

ידיד
בית-המשפט:

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 ראווה 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': 03-7050734 ; 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
מרחוב 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
מרחוב התעש 20 (בית הפעמון) כפר סבא 44425
טלפון: 09-7454414 ; פקס: 09-7454416

עמדת "ידיד בית המשפט" – קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח

בהתאם להחלטת כב' הנשיא מיום 13.4.2015 מגישות עמותות קו לעובד והאגודה לזכויות
האזרח את עמדתן בנוגע לסוגיה של מערכת נוכחות ביומטרית במקום העבודה (ערעור 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).

תוכן

3.....	מבוא
4.....	מהלך פסק הדין : זכות יסוד חלולה עומדת בדרכה של פררוגטיבה וצרכים קונקרטיים
6.....	כבוד ופרטיות במקום העבודה : מאגר ביומטרי ושימוש בגוף העובדת
7.....	פגיעה באוטונומיה הגופנית ובכבוד האדם
8.....	פגיעה בפרטיות – אובדן שליטה במידע אישי רגיש ביותר
9.....	פגיעה בפרטיות – נדבך נוסף של פגיעה בשל החשיפה לדליפה ולשימוש לרעה
10.....	פגיעה "סובייקטיבית" בזכות יסוד
15.....	הסכמה לפגיעה בפרטיות
15.....	ויתור על הפרטיות - בפסק הדין
17.....	ויתור על הפרטיות – בהלכה הפסוקה
20.....	הסכמה לפגיעה בפרטיות – אישית ולא קיבוצית
21.....	תכלית הפגיעה ומידתיותה – תועלת מפוקפקת וקיומן של חלופות ללא ביומטריה
24.....	מידתיות – אמצעי טכנולוגי שפגיעתו פחותה
26.....	עמדת היועץ המשפטי לממשלה – אמצעי שפגיעתו קשה יותר ועדיין "מידתית"
28.....	עדות היצרן על מרכולתו
29.....	שקיפות ושיתוף העובדת בהחלטה ובמידע על המערכת הטכנולוגית
31.....	סוף דבר

מבוא

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.¹
 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"² (פס' 60 לפסק הדין). בית הדין הנכבד, הגדיר את העניין שלפניו בתור "האופן הטכני שבו מחתימים העובדים 'ציאה' ו'כניסה'", ועל כן שייך לאותם "עניינים אדמיניסטרטיביים", שמסורים להחלטת המעסיק "באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים" – העובדים והארגון היציג (פס' 50, 47, 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?"³ 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 ידידי בית המשפט בתלונות ובבקשות ליעוץ 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 לנוכח סירובו של המעסיק להסביר ולהתחייב - על מנגנון הפעולה של שעון הנוכחות החדש, על האופן שבו יעובדו הנתונים הגופניים שיילקחו 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.

¹ כעולה מפסקה 1 לפסק הדין נשוא הערעור: "במסגרת הבקשה דרשו המבקשים בתמצית ובעיקר תשלום שכר חודש 10/12 לעובדים"; ופסקה 10: "העירייה ידעה את כלל העובדים במספר הזדמנויות כי עובד שלא יחתים שעון, לא יהיה זכאי לקבל שכר"

² ההדגשות כאן ובכל המובאות שבהמשך – אינם במקור אלא אם צוין אחרת.

³ שי נב, "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?".

6. תוצאה קשה נוספת של פסק הדין נובעת מהעובדה שהוא סוטה מההלכה הפסוקה. **בעניין איסקוב** פרש בית הדין הארצי יריעה רחבה, ושירטט מתווה מדוקדק לאיזון ראוי בין זכות העובדת לפרטיות לבין הפררוגטיבה הניהולית. **כוחו של מתווה איסקוב יפה גם למופעים אחרים של פגיעה בפרטיות.**

למותר לציין שלכל מופע יש מאפיינים ונסיבות משלו - טיב הפגיעה וחומרתה, התכלית שלשמה נעשית הפגיעה, החלופות הקיימות וכיוצא באלה משתנים, שעשויים להשפיע על התוצאה שאליה נגיע בסוף הדיון המשפטי. ועדיין, את הדיון עצמו עלינו לנהל לפי העקרונות ואבני הדרך שנקבעו בהלכת **איסקוב**.

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 הוא תורם לשחיקה של מקור נורמטיבי מרכזי להגנה על הפרטיות במקום העבודה.

7. לבסוף, פסק הדין עלול להתפרש כהכשר ובעידוד לפרקטיקות פסולות, שבהן מפעילים מעסיקים טכנולוגיות מעקב חדשות וכופים אותן בניגוד לדין. 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.⁴ ניסיון החיים מלמד שהתשוקה לפקח ולשלוט מולידה מדי יום חידושים ו"פטנטים", שרק אתמול לא העלנו אותם על הדעת, 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 להיוועץ", עלול לשמש כלגיטימציה לפרקטיקות אלו.

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

8. פסק הדין מתחיל בקביעה שלפיה הנהגת שעון נוכחות ביומטרי מסבה פגיעה בזכויות יסוד. "נראה", קבע בית הדין הנכבד, "ואין אנו קובעים כעת מסמרות בדבר, כי נטילת טביעות אצבעותיו של אדם, שלא בהסכמתו, מהווה פגיעה בזכותו של אדם לפרטיות ובזכויותיו המוגנות על פי חוק היסוד" (פסקה 39). אלא שמיידי לאחר מכן מונה בית הדין הנכבד שורה של שיקולים, שמאיינים את אותה ה"פגיעה בזכויות מוגנות".

⁴ ראו למשל: נמרוד הלפרין "שבבי RFID הושתלו בעובדי חברה" **הארץ** 14.2.2006; "לראשונה: שבבים הושתלו בעובדים לצורכי מעקב" **ynet** 14.2.2006.

9. 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 צוין, כי על פי עדות היצרן המידע הביומטרי שמור במאגר מידע באופן אינו מאפשר לשחזר את טביעות האצבע (פס' 41-44).
10. מנגד הציב בית הדין הנכבד את הפרוגטיבה 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" שעון הנוכחות, "באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים", וש"אין ספק" שהצדדים היו כוללים בהסכמה זו גם שעון נוכחות ביומטרי, לו היו מודעים לאפשרות זו (פס' 50-47).
11. 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: סמכות חוקית, תכלית ראויה, הסכמה, מידתיות, הגנה חוקית ותום לב – תנאים שבהעדר התקיימם, הפגיעה היא בלתי חוקית.
12. 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 שהקושי בהגדרתן 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.
13. 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"⁵
14. 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, להשקפת בית הדין, לפגיעה הנגרמת בנטילת טביעות אצבע בתחנת המשטרה.

⁵ ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014) השופט סולברג, פס' 71.

15. בכך עוקב פסק הדין אחר הפסיקה שקדמה להלכת 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.⁶

16. 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. בירנהק 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 המדידי."⁷

כבוד ופרטיות במקום העבודה: מאגר ביומטרי ושימוש בגוף העובדת

17. 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" (פס' 41-44).

⁶ 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. ⁷ שם, 435.

18. 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.

19. אולם בפועל, שעון נוכחות ביומטרי מסב פגיעות רבות 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"⁸, והיא זכתה למעמד חוקתי על חוקי. היא מהווה **תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולכבוד. אדם שאין לו פרטיות מאבד את חירותו**.⁹ 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 מטרות אחרות."¹⁰

פגיעה באוטונומיה הגופנית ובכבוד האדם

20. **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"**.¹¹

21. השימוש במידע הביומטרי פוגע בכבוד האדם. כפי שמסביר פרופ' 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 במאה ה-18 הזהיר הפילוסוף הגרמני הדגול עמנואל קאנט מפני הפיכתו של אדם לאובייקט ושימוש בו כאמצעי להבדיל מתכלית בפני עצמו."¹²

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 פרטיותן, הן נתקלות גם בלחצים, בהרמות קול ובאיומים, שפוגעים גם בכבודן. סירוב המעסיק ליתן הסברים מפורטים – על תכלית איסוף המידע, השימושים שיעשו בו וכד' – פוגע בפרטיות, ובנוסף הוא מסב פגיעה נפרדת ועצמאית גם בכבוד העובדת, משל הייתה חפץ או עבד. תחושת ההשפלה

⁸ ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995).

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

¹⁰ ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014) השופט סולברג, פס' 74.

¹¹ אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994) 433.

¹² עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" משפטים יז 421 (2013).

הנלווית ל"הסכמה" הכפויה, שעובדות רבות נאלצות לתת לפגיעה בפרטיותן, מסבה גם פגיעה לכבודן.

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 – אובדן שליטה במידע אישי רגיש ביותר

22. **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".¹³

23. כפי שמסביר 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".¹⁴

24. "נטילת טביעה של כל חלק מהגוף" היא "חיפוש" כהגדרתו בחסד"פ¹⁵ - חיפוש שיש בו "פגיעה בפרטיותו של אדם ובצנעת הפרט שלו, שהן זכויות מוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁶ וכפי שאומר בירנהק:

"ברוב המקרים... נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים ללא הסכמה הם בגדר בילוש או התחקות אחר אדם כלשון סעיף 1(2) לחוק הגנת הפרטיות".¹⁷

25. **לקיחה ואגירה של אמצעי זיהוי או נתוני זיהוי ביומטריים היא פגיעה בזכות לפרטיות, ולכן היא מותנית בחקיקה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.** זו הסיבה שבעטיה נזקקה המדינה לחוק מיוחד, שיתיר לה לנהל מאגר של אמצעי זיהוי ונתוני זיהוי לצרכים משטריים – חוק שיאזן בין

¹³ 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).

¹⁴ מיכאל בירנהק "הערות לתזכיר חוק לתיקון חוק הכניסה לישראל, התשס"ד-2004", מכתב למשרד הפנים 23.5.2004.

¹⁵ סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

¹⁶ דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ה-1995 (ה"ח **תשנ"ה** 2.1.1995, 210, 211).

¹⁷ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 453.

אינטרסים ציבוריים לבין "הרצון למנוע פגיעה בפרטיותו של אדם במידה העולה הנדרש".¹⁸ והוא הדין באשר למאגר הביומטרי שמשדר הפנים מתכנן להקים.¹⁹

26. היטיבה לתאר זאת פ' 9701' דות גב' זון 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 באיזושהו 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".²⁰

פגיעה בפרטיות – נדבך נוסף של פגיעה בשל החשיפה לדליפה ולשימוש לרעה

27. 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.

28. 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.

29. 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 תעודות הזהות:

"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".²¹

30. כך הסביר זאת בכנסת עו"ד יורם הכהן בעת שכיחן 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

¹⁸ 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).

¹⁹ חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.

²⁰ רות גב' זון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61, 69 (1988).

²¹ בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנאע נ' רשות המיסים (20.12.2010) השופט פוגלמן, פס' 37; וראו עוד: גב' זון (ה"ש 20 לעיל); וראו עוד: "טיטוט הנחיית 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

ביומטריה. פה הסכנה הגדולה. פה אני מתחבר לאמירה שאומרת שמידע ביומטרי הוא מידע שלא ניתן להחליף אותו.²²

31. גם היועץ המשפטי לממשלה מדגיש, כי על הפגיעה הכרוכה באובדן השליטה על המידע הביומטרי, "מתווסף נדבך נוסף... הנגזרת מהסיכון לדליפת המידע... או שימושים אחרים בו שלא כדין". והוא מוסיף ומזהיר, כי "עצמת הנזק אשר עלול להיגרם גדולה ביותר עד כדי **בלתי הפיכה**", ועל כן, "נוכח אופיו הבלתי הדיר של הסיכון, יש לראות את פוטנציאל השימוש... כנדבך נוסף ונפרד של הפגיעה בזכות הפרטיות".²³

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).²⁴

32. 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 הפרטיות, הובילו למסקנה כי פגיעה זו היא "סובייקטיבית" בלבד:

"העובדים, שהנם ברובם **נשים בדרגות שכן 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).

33. 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. כפי שראינו לעיל, **הפגיעות** בפרטיות ובכבוד, שכרוכות בנטילת טביעות אצבע, ובאגירת הנתונים הביומטריים, **כבר זכו להכרת הדין**, ואינן רק תחושה "סובייקטיבית". והרי גם בית הדין הנכבד פתח את פסק דינו בציינו שנגרמת פגיעה בזכויות מוגנות על פי חוק היסוד.²⁵

²² עו"ד יורם הכהן, הוועדה המשותפת (לעניין "חוק המאגר הביומטרי"), פרוטוקול 30.6.2009, עמ' 43 (אתר הכנסת).
²³ עמדת היועץ המשפטי, פסקאות 42-43; ראו עוד, פסיקת בג"צ בעניין הפרטות בתי הסוהר שבה נקבע, כי הפקרת הזכות לחירות ולכבוד לשיקולים כלכליים של גורם פרטי מסבה פגיעה "עצמאית" באותן זכויות וזאת גם "בהנחה שמבחינה עובדתית-אמפירית לא הוכח כי תתרחש" פגיעה נוספת (בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (2009) הנשיאה ביניש בפסקה 30).

²⁴ חן מענית "כך פולשים המעסיקים אל הפרטיות של העובדים במקום העבודה" גלובס 14.2.2011.
²⁵ ר' פסקה 39 לפסק הדין, ופסקה 8 לעיל.

35. 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.

36. 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"²⁶, שאליו מפנה בית הדין, עדיין נבחן ב"פיילוט" וטרם עבר ביקורת שיפוטית על חוקתיותו. אך אפילו הייתה פגיעתו של "המאגר הביומטרי" עוברת בשבט הביקורת החוקתית - עדיין לא היה בכך כדי לאיינה, וגם לא בהכשרת 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, סמכות לפגוע בקניינו של העובד על דרך של הטלת "קנסות" וקיזוזן 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."²⁷

37. 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"²⁸

38. ומה ניתן ללמוד מהעובדה ש"עובדים רבים במשק... חותמים... באמצעות טביעת אצבע"? גם אם נניח שאכן מדובר ב"עובדים רבים" - אין בכך "ראייה", כלשון בית הדין קמא, לכך שאותם עובדים אינם חשים בפגיעה, וגם לא ראייה להסכמתם לפגיעה זו. נהפוך הוא: כפי שנראה מייד, ההלכה הפסוקה של בית הדין הנכבד אינה מכירה ב"הסכמה" של עובדת לוותר על פרטיותה, ואינה מאפשרת לנו להסתמך עליה אלא "במקרים נדירים בלבד". ובדומה לזה, גם בית המשפט

²⁶ "חוק המאגר הביומטרי" - ר' ה"ש 19 לעיל.

²⁷ 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** 12.12.2005; "אגד חוקרת את נהגיה לבד" חדשות **נענע** 18.5.2005

²⁸ 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.

העליון, כבר קבע, כי "אין להניח ש... מעביד יוכל לדרוש גילוי של כל פרט הנוגע לחייו האישיים של ... [העובד], ולהצדיק את הדרישה בכך שהדבר נעשה 'מרצון'".²⁹

39. 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.

40. כך היה, למשל, לפני שנים אחדות כאשר **תיאטרון חיפה** החליט להשתמש בשעון נוכחות ביומטרי. התנגדות העובדות רוסקה, תחת איום 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 בברוטאליות שכזו.³⁰

41. שנתיים לאחר מכן, **רשת 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".³¹ 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"³² ההתדיינות הסתיימה בהסכמה. אבל בסופו של דבר השעון הביומטרי הוכנס לשימוש. ההתנגדות ואיתה התאגדות - רוסקו.

42. לבסוף, בשנה 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 הפסולה של הלנת שכר של העובדות "הסרבניות".³³ גם שם אמצעי "השכנוע" עבד ומרבית העובדות "הסכימו" להחתים בשעון נוכחות ביומטרי, והעובדות "הסרבניות" נאלצו לעזוב את מקום העבודה.

43. 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 "ראייה" להעדר פגיעה, אלא רק למכבש הלחצים והאילוצים שמוחץ את התנגדותן.

44. כפי שמוסבר בפרסום של המרכז למשפט וטכנולוגיה באוניברסיטת חיפה:³⁴

²⁹ ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013).

³⁰ 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.

³¹ מעיין דק "עובדי צומת ספרים התאחדו - אין לכם מה להפסיד זולת שכר המינימום שלכם" העוקץ 2.7.2010.

³² ר' פסקה 3 לעיל

³³ ברי"ע (ארצי) 44667-05-13 בת-חן שחר - עיריית שדרות.

³⁴ על און ואח' **פרטיות בסביבה דיגיטלית (המרכז למשפט וטכנולוגיה)**, ע' ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, (2005), 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."

45. ואכן, גם בעת שעניין **איסקוב** הגיע לבית הדין הארצי, היו "**עובדים רבים במשק**" נתונים למעקב אחר תיבת הדוא"ל שלהם. **הייתה זו פרקטיקה נהוגה**. כך העיד, למשל, מחקר שהתפרסם באותם ימים באוניברסיטת חיפה, ושעמד בפני בית הדין.³⁵ כמו כאן, גם שם נדרשו שנים עד שנמצאה עובדת שפנתה לערכאות ותקפה את הפרקטיקה הנוהגת (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" לכך ש"אינם חשים" בפגיעה או שהם מסכימים לה.

46. גם בירנהק מתריע מפני הסתמכות על הנחות ומסקנות מהסוג ששימשו את בית הדין הנכבד :

"בתי המשפט אינם עורכים סקרים בקרב הציבור בדבר סבירותם של מצבים שונים. הם משליכים את ניסיון חייהם על המקרה, את 'השכל הישר' 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** ...

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 עשויה להתאים עצמה לכלל המשפטי החדש, אבל גם עשויה להיאבק בו."³⁶

47. 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

³⁵ 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.

³⁶ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 41-43.

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".

48. 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.³⁷

49. גם מרבית התלונות שקיבלו ידידי בית המשפט 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 שמשמשים 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 בכובד 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".³⁸

50. 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"**.

51. גם אם הממצאים והרשמים שלעיל אינם מתגבשים לכלל ראיה חד משמעית, עדיין אין הם שוקלים פחות מהממצאים והרשמים שהובילו למסקנה, שלפיה "**נראה** כי תחושה סובייקטיבית זו של עובדים בודדים אינה נחלת הכלל" (פס' 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".³⁹

52. למעלה מן הצורך נאמר עוד, כי אפילו היינו מוצאים שתחושת הפגיעה אינה נחלתן של כל 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

³⁷ Hille Koskela, " 'Cam Era' the Contemporary Urban Panopticon", *1 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).

³⁸ ר' הי"ש 30 לעיל.

³⁹ ר' ציטוט בפסקה 46 לעיל.

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 אוניברסלי" או "סביר". הגישה הבינארית של "כן" או "לא", שמאפיינת את תרשים הזרימה בדיון משפטי (יש פגיעה או אין; פגיעה מידתית או לא; ובהתאם לכך - מתן סעד או שלילתו), עלולה לחטוא לזכויות היסוד. גם מסיבה זו, עלינו לנקוט במשנה זהירות בטרם נמעיט מחומרת הפגיעה על יסוד "אחרי רבים להטות". והוא הדין במקרים שבהם - וכאן נקדים במעט את המאוחר - נמצא שפגיעה בזכות יסוד היא "מידתית". אדרבא, ישנם עניינים שבהם פגיעה בזכות אינה נסבלת גם אם רבות "התרגלו" ולמדו להסכים לה.

53. לחלופין, לעיתים יהיה עלינו להסתפק בפתרונות יצירתיים, שיאפשרו לנו לרפא, ולו במעט, פגיעה – ואפילו אם "סובייקטיבית" ונחלתן של מעטות. כך למשל, ניתן להעלות על הדעת מצב שבו פגיעה בזכות יסוד תחשב קלה או מידתית, ועדיין טיבה וחומרתה, גם אם בעיני עובדות מסוימות בלבד, יבססו את הקביעה כי יש בה משום "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות שביחסי עבודה... שבהן אין לדרוש ממנה שתמשיך בעבודתה" והעובדת תהיה זכאית להתפטר ולזכות בפיצויי פיטורין.⁴⁰

הסכמה לפגיעה בפרטיות

54. עמדנו על הפגיעות הקשות, שמערכת נוכחות ביומטרית גורמת לזכויות היסוד של העובדת. אך בכך לא די. זכויות יסוד אינן מוחלטות ולעיתים הן נסוגות מפני אינטרסים כבדי משקל. "לאחר איתור הפגיעה בפרטיות", מסביר בירנהק, "יש לבחון אם אין היא מתייגת מתוך עצמה, באמצעות הסכמתו של העובד... במקרים שבהם אותרה פגיעה בפרטיות ולא נמצאה הסכמה מספקת של העובד, יכול המעסיק לבקש לחסות בצל אחת ההגנות שבחוק. העקרון של התכלית הראויה, עקרון המידתיות בשילוב עם עקרון תום הלב בדיני העבודה, מגבילים לא רק את האמצעים שיכול המעסיק לנקוט אלא גם את המטרה".⁴¹

נפתח בסוגיית ההסכמה. תחילה כפי שהיא נדונה בפסק הדין ולאחר מכן לפי ההלכה הפסוקה.

ויתור על הפרטיות - בפסק הדין

55. בעניינו, הדיון של בית הדין קמא בסוגיית ההסכמה מתקיים, לכאורה, למעלה מן הצורך. זאת כיוון שבשלב זה של הדיון בית הדין רואה את הפגיעה בפרטיות כבטלה כמעט לחלוטין, לנוכח הפררוגטיבה הניהולית:

⁴⁰ 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."
⁴¹ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 452.

"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).

56. הנה כי כן, שעון נוכחות ביומטרי הוא לא יותר מ"**האופן הטכני** שבו מחתימים עובדים 'יציאה' ו'כניסה' " - "**עניין אדמיניסטרטיבי**" (פסי' 50 ו-47 בהתאמה), שמצוי כולו בתחום הפררוגטיבה הניהולית. לאור זאת גם אין לתמוה על הקביעות שבאות בהמשך:

"הואיל ועסקין 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' ". (פסי' 47).

57. הפגיעה בזכויות היסוד, שאותה הניח בית הדין הנכבד בתחילת הדרך, התפוגגה כלא הייתה והפכה לעניין "טכני". שהרי, בהעדר פגיעה אין צורך בהסכמה לפגיעה.

לחלופין, ככל שבכל זאת יש פגיעה, הרי שזו מתבטלת לנוכח "הסכמה", שנתנה לכאורה במסגרת ההסכם הקיבוצי, לאמור: "**סוג השעון ייקבע על ידי ההנהלה**"⁴²:

"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'**". (פסי' 49-47)

58. 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. על פניו, אפילו מהלך מרחיק לכת מעין זה היה מצוי – אליבא דבית הדין הנכבד – בתחום הפררוגטיבה הניהולית וב"כוונת המשורר".

59. קו גבול ברור ובולט 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

⁴² סעיף 66.1 לחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות.

עוסקים בפגיעה העלולה להיגרם לזכות העובד לכבוד ולפרטיות במקום העבודה ומחוצה לו...⁴³

60. ההסכמה להותיר את ההחלטה על "סוג השעון" להנהלה ולפררוגטיבה שלה אינה יכולה להתפרש כהסכמה מכללית להנהגת מערכת נוכחות המבוססת על נתונים שנלקחו מגוף העובדת. יתר על כן, הסכמה לפגיעה בזכות לפרטיות חייבת לעמוד בשורה של תנאים מצטברים, אשר נפרטם כעת

ויתור על הפרטיות – בהלכה הפסוקה

61. "יחסי עבודה מתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים בין המעסיק לעובד, נוכח המרות והתלות הכלכלית והתעסוקתית להם נתון העובד.⁴⁴ על רקע זה, נקבעו בהלכה הפסוקה שורה של תנאים מצטברים למתן תוקף להסכמה של עובדת לפגיעה בפרטיותה. המעסיק שמבקש להסתמך על "הסכמה" זו, נושא בנטל כבד להוכיח שהתנאים הללו התקיימו, ובדרך כלל לא יעלה הדבר בידו. בנסיבות אלו הנחת המוצא היא שאין תוקף ל"הסכמה" שנתנה עובדת לפגיעה בזכויות היסוד שלה. כך נקבע בעניין איסקוב:

"יש ליתן תוקף מצומצם ודווקני לכתב ויתור על זכויות שנותן העובד בידי המעסיק בכפוף להסכמת העובד מדעת, במפורש ובכתב בהתייחס לזכויות עליהן הוא מוותר. ויתור כזה יהא תקף במקרים נדירים בלבד, של חוסר תום לב, או כנגד הענקת תמורה הולמת מצד המעביד במסגרת של 'יתן וקח'".⁴⁵

וגם בית המשפט העליון כבר קבע, כזכור, שאין להניח שמעסיק יוכל להסתמך על ויתור מרצון של עובד כהצדקה לפגיעה בפרטיותו.⁴⁶

נטל ההוכחה - מי שמבקש לפגוע בזכות יסוד חוקתית נושא בנטל ההוכחה והשכנוע לצידוקה של הפגיעה. שעה שמדובר בחוק הפוגע בזכויות אדם, תהא זו המדינה שתצטרך לשכנע כי הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.⁴⁷ במקום העבודה המעסיק הוא שיישא בנטל השכנוע לקיומה של הסכמה בת תוקף או למידתיות הפגיעה.

"בדרך כלל תינתן ההסכמה בכתב תוך שנדרשת הוכחה לכך שההסכמה ניתנה מרצונו החופשי של העובד, שלא בכפייה ושלא בהיעדר בחירה אמיתית".⁴⁸

62. **ההסכמה חייבת להיות במפורש ובכתב** - בעמדה שהגיש מזכיר היועץ המשפטי לממשלה, כי בהתאם לחוק הגנת הפרטיות הסכמה יכולה להינתן "במפורש או מכללא", ברם:

"לאור הצורך בשיתוף פעולה של העובד באיסוף הנתונים הביומטריים, ממילא נדרשת הסכמה מפורשת בהתנהגות. על כן, בענייננו לא מתעורר צורך להכריע בשאלה המשפטית, האם ניתן להסתפק גם בהסכמה מכללא".⁴⁹

⁴³ עניין איסקוב, פסקה 10.

⁴⁴ עסק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים החדשה - פלאפון בע"מ (2.1.2013) הנשיאה ארד, פסי' 58.

⁴⁵ עניין איסקוב, פסקה 28.

⁴⁶ ראו סיפא לפסקה 388 לעיל (ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013)).

⁴⁷ ראו: אהרן ברק, מידתיות במשפט (2011), 541 ו-545.

⁴⁸ עניין איסקוב, פסקה 30.

⁴⁹ עמדת היועמ"ש – פסקה 59.

63. אכן, אין צורך להכריע בשאלה המשפטית, אך זאת רק כיוון **שבית הדין הנכבד כבר הכריע** בה :
- "לאור הפער בכושר המיקוח שבין הצדדים, **אין להסתפק בהסכמה מכללא** של העובד לפגיעה בזכויותיו ובפרטיותו. יש לקבוע רף גבוה, המשקף את משמעות ההסכמה והשלכתה על זכויות האדם"⁵⁰
64. אין לקבל את עמדת היועמ"ש, שלפיה **מסירת טביעת אצבע שקולה ל"הסכמה מפורשת בהתנהגות"**. העובד ש"משתף פעולה" (כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה), ומאפשר למעסיק ליטול דגימה ביומטרית שלו, מביע **לכל היותר הסכמה מפורשת לעצם הנטילה**.
65. **אלא שההסכמה המפורשת** צריכה להתייחס **לכל שימוש שיעשה** בדגימה, ולשקף ידיעה והבנה של כל הפרטים שנמסרו לעובדת עובר למתן ההסכמה. ככל הנראה זהו גם אחד הטעמים **לדרישת הכתב** שהציב בית הדין. ההסכמה צריכה להינתן בכתב, להיות מתועדת "על מכלול משמעויותיה, בחוזה האישי של העובד"⁵¹, ולמצער – להיחתם בצמוד לפירוט הנתונים ששימוש בסיס להסכמה.
- דרישת הכתב גם יכולה לסייע ל **גמירות הדעת** של מי שנותן את הסכמתו לפגיעה.
66. **הסכמה מראש ומדעת** - הסכמה בכתב על גבי מסמך, שכולל הסברים מפורטים על המערכת הביומטרית והשימוש בה, תסייע גם לבדיקת קיומו של תנאי הכרחי נוסף – "דרישת ההסכמה מראש ומדעת של העובד", לרבות "גילוי מוחלט ושקיפות מלאה מצד המעסיק" שיעשה "בכתב ובשקיפות מלאה"⁵². בעניין זה מצטרפים ידידי בית המשפט לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.⁵³
67. ודוק, הדרישה המוגברת לשקיפות ולגילוי מלא היא הבסיס והתנאי לקיומה של הסכמה מדעת. אך היא חלה במלוא היקפה גם במקרה שבו אין טענה בדבר הסכמה. כפי שנפרט בהמשך – שעה שנתייחס למידתיות הפגיעה – דרישה זו עומדת על רגליה שלה מכוח עקרונות תום הלב וההגינות של משפט העבודה, ובה בעת – מהווה תנאי בלעדיו אין למידתיות הפגיעה בפרטיות.
68. **רכיב הרצון החופשי של ההסכמה** – תנאי אחרון לתוקפה של הסכמה הוא שיעלה בידי המעסיק להוכיח שהיא ניתנה מרצון חופשי. וכאמור, לאור פערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה, הנחת המוצא תהיה שההסכמה לא ניתנה מרצון חופשי.
69. כך, למשל, נקבע בעניין אוניברסיטת תל-אביב: לכאורה עובד יכול להסכים לעבור מבחני התאמה ולוותר על פרטיותו. אבל ככלל, הסכמה כזו אינה ניתנת "מרצון חופשי" וזאת גם בהעדר איום או דרישה מצד המעסיק.⁵⁴

⁵⁰ עניין איסקוב, פסקה 30 טקסט לה"ש 146.

⁵¹ שם, פסקאות 28, 29 ו-30.

⁵² שם, שם.

⁵³ עמדת היועמ"ש, פסקאות 65 - 69.

⁵⁴ דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב נגד ההסתדרות הכללית החדשה, (17.6.1998), פד"ע ל 385, 410.

70. על פי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, **"הקושי הטמון בפערי הכוחות" מוצא בהלכה הפסוקה מענה** ב"בחינת דרישת המעסיק הגורמת לפגיעה בפרטיות לפי אמות מידה אובייקטיביות – התואמות את הבחינה החוקתית לפי פסקת ההגבלה".

בהמשך לכך, מפנה היועמ"ש לפסקי הדין בעניין אוניברסיטת תל-אביב ובעניין איסקוב, ומסכם אותם כך:

"מענה לפערי הכוחות המבניים המערערים את הוודאות באשר לחופשיות ההסכמה הניתנת מצד עובד, מוצאים מענה בדרך של החלת מדדים אובייקטיביים של מידתיות הנשאים מתוך המשפט החוקתי אל יחסי העבודה, ובחינת הדרישה שהציב המעסיק הגורמת לפגיעה בפרטיות לאורם. משכך, מלכתחילה, דרישת מעסיק להפעיל מערכת נוכחות ביומטרית כפופה לחובה כי טיב המערכת ואופן הפעלתה יעמדו במבחני פסקת ההגבלה – קרי ישרתו תכלית ראויה, ויבטיחו כי הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהם, לא תעלה על הנדרש, תיעשה בשקיפות וידוע מלאים, תוך שמירת עקרון צמידות המטרה, אבטחת המידע כנדרש ומידתיות השימוש בכלי."⁵⁵

71. בנקודה זו מבקשים ידידי בתי המשפט לחדד ולהדגיש: **אמות מידה אובייקטיביות**, יכולות לספק מענה **מסוים ומוגבל** ל"קושי הטמון בפערי הכוחות". הן מהוות **תנאי הכרחי אך לא מספיק** לקיומו של רכיב "הרצון החפשי" של ההסכמה.

72. **גם במקום שהמעסיק יעמוד בכל אמות המידה האובייקטיביות, עדיין לא יהיה בכך כדי לשכנע כי העובדת הסכימה להיכלל במערכת הנוכחות הביומטרית מרצונה חופשי**. לשם כך יהיה על המעסיק להוכיח, שגם במישור **הסובייקטיבי** לא חשה העובדת בלחץ כלשהו (ואפילו עקיף, מרומז ובלתי מכוון)⁵⁶, שעלול היה להניעה לוותר על פרטיותה.

יש להניח שלכך מכוונת עמדת היועץ המשפטי לממשלה. ברם, כיוון שהדבר לא נאמר במפורש, מן הראוי לדקדק ולהבהיר עניין זה. זאת במיוחד כיוון שכל חוסר בהירות בהלכה הפסוקה עלול להוביל לגריעה בזכויות העובדות, ובשים לב שהסכמה (שעומדת לכאורה בכל התנאים) אינה עניין של מה בכך: היא אינה מקימה רק הגנה למי שפוגע בפרטיות, אלא יש בה כדי לאיין את הפגיעה.⁵⁷

73. כך, בעניין אוניברסיטת תל-אביב (שאליו מפנה עמדת היועמ"ש)⁵⁸, שולל הנשיא אדלר קיומה של הסכמה מרצון חופשי, ולאחר מכן הוא ממשיך ומתנה את חוקיות מבחני ההתאמה ב"תכלית ראויה" ובמידתיות. אבל הוא עושה זאת לא כדי ליצור יש מאין "רצון חפשי" והסכמה תקפה. הוא עושה זאת כדי להגדיר את התנאים, שבהם יותר למעסיק לדרוש מהעובד לעבור מבחני התאמה, למרות הפגיעה שמסבים מבחנים אלה לפרטיות, ולמרות שהעובד לא הסכים מרצונו החופשי לפגיעה זו.

⁵⁵ עמדת היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 70 - 73.

⁵⁶ וראו דברי הנשיא אדלר בעניין אוני' תל אביב, עמ' 410.

⁵⁷ ר' בירנהק, בפסקה 54 לעיל: "יש לבחון אם אין היא [הפגיעה בפרטיות] מתייתרת מתוך עצמה, באמצעות הסכמתו של העובד..."

⁵⁸ שם, פסקה 72.

74. וכך גם בעניין **איסקוב**: הדרישות שמעלה הנשיאה ארד בדבר "חובות השקיפות והיידוע, הלגיטימיות, הסבירות, המידתיות והצמידות למטרה..."⁵⁹, דרישות אלו מהוות "תנאי לתקפות הסכמתו מדעת של העובד" וטענת הגנה שיוכל להעלות המעסיק שפוגע בפרטיות, אבל הן אינן תנאי או תחליף לרכיב הרצון החופשי של ההסכמה.

אדרבא. מהלכת **איסקוב** עולה, שויתור של עובדת על פרטיותה במקום העבודה, "יהא תקף במקרים נדירים בלבד, של חוסר תום לב, או כנגד הענקת תמורה הולמת מצד המעביד במסגרת של 'תן וקח' " וכאשר לעובד ברירה אמיתית וחופשית לעצם מתן ההסכמה, ואפשרות בצידה לחזור בו מהסכמתו מבלי שיהיה מאויים".⁵⁹

הסכמה לפגיעה בפרטיות – אישית ולא קיבוצית

75. **הזכות לפרטיות היא זכות אישית** מעצם טבעה, והיא נועדה להגן על מרחב אינטימי של אדם ועל הגבול בינו לבין הזולת. כיוון שכך, אין להכיר בתוקפה של הסכמה קיבוצית כחלופה להסכמה אישית שנותנת העובדת מדעת ומרצון חופשי.

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

לחלופין, הסכמה קיבוצית לפגיעה בזכות יסוד, היא חשודה ומפוקפקת מטבעה, וככל שהפגיעה היא חמורה וקשה כך תגבר הנטייה שלא להכיר בתוקפה. ובענייננו, נטילת דגימות ביומטריות והשימוש בהן לצורך רישום נוכחות בעבודה מסבות **פגיעות קשות וחמורות**: חלק מהפגיעות מתואר בעמדת היועמ"ש כ"בלתי הפיך", חלק אחר נוגע **לליבת הכבוד והזכות לאוטונומיה**. יתר על כן, השימוש בביומטריה של העובדת מהווה חצייה של קו הגבול העובר בין הפרוגטיבה של המעסיק לבין גופה של העובדת.

על כן, בנסיבות העניין שלפנינו **אין להשתמש בפיקציה של "הסכמה" קיבוצית** כדי לכפות על עובדת לתת דגימה ביומטרית ולהשתלב במערכת הנוכחות הביומטרית.

הסכמה קיבוצית לפגיעה כה חמורה באוטונומיה האישית ובכבוד היא בבחינת תתרי דסתר, והיא מנוגדת לתקנת הציבור.

77. יתרה מכך, אין מקום ללמוד גזרה שווה מההסכם הקיבוצי שנחתם בעניין איסקוב ושהסדיר את סוגיית הפרטיות בתיבת הדוא"ל המשרדית. אותו הסכם קיבוצי קבע רק מסגרת כללית, ובין היתר, הגדיר נסיבות ומקרים, שבהם יהיה המעסיק חייב לבקש הסכמה פרטנית ואישית מהעובדת שאת פרטיותה מפריס.⁶⁰ זאת ועוד, בית הדין הנכבד התערב בתכנון של החוזה הקיבוצי, ופסל למעשה את היכולת להשתמש בו כבסיס חוקי לחדירת מעסיק לתיבת דוא"ל פרטית (אינטרנטית).⁶¹

⁵⁹ עניין איסקוב, פסקאות 28 ו-31.

⁶⁰ עניין איסקוב, פסקה 33.

⁶¹ עניין איסקוב, פסקה 52.

תכלית הפגיעה ומידתיותה – תועלת מפוקפקת וקיומן של חלופות ללא ביומטריה

78. בהעדר הסכמה מדעת ומרצון חופשי, עדיין יכול המעסיק לנסות ולהצדיק את הפגיעה בפרטיות בקיומו של אינטרס אישי כשר, כהגדרתו בחוק הגנת הפרטיות (ר' סעיף 18(2)(ד) לחוק) ובמקבילתו החוקתית - התכלית הראויה. גם כאן, הנטל להוכיח את קיומה של ההגנה מוטל על שכם המעסיק.⁶²

79. בין שנבחן את טענות המעסיק בראי ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות, ובין שנעשה זאת באמצעות מבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, נגיע לאותה תוצאה. עמידה במבחנים החוקתיים מחייבים שבנוסף לתכלית ראויה תהא הפגיעה מידתית, דהיינו שהיא תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש להשגת התכלית. בדומה לזה, הגנת העניין האישי הכשר שבחוק הגנת הפרטיות מותנית בקיומו של "תום לב", דהיינו שהפגיעה אינה חורגת מתחום הסביר, ואינה "במידה גדולה משהייתה נחוצה" לשם הבטחת העניין האישי (ר' סעיף 20 לחוק).

80. 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).

81. 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 אם נניח כי "דיווח באמצעי ביומטרי הינו מהימן יותר מאשר אמצעים חלופיים".

82. 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). בברזיל למשל, 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."⁶³ **שעון הנוכחות הביומטרי מוסיף תועלת שולית קטנה לאמינות הדיווח, וזו אינה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות העובדות.**

⁶² בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 460.

⁶³ ראו למשל, שלמה פפירלבט "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

83. אבל עוד לפני שחושבים על טכנולוגיות משוכללות ופרועות יותר שיגבירו את האמינות, מוטב שנצעד צעד אחד לאחור ונעמוד על טיב הבעיה שאותה מבקשים לפתור. שהרי אפילו המשיבה אינה טוענת שכל עובדותיה הן חבורה של רמאויות 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 וליתול 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.

84. בנסיבות העניין שעון נוכחות ביומטרי אינו מקיים את עקרון המידתיות. זו עמדתה של הרשות למשפט וטכנולוגיה (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)"⁶⁴

85. וגם **היועץ המשפטי לממשלה** בעמדתו קובע באופן נחרץ, כי בהעדר הסכמה, נטילת טביעות אצבע מהעובדת, ושילובן במערכת נוכחות ביומטרית, **אינם צולחים את מבחן המידתיות**.⁶⁵

86. 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".⁶⁶

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.

⁶⁴ שימוש בבקרת נוכחות ביומטרית במקום העבודה - עמדת הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע אתר משרד המשפטים, 18.12.2012 (להלן: "עמדת רמו"ט") פסקה 5.

⁶⁵ עמדת היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 31 ו-55.

⁶⁶ 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..."

87. במסגרת זו נזכיר – כפי שעשה בית הדין הארצי בעניין איסקוב⁶⁷ – "את ההנחיות שנקבעו על ידי ה- Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data ... שהוא גוף מייצג אשר הוקם על ידי האיחוד האירופי לפי דירקטיבה EC/95/461 החלה על גם על מקום העבודה."
88. 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.**"⁶⁸

89. בהתאם לזאת שימוש בביומטריה מותר, למשל, במקרה שבו קיים הכרח למנוע כניסה של עובדים בלתי מורשים לאזורים רגישים ומסוכנים במפעל.⁶⁹
90. 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 Boscureale, שניסתה להצדיק את השימוש בביומטריה בחקירת משטרה שהתנהלה נגד מספר עובדים, בשל רישום כוזב של נוכחות. נקבע כי לרשות העירייה עומדים אמצעים ארגוניים וטכנולוגיים חלופיים, שיכולים להבטיח רישום אמין.⁷⁰
91. 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"⁷¹

92. 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

⁶⁷ עניין איסקוב, פסקה 14.

⁶⁸ "Opinion 3-2012 on developments in biometric technologies" Article 29 Working Party, p. 11.

⁶⁹ Ibid, p. 13.

⁷⁰ 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 Boscureale"; See also: Decision n. 384 of 1.8.2013, doc.web n. 2578547 Biometric time and attendance of employees in a school;

⁷¹ Prior Checking: Use of Fingerprints for Assiduity Control at the Workplace – Provision of July 21, 2005 doc. web. n, 1150679. <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1166892>.

בית המשפט המחוזי בוורשה שהתיר למעסיק להנהיג שעון נוכחות ביומטרי, על יסוד הסכמה 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.⁷² שנתיים לאחר מכן חזר בית המשפט העליון ופסל אמצעי דומה שהוכנס לשימוש ברשות המיסים.⁷³

93. העקרונות ואמות המידה שמשמשים את בתי המשפט באירופה כדי לפסול את שעון הנוכחות הביומטרי, דומים לאלה שנקבעו בדין הישראלי בכל הנוגע לפרטיות במקום העבודה. יודגש, כי 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

94. 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"⁷⁴ 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."⁷⁵

95. 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 אצבעו) אינם מושווים אל מאגר מרכזי, אלא אל הנתונים הדיגיטליים (למשל התבנית הדיגיטלית של טביעת אותה

⁷² I OSK 249/09 – Ruling of the Supreme Administrative Court 1.12.2009

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

⁷³ 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>.

⁷⁴ **עניין איסקוב**, פסקאות 13 ו-22 בהתאמה.

⁷⁵ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 252.

אצבע) השמורים על הכרטיס החכם ... עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדה של גופי הגנת פרטיות שונים בעולם ...

חלופת הכרטיס החכם מנצלת את יתרונות הטכנולוגיה הביومترית אשר מאפשרת זיהוי וודאי של העובד מחד, אך היא אינה יוצרת סיכונים עודפים לפרטיות של העובדים מאידך.⁷⁶

96. 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 (image). על פי הנטען, לא ניתן לשחזר מהתבנית את טביעת האצבע עצמה (פס' 41-42 לפסק הדין).

97. 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"ט⁷⁷, גם במערכת שאינה כוללת מאגר ומסתפקת בכרטיס חכם אסור לעשות שימוש ב-image אלא רק ב-template.

98. 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."⁷⁸

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"⁷⁹, 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

⁷⁶ עמדת רמו"ט, פסקה 4 וה"ש 5. הפנייה אל מסמך OECD:

Biometric-based Technologies, OECD Digital Economy Papers, No. 101, OECD Publishing. (2004).

⁷⁷ עמדת רמו"ט שמצוטטת בפסקה 95 לעיל.

⁷⁸ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל), 193.

⁷⁹ חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.

המוטבעים בתעודת הזהות שלו.⁸⁰ המחקק נתן את דעת לכך שהטבעת טביעת האצבע משאירה בידי מי שמחזיק במכשיר הקורא את הנתון "הגולמי" – את תמונת טביעת האצבע במלואה. לפיכך, נקבע שאמצעי הזיהוי הביומטריים שיינטלו בדרך זו מהאזרח "יימחקו אוטומטית מיד" לאחר ביצוע ההשוואה וקבלת תוצאת הזיהוי.⁸¹ המילים "יימחקו אוטומטית" אינן ציווי למי שמשמש במערכת ("עליך למחוק את הנתונים"), אלא ציווי למי שבונה אותה ("עליך לבנות את המערכת כך שהיא תמחק באופן אוטומטי").

99. 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 שיחזור 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 קמא 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,⁸² 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".⁸³ אין בכך כדי להוות תמיד שיקול מכריע. מאגרי מידע יכולים להסב תועלת מרובה ליחיד ולחברה. אך תמיד כאשר שוקלים את התועלת, ראוי גם לשקול כנגדה 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".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה – אמצעי שפגיעתו קשה יותר ועדיין "מידתית"

100. היועץ המשפטי לממשלה מעביר את שתי החלופות הביומטריות (מערכת מבוססת כרטיס, ומערכת מבוססת מאגר) במבחן המידתיות ומגיע לתוצאה אמביוולנטית ומרחיקת לכת.

101. ראשית, ידידי בית המשפט סבורים שמוטב היה למשג את הדברים אחרת. ההשוואה בין שתי המערכות הביומטריות היא אינה בדיקה של **מידתיות**. שהרי, עוד בשלב מוקדם של הדיון, הגיע גם היועץ המשפטי לממשלה לכלל דעה ששימוש בביומטריה של העובדת ללא הסכמתה, לצורך רישום נוכחות במקום העבודה, **אינו מידתי** מלכתחילה.⁸⁴

⁸⁰ סעי' 6 לחוק: "נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים לצורך השוואתם לאמצעים או נתונים ביומטריים שבמסמך זיהוי".

⁸¹ סיפא לסעיף 7 לחוק.

⁸² ברי"ע (ארצי) 44667-05-13 בת-חן שחר – עיריית שדרות.

⁸³ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל), 190.

⁸⁴ רי פסקה 85 לעיל ופסקאות 31 ו-55 לעמדת היועץ ש.

102. ההשוואה שעורך היועץ המשפטי לממשלה בין שתי המערכות הביומטריות, נועדה למעשה לבחון את התנאים המינימאליים לחוקיות השימוש בהן, בנתון שהעובדת הסכימה לכך. ואכן, גם בית הדין הנכבד קבע זה מכבר, כי ישנן פגיעות חמורות שאין בכוחה של הסכמה להכשיר, גם אם אין כל צל ספק לגבי תוקפה:

"אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד לחזירת המעסיק לתיבת הדואר הפרטית. בנדון זה אין נפקא מינה אם ההסכמה ניתנה מדעת או שלא מדעת. שכן, חומרת הפגיעה בליבת הפרטיות של העובד בחזירה לתיבת דואר פרטית שלו בכלל ולתוכן התכתובת הפרטית בפרט היא כה גבוהה, עד כי ההסכמה מדעת אינה מספיקה כדי להכשיר פגיעה זו."⁸⁵

103. שנית, משהגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה, כי **"מערכת נוכחות ביומטרית מבוססת כרטיס מגלה סיכון פחות לפגיעה בפרטיות"**⁸⁶, נדרשים טעמים חזקים במיוחד כדי להתיר את השימוש במערכת ביומטרית מבוססת מאגר. חרף זאת, לעמדת היועמ"ש, ראוי להתיר למעסיק להשתמש גם במערכת מבוססת מאגר ובלבד שיעמוד בדרישות מחמירות של אבטחת מידע.

104. מהם הטעמים שבהם מצדיק היועמ"ש את השימוש במערכת מבוססת מאגר, הגם הסכנה היתרה שטמונה בה? על כך עונה היועמ"ש:

"לא ניתן להתעלם מכך שלמערכת ביומטרית מבוססת מאגר ישנם יתרונות משמעותיים נוספים, שמערכת מבוססת כרטיס אינה מגשימה... היעדר הצורך בכרטיס מאפשר נוחות רבה יותר גם עבור העובד עצמו, מה גם שעלותה של מערכת מבוססת כרטיסים כנראה יקרה יותר."⁸⁷

105. **ידידי בית המשפט סבורים, כי אין מקום להתיר מערכת מבוססת מאגר.** כאמור לעיל, התכלית הראויה היחידה שרלבנטית לענייננו היא להבטיח את אמינותו של רישום הנוכחות במקום העבודה, ולמנוע "התנהגות פסולה שבה עובד אחד מחתים את כרטיס הנוכחות של עובד אחר"⁸⁸. בנתון שמערכת מבוססת כרטיס עונה על תכלית זו, אין מקום להכשיר את השימוש במערכת מסוכנת ופוגענית הרבה יותר, באמצעות הוספת תכליות זניחות, דוגמת **"נוחות השימוש"**.

106. זאת ועוד, ההנחה שלפיה הפעלת מערכת מבוססת כרטיס היא **"כנראה"** יקרה יותר, היא חסרת בסיס ו"כנראה" גם אינה נכונה. אכן, קרוב לוודאי שהנפקת כרטיסים "חכמים" כרוכה בעלויות זניחות, אבל עלויות אלו הן כאין וכאפס לעומת העלויות העצומות שיש להשקיע על מנת לעמוד בדרישות אבטחת המידע המחמירות, שהיועמ"ש מציב, ובצדק, כתנאי לשימוש במערכת מבוססת מאגר.⁸⁹

⁸⁵ עניין איסקוב, פסקה 49.

⁸⁶ עמדת היועץ המשפטי לממשלה, פסקה ו'.

⁸⁷ שם, פסקה 104; וראו עוד בפסקה 89: "מערכת מבוססת כרטיס מגלה חסרונות תפעוליים וכספיים, שהעיקרי שבהם הוא הצורך בהרכשה חוזרת של נתונים ובהפקה חוזרת ונשנית של כרטיסים בשל אובדן או השחתה אפשריים, כאשר עלותה של הנפקת הכרטיס ותהליך הרישום החוזר, בצדה".

⁸⁸ עמדת מרכז השלטון המקומי, פסקה 16; ראו גם פסקה 9 לפסק הדין של בית הדין קמא.

⁸⁹ וראו פסקה 108 לעמדת היועמ"ש: "בהיתן עמידה בתנאים מחמירים אלה, שעלותם בצד, שתי החלופות דלעיל ישימות, לדעתנו, במקום עבודה, וניתן להפעילן, בכפוף להסכמה."

לבסוף, אין בדרישות המחמירות של אבטחת המידע כדי לענות על הנזקים "הבלתי הדיירים" (כך היועמ"ש) שיגרמו כתוצאה מדליפת מאגר או שימוש בלתי מורשה במידע ששמור בו. זאת במיוחד בשים לב לכך, שגם היועמ"ש חוזר ומדגיש שלא ניתן לחזות ולמנוע את כל הסכנות והנזקים שעוד נגלה בעתיד:

"יש לתת את הדעת לכך שבד בבד עם ההתפתחות הטכנולוגית בתחום המערכות הביומטריות, יש להניח כי הולכים ומתפתחים גם כלים יעילים לפריצתן. בהתאם לאמור, יש להכיר במוגבלותה של ההסתמכות על המצב כיום, וזאת לאור ההסתברות הסבירה לכך ששינויים טכנולוגיים עתידיים יהפכו, כפי הנראה, את השימוש במידע ביומטרי שדלף לנגיש וזמין בעתיד לאנשים רבים יותר ומומחים פחות."

עדות היצרן על מרכולתו

107. האיזון בין זכות יסוד לבין האינטרס שעומד מנגד הוא איזון משפטי. אבל בעניינים כגון דא נוסחת האיזון כוללת גם מרכיבים טכנולוגיים.⁹⁰ 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.⁹¹

108. 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 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.⁹² אדרבא, ניסיון החיים מלמד שמערכות טכנולוגיות כושלות ומשתבשות.

109. **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

⁹⁰ הרשות למשפט ולטכנולוגיה **דוח שנתי 2009**, 17.3.2010, עמ' 12-13: "עיצוב לפרטיות מתחייב מיישום עקרונות 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."

⁹¹ ראו למשל את הדיון בנושא קבילות ממצאי "הינשוף" – המכשיר לאיתור נהגים שיכורים: רע"פ 3981/11 **שרביט נ' מדינת ישראל**, פס"י 9 (5.7.2012).

⁹² ראו למשל: בג"צ 2887/04 **אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי 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 כלשוננו - בחוות-הדעת שהוגשה מטעם המדינה, מבלי שהמקור לו צוין כאחד מן המקורות שעל בסיסם נכתבה חוות-הדעת. נתון זה, בשילוב העובדה כי למעלה ממחצית 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."

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.

שקיפות ושיתוף העובדת בהחלטה ובמידע על המערכת הטכנולוגית

"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 ישלמו לי את המשכורת. תחת הלחץ של הרגע נתתי טביעת אצבע בליט ברירה"⁹³

110. במילים אלו תיארה עובדת עיריית שדרות, שעניינה נדון בבית הדין הנכבד,⁹⁴ את האופן בו נאלצה "להסכים" ליתן את טביעת האצבע שלה, ואת "השקיפות" ו"השיתוף" שבה נקט המעסיק בכל הנוגע למה שייעשה במידע האישי שלה.

111. דברים ברוח זו חזרו שוב ושוב בכל התלונות שהגיעו לידידי בית המשפט בעקבות התקנת שעוני נוכחות ביומטריים ואמצעי מעקב אחרים. העובדות מתוודעות להתקנתם של שעונים ביומטריים, מצלמות, והתקני מעקב נוספים רק בשלב הביצוע, מבלי שהיו שותפות להחלטה, ומבלי שקיבלו הסברים או מענה לשאלות שמטרידות אותן.

112. 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.

113. 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 לכאורה/לתפיסת מעסיקים רבים להגדיל "נכסים" ולצמצם בהתחייבויות שיינתנו תמורתם, ובענייננו - נטילת 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 מעסיקה רשאית להתקין שעון נוכחות ביומטרי אפילו "מבלי שיהיה חובה עליה להיוועץ".

⁹³ שירי סיידלר "לא מוכנות לתת טביעת אצבע? נלין את שכרן" *ynet* 1.8.2013.

⁹⁴ ברי"ע (ארצי) 44667-05-13 בת-חן שחר – עיריית שדרות.

114. זאת ועוד, אישור היצרן, גם אם היה מוצג לעובדות מבעוד מועד, אינו ממצה את חובות המעסיק. כך עולה גם מהחלטה הקנדית, שאליה הפנה בית הדין קמא. בהתאם להחלטה זו, מחובתו של המעסיק, 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."⁹⁵

115. מכל מקום, גם כאן ההפניה לדין המשווה היא בבחינת למעלה מן הצורך. חובותיו האמורות של המעסיק מעוגנות כבר היטב בדין הישראלי.

116. פרטיות משמעה שליטה של אדם על המידע האישי שלו.⁹⁶ 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.

117. זאת ועוד. מידתיות היא תנאי חשוב אבל היא נבחנת לצד עקרונות אחרים של דיני הגנת הפרטיות ולא במקומם.⁹⁷ "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.⁹⁸

118. לכך יש להוסיף את "עקרון השקיפות... [ש] חל מכוח חובות תום הלב והגילוי המוגברות ביחסי עבודה". בהתאם לפסיקת בית הדין הנכבד, 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."⁹⁹

⁹⁵ 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.

⁹⁶ מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה – הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" *חשפט ומחשפול* יא (2007) עמ' 9.

⁹⁷ ראו בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 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 שנדונו קודם לכן ובעיקר לעקרון ההסכמה. המידתיות יכולה וצריכה להצטרף לדיון - אולם נוסף על עקרונות של דיני הגנת הפרטיות ולא במקומם."

⁹⁸ בירנהק - מרחב פרטי (ה"ש 6 לעיל) 230. לעניין חובת ההודעה ותוכנה ראו סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות.

⁹⁹ **עניין איסקוב**, פס' 42 (כותרת: "הסעד במקרה שלא ניתנה הסכמת העובד כנדרש"): "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."

סוף דבר

119. שעה שפנינו לבית הדין בבקשה להצטרף לדיון כתבנו :

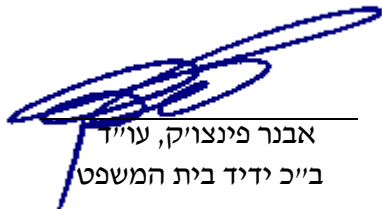
"ניסיון החיים מלמד שהתשוקה לפקח ולשלוט מולידה מדי יום חידושים ו'פוטנטים', שרק אתמול לא העלנו אותם על הדעת, ולא כל שכן את האפשרות שיהפכו לחלק מהפרורוגטיבה הניהולית. וכל אימת שטכנולוגיה חדשה מוכנסת לשימוש במקומות העבודה, הדבר נעשה בדרך של 'הנחתה' ותוך התעלמות ממושכלות יסוד ומהעקרונות שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות ובפסיקה בכל הנוגע להגנת הפרטיות במקום העבודה.

120. והנה, במעט הזמן שחלף מאז, התפרסמו ידיעות שלפיהן נדרשו קבלני ניקיון (קבלנים ש"מספקים" עובדי הניקיון) לאזוק את רגלי העובדים בצמידים אלקטרוניים דוגמת האזיקים האלקטרוניים שמוצמדים לרגלו של עציר במעצר בית.¹⁰⁰ העניין עלה אגב עתירה שהגישה חברת ניקיון שהפסידה במכרז, וירד במהירות מסדר היום הציבורי לאחר שהעתירה נמחקה.¹⁰¹

121. לעיל הסברנו כיצד חולשתן של העובדות מונעת מהן את האפשרות להיאבק על זכויותיהן. תופעה מדאיגה זו צפויה להחמיר כאשר טכנולוגיות מידע פוגעניות ומשפילות מונחתות על עובדי קבלן מוחלשים עוד יותר.

122. על רקע זה, נודעת חשיבות לכך שבית הדין ירענן את העקרונות שנקבעו בהלכת איסקוב, וידגיש את תחולתם - בשינויים מחוייבים כמובן - על מקרים רבים ושונים של מערכות טכנולוגיות שמסבות פגיעה לפרטיות ולכבוד במקום העבודה. אמירה מעין זו תתרום לוודאות המשפטית של מעסיקים ועובדים גם יחד.

היא מתבקשת לאור הופעתם של חידושים טכנולוגיים חדשות לבקרים, ולנוכח המציאות הקשה והפוגענית שמתהווה במקומות העבודה, ומאיימת להפוך ל"דין".



אבנר פינצ'ק, עו"ד
ב"כ ידיד בית המשפט

29 באפריל 2015

¹⁰⁰ ר' למשל: עודד ירון "עיריית אלעד דרשה מחברות ניקיון להצמיד צמיד אלקטרוני למנקים" הארץ 13.12.2014.
¹⁰¹ עת"מ 34332-12-14 מרדכי זיבאי נ' עיריית אלעד.