדים בדרכם אל בית הדין לעבודה. במצב דברים זה, כל אי בהירות שבדין פועלות לרעתם: המעסיק קובע עובדות בשטח על יסוד פרשנויות משפטיות מופרכות, ותוך התעלמות מהדין.

6. **נדרשת אפוא חקיקה שתאסור במפורש** את הפרקטיקות הפסולות שנהוגות כיום, ותקבע סנקציות וערובות פרוצדורליות, שיסייעו באכיפת האיסור החוקי. הלשכה לאתיקה של הסתדרות הרופאים הביעה כבר את תמיכתה בהסדר המוצע ואנו מבקשים שתצטרפו אליה (מצ"ב חוות דעת מפורטת).

בכבוד רב,

האגודה לזכויות האזרח

הוועד למלחמה באיידס

האגודה לזכויות החולה

נספח: ויתור על סודיות רפואית במקום העבודה

1. **הצעת החוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון – הגבלת הדרישה לויתור סודיות רפואית מדורש עבודה), התשע"ג-2013 (פ/1413/19) חה"כ דב חנין ויריב לוי,** מעגנת במפורש את ההסדר החוקי, שלפיו אסור למעסיק לקבל מידע רפואי של עובד, לרבות על דרך החתמתו על ויתור סודיות רפואית (וס"ר). יחד עם זאת, כאשר קיימת בדין חובה לוודא את כשירותו הבריאותית של העובד יוכל המעסיק להפנותו לרופא תעסוקתי, שרק הוא יוכל להיחשף למידע הרפואי של העובד.

הצגת הבעיה

2. במקומות עבודה רבים נדרשים עובדים ומועמדים לעבודה לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואית (וס"ר) גורף או לענות על שאלון רפואי. לעיתים קרובות הדרישה היא חלק מהליך מיון שיגרתי ואינה מותנית אפילו במאפייני המשרה או התפקיד.¹ במקרים אחרים מבקשים מעסיקים מידע רפואי על בסיס שאלונים המופנים לרופא המשפחה. בשאלונים אלה מפרט המעסיק מספר מצבים רפואיים ורופא המשפחה מתבקש לאשר שהנבדק אינו לוקה בהן.

3. מידע רפואי נחשב לאינטימי מאוד ולעיתים קרובות חשיפתו כרוכה בהשפלה, במבוכה ובצער. תחושות אלו נעשות קשות עוד יותר שעה שמדובר במידע רגיש במיוחד - אם בשל המגבלות האובייקטיביות שקשורות בו, ואם בשל סטיגמה חברתית שלילית: מידע על בעיות גניקולוגיות, מחלות מין, סרטן, HIV, פגיעת נפש וגו'.

4. חשיפתו של מידע רפואי בפני מעסיק גוררת אחריה תוצאות קשות ובלתי רצויות. מי שמועמדו נדחתה יוותר עם התחושה שהסיבה לפסילתו נעוצה במצבו הרפואי בעבר או בהווה. פעמים רבות תחושה זו גם מעוגנת במציאות: מידע על מצב רפואי משפיע על החלטות תעסוקתיות גם כשאין לכך בסיס רציונאלי, במיוחד כאשר נלווית לאותו "מצב רפואי" סטיגמה שלילית. בכך נגרמת גם פגיעה בזכות לשוויון – הפליה פסולה של עובדים בשל מוגבלות, שאין קשר בינה ובין צרכי המשרה או התפקיד.

גם מועמד שהתקבל לעבודה, ייאלץ לחיות בחשש שמא המידע הרפואי שחשף ישפיע על יחסו של המעסיק, או יגיע לידיעתם של חברים וממונים במקום העבודה ויהפוך לפרט רכילותי. גם חשש זה אינו מופרך וכבר אירע שמעסיק עשה שימוש לרעה במידע רפואי רגיש של העובד.²

5. נוסף על כך, פגיעה בסודיות הרפואית גוררת אחריה פגיעה בבריאות. "הסודיות הרפואית היא מאבני היסוד של יחסי רופא-מטופל, המאפשרים מתן טיפול איכותי ומיטבי".³ בהעדרה, כך מלמדים המחקרים, נמנעים מטופלים מלמסור לרופא המטפל את מלוא המידע על אודות מצבם, ויש גם שנמנעים מלקבל טיפול.⁴

¹ ראו למשל: דן אבן "כשהבוס יודע עליכם יותר מרופא המשפחה" הארץ 7.10.2012; גל גורודיסקי "המעסיק פולש להיסטוריה הרפואית שלי. מותר לו?" ynet 30.4.2013.

² מקרה מפורסם של שימוש לרעה שעשה מעסיק בטופס וס"ר של עובדת הוא זה של מיה קוך. קוך פוטרה מעבודתה לאחר שחשפה שחיתות במקום העבודה. במהלך בירור תביעה שהגישה בעקבות הפיטורין, התחוויר לה שמעסיקה ניצלו את טופס הוס"ר שעליו חתמה בעת שהתקבלה לעבודה. כדי לשלוח את תיקה האישי לפסיכיאטר. זה קבע על סמך עיון בתיק שקוך חולה בסכיזופרניה. מיה קוך תבעה את הפסיכיאטר שכתב את חוות הדעת ובית המשפט קבע שהשימוש בכתב הויתור על סודיות רפואית עליו חתמה קוך 10 שנים קודם לכן היה שלא כדין. ראו: הדס מגן, "פסיכיאטר חוייב לשלם 100 אלף שקל למיה קוך, שחשפה שחיתויות בתנובה", גלובס 29.9.91997 (ת"א (חיפה) 1247/94 מיה קוך נ' ד"ר משה אבנון, (4.5.2006).

³ מכתב פרופ' אבינועם רכס אל שר המשפטים: "תמיכה בהצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון – הגבלת הדרישה לויתור סודיות רפואית מדורשי עבודה), התשע"ב-2012" אתר ההסתדרות הרפואית 28.6.2012.

⁴ מנחם פרידמן "בשליפה מהירה" זמן הרפואה 2(19), (נובמבר 2005) 8 (pdf).

6. מידע על מצבו רפואי של עובד עשוי לעיתים להיות רלוונטי להגנה על אינטרסים לגיטימיים של המעסיק, של לקוחותיו, של הציבור בכללותו, ואף של העובד עצמו. אבל הגנה על אינטרסים אלה ניתנת להשגה גם ללא פגיעה גורפת בסודיות הרפואית של העובדים.

7. מטרתו של נייר זה להראות, שהפרקטיקה הרווחת - אילוץ עובדים לחשוף את תיקם הרפואי בפני המעסיק - היא פסולה ולא חוקית. מסקנה זו עולה בבירור מדברי החקיקה ומההלכות השיפוטיות, שמסדירים את האיזון בין זכויות היסוד של עובדים לבין צרכי המעסיק, זכויותיו וחובותיו. אבל דין זה, בהעדר חוק מיוחד שיכריז עליו באופן מפורש, מופר על ידי מעסיקים כעניין שבשגרה. פערי הכוח המובנים ביחסי העבודה מטילים נטל כבד מנשוא על העובדים שזכויותיהם נפגעות ומקשים עליהם לאכוף אותם באמצעות תביעה משפטית. לאור זאת, נדרשת חקיקה שתאסור במפורש את הפרקטיקה הפסולה, ותקבע סנקציות וערובות פרוצדורליות, שיסייעו באכיפת האיסור החוקי.

חשיפת מידע רפואי – פגיעה בזכויות העובד לפרטיות ולכבוד

8. **מידע רפואי הוא מידע פרטי וככלל זכאי עובד לחסותו ולא לגלותו. נקודת המוצא היא שלמעסיק אסור לחקור ולברר את מצבו הרפואי של עובד או מועמד לעבודה, והוא גם מנוע מלדרוש מידע רפואי על יסוד טענת "הסכמה".**

9. מידע רפואי, ככל מידע אישי, חוסה בצילן של ההגנות החוקיות על הזכות לפרטיות. זכות זו, שהיא זכות יסוד חוקתית,⁵ משמעה שליטה של אדם על המידע האישי שלו והגבלת הגישה של אחרים לאותו מידע.⁶ חשיפת המידע והוצאתו משליטתו של בעליו היא פגיעה בזכות לפרטיות.

הגנות המשפטיות החזקות על מידע אישי מקבלות משנה תוקף בענייננו. "מידע אודות מצבו הבריאותי של אדם... מצוי בליבת הזכות לפרטיות."⁷ הוא מוגדר בחוק הגנת הפרטיות כ"מידע רגיש",⁸ וכפוף להגבלות מיוחדות בחוק זכויות החולה, ובחוקים אחרים המסדירים את יחסי מטפל ומטופל בתחומי רפואה שונים – רפואת הנפש ורפואת הגוף.⁹

10. בית המשפט העליון התייחס לאחרונה לסוגיה של חשיפת מידע אישי בפני מעסיק ובהתאם לפסיקתו, מידע רפואי הוא "מידע פרטי, ובאופן עקרוני זכאי אדם לחסותו ולשמור על פרטיותו מפני גילוי".¹⁰ זוהי אפוא נקודת המוצא בענייננו: למעסיק אסור לדרוש מעובד או ממועמד לעבודה שיחשוף בפניו את המידע הרפואי שלו, ואף אסור לו להשיג מידע זה בכל דרך אחרת.

11. לכאורה יכול היה מעסיק להסתמך על טענה, שלפיה מועמד לעבודה, שנדרש לגלות את המידע הרפואי שלו למעסיק, מוסר את המידע מרצונו וממילא גם אין פגיעה בפרטיותו. לפי חוק הגנת הפרטיות "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו"¹¹ ומכאן שהסכמה, מפורשת או משתמעת,¹² מאיינת את הפגיעה בפרטיות.

⁵ סעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁶ מיכאל בירנהק "מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה" (אוני בר אילן, נבו, 2010).

⁷ רעא 482/13 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' מירה רפאל ופלוני (ש' זילברטל 2.3.4.2013).

⁸ סעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981.

⁹ סעיף 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996; סעיף 7 לחוק הפסיכולוגים, התשל"ז – 1977; סעיף 8 לחוק העובדים

הסוציאליים, התשנ"ו-1996; סעיף 42 לחוק הטיפול בחולי נפש, התשנ"א – 1991.

¹⁰ ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013) השופטת דפנה ברק-ארז, בפסקה 34. באותו עניין התייחס בית המשפט ל"מידע פרטי" הנוגע לעברו הפלילי של המועמד, אבל הדברים חלים מקל וחומר על מידע רפואי.

¹¹ בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות.

¹² ראו הגדרת "הסכמה" בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות: "הסכמה" – הסכמה מדעת, במפורש או מכללא; וראו גם סעיף 20(א)(1) לחוק זכויות החולה, המתיר למטפל למסור מידע רפואי אם המטופל נתן את הסכמתו לכך.

12. אבל טענה בדבר "הסכמה" בהקשר הנדון היא בגדר היתממות, וחסרת כל תוקף משפטי. כפי שראינו, מידע רפואי הוא רגיש במיוחד, ומסירתו כפופה להסדרים מיוחדים. חוק זכויות החולה אינו מסתפק ב"הסכמה" או ב"ויתור על סודיות רפואית" כהכשר לפגיעה בסודיות הרפואית. אפילו אם המטופל נתן את הסכמתו להעברת המידע הרפואי, עדיין העברה זו "לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך העניין"¹³. רוצה לומר, שקבלת מידע רפואי בהסתמך על כתב וס"ר כפופה לתנאים נוספים, ולבטח שאינה יכולה להיות גורפת.

13. חשוב מכך – ה"הסכמה" שעשויה לאיין את הפגיעה בפרטיות חייבת להיות מדעת ומרצון חופשי, ובדרך כלל תנאים אלה אינם מתקיימים ביחסי עבודה. "יחסי עבודה מתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים בין המעסיק לעובד, נוכח המרות והתלות הכלכלית והתעסוקתית להם נתון העובד."¹⁴ בנסיבות אלו "המגמה הכללית הניכרת בדין היא לפרש בצמצום רב ובדוקנות יתרה טענת הגנה של המעסיק בדבר הסכמת העובד לפגיעה בזכויותיו"¹⁵. קביעות אלה של בית הדין הארצי לעבודה אומצו גם על ידי בית המשפט העליון, שפסק לאחרונה, כי לנוכח יחסי התלות וצמצום מרחב הבחירה העומד לרשות מועמד לעבודה, אין להניח שמעסיק "יוכל לדרוש גילוי של כל פרט הנוגע לחייו האישיים של המועמד, ולהצדיק את הדרישה בכך שהדבר נעשה 'מרצון'".¹⁶

14. מכאן גם נובע היפוכו של דבר: אילו צו של חשיפת מידע רפואי של מועמד לעבודה היא פגיעה בפרטיות, בין שהדבר נעשה על דרך אילו צו לספק למעסיק את המידע או על דרך אילו צו לציידו בכתב וס"ר, שיקנה לו גישה למידע זה

פגיעה בזכות עובד לפרטיות – אימתי ובאילו תנאים

15. אל מול הזכות לפרטיות של המועמד לעבודה עומדות זכויות וחובות של המעסיק - לנהל את העסק בצורה יעילה ומיטבית, ומבלי לסכן את העובדים האחרים ואת ציבור הלקוחות. אינטרסים נוגדים אלה עשויים להצדיק פגיעה מוגבלת בפרטיות, ובלבד שפגיעה זו תעמוד בתנאים של תכלית ראויה, רלבנטיות, מידתיות ותום לב. תנאים אלה אינם מתקיימים כאשר המידע הרפואי של העובד נחשף בפני המעסיק. רק מומחה רפואי יכול לקבוע איזה מידע רפואי נדרש לצורך בדיקת ההתאמה הרפואית למשרה, ורק הוא ניחן במומחיות שמאפשרת לעשות במידע שימוש ראוי ולגזור ממנו מסקנות תקפות.

16. הזכות לפרטיות של עובד אינה מוחלטת. ככל זכות אדם לעיתים היא מתנגשת עם זכויות ואינטרסים מנוגדים. בנסיבות ובמשרות מסוימות, עשויה להיות רלבנטיות למצבו הבריאותי של העובד. או אז רשאי המעסיק ואף חייב, לוודא שהעובד כשיר מבחינה בריאותית לעבודתו, וששיבוצו למשרה לא יסכן את בריאותו שלו, את בריאות העובדים האחרים או הלקוחות של העסק.¹⁷ מעבר לכך עומדת למעסיק "פררוגטיבה ניהולית" – הזכות לנהל את העסק בצורה מיטבית ובהתאם לחזונו ולשאיפותיו.

¹³ סעיף 20(ב) לחוק זכויות החולה.

¹⁴ עסק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים החדשה - פלאפון בע"מ (2.1.2013) הנשיאה ארד, פס' 58.

¹⁵ ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב - המחונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011). בפסקה 10; וראו עוד: "משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד, 'הסכמתו' של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי." דב"ע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385, 411 (1998).

¹⁶ ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013), השופטת ברק-ארוז בפסקה 34.

¹⁷ תבע (ארצי) 144-0/נא ברוננו שפירא - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד (1) 283 (28.5.1992); וראו גם: "אינטרס חיוני של הציבור הרחב הוא, כי עניין בריאותו של העובד, ככל שהוא נוגע למילוי תפקידו, יהיה במסגרת הנושאים עליהם ניתן המעסיק את דעתו." בג"צ 826/89 ההסתדרות הכללית ונוני נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד (מנ) 4) 745, 748 (28.12.1989).

17. ההתנגשות בין זכויות היסוד של העובד ובין זכויות המעסיק וחובותיו מחייבת לערוך איזון הולם בין אלו לאלו.¹⁸ גם כאן, בבואנו לאתר את נקודת האיזון הראויה, כל שנדרש מאיתנו הוא ללכת בתלם שנחרש זה מכבר על ידי בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון. בהתאם להלכה הפסוקה, **חשיפת מידע אישי של מועמד לעבודה חייבת להיות רלבנטית למטרה, מבוססת על תכלית ראויה, ורק במידה שאינה עולה הנדרש**.¹⁹
18. על מנת להסיר ספק, יודגש כי אותם **קריטריונים אובייקטיביים** – תכלית ראויה, רלבנטיות ומידתיות – **תוחמים גם את הפרוגטיבה הניהולית** של המעסיק. אמנם, לכאורה, פרוגטיבה משמעה שהמעסיק נהנה מאוטונומיה ומשיקול דעת סובייקטיבי. ברם, בית הדין הארצי לעבודה קבע, ש"הפרוגטיבה הניהולית אינה ערך העומד לעצמו ולעולם תהא כפופה לדרישת הסבירות, המידתיות, תום הלב וההגינות. כך דרך כלל, כך וביתר שאת, כאשר אנו עוסקים בפגיעה העלולה להיגרם לזכות העובד לכבוד ולפרטיות במקום העבודה ומחוצה לו".²⁰
19. קביעה בדבר כשירות בריאותית לבצע תפקיד או משרה היא **עניין שבמומחיות רפואית. רק לרופא תעסוקתי יש מומחיות וניסיון שיאפשרו לו להפיק תועלת מהמידע הרפואי הנחשף בפניו ולהסיק ממנו מסקנות**.
20. יתר על כן, רק הרופא התעסוקתי יכול לשקול, בשים לב למאפייני המשרה, ולפי המידע הרפואי האישי של העובד הנמצא בידיו, **אם נדרשות בדיקות נוספות** לצורך קביעת הכשירות הבריאותית ומה טיבן של בדיקות אלו. ככל שאין מניעה רפואית או חוקית לשבץ לתפקיד אדם עם ליקוי בריאותי מסוים (למשל, מלנומה, סיבוך גניקולוגי או HIV), הרי שמידע רפואי בעניין זה אינו רלבנטי, וממילא גם אין מקום לשלוח עובד לבדיקה לאיתורו.²¹
21. מעבר לשיקולים של תוקף ומהימנות, **החציצה בין המעסיק לבין המידע הרפואי של העובד** – חציצה המושגת באמצעות הפניית המידע הרפואי לצד שלישי – **היא כשלעצמה תנאי למידתיות**.²² גם אם נניח באופן היפותטי מקרה של מעסיק שהוא גם רופא תעסוקתי, עדיין, חשיפת המידע הרפואי של העובד בפניו מחמירה מעבר לנדרש את הפגיעה בפרטיות העובד, וגם מעמידה סכנה ודאית להפליה פסולה בשל מוגבלות או בשל שיקולים בלתי רלבנטיים אחרים.
22. מכאן עולה גם היפוכו של דבר: חשיפת המעסיק למידע רפואי כלשהו – ואפילו אם מידע זה עשוי להיות רלבנטי לקביעת הכשירות – אינה עולה בקנה אחד עם דרישות הרלבנטיות, התכלית הראויה, והמידתיות, ומהווים חריגה מתחום הפרוגטיבה הניהולית. והוא הדין במקרה שהמעסיק מבקש לקבוע בעצמו אלו בדיקות רפואיות יעבור העובד, או אלו אבחנות או מצבים רפואיים פוסלים את העובד מלשמש במשרה או בתפקיד.
23. דומה שקביעה זו היא ברורה מאליה, אבל ככל שהדבר נדרש היא גם נתמכת בפסיקות בית הדין לעבודה בהקשר של מבחני מיון פסיכולוגיים. בית הדין הארצי לעבודה קבע, שככלל למעסיק יש זכות לשלוח עובד או מועמד לעבודה למבחני מיון כדי לבדוק את התאמתו למשרה. לצד זה, ובשים לב לפגיעה שמבחינים אלה מסבים לפרטיות העובד, נקבע ש"התשובה לשאלה אם מבחני ההתאמה הם לתכלית ראויה, תלויה בתוקפם ובמהימנותם – אם הם גבוהים
-
- ¹⁸ "נדרש איזון הולם בהתנגשות בין זכויותיו של העובד לאוטונומיה אישית, לכבוד, לפרטיות ולאנונימיות, לבין האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק ודרישותיו למידע מקיף על העובד בכל תחומי חייו, כתנאי לקבלתו לעבודה, במהלך ביצוע העבודה ולצרכיה." עניין **איסקוב**, בפסקה 15.
- ¹⁹ עניין **רפאל דיין נ' מפעל הפיס**, בפסי' 37; עניין **אוניברסיטת תל אביב**, 411; מיכאל בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (בר-אילן ונוב, 2010) 459-462.
- ²⁰ עניין **איסקוב**, בפסקה 10.
- ²¹ החוק האמריקאי קובע במפורש שאין לשלוח מועמד לעבודה לבדיקות כלליות היכולות לחשוף מוגבלות. § 12112. Discrimination (ADA Title I).
- ²² וראו, למשל, כיצד מושג האינטרס של ציבור בעלי המניות בחברה ציבורית – לוודא שבריאותו של מנהל החברה אינה מונעת ממנו לבצע את תפקידו, מבלי לחשוף מידע רפואי של אותו מנהל: פרק (ת"א) 42576-02-13 **אלביט הדמיה בע"מ נ' משמרת – חברה לשירותי נאמנות בע"מ** (13.6.2013).

אזי המבחנים משקפים את הדברים שהם מיועדים לבחון ולפיכך הם מביאים תועלת". עוד נקבע, ש"קיימת חשיבות לכישורי הבוחן – השכלתו, הסמכתו, ניסיונו המקצועי והפיקוח המקצועי עליו". בדיקה שאין לה תוקף או מהימנות מהווה שרירות וחוסר תום לב.²³ "תרגום" של הלכה זו לענייננו מחייב את המסקנה, **שרק רופא תעסוקתי יכול לבצע בדיקת התאמה בריאותית שתהיה תקפה ומהימנה, וחשיפת המידע הרפואי בפניו בלבד יכולה להועיל למטרה הלגיטימית.**

24. בעניין אחר דן בית הדין הארצי לעבודה בעניינה של עובדת שהתקבלה לעבודה מבלי לספר למעסיקה שהיא בהריון, ופוטרה מייד לאחר שהמעסיק גילה עובדה זאת. המעסיק טען שלאור חובת הגילוי המוגברת שחלה על צדדים ליחסי עבודה היה על העובדת לדווח לו שהיא בהריון. בית הדין דחה את טענת המעסיק. הוא ציין, ש"מתבקש האיזון הנכון בין חובת הגילוי המוגברת המבוססת על חובת תום הלב של המועמד לעבודה לבין ההגנה על פרטיותו... האיזון הנכון בין חובת הגילוי המוגברת מחד לבין זכותו של המועמד לעבודה מאידך נמצא ברלוונטיות של המידע שבגילוי מדובר. עד כמה אם בכלל הוא רלוונטי לעבודה או למשרה שבה מדובר." ²⁴ בית הדין הוסיף וקבע, כי "להריונה של העובדת אין רלוונטיות בכל הקשור למשרה שבה דובר עימה בראיון העבודה, ואליה התקבלה. ... ביחוס רלוונטיות לעובדת הריונה של העובדת לעניין קבלתה לעבודה, טמונה הפליה פסולה."

25. רציונאל זה הוא שהביא את הסתדרות הרופאים ואת היועץ המשפטי לממשלה להתנגד לציון אבחנה רפואית בתעודות מחלה. בבית המשפט העליון תלויה ועומדת עתירה נגד תקנה, המתנה את זכאותו של עובד לדמי מחלה בהצגת אישור מחלה, שכולל אבחנה רפואית. בתגובה לעתירה הודיעה המדינה, כי פועלת לבטל את התקנה.²⁵ עוד הודיעה המדינה, כי גם היום, עוד בטרם בוטלה התקנה, לא נגרמת פגיעה בפועל לפרטיות העובדים. זאת, לאור הנחיית הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, שלפיה "מתן תעודת מחלה לגורם שאינו רפואי עלול לפגוע פרטיות החולה" ולפיכך, בתעודות מחלה שמופנות לגורם שאינו רפואי ניתן לרשום "בשל מחלה המתועדת בתיקו הרפואי".²⁶

26. בשונה מהרופא המומחה, למעסיק אין כלים לקבוע כשירות בריאותית. כיוון שכך, הפגיעה שכרוכה בחשיפת מידע רפואי של עובד בפני המעסיק אינה משרתת את התכלית ואינה עונה על דרישת הרלבנטיות – היא פגיעה מיותרת, חסרת הצדקה ומכאן שהיא גם אסורה ואינה ראויה להגנה.

27. דברים אלה יפים גם למקרה שהעובד נדרש למסור למעסיק מידע רפואי (או לציידו בכתב וס"ר שיאפשר לו גישה למידע הרפואי) "רק" כדי שהאחרון יוכל להעבירו לרופא המומחה. בנתון שרק המומחה הרפואי רשאי לעיין בתיקו הרפואי של העובד, אין להתיר פגיעה נוספת בפרטיות העובד. פגיעה מעין זו אינה משרתת את המטרה ולבטח שהיא חמורה בהרבה מכפי שנדרש על מנת להשיגה. מכאן נובע שיש למסור את בדיקת הכשירות לרופא התעסוקתי ולו בלבד, וכן יש למנוע חשיפת כל מידע רפואי בפני המעסיק. במקרה שנדרש כתב ויתור על סודיות רפואית, רשאי יהיה להשתמש בו הרופא המומחה בלבד.

²³ עניין אוניברסיטת תל אביב, 410-413 ו-400.

²⁴ עע (ארצי) 363/07 שרונה ארביב נ' פואמיקס בע"מ (26.5.2010).

²⁵ תקנה 2(א)(2) לתקנות דמי מחלה (נהלים לתשלום דמי מחלה, תשל"ז-1976: "עובד הפונה למעביד לקבלת דמי מחלה בעד ימי העדרו עקב מחלה, ימציא תעודת מחלה מאת רופא חתומה בידו, שבה מצויינים הפרטים כדלקמן: (1) שם החולה ומספר זהותו; (2) אבחון המחלה"; בג"צ 4308/08 קו לעובד נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (הודעת המדינה מיום 15.3.2010).

²⁶ "רישום תעודות מחלה" נייר עמדה של הלשכה לאתיקה, ההסתדרות הרפואית אוקטובר 2006.

28. זוהי גם עמדתה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית. כפי שכותב פרופ' אבינועם רכס, יש לוודא "שחשיפת מצבו הרפואי של המועמד לעבודה נעשית במקרה הצורך, אך ורק בפני הרופא התעסוקתי, ומצב זה ראוי לאין ערוך מאשר מצב בו המעביד ו/או צדדים אחרים מקבלים את המידע הרגיש הזה".²⁷

29. הסדר כזה, המאזן באופן ראוי בין זכותו של עובד לפרטיות לבין זכות המעסיק הוא ההסדר שנקבע בחוק שירות המדינה (מינויים), ובכללים והנוהל לקביעת כשירות רפואית.²⁸ בהתאם לאלה יכול המעסיק, לדרוש שעובד ימסור מידע רפואי או יחתום על טופס ויתור סודיות רפואית לצורך בדיקת כשירותו הרפואית של עובד, אך החוק מסדיר את אופן השימוש ומגבלות החשיפה של המידע הרפואי, ראשית, האישיור רפואי יכול להתייחס אך ורק לעניין העומד על הפרק והוא קבלת מועמד לעבודה. כמו כן, ההסדר מטיל הגבלות על התוכן ופרק הזמן בו התיק הרפואי יהיה חשוף, מפאת רגישות המידע הרפואי, אדם אשר עליו אין חובת שמירת סודיות רפואית על פי חוק, קרי מי שאינו רופא או מטפל, מנוע מלעשות שימוש בוס"ר.²⁹ בטפסי בדיקת כשירות רפואית של מועמד לתפקיד מוצע בשירות המדינה, נכתב בראש הטופס: **סודי: לשימוש והחזקה בלעדיים של רופאי שירות המדינה. הטפסים ישלחו ללשכת הבריאות המחוזית במעטפה סגורה ומסומנת "סודי"**³⁰ ולפי הכללים לאחר הבדיקה ו"בהתאם להחלטתו, ירשום הרופא, סיווג כשירות רפואית כאחד מאלה:

- (1) כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה ובכל משרה מסוג המשרה הנדונה;
- (2) כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה בלבד;
- (3) אינו כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה;
- (4) חייב לעמוד בבדיקה רפואית נוספת כעבור זמן שיורה הרופא;
- (5) כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה בהגבלת זכויות מחמת מצב בריאותי, לפי חוק הגימלאות.

ובכל מקרה לא ימסור הרופא אבחנה רפואית למעסיק.

הצורך בחקיקה מפורשת

30. כאמור בפתח הדברים, הפרקטיקה הנוהגת היום במקומות עבודה רבים, והפגיעה הנגרמת בעטייה לזכויות היסוד של העובדים אינן חוקיות. אבל בהעדר הוראות חוק שאוסרת עליהן במפורש מתקשים העובדים הנפגעים לאכוף את הדין.

31. תופעה זו אינה ייחודית לעניין שלפנינו. אמנם, בית המשפט העליון כבר קבע, כי אין להניח שמעביד יוכל לפגוע בפרטיותו של עובד ולהצדיק את הפגיעה בכך שהדבר נעשה מ"רצון". 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.

32. עובדים אינם מרבים להתלונן על הפגיעה, ולעיתים נדירות בלבד הם מצליחים להתגבר על המחסומים שעומדים בדרכם אל בית הדין לעבודה. מעבר לעלויות הכספיות ומגבלות הסמכות, עובדים חוששים להתעמת עם מעסיקהם

²⁷ מכתב פרופ' אבינועם רכס אל שר המשפטים: "תמיכה בהצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון – הגבלת הדרישה לויתור סודיות רפואית מדורשי עבודה), התשע"ב-2012" אתר ההסתדרות הרפואית 28.6.2012.

²⁸ חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959; כללי שירות המדינה (מינויים) (כללים ונוהל לקביעת כשירות רפואית), תשס"ט-2009 (להלן כללים ונוהל לבדיקת כשירות רפואית).

²⁹ חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-31(א)(ג).

³⁰ ראו לדוגמה בנספח: טופס בדיקת כשירות רפואית של מועמד/ת לתפקיד מוצע בשירות המדינה (מדף 2240).

בבית הדין, ולסכן בכך את מטה לחמם. במצב דברים זה, כל אי בהירות שבדין פועלות לרעת העובדים: המעסיק קובע עובדות בשטח על יסוד פרשנויות משפטיות "יצירתיות", אם לא מופרכות, ולא פעם – תוך התעלמות בוטה מהדין.

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.** 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."³¹

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.³² בכל המקרים האחרים והרבים, העובדות והעובדים נאלצים להתרגל לפגיעה בפרטיותם או לעזוב.

35. נדרשת אפוא חקיקה שתאסור במפורש את הפרקטיקות הפסולות שנהוגות כיום, ותקבע סנקציות וערובות פרוצדורליות, שיסייעו באכיפת האיסור החוקי.

זכות העובד לקבל העתק מחוות הדעת הרפואית

36. חוות הדעת שמעביר הרופא התעסוקתי למעסיק היא בבחינת "מידע אישי" של העובד. זכות העיון של העובד במידע האישי שלו, המוחזק בידי המעסיק, 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.**

37. זכותו של הנבדק, לעיין בחוות דעת שנוגעת אליו, אינה נסמכת רק על הוראות חוק הגנת הפרטיות. כפי שקבע בית המשפט העליון, "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."³³

³¹ סעיף 22 (ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981; חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008 (ס"ח תשס"ח עמ' 391).

³² ראו, למשל מקרים של הצבת מצלמות: סע (נצי') 30929-12-10 ר"ח סלמאן - ר"ח עליימי (20.6.2012); דמר (ח"י) 39840-04-10 לשצינר - פאר מרכז רפואי בע"מ (25.1.2011).

³³ בשפ 909/05 עבד אל-חמיד ג'אבר נ' מדינת ישראל (2005).

נספח : טופס בדיקת כשירות רפואית של מועמד/ת לתפקיד מוצע בשירות המדינה (מדף 2240)

מסקנת רופא שירות המדינה

- כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה ובכל משרה מסוג המשרה הנדונה
- כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה בלבד
- חייב בבדיקה רפואית נוספת כעבור _____
- כשיר מבחינה רפואית לשרת במשרה הנדונה בהגבלת זכויות לגמלאות (למסלול פנסיה תקציבית)
- לא כשיר

מס' סודר	שיעור הגבלה	סעיף ליקוי
1		
2		
3		
4		

חתימת רופא

שם רופא שירות המדינה

תאריך
שירות המדינה