

המבקשות:

קו לעובד

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק (מ"ר 15728) 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 ראויה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד
גראיסי ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-7050734; פקס: 03-5608165

בעניין:

המעוררות:

1. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

2. הסתדרות המעו"ף

ע"י ב"כ עוה"ד יעל שילוני ו/או אלעד מורג ואח'
אהוד שילוני ושות', עורכי דין
מררחב סוקולוב 40, רמת השרון 47235
טלפון: 03-6700400; פקס: 03-6700401

- נ ג ד -

המשיבה:

עיריית קלנסווה

ע"י ב"כ עו"ד ואאל ראבי
מררחב התעש 20 (בית הפעמון) כפר סבא 44425
טלפון: 09-7454414; פקס: 09-7454416

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

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשות להצטרף במעמד של ידידות בית המשפט לדיון
בערעור על החלטת בית הדין האזורי בתל אביב-יפו בתיק מיום 23.2.2014 בתיק - ס"ק
(ת"א) 49718-11-12 עיריית קלנסווה נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה..

ואלה נימוקי הבקשה:

1. המשיבה, עיריית קלנסווה, החליטה להשתמש בגוף האנושי כאמצעי לרישום נוכחות בעבודה והודיעה על הנהגת שעון נוכחות ביומטרי. העובדות והעובדים התנגדו למהלך וסירבו ליתן טביעת אצבע. על מנת לשכנע "להסכים" למהלך הלינה המשיבה את שכרן.
2. הסכסוך הגיע לבית הדין לעבודה וזה הגיע לכלל מסקנה, "כי אין בשימוש בשעון המבוסס על טביעות אצבע של העובדים, משום פגיעה בעובדים, בפרטיותם ובכבודם" (פס' 60). בית הדין הנכבד, הגדיר את העניין שלפניו בתור "האופן הטכני שבו מחתימים העובדים 'יצאה' ו'כניסה'", ועל כן שייד לאותם "עניינים אדמיניסטרטיביים", שמסורים להחלטת המעסיק "באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים" – העובדים והארגון היציג (פס' 47, 50, ו-48 בהתאמה).
3. זוהי הפעם הראשונה שבה מכריע בית הדין לעבודה בסוגית שעון הנוכחות הביומטרי. אמנם, לפני מספר שנים נדרש בית הדין בתל-אביב (כב' השופט לובוצקי) למקרה דומה ושאל: "למה להיכנס לשדה מוקשים ולנסות להוכיח שצריך זיהוי ביומטרי, במקום שאינו על גבול איראן ואינו עוסק בסודות מדינה?"¹ אבל במהלך הדיון הסכים המעסיק לבחון את העניין מחדש והתיק הסתיים בהסכמה וללא הכרעה שיפוטית.
4. פסק הדין דכאן הוא, אפוא, הראשון שמכריע בסוגיה: כמו מופעים רבים של פגיעה בפרטיות, נדרשו מספר שנים עד שה"עובדות בשטח" שנקבעו על ידי מעסיקים מגיעות לבחינה שיפוטית. במהלך השנים האחרונות נתקלו המבקשות בתלונות ובבקשות לייעוץ של עובדות, רובן בלתי מאוגדות, שבבוקר לא בהיר אחד הודיע להן המעסיק שמעתה עליהן לתעד את נוכחותן במקום העבודה באמצעות טביעת אצבע. תחושת הפגיעה וההשפלה, שהביעו העובדות בשל השימוש בביומטריה של גופן, רק התעצמו לנוסח סירובו של המעסיק להסביר ולהתחייב - על מנגנון הפעולה של שעון הנוכחות החדש, על האופן שבו יעובדו הנתונים הגופניים שילקחו מהן, השימוש שיעשה בהם, ודרכי אגירתם ואבטחתם. אבל הקשיים והסיכונים שכרוכים בפנייה לערכאות, ואפילו "רק" בעימות עם המעסיק, מאלצים עובדות שנקלעות למצבים מעין אלה לוותר או להתפטר.
5. ההשלכות של פסק הדין צפויות להיות נרחבות ועגומות. התוצאה הישירה תהיה, כמובן, שימוש נרחב בביומטריה של העובדות, ועקב כך - פגיעה בפרטיות, באוטונומיה הגופנית ובכבוד האדם של העובדות. פסק הדין הוא חסר תקדים במובן זה שהוא מתיר למעסיק, בלא הנד עפעף, לחצות את קו הגבול שקיים בינו לבין גוף העובדת.
6. אבל מעבר לכך, פסק הדין עלול להתפרש כהכשר וכעידוד לפרקטיקות פסולות, שבהן מפעילים מעסיקים טכנולוגיות מעקב חדשות וכופים אותן בניגוד לדין.

¹ שי ניב, "צומת ספרים לא תפטר עובדת שסירבה למסור טביעת אצבע" גלובס 15.7.2010: "רשת צומת ספרים חזרה בה מכוונתה לפטר עובדת שסירבה למסור את טביעת האצבע שלה לצורך זיהוי ביומטרי, זאת לאחר ששופט בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, יצחק לובוצקי, הטיח היום (ה') בהנהלת הרשת: "למה לכם להיכנס לשדה מוקשים ולנסות להוכיח שצריך זיהוי ביומטרי, במקום שהוא אינו על גבול איראן ולא ממש עוסק בסודות מדינה?".

הטכנולוגיה מתפתחת בצעדי ענק ומספקת מגוון "מוצרים" לפיקוח ושליטה: מכשירים המבוססים על נתוני גוף נוספים דוגמת אישון העין; מצלמות מעקב שמתחקות אחר העובדת ומדווחות "בשידור ישיר" למשרד הממונה או לביתו על כל צעד ושעל שהן עושות; צמידי RFID שמתעדים כל תנועה של העובדת ורושמים כמה זמן שהתה בחדרה, במטבחון ובשירותים – אפילו נמצא המעסיק שמחדיר שבב מעקב לגוף העובדים.² ניסיון החיים מלמד שהתשוקה לפקח ולשלוט מולידה מדי יום חידושים ו"פטנטים", שרק אתמול לא העלנו על הדעת אותם, ולא כל שכן את האפשרות שיהפכו לחלק מהפררוגטיבה הניהולית. וכל אימת שטכנולוגיה חדשה מוכנסת לשימוש במקומות העבודה, הדבר נעשה בדרך של "הנחתה" ותוך התעלמות ממושכלות יסוד ומהעקרונות שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות ובפסיקה בכל הנוגע להגנת הפרטיות במקום העבודה.

פסק הדין, ובעיקר הקביעה, לפיה יכול המעסיק להחליט על פגיעה בפרטיות העובדות "באופן בלעדי ומבלי להיועץ" עלול לשמש כלגיטימציה לפרקטיקות אלו.

צירוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט"

7. בית המשפט העליון ובית הדין לעבודה הכירו זה מכבר במוסד "ידיד בית המשפט", והתוו את המבחנים לצירוף צד כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו.³ מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשות לדיון דנן.
8. המבקשת 1 היא עמותת רשומה שהוקמה בשנת 1991 במטרה לסייע לעובדים החלשים ביותר במשק הישראלי. מדי שנה היא מטפלת באלפי עובדות ועובדים שפונים אליה בבקשה לייעוץ וסיוע, ועדה לסיפורים האישיים שלהן. על יסוד מומחיותה וניסיונה צורפה המבקשת בעבר לדיונים בבית הדין לעבודה - לעיתים ביוזמתה ולעיתים ביוזמת בית הדין הנכבד.⁴
9. המבקשת 2 היא עמותה, הפועלת מזה למעלה מארבעים שנה לקידום זכויות אדם. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה, לרבות בכל הנוגע להגנה על הפרטיות במקום העבודה. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה בעניין העברת נתונים ממאגרי מידע ציבוריים לגורמים בשוק הפרטי,⁵ בעניין "חוק האח הגדול" המקנה למשטרה גישה לנתוני תקשורת⁶ ובעניין המאגר הביומטרי של משרד הפנים.⁷ ביחד עם המבקשת 1 היא מנהלת בימים

² ראו למשל: נמרוד הלפרין " שבבי RFID הושתלו בעובדי חברה" הארץ 14.2.2006; "לראשונה: שבבים הושתלו בעובדים לצורכי מעקב" ynet 14.2.2006.

³ מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מ"י, פ"ד נג(1) 529, 554 (16.2.1999); ע"ע 1233/01 אוריאל - עיריית הרצליה, פד"ע לז 508, 513 (31.12.2001).

⁴ ראו למשל: ע"ב (ב"ש) 2595/01 קומר - התאחדות המלונות בישראל (שי משה טוינה, 13.11.2005); ע"ע (ארצי) 453/06 דאטקו ניקולא - שומרני בע"מ (20.8.2007); ע"ע (ארצי) 137/08 אילנדו נ' פרידמן חשכורי בע"מ (22.8.2010); וכך בג"צ 155/97 ע.ג.ע. אלונים בע"מ נ' שר הפנים (12.2.2001).

⁵ בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (10.5.2004).

⁶ בג"צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משרתת ישראל (28.5.2012).

⁷ בג"צ 1516/12 פרופ' נהון נ' הכנסת (23.7.2102).

אלה התדיינות **בעתירה נגד תקנות דמי מחלה**, שלפיהן יש לרשום אבחנה רפואית בתעודת מחלה שמוגשת למעסיק.⁸

10. המבקשות השתתפו במעמד "ידידת בית המשפט" בדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה **בעניין איסקוב** על פרטיות בתיבת הדוא"ל במקום העבודה.⁹ לפני מספר חודשים צרף בית הדין הנכבד את מבקשת 2 לדיון בערעור על החלטת בנייים, בפרשת שעון הנוכחות הביומטרי בעיריית שדרות, על יסוד טעמים, שיפים גם למבקשת 1 ולבקשה דנן:

"לאור מומחיותה וניסיונה של האגודה לזכויות האזרח, הרי שבהצטרפותה להליך יהיה כדי לתרום תרומה בעלת משמעות לסוגיה המתבררת לפנינו. זאת, נוכח העובדה כי גוף זה מייצג את האינטרסים הרלוונטיים לענייננו והמהווים אינטרסים ציבוריים חשובים ולאור השלכותיה החשובות של ההכרעה בסוגיה שלפנינו".¹⁰

11. 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 מעין אלה.¹¹

12. התייצבות גופים ציבוריים דוגמת המבקשות לשם סינוור על הזכות לפרטיות חשובה במיוחד לאור העובדה, שבדרך כלל עובדות נרתעות מלהתלונן, לא כל שכן להתדיין עם מעסיקים, בגין פגיעות בפרטיותן.¹² המבקשות מקבלות באופן שוטף פניות ותלונות מעובדות ועובדים, בקשר למגוון של פגיעות בפרטיות ויש להן פרספקטיבה רחבה על הסוגיות שעולות בתיק דנן.

13. מעבר לכך, יש חשיבות לניסיון שצברו המבקשות בטיפול בעניינן של **עובדות שאינן נהנות מתמיכה של ארגון עובדות יציג**. כפי שפסק בית הדין האזורי בחיפה:

"כדי שבית הדין יוכל לפסוק בשאלות האמיתיות שבמחלוקת... חובה עליו להידרש לשאלות אשר לא בהכרח מצויות במלוא היקפן בפני הצדדים לסכסוך הקיבוצי, ומידע עליהן ניתן ללמוד על ידי גורמים חיצוניים לצדדים אשר יכולים לפרוס בפני בית הדין תמונה אמיתית ומדויקת יותר על התוצאות האפשריות של הסכסוך הנדון".¹³

14. בצירוף המבקשות ובהגשת העמדה מטעמן לא יהיה כדי לפגוע ביעילות הדיון שנמצא בראשיתו, ומידת מעורבותן בהמשך ההליך תקבע על ידי בית הדין הנכבד כפי שזה יראה לנכון.¹⁴

⁸ בג"צ 4308/08 קו לעובד נ' שר הכלכלה (קבוע לדיון ליום 3.7.2014).

⁹ ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011) (להלן: "עניין איסקוב").

¹⁰ ברע (ארצי) 44667-05-13 האגודה לזכויות האזרח - בת-חן שחר – עיריית שדרות (שי ורדה וירט-לבנה, 23.6.2013).

¹¹ ראו: דב"ע נו/4-16 מרכז השלטון המקומי בישראל - הסתדרות העובדים הכללית, פד"ע לב 1, 35.

¹² ראו: יעל און ואחי' פרטיות בסביבה הדיגיטלית (המרכז למשפט וטכנולוגיה, עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, 2005) 157.

¹³ סק (חי') 52716-05-13 איגוד המשתמשים בתובלה ימית נ' ההסתדרות החדשה (שי רמי כהן, 30.6.2013).

¹⁴ ראו: בשי"א (תי"א) 1013/01 ההסתדרות הכללית החדשה - ארגון שחקני הכדורסל - מכבי אשדוד (25.1.2002); ע"ע (ארצי) 19676-11-10 הממונה על התשלום הגמלאות נ' חיות (2.10.2013).

מהלך פסק הדין: זכות יסוד חלולה עומדת בדרכה של פררוגטיבה וצרכים קונקרטיים

15. פסק הדין מתחיל בקביעה שלפי הנהגת שיעון נוכחות ביומטרי מסבה פגיעה לזכויות יסוד.
- "נראה", אמר בית הדין הנכבד, "ואין אנו קובעים כעת מסמרות בדבר, כי נטילת טביעות אצבעותיו של אדם, שלא בהסכמתו, מהווה פגיעה בזכותו של אדם לפרטיות ובזכויותו המוגנות על פי חוק היסוד" (פסקה 39). אלא שמידד לאחר מונה בית הדין הנכבד שורה של שיקולים, שמאיינים את אותה "הפגיעה בזכויות מוגנות".**
16. באשר לטיב הפגיעה בפרטיות נאמר, כי אין מדובר בנטילת טביעות אמצעי זיהוי על פי חוק סדר הדין הפלילי, וטענות העובדות בדבר השפלה מבטאות "תחושה סובייקטיבית [ש]אינה נחלת הכלל". עוד ציין, כי על פי עדות היצרן המידע הביומטרי שמור במאגר מידע באופן אינו מאפשר לשחזר את טביעות האצבע (פס' 41-44).
17. מנגד הציב בית הדין הנכבד את הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, וציין כי "אין מחלוקת כי דיווח באמצעי ביומטרי הינו מהימן יותר מאשר אמצעים חלופיים הקיימים בשוק". (פס' 40, 51 ו-57). בהמשך לכך נאמר, כי ההסכם הקיבוצי משאיר למעסיק לקבוע את "סוג" שיעון הנוכחות, **"באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים",** וש"אין ספק" שהצדדים היו כוללים בהסכמה זו גם שיעון נוכחות ביומטרי, לו היו מודעים לאפשרות זו (פס' 50-47).
18. בכל הכבוד, **פגיעה בזכויות יסוד אינה מתבטלת גם כאשר קיימים שיקולים כבדי משקל** המצדיקים אותה. שיקולים מעין אלה – ככל שהיו בענייננו – יכולים לכל היותר להוביל למסקנה, כי הפגיעה בזכות היסוד עומדת בתנאים שמציב הדין דוגמת סמכות חוקית, תכלית ראויה, הסכמה, מידתיות, הגנה חוקית ותום לב – תנאים שבהעדרם הפגיעה היא בלתי חוקית, ומבצעה חשוף לסנקציות שקבועות במשפט המנהלי, ובדין האזרחי והפלילי.
19. אין מדובר בדקדוק תיאורטי בלבד. בחינה חוקתית ודיון הלכתי מהווים תנאי להגנה על הזכות – להלכה ולמעשה. חשיבותם גדולה במיוחד שעה שאנו עוסקים בכבוד, פרטיות ואוטונומיה גופנית – זכויות שהגדרתן הקשה הופכת אותן לפגיעות במיוחד. תחילה יש לעמוד על טיבה של הזכות בהקשר שבה היא נדונה ולזהות את ההשלכות של הפגיעה בה. רק לאחר מכן אפשר לבחון אם בנסיבות העניין יש טעמים חזקים שיצדיקו את הפגיעה, לשרטט את גבולותיה המותרים, ולערוך את רשימת התנאים שרק בהתקיימם היא תחשב לחוקית.
20. פסק הדין בענייננו אינו הולך בדרך זו. **לרגע אחד העניק בית הדין הנכבד את הזכות לפרטיות ובמשנהו הוא ביטל אותה** אל מול צרכים כאלה ואחרים של המעסיק. זאת בניגוד לכלל, שעליו חזר לאחרונה בית המשפט העליון:

"אין לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית לשם התחשבות בכלל או בזכותם של אחרים. אלה יובאו בחשבון בשלביו הבאים של הניתוח החוקתי"¹⁵

¹⁵ ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014) השופט סולברג, פס' 71.

21. אבל הבעיה אינה נעוצה רק בצמצום היקפה של הזכות החוקתית, אלא בכך שהזכות וטיב הפגיעה בה כמעט ולא נדונו בפסק הדין. בית הדין הנכבד היה מוכן להניח כבר בתחילת הדרך שקיימת פגיעה בפרטיות ובזכויות חוקתיות נוספות אך זאת בכפוף לכך ש"אין אנו קובעים כעת מסמרות בדבר" (פסקה 39). מעבר למחווה הצהרתית זו, **הדבר היחיד הנוסף, שנאמר על הפגיעה בזכויות מתייחס למה שאין בה** – היא אינה דומה לפגיעה הנגרמת בנטילת טביעות אצבע בתחנת המשטרה.

22. בכך עוקב פסק הדין אחר הפסיקה שקדמה לפסק הדין המנחה בעניין איסקוב, פסיקה שאותה מתאר פרופ' מיכאל בירנהק כך:

"פסקי הדין הבודדים שדנו במעקב של מעסיקים אחרי עובדים אינם עקיבים במסגרת המשפטית שהפעילו. כפי שתארה זאת השופטת וירט ליבנה במאמר בנושא, נקודת המוצא של בתי הדין היא קניינית, כלומר זכות היתר של המעסיק. מול זכות הקניין הוצבה הזכות לפרטיות של העובדים. אבל נראה כי הבנת הזכות לפרטיות היא בדרך כלל אינטואיטיבית, ובמקצת מהמקרים בתי משפט ובתי הדין המציאו מחדש, ללא צורך ובמידה מסוימת וחלקית, עקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות.¹⁶

23. כך יוצא, שאל מול הפררוגטיבה של המעסיק, והצורך ב"רישום נוכחות מהימן... לחישוב שכרם של העובדים" (פסקה 52) ניצבת זכות "חלולה" וחסרת תוכן. בכך נחרץ גורלה: הפגיעה בזכות החוקתית מתבטלת ומתאפסת (nullified) וממילא אין צורך לאזן בינה לבין הפררוגטיבה הניהולית או לבחון אם נמלאו התנאים לקיומה. וגם לו היה נערך איזון שכזה – נתוני הפתיחה שלו מטים מלכתחילה את תוצאותיו. וכפי שבירנהק היטיב להסביר זאת:

"לעובדים יש אינטרסים שלא להיות חשופים למעקב, אינטרסים שנובעים מצרכים שונים אשר הזכות לפרטיות משמשת להם גג משפטי. הצגת מערך האינטרסים והזכויות בדרך האמורה מעמתת אינטרסים מכשירניים של המעסיקים ... עם זכויות דאונטולוגיות של העובדים ... עצם העמדת הזכויות במערך של עימות-איזון אינו קובע דרך פיתרון. פעולת האיזון עצמה מחייבת שנפרוט את האיזון לכללים קונקרטיים. יש לשים לב כי עימות מכשירני-דאונטולוגי מקשה עריכת איזון כזה, שכן הצד המכשירני אפשר למדידה ביתר קלות מהצד הדאונטולוגי. המדידות עלולה לגרור הטיה לטובת הצד המדיד."¹⁷

24. בעניין איסקוב קבע בית הדין הארצי לעבודה מתווה מדוקדק לאיזון ראוי בין זכות העובדת לפרטיות לבין הפררוגטיבה הניהולית. כוחו של מתווה זה יפה גם למופעים אחרים של פגיעה בפרטיות. אבל מעסיקים משתדלים להתעלם מהלכת איסקוב, ובמציאות שבה העובדות מתקשות לפנות לערכאות ולאכוף את זכויותיהן, הולך וגדל הפער שבין הדין לבין "החיים". פסק הדין מתעלם, הלכה ולמעשה, מהלכת איסקוב ובכך עלול להישחק מקור נורמטיבי מרכזי להגנה על הפרטיות במקום העבודה.

¹⁶ מיכאל בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 436-437 (2011) (להלן: "בירנהק – מרחב פרטי"); מפנה אל ורדה וירט-לבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר (חלק ג', 2003) 775, 805.
¹⁷ שם, 435.

כבוד ופרטיות במקום העבודה: מאגר ביומטרי ושימוש בגוף העובדת

25. כאמור, פסק הדין אינו מתעכב על הזכות לפרטיות ועל הפגיעה בה ובזכויות יסוד אחרות כתוצאה מהנהגת השעון הביומטרי. ההתייחסות היחידה לפגיעה היא "שלילית" במובן זה שהיא מתמקדת במה שאין בה:

"לא מדובר בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל אלא בנטילת טביעות אצבע באופן אלקטרוני... לא ניתן לשחזר את הטביעה המקורית... הנטילה... נעשית באופן חד פעמי... אין אנו עוסקים בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל והפוגעני... אין הדבר דומה כלל ועיקר לנטילת אמצעי זיהוי על פי חוק סדר הדין הפלילי והשוואה זו הינה קיצונית ואף בלתי ראויה" (פסי' 41-44).

26. בית הדין הנכבד לא התייחס לאקט הנטילה של טביעת האצבע ולשימוש השגרתי שנעשה בנתונים הגופניים של העובדת, **והתמקד** – ואף זאת באופן חלקי – **רק באבטחת הנתונים** הביומטריים השמורים במאגר המידע.

27. שעון נוכחות ביומטרי מסב פגיעות בזכויות היסוד לכבוד ולפרטיות. הזכות לכבוד מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא כוללת בין היתר את הזכות לאוטונומיה – אוטונומיה גופנית, ואוטונומיה בהחלטות. הזכות לפרטיות היא "מהחשובות שבזכויות האדם בישראל"¹⁸, והיא זכתה למעמד חוקתי על חוקי. היא מהווה **תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולכבוד. אדם שאין לו פרטיות מאבד את חירותו.**¹⁹ כפי שבית המשפט העליון חזר והסביר לאחרונה:

"תפיסה זו נסמכת על מכלול הגותו המוסרית של הפילוסוף עמנואל קאנט... האדם עומד כתכלית לעצמו. שימוש באדם כאובייקט לצורך השגת מטרת אחרת מהווה פגיעה בכבודו... האדם איננו "חפץ"; אין להשתמש בו כאמצעי להשגת מטרת אחרות."²⁰

28. העובדת אינה מאבדת את זכותה לפרטיות שעה שהיא נכנסת בשעריו של מקום העבודה.²¹ דומה שלפחות בכל הנוגע ליחסי עבודה, אין עוד מחלוקת על כך, שקיימת תחולה ישירה של הוראות חוק היסוד על מעסיקים,²² מה גם שבענייננו המעסיקה היא רשות ציבורית.

פגיעה באוטונומיה הגופנית ובכבוד האדם

29. **כל נטילה של אמצעי זיהוי ביומטריים כרוכה בפגיעה בזכות האדם** לאוטונומיה גופנית - זכות הנגזרת באופן ישיר מההכרה בערך כבוד האדם. מכאן, אומר פרופ' אהרן ברק, "כפייה לתת טביעות אצבע פוגעת בכבוד האדם."²³

30. השימוש במידע הביומטרי פוגע בכבוד האדם. כפי שמסביר פרופ' עומר טנא:

¹⁸ ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995).

¹⁹ ראו: מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", **משפט וממשל** יא 9 (2007).

²⁰ ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014) השופט סולברג, פסי' 74.

²¹ מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובת הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה חברה ומשפט ט (תשס"ב) 85.

²² **עניין איסקוב**; דב"ע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385, 411; וירט-לבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית" ה"ש 16 לעיל.

²³ אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (1994) 433.

"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 במאה ה-18 הזהיר הפילוסוף הגרמני הדגול עמנואל קאנט מפני הפיכתו של אדם לאובייקט ושימוש בו כאמצעי להבדיל מתכלית בפני עצמו".²⁴

31. בטרם נמשיך, נבקש להדגיש את **ייחודה של הפגיעה הכרוכה בשימוש בביומטריה ובגוף כאמצעי**. אכן, לעיתים מטשטשים הגבולות בין הזכות לכבוד ובין הזכות לפרטיות, וקיימת חפיפה ביניהן. כך למשל, במקרים רבים שבהם נדרשות עובדות לוותר על פרטיותו, הן נתקלות גם בלחצים, בהרמות קול ובאיומים, שפוגעים גם בכבודו. סירוב המעסיק ליתן הסברים מפורטים - על תכלית איסוף המידע, השימושים שיעשו בו וכד' - פוגע בפרטיות, אבל מסב פגיעה נפרדת ועצמאית גם לכבוד העובדת, משל הייתה חפץ או עבד. תחושת ההשפלה הנלווית ל"הסכמה" הכפויה, שעובדות רבות נאלצות לתת לפגיעה בפרטיותו, מסבה גם פגיעה לכבודו.

32. ויחד עם זאת, שומה עלינו להקדים ולחדד את **ההבדל בין מגוון מופעים שונים של מעקב ופגיעה בפרטיות ובין שימוש בגוף העובדת כאמצעי**. אפשר שיהיו מי שיגרסו ש"מדובר בסך הכול באצבע". אבל דווקא אותה טריוויאליזציה חייבת להדליק נורה אדומה. במיוחד במקום העבודה עלינו להיות ערים לחציית הגבול שכרוכה במעבר לשימוש בגוף העובדת כמסמן וכאמצעי. מכאן, שגם לו היינו מגיעים למסקנה, כי שעון נוכחות ביומטרי הוא אמצעי מידתי ולגיטימי במקום העבודה, עדיין היה עלינו **לסמן את הגבול שנחצה, ולתחום כדבעי את החריגה** המותרת ממנו.

פגיעה בפרטיות

33. **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".²⁵

34. כפי שמשביר 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".²⁶

²⁴ עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" משפטים יז 421 (2013).
²⁵ ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011) השופט לוי, פסקה 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).
²⁶ מיכאל בירנהק "הערות לתזכיר חוק לתיקון חוק הכניסה לישראל, התשס"ד-2004", מכתב למשרד הפנים 23.5.2004.

35. "נטילת טביעה של כל חלק מהגוף" היא "חיפוש" כהגדרתו בחסד"פ²⁷ - חיפוש שיש בו "פגיעה בפרטיותו של אדם ובצנעת הפרט שלו, שהן זכויות מוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"²⁸. וכפי שאומר בירנהק:

"ברוב המקרים... נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים ללא הסכמה הם בגדר בילוש או התחקות אחר אדם כלשון סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות"²⁹.

36. **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"³⁰. והוא הדין באשר למאגר הביומטרי שמשדר הפנים מתכנן להקים.³¹

37. היטיבה לתאר זאת פרופ' רות גביון כבר בתחילתה של המהפכה הדיגיטלית:

"מאגרי המידע יוצרים פוטנציאל גדול לפגיעה בפרטיות... אבל במאגרי מידע יש היבט נוסף, שגם הוא מרכזי בהגנה על הפרטיות, והוא שמאגרי מידע תורמים לתחושה של האדם שהוא מאבד באיזשהו מקום את השליטה בכל מיני היבטים חשובים של חייו... הידיעה שאתה – כל אחד מאיתנו, כל אחד מהאנשים – הוא מספר, הוא פרופיל, שכל אחד יכול להפעיל כפתור ולקבל אותו. הפגיעה הזאת היא פגיעה של כבוד. הפגיעה הזאת היא פגיעה של אובדן שליטה... היא פגיעה של היחס בין הפרט ופרטים אחרים לבין הממשלה או מחזיק המאגר; היא פגיעה שאינה מתמצית בחשש משימוש לרעה"³².

38. הפגיעות שנמנו לעיל הן נפרדות ועצמאיות מהפגיעות הצפויות במקרה של שימוש לרעה בנתונים הביומטריים או דליפתם – מהמאגר או משעון הנוכחות שבו מתועדים מדי יום ביומו הנתונים הביומטריים של העובדת.³³

39. שהרי, להוציא מקרים נדירים של מציצנות לשמה, פגיעה בפרטיות היא רק "שער" לפגיעות במגוון זכויות ואינטרסים. שימוש במידע הביומטרי למטרות זרות – פלילות או "חוקיות", בתוך הארגון או מחוצה לו – צפויות להסב פגיעות נוספות ועצמאיות לעבודות.

40. המידע הביומטרי משמש כבר היום, וצפוי לשמש עוד יותר בעתיד, כמפתח למידע אישי רב. חלים עליו, מקל וחומר, דבריו של בית המשפט העליון באשר למספר תעודת הזהות:

²⁷ סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.
²⁸ דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ה-1995 (ה"ח תשנ"ה 2.1.1995, 210, 211).

²⁹ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל) 453.
³⁰ 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).

³¹ חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.

³² רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61, 69 (1988).

³³ להרחבה – ראו פסקה 0 להלן.

"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."³⁴

41. כך הסביר זאת בכנסת עו"ד יורם הכהן בעת שכיהן כראש הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע:

"... 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."³⁵

פגיעה "סובייקטיבית" בזכות יסוד

"כשנודע לי שהמעסיק חדר לתיבת המייל שלי בעבודה, הרגשתי מאוד לא נוח. לא אשתמש בביטוי 'אונס', אבל כשגיליתי את זה הרגשתי כאילו מישהו פרץ לי הביתה" (טלי איסקוב בראיון עיתונאי).³⁶

42. בית הדין הנכבד איבחן בין השימוש המשטרתי בביומטריה לבין השימוש שעושה המעסיק בנתונים הביומטריים של העובדת. אבחנה זו, ביחד עם העובדה שכבר היו מקרים דומים של פגיעה בזכות לפרטיות, הובילו למסקנה כי פגיעה זו היא "סובייקטיבית" בלבד:

"העובדים, שהנם ברובם נשים בדרגות שחר נמוכות, רואים בכך מעשה של השפלה, ביזיון וחוסר אמון" (פס' 23).

"אין אלא להצר על כך כי העובדים חשים באופן סובייקטיבי כל הדבר משפיל או מבזה אותם ודומה להליך מעצר או גביית ראיות... נראה כי תחושה סובייקטיבית זו של עובדים בודדים אינה נחלת הכלל – הראיה כי עובדים רבים במשק... חותמים מדי בוקר וערב באמצעות טביעת אצבע וברי כי רובם ככולם אינם חשים כי הדבר דומה להליך גביית ראיות במשטרה" (פס' 44).

43. בכל הכבוד, הנמקה זו לוקה במספר פגמים ובין היתר, בכך שהיא מאיינת את הפגיעה בפרטיות ובכבוד, שכבר זכתה להכרה של הדין ושימשה אפילו כנקודת מוצא לפסק הדין; בכך שהיא רואה במקרים של פגיעה בזכות כמקור נורמטיבי לביטולה; שהיא נסמכת על "הסכמה" כפניה של עובדות במקומות אחרים, שנאלצו להסכים לפגיעה בפרטיותן, ומבלבלת בין "עובדות שנקבעו בשטח" לבין הדין; ובכך שהיא מתעלמת מההיבט התרבותי והמגדרי של הסוגיה.

³⁴ בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנאע נ' רשות המיסים (20.12.2010) השופט פוגלמן, פס' 37; וראו עוד: גביון (ה"ש 32 לעיל); וראו עוד: "טיטוט הנחיות רשם מאגרי מידע - התנאים לאיסוף מספרי זהות למאגרי מידע ולשימוש בהם" אתר רמו"ט <http://index.justice.gov.il/Units/ilita/MainDocs/IDdirective.pdf>. 18.3.2012.

³⁵ עו"ד יורם הכהן, הוועדה המשותפת (לעניין "חוק המאגר הביומטרי"), פרוטוקול 30.6.2009, עמ' 43 (אתר הכנסת).

³⁶ חן מענית "כך פולשים המעסיקים אל הפרטיות של העובדים במקום העבודה" גלובס 14.2.2011.

44. כפי שראינו לעיל, **הפגיעות** בפרטיות ובכבוד, שכרוכות בנטילת טביעות אצבע, ובאגירת הנתונים הביומטריים ואגירתם, **כבר זכו להכרת הדין**, ואינן רק תחושה "סובייקטיבית". והרי בית הדין בעצמו פותח את פסק הדין בכך שנגרמת פגיעה בזכויות מוגנות על פי חוק היסוד.³⁷

קביעת הדין, שלפיה נטילת טביעות אצבע פוגעת בכבוד האדם אינה נובעת מהפרקטיקה המשטרית ומנטילת טביעות אצבע מחשודים. נהפוך הוא: הפגיעה שנגרמת כתוצאה משימוש בגוף האדם היא המקור לכלל המשפטי, שלפיו המשטרה אינה יכולה לעשות זאת אלא בהתאם להסמכה חוקית ובכפוף לתנאיה.

באופן דומה, נדרש משרד הפנים להסמכה חוקית כדי שיוכל להשתמש בנתונים הביומטריים של תושבות ותושבי המדינה בתעודות הזהות "החכמות" וב"מאגר הביומטרי". "חוק המאגר הביומטרי"³⁸, שאליו מפנה בית הדין, עדיין נבחן ב"פיילוט" וטרם עבר ביקורת שיפוטית על חוקיותו. אך אפילו הייתה פגיעתו של "המאגר הביומטרי" עוברת בשבט הביקורת החוקתית - עדיין לא היה בכך כדי לאיינה, וגם לא להכשיר פגיעות דומות נוספות - בידי המדינה, ולא כל שכן בידי מעסיק. שהרי למדינה יש גם סמכויות חוקיות לעכב אדם לחקירה או להטיל עליו קנסות בהתקיים נסיבות מסוימות ואין בכך כדי להקנות למעסיק את הזכות לנהוג כך - אפילו בהתקיים אותן נסיבות. אפשר שהשוואה זו נחזית כ"פרועה", אבל למרבה הצער היא איננה דמיונית ולא אחת אנו נתקלים במעסיקים שמנכסים לעצמם, מכוח "הסכמה" כביכול, לפגוע בקניינו של העובד על דרך של הטלת "קנסות" וקיצוץ ממשכורתו, ואף לעכבו ל"חקירה" על יסוד ההנחה שכל מי שמצטרף לחברה "חותם על תקנונים שלפיהם הוא יודע שהוא בחברה שהיא מדינה בתוך מדינה, ואלו הנהלים שלה."³⁹

45. בית הדין הנכבד הפנה למערכת ההחתמה בשירות התעסוקה כעדות נוספת לכך ש"שעון מסוג זה והשימוש באמצעים ביומטריים הופך נפוץ יותר יום יום במחוזותינו" (פסקה 61 לפסק הדין). אבל שירות התעסוקה, שאכן עושה שימוש באמצעי כאמור, התחייב בפני המבקשת 2 וקבל עם ועדה, שהשימוש במערכת יהיה מותנה בהסכמה פרטנית:

"כל גורמי השירות ובכללם מנהלי הסניפים והאזורים, הונחו שאין לחייב את דורשי העבודה לעבור זיהוי ביומטרי, וכי יש לאפשר למי שחפץ בכך, להמשיך ולהתייצב באמצעות הפקידים"⁴⁰

46. ומה ניתן ללמוד מהעובדה ש"עובדים רבים במשק... חותמים... באמצעות טביעת אצבע"? גם אם נניח שאכן מדובר ב"עובדים רבים" - האומנם יש בכך "ראייה", כלשון בית הדין קמא, לכך שאותם עובדים אינם חשים בפגיעה?

³⁷ ר' פסקה 39 לפסק הדין, ופסקה 15 לעיל.

³⁸ "חוק המאגר הביומטרי" - ר' ה"ש 31 לעיל.

³⁹ כך הסביר דובר "אגד" עיכוב של עובד וחקירתו הכפויה ביד חוקר פרטי. ראו: אתר האגודה לזכויות האזרח <http://www.acri.org.il/he/973>; דוד רטנר "אגד 'עצרה' אחד מנהגיה לחקירה בחצות, ללא עורך דין" הארץ 18.5.2005; "אגד חוקרת את נהגיה לבד" חדשות נענע 8.12.2005

⁴⁰ מכתב שירות התעסוקה לאגודה לזכויות האזרח מיום 16.8.2005 אתר האגודה לזכויות האזרח <http://www.acri.org.il/he/1148>; ר' גל מור "שירות התעסוקה לא יפלה מסרבים לסריקת אצבע" *ynet* 4.9.2005.

"יחסי עבודה מתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים בין המעסיק לעובד, נוכח המרות והתלות הכלכלית והתעסוקתית להם נתון העובד."⁴¹ בנסיבות אלו הנחת המוצא היא שאין תוקף ל"הסכמה" שנתנה עובדת לפגיעה בזכויות היסוד שלה. כך נקבע בעניין איסקוב:

"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."⁴²

47. בית המשפט העליון חזר על קביעה זו באמרו שלנוכח יחסי התלות וצמצום מרחב הבחירה העומד לרשות העובד, **אין להניח שמעביד יוכל לפגוע בפרטיותו ולהצדיק את הפגיעה בכך שהדבר נעשה מ"רצון"**.⁴³

48. 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.

49. כך היה, למשל, לפני שנים אחדות כאשר **תיאטרון חיפה** החליט להשתמש בשעון נוכחות ביומטרי. התנגדות העובדות רוסקה, תחת האיום בפיטורין. עובד אחד שחשב להתעקש זומן לשימוע לפני פיטורין ו"התקפל". **עובדת אחרת שהתעקשה פוטרה**, ולמרות שהמבקשת 2 החלה לטפל בעניינה, היא החליטה בסופו של דבר לוותר על המאבק המשפטי הממושך ועל מעסיק שנוהג ברוטאליות שכזו.⁴⁴

50. שנתיים לאחר מכן, **צומת ספרים פיטרה עובדת** שהתנגדה להנהגת שעון נוכחות ביומטרי, והובילה ניסיון של העובדות להתאגד על רקע זה. לעובדות נמסר שמי שלא תטביע את אצבעה בשעון הביומטרי "פשוט לא תהיה דרך לחשב לה שכר".⁴⁵ כפי שסיפרנו בפתח הדברים לעיל, הסכסוך הגיע לבית הדין לעבודה וזה תמה על האמצעי הפולשני שהנהיג המעסיק "במקום שאינו על גבול איראן ואינו עוסק בסודות מדינה"⁴⁶ ההתדיינות הסתיימה בהסכמה. אבל בסופו של דבר השעון הביומטרי הוכנס לשימוש. ההתנגדות ואיתה התאגדות - רוסקו.

51. ובשנה האחרונה הגיע אל בית הדין הארצי ספיח של התדיינות בין **עיריית שדרות לבין שלוש עובדות שמיאנו להסכין לפגיעה** הביומטרית שיזמה העירייה. גם שם נקטה העירייה בדרך העבריינית של הלנת שכר של העובדות "הסרבניות".⁴⁷ גם שם אמצעי "השכנוע" עבד ומרבית

⁴¹ עסק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים החדשה - פלאפון בע"מ (2.1.2013) הנשיאה ארד, פס' 58.

⁴² עניין איסקוב, פסקה 30.

⁴³ ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013).

⁴⁴ המבקשת 2 טיפלה בעניינה של העובדות שפוטרה, אך זו, כאמור, החליטה בסופו של דבר להרים ידיים ולוותר על המאבק ועל מקום העבודה. ראו: "פיטורי עובדים בעקבות הכנסת שעון נוכחות ביומטרי בתיאטרון חיפה" אתר האגודה לזכויות האזרח 14.5.2008 (<http://www.acri.org.il/he/1840>); ר' עוד: מרב יודילביץ, "עובדת בתיאטרון חיפה פוטרה כי סירבה לתת טביעת אצבע" ynet 15.4.2008.

⁴⁵ מעיין דק "עובדי צומת ספרים התאחדו - אין לכם מה להפסיד זולת שכר המינימום שלכם" העוקץ 2.7.2010.

⁴⁶ ר' פסקה 3 לעיל

⁴⁷ בר"ע (ארצי) 44667-05-13 בת-חן שחר - עיריית שדרות.

העובדות "הסכימו" להחתיים בשעון נוכחות ביומטרי, והעובדות "הסרבניות" נאלצו לעזוב את מקום העבודה.

52. בתיאטרון חיפה, בצומת ספרים ובעיריית שדרות מתעדות העובדות את נוכחותן במקום העבודה תוך שימוש בגופן. אך בניגוד לדבריו של בית הדין קמא, אין בכך משום "ראיה" להעדר פגיעה או התנגדות, אלא רק למכבש הלחצים והאילוצים שמוחץ אותן.

53. כפי שמוסבר בפרסום של המרכז למשפט וטכנולוגיה:⁴⁸

"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."

54. ואכן, גם בעת **שעניין איסקוב** הגיע לבית הדין הארצי, היו "**עובדים רבים במשק**" נתונים למעקב בתיבת הדוא"ל שלהם, **הייתה זו פרקטיקה נהוגה**. כך העיד, למשל, מחקר שהתפרסם באותם ימים באוניברסיטת חיפה, ושעמד בפני בית הדין.⁴⁹ כמו כאן גם שם נדרשו שנים עד שנמצאה עובדת שפנתה לערכאות ותקפה את הפרקטיקה הנהוגת (וגם זאת לא בתביעה בעילה של פגיעה בפרטיות, אלא אגב אורחא - בבקשה לפסול ראיה). אבל מצב דברים זה לא הביא את בית הדין הנכבד לסבור, כי יש בו כדי להעיד שהעובדים אינם רואים בכך פגיעה.

יתר על כן, הגם שבחלק ניכר מהמקרים, עובדים קיבלו הודעה מוקדמת על דבר החדירה לתיבת הדוא"ל שלהם, בית הדין הארצי לא ראה בשתיקתם, משום "ראיה" לכאן ש"אינם חשים" בפגיעה או שהם מסכימים לה וגם לא הפעיל את מבחן "הצפיות הסבירה".

55. וכך מסביר בירנהק את חולשתו של אותו מבחן אמריקאי, שמזהה את הזכות לפרטיות עם הצפיות הסבירות:

"המבחן האמריקאי מאפשר גמישות אבל יש בו באופן אינהרנטי, גם עמימות וחוסר ודאות. זהו קוצר ידו: בתי המשפט אינם עורכים סקרים בקרב הציבור בדבר סבירותם של מצבים שונים. הם משליכים את ניסיון חייהם על המקרה, את השכל הישרי שלהם, ולא תמיד יש קרבה בין ניסיון חייהם של השופטים לבין זה של רוב האזרחים. המבחן האובייקטיבי הוא גם מבחן ערכי, **ובית המשפט קובע למעשה לא רק את המצוי אלא גם את הרצוי בעיניו ...**

הקושי מתחדד עוד יותר כאשר מדובר בטכנולוגיות חדשות שמשליכות על הפרטיות... כאשר הנורמה החברתית אינה יציבה או אינה ברורה, הרי ... קביעה שיפוטית, **מתארת לכאורה את הנורמה החברתית, אבל למעשה קובעת אותה ומכוננת אותה ...**

⁴⁸ פרטיות בסביבה דיגיטלית, (ה"ש 12 לעיל) ע' vii.

⁴⁹ ורד פטרר אלון, יצחק הרפז, שי צפריר ואילן משולם "הסקר הרב שנתי של המרכז לחקר ארגונים וניהול המשאב האנושי: ניטור פיקוח בארגונים". המאמר נמצא באתר האינטרנט של המרכז לחקר ארגונים וניהול המשאב האנושי באוניברסיטת חיפה: http://organizations.haifa.ac.il/html/html_eng/Monitoring-article.pdf; ר' עוד: רותי סיני "חצי מהמעסיקים בישראל עוקבים אחר עובדיהם באמצעות מצלמות" הארץ 23.3.2008.

מאזן הכוחות הוא בדרך כלל כזה שהכלל המשפטי מגן על הפרטיות ואילו הנורמה החברתית הרווחת אינה מגינה על הפרטיות. זה המצב **כאשר החוק מופר באופן גורף... חשוב לוודא שהמשפט אינו מקבע דפוסים חברתיים שאינם רצויים עוד**, ושהוא מאפשר את צמיחתם של דפוסים טובים יותר. עיצוב כלל משפטי כזה צריך לבוא תוך הבנה שהנורמה החברתית עשוי להתאים עצמה לכלל המשפטי החדש, אבל גם עשויה להיאבק בו.⁵⁰

56. מכאן שעלינו לנקוט בזהירות מופלגת ולהיזהר מיצירת נורמה משפטית, הנסמכת על פרקטיקות לא חוקיות של מעסיקים. אדרבא, חרף השימוש שנעשה בביומטריה במקומות עבודה מסוימים, עדיין חוזרות ונשנות התלונות של מי שנדרשים או נדרשות "להסכים" לכך. בית הדין הנכבד ראה בתלונות אלו עדות ל"תחושה סובייקטיבית" חסרות נפקות נורמטיבית. בכך ניתנה עדיפות לפרקטיקות דכאניות של המעסיקים על פני עדות העובדות אודות הפגיעה שנגרמת להן. קביעתו - כדבריו דלעיל של בירנהק - "מתארת לכאורה את הנורמה החברתית, אבל למעשה קובעת אותה ומכוננת אותה".

57. זאת ועוד, כפי שצוין בפסק הדין "**העובדים, שהנם ברובם נשים בדרגות שכן נמוכות**" הן אלו שמעלות את אותן "תחושות סובייקטיביות" של פגיעה.

אמנם, אין בידינו מחקרים אמפיריים שיעידו באופן תקף ומהימן על שוני מגדרי בתגובות לשימוש בביומטריה במקום העבודה. יחד עם זאת, לגבי מופעים אחרים של מעקב ופגיעה בפרטיות קיימות כבר אינדיקציות מחקריות שמלמדות על שונות מגדרית - **הבדלים באופן שבו נשים חוות מעקב**, חשיפה ופגיעה בפרטיות.⁵¹

58. גם מרבית התלונות שהמבקשות קיבלו לאורך השנים בהקשר של פרטיות במקום העבודה ובפרט בהקשר הנדון, היו של נשים - נשים שביטאו חוסר אונים ותחושת השפלה הן בשל החשיפה והמעקב, והן בשל האופן שבו המעסיק כפה עליהן "להסכים" להם. עובדה זו, ביחד עם השפה והביטויים שמשמשות נשים כדי לתאר את תחושת הפגיעה (ראו, למשל, את דבריה של טלי איסקוב שהובאו בפתח פרק זה), ראויים לכל הפחות להתייחסות ומצווים עלינו לנהוג בהם ככובד ראש. לא לבטלם כפי שעשה, למשל, המנהל בתיאטרון חיפה:

"העובדת העלתה כל מיני **טענות מגוחכות**. היא אמרה שהיא לא רוצה שאני אפלוש לגופה. **איזה לפלוש לגופה?** כמו שיש נהלים של בדיקות דם במקומות מסוימים, אז מה העניין? מי שחושב דברים כאלה מדאיג אותי."⁵²

⁵⁰ בירנהק - מרחב פרטי (הייש 16 לעיל) 41-43.

⁵¹ Hille Koskela, " 'Cam Era' the Contemporary Urban Panopticon", *I SURVEILLANCE SOC'Y* 292, 301 (2003); Kirstie Ball, Elizabeth M. Daniel and Chris Stride, "Dimensions of employee privacy: an empirical study" 25(4) *Information Technology & People* (2012); Torin Monahan, "Dreams of Control at a Distance: Gender, Surveillance, and Social Control", 9(2) *Cultural Studies - Critical Methodologies* (CSCM) 286 (2009).

⁵² רי היש 44 לעיל.

59. מטבע הדברים – לאור המציאות המצערת שבה שיעור הנשים הולך ופוחת ככל שמטפסים במעלה המדרג הארגוני – יוצא שבדרך כלל נשים הן אלו שמבטאות "תחושות סובייקטיביות" ו"מגוחכות" בעיני המעסיק, וגברים הם אלה שקובעים את "העובדות בשטח".
60. גם אם הממצאים והרשמים שלעיל אינם מתגבשים לכלל ראייה חד משמעית, עדיין אין הם שוקלים פחות מהממצאים והרשמים שהובילו למסקנה, שלפיה "נראה כי תחושה סובייקטיבית זו של עובדים בודדים אינה נחלת הכלל" (פסי' 44 לפסק הדין). שהרי, כדבריו של בירנהק, "בתי המשפט אינם עורכים סקרים בקרב הציבור... ולא תמיד יש קרבה בין ניסיון חייהם של השופטים לבין זה של רוב האזרחים."⁵³
61. למעלה מן הצורך נאמר עוד, כי אפילו היינו מוצאים שתחושת הפגיעה אינה נחלתן של כול העובדות, עדיין לא היה בכך כדי לשלול את ההגנה המשפטית מהנפגעות. אכן, ניתן להעלות על הדעת מקרה שבו קיים מנעד רחב של תפיסות תרבותיות ואישיות בנוגע לסוג מסוים של פגיעה בפרטיות ובכבוד. במיוחד בחברה רב תרבותית כשלנו, לא מן הנמנע שפגיעה תיתפס כחמורה וכואבת בחוגים מסוימים, בעוד שאחרים תופסים אותה כנסבלת או אפילו קלה. ובמציאות של התפתחות טכנולוגית מואצת עשויים להיות הבדלים בין דוריים בתפיסת הפרטיות והפגיעה בה. מצבים מעין אלה מציבים אתגר קשה בפני המשפט, שמנסה לשטח מציאות מורכבת ולחלץ ממנה "מימד אובייקטיבי" או "סביר". הגישה הבינארית של "כן" או "לא", שמאפיינת את תרשים הזרימה בדיון משפטי (יש פגיעה או אין, מידתית או לא... ובהתאם לכך - מתן סעד או שלילתו), עלולה לחטוא לזכויות היסוד. עלינו לנקוט במשנה זהירות בטרם נמעיט מחומרת הפגיעה על יסוד "אחרי רבים להטות". והוא הדין במקרה - וכאן נקדים במעט את המאוחר - שבו נמצא שפגיעה בזכות יסוד היא "מידתית". אדרבא, ישנם עניינים שבהם פגיעה בזכות אינה נסבלת גם אם רבות "התרגלו" ולמדו להסכין לה. בעניינים אחרים ראוי לאמץ גישה של "גולגולת דקה" בעת בחינת חומרת הפגיעה ואת שקילותה כנגד אינטרסים נוגדים (מידתיות).
62. לחלופין, לעיתים יהיה עלינו להסתפק בפתרונות יצירתיים, שיאפשרו לנו לרפא, ולו במעט, פגיעה – ואפילו זו "סובייקטיבית" ונחלתן של מעטות. כך למשל, ניתן להעלות על הדעת מצב שבו פגיעה בזכות יסוד תחשב קלה או מידתית, ועדיין טיבה וחומרתה – לפחות בעיני עובדות מסוימות – יבססו את הקביעה כי יש בה משום "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות שביחסי עבודה... שבהן אין לדרוש ממנה שתמשיך בעבודתה" והיא זכאית להתפטר ולזכות בפיצויי פיטורין.⁵⁴

הסכמה ופרשנות ההסכם הקיבוצי

63. אל מול הפגיעה בפרטיות ובכבוד הציב בית הדין קמא את הפררוגטיבה הניהולית:

⁵³ ר' ציטוט בפסקה 55 לעיל.

⁵⁴ סעיף 11 (א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963: "התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לעניין חוק זה כפיטורים."

"מזכות הקניין של המעסיק נגזרת הפררוגטיבה, ש"משתרעת אף על האופן שבו יתנהלו רישומי הנוכחות במקום העבודה **כל עוד לא נקבעה רשימה סגורה** של האפשרויות לניטור עובדים **בחוקי העבודה**" (פסקה 40).

64. דברים אלה מתמצים את עמדת בית הדין הנכבד. הדיון במידתיות הפגיעה ובסוגיית ההסכמה הן בבחינת למעלה מן הצורך, כיוון ששעון נוכחות ביומטרי הוא לא יותר מ"**האופן הטכני** שבו מחתימים עובדים 'יציאה' ו'כניסה' " (פס' 50) - "**עניין אדמיניסטרטיבי**" (פס' 50 ו-47 בהתאמה), שמצוי כולו בתחום הפררוגטיבה הניהולית.

והסיפא ("כל עוד לא נקבעה רשימה סגורה... בחוק") היא היפוך הגמור של נקודת המוצא המקובלת, שלפיה פגיעה בזכות יסוד אינה יכולה להיעשות אלא בהתאם להסמכה מפורשת בחוק.⁵⁵

65. לאור זאת גם אין לתמוה על הקביעות שבאות בהמשך :

"הואיל ועסקינן בסוגיה שספק אם היא מהווה אחת מתנאי העבודה ברשות, **לא נדרשת הסכמת** הארגון היציג לצורך שינוי סוגו של שעון הנוכחות או אופי הדיווח. אדרבא, על פי חוקת העבודה הועד אינו רשאי להתערב בעניינים אדמיניסטרטיביים כגון דא, ואף נקבע מפורשות כי 'סוג השעון ייקבע על ידי ההנהלה' ". (פס' 47).

66. הנה כי כן, הפגיעה בזכויות היסוד, שאותה הניח בית הדין בתחילת הדרך, התפוגגה כלא הייתה והפכה לעניין "טכני". בהעדר פגיעה אין צורך בהסכמה לפגיעה.

לחלופין, ככל שיש פגיעה, שאז נדרשת הסכמה – הרי שזו נתנה בשנת 1959 במסגרת ההסכם הקיבוצי, לאמור: "**סוג השעון ייקבע על ידי ההנהלה**"⁵⁶.

67. בית הדין הנכבד המשיך ופירש את ההסכמה האמורה באופן רחב :

"לא ניתן לקבל את נימוקם של המשיבים כאילו הזכות הניהולית הקבועה בחוקת העבודה אינה מקנה זכות כיום משום שנוסחה בשנת 1960, עת שלא עמד לנגד עיני המנסחים שעון נוכחות המבוסס על טביעה ביומטרית... העובדה כי המנסחים ראו לנגד עיניהם קיומם בעתיד של שעוני נוכחות מסוגים שונים מעידה דווקא על כך כי **לא הטרידה אותם העובדה שסוג השעון ייקבע על ידי הרשות באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים**... אין ספק כי אילו היה עומד לנגד עיניו של המנסח שעון נוכחות אשר ניתן להחתימו באמצעי אחר מלבד הכרטיס, כגון טביעה ביומטרית או אמצעי אחר, היה נבחר נוסח מעט שונה להנחיה, אך אין בכך כדי **לגרוע מ'כוונת המשורר'**". (פס' 49-47)

68. בכל הכבוד, פרשנות זו אינה יכולה לעמוד. ומה אם יחליט מחר המעסיק להנהיג "שעון נוכחות" המבוסס על נתוני גוף אחרים – אישון העין, די. אן. איי, מכשיר שיקוף, או שבב שיוחדר לגוף? כפי שנראה מייד - גם טביעת אצבע אפשר לזייף, ועל כן, לא מן הנמנע שתיעוד נוכחות אמין יותר "יחייב" גיוס של טכנולוגיות מסוג זה, שכבר קיימות ופועלות. אין בפרשנותו של בית הדין הנכבד דבר שיוציא מהלך מעין זה מתחום הפררוגטיבה הניהולית ומ"כוונת המשורר".

⁵⁵ ר' 28 פסקה לעיל וההפניה למאמרה של ורדה וירט-לבנה.

⁵⁶ סעיף 66.1 לחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות.

69. קו גבול ברור ובלוט נמתח בין הפררוגטיבה הניהולית ו"סוג השעון" לבין גופה של העובדת. כפי שנקבע בעניין איסקוב:

"הפררוגטיבה 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..."⁵⁷

70. ההסכמה להותיר את ההחלטה על "סוג השעון" להנהלה ולפררוגטיבה שלה אינה יכולה להתפרש כהסכמה מכללא להנהגת מערכת נוכחות המבוססת על נתונים שנלקחו מגוף העובדת. ביחסי עבודה – כך קבע בית הדין הארצי – אין מקום להסכמה משתמעת לפגיעה בפרטיות:

"הסכמת העובד לפגיעה בפרטיותו מותנית בתנאים מצטברים אלה: על ההסכמה להיות מפורשת, מרצון חופשי ומדעת, לאחר שניתן לעובד המידע הדרוש בנוגע לכוונת המעסיק לפגוע בפרטיותו בכל מקרה ומקרה."⁵⁸

71. מעבר לכך, הזכות לפרטיות היא זכות אישית מעצם טבעה, והיא נועדה להגן על מרחב אינטימי של אדם ועל הגבול בינו לבין הזולת. אבל ההסכם אינו נוקט בזהירות הראויה במקום שבו מבקשים להגביל זכויות יסוד.

אין להתיר פגיעה בזכות יסוד אישית באמצעות הסכמה קיבוצית, וכחלק ממערך מורכב של אינטרסים ושל יחסי "תן וקח" בין הארגונים המייצגים.

מידתיות הפגיעה – תועלת מפוקפקת וקיומן של חלופיות ללא ביומטריה

72. הפגיעות הכרוכות במערכת הנוכחות הביומטרית אינן מידתיות, גם בהינתן התכלית של מניעת הונאה בתיעוד הנוכחות בעבודה. בהקשר זה ציין בית הדין הנכבד בהכרעתו:

"אין מחלוקת כי דיווח באמצעי ביומטרי הינו מהימן יותר מאשר אמצעים חלופיים הקיימים היום בשוק" ו"במדינתנו הקטנה, קיימת חשיבות רבה אף יותר לשמירה על כספי הציבור ואופן הוצאתם על ידי גופים ציבוריים" (פס' 51 ו-57).

73. אכן, אין מחלוקת על האינטרס הציבורי בשמירה על כספי הציבור. יתר על כן, דיווח אמין ונכון על שעות העבודה שבגינן זכאית העובדת לשכר הוא אינטרס ראוי – של מעסיק פרטי ומעסיק ציבורי, במדינה גדולה ו"במדינתנו הקטנה" כאחת. אבל אין באלה כדי להכשיר את האמצעי מרחיק הלכת שהמשיבה בחרה, אפילו נניח כי "דיווח באמצעי ביומטרי הינו מהימן יותר מאשר אמצעים חלופיים".

מכל מקום פגיעתו החמורה של שעון הנוכחות הביומטרי אינה מקדמת בהרבה את התכלית של רישום נוכחות מדויק ואמין. ניתן להערים גם על שעון הנוכחות הביומטרי. חיפוש מהיר ברשת האינטרנט, ובמיוחד באתר YOUTUBE מוביל למדריכים, שמלמדים כיצד אפשר ליצור "טביעת אצבע" מסיליקון ולהערים בעזרתה על מכשיר ביומטרי (reader). ברזיל למשל,

⁵⁷ עניין איסקוב, פסקה 10.

⁵⁸ עניין איסקוב, פסקה 30.

התברר לאחרונה כי 300 עובדי מוסד רפואי העבירו ביניהם אצבעות סיליקון עם טביעות האצבע שלהם, והערימו בעזרתן על שעון הנוכחות הביומטרי במקום העבודה: "חשבנו כי השעונים הביומטריים מבטיחים לנו מידה מכסימלית של אמינות אבל להפתעתי מתברר כי גם אצבע של עובד היא דבר שניתן להעביר מאחד לשני."⁵⁹ **שעון הנוכחות הביומטרי מוסיף תועלת שולית קטנה לאמינות הדיווח, וזו אינה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות העובדות.**

74. אבל עוד לפני שחושבים על טכנולוגיות משוכללות ופרועות יותר שיגבירו את האמינות, מוטב שנצמד צעד אחד לאחור ונעמוד על טיב הבעיה שאותה מבקשים לפתור. שהרי אפילו המשיבה אינה טוענת שכל עובדותיה הן חבורה של רמאיות שמדווחות דיווחי שקר. יוצא אפוא, **שכדי להתמודד עם מיעוט של עובדות**, שעל פי הנטען מעבירות ביניהן את כרטיס הנוכחות ומדווחות דיווח שקרי, **נדרשות העובדות כולן לוותר על פרטיותן ועל האינטגריטי הגופני שלהן**. במקום לנקוט באמצעים חלופיים, שיסייעו לאתר את הדיווחים המזויפים ולטפל בהם, מבכרת המשיבה להפוך את כל העובדות לחשודות וליטול מהן טביעת אצבע.

מעבר לחוסר המידתיות הזועק שטמון בגישה זו, הרי שיש בה כדי לחדד את הדמיון הברור לשימוש המשטרתי בביומטריה, ולתקף את אותן "תחושות סובייקטיביות" של העובדות, שהפכו ל"חשודות" על לא עוול בכפן.

75. בנסיבות העניין שעון נוכחות ביומטרי אינו מקיים את עקרון המידתיות. זו עמדתה של רמו"ט - **הרשות הציבורית המתמחה בצומת שבין משפט טכנולוגיה ומידע:**

"איסוף מידע ביומטרי למאגר מידע במסגרת מקום העבודה עשוי להיות צעד בלתי מידתי, **אלא אם כן קיימת הצדקה משמעותית** לאיסוף כאמור (כגון אינטרס **בטחוני מובהק**), או שקיימות לעובד חלופות ממשיות שאינן כוללות שימוש במידע ביומטרי (קרי, קיימת מערכת מעקב נוכחות חלופית למערכת הביומטרית)"⁶⁰

76. בית הדין קמא הפנה לדין אמריקאי, שמתיר לעיתים למעסיק ציבורי לעשות שימוש בשעון נוכחות ביומטרי. אכן, כפי שבית הדין הארצי ציין בעבר, בדין האמריקאי ניכרת "מגמת העדפה ברורה של זכויות המעסיק, לרבות במקרים בהם ננקטו על ידי המעסיק אמצעי חדירה פולשניים לפרטיות העובד." אבל " הדין הישראלי בחר בגישה המרחיבה את ההכרה בזכות פרטיות העובד במקום העבודה, תוך שהוא נוטה בבירור אל עבר התפיסות הנוהגות במשפט האירופי וערכיו". כך גם פסק לאחרונה בית המשפט העליון: "אימצנו הסדר הדומה לזה הנוהג בשיטות המשפט האירופאיות".⁶¹

⁵⁹ ראו למשל, שלמה פפירלובט " רוחות הרפאים של מקומות העבודה בברזיל" הארץ 13.3.2013; ר' עוד :

"All tested fingerprint readers were defeated with artificial fingerprints." Drew Robb, Authentication with a Personal Touch: Fingerprint Scanners Are Accurate Biometric Identification Tools - But They're Not Foolproof (Government Computer News, 2005 WLNR 26140142, 2005), cited from Daniel J. Solove, Nothing to Hide: the False Tradeoff between Privacy and Security (Yale University Press 2011) 202.

⁶⁰ שימוש בבקרת נוכחות ביומטרית במקום העבודה - עמדת הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע אתר משרד המשפטים, 18.12.2012 (להלן: "עמדת רמו"ט") פסקה 5.

⁶¹ עניין איסקוב, פסקה 14; ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014) השופט סולברג, פסקה 125: "בהכרעתנו בעניין שעל הפרק, אימצנו הסדר הדומה לזה הנוהג בשיטות המשפט האירופאיות. שיטות משפט אלו מתאימות יותר למבנה החוקתי והחקיקתי שלנו...".

77. "במסגרת זו נזכיר" – כפי שעשה בית הדין הארצי בעניין איסקוב⁶² – "את ההנחיות שנקבעו על ידי ה- working party on the protection of individuals with regard to the processing of personal data ... שהוא גוף מייעץ אשר הוקם על ידי האיחוד האירופי לפי דירקטיבה EC/95/461 החלה על גם על מקום העבודה."
78. הנחיות אלו דומות להנחיית רמו"ט שהזכרנו לעיל:

"Instead of seeking consent, employers could investigate whether it is **demonstrably necessary** to use biometrics of employees for a legitimate purpose and weigh that necessity against the fundamental rights and freedoms of the employees... **The employer must always seek the least intrusive means by choosing a non-biometric process**, if possible."⁶³

79. בהתאם לזאת שימוש בביומטריה מותר, למשל, במקרה שבו קיים הכרח למנוע כניסה של עובדים בלתי מורשים לאזורים רגישים ומסוכנים במפעל.⁶⁴
80. הנחיות ה-Working Party, שימשו למשל את הרשות המוסמכת באיטליה, שדחתה בקשות של מעסיקים להשתמש בשעון נוכחות ביומטרי. בהחלטה מראשית 2013 נדחתה בקשתה של העירייה ב-Boscoreale שניסתה להצדיק את השימוש בביומטריה בחקירת משטרה שהתנהלה נגד מספר מועסקים, בשל רישום כוזב של נוכחות. נקבע כי לרשות העירייה עומדים אמצעים ארגוניים וטכנולוגיים חלופיים, שיכולים להבטיח רישום אמין.⁶⁵
81. החלטה זו, חזרה על קביעות קודמות דוגמת החלטה משנת 2005 שפורסמה באנגלית:

"To verify compliance with working hours and simultaneously prevent unauthorized conduct by employees, the data controller can avail itself of **other, less privacy-intrusive** systems that do not impinge on personal freedom and **do not involve an employee's body** – which are both constituents of personal dignity, safeguarded by personal data protection provisions"⁶⁶

82. בפולין, בית המשפט העליון לעניינים מנהליים פסל את השימוש בשעון נוכחות ביומטרי בידי מעסיקים פרטיים וציבוריים כאחד. בהחלטה משנת 2009 הפך בית המשפט העליון החלטה של בית המשפט המחוזי בוורשה שהתיר למעסיק להנהיג שעון נוכחות ביומטרי, על יסוד הסכמה

⁶² עניין איסקוב, פסקה 14.

⁶³ "Opinion 3-2012 on developments in biometric technologies" Article 29 Working Party, p. 11.

⁶⁴ Ibid, p. 13.

⁶⁵ Decision n.38 of 31.1.2013 doc.web.n.2304669: "Processing of biometric data for the purposes of time and attendance of employees - Prior Checking by the City of Boscoreale"; See also: Decision n. 384 of 1.8.2013, doc.web n. 2578547 Biometric time and attendance of employees in a school;

⁶⁶ Prior Checking: Use of Fingerprints for Assiduity Control at the Workplace – Provision of July 21, 2005 doc. web. n, 1150679. <http://www.garantepriacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1166892>.

בכתב של העובדים. נקבע שיחסי הכוחות הלא שווים ביחסי עבודה אינם מאפשרים להכיר בתוקפה של ההסכמה, ושהשימוש במידע ביומטרי ואפילו חלקי (כמו בענייננו – לא תמונת טביעת האצבע אלא רק ביטוי דיגיטלי של מספר נקודות בתמונה) אינו מידתי.⁶⁷ שנתיים לאחר מכן חזר בית המשפט העליון ופסל אמצעי דומה שהוכנס לשימוש ברשות המיסים.⁶⁸

83. העקרונות ואמות המידה, שמשמשים באירופה כדי לפסול את שעון הנוכחות הביומטרי, דומים לאלה שנקבעו בדין הישראלי בכל הנוגע לפרטיות במקום העבודה. הדין המשווה הוא רק בבחינת למעלה מן הצורך לאחר שבית הדין הנכבד הניח בעניין איסקוב מתווה מפורט, שדיי בו כדי להכריע את הסוגיה הקונקרטית שבענייננו וכדי להפוך את פסק הדין מושא הערעור.

מידתיות – אמצעי טכנולוגי שפגיעתו פחותה

84. אפילו לו היינו מגיעים לכלל מסקנה, שבנסיבות העניין שלפנינו אין מנוס מהנהגת מערכת נוכחות ביומטרית, הרי שכמו בעניין איסקוב ו"על פי עקרון המידתיות, עלינו לבחון טכנולוגיות חלופיות ... הפוגעות במידה הפחותה ביותר בפרטיות העובדים"⁶⁹ ובראש וראשונה – חלופה שאינה כרוכה בהקמת מאגר ביומטרי. כפי שאומר בירנהק:

"אמצעי חלופי אחר שפגיעתו בפרטיות פחותה הוא ביצוע הפעולה הנדרשת של עיבוד מידע לשם מתן שירות בלי שהמידע נשמר... אין צורך ביצירת מאגר ביומטרי אם ניתן לזהות את האדם באמצעות השוואה של הדגימה הביומטרית... עם המידע המוטבע בכרטיס שהאדם נושא"

"הבחירה להשתמש באמצעי זיהוי ביומטרי במקומות שונים, כמו מקומות עבודה, היא בחירה ערכית ולא רק טכנולוגית. כאשר הזיהוי נעשה באמצעות נתון של האדם (הנתון הביומטרי) לפי כרטיס שבו מוטבע הנתון, הפגיעה בפרטיות פחותה מבמצב שבו השוואה הנתון הביומטרי של האדם נעשית למאגר מידע, שכן מרגע שנוצר מאגר הוא חשוף לסיכונים ידועים של שימושים חורגים, לניצול לרעה ולתופעת הזחילה הפונקציונאלית, כלומר, שישמר למטרות אחרות המטרה המקורית."⁷⁰

85. זו גם עמדתה של הרשות למשפט ולטכנולוגיה:

"דרך המלך הינה שימוש במידע ביומטרי במקום העבודה באופן שבו המידע אינו נאסף למאגר מידע, אלא נשמר על גבי כרטיסים חכמים בלבד. לפי שיטה זו המאפיינים הביומטריים של האדם (למשל טביעת אצבע) אינם מושווים אל מאגר מרכזי, אלא אל הנתונים הדיגיטליים (למשל התבנית הדיגיטלית של טביעת אותה אצבע) השמורים על הכרטיס החכם... עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדה של גופי הגנת פרטיות שונים בעולם..."

⁶⁷ I OSK 249/09 – Ruling of the Supreme Administrative Court 1.12.2009

http://www.giodo.gov.pl/417/id_art/649/j/en/.

⁶⁸ I OSK 1476/10 - Wyrok NSA- 6.9.2011 <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/9CACE93D95> (in Polish; see report in English: "Poland: Data collection case 'undermines idea behind obtaining consent for processing'" <http://www.dataguidance.com/news.asp?id=1631>).

⁶⁹ עניין איסקוב, פסקאות 13 ו-22 בהתאמה.
⁷⁰ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל) 252.

חלופת הכרטיס החכם מנצלת את יתרונות הטכנולוגיה הביומטרית אשר מאפשרת זיהוי וודאי של העובד מחד, אך היא אינה יוצרת סיכונים עודפים לפרטיות של העובדים מאידך.⁷¹

86. בית הדין קמא לא התייחס לחלופה זו והסתפק בדבריו המרגיעים של היצרן, שלפיהם המידע הביומטרי, שנשמר במאגר הביומטרי של המשיבה, הוא רק ביטוי דיגיטלי, "תבנית" (template) ולא "תמונת" טביעת האצבע (ה-image). ועל פי הנטען, לא ניתן לשחזר מהתבנית את טביעת האצבע עצמה (פסי' 41-42 לפסק הדין).
87. מוכנים אנו להניח, שנקיטה באמצעי זהירות זה מפחית במידת מה את הסכנה לשימוש לרעה בנתונים הביומטריים של העובדים. אך זהו רק אמצעי אחד, שהמעסיק יכול, ואף חייב, לאמץ כדי למנוע את הפגיעה בעובדות. כפי שניתן ללמוד מעמדת רמו"ט⁷², גם במערכת שאינה כוללת מאגר ומסתפקת בכרטיס חכם אסור לעשות שימוש ב-image אלא רק ב-template.
88. אמצעים דוגמת פיצול מאגרים, טשטוש הקשר בין המידע לבין זהות בעליו, אנונימיזציה של מידע אישי וכיוצא באלה, מספקים ביטחון שהוא לעולם בערבון מוגבל. כך, למשל, מסביר בירנהק בהקשר דומה:

"יתכן שבמקרה מסוים מדובר במידע רגיש לפי תוכנו, אולם מאחר שאין אנו יודעים למי משויכת הפעילות המתועדת בפריט המידע, הרי אין כאן פגיעה באדם ... אולם בצד זה יש להיזהר. טכנולוגיות עיבוד המידע, בצירוף שיטות סטטיסטיות ומיד סטטיסטי כללי, מאפשרות לבצע תהליך של דה-אנונימיזציה במקרים רבים מאוד, ברמת דיוק גבוהה... אנונימיזציה לבדה איננה פתרון קסם לבעיות של פרטיות. היא יכולה לסייע, אולם צריכה לבוא גם עם אמצעים אחרים."⁷³

זאת ועוד, בית הדין קמא, התייחס אך ורק לנתונים הביומטריים שאצורים במאגר המידע של המעסיק (התבנית ולא התמונה), ולא נתן דעתו על כך שהנתונים הביומטריים המלאים (ה-image) נקלטים מדי יום במכשיר הקורא (ה-reader) כל אימת שהעובדת "מחתימה" את שעון הנוכחות הביומטרי. בהקשר זה נפנה ל"חוק המאגר הביומטרי"⁷⁴, שמסדיר את מערך הזיהוי הביומטרי של רשות האוכלוסין במשרד הפנים. חוק זה מסדיר, בין היתר, את האופן שבו ייעשה שימוש בנתונים הביומטריים של אזרח על מנת לאמת את זהותו (בניידת משטרה, במעבר גבול וגו'). במצב שכזה, יתבקש האזרח להטביע את טביעת אצבעו במכשיר הקורא (ה-reader), והנתונים הביומטריים שיופקו בעקבות זאת יושוו אל מול הנתונים הביומטריים המוטבעים בתעודת הזהות שלו.⁷⁵ המחוקק נתן את דעתו לכך שהטבעת טביעת האצבע משאירה בידי מי שמחזיק במכשיר הקורא את הנתון "הגולמי" – את תמונת טביעת האצבע במלואה. מסיבה זו נקבע שאמצעי הזיהוי הביומטריים שיינטלו בדרך זו מהאזרח "יימחקו אוטומטית מיד לאחר

⁷¹ עמדת רמו"ט, פסקה 4 וה"ש 5. הפנייה אל מסמך OECD: *Biometric-based Technologies*, OECD Digital Economy Papers, No. 101, OECD Publishing. (2004).

⁷² עמדת רמו"ט שמצוטטת בפסקה 85 לעיל.

⁷³ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל), 193.

⁷⁴ חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.

⁷⁵ סעי' 6 לחוק: "נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים לצורך השוואתם לאמצעים או נתונים ביומטריים שבמסמך זיהוי".

ביצוע ההשוואה וקבלת תוצאת הזיהוי.⁷⁶ המילים "יימחקו אוטומטי" אינן ציווי למי שמשתמש במערכת ("עליך למחוק את הנתונים"), אלא ציווי למי שבונה אותה ("עליך לבנות את המערכת כך שהיא תמחק באופן אוטומטי").

89. ומה בענייננו? האם מערכת התיעוד הביומטרי של מעסיקה, דוגמת המשיבה דכאן, מוחקת אף היא "באופן אוטומטי" את טביעת האצבע שניטלת מדי יום מהעובדת "המחתימה" את השעון? מהן הערובות שהמעסיק, או אדם אחר שיחדור למערכת, לא "ישאב" את המידע שנאגר בשעון הנוכחות הביומטרי (בשונה מהמידע הביומטרי שבמאגר, שעל פי הנטען לא ניתן לשחזר ממנו את הנתון הגולמי)? לכך לא התייחסה המשיבה וגם בית הדין הנכבד לא נתן על כך את דעתו.

הערובות וההבטחות דוגמת אלו שהציגה המשיבה לבית הדין קמא אינן עומדות במבחן המציאות. כך למשל, בפרשת עיריית שדרות,⁷⁷ הסתבר שהדגימות הביומטריות (ה-image לא "ביטוי מספרי" וגו') אבדו, והתעורר הצורך ליטול אותן מחדש. בעמדת "ידיד בית המשפט" שהגשנו באותה פרשה, סיפרנו על נציג ועד העובדים בעיריית אופקים, ששאל: "בשדרות הם איבדו את טביעות האצבע... אז למה שנאמין להבטחות שלהם?" **"ואכן – למה?"**

"**חוק הטבע של מאגרי המידע**", אומר בירנהק, הוא ש"אין כמעט מאגר מידע שחסין ממתקפה חיצונית או פנימית".⁷⁸ אין בכך כדי להוות תמיד שיקול מכריע. מאגרי מידע יכולים להסב תועלת מרובה ליחיד ולחברה. אך תמיד כאשר שוקלים את התועלת, ראוי גם לשקול מולה את ההנחה "כי במוקדם או במאוחר ידלוף מידע... בדרך כלשהי" מסתבר שקל מאוד להפריח הבטחות מרגיעות. קל, הגם שמעט פחות, לאלץ עובדות "להסכים" לוותר על פרטיותן. קשה הרבה יותר לעצור את "חוק הטבע של מאגרי המידע".

עדות היצרן על מרכולתו

90. האיזון בין זכות יסוד לבין האינטרס שעומד מנגד הוא איזון משפטי. אבל בעניינים כגון דא נוסחת האיזון כוללת גם מרכיבים טכנולוגיים.⁷⁹ קביעה שיפוטית בדבר מידתיות הפגיעה, שנגרמת עקב שימוש בטכנולוגיה מסוימת, נסמכת על הנחה בדבר תכונותיה של המערכת ופעולתה. הנחה זו היא תנאי בלעדיו לחוקתיות הפגיעה, ומכאן שהיא חייבת להיות מבוססת על ראיות קבילות ובנות סמכה, כמו למשל חוות דעת של מומחה בלתי תלוי או תו תקן של מוסד תקינה מוכר.⁸⁰

91. בענייננו, גם אם היינו מגיעים לכלל דעה, שמאגר ביומטרי עם "תבניות" שאינן ניתנות לשחזור הוא החלופה המידתית והראויה ביותר, עדיין לא די באישור היצרן כדי שנוכל להניח, שתנאי זה

⁷⁶ סיפא לסעיף 7 לחוק.

⁷⁷ בר"ע (ארצי) 44667-05-13 בת-חן שחר – עיריית שדרות.

⁷⁸ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל), 190.

⁷⁹ הרשות למשפט ולטכנולוגיה דוח שנתי 2009, 17.3.2010, עמ' 12-13: "עיצוב לפרטיות מתחייב מיישום עקרון המידתיות... עקרון המידתיות מכתוב כי בשלבי התכנון, הפיתוח, המימוש והתפעול של המערכת מידע הטומנת בחובה פוטנציאל של פגיעה בפרטיות יבוצעו תהליכים הממזערים את פוטנציאל הפגיעה האפשרי."

⁸⁰ ראו למשל את הדיון בנושא קבילות ממצאי "הינשוף" – המכשיר לאיתור נהגים שיכורים: רע"פ 3981/11 שרביט נ' מדינת ישראל, פס" 9 (5.7.2012).

אכן מתקיים בשעון הנוכחות של המשיבה. רוצה לומר, **שלא די בעדות היצרן על מרכולתו כדי להניח שהמערכת הטכנולוגית שלו אכן פועלת** באופן שבו הוא מבטיח שהיא פועלת. יצרן אינו נהנה מ"חזקת התקינות", ודבריו אינם יכולים לשמש כאסמכתא במקום שבו יש פוטנציאל פגיעה בזכויות אדם.⁸¹ אדרבא, ניסיון החיים מלמד שמערכות טכנולוגיות כושלות ומשתבשות.

92. **בדיקה עצמאית של מומחה בלתי תלוי** אינה דרושה רק במסגרת הליך משפטי, אלא הרבה לפני כן - **כל אימת שמעסיק מכניס לשימוש טכנולוגית מעקב דוגמת שעון הנוכחות שבענייננו**. טלו, למשל, מפעל ביטחוני או בנק שעומד לרכוש מערכת טכנולוגית במטרה להגן על מתחם או על מידע סודי שברשותו. מעסיק כזה ידרוש מהיצרן להציג תו תקן או חוות דעת של מומחה בלתי תלוי, ובדרך כלל גם יבדוק את המערכת באמצעות מומחה מטעמו. חזקה על המעסיק שהוא אינו מסתפק בעדות היצרן שעה שהוא מבקש להגן על אינטרסים שלו, ועליו לנהוג באותו אופן גם כדי להגן על זכויות היסוד של עובדותיו.

עקרון המידתיות, וחובת תום הלב המוגברת מחייבים את המעסיק לאמת את עדות היצרן באמצעות בדיקה של מומחה עצמאי, ולהציג את ממצאי הבדיקה בפני העובדות.

"הרעה מוחשית בתנאי העבודה" בשל פגיעה מידתית בפרטיות

93. שעון הנוכחות הביומטרי של המשיבה מסב פגיעה קשה בזכויות יסוד. פגיעה זו אינה מידתית. אבל גם אם היינו מגיעים למסקנה שונה, ומאשרים למשיבה להמשיך ולהשתמש בגוף העובדות, עדיין לא היה בכך כדי לשלול מהן סעדים שירפאו ולו במעט את הפגיעה.

94. בשונה מהמקרה שלפנינו, ייתכנו מצבים שבהם אנו נאלצים להסכין לפגיעה בזכות יסוד רק בגלל ששינוי נסיבות הגדיל את משקלו של האינטרס שעומד מנגד. לשם הדוגמא, סיכון ביטחוני חדש עלול להצריך פגיעה בזכות יסוד. שינוי נסיבות שכזה עלול לשנות את תוצאות הבחינה המשפטית - להפוך את הפגיעה, שנתפסה בעבר כבלתי מידתית, למידתית. ועדיין, הקביעה השיפוטית בדבר מידתיות הפגיעה אינה מקהה את חומרתה ואינה מפחיתה את ההרעה שהיא גורמת בתנאי העבודה. גם פגיעה מידתית בזכות יסוד יכולה להסב "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" וגו', ולזכות עובדת שמתפטרת בעטייה בפיצוי פיטורין.

שיתוף העובדת בהחלטה ובמידע על המהות הטכנולוגית ושמירת המידע

"כשהנציג לקח טביעות אצבע התחלתי לשאול שאלות על המאגר, מי אחראי על זה, למי יש גישה לפרטים ועוד שאלות שרציתי לדעת לפני שלוקחים נתונים מהגוף שלי. פתאום נציגה מאגף משאבי אנוש התחילה לצעוק עליי ואמרה שאם לא אתן את הפרטים לא

⁸¹ ראו למשל: בג"צ 2887/04 אבו מדיגם נ' מנהל מוקדקעי ישראל (15.4.2007). השופטת ארבל בפסקה 25: "איני רואה כמובן פסול בעצם ההיעזרות במידע שפורסם על-ידי החברה המייצרת. יחד עם זאת, אין בכך כדי להסביר את העובדה כי מידע זה הובא - כמעט כלשונו - בחוות-הדעת שהוגשה מטעם המדינה, מבלי שהמקור לו צוין כאחד מן המקורות שעל בסיסם נכתבה חוות-הדעת. נתון זה, בשילוב העובדה כי למעלה ממוחצית האסמכתאות המוזכרות בחוות-הדעת לקוחות מן הסקירה שפורסמה על-ידי החברה המייצרת, מעורר שאלות באשר למידת יסודיותה של הבדיקה שנערכה, ומכל מקום מעורר ספק באשר לאפשרות לקבל את הצהרתו של הטוקסיקולוג מטעם המדינה כי ההערכה בחוות-דעתו מבוססת על הספרות והמידע העדכניים והטובים ביותר שנמצאים ברשותו."

ישלמו לי את המשכורת. תחת הלחץ של הרגע נתתי טביעת אצבע בלית ברירה"⁸²

95. במילים אלו תיארה עובדת עיריית שדרות, שעניינה נדון בבית הדין הנכבד,⁸³ את האופן בו נאלצה "להסכים" ליתן את טביעת האצבע שלה, ואת "השקיפות" ו"השיתוף" שבה נקט המעסיק בכל הנוגע למה שיעשה במידע האישי שלה.

96. דברים ברוח זו חזרו שוב ושוב גם בכל התלונות שהגיעו למבקשות בעקבות התקנת שעון נוכחות ביומטרי ואמצעי מעקב אחרים. העובדות מתוודעות להתקנתם של שעונים ביומטריים, מצלמות, והתקני מעקב נוספים רק בשלב הביצוע, מבלי שהיו שותפים להחלטה, ומבלי שקיבלו הסברים או מענה לשאלות שמטרידות אותן.

97. בית הדין קמא הזכיר בפסק דינו (בפסקה 58), את מחוז אלברטה בקנדה שם נקבע, כי "ככל שהמעסיק יידע את העובדים אודות אופן פעולת המערכת" הוא רשאי להנהיג שעון נוכחות ביומטרי. אבל דברים אלה הוזכרו רק אגב אורחה. אין בפסק הדין התייחסות לשיתוף העובדות בהחלטה להתקין שעון ביומטרי, ואפילו לא לחובת המעסיק ליתן מידע מפורט ולהתחייב בכל הנוגע לשמירת המידע במאגר, אופן השימוש בו ודרכי אבטחתו.

98. מפסק הדין עולה, שרק לאחר מעשה הגיש המעסיק לבית הדין "אישור" של היצרן. כך היה גם בעניין עיריית שדרות. וכאמור, בדרך כלל עובדות לא זוכות אפילו לכך, וכל שאלה שהן מעלות נענית בהתעלמות, בצעקות או איומים. אפשר גם "להבין" מדוע: הסברים מפורטים, הבטחות וערובות יהפכו לחלק מחוזה העבודה, וכל סטייה מהם עלולה לשמש עילה לחבות אזרחית או אפילו פלילית. ניהול נכון של עסק משמעו להגדיל "נכסים" ולצמצם בהתחייבויות שיינתנו תמורתם, ובענייננו - ליטול טביעת אצבע ומידע רגיש מהעובדת מבלי לתת לה כל הסבר או התחייבות. מכאן גם החשש הגדול שעולה למקרא קביעתו של בית הדין הנכבד, אשר לפיה מעסיק רשאי להתקין שעון נוכחות ביומטרי אפילו "מבלי שיהיה חובה עליה להיוועץ".

99. זאת ועוד, אישור היצרן גם אם היה מוצג לעובדות מבעוד מועד, אינו ממצה את חובות המעסיק. כך עולה גם מההחלטה הקנדית, שאליה הפנה בית הדין קמא. בהתאם להחלטה זו, חובתו של המעסיק כוללת, בין היתר, לנקוט בצעדים הבאים:

Notify employees in writing about the mechanics of the biometric sign-in system and clarify precisely what personal information is collected and how it will be used; Modify the organization's privacy policy to include reference to the collection, use, disclosure, security and retention of the thumbprint templates; Provide all existing and new employees with a copy of the organization's revised privacy policy."⁸⁴

⁸² שירי סיידלר "לא מוכנות לתת טביעת אצבע? נלין את שכרכן" *ynet* 1.8.2013.

⁸³ בר"ע (ארצל) 44667-05-13 בת-חן שחר – עיריית שדרות.

⁸⁴ Investigation Report P2008-IR-005 "Report of an investigation into the collection and use of personal information" *Office of the Information and Privacy commissioner of Alberta*, 27.8.2008, para 65.

100. מכל מקום, גם כאן ההפניה לדין המשווה היא בבחינת למעלה מן הצורך. חובותיו האמורות של המעסיק מעוגנות כבר היטב בדין הישראלי.
101. פרטיות משמעה שליטה של אדם על המידע האישי שלו.⁸⁵ אמנם הזכות לפרטיות אינה מוחלטת ולעתים מותר להגבילה. אבל שליטה במידע אינה נמדדת בצורה בינארית. מכאן שעיקרון המידתיות מחייב שאובדן השליטה במידע האישי יהיה מצומצם ככל האפשר. במקרה שאדם מתבקש למסור מידע אישי, יש לשמר את שליטתו היחסית במידע באמצעות הודעה מפורטת על המטרה של איסוף המידע, על השימוש שיעשה בו, כיצד יישמר המידע ולמי הוא יימסר.
102. זאת ועוד. מידתיות היא תנאי חשוב אבל היא נבחנת לצד עקרונות אחרים של דיני הגנת הפרטיות ולא במקומם.⁸⁶ "לחובת ההודעה יש חשיבות רבה מאוד במישור העיוני והמעשי. ההודעה היא הבסיס לקבלת ההסכמה של האדם" והיא מתחייבת גם מהוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 בדבר איסוף נתונים לשם שמירתם במאגר מידע.⁸⁷
103. לכך יש להוסיף את "עקרון השקיפות... [ש] חל מכוח חובות תום הלב והגילוי המוגברות ביחסי עבודה". בהתאם לפסיקת בית הדין הארצי, מימוש עקרון השקיפות מחייב, בין היתר:

"לכלול בהתקשרות החוזית עם העובד את מדיניות המעסיק בנוגע לשימוש בטכנולוגיות המידע... מן הראוי הוא כי מדיניות זו תעוגן בתקנון החל במקום העבודה, ובהסכמה עם ארגון העובדים או נציגות העובדים במסגרת הסכם קיבוצי, או הסדר קיבוצי."⁸⁸

⁸⁵ מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה – הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא (2007) עמ' 9.

⁸⁶ ראו בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל) 442-443: "הדיון החוקתי יכול וצריך לשמש מסגרת לדיון, אולם הוא אינו תחליף לדיון במסגרת... חוק הגנת הפרטיות. החוק עצמו מגלם איזון אינטרסים עקרוני בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים נוגדים... הדיון באיזון העקרוני במנותק מהחוק הביא להתמקדות בעקרון המידתיות להמעטה במשקל שניתן לעקרונות הפרטיות שנוגנו קודם לכן ובעיקר לעקרון ההסכמה. המידתיות יכולה וצריכה להצטרף לדיון - אולם נוסף על עקרונות של דיני הגנת הפרטיות ולא במקומם."

⁸⁷ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 16 לעיל) 230. לעניין חובת ההודעה ותוכנה ראו סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות.

⁸⁸ עניין איסקוב, פס' 24: "על המעסיק... ליתן לעובדים מידע על אפשרות למעקב ספציפי בפעילות העובד במחשב, טכנולוגיות המעקב ומהותן ולפרט דרכי יישומה של מדיניות המעקב הנקוטה על ידו וטעמיה. עליו להסביר את טיב המעקב ומטרותיו, כיצד יישמר ויאוחסן המידע... לכמה זמן, ואיזה שימוש, אם בכלל, ייעשה במידע שנאגר."