



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ניתן ביום 15 מרץ 2017

- המערכות
1. הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מרחב המשולש הדרומי
 2. הסתדרות המעו"ף

המשיבה עיריית קלנסווה

- מתייצבים בהליך
1. היועץ המשפטי לממשלה
 2. מרכז השלטון המקומי
 3. קו לעובד
 4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 5. התאחדות התעשיינים ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים

לפני: השופטת לאה גליקסמן, השופט אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציג ציבור (עובדים) מר ישראל דורון, נציג ציבור (מעסיקים) מר אמנון גדעון

בשם המערכות – עו"ד חנה שניצר ועו"ד יעל שילוני
בשם עיריית קלנסווה – עו"ד ואיל ראבי
בשם היועץ המשפטי לממשלה – עו"ד רחל שילנסקי, עו"ד אביגיל בורוביץ
בשם מרכז השלטון המקומי – עו"ד מנחם לפידור
בשם קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח – עו"ד אבנר פינצ'וק
בשם התאחדות התעשיינים ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – עו"ד עופר יוחננוף

פסק דין

השופט אילן איטח

1. האם רשות מקומית רשאית לחייב את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בשעון נוכחות ביומטרי? האם רשאית הרשות המקומית



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

להורות כן ללא היוועצות בארגון העובדים היציג (להלן גם – **נציגות העובדים**)? האם גלומה בכך פגיעה בזכותם של העובדים לפרטיות ובזכותם לאוטונומיה על גופם? האם רשאית הרשות לנקוט אמצעים שונים כלפי עובדים המסרבים למסור טביעות אצבע כאמור? אלה הן השאלות העיקריות שבהן עלינו להכריע במסגרת פסק דין זה.

2. השאלה הובאה לפתחנו לאחר שבית הדין האזורי בתל-אביב-יפו (השופטת אריאלה גילצר-כץ, כתוארה אז, ונציגי הציבור מר אליעזר רוזנטל ומר אבי אידלסון; ס"ק 11-12-49718 ו-ס"ק 11-12-52386) קבע כי המשיבה לפנינו רשאית **"לבצע רישום נוכחות במשרדה באמצעות שעון נוכחות ביומטרי"**, וכי היא אינה מחויבת להיוועץ בעניין זה עם נציגות העובדים.

רקע עובדתי

3. המשיבה – עיריית קלנסווה (להלן בהתאמה – **העירייה ו-העיר**) היא רשות מקומית. הסתדרות העובדים הכללית החדשה [באמצעות ההסתדרות במרחב המשולש הדרומי (המערערת 1) ובאמצעות האיגוד המקצועי הארצי – הסתדרות המעו"ף (המערערת 2) (המערערות ייקראו להלן יחד – **ההסתדרות**)] היא ארגון העובדים היציג של כלל עובדי הרשויות המקומיות ובכלל זה של עובדי העירייה ושל העובדים מושא הליך זה – עובדי מחלקת החינוך של העירייה, בפרט (להלן ייקראו העובדים מושא ההליך – **עובדות החינוך**)¹.

4. על הצדדים חלה חוקת העבודה לעובדים ברשויות המקומיות (להלן – **חוקת העבודה או החוקה**). פרק י"ג לחוקה עוסק ב"משמעת ונוכחות בעבודה". סעיף 66 לפרק זה קובע כך:

"על העובד למלא את תפקידו לפי הוראות הממונים עליו בנאמנות ובמלוא כושר עבודתו. על העובד לדייק ולבוא לעבודה משעה [כך במקור – א.א.] הקבועה, לא להפסיקה לפני השעה המיועדת לכך, ולא להעדר מן העבודה בלי הודעה לממונה עליו ובלי הסכמתו.

66.1 בדיקת נוכחות בעבודה

א. במקומות בהם מועסקים בשבוע עבודה בן 5 ימים יונהג שעון נוכחות או הסדרי חתימות ובדיקת נוכחות שיחייבו את כלל העובדים באותו מקום עבודה.

¹ יצוין כי מדובר בעובדים/ות בעליות/ות מקצועות שונים: מזכירים/ות, עובדות/ות ניקיון, שרתים/ות, ספרנים/ות, סייעים/ות, לבורנטים/ות, עוזרים/ות הגנים – מרביתן נשים בדרגות שכר נמוכות.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ב. במקומות בהם טרם עברו ל-5 ימי עבודה ובהם אין הסדרים לבדיקת נוכחות:

1. יונהג שבוע עבודה בן 5 [צ"ל: 5 ימים – א.א.] בצמוד להנהגת הסדרי חתימות ובדיקת נוכחות, שיחייבו את כלל העובדים באותו מקום עבודה.

2. במהלך השנה הראשונה מיום המעבר ל-5 ימי עבודה בשבוע, יותקנו בכל היחידות ברשויות המקומיות שעוני נוכחות ותהיה החתמת שעון בכל כניסה ויציאה מהעבודה לגבי כל העובדים המועסקים ביחידה.

סוג השעון יקבע על-ידי ההנהלה. (הדגשה הוספה – א.א.)

כפי שיפורט בהמשך, ההוראה שלפיה "סוג השעון יקבע על-ידי ההנהלה", היא אחד מסלעי המחלוקת בין הצדדים.

5. העירייה ביקשה שרישום הנוכחות של עובדות החינוך ייעשה באמצעות שעון נוכחות, שהחתימה בו נעשית בהטבעת טביעת האצבע (להלן – השעון הביומטרי). (יצוין כי על פני הדברים, הדרישה לעשות שימוש בשעון הביומטרי הופנתה לעובדות החינוך בלבד ולא ליתר עובדי העירייה). וכך, במכתב נושא תאריך 10.6.12 ששלחה העירייה לכל מנהלי בתי הספר בעיר, נדרשו הללו להודיע לכל עובדות החינוך, שהן מחויבות "להחתים שעון נוכחות החל מחודש משכורת יוני 2012". עוד נדרשו המנהלים להודיע כי –

"בימים 11/6/2012 וכן 12/6/2012 יגיעו הטכנאים לבתי ספרכם ע"מ להזין נתוני העובדים לתוך השעונים... יש לציין שהחל מחודש יוני 2012 דוחות ידניים לא יכובדו ויהיו באחריות הנהלת בתי"ס. עובד שלא יחתים נוכחות כחוק יסכן את משכורתו." (הדגשה במקור – א.א.)

6. במכתב לעירייה מאותו היום, התייחסה עו"ד מור סטולר, ב"כ ההסתדרות באותה העת, למכתב האמור, ה"מתייחס לניסיון לכפות על עובדי עיריית קלנסואה.... למסור טביעות אצבע לצורך מירשם נוכחות בעירייה". עוד ציינה כי ההסתדרות מתנגדת "בכל תוקף לאיסוף טביעות אצבע מעובדי העירייה" ו"הורתה לעובדים שלא לשתף פעולה עם המהלך".

7. במכתב מיום 19.6.12, מאת מר ג'מל עבד אלכרים, מ"מ ראש העירייה, נמסרו למנהלי בתי הספר בעיר הנחיות היועץ המשפטי לעירייה לעניין חתימת עובדות החינוך על "שעון הנוכחות שהותקן". במכתב צוין כי "אי חתימה בהתאם לשעון הנוכחות תמנע מהעירייה לשלם משכורות לעובדים שמסרבים לחתום". בהנחיות היועץ המשפטי לעירייה נכתב, בין היתר, כך:



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

"הנכם מתבקשים לפנות לכל העובדים המינהליים בבתי הספר והמועסקים ע"י עיריית קלנסווה בדרישה לחתום בטביעת אצבע בשעוני הנוכחות שהותקנו לאחרונה בבתי הספר... על מנהלי בתי הספר להודיע לעובדים כי עובד שלא יחתום על שעון נוכחות החל מיום 25/6/2012 מסתכן באי תשלום שכרו, מאחר שהדבר ייחשב כאי הופעה לעבודה, וכי כל האחריות בשל כך מוטלת על העובד בלבד.

...

עוד אדגיש כי דרישת ההסתדרות להימנע מחתימה בטביעת אצבע אינה לגיטימית, ועל כן עובד שימנע מחתימה בטביעת אצבע שכרו יקוזז...". (הדגשה במקור – א.א.)

8. לאחר חילופי דברים אלה ובהמשך לשיחות שקיימו הצדדים, לא יושמה ההוראה הנוגעת להחתמת נוכחות בשעון הביומטרי באמצעות טביעת אצבע. ואולם, במכתב מיום 1.10.2012, שכותרתו **"החתמת שעון נוכחות, התראה אחרונה לפני אי תשלום שכר בגין היעדרות"**, חזרה העירייה על דרישתה להחתים **"כרטיס נוכחות (להטביע אצבע)"** בכניסה וביציאה מהעבודה, החל מיום 8.10.12, שאם לא כן, **"ייחשב הדבר כהיעדרות מהעבודה ומזכה את הרשות לנכות משכרך בהתאם לשעות היעדרות"**.

9. במכתב נושא תאריך 18.10.12, העמידה ב"כ ההסתדרות באותה העת את מ"מ ראש העירייה על החובה לשלם שכר לעובדים, וציינה כי **"במקרה של אי-תשלום שכר, מרשיי לא יהססו לתבוע את שכר העובדים בצירוף פיצויי הלנת שכר.... כמו כן, במקרה כזה נשקול נקיטת צעדים ארגוניים"**. הוצע לפתור את חילוקי הדעות באמצעות **"משא ומתן עם ארגון העובדים על בסיס חוקת העבודה"**.

10. משלא שולמו משכורות חודש אוקטובר 2012 לחלק מעובדות החינוך, ובהמשך לשיבושים בעבודה שנמשכו כשבוע ימים, הודיע ועד עובדי העירייה (להלן – **הוועד**), במכתב מיום 14.11.12 למ"מ ראש העירייה, כך:

"נודע לנו היום שלא מעבירים משכורת למס' עובדים וזה עקב אי חתימת נוכחות באמצעות הטביעת אצבע. הדבר שמנוגד [כך במקור – א.א.] לחוק, ואנחנו מכריזים על צעדים ארגוניים ומשפטיים מידיים אם לא חזרו [כך במקור – א.א.] בכס מיידית."

11. במכתב מ"מ ראש העירייה לוועד, הנושא את התאריך 18.11.12, וכותרתו **"שביתה לא חוקית"**, נדרש הוועד להפסיק את השביתה לאלתר, וצוין בו כי השביתה אינה חוקית.

12. על רקע דברים אלה, הוגשו לבית הדין האזורי שתי בקשות-צד בסכסוך-קיבוצי, כפי שיפורט להלן.





בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ההליך בבית הדין האזורי

13. ביום 26.11.12 הגישה ההסתדרות "בקשה דחופה לסעד זמני וקבוע במסגרת בקשת צד בסכסוך קיבוצי", ובמסגרתה עתרה למתן הסעדים הזמניים הבאים: להורות לעירייה להימנע מכל פעולה חד צדדית הנוגעת לעובדים בניגוד לחוקת העבודה; להורות לעירייה לשלם מיידית את שכר חודש אוקטובר 2012 ולהוסיף ולשלם שכר במלואו ובמועדו. עוד עתרה ההסתדרות למתן הסעדים ההצהרתיים הבאים: להצהיר כי העירייה מחויבת בתשלום שכר העובדים; להצהיר כי העירייה נקטה צעד חד צדדי תוך הפרת מחויבויותיה על פי דין וכי החלטתה בטלה מעיקרה או ניתנת לביטול; להצהיר כי העירייה מחויבת להקפאה מלאה של כל פעולותיה נשוא המחלוקת; להצהיר כי עובדי העירייה אינם מחויבים למסור טביעת אצבע; להצהיר כי בהחלטתה בדבר אי תשלום שכר העובדים נהגה העירייה בחוסר תום לב קיצוני ובניגוד לכללי מינהל תקין.

ואלה היו, בתמצית, טענות ההסתדרות: על מעסיק לשלם שכר לעובד, ללא תנאי, אלא אם לא היה נכון לבצע את עבודתו; על פי חוקת העבודה, היה על העירייה להידבר עם נציגות העובדים בעניין שעון הנוכחות הביומטרי, לפני קבלת החלטה הפוגעת במצבם או בתנאי שכרם; לקיחת טביעת אצבע מעובדים והכנסתה למאגר פרטי/ציבורי אינה מעוגנת בחוק ולא בחוקת העבודה; לקיחת טביעת אצבע היא חלק מהליכי חקירה של עבריינים ואינה חלק מחיי העבודה של עובדים חופשיים, ששמורה להם הזכות להתנגד לחיפוש כפוי; הזכות לפרטיות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק יסוד כבוד האדם או חוק היסוד), שבו נקבע, בין היתר, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" וכי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו"; מגבלה על הזכות לפרטיות יכולה לבוא בכפייה רק מכוח חוק; העירייה היא גוף ציבורי ולפיכך מחויבת בכללי המשפט החוקתי, המינהלי והציבורי, לרבות המגבלות על כוחה להפר פרטיות עובדיה.

14. העירייה מצדה הגישה אף היא "בקשת צד בסכסוך קיבוצי ובקשה למתן צו מניעה זמני במעמד צד אחד". העירייה הקדימה וציינה כי "השביתה [של עובדות החינוך – א.א.] הוכרזה בעקבות סירוב העירייה-המבקשת לשלם יתרת השכר של חודש אוקטובר 2012 (50%) לכ-110 עובדי חינוך אשר סירבו לחתום בטביעת אצבע, כלי הנהוג אצל המבקשת כהוכחת נוכחות.... משכורות חודש אוקטובר



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

2012 שולמו במלואן לכל העובדים אשר החתימו כרטיס כאמור. כן, ולפנים משורת הדין שולמו 50% מגובה המשכורות לכלל העובדים כמקדמה לפני חג הקורבן שחל ביום 26/10/12.

העירייה ביקשה מבית הדין שורה של סעדים, שעיקריהם: מתן צו מניעה זמני, במעמד צד אחד, המורה להסתדרות ולוועד להימנע משביתה, עיצומים או כל צעד אחר המהווה הפרעה מאורגנת למהלך התקין של העבודה; ומתן פסק דין הצהרתי, זמני, הקובע כי אין עילה לשביתה או להכרזת סכסוך העבודה מיום 25.11.12, וכי השביתה היא בלתי לגיטימית ובלתי מוגנת, נעשתה בחוסר תום לב ושלא כדין.

תמצית טענות העירייה: השביתה גורמת נזקים רבים וקשים בכל מערכת החינוך בעיר; השביתה אינה חוקית; הדרישה להחתים כרטיס נוכחות מעוגנת בין היתר בחקיקה ובחוקת העבודה, שבסעיף 66.1 שבה נכתב כי "**סוג השעון** [שעון הנוכחות – א.א.] **יקבע ע"י ההנהלה**"; העירייה יכולה להחליט על אופן דיווח הנוכחות, ולשנות מדיווח באמצעות כרטיס לדיווח באמצעות טביעת אצבע; דיווח נוכחות בטביעת אצבע הוא אמצעי לגיטימי ומקובל במקומות עבודה רבים. הוא אינו פולשני, אין בו כדי לפגוע בזכות לפרטיות והוא אינו מנוגד לחוק היסוד; דיווח נוכחות באמצעות טביעת אצבע אינו נכלל בהגדרת "פגיעה בפרטיות" שבחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן – **חוק הגנת הפרטיות**); החזקת טביעות האצבע של העובדים בידי העירייה אינה מהווה פגיעה בפרטיותם; נתוני טביעות האצבע אינם מוחזקים בידי צד ג' כלשהו, אלא מאוחסנים בתוכנה שרכשה העירייה בליווי שעונים תואמים, והיא מופעלת על ידה ועומדת לרשותה בלבד; מדובר במידע דל ביותר יחסית למידע אישי רב הנמצא בכל תיק אישי של עובד, הכולל נתונים אודות מצבו הבריאותי והמשפחתי; החלטת העירייה להנהיג שעון נוכחות המבוסס על טביעת אצבע באה בעקבות אי סדרים קשים וחשד לאי התייצבות מסיבית של עובדים לעבודה, לרבות החתמות כרטיסי נוכחות של עובדים על ידי עובדים אחרים; שיטת דיווח הנוכחות היא עניין אדמיניסטרטיבי גרידא, המצויה בגדר הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, ולפי חוקת העבודה והפסיקה, אל לעובדים להתערב בעניינים ממין זה; תיקון 24 לחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958 (להלן בהתאמה – **תיקון 24 ו-חוק הגנת השכר**) נועד להבטיח



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

רישום מדויק ומהימן יותר של שעות הנוכחות, ודיווח נוכחות באמצעות הטבעת אצבע הוא מהימן יותר מאשר דיווח באמצעות כרטיס מגנטי.

15. ביום 29.11.12 התקיים דיון בשתי בקשות הצד האמורות, ובמהלכו ניתן תוקף של החלטה להסכמות הבאות שאליהן הגיעו הצדדים :

1. יתרת משכורת חודש 10/2012 תשולם עד ליום 2.12.12.
2. המבקשים [ההסתדרות – א.א.] מתחייבים להפסיק כל שביתה או עיצומים ולא יינקטו כל צעדים ארגוניים כנגד המשיבים [העירייה – א.א.].
3. עובדי המשיבה יתייצבו לעבודתם כסדרה.
4. ההסתדרות תבחן בתוך 7 ימים את מסמך אישור היצרן של המערכת הביומטרית, לפיו אין עסקינן בטביעת אצבע אלא בתרגום של טביעת האצבע לצורה גרפית-חזותית.
5. המשיבה תמציא בתוך 48 שעות למבקשת את סוג ודגם המערכת הביומטרית המותקנת בעירייה.
6. ההסתדרות תודיע לצד שכנגד ולביה"ד תוך 10 ימים מהיום את עמדתה."

16. משלא הגיעו הצדדים להבנות לעניין אישור היצרן של השעון הביומטרי שהנהיגה העירייה, והגם שהעירייה העבירה לב"כ ההסתדרות באותה העת פרטים לגבי השעון הביומטרי שהותקן בבתי הספר בעיר, התקיים ביום 12.2.13 דיון נוסף בבית הדין האזורי. בדיון העידו: המצהיר מטעם ההסתדרות – עו"ד גיל בר טל, מנהל חטיבת עובדי הרשויות המקומיות בהסתדרות המעו"ף; והמצהיר מטעם העירייה – מר ג'מל עבד אלכרים, מ"מ ראש העירייה.

17. בתום הדיון הורה בית הדין לצדדים לקיים משא ומתן בעניינים מושא ההליך. עוד הורה בית הדין האזורי למשיב 2 – מרכז השלטון המקומי (להלן גם – המרכז) ולמשיב 1 – היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם – היועמ"ש), למסור עמדותיהם "בסוגיה בדבר החתמת כרטיס נוכחות ביומטרי". כמו כן, נקצבו מועדים להגשת סיכומי הצדדים.

18. ביום 7.3.13 הודיעו ההסתדרות והעירייה לבית הדין האזורי כי ההידברות ביניהן לא עלתה יפה. משכך, הורה בית הדין על המשך ניהול ההליך – קבלת עמדותיהם של המרכז ושל היועמ"ש.

19. ביום 3.4.13 הוגשה בבית הדין האזורי עמדת המרכז, שככלל צידד בעמדת העירייה. המרכז הדגיש כי ראוי היה שההסתדרות היתה נמנעת מלהשוות שעון



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

נוכחות ביומטרי להליכי חקירה פליליים, וציין כי דיווח נוכחות ביומטרי אינו מהווה פגיעה בפרטיות, וודאי אינו מהווה חיפוש ברשות היחיד.

20. ביום 25.4.13 הוגשה עמדת "מדינת ישראל – משרד הפנים" (להלן – **משרד הפנים**), כדלקמן:

"ככל שאכן אין מדובר במאגר ביומטרי אלא בטביעת אצבע אשר אינה ניתנת לשימוש לכל מטרה אחרת למעט לצרכי זיהוי בשעון בלבד, כנטען על ידי המשיבה – עיריית קלנסוואה, אין המדינה מוצאת לנכון להתערב בהחלטת המשיבה, בדבר הנהגת שעון נוכחות, אשר החתימה בו היא בטביעת אצבע, החלטה המקובלת גם על מרכז השלטון המקומי..."

21. בהמשך לקבלת עמדות המרכז ומשרד הפנים, הגישו ההסתדרות והעירייה סיכומי טענותיהם ובית הדין האזורי נתן את פסק דינו.

פסק דינו של בית הדין האזורי

22. בית הדין האזורי קיבל את עמדת העירייה במלואה, וקבע כי היא רשאית **"לבצע רישום נוכחות במשרדיה באמצעות שעון נוכחות ביומטרי"**, וכי היא אינה מחויבת להיוועץ בעניין זה עם נציגות העובדים.

23. וביתר פירוט: לאחר שפרש את הרקע העובדתי ואת טענות הצדדים שעמדו לפניו, פנה בית הדין לבחון אם שימוש במערכת ביומטרית כשעון נוכחות מהווה פגיעה בפרטיות העובדים. בעניין זה נכתב כך:

"נראה כי, ואין אנו קובעים כעת מסמרות בדבר, נטילת טביעות אצבעותיו של אדם, שלא בהסכמתו, מהווה פגיעה בזכותו של אדם לפרטיות ובזכויותיו המוגנות על פי חוק היסוד. אכן, וכפי שכבר נפסק לא אחת, הזכות לפרטיות קיימת גם במקום העבודה ופגיעה בה כפופה להסכמה מצדו של העובד. החובה להגן על זכות זו נובעת אף מתניות מכללא בחוזה העבודה וחובת תום הלב ביחסים שבין עובד למעסיק..." (הדגשות הוספו – א.א.)

יחד עם זאת, כך המשיך בית הדין, אל מול זכות העובד לפרטיות ניצבת זכות המעסיק לקניין, שאף היא מעוגנת בחוק היסוד, וממנה נגזרת זכות היתר של המעסיק לנהל את מפעלו – הפררוגטיבה הניהולית. **"זכות זו משתרעת אף על האופן שבו יתנהלו רישומי הנוכחות במקום העבודה, כל עוד לא נקבעה רשימה סגורה של האפשרויות לניטור נוכחות עובדים בחוקי העבודה"**.

24. בית הדין ציין כי מהראיות שהוצגו לפניו ולא נסתרו, עולה כי **"לא מדובר בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל, אלא בנטילת טביעות אצבע באופן אלקטרוני שאינו**



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

יוצר העתק מדויק המשמר את צורת הטביעה על כל מאפייניה ואשר אינו יכול לשמש הוכחה להימצאותו במקום מסוים בהקשרים אחרים". בית הדין הביא בהקשר זה ציטוטים ממסמך שהוגש על ידי העירייה², ובו נתונים שונים אודות השעון הביומטרי שהתקינה האחרונה (להלן יכונה מסמך זה – אישור היצרן):

"על פי האמור באישור היצרן, טביעת האצבע אשר ניטלת מן העובדים מתורגמת לכדי תבנית מאפיינים אשר משויכת בתוך המערכת לעובד מסוים, וממנה לא ניתן לשחזר את הטביעה המקורית. לפיכך, ברי כי אין אנו עוסקים בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל והפוגעני של התהליך, אלא בהליך דומה בלבד, אשר נועד למטרה ראויה ונעשה במידה שאינה עולה על הנדרש. הנטילה, על פי ההסבר שהובא לפנינו, נעשית באופן חד פעמי, ממנה מתורגמים מאפיינים אחדים לצורך שמירה במערכת הממוכנת והחתימה המבוצעת בהמשך בעת הכניסה והיציאה אינה שונה מבחינה אלקטרונית מהחתימת כרטיס זיהוי."

לאור דברים אלה דחה בית הדין את ההשוואה שערכה ההסתדרות בין לקיחת טביעת אצבע מעובדים לצורך רישום נוכחות ובין נטילת אמצעי זיהוי על פי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו – 1996 (להלן – חוק החיפוש). בהקשר זה הביע בית הדין האזורי צער על תחשתם הסובייקטיבית של עובדים כי רישום הנוכחות באמצעות טביעת אצבע "משפיל או מבזה אותם ודומה להליך מעצר או גביית ראיות", אך ציין כי "תחושה סובייקטיבית זו של עובדים בודדים אינה נחלת הכלל", והראייה היא שעובדים רבים מחתימים נוכחות באמצעות טביעת אצבע, "וברי כי רובם ככולם אינם חשים כי הדבר דומה להליך גביית ראיות במשטרה".

25. באשר לסוגיית ההסכמה של ארגון העובדים היציג להחלפת שעון הנוכחות, קבע בית הדין כי "הואיל ועסקינן בסוגיה שספק אם היא מהווה אחד מתנאי העבודה ברשות, לא נדרשת הסכמת הארגון היציג לצורך שינוי סוגו של שעון הנוכחות או אופי הדיווח. אדרבה, על פי חוקת העבודה הועד אינו רשאי להתערב בעניינים אדמיניסטרטיביים כגון דא ואף נקבע מפורשות כי 'סוג השעון יקבע על ידי ההנהלה'. זאת ועוד, נראה כי במספר רשויות מקומיות אחרות, בהן קיימות מערכות דומות או זהות לצורך ניטור נוכחות העובדים, ארגון העובדים לא התנגד להחלפת שעון הנוכחות לשעון המבוסס על טביעות אצבע". בהמשך דחה בית הדין את טענת ההסתדרות שלפיה, בשעה שנוסחה חוקת העבודה, בשנת 1960, לא עמדה לנגד עיני המנסחים האפשרות לדווח נוכחות באמצעים ביומטריים, ועל

² כפי הנראה הכוונה היא למסמך שהגישה העירייה ביום 10.12.12, בעקבות הדיון הראשון בבית הדין האזורי.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

כן הפררוגטיבה הניהולית הקבועה בחוקת העבודה אינה משתרעת על אמצעים אלה. לדברי בית הדין, "העובדה כי המנסחים ראו לנגד עיניהם קיומם בעתיד של שעוני נוכחות מסוגים שונים מעידה דווקא על כך כי לא הטרידה אותם העובדה שסוג השעון יקבע על ידי הרשות באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים [ההסתדרות – א.א.]. ועוד נדחתה טענת ההסתדרות, שלפיה המונח "כרטיס" (נוכחות) שבחוקת העבודה אינו יכול להיות טביעת אצבע.

תוך עריכת אבחנה מפסיקה שהובאה על ידי ההסתדרות, סיכם בית הדין את הסוגיה, במילים אלה:

"נראה כי גם על פי חוקת העבודה, קיימת למבקשת [לעירייה – א.א.] פררוגטיבה ניהולית לקבוע את סוג השעון אשר ישמש להצהרה על נוכחות עובדיה ואופן דיווח נוכחות עובדיה במחוזותיה, מבלי שיהיה חובה עליה להיוועץ במשיבים עובר לשינוי סוג השעון."

26. בהמשך פסק הדין הפנה בית הדין האזורי לסעיף 25(א1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951 (להלן – חוק שעות עבודה ומנוחה), שהוסף בתיקון 24 לחוק הגנת השכר, וזו לשונו:

"(1) לעניין שעות עבודה, שעות מנוחה שבועית ושעות נוספות ייערך הרישום בפנקס שעות העבודה באופן שוטף ויכלול רישום שעות עבודה בפועל;

(2) לא בוצע הרישום בפנקס כאמור בפסקה (1) באמצעים מכניים, דיגיטליים או אלקטרוניים, ייחתם הרישום מדי יום בידי העובד ויאשר בחתימת אחראי שהמעסיק מינה לכך, אלא אם כן קבע שר התעשיה המסחר והתעסוקה, לאחר התייעצות עם ארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה ועם ארגוני מעבידים שהם לדעת השר יציגים ונוגעים בדבר ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, דרך אחרת לביצוע הרישום."

(הדגשה הוספה – א.א.)

בית הדין ציין כי מדברי ההסבר לחוק עולה שהתיקון נועד להבטיח "רישום נוכחות מהימן בשל חשיבותם של רישומי הנוכחות לחישוב שכרם של העובדים", וכי "אין מחלוקת כי דיווח באמצעי ביומטרי הנו מהימן יותר מאשר אמצעים חלופיים הקיימים כיום בשוק". נדחתה פרשנות ההסתדרות שלפיה אמצעי זיהוי ביומטרי אינו בא בגדר "אמצעים מכניים, דיגיטליים או אלקטרוניים", ונקבע כי הגדרה זו היא ה"הגדרה הרחבה ביותר שניתן היה לתת לאמצעי רישום הנוכחות והיא כוללת בחובה שימוש בשעון המבוסס על טביעת אצבע אלקטרונית".



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

27. לפני סיום פסק הדין סקר בית הדין "על קצה המזלג" את "הנהוג בניכר". בית הדין הביא סעיף חוק ממדינת ניו יורק בארה"ב, וכן התייחס למצב המשפטי באלברטה שבקנדה, ומצא באלה תמיכה לעמדת העירייה ולמסקנות שגזר הוא עצמו:

"אי לכך, נראה כי בחינת המשפט המשווה באופן מדגמי תומכת במסקנה אליה הגענו – כי אין בשימוש בשעון המבוסס על טביעות אצבע של העובדים, משום פגיעה בעובדים, בפרטיותם או בכבודם."
בית הדין ציין כי השימוש באמצעים ביומטריים בכלל ובשעוני נוכחות ביומטריים בפרט, הופך נפוץ יותר ויותר, וחתם את פסק דינו במילים אלה: **"אשר על כן, נוכח כל האמור לעיל, רשאית המבקשת לבצע רישום נוכחות במשרדה באמצעות שעון נוכחות ביומטרי"**.

ההליך בבית הדין הארצי

28. ההסתדרות הגישה ערעור על פסק הדין, ובו, בתמצית, שתי טענות מרכזיות: האחת, כי דרישת מעסיק מעובדו למסור נתונים ביומטריים, ובכלל זה טביעת אצבע לצרכי השעון הביומטרי, מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכות העובד לפרטיות, והאחרת, כי לא היה מקום לקבוע שהעירייה רשאית לקבל החלטה בעניין זה מבלי להיוועץ תחילה בארגון העובדים. במסגרת זו נטען, בין היתר (והדברים יפורטו בהרחבה בהמשך), כי בית הדין קמא לא בחן את הסוגיה בראי הלכת **איסקוב**³ ולא ערך את המבחנים החוקתיים הנדרשים; כי שגה בקבעו ממצאים לעניין שעון הנוכחות בהסתמך על אישור היצרן, מבלי למנות מומחה מטעם בית הדין; כי לא התייחס לאמצעי שנקטה העירייה לשם כפיית העובדים להשתמש בשעון הנוכחות הביומטרי – הלנת שכר; וכי מיהר לקבוע מסמרות בסוגיית המאגרים הביומטריים, אף שזו טרם הוכרעה ומוטלת לפתחן של כנסת ישראל ורשויות אחרות.

29. ביום 2.6.14 ניתנה החלטת נשיא בית הדין הארצי, השופט יגאל פליטמן, המורה ליועץ המשפטי לממשלה ולמרכז השלטון המקומי להגיש עמדותיהם בשאלות התקדימיות העולות בערעור.

30. ביום 3.7.14 הגישו המשיבות 3 ו-4 – העמותות "קו לעובד" ו"האגודה לזכויות האזרח" (להלן יחד – **העמותות**), בקשה משותפת להצטרף להליך כ"ידידות בית

³ ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב – מדינת ישראל-הממונה על חוק עבודת נשים, (8.2.2011) (להלן – עניין איסקוב).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

המשפט". במסגרת הבקשה נטען כי "זוהי הפעם הראשונה שבה מכריע בית הדין לעבודה בסוגית שעון הנוכחות הביומטריי", וכי "ההשלכות של פסק הדין [של בית הדין האזורי – א.א.] 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 עלול להתפרש כהכשר וכעידוד לפרקטיקות פסולות, שבהן מפעילים מעסיקים טכנולוגיות מעקב חדשות וכופים אותן בניגוד לדין". בהמשך לכך הציגו העמותות בהרחבה עמדתן לגופם של דברים.

31. בהמשך התקבלו בבית הדין: סיכומי ההסתדרות, עמדת המרכז, הודעת היועמ"ש על כוונתו להתייבב בהליך, סיכומי העירייה, תגובות ההסתדרות לעמדת המרכז ולסיכומי העירייה, עמדת היועמ"ש, בקשת המרכז לצירופן להליך של התאחדות התעשיינים ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים (המשיבה 5; להלן ביחד – **לשכת התיאום**), וכן בקשת העירייה לקבוע את הדיון לפני הרכב מורחב של שופטים.

32. בהחלטה מיום 13.4.15 נעתר נשיא בית הדין לבקשת העמותות להצטרף להליך כ"ידידות בית המשפט", הורה על צירופה להליך של לשכת התיאום, וקצב מועדים להגשת עמדות הגורמים הללו. בהחלטת הנשיא מיום המחרת נדחתה בקשת העירייה לקיום הדיון בערעור בהרכב מורחב.

33. ביום 6.5.15, לאחר שנתקבלו עמדת לשכת התיאום ועמדת העמותות, התקיים דיון בערעור. ככלל, כל אחד מהצדדים חזר על טיעונו, ועיקר הדברים יפורט בהמשך.

34. לאחר הדיון הגיש המרכז מסמך שכותרתו "**נחיצות המאגר הביומטרי – פרק II**" (להלן – **מסמך נחיצות המאגר**). בהחלטה מיום 11.6.15 אישר בית דין זה את צירופו של המסמך ואפשר לצדדים להשלים טיעונים בהתייחס אליו, ואכן כך עשו המרכז וההסתדרות.

35. להשלמת התמונה נציין כי לא נתבקש עיכוב ביצוע פסק הדין, ועל פי דברי בא כוח העירייה בדיון בערעור – "**כולם נתנו טביעת אצבע וחותמים ומצייתים לפסק הדין**".





בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

36. עוד יצוין כי ביום 27.2.2017, התקבל בכנסת תיקון לחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגרי מידע, התש"ע-2009 (להלן – **חוק זיהוי ביומטרי**)⁴, שהכניס שינויים משמעותיים בחוק בנוסחו הקודם. לענייננו – על פי התיקון, בין היתר, המאגר הביומטרי יכלול תמונות פנים בלבד, וטביעות אצבע יוכנסו אליו רק בהסכמה.

טענות הצדדים שיפורטו להלן התקבלו זמן רב לפני שעבר התיקון לחוק, ועל כן אינן כוללות התייחסות לתיקון באופן ישיר, אלא רק להצעות החוק ולוועדות שקדמו לו. כך או כך, אין לחוק זיהוי ביומטרי או לתיקון לחוק זה חלות ישירה על ענייננו.

טענות הצדדים

37. נקדים ונציין שהצדדים, רובם ככולם, עמדו על חשיבות הנושא וראשוניותו. בתוך כך התעכבו על זכות הקניין של המעסיק והתכלית הראויה של מניעת דיווחי כוזב מחד גיסא, ועל מעמדן הרם של הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה של העובד על גופו מאידך גיסא. באי כוחם של הצדדים הציגו את טענותיהם בצורה נרחבת, יסודית ומקיפה וניכר שהקדישו מחשבה מעמיקה ועבודה רבה בגיבוש העמדות והבאתן לפנינו. למען נוחות הקריאה והיעילות לא תובאנה הטענות במלואן, אלא נסתפק בהבאת עיקריהן.

טענות ההסתדרות

38. **ההסתדרות עותרת לביטול פסק דינו של בית הדין האזורי ומבקשת שייקבע כי פגיעה בפרטיות בכפייה אינה חוקית במסגרת יחסי עבודה, כפי שאינה חוקית בכלל, וכי הלנת שכר כאמצעי לחץ על עובד להסכים לפגיעה בפרטיותו אינה חוקית או מקובלת.** עוד מבקשת ההסתדרות לקבוע כי התקנת שעון נוכחות ביומטרי מהווה שינוי מהותי בתנאי ההעסקה ועל כן מחייבת הסכמה, וכי הסכמה המרפאת את הפגיעה בפרטיות אפשרית רק אם העניין יוסדר תחילה בחקיקה וכן יאושר במישור הקיבוצי, והכל בכפוף למבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם. אשר לאפשרות להסדיר את הסוגיה בהסכם קיבוצי מציינת

⁴ חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגרי מידע (תיקון והוראת שעה), התשע"ז-2017, ס"ח 2607 התשע"ז (1.3.2017).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ההסתדרות כי יש לה סמכויות "להסכים לכל מיני הסכמות שגודרות את הזכויות של העובדים", וכי אם ינוהל משא ומתן "נבדוק הכל לעומק".

39. ההסתדרות מרחיבה בנושא הזכות לפרטיות בכלל והזכות לפרטיות במקום העבודה בפרט, בין היתר כפי שנדונה בהרחבה בעניין איסקוב, וכן בנושא אוטונומיית העובד על גופו. ההסתדרות מדגישה את חשיבותן של הזכויות הללו, כנגזרות מהזכות לכבוד, המעוגנת בחוק היסוד, ומציינת כי הן גוברות על אינטרס המעסיק לאמינות דיווחי הנוכחות, שהוא שעמד בבסיס פסק הדין מושא הערעור.

40. בהמשך לכך מציינת ההסתדרות שבעניין המאגר הביומטרי המנוהל על ידי המדינה, הוחלט בחקיקה המכוננת שבתקופת הניסיון תהא השתתפות האזרחים מרצון בלבד, והדבר קיבל משנה תוקף בבג"ץ נהון⁵. ועוד מפנה ההסתדרות למאמר פרי עטה של חברתנו, השופטת (כתוארה אז) ורדה וירט-ליבנה, שבו נכתב, בין היתר, כי ראוי שכוחו של מעסיק לא ישתרע על פעולות שיש בהן פגיעה בפרטיות העובד, "אלא אם כן הדבר יוסדר בדבר חקיקה ראשית, ובהקשר זה שאלת המניע של המעביד אינה יכולה להיות רלוונטית". ואם לא הוסדרה הפעולה הפוגעת בחקיקה ראשית, משלימה ההסתדרות, ראוי כי תיעשה "רק בהסכמת העובדים או נציגות העובדים".

41. ההסתדרות סבורה שלא היה מקום לקבוע מסמרות בנושא זה, שעה שסוגיית המאגרים הביומטריים טרם הוכרעה ומוטלת לפתחן של הכנסת ושל רשויות נוספות ושעה שבעניין כרוכות סכנות ובעיות, שלא ניתן ולא ראוי לעמוד עליהן במסגרת דיון משפטי הנוגע להחלטה של "רשות מקומית קטנה זו או אחרת".

42. לדברי ההסתדרות, התכלית שעליה התבסס פסק הדין מושא הערעור, כהצדקה להתקנת השעון הביומטרי, היא מניעת החתמה על ידי אחר. תוצאת פסק הדין היא שהעובדים נפגעו פגיעה כפולה: נפגעה זכותם על גופם וזכותם לפרטיות, וכן נפגעה זכותם לקיום משא ומתן ולהסכמה על שינוי בתנאי עבודתם. קושי נוסף שעליו מצביעה ההסתדרות נובע "מכך שעובדים מועמדים בחזקת 'חשודים' תמידית, והמעסיק, כמי שזכאי 'לחשוד' בהם תמידית" ורשאי לדרוש מהם נתונים פיזיולוגיים על מנת להפיג את החשד. לטענת ההסתדרות מדובר בהנחה משפילה ומעליבה הפוגעת בכבוד העובד ובכבוד מערכת יחסי העבודה, והדרישה

⁵ בג"ץ 1516/12 נהון נ' הכנסת, (23.7.2012) (להלן – בג"ץ נהון).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

למסור טביעת אצבע אינה עומדת בחובת תום הלב החוזית וחותרת תחת העיקרון החוקתי של כבוד האדם. לדבריה, ניתן לוודא אמינות דיווח באמצעים שאינם מצריכים חדירה למתחם הפיזי של העובד, דוגמת מצלמה המצלמת את שעון הנוכחות ואת העובדים המחתימים בו את כרטיסם, ולכן חיוב עובד ליתן טביעת אצבע מהווה דרישה שאינה סבירה ואינה מידתית.

ההסתדרות מבהירה שבהקשרים שונים, למשל אם טביעת האצבע תידרש מטעמי ביטחון, להבדיל מדיווחי אמת כבענייננו, אזי יתכן שינוי בעמדתה.

43. טענות נוספות בפי ההסתדרות: פסק הדין של בית הדין האזורי יצר מצב שבו זכותו של מעסיק על כספו גוברת על זכותו של עובד על גופו; פסק הדין מנוגד להלכה הפסוקה והסוגיות שבו לא נבחנו בראי הלכת **איסקוב**; בית הדין האזורי שגה בכך שהתבסס על אישור היצרן שאינו גורם אובייקטיבי, בכך שקבע כי חוקת העבודה כוללת הסכמה לשעון נוכחות ביומטרי והמילים "כרטיס נוכחות" כוללות גם החתמה באמצעות גוף העובד, ובכך שהסתמך בסוגיה כה תקדימית ומשמעותית על משפט משווה שאינו משקף את המצב המשפטי בעולם כהווייתו.

44. לטענת ההסתדרות, יש לבחון תחילה את נכונות ההנחה שביסוד פסק הדין מושא הערעור, שלפיה המחלוקת עוסקת בפגיעה בזכות הקניין של המעסיק, ואת נכונות ההנחה שלפיה די בפרוגטיבה הניהולית כדי לחייב עובד למסור טביעת אצבע. ההסתדרות סבורה כי רק אם התשובות לשאלות אלה תהיינה בחיוב, תתעורר שאלת האיזון בין זכות הקניין ובין הזכות לפרטיות וזכותו של אדם על גופו. לטעמה של ההסתדרות הדיון הקנייני שגוי ופסול והדיון היה צריך להיעשות ברמה החוזית בלבד. מכל מקום, שגה בית הדין קמא בכך שאזכר את הזכויות החוקתיות מבלי שבחן את שאלת המידתיות.

45. ההסתדרות מציינת כי הכוח המתאפשר על ידי הטכנולוגיה מחייב אחריות והצבת מגבלות. ההסתדרות מפנה לפסק הדין שבו נקבע כי אין לאפשר הפעלת בתי סוהר פרטיים⁷, שם הושם דגש מיוחד על היבטים הנוגעים לחדירה "**למתחם הפיזי של האסיר**" והרציונל המנחה היה שהעברת סמכויות פוגעניות, שתכליתן ראויה, לגוף פרטי, מייצרת בהכרח פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בכבוד האסיר.

⁶ ההסתדרות מפנה לעניין זה גם לפסק הדין בד"מ (ת"א) 2734/00 אייזנר – ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ, פד"ע לט נא (2001), שבו נקבע כי התקנת מצלמות במקום העבודה מצריכה הסכמה של העובד.

⁷ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545 (2009).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

46. ההסתדרות סוקרת את הניסיון הבינלאומי בענף הביומטריה, ש"ממנו עולה שמדינות רבות ומכובדות... ביטלו מאגרים ביומטריים שהוקמו בעלויות עתק". נטען כי על אף הטרור הבינלאומי, שהיה המניע העיקרי להקמת המאגרים הללו (ולא אבטחת נוכחות בעבודה), עדיין רחוקה העת שתאפשר כפייה של השתתפות ומתן פרטים ביומטריים במישור המדינה. נטען כי האתגר של עמידה בפרץ נוכח הקושי בשמירה על הזכות לפרטיות, מונח גם לפתחו של בית הדין. ההסתדרות "קוראת לבית הדין הנכבד לעמוד בפתח, ולא לאפשר לקסמי הטכנולוגיה, או לחשש מדיווחי כזב, להשכיח את הסכנות הגלומות בפלישה לאוטונומיה הפיזית של העובד, ברמה המוסרית, כמו גם הפיזית".

47. עמדת ההסתדרות היא שנטילת טביעת אצבע מאדם מהווה "חיפוש", ושנדרש מקור חקיקתי מסמך והסדרה חקיקתית מלאה לשם כך. לדידה, פרטים אישיים שעובד נדרש למסור למעסיקו במסגרת העבודה, הם "פרטי מידע שהמעסיק נדרש לקבל מכוח הסמכה בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה בכדי לבצע חובות שהדין החרות מטיל עליו", ולא בכדי אין חקיקה המתירה איסוף טביעות אצבע מעובדים, וממילא אין הסדרה של אופן נטילת המידע ואיכות המאגר. מכאן, שגם אם תכליתה של נטילת טביעת האצבע מהעובדים היא ראויה, הרי שהיא לא נעשית בחוק והיא לא מידתית. יש חלופות אחרות לוודוא נוכחות בעבודה ודיווחי אמת שאינן פוגעות בפרטיות העובד, בכבודו ובאוטונומיה שלו. ההסתדרות סבורה שהיעתרות לעמדת העירייה עלולה ליצור מדרון חלקלק שיוביל, למשל, לחיפוש בכליו ובגופו של עובד, למניעת גניבה מהמעסיק.

48. ההסתדרות מצביעה על קשיי האבטחה של המאגרים הביומטריים וכן מצביעה על הדלפת המידע ב-Wikileaks וההדלפות של אדוארד סנוואדן, כממחישות ש"די באדם מוכשר אחד כדי להדליף מאגרי מידע 'מאובטחים'". לצד החשש מקשיי האבטחה הללו, מצביעה ההסתדרות על חששות נוספים כגון הדרת אוכלוסיות שאינן יכולות לעשות שימוש בקורא טביעות אצבע (אנשים שעור אצבעותיהם נפגע, קטועי ידיים וכיו"ב), כשלים בזיהוי אחוז גבוה מטביעות האצבעות הסרוקות במערכת, העברת מחלות נגיפיות ועוד.

49. בהתייחס למסמך נחיצות המאגר הציגה ההסתדרות מספר מסמכים. בין היתר עולה מהם, לשיטתה, כי המלצת הוועדה המייעצת הפועלת מכוח חוק זיהוי ביומטרי היא להקים מאגר ללא טביעות אצבע, בניגוד לשימוש בתמונת פנים; כי





בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מדו"ח התנועה לזכויות דיגיטליות עולה שמקרי זיוף שהתגלו לא היו נמנעים על ידי המאגר הביומטרי; כי מומחי מחשבים ואבטחת מידע קוראים לעצור את ניסוי המאגר הביומטרי ולבטל את המאגר המרכזי לאלתר, **"בהינתן אמצעים זולים יותר, בטוחים יותר, וחודרניים פחות מההסתמכות על אמצעים ביומטריים ומאגרים מרכזיים, אשר חשופים לפריצה, דליפה או ניצול לרעה"**.

טענות העירייה

50. העירייה סבורה שבית הדין האזורי ערך איזון ראוי בין זכות הקניין של המעסיק לזכות העובד לפרטיות. לדבריה, הדרישה להחתמת כרטיס נוכחות מעוגנת בחקיקה, בהסכמים קיבוציים ובנהלים מחייבים של משרד הפנים, והמקור הנורמטיבי המאפשר לה לדרוש טביעת אצבע מעובדיה נמצא בחוקת העבודה ובפסיקת בתי הדין. בנוסף, שיטת דיווח הנוכחות היא עניין אדמיניסטרטיבי גרידא שלפי חוקת העבודה נתון להחלטתה כמעסיקה, ונציגות העובדים אינה רשאית להתערב בו. לדבריה, אם ברצון ההסתדרות לשנות את ההוראה הרלוונטית בחוקת העבודה, עליה לנהל משא ומתן עם מרכז השלטון המקומי.

51. לטענת העירייה, נטילת טביעת אצבע לשם דיווח נוכחות לא דומה לנטילת אמצעי זיהוי על פי חוק החיפוש, אין בה כדי לפגוע בזכות העובד לפרטיות והיא אינה מנוגדת לחוק יסוד כבוד האדם. לדידה, דיווח נוכחות בטביעת אצבע הוא אמצעי לגיטימי במקומות עבודה רבים מזה זמן, שההסתדרות לא התנגדה לו, הוא אינו מהווה "פגיעה בפרטיות" כהגדרת סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, ואף החזקת טביעות האצבע בידי העירייה אינה פוגעת בפרטיות. לעניין זה מסבירה העירייה כי נתוני טביעות האצבע מאוחסנים בתוכנה שרכשה, המופעלת על ידה ועומדת לרשותה בלבד, ו"מדובר במידע דל ביותר יחסית למידע אישי רב הנמצא בכל תיק אישי של עובד לרבות נתונים על מצב בריאותי ומשפחתי". לעמדתה, יש לראות בצילום אצבע חלקי חלק מהמידע "שראוי שהעובד יספק למעסיק לצורך קיום יחסי עבודה תקינים", מה גם שדיווח נוכחות באמצעות טביעת אצבע הוא מהימן יותר מדיווח בכרטיס מגנטי, הוא עדיף לאור תיקון 24, יש בו כדי למנוע החתמת נוכחות של עובד על ידי אחר, וממילא "כל המדינה במצלמות".

52. לדברי העירייה, ההסתדרות לא עמדה בנטל להוכיח טענותיה לעניין הבעייתיות בשעון הנוכחות הביומטרי שהותקן, והיא לא יכולה לנסות להוכיחן כעת. העירייה



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

סבורה שהיה על בית הדין האזורי לקבוע כי כלל לא מדובר בשעון ביומטרי, מאחר שמדובר בצילום האצבע באופן חלקי, משום שאין אפשרות לשחזר את המידע ומאחר שלפי אישור היצרן לא ניתן לתרגם את טביעת האצבע בצורה גרפית או חזותית. עוד נטען כי ערעור ההסתדרות לעניין אופי נטילת טביעות האצבע הוא ערעור על קביעה עובדתית, שאין ערכאת הערעור נוטה להתערב בקביעות מסוגה.

53. העירייה נסמכת על המשפט המשווה שבית הדין האזורי הפנה אליו, מבחינה בין העניין דנן ובין המשפט המשווה שהובא על ידי ההסתדרות, ומוסיפה כי אין להשוות בין "מאגרים ביומטריים ידועים בעולם" לשעון הנוכחות העומד במוקד ערעור זה, שכן המאגרים הביומטריים האמורים מאפשרים זיהוי מוחלט בין הטביעה הנשמרת במאגר ובין האדם שמסר את טביעת האצבע, ואילו טביעת האצבע בענייננו אינה נשמרת ואינה מאפשרת סנכרון מידע מול הרשויות השונות.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

54. תמצית עמדת היועמ"ש היא כי "בהיעדר הסכמה, כפיית עובד למסור דגימה ביומטרית לתכלית רישום נוכחות כשלעצמה, אינה עומדת בחובת תום הלב ובחובת ההגינות בהן חב מעסיק כלפי עובדו. זאת, נוכח פגיעתה הלא מידתית של כפייה כאמור בזכות היסוד של העובד לפרטיות ופגיעתה בזכותו לאוטונומיה על גופו". יחד עם זאת, משלים היועמ"ש, אם ניתנה מצד העובד "הסכמה קונקרטית, מדעת ומרצון חופשי", למסירת דגימה ביומטרית לשם רישום נוכחות, לאחר קבלת מלוא המידע מן המעסיק באשר "למערך התועלות והסיכונים הכרוך בכך", הרי שהשימוש במערכת נוכחות ביומטרית הוא אפשרי.

היועמ"ש מציג רקע כללי על נושא היישומים הביומטריים שלו יתרונות רבים אך מעורר שאלות רבות, "בפרט בכל הנוגע לזכות לפרטיות, הגנת המידע האישי והביטחון". הממונה על היישומים הביומטריים במשרד ראש הממשלה (להלן – הממונה על היישומים הביומטריים) פועל לגיבוש מדיניות לאומית בתחום הביומטריה, מסמך המדיניות שגיבש פורסם להערות הציבור בחודש ינואר 2015.⁸ מסמך זה יכול לספק לעניין מערכות נוכחות עובדים, אך הוא לא יהיה בעל תוקף מחייב, ואם תתקבל החלטת ממשלה בעניין היא תחייב את המגזר הציבורי בלבד.

⁸ כפי הנראה, בחודש אוגוסט 2015 הועבר לראש הממשלה עדכון של מסמך המדיניות שזכר בטיעוני היועמ"ש, שכותרתו "מדיניות לאומית ליישומים ביומטריים בישראל", וזאת לאחר סיום ההיועצות עם הגורמים הרלוונטיים. ראו קישור למסמך באתר האינטרנט של הממונה על היישומים הביומטריים:

<http://bioapp.gov.il/policy/documents/policypaper2.7.pdf>



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

עם זאת, מטעים היועמ"ש, "בהיעדר רגולציה מחייבת לאופן השימוש ביישומים ביומטריים במגזר הפרטי" ולאור "פוטנציאל הפגיעה בפרטיות", השימוש במערכת נוכחות ביומטרית תצלח את המבחן החוקתי רק אם תעמוד במבחן המידתיות, היינו רק אם השימוש יעלה בקנה אחד עם הוראות הדין לעניין אבטחת המידע ועם כללים שייקבעו על ידי הגורמים המוסמכים לשימוש אחראי במידע. היועמ"ש מזכיר את ה"פיילוט" שנערך מכוח חוק זיהוי ביומטרי, ומדגיש שאיסוף הנתונים הביומטריים במסגרת ה"פיילוט" נעשה בכפוף להסכמת האזרח⁹. היועמ"ש מציין כי יתרון הזיהוי הביומטרי הוא במובהקות הזיהוי, דהיינו "זיהוי חד ערכי של אדם, הנשען על מידע ייחודי לאדם אשר אינו משתנה באופן קיצוני לאורך זמן ומהווה חלק ממנו". בכך ניתן למנוע דיווח נוכחות של עובד על ידי אחר. למידע הביומטרי יתרונות נוספים בהקשר של דיווחי נוכחות, והם העדר הצורך לזכור סיסמא, להנפיק תיעוד ולשאתו.

55. היועמ"ש מסביר כי לאור פערי הכוחות המובנים במערכת יחסי עבודה, יצר המחוקק איזונים שונים המגנים על העובד, וגם בפסיקה נקבעו נורמות שונות המחייבות את המעסיק בשקיפות, הגינות ותום לב והוחלו על יחסי עבודה נורמות שונות מהמשפט החוקתי והמינהלי. לשיטת היועמ"ש, כדי להכריע בשאלה אם השימוש במערכת נוכחות ביומטרית במקום העבודה, ובפרט כפיית השימוש בה, עולה בקנה אחד עם חובות ההגינות ותום הלב של המעסיק, יש לבחון את הפגיעה בזכות לפרטיות ובזכות לאוטונומיה "בהתאם למבחני המשפט החוקתי". היינו לאור פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

56. היועמ"ש עומד על הזכות החוקתית לפרטיות, שבמרכזה זכותו של אדם לשליטה ביחידה האוטונומית שלו ובמידע עליו, ומתמקד בזכות לפרטיות במקום העבודה, על יסוד הנפק בפרשת איסקוב. היועמ"ש מזכיר את אופיו הייחודי של המידע הביומטרי ומציין כי "מרגע שנחשף, או שנעשו בו שימושים אחרים שלא כדין – לא ניתן להשיב את הגלגל לאחור". נוכח אפיון זה, היועמ"ש סבור שעצם חיובו

⁹ כפי שנכתב בעמדת המדינה, החוק עצמו קובע חובה למסור מידע ביומטרי מסוים, אלא שסעיף 41 שבו קובע תחולה הדרגתית ותקופת מבחן שבמהלכה מסירת המידע כפופה להסכמה. במועד חתימת פסק דין זה אנו מצויים עדיין בתקופת המבחן. תקופת המבחן הוארכה מעת לעת בצווים שהוצאו על ידי שר הפנים, על פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 41(5) לחוק זיהוי ביומטרי. ההארכה האחרונה הייתה בחודש ינואר 2017 ועל פיה תקופת המבחן צפויה להסתיים ביום 28.2.17. ראו צו הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע (תקופת מבחן) (תיקון), התשע"ז-2017, ק"ת 7754 (1.1.2017), (31.3.2016), בעמ' 470 (להלן – הצו). בנוסף, כפי שנאמר בסעיף 36 לעיל, בסמוך לפני חתימת פסק דין זה, התקבל בכנסת התיקון לחוק זיהוי ביומטרי, שלפיו מסירת טביעת אצבע למאגר הביומטרי תעשה בהסכמה בלבד. על פי הוראת המעבר שנוספה לחוק במסגרת התיקון האמור (סעיף 21 לתיקון), הצו יוסיף לעמוד בתוקפו עד ל"יום התחילה" כהגדרתו של מונח זה בחוק.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

של עובד להוציא משליטתו מידע ביומטרי ולהעבירו למעסיק לשימוש במערכת זיהוי ביומטרית, פוגע בזכותו לפרטיות. הפגיעה נגרמת מעצם אובדן השליטה על נתון מזהה כה רב עוצמה, והיא אינה מתמצה בחשש משימוש לרעה בנתון זה. פגיעה נוספת ונפרדת בפרטיות נגרמת מחשש משימוש לרעה או שלא כדין בנתונים הביומטריים ומהסיכון שידלפו. בהמשך ישיר לכך מוסבר ש"השימוש באמצעים ביומטריים צובר תאוצה, אך סיכוניו והיכולת למזערם טרם הובררו כל צרכם", וככל שיתרחב השימוש כאמור, כן יגדל הסיכון שייעשה במידע שימוש לרעה, חרף אמצעי האבטחה הקיימים. לכן מידת הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מדליפת הנתונים היא "גדולה ביותר, עד כדי בלתי הפיכה".

57. לדעת היועמ"ש, גם הזכות לאוטונומיה נפגעת מכפיית שימוש בשעון נוכחות ביומטרי בעבודה, שכן זכותו של אדם "להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה", ומכאן נובעת גם חירותו מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו. היועמ"ש מציין כחלק מהזכות לאוטונומיה את הזכות של האדם ש"יעזבוהו לנפשו", ומפנה לפסק הדין בעניין דעקה¹⁰ שעניינו תורת ההסכמה מדעת בהקשר של טיפול רפואי, ולפסק הדין בעניין תנובה¹¹, שם חויבה תנובה לפצות צרכנים בגין החדרת סיליקון לחלב, משנקבע, בין היתר, כי שלילת האפשרות מהפרט להחליט אם להסכים להסתכן בצריכת משקה המכיל סיליקון פוגעת בזכותו לאוטונומיה.

58. עמדת היועמ"ש היא כי בהינתן שכפיית עובד למסור דגימה ביומטרית היא לתכלית בלעדית של רישום נוכחות בעבודה, אזי הפגיעה בשתי זכויות היסוד האמורות שכפייה זו מגלמת בתוכה – הן הזכות לפרטיות והן הזכות לאוטונומיה – אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. מכאן שמעסיק הכופה על עובדיו למסור דגימה ביומטרית לתכלית כאמור, אינו עומד בחובות תום הלב וההגינות המוטלות עליו.

59. לשיטת היועמ"ש, מעסיק רשאי לבחור את שעון הנוכחות שיותקן בעבודה, אך הפררוגטיבה הניהולית לא משתרעת על מערכת נוכחות ביומטרית, בשל מאפייניה הייחודיים. היועמ"ש מדגיש כי עמדתו זו מכוונת לנטילת מידע ביומטרי מעובדים "לתכלית בלעדית של רישום נוכחות במקום העבודה, ולא לתכליות ביטחוניות

¹⁰ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן – עניין דעקה).

¹¹ ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, (4.12.2011).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

או ייחודיות אחרות". לפיכך, התכלית בענייננו נוגעת בעיקר להגברת אמינות הרישום, לשם שמירה על דיווחי אמת, מינהל תקין וכספי ציבור, ולצדה הגברת יעילות השימוש ונוחות השימוש. אלו הן תכליות ראויות המתקיימות גם במגזר הפרטי, אלא שבעת הזו, נוכח עוצמת הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה (הנובעת מאופי המידע הביומטרי ומהסכנה שבדליפתו), "כפיית מסירת מידע [ביומטרי] אינה צולחת את מבחן המידתיות במובן הצר, שכן לא מתקיים יחס ראוי בין עוצמת הפגיעה לבין התועלת שברישום הנוכחות במקום העבודה, הטמונה בשימוש במערכת הביומטרית, כשלעצמה". מנגד, משלים היועמ"ש, "שימוש במערכת נוכחות ביומטרית, שמאפייניה עומדים במבחני המידתיות, לתכליות האמורות, הנעשית שלא בכפייה, לאחר שניתנה הסכמה מדעת לשימוש במערכת האמורה, מצד ארגון העובדים או מצד כל עובד בנפרד, יכול לאפשר שימוש במערכות אלה תוך פגיעה בפרטיות העומדת במבחן החוקתי לפגיעה בזכויות יסוד".

60. לגישת היועמ"ש, סעיפים רבים בחוק זיהוי ביומטרי ודברי ההסבר לחוק זה משקפים את עמדת המחוקק שלפיה באיסוף נתונים ביומטריים כרוכה פגיעה בפרטיות. אמנם יש להבחין בין מאגר המשמש כמערכת רישום נוכחות, דוגמת המערכת נושא פסק דינו, ובין המאגר הלאומי שבחוק זיהוי ביומטרי, אלא שניתן ללמוד מההסדרה שבחוק גם לענייננו-אנו.

61. היועמ"ש סבור שאם ניתנה הסכמת העובד או ארגון העובדים היציג לשימוש במערכת נוכחות ביומטרית, הדבר עשוי להיות אפשרי. על ההסכמה להיות "מרצון חופשי" ו"מדעת". הסכמה היא "מרצון חופשי" רק אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ועומדת במבחני המידתיות. הסכמה "מדעת" כוללת שני ראשים: האחד עניינו בחובת היידוע. על המעסיק ליידע את עובדיו בדבר מאפייני המערכת, משמעות התקנתה, הסיכונים הכרוכים בה, טיב שיטת אבטחת המידע ועוד. על המידע להיות מפורש, ספציפי ומקיף, ועליו להימסר בטרם הפעלת המערכת וכל עוד נעשה בה שימוש. השני, עניינו במבחני פסקת ההגבלה. יש לוודא שהמערכת הביומטרית תשרת תכלית ראויה ותבטיח שהפגיעה בפרטיות לא תעלה על הנדרש, לרבות בכל הנוגע לאבטחת המידע שבה.

62. היועמ"ש מוסיף שבמקום עבודה מאורגן, ובהתקיים התנאים העשויים לבסס הסכמה, אזי די בהסכמת נציגות העובדים כדי שהמעסיק יוכל להנהיג מערכת



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

נוכחות ביומטרית. עם זאת, נטען כי "יש דברים שארגון עובדים לא יכול להסכים להם", דוגמת עניינים המנוגדים לתקנת הציבור. בהקשר זה, עמדת היועמ"ש היא כי את סעיף 66.1 לחוקת העבודה אין לפרש ככולל רישום נוכחות ביומטרי, ובאין הסכמה קיבוצית, נדרשת הסכמה פרטנית של העובד. עוד נטען שהסכם קיבוצי לא חסין מהתערבות שיפוטית, ואם כרוכה בו פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות הנוגדת את תקנת הציבור, הוא עלול להיות בטל.

63. היועמ"ש מדגיש כי שאלת עמידתה של מערכת נוכחות ביומטרית במבחני המידתיות היא שתכריע בשאלה אם היא יכולה להוות בסיס להסכמה בין המעסיק ובין העובד או ארגון העובדים. בהקשר זה מפרט היועמ"ש שני סוגים של מערכות נוכחות ביומטריות, שניהם מצריכים הסכמה: מערכת המבוססת על מאגר ומערכת המבוססת על כרטיס. מהיבט הפגיעה בפרטיות, מערכת נוכחות ביומטרית המבוססת על כרטיס מסוכנת פחות מאשר מערכת מבוססת מאגר, כמו זו שבענייננו. כך עולה אף מדבריו בדיון בערעור של עו"ד ניר גרסון, היועץ המשפטי של הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע (להלן – רמו"ט). היועמ"ש מוסיף כי מפעיל של מערכת ביומטרית מבוססת מאגר, העולה כדי "מאגר מידע" כמשמעותו בחוק הגנת הפרטיות, חייב לנקוט אמצעים לאבטחת המידע וכן חייב לרשום אותה אצל רשם המאגרים, והעירייה לא ערכה רישום שכזה.

64. עמדת היועמ"ש היא כי מערכת נוכחות ביומטרית מבוססת כרטיס עומדת במבחן המידתיות על שלושת תתי-המבחנים שבו: הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, האמצעי הפוגעני פחות וצמידות המטרה. לעומת זאת, מערכת נוכחות ביומטרית מבוססת מאגר עומדת בשני תתי המבחנים הראשונים, אך בתת המבחן השלישי היא עומדת רק בהתקיים תנאים מסוימים המבטיחים ככל הניתן את אבטחת המידע. לעניין זה מפרטת המדינה תנאים שונים, כגון אי שמירת נתונים ביומטריים גולמיים אלא "תבניות" בלבד; הגנת גישה למאגר שבו נשמר המידע; מחיקת נתונים ביומטריים "היסטוריים" ועוד ועוד.

עמדת מרכז השלטון המקומי

65. המרכז טוען כי יש לאשר את פסק דינו של בית הדין האזורי, משלא נפל בו כל פגם, ודאי לא כזה המצדיק התערבות. לדברי המרכז, הקדמה היא חלק בלתי נפרד ממציאות חיינו היומיומית, והחידושים הטכנולוגיים הביאו לשינויים מרחיקי לכת בכל תחומי החיים, לרבות "בדרך שבה אנו עובדים והאופן בו אנו



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מדווחים על שעות עבודתנו", ו"לדיווחי נוכחות באמצעים 'ביומטריים'". המרכז מדגיש את הפסול שבדיווחי נוכחות כוזבים. לדידו, דיווח נוכחות כוזב שקול כנגד קבלת כספים במרמה וגניבת כסף מהמעסיק, וקיים אינטרס ציבורי שהדיווח של עובדים, במיוחד עובדי ציבור, על נוכחותם בעבודה יהיה מדויק. התכלית של דיווחי אמת, מטעים המרכז, יפה אף למגזר הפרטי, לאור זכות הקניין של המעסיק. המרכז סבור כי שעון נוכחות ביומטרי יכול להבטיח דיווחי אמת, ועמדתו היא ששימוש בכרטיס נוכחות שאינו ביומטרי הוא בבחינת פרצה הקוראת לגנב. גם תיקון 24 לחוק הגנת השכר, כך לשיטת המרכז, שם דגש על דיווח מדויק ומהימן של שעות הנוכחות, "ואין ספק שדיווח נוכחות באמצעות מערכת ביומטרית.... מהימן יותר מכרטיס הנוכחות". יתרון נוסף של מערכת נוכחות ביומטרית המבוססת על מאגר הוא ש"לא צריך לזכור להביא כרטיס".

66. ואמנם, מוסיף המרכז, מעסיקים רבים, לרבות ציבוריים, עברו לדיווחי נוכחות באמצעות שעונים ביומטריים, ובכמה מקרים חזרה בה ההסתדרות מהתנגדותה לכך ונמנעה מלפנות לבית הדין. הדבר מלמד שההסתדרות לא ראתה בכך פגיעה בעובדים והוא משליך על פרשנות החוקה, בהיבט של "איך הצדדים נוהגים לפיו". עוד נטען כי המעבר לדיווח נוכחות ביומטרי לא מהווה שינוי מהותי בתנאי ההעסקה וכי לאור טיבם המיוחד של חוזי העבודה והפרוגטיבה הניהולית ניתן לראות את העובד כמסכים לשינויים שונים המתבצעים במקום העבודה והנדרשים לתפעולו השוטף והיומיומי של העסק, לרבות עדכון שיטת הדיווח על שעות העבודה. עוד טוען המרכז כי המעסיק הוא המנהל את עסקו, ואין זה ראוי שבית המשפט יקבע מה מתחייב ומה אינו מתחייב מאופי התפקיד או ממהותו. לדבריו, בסעיף 67 לחוקת העבודה נקבע שוועד העובדים אינו רשאי להתערב בעניינים אדמיניסטרטיביים, ובסעיף 66.1 לחוקה נקבע שסוג השעון ייקבע על ידי ההנהלה. המרכז סבור שההסתדרות אינה יכולה להתנער מכך, והלכה היא שבתי הדין לא מתערבים בתוכנו של הסכם קיבוצי. לטענת המרכז, כשערכו נוסחים משולבים של החוקה שנים רבות לאחר שנחתמה, יכולים היו לשנות את סעיף 66.1, והעובדה שלא כך נעשה אומרת דרשני וסותרת את הטענה שהסעיף ארכאי.

67. עוד טוען המרכז כי חלק מכרטיסי הנוכחות ה"רגילים" כוללים תמונה של פני העובד, שהם פרט פיזיולוגי שלו, ולכן אין ממש בטענת ההסתדרות שלפיה כרטיס נוכחות "רגיל" אינו מצריך מסירת פרטים אישיים ופיזיולוגיים. המרכז מוסיף



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שהעובד מוסר למעסיק מידע אישי נרחב כגון תאריך לידה ומצב משפחתי, וגם את טביעת האצבע החלקית הנדרשת לשימוש בשעון הנוכחות הביומטרי יש לראות כחלק מהמידע שראוי שהעובד ימסור למעסיקו, מבלי שהדבר ייראה כפגיעה בפרטיות. עוד נטען בהקשר זה כי בשם הביטחון אנשים מסכימים לבדיקת התיקים שלהם במקומות ציבוריים, אף שיש בכך פגיעה בפרטיות.

68. לטענת המרכז, בית הדין האזורי קבע ש"לא מדובר בנטילה של טביעת אצבע", וזו קביעה עובדתית, שאין ערכאת הערעור נוטה להתערב בה. המרכז מציין כי לפי אישור היצרן, בשעון הנוכחות שהתקינה העירייה נעשה שימוש חלקי בלבד בטביעת האצבע וכי יש "להבדיל בין מאגר שהוא מאגר ביומטרי", כמו המאגר הלאומי, "לבין משהו שהוא פחות מעשירית מטביעת האצבע שלי". המרכז מוסיף שהיועמ"ש לא מתייחס לכך בעמדתו, ולא הוכח ששעון הנוכחות שהתקינה העירייה אינו עומד בתנאים שמנה היועמ"ש, העשויים להכשיר את השימוש בו.

69. טענות נוספות בפי המרכז: הטענה שלפיה מעסיק אינו רשאי להציב מצלמות במרחב הציבורי של מקום העבודה, אינה נכונה ואינה רלוונטית; התקנת שעון נוכחות ביומטרי אינה מהווה מדרון חלקלק; דיווח נוכחות ביומטרי אינו מנוגד לחוק יסוד כבוד האדם, משלא כרוכה בו פגיעה בפרטיות ומשאינו בגדר "חיפוש ברשות היחיד"; לא מדובר במאגר מידע ממשלתי ועל כן אין מקום לטענות לעניין זה, ואף אילו היה מדובר במאגר מידע, הרי שהוא אינו דומה לדוגמאות שמביאה ההסתדרות; די באישור היצרן שנמצא ברשות המעסיק כדי לעמוד בנטל ההוכחה לעניין תקינות המערכת הביומטרית; לא ידוע אם לשעון הנוכחות נושא הערעור יש אישור של מכון התקנים, אך לא הועלתה כל טענה לעניין זה.

עמדת העמותות – "קו לעובד" ו"האגודה לזכויות האזרח בישראל"

70. בתמצית, העמותות סבורות כי אין לכפות על עובדים מסירת טביעות אצבע לשם שימוש בשעון נוכחות ביומטרי. לשיטתן, אם בכל זאת יתיר זאת בית הדין, יש לצמצם את השימוש למערכת נוכחות המבוססת על כרטיס ולא על מאגר. לעמדתן, רק אם ישנה "ודאות שהעובד מסכים מרצון ויש תו תקן והמאגר נרשם", ובכפוף לתנאים שפירט היועמ"ש, ניתן לאשר שימוש בשעון נוכחות ביומטרי. ברוב המקרים קשה יהיה לשכנע "שההסכמה היתה מדעת ומרצון", ולכן רצוי להוציא את "האופציה הביומטרית ממקום העבודה".



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

71. ובהרחבה. העמותות סבורות כי בהתנהלותה החליטה העירייה **"להשתמש בגוף האנושי כאמצעי לרישום נוכחות בעבודה"**, וכדי **"לשכנע"** את העובדים ליתן טביעת אצבע הלינה את שכרם. לטענתן, השלכות פסק דינו של בית הדין האזורי **"צפויות להיות נרחבות ועגומות"**, והתוצאה הישירה ממנו היא שימוש בנתונים ביומטריים של עובדים, על הפגיעה בפרטיות, באוטונומיה על הגוף ובכבוד האדם הכרוכה בכך. לדידן, פסק הדין מושא הערעור **"הוא חסר תקדים במובן זה שהוא מתיר למעסיק, בלא הנד עפעף, לחצות את קו הגבול שקיים בינו לבין גוף העובדת"**. העמותות סבורות כי פסק דינו של בית הדין האזורי מנוגד להלכת **איסקוב ותורם** בכך **"לשחיקה של מקור נורמטיבי מרכזי להגנה על הפרטיות במקום העבודה"**. בנוסף, הוא עלול להתפרש כמכשיר ומעודד פרקטיקות פסולות של הפעלת טכנולוגיות מעקב על ידי מעסיקים כלפי עובדים וכפיתן, בניגוד לדין, בעיקר נוכח הקביעה שפוטרת את המעסיק מחובת ההיוועצות.
72. העמותות מדגישות כי פגיעה בזכות יסוד אינה מתבטלת גם לנוכח קיומם של שיקולים כבדי משקל המצדיקים אותה, אלא לכל היותר עשויה להוביל לקביעה כי מדובר בפגיעה העומדת בדרישות הדין. בית הדין האזורי, לעומת זאת, **"לרגע אחד העניק... את הזכות לפרטיות ובמשנהו הוא ביטל אותה"**, ולא קיים דיון משמעותי בזכות לפרטיות, בטיב הפגיעה בה, בפעולה של נטילת טביעת האצבע או בשימוש השגרתי בנתוני גוף של עובד.
73. מטבע הדברים, מייחדות העמותות חלק ניכר מטענותיהן לזכות לפרטיות ולזכות לאוטונומיה – אוטונומיה על הגוף ואוטונומיה בהחלטות. לשיטתן, **"כל נטילה של אמצעי זיהוי ביומטריים כרוכה בפגיעה בזכות האדם לאוטונומיה גופנית"**. לטענת העמותות, ככל שנפוץ השימוש בזיהוי ביומטרי, כך הולכת ומצטמצמת זהות האדם לאוסף של נתונים ביומטריים, ומתעורר חשש לתפיסתו כאובייקט ולא כתכלית עצמאית, ו**"במיוחד במקום העבודה עלינו להיות ערים לחציית הגבול שכרוכה במעבר לשימוש בגוף העובדת כמסמן וכאמצעי"**. העמותות סבורות שנתונים ביומטריים הם **"ענייניו הפרטיים של אדם, מן המעלה הראשונה ברגישותם ובמידת הפלישה לצנעת הפרט"**, ולכן כשנוטלים טביעת אצבע **"מרגישים אנשים רבים כאילו ניטל משהו מהם, או במילים אחרות,**



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שפרטיותם נפגעת¹². בכך שונה טביעת אצבע מפרטים אישיים אחרים דוגמת כתובת ומספר טלפון. עוד נטען כי **"נטילת טביעה של כל חלק מהגוף"** היא **"חיפוש"** כהגדרתו בחוק החיפוש.

74. העמותות סבורות כי הן נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים והן אגירתם מהוות פגיעה בזכות לפרטיות שניתן להכשירה רק בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה. לדידן, הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה נובעת לא רק מפוטנציאל הנזק הקיים באגירת הנתונים הביומטריים, אלא מעצם נטילתם והעברת השליטה בהם לאחר.

75. העמותות טוענות שפגיעה בפרטיות עשויה להתאיים על ידי הסכמה של העובד, ועל כן יש לדקדק עד מאד בעניין זה. בין היתר נטען כי אין לראות ב"הסכמת" עובד לוותר על פרטיותו משום הסכמה, אלא במקרים נדירים. בנוסף, במקרים רבים סבורים עובדים שנגרמה להם פגיעה, אך כוחם לא עומד להם על מנת לפעול נגד המעסיק, נוכח **"מכבש הלחצים והאילוצים שמוחץ"** את התנגדותם. בית הדין האזורי שגה, כך סבורות העמותות, בקבעו שהפגיעה בפרטיות של עובדות החינוך היא סובייקטיבית בלבד. העמותות מצביעות על כך שרוב עובדות החינוך דן הן נשים וכן על פערים מגדריים לעניין זה, ומדגישות כי גם אם **"רוב האנשים"** לא היו מרגישים פגיעה במצב דומה, אין בכך כדי לאיים את הפגיעה.

76. העמותות מתנגדות לקביעות בית הדין קמא שלפיהן אין פגיעה בפרטיות ולפיכך לא נדרשת הסכמה, ושם נגרמה פגיעה, הרי שבסעיף 66.1 לחוקת העבודה יש הסכמה לה. העמותות מדגישות כי יש גבול ברור בין הפרוגטיבה הניהולית וסוג שעון הנוכחות ובין גוף העובד, ואין לראות בהותרת סוג השעון לקביעת ההנהלה כהסכמה מכלל לא להנהגת שעון נוכחות ביומטרי. וממילא, על מנת להכשיר פגיעה בזכות לפרטיות, יש לעמוד במספר תנאים, כפי שנקבעו בעניין **איסקוב**, שלא התקיימו בענייננו. עוד מפנות העמותות לפסק הדין בעניין **דיין**¹³, שבו נקבע כי אין להניח שמעסיק יוכל להסתמך על ויתור מרצון של עובד כהצדקה לפגיעה בפרטיותו. בנוסף, המבקש לפגוע בזכות יסוד חוקתית, עליו נטל ההוכחה להצדקת הפגיעה, ואם מדובר במעסיק, יהא עליו להוכיח קיומה של הסכמה תקפה לפגיעה או שיהא עליו להראות כי הפגיעה מידתית. אשר לשאלה אם ניתן

¹² דברים אלה של העמותות מצוטטים מתוך מכתב ששלח פרופ' מיכאל בירנהק למשרד הפנים ביום 23.5.04, לעניין תזכיר החוק לתיקון חוק הכניסה לישראל.

¹³ ע"א 8189/11 דיין נ' **מפעל הפיס** (21.2.2013). נמחקה עתירה לקיום דיון נוסף. ראו דנ"א 1840/13 דיין נ' **מפעל הפיס**, (22.12.2013).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

להסתפק בהסכמה מכללא, נטען כי השאלה הוכרעה בשלילה בעניין איסקוב. לטענת העמותות, בהקשר של נטילת טביעת אצבע, ניתן לראות בשיתוף הפעולה של העובד לכל היותר הסכמה לעצם הנטילה, אלא שההסכמה נדרשת גם לכל שימוש שיעשה במידע. לטענתן, הסכמה מדעת דורשת גילוי מלא ושקיפות, ולצדה יש להוכיח שההסכמה ניתנה מרצון חופשי.

77. אשר להסכמה קיבוצית – העמותות סבורות ש"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 של העובדת מדעת ומרצון חופשי". לחלופין, הסכמה קיבוצית לפגיעה בזכות יסוד "היא חשודה ומפוקפקת מטבעה", וככל שהפגיעה חמורה יותר כן תגבר הנטייה שלא להכיר בתוקפה של הסכמה קיבוצית לפגיעה זו. עוד נטען בהקשר זה שאין להקיש לענייננו מההסכם הקיבוצי שנחתם בעניין איסקוב, משנקבעו בו נסיבות שבהן יחויב מעסיק לבקש הסכמה פרטנית מהעובד, ומשלמעשה התערב בית הדין הארצי בתוכן ההסכם, כך שהוא אינו יכול לשמש עוד בסיס לחדירת מעסיק לתיבת דוא"ל פרטית.

78. העמותות מציינות כי בהעדר הסכמה של עובד לפגיעה בפרטיות, עשוי מעסיק להצביע על "ענין אישי כשר" כהגדרתו בסעיף 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות, או על "מקבילתו החוקתית – התכלית הראויה", שיכשירו את הפגיעה ובשתי הדרכים יש להוכיח תכלית ראויה ומידתיות. לדידן, הפגיעות הכרוכות במערכת נוכחות ביומטרית אינן מידתיות. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי ניתן להערים גם על שעון נוכחות ביומטרי וכי התועלת השולית שבו לאמינות הדיווח אינה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות העובדים.

79. העמותות סבורות שיש פגיעות חמורות בפרטיות ובאוטונומיה שהסכמה אינה יכולה להכשירן. על כן אין לקבל את עמדת היועמ"ש, המתירה שימוש במערכת נוכחות ביומטרית מבוססת כרטיס בהתקיים תנאים מחמירים של אבטחת מידע, אף בהעדר הסכמה. לשיטת העמותות, יש לבחון את התנאים המינימליים לחוקיות השימוש בכל אחד מסוגי המערכות (בעיקר שאלת המידתיות), רק בהינתן הסכמת העובד ובנוסף עליה, ואין להתיר שימוש במערכת ביומטרית מבוססת מאגר, ודאי לא כאשר התכליות שבבסיסו (נוסף על אמינות הדיווח) הן נוחות השימוש וחיסכון בעלויות.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

80. העמותות מציינות כי בית הדין האזורי הפנה למשפט משווה אמריקאי, אף שהמשפט הישראלי בחר בגישה האירופאית, המרחיבה את ההכרה בזכות העובד לפרטיות במקום העבודה. לדבריהן, הנחיות באיחוד האירופי מתירות שימוש באמצעים ביומטריים רק כשלמעסיק אין אפשרות להשתמש באמצעים פוגעניים פחות. העמותות מפנות להחלטות מאיטליה, אנגליה ופולין, האוסרות שימוש בשעון נוכחות ביומטרי. מכל מקום, משלימות העמותות, כלל אין צורך להידרש למשפט משווה, משחובות המעסיק בהקשרים הרלוונטיים לענייננו מצויות כולן בדין הישראלי, ובעיקר בהלכת **איסקוב**, שיש לרענן את עיקריה, במיוחד על רקע החידושים הטכנולוגיים.

81. לטענת העמותות, לא היה מקום שבית הדין האזורי יקבע ממצאים באשר לטיב שעון הנוכחות הביומטרי שהתקינה העירייה בהסתמך על הוראות היצרן בלבד. עמדתן היא כי ניתן היה לעשות כן רק על יסוד **"ראיות קבילות ובנות סמכה, כמו למשל חוות דעת של מומחה בלתי תלוי או תו תקן של מוסד תקינה מוכר"**. כמו כן על מעסיק להתנהל בשקיפות בבואו לדרוש מעובדיו למסור טביעות אצבעות; עליו לשתפם בהחלטה להתקין שעון נוכחות ביומטרי ולתת הסברים שונים. העמותות מזכירות בהקשר זה שבעניין דנן הציגה העירייה את אישור היצרן רק במסגרת ההליך המשפטי, לאחר התקנת השעון. לשיטתן, קביעת בית הדין האזורי שלפיה המעסיק אינו חייב להתייעץ בסוגיה זו עם העובדים מעוררת חשש גדול. מכל מקום, אף אילו היתה העירייה מציגה את אישור היצרן מבעוד מועד, לא היה די בכך, משום שעל המעסיק לנקוט צעדים נוספים, דוגמת קביעת מדיניות הפרטיות בארגון באשר לאיסוף, שימוש, אגירה ואבטחה של טביעות האצבע, חלוקת מסמך מדיניות זה לעובדים וכיו"ב, כפי שנקבע בהלכת **איסקוב**. לשיטתן, **"במקרה שאדם מתבקש למסור מידע אישי, יש לשמר את שליטתו היחסית במידע באמצעות הודעה מפורטת על המטרה של איסוף המידע, על השימוש שייעשה בו, כיצד יישמר המידע ולמי הוא יימסר"**. הודעה מסוג זה היא תנאי להסכמה.

עמדת לשכת התיאום

82. לשכת התיאום תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית הדין האזורי. לדבריה, **"יש לאפשר למעסיקים במדינת ישראל לעשות שימוש מושכל בהחתמה ביומטרית ככלי ניהולי לצורכי ניהול נוכחות העובדים בחצרם, שעל בסיס זה משולם**



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שכרם". לדידה, מדובר בעניין המצוי בלב הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק שעל יסודו משולם שכר העובדים, ובכלי לגיטימי לביצוע רישומי נוכחות, שיש להגבילו באלה: א. אי אגירת צילומי טביעות האצבע אלא תרגומן לערך מספרי שרק הוא יישמר במערכת; ב. מסירת מידע לעובד בדבר אופן פעולת המערכת והשימושים שייעשו בה, כסעיף בחוזה עבודה אישי, בתקנון החל במקום העבודה או בהסכם קיבוצי, אם קיים כזה. לשכת התיאום סבורה כי בכפוף למגבלות אלה, שימוש בשעוני נוכחות ביומטריים מקיים את ארבעת העקרונות שנקבעו בהלכת **איסקוב**: עקרון הלגיטימיות, עקרון המידתיות, עקרון צמידות המטרה ועקרון השקיפות, ויש בו כדי למנוע זיוף רישומי נוכחות ולהעלות את פריון העבודה. החתמה ביומטריה מגשימה את המטרה של מניעת דיווחי נוכחות כוזבים משום שהיא אמינה ומדויקת יותר מאמצעי הרישום המכאניים, הדיגיטליים והאלקטרוניים הקבועים בסעיף 25 לחוק שעות עבודה ומנוחה. החתמה ביומטריה עונה על צרכים נוספים – ביטחוניים ובטיחותיים.

83. לשכת התיאום סבורה שקבלת עמדת ההסתדרות תפגע אנושות, על יסוד טענה לא מוכחת לפגיעה בפרטיות, בחופש העיסוק של החברות שמספקות שירותי החתמה ביומטריים. לעניין זה נטען, בין היתר, כי שעון נוכחות ביומטרי לא אוסף את טביעות האצבע של העובדים, **"אלא שומר יצוג מתמטי של נתונים"**, וכי **"שעוני נוכחות ביומטריים בשוק תוכנו כך, שלא ניתן להשתמש בטביעת האצבע ולשכפל אותה"**, ולפיכך אין כל יסוד לטענות בדבר פגיעה בפרטיות ובכבוד האדם. לשכת התיאום מפנה לחוות דעת של חברה העוסקת ברישומי נוכחות של עובדים, שממנה עולה, לטענתה, כי **"אין כל משמעות למאגר כזה, ואין אפשרות לעשות בו שימושים אחרים מעבר לשימוש לו נועד"**. לשכת התיאום סבורה ש**"מדובר בניסיון למנוע רישומי נוכחות מדויקים, וכן בניסיון להנציח מצב קיים ולעצום עיניים מול ההתקדמות הטכנולוגית"**.

84. לשכת התיאום מציינת שאינה מכירה **"תקן או הנחיה תקנה או חוק שאומר שאסור להשתמש במערכות שעון ביומטרי חכם כזה או אחר"**, אך מוסיפה שהנושא כולו מצוי בחיתוליו. עוד טוענת כי **"אנחנו לא באמת יודעים איך נראה הדבר הזה ואיך הוא באמת עובד"**, ומציעה לקיים **"תצוגת תכלית"** לבית הדין. הלשכה מציעה, מבלי לשלול את עמדתה העקרונית, לאפשר הידברות בנושא בינה ובין ההסתדרות, בחסות בית הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

דיון והכרעה

הערות פתיחה

85. העניין שלפנינו מעורר שאלות מורכבות מבחינת האיזון הראוי בין זכויות יסוד חוקתיות: מחד גיסא, זכות הקניין של המעסיק וזכותו לפעול לשמירת קניינו במסגרת הפררוגטיבה הניהולית הנתונה לו, כמו גם זכותו לנהל את עסקו כראות עיניו; ומאידך גיסא, זכותו של העובד לכבוד, לפרטיות ולאוטונומיה על גופו. יצוין כי במקרה זה, לצד זכות הקניין של העירייה – בין באופן ישיר ובין כשלוחה של הציבור ולצד הפררוגטיבה הניהולית שלה ניצבת גם חובתה, כמעסיקה ציבורית, להקפיד על כך שכספי הציבור ינוצלו כדין. שאלות נוספות מתעוררות בנוגע למותר ולאסור במערכת יחסי עבודה.

בהיבט אחר עוסק העניין שלפנינו בקשר שבין משפט וקדמה. בפרט במצב שבו פיתוחים טכנולוגיים מאומצים על ידי גורמים שונים ה"קובעים עובדות בשטח", בשעה שהמשפט (חקיקה ופסיקה) טרם הסדיר את אופן השימוש בהם, דוגמה לכך "שהמשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות שהיא מציבה, רודף ואינו משיג"¹⁴. מבחינה זו, ובשל מאפייניהם הייחודיים של אמצעי זיהוי ביומטריים – זיהוי חד ערכי של אדם הנשען על מידע הייחודי לו, ובמיוחד בשל החשש לנזק משמעותי עד כדי בלתי הפיך העשוי להיגרם לעובד שמסר פרטי זיהוי ביומטריים, כתוצאה מדליפת הנתונים או משימוש בהם לרעה, ומשטרם הובררו עד תום הסיכונים הנובעים משימוש באמצעי זיהוי ביומטריים והאפשרויות לצמצם סיכונים אלה – לא תהיה זו הפרזה לומר, והדבר עולה אף מהאמור בבג"ץ נהון ובטיעוני כמה מהצדדים לפנינו, כי מדובר בנושא שעדיין רב בו הנסתר על הגלוי, המצריך, נוכח הנזקים הפוטנציאליים הגלומים בו, בחינה מעמיקה וזהירה של השלכותיו השונות.

86. לאור מורכבות העניין והחשיבות שבבחינתו לכל רוחבה, אורכה ועומקה של היריעה, ועל רקע השימוש ההולך וגובר באמצעי זיהוי ביומטריים במסגרת העבודה, הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי (כמו גם בחינת אפשרויות לשימוש שכזה), ולא רק לשם שמירה על אמינות דיווחי הנוכחות, נקדים ונציין כי לטעמנו מן הראוי הוא שהמחוקק ייתן דעתו להסדרתו הכוללת בחקיקה ראשית או

14 בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, בסעיף י"ד לעמדת המשנה לנשיאה, השופט אליקים רובינשטיין, (12.112015) (להלן – עניין חשבים).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מכוחה, הן לגבי המגזר הציבורי והן לגבי המגזר הפרטי, וזאת לאחר קיום התייעצויות עם הגורמים הרלוונטיים כמקובל וכפי שימצא לנכון. יפים בהקשר זה דברי הנשיא (בדימוס) א' גרוניס בעניין כהן¹⁵, שם נדונה שאלת סיווג הכנסת מלצרים מתשר:

"להשקפתי דווקא נוכח ההשלכות רחבות ההיקף שעשויות להיות לשינוי ההלכה לעניין אופן רישום דמי התשר ודרך סיווגם כהכנסה, אין ליצור הסדר משפטי חדש בנוגע למעמדם של דמי התשר בדרך של 'חקיקה שיפוטית'..... זאת, משום שאין מדובר עוד בשאלה משפטית קונקרטית, שבה נדרש בית המשפט להכריע על בסיס מומחיותו המשפטית והמקצועית..... שינוי ההלכה המבוקש על ידי היועץ המשפטי לממשלה מעורר שאלות שונות..... מבחינה מוסדית שאלות מעין אלה מתאימות יותר להסדרה על ידי המחוקק מאשר לבירור שיפוטי ולהכרעה בדרך של 'חקיקה שיפוטית'."

ובהמשך¹⁶ –

"אכן, נוכח מורכבות ומגוון השאלות העומדות על הפרק יש לרשות המחוקקת עדיפות משמעותית על פני בית משפט זה ביכולת להגיע להסדר כולל ומאוזן, שבגדרו יילקחו בחשבון מכלול השיקולים העקרוניים והמעשיים הרלוונטיים לנושא הסדרת מעמדם של דמי התשר. ניתן אף להניח במידה רבה של ודאות כי במסגרת הליך חקיקה מעין זה תינתן אפשרות לקבוצות השונות שעשויות להיות מושפעות מהחקיקה ולגורמים המקצועיים הנוגעים בדבר להביע את עמדותיהם בנוגע להסדרים המוצעים. יפים לעניין זה דבריו הבאים של פרופ' א' ברק, שעמד על סוגי השיקולים שמבחינה מוסדית רצוי (או בלתי רצוי) שביית המשפט יידרש אליהם בהכרעתו השיפוטית:

'שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה'..."

דברים אלה מקבלים משנה תוקף בענייננו, שבו שדה הביומטריה מביא לתלמים החרושים של משפט העבודה נטיעות חדשות, שטיבן לא ידוע עד תום ושהיקף השפעתן עלום יותר מאשר צפוי. נעיר בהקשר זה שמדברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות עולה שהמטרה שעמדה לנגד עיניהם של מנסחיו, בהתבסס על המלצות

¹⁵ דג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, בסעיף 19 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) א' גרוניס (14.4.2013), (להלן – עניין כהן). וראו בהקשר זה דבריו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, בסעיף נ"ט לחוות דעתו וההפניות שם (18.9.2014).

¹⁶ עניין כהן, בסעיף 19 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) א' גרוניס. באותו עניין ראו גם דברי השופט ס' גיבוראן, בסעיף 11 לחוות דעתו. יצוין שהעניין שלפנינו אינו ממין אותם העניינים, שבהם כדברי הש' גיבוראן, הוסיף המחוקק לשתוק חרף קריאות בית המשפט להסדרה ובשל שתיקתו אל לו לבית המשפט להימנע מלדון בהם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

הוועדה שהוקמה בעניין, היא "מציאת האיזון המתאים בין הזכות לפרטיות לבין הזכות של אמצעי התקשורת לאסוף ולפרסם ידיעות, וההכרח לנקיטת פעולות מסויימות בידי זרועות השלטון"¹⁷. כלומר, נראה שהפגיעה הפוטנציאלית העיקרית בזכות לפרטיות שראו מנסחי החוק לנגד עיניהם היא מצד אמצעי התקשורת ורשויות השלטון. ייתכן שעל רקע זה, המענה שניתן לפגיעות פוטנציאליות בפרטיות מצד גורמים אחרים, דוגמת מעסיקים, במסגרת חוק הגנת הפרטיות, הוא מענה חלקי בלבד ואולי הגיעה השעה להשלימו.

87. על רקע דברים אלה, ומשאין זו חובתו של בית הדין להידרש לטענות שאינן נחוצות לו לשם הכרעה במקרה קונקרטי המונח לפניו¹⁸, ודאי אם לא מצויים בידיו די נתונים על מנת להכריע בהן – הרי שאין בדעתנו להידרש במסגרת פסק דין זה לכל אחת ואחת מטענות הצדדים על כל פרטיה ודקדוקיה, ולא נתיימר ליתן מענה סדור וכוללני ביחס לכל אחד ואחד מהעניינים השנויים במחלוקת כפי שפורטו לעיל בטענות הצדדים. טענות אלה הובאו לעיל בהרחבה יחסית אך ורק על מנת להמחיש את היקפן ואת עומקן של הסוגיות שהדיון שלפנינו מעורר, ויש להניח כי אלה תבואנה על בירורן והכרעתן בבוא העת.

88. שתי הערות כלליות נוספות לפני שנפנה לגופם של דברים :

א. מטיבו של העניין הוא שהכרעתנו יפה לשעה זו, על ההסדרים המשפטיים העומדים בתוקפם עתה ועל השלב הטכנולוגי שבו מצוי עולמנו כיום. יש להניח שכפי ההתפתחויות שתבואנה בעתיד במישורים אלה, כך יידרש וייווצר פיתוח של הפסיקה בנושא שלפנינו כמו גם בנושאים המשיקים לו.

ב. בהליך זה נעסוק בשאלת השימוש בנתונים ביומטריים לצורך רישום נוכחות בלבד, ולא נבחן שימוש כאמור לצרכים אחרים. היה והעניין יתעורר בהקשר אחר, יהיה מקום לבחון את ההסדר המשפטי בשים לב לצורך האחר.

תמצית פסק הדין ודרך הילוכו

89. אחר שאמרנו כל זאת, נקדים אחרית לראשית ונציין כי החלטנו לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית הדין האזורי. בתמצית, טביעת אצבע היא מידע

¹⁷ דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, ה"ח תש"ס 1453 (להלן – דברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות), בעמ' 206 (הדגשה הוספה – א.א.).

¹⁸ ראו למשל סעיפים 13-17 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן בעניין כהן ; סעיף 6 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בע"מ 2141/09 הוועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, (17.11.2010).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

פרטי-אישי של אדם, ומסירתה לאחר פוגעת, כבר בעצם המסירה, בפרטיות ובאוטונומיה של המוסר. פגיעה נוספת ונפרדת בפרטיות ובאוטונומיה נגרמת כתוצאה מהסיכון הכבד לשימוש לרעה בטביעת האצבע או לשימוש בה שלא למטרה שלשמה נמסרה. ברם, גם זכויות יסוד רמות מעלה אינן זכויות מוחלטות וניתן להגבילן בחוק או מכוחו¹⁹ וכן – בהקשר של הזכות לפרטיות ובתלות בעניין, בהסכמה פרטנית שאינה מנוגדת לתקנת הציבור²⁰, ואיננו מכריעים בשאלה אם ניתן להגבילה במסגרת הסכמה קיבוצית. בענייננו אין בנמצא הוראה בחוק המתירה למעסיק לדרוש מעובדו טביעת אצבע לשם שימוש במערכת נוכחות ביומטרית. כמו כן, לא ניתנה הסכמתן הפרטנית של עובדות החינוך למסירת טביעות האצבע – לא הסכמה "מדעת" (משלא הוצגו להן מבעוד מועד הפרטים הרלוונטיים באשר לטיב השעון הביומטרי, ומשהעירייה לא עמדה בתנאים שנקבעו בפרשת **איסקוב**, כגון קביעת מדיניות בנושא וכיו"ב), ולא הסכמה "מרצון חופשי" (שעה שהעירייה איימה באי תשלום שכר לעובדות שלא ימסרו טביעות אצבעותיהן, ואף מימשה איום זה). גם הסכמה קיבוצית – אם היא בכלל אפשרית – אין בנמצא, וזאת משאין לראות בסעיף 66.1 לחוקת העבודה הסכמה לקביעת שעון נוכחות המבוסס על נתונים ביומטריים. מעבר לשימוש בשעון נוכחות ביומטרי מהווה שינוי מהותי בתנאי ההעסקה המצריך היוועצות בנציגות העובדים, וכזו לא היתה במקרה דנן.

לאור כל אלה יש לקבוע כי העירייה לא היתה רשאית לחייב את עובדות החינוך למסור טביעות אצבעותיהן לשם שימוש בשעון הביומטרי, ולא היתה רשאית להפעיל נגד המסרבות למסור את טביעת האצבע כל סנקציה שהיא. **כפיית עובדות החינוך על ידי העירייה למסור טביעת אצבע לשם שימוש בשעון הביומטרי, תוך איום (ומימוש) לשלול את שכרן אם לא יעשו כן, מגלמת בתוכה פגיעה שלא כדין בזכותן לפרטיות ובזכותן לאוטונומיה על גופן, ומהווה הפרה מצד העירייה של חובות תום הלב וההגינות המוגברות המוטלות עליה כמעסיקה. כפועל יוצא מכך יש לקבוע כי דרישת העירייה מעובדות החינוך למסור טביעות אצבע לשם שימוש בשעון הביומטרי מבוטלת וכי על העירייה**

¹⁹ מטעמי נוחות נתייחס להלן לשתי האפשרויות הללו; בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו – במילה "בחוק" בלבד.

²⁰ במילים "שאינה מנוגדת לתקנת הציבור" כוונתנו היא להסכמה העומדת במבחני הדין, היינו הסכמה מדעת ומרצון חופשי, העומדת במבחני תום הלב ובמבחני סעיף 30 לחוק החוזים, כמפורט להלן. מטעמי נוחות נכנה הסכמה שכזו גם במילים "הסכמה כדין".



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

להפסיק את השימוש בשעון הביומטרי. נדגיש כי סעד אופרטיבי אחר בקשר להפרת חוזה העבודה מצד העירייה לא התבקש.

יודגש כי אין משמעות הדברים ששימוש בשעון נוכחות ביומטרי או באמצעים ביומטריים אחרים במסגרת העבודה יהא אסור לעולם. אלא שעל מנת להכשיר שימוש שכזה, יש לבחון באופן קפדני קיומם של תנאים מסוימים, כפי שיפורט בהמשך.

עוד נציין כבר עתה, שאף אילו היתה בנמצא הוראת חוק מפורשת המתירה שימוש בנתונים ביומטריים במסגרת העבודה, הרי שהיה מקום לבחון אותה בראי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם. ואילו היתה נמצאת הוראה כאמור בהסכמה פרטנית, היה מקום לבחון אותה, בין היתר, במבחני תום הלב והמידתיות וכן בראי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן – **חוק החוזים**), הקובע כי "**חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או שותרים את תקנת הציבור – בטל**". במצב שבו היתה ההוראה עוברת את המשוכה של סעיף 30 לחוק החוזים – היה עובר עיקר המשקל לשאלת האמצעים שרשאי מעסיק לנקוט כלפי עובד שיסרב למלא אחר ההוראה. שאלה זו היתה נבחנת תוך שימוש במבחני תום הלב, הסבירות והמידתיות. אם ההוראה היתה מצויה בהסכם קיבוצי, היה מקום לבחון, בנוסף, אם היא באה בגדרו של סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 (להלן – **חוק הסכמים קיבוציים**), וזאת בכפוף לאמור בהמשך הדברים, באשר לאפשרות להגביל בהסכמה קיבוצית את הזכות לפרטיות.

90. וזו תהא דרך הילוכנו: נפתח בהסבר קצר על מהותו של המידע הביומטרי, וטביעת אצבע בכלל זה. לאחר מכן נבחן אם טביעת אצבע מהווה מידע פרטי. בהמשך נתמקד בהרחבה יחסית בזכות העובד לפרטיות ובזכותו לאוטונומיה על גופו²¹ – זכויות הקשורות באופן הדוק הן זו לזו והן לזכות האדם לכבוד, החלות גם במקום העבודה, ונעמוד על הפגיעה בזכויות אלה הנגרמת ממסירת טביעת אצבע למעסיק ומאגירתה. מאחר שניתן להסכים לפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה, נדון ביסודותיה של הסכמה שכזו וכן בשאלה אם ניתן לראות בהסכמה קיבוצית לפגיעה בזכויות מסוימות אלה, על טיבן וטבען, משום הסכמה המכשירה את

²¹ בזכות לאוטונומיה על הגוף נדון בקליפת אגוז ממש ואת עיקר הדיון נמקד בזכות לפרטיות.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

הפגיעה. אל מול זכויות היסוד לפרטיות ולאוטונומיה על הגוף, שאינן מוחלטות, ניצבות זכות הקניין של המעסיק והפררוגטיבה הניהולית שלו, שמכוחה רשאי הוא לקבוע, ככלל, את אופן רישום הנוכחות של עובדיו ואת האמצעים למניעת דיווחי כזב. נתעכב על זכויות אלה תוך ריענון מושכלות ראשונים באשר לפררוגטיבה הניהולית ולגבולותיה וכן נידרש בקצרה לחובתו של מעסיק ציבורי לשמור על כספי הציבור ולחובתו של עובד לקיים את חוזה העבודה בהגינות ובתום לב. מאחר שגם זכויות יסוד רמות מעלה אינן זכויות מוחלטות וניתן להגבילן בחוק וכן בהסכמה כדין, נדון בשאלה כיצד יש לבחון חוק או הסכמה המאפשרים פגיעה בזכות יסוד ואיזה שיקולים צריכים להישקל במסגרת זו בעניין שלפנינו. כמו כן נדגים כיצד נערך האיזון בין הזכויות השונות בשני מקרים שנדונו בפסיקת בית הדין.

לאחר מכן נפנה ליישום כלל העקרונות הרלוונטיים על העניין שלפנינו. תחילה נבדוק אם קיימת הוראה בחוק המאפשרת למעסיק לדרוש מעובדו טביעת אצבע לשם שימוש במערכת נוכחות ביומטרית, או מחייבת את העובד למסור טביעת אצבע לשם כך. לאחר מכן נידרש לשאלה אם יש בענייננו הסכמה פרטנית של עובדות החינוך למסור טביעות אצבעותיהן לעירייה לשם שימוש בשעון הביומטרי. בתוך כך נתייחס לשאלת ההסכמה ויסודותיה – "מדעת" ו"מרצון חופשי", זאת על רקע איום העירייה שלא לשלם שכר לעובדות חינוך שיסרבו למסור טביעת אצבע, ושליטתו מהן בפועל (עד להסכמה, בדיון בבית הדין האזורי, לשלמו), ושעה שלא נמסר להן כל מידע על טיב השעון הביומטרי וכיו"ב. בהעדר הסכמה פרטנית של מי מעובדות החינוך למסור טביעת אצבע לשם שימוש בשעון הביומטרי, נבחן אם הסעיף בחוקת העבודה המורה כי "שעון הנוכחות ייקבע על ידי ההנהלה" עולה כדי הסכמה קיבוצית לשימוש בשעון נוכחות ביומטרי. מאחר שבנסיבות העניין לא היתה הסכמה לפגיעה בפרטיות, נקבע מהי הנפקות לענייננו, ונחתום את פסק הדין בהוראות אופרטיביות שונות.

על הביומטריה

91. על מנת שהדיון יהיה בהיר, אנו מבקשים להביא בקצרה עיקרים באשר לאופיו הייחודי של המידע הביומטרי. מידע "ביומטרי" הוא מידע על "מאפיין אנושי



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

פיזיולוגי, ייחודי, הניתן למדידה ממוחשבת²². המאפיינים הביומטריים של אדם נחלקים לשתי קבוצות: האחת, מאפיינים פיזיולוגיים הקשורים לצורת גופו של אדם, כגון: טביעות אצבעות, תווי הפנים (דו מימדי או תלת מימדי), מידע גנטי (DNA), גיאומטריית כף היד, צבע וצורה של קשתית העין (IRIS); השנייה, מאפיינים התנהגותיים של האדם, כגון: תנועות הגוף והידיים, לרבות אופן ההליכה (GAINT), קול, קצב הקלדה²³. המידע יכול להישמר במחשב כקובץ "תמונה" (RAW IMAGE) או כ"תבנית" (TEMPLATE).

92. המידע הביומטרי, בהיותו מכוון למידע האופייני לאדם פלוני שבכוחו להבחין גם בין תאומים זהים, "מהווה מפתח אוניברסלי לזיהוי אדם, שאינו ניתן לביטול או לשינוי". מקובל כי זיהוי ביומטרי מהווה ".... אמצעי לזיהוי בני אדם באמצעות התבססות על תכונות ומאפיינים פיזיים והתנהגותיים. באמצעות זיהוי ביומטרי ניתן לזהות אדם או קבוצה של אנשים מקרב אוכלוסייה נתונה, וכן לאמת את היותם הם"²⁴.

93. לא היתה מחלוקת שטביעת אצבעות מהווה מידע ביומטרי. באתר רמו"ט מוסבר על "טביעת האצבע" כך:

"טביעת אצבע היא הצורה המתקבלת מלחיצת אצבע על פני משטח או באמצעות העברת האצבע באוויר בסורקים מסוג touchless. טביעות אצבע לעולם אינן זהות, ועל כן הן ייחודיות לאדם. גם לתאומים זהים יש טביעות אצבע שונות. הואיל וטביעת אצבע של אדם ייחודית לו ואיננה משתנה במהלך חייו, היא משמשת לזיהוי אנשים. במרוצת השנים, ארגונים שונים החלו בשימוש ואיסוף טביעות אצבע בכדי לאמת זהותו של אדם. טביעת אצבע או אימות טביעת אצבע מתייחסת לשיטה אוטומטית לבדיקת התאמה בין שתי טביעות אצבעות אנושיות או איתור אדם במסד נתונים על ידי השוואת טביעות האצבעות. השוואה של טביעות אצבעות למטרות זיהוי, מבוססת על מספר מאפיינים הכוללים מאפייני רכסים, ונקודות על שטח הפנים של האצבע, אשר הן ייחודיות לאדם."

94. בעמדת היועמ"ש, שהצדדים לא חלקו על חלקיה המבארים את טיבו של המידע הביומטרי, מוסבר כי "הנתון הביומטרי המופק מטביעת אצבע של אדם, מהווה מידע ייחודי ויחידני, אשר יכול עקרונית לשמש לזיהוי של אותו אדם בכל מקום, ומשכך יכול לשמש, וצפוי לשמש אף יותר ויותר בעתיד, כמפתח למידע

22 ראו הגדרת המונח "ביומטרי" בסעיף 2 לחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, תש"ע-2009.

23 מתוך אתר האינטרנט של רמו"ט (<http://bioapp.gov.il/Biometria/Pages/TypesOfBiometry.aspx>).

24 שם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

אישי רב. מידע זה אינו ניתן לשינוי או לביטול... ועל כן מרגע שנחשף, או שנעשו בו שימושים אחרים שלא כדין – לא ניתן להשיב את הגלגל לאחור."

95. אין חולק כי השימוש באמצעים ביומטריים צובר תאוצה, הן במישור המדינתי (תעודות זהות, דרכונים, זיהוי פלילי ובטחוני ועוד) והן במישור האזרחי-פרטי, לרבות לצורך ניהול רישומי נוכחות של עובדים. לצד היתרונות הגלומים בשימוש במידע ביומטרי יש להיות ערים להיבטים הבעייתיים בשימוש כאמור, ובכללם פגיעה בפרטיותם של בעלי המידע, וההשלכות, שלרוב אינן הפיכות ושפוטנציאל הנזק שלהן רב ביותר, כתוצאה מדליפת מידע ביומטרי והגעתו למי שאינם מורשים לקבלו, או כתוצאה משימוש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר.

האם טביעת אצבע היא מידע פרטי?

96. כאמור, אין מחלוקת שטביעת אצבע היא מידע ביומטרי, וככזו אצורים בה נתונים אנושיים פיזיולוגיים ייחודיים והיא משמשת מפתח למידע אישי רב. לאור זאת אנו סבורים שטביעת אצבע היא מידע פרטי. נראה שאף העירייה עצמה סבורה כך, והדבר עולה מההשוואה שהיא עורכת בין טביעת אצבע "למידע אישי רב הנמצא בכל תיק אישי של עובד".

97. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בחוק זיהוי ביומטרי אשר קובע בסעיף 1(3) כי אחת ממטרותיו היא "הגנת הפרטיות של תושבים שניטלו מהם אמצעי זיהוי ביומטריים..." ובסעיף 2 מגדיר אמצעי זיהוי ביומטריים כ"תמונת תווי הפנים ותמונות שתי טביעות האצבעות המורות של אדם, שניתן להפיק מהן נתוני זיהוי ביומטריים". כלומר, נקודת המוצא של המחוקק היא שנטילת אמצעי זיהוי ביומטריים, לרבות טביעת אצבע, כורכת בתוכה פגיעה בפרטיות²⁵. כך עולה מסעיפים רבים נוספים בחוק זיהוי ביומטרי העוסקים בזהות הגורמים המוסמכים ליטול אמצעי זיהוי ביומטריים, באופן נטילת אמצעים אלה, בדרכי ההגנה על הנתונים המצויים במאגר הביומטרי וכיו"ב סעיפים הבאים לתת מענה לחשש מפני פגיעה בפרטיות הנובעת הן מעצם נטילת אמצעי הזיהוי הביומטריים והן מהחשש לדליפת מידע מהמאגר.

²⁵ ראו גם סעיף 9 לחוק ודברי ההסבר לחוק.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

חיזוק נוסף למסקנה שטביעת אצבע היא מידע פרטי ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **ונטורה**²⁶, שם נדונה השאלה אם הפרטים האישיים הרשומים על המחאה – שם, כתובת, מספר טלפון, מספר זהות, מספר חשבון בנק – הם בגדר "עניניו האישיים של אדם". המונח "עניניו האישיים של אדם" מופיע בכמה מסעיפי המשנה של סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות²⁷, המפרט מהי פגיעה בפרטיות. השופט (בדימוס) גבריאל בך סבר כי יש לפרש את המונח בהרחבה. לדבריו, "מובנם הטבעי והרגיל של המילים 'ענינים פרטיים' של אדם הינו כל מידע הקשור לחייו הפרטיים של אותו אדם, לרבות שמו, כתובתו, מספר הטלפון שלו, מקום עבודתו, זהות חבריו, יחסיו עם אשתו ויתר חברי משפחתו וכדומה". השופט (בדימוס) טובה שטרסברג-כהן סברה שאין צורך ב"הגדרה כוללת של ענינים שיש לראות בהם 'עניניו הפרטים של אדם'. בכגון דא ראוי שלא ליצור רשימה סגורה או פרטנית אלא לאפשר בדיקת הנושא על-פי ההקשר שבו הוא מופיע". ובהמשך עמדה על כך ש"יש שכל פרט ופרט בפני עצמו לא יהווה 'ענינו הפרטי' של אדם, ואילו צירוף של מספר פרטים עם האינפורמציה המתקבלת מהם יהווה עניין כזה".

גם פרופ' בירנהק סבור כי יש לאמץ פרשנות רחבה לתיבות "עניניו הפרטיים של אדם", כך שיכללו כל מידע שהוא. לדידו שעה שמדובר באדם חי²⁸, כל פרט מידע אודותיו, מכל סוג שהוא, ראוי להגנה תחת הזכות לפרטיות, במיוחד בעידן הדיגיטלי, המאפשר בקלות יחסית ובעלות נמוכה יחסית, צירוף של כמה פרטים יחדיו העשוי להביא לחשיפת מידע אישי²⁹. הנה קטע מדבריו³⁰:

"גם מידע שעשוי להיראות טריוויאלי כמו הרגלי הצריכה של אדם או הרגלי הגלישה באינטרנט הוא בגדר מידע אישי מוגן בדין הישראלי. קל וחומר שמידע שנובע מאתנו, כמו נתונים על גופנו, הוא בגדר מידע אישי מוגן. הכוונה היא לנתונים ביומטריים: טביעת אצבע, מבנה קשתית העין, תצורת עצמות גב כף היד, מבנה הפנים שלנו, צורת הכתיבה שלנו, וכמובן מידע גנטי. מי שמבקש ליטול מידע כזה מאדם, למשל מעסיקים לשם זיהוי העובדים – הרי הוא בא בגדר החוק [הכוונה היא לחוק הגנת הפרטיות – א.א.], והוראותיו חלות על איסוף המידע והשימוש בו." (הדגשה הוספה – א.א.)

ע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808 (1994).

תתי סעיפים (7)-(10).

לשאלת תחולתה של הזכות לפרטיות על מתים – ראו בירנהק בעמ' 132-135.

בירנהק, בעמ' 223.

שם, בעמ' 224.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

98. העירייה טוענת, כאמור, שהמקרה דנן אינו נמנה על המקרים המפורטים בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, ועל כן הזכות לפרטיות כלל אינה נפגעת. וזו היא לשונו של סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות:

"פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

- (1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרידה אחרת;
- (2) האזנה האסורה על פי חוק;
- (3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;
- (4) פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו;
- (4א) פרסום תצלומו של נפגע ברבים שצולם בזמן הפגיעה או סמוך לאחריה.....;
- (5) העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו....;
- (6) שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח;
- (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם;
- (8) הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
- (9) שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
- (10) פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9);
- (11) פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד."

סעיף זה בא בהמשך לסעיף 1, הקובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". ממבט ראשון הטענה של העירייה שובה את הלב, שכן מבחינה לשונית ניתן לפרש את סעיף 1 לחוק כאוסר על פגיעה בפרטיות המנויה בסעיף 2 בלבד. אלא שבבואנו לפרש דבר חקיקה הנושא כמה פירושים אפשריים מבחינה לשונית, יש להעדיף את הפירוש המתיישב טוב יותר עם תכלית דבר החקיקה וההיסטוריה החקיקתית שלו. ואכן, בדברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות, נכתב במפורש כי **"הפירוט שבסעיף זה [הכוונה היא לסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות – א.א.] אינו ממצה, וקיימת אפשרות של פגיעה בפרטיות בדרכים שלא הוזכרו בו, מאחר שההתפתחות הטכנולוגית עלולה ליצור בעתיד דרכים של פגיעה שאין כיום**



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

אפשרות לחזותן³¹. כלומר, לא רק שהמקרים הקונקרטיים המפורטים בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות אינם בגדר רשימה סגורה, אלא שהמחוקק היה מודע במפורש למצבים שבהם תיגרם פגיעה בפרטיות בשל שימוש בטכנולוגיה עתידית כזו או אחרת, והמקרה שלפנינו ממחיש זאת בצורה מובהקת.

זאת ועוד, כבר נקבע – ועל כך נעמוד בהמשך בהרחבה – כי האיסור על פגיעה בפרטיות אינו מתמצה בהוראות חוק הגנת הפרטיות, והוא מבוסס גם על המשפט שקדם לחקיקתו של החוק וכיום גם על חוק היסוד. בעניין **פלונית**³² נקבע מפי השופט (כתוארו אז) אהרן ברק כך:

"הפרטיות הוגדרה בחוק [הגנת הפרטיות – א.א.] (סעיף 2) באופן שאינו 'מכסה' את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי... ב-1992 חל שינוי מהותי במעמדה של הזכות לפרטיות... חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר במפורש בזכות חוקתית לפרטיות... בכך הוכרה זכות חוקתית לפרטיות בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות. אכן, מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית... כל רשות מרשויות השלטון – וכל בית דין ובית משפט במדינה בכלל זה – חייבת לכבדה." (הדגשה הוספה – א.א.)

99. **סיכום האמור עד כה – טביעת אצבע היא מידע פרטי.** המשמעות הברורה והמיידית של קביעה זו היא שעל טביעת אצבע חולשות הוראות החקיקה והפסיקה הרלוונטיות לזכות לפרטיות, ובראשן הוראת סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, הקובעת כי **"לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו"**. לצד הוראה זו חלה הוראת סעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם, הקובעת, בין היתר, כי **"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"** וכן חלות יתר הנורמות המתייחסות לזכות לפרטיות ולאוטונומיה המוכרות במשפט המקובל הישראלי מימים ימימה, עוד בטרם באו לעולם חוק הגנת הפרטיות וחוק היסוד, והכל כפי שיפורט עתה.

הזכות לפרטיות, הזכות לאוטונומיה על הגוף, הזכות לכבוד

100. לעובד עומדת הזכות לפרטיות, כמו גם זכותו לאוטונומיה על גופו וזכותו לכבוד, המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם. נוכח הקרבה הרעיונית בין שתי הזכויות הללו³³ ועיגונן באותו חוק יסוד, ומאחר שאת עיקר טענותיהם מיקדו הצדדים בזכות

31 דברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות, בעמ' 207.

32 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, בסעיף 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק, פ"ד סא(1) 581 (2006) (להלן – עניין פלונית).

33 עניין איסקוב, בסעיף 11 לפסק הדין; ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 347 (2004).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

לפרטיות, אף אנו נייחד לזכות זו את עיקר דברינו מבלי למעט מחשיבותה של הזכות לאוטונומיה. בהמשך נתייחס בקצרה לזכות לאוטונומיה על הגוף.

הזכות לפרטיות - הגדרתה והיקפה

101. הזכות לפרטיות היא מזכויות היסוד של הפרט במשטרים דמוקרטיים, ו"מהחשובות שבזכויות האדם בישראל... שורשיה נעוצים עמוק במורשתנו היהודית... היא מתבקשת, איפוא, מערכה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. היא מוכרת על ידי המשפט המקובל הישראלי כזכות אדם"³⁴. הזכות עוגנה לראשונה בחקיקה ראשית בשנת 1981, עם חקיקתו של חוק הגנת הפרטיות, האוסר בסעיף 1 שבו על פגיעה בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו, כפי שצוטט לעיל. בשנת 1992 עלה מעמדה הנורמטיבי של הזכות למעמד חוקתי על-חוקי, עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם. וזוהי לשון סעיף 7 לחוק היסוד, שכותרת השוליים שלו היא "פרטיות וצנעת הפרט":

"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

רשויות השלטון מחויבות לפיכך, מכוח חוק היסוד, לערוך הסדרים חקיקתיים המביאים להגשמתה של הזכות לפרטיות, ובין היתר נעשה הדבר במסגרת חוק הגנת הפרטיות.

102. סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר את המילה "אדם" כך: "לענין סעיפים 2, 7, 13, 14, 17, 17ג, 17ו, 17ז, 23א, 23ב ו-25 - למעט תאגיד". מכאן, שלגבי סעיף 1 לחוק, הקובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", התיבה "אדם" כוללת גם תאגיד³⁵. סעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 מגדיר "תאגיד" כ"גוף משפטי, כשר לחיובים, לזכויות ולפעולות משפטיות". סעיף 7 לפקודת העיריות [נוסח חדש], שכותרתו "עיריה היא תאגיד", קובע כי "עיריה של תושבי אזור פלוני תיקרא על שם אותו אזור ויהיו לה קיום-תמיד וזכות לתבוע ולהיתבע בשמה המואגד". מכאן כי האיסור על פגיעה בפרטיות חל גם על גופים משפטיים כדוגמת העירייה שלפנינו. יצוין בהקשר זה שככלל, חוק הגנת

34 עניין פלוני, בסעיף 8 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק.
35 ראו גם סעיף 4 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

הפרטיות חל הן על גופים משפטיים ציבוריים והן על גופים משפטיים פרטיים. וסעיף 11 לחוק יסוד כבוד האדם קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", לרבות רשות מקומית דוגמת העירייה³⁶. לעניין זה יפים דברי הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, בסעיף 69 לעמדתו, לגבי "פסקאות הכיבוד" שבסעיף 5 לחוק יסוד חופש העיסוק ובסעיף 11 לחוק יסוד כבוד האדם:

"[פסקת הכיבוד] חלה על כל רשויות השלטון. היא חלה על הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. היא חלה על הרשות המרכזית והמקומית. היא חלה על כל רשות שנתונה לה סמכות על-פי דין"³⁷.
(הדגשה הוספה – א.א.)

אשר ליחס בין חוק הגנת הפרטיות וחוק היסוד, נזכיר שהלכה היא שנורמות שנחקקו לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם, תפורשנה לאורו וברוחו³⁸. לפיכך, את הזכות לפרטיות המוגנת בחוק הגנת הפרטיות יש לפרש לאור הזכות החוקתית לפרטיות המעוגנת בחוק היסוד.

103. אף שעוגנה בחקיקה ראשית רק בשנת 1981, הכירו בתי המשפט בזכות לפרטיות כזכות רמת מעלה עוד קודם לכן, גם אם לא תמיד "בשמה המפורש"³⁹. עם עיגונה החוקי והחוקתי של הזכות, הלכו ורבו פסקי הדין העוסקים בה, מאששים ומחזקים את מעמדה ומייצרים נורמות משפטיות הקשורות בה⁴⁰. על אף שורשיה העמוקים של הזכות לפרטיות, הניסיון להגדירה במדויק אינו פשוט ועל כן מקשה גם על תחימת גבולותיה. כדברי השופט נעם סולברג בעניין **פלוני**⁴¹: **"עמימותה של הזכות לפרטיות היא מן המפורסמות"**. והנה, גם חוק יסוד כבוד האדם וגם חוק הגנת הפרטיות אינם כוללים הגדרה של המושג "פרטיות" אלא אך מפרטים

³⁶ יש לשים לב שהחלטות הנוגעות לזכות לפרטיות ולזכות לאוטונומיה, המתקבלות על ידי מעסיק שהוא גוף ציבורי, יש לבחון בנדבך נוסף הנוגע לחובות המעסיק כגוף ציבורי. כך, למשל, יש לבחון אם המעסיק חרג מסמכויותיו וכיו"ב. השוו למשל דברי השופט אזולאי בדב"ע (ארצי) 169-3/מח-1989 **הסתדרות עובדי המדינה – מדינת ישראל**, פד"ע כא 38, 51 (1989) (להלן – **עניין נוני**).

³⁷ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 412 (1995). ראו גם בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות** (1.8.2010), שם נבחנה חוקתיות החלטתה של עיריית רחובות בראי פסקת ההגבלה.

³⁸ דני"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 138 (1995); בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997); בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004) (להלן – **בג"ץ האגודה**).

³⁹ ראו למשל בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294, (1980) (להלן – **בג"ץ קטלן**). באותו עניין השתמש השופט א' ברק (כתוארו אז) בביטוי "צנעת האדם". השופט מ' לנדוי השתמש באותו עניין בביטוי "פרטיות גופו של אדם".

⁴⁰ ראו, למשל, בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994) (להלן – **עניין יוסף דיין**); בג"ץ **האגודה**; ע"א 1697/11 **א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי**, (23.1.2013); ראו גם ההפניות בסעיפים 8-9 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין **פלוני**.

⁴¹ ע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית**, בסעיף 72 לפסק הדין, (24.4.2014) (להלן – **עניין פלוני**). ראו גם המבוא לדברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות, בעמ' 206.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

(בסעיף 7(ב)-7(ד) לחוק היסוד ובסעיף 12(1)-12(11) לחוק הגנת הפרטיות) מצבים שונים המהווים פגיעה בה.

104. מלומדים רבים ניסו להגדיר מהי הזכות לפרטיות ומהו היקפה. כך למשל, רווחת מאד ההגדרה שטבעו לואיס ברנדייס וסמיואל וורן במאמרם בשם "The Right to Privacy" משנת 1890. במאמר זה הוגדרה הזכות לפרטיות כזכות להיעזב במנוחה – ⁴²the right to be let alone. מלומדים אחרים הציעו הגדרות אחרות⁴³. לענייננו ראינו להביא את עמדתו של פרופ' מיכאל בירנהק, הסבור כי הזכות לפרטיות היא אמנם "זכות מורכבת שפועלת באופן שונה במעגלים חברתיים / תרבותיים / כלכליים שונים", אולם "לכל המעגלים יש ציר משותף של שליטתו של האדם ב'יחידה האוטונומית' שלו"⁴⁴. פרופ' בירנהק מכנה את עמדתו "פרטיות כשליטה", ולדידו זו הדרך הטובה ביותר להבנת הזכות לפרטיות:

"דיון עיוני-משפטי בדרכים שונות להסביר את הזכות [לפרטיות – א.א.] יעלה שההבנה הטובה ביותר שלה נמצאת בהבנתה כשליטה: היכולת של אדם לקבוע בעצמו, למען עצמו, איזה מידע לשתף עם אחרים ומתי, איזה מידע על אודותיו יועבר ולמי, לאילו מטרות, מתי ובאילו תנאים, וגם איזה מידע יגיע אליו. זו הפרטיות כשליטה. מהותה של הזכות לפרטיות היא השליטה הזו של האדם ביחידה האוטונומית שלו..... היחידה האוטונומית היא מין מעטפת שסביב האדם. בידי האדם מופקד המפתח למעטפת הזו. הוא שיחליט מתי לפתוח אותה ומתי לא." (הדגשה במקור – א.א.)

ובהמשך –

"הבנת הפרטיות כשליטה מספקת הסבר טוב להתפרסותה של הזכות לפרטיות גם על הקטגוריה של מידע אישי..... האיום על הפרטיות מגיע גם מצד מעסיקים או בעלי כוח אחר.... הפרטיות כשליטה מסבירה את עקרון ההסכמה, שהוא בריח תיכון של חוק הגנת הפרטיות, ולפיו כאשר האדם שבו מדובר מסכים לפעולה (צילום, מסירת מידע וכדומה) וזו הסכמה מדעת, הרי שאין מדובר בפגיעה בפרטיות. הפרטיות כשליטה מסבירה את העיקרון של צמידות המטרה, שלפיו אין להשתמש במידע שהושג למטרה אחת לצורך מטרות אחרות (אלא בהסכמת האדם). בכוחה של הפרטיות כשליטה להסביר גם כללים קונקרטיים יותר שמופיעים בדין, כמו חובת אבטחת המידע שמוטלת על מנהלי מאגרי מידע ואת זכותם של מושאי המידע (data subjects) לעיין במידע." (הדגשות במקור – א.א.)

⁴² במקומות מסוימים מדובר על the right to be left alone.
⁴³ סקירה נרחבת ומעמיקה לעניין זה ראו אצל פרופ' מ' בירנהק, מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט טכנולוגיה (להלן – בירנהק) בעמ' 57-88. ראו סקירה מקיפה גם בעניין פלוני, בסעיפים 115-67 לפסק דינו של הש' סולברג, ובעניין יוסף דין.
⁴⁴ בירנהק, בעמ' 35.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

בירנהק עומד אף הוא על הקושי בהגדרת הפרטיות ומציין כי דווקא התגובה הרגשית שמעוררת הפגיעה בה מסייעת באיתור מקורותיה העיוניים –

"מהי פרטיות? לכל אחת ואחד מאתנו יש אינטואיציות בנוגע לזכות. אשר למצבים של 'פרטיות קלאסית' נראה שיש הסכמה רחבה. למשל, אנו מסכימים כי ראוי להגן על מעשיו של אדם הנמצא בביתו, על תוכנו של שיחות טלפון או של מעטפות חתומות ועל סוגי מידע מסוימים, כגון מצבנו הרפואי, חיי המין שלנו, ובישראל – במידה רבה – גם מצבנו הכלכלי. כאשר גורם זר מתערב ללא רשותנו בכל אלה, אנו מרגישים שפרטיותנו נפגעה. יש בנו היודעים לנסח זאת במונחים משפטיים של פגיעה בזכות לפרטיות, אולם דווקא התגובה הרגשית של כעס, עלבון, פגיעות ואין-אונים, וכן התגובה האינסטינקטיבית שלנו להרחיק את הגורם המתערב אם הדבר ביכולתנו, הן שחשובות כאן, שכן הן מלמדות על מקורותיה העיוניים של הזכות לפרטיות..."
(הדגשה הוספה – א.א.)

105. גם הערכאות השיפוטיות השונות לא משכו ידן מהניסיון להגדיר מהי פרטיות ולעצב את גבולותיה, ופסקי דין רבים עוסקים בזכות זו בהקשרים רבים ומגוונים. כך, בבג"ץ קטלן עמדה להכרעת בית המשפט העליון שאלת חוקיות נוהל של שירות בתי הסוהר, שעניינו ביצוע חוקן לעצירים לשם איתור סמים, בנסיבות מסוימות אף ללא הסכמתם; בעניין יוסף דיין נדונה החלטת מפקד מחוז ירושלים של משטרת ישראל שלא להתיר קיומה של אסיפה מול בית המגורים של הרב עובדיה יוסף ז"ל; בעניין מנאע⁴⁵ נאסרה הפעלת סמכויות של גבייה מינהלית במחסומי דרכים המוקמים על-ידי המשטרה לצרכים מבצעיים, בין היתר בשל הפגיעה בזכות לפרטיות; בעניין פלוני נאסר פרסום יצירה ספרותית בשל פגיעה חמורה בפרטיות; בעניין פלונית נדונה שאלת קבילותן בבית הדין הרבני של תמונות שצולמו תוך פגיעה בפרטיות, ועוד כהנה וכהנה פסקי דין והחלטות העוסקים בשאלות של פומביות הדיון, האזנות סתר ופגיעות שונות בפרטיות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות.

בכל פסקי הדין הללו ישנה תמימות דעים באשר למעמדה הרם של הזכות לפרטיות, אם כי היקף ההגנה עליה משתנה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בעניין יוסף דיין הרחיב המשנה לנשיא (כתארו אז) אהרן ברק את היקף פרישתה של הזכות, מתוך מתן פירוש רחב לה⁴⁶:

"כל אדם בישראל 'זכאי לפרטיות' (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)... עתה, משניתן לה בסיס חוקתי חקוק, יש לפרשה

בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, (2010) (להלן – עניין מנאע).

עניין יוסף דיין, בעמ' 470 לחוות דעתו. ראו גם דברי השופט סולברג בעניין פלוני, בסעיף 71 לפסק דינו.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מתוך 'מבט רחב' ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים'... יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני'... מכאן הגישה - המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות - כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות'... מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית'... מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית'... על רקע גישה זו ניתן לקבוע, כי הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת, בין השאר - ובלא כל ניסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה - על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדרו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו." (הדגשות הוספו - א.א.)

ובעניין חשבים עמד המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, השופט אליקים רובינשטיין, על המתח שבין הזכות לפרטיות ובין הטכנולוגיה וציין כי -

"...יש שגורסים שפרטיות היא נחלת העבר.... ואולם, אין פירוש הדבר שהערכיות הקשורה בשמירת הפרטיות פסקה מן העולם..... היחס הראוי לטכנולוגיה אינו בינארי, אלא יש לחפש את דרך האמצע המאפשרת ליהנות מפירות הטכנולוגיה תוך צמצום הפגיעה בזכויות הפרט, המתלווה אליה לעתים קרובות...." ⁴⁷

106. הקושי להגדיר מהי פרטיות מתעצם בעידן הנוכחי, שבו מבצר הפרטיות "הולך ונסדק עם התקדמות הטכנולוגיה" ⁴⁸ ושנדמה לעתים שהמאבק להגנתה "הוא מלחמת מאסץ" ⁴⁹. יצוין כי לא רק חידושי הטכנולוגיה והשימוש ההולך וגובר במרשתת מאיימים להחליש את הזכות לפרטיות. עם הגורמים המאיימים ניתן למנות גם את המאבק בטרור המקומי והעולמי ואת המאבק בארגוני פשע ⁵⁰. גם המציאות היום-יומית מורה לנו כי רבים מבני הציבור נותנים פומבי לעניינים אישיים שלהם המצויים באופן מובהק בליבת צנעת הפרט המסורתית ⁵¹. בהתאם, רבים אומרים כי אינם חשים פגיעה כלשהי (פגיעה בכלל ובזכותם לפרטיות בפרט) במסירת טביעת אצבע, בין היתר משום ש"אין לנו מה להסתיר".

107. אף שכאמור לא כל יחיד רואה במסירת טביעת אצבעותיו פגיעה בפרטיותו, הרי ש"הזכות לפרטיות אינה משרתת רק את האדם כאדם. נודעת לה משמעות חברתית נרחבת, מעבר לזכותו של הפרט. מעלתה גדולה וחשובה לעצם קיומה של החברה האנושית" ⁵². בהקשר זה נזכיר כי בענייננו ציין בית הדין האזורי

47 עניין חשבים, בסעיף ל"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

48 שם, שם.

49 בירנהק, בעמ' 23. ראו גם הפניות שם, בעמ' 44.

50 שם, בעמ' 23, 27.

51 דוגמאות לכך ניתן לראות בהשתתפות רבים בתוכניות "ריאליטי" למיניהן ובהעלאת תכנים אישיים (תמונות ודיווחים שוטפים על הנעשה בחייהם ובחיי הקרובים להם) ברשתות החברתיות.

52 עניין פלוני, בסעיף 84 לפסק דינו של השופט סולברג.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שתחושתן הסובייקטיבית של עובדות החינוך "אינה נחלת הכלל", והסתמך על כך שעובדים רבים מחתימים נוכחות באמצעות טביעת אצבע, "וברי כי רובם ככולם אינם חשים כי הדבר דומה להליך גביית ראיות במשטרה". נעיר כי לא ברור מהי התשתית הראייתית שעליה נסמכה הקביעה האמורה, שהרי אף אם רבים הם העובדים המחתימים נוכחות בטביעת אצבעם, אין בכך כדי ללמד על התחושות שפעולה זו מעוררת בהם⁵³.

בהמשך לכך יש לומר, כי אף אם יש יסוד לקביעה שעובדים רבים כבר משתמשים במערכות נוכחות המבוססות על טביעת אצבע, הרי שאין בכך כדי להשליך על השאלה אם כך ראוי שיהיה. המצוי אינו בהכרח הרצוי. וכך, למרות המתקפה שהזכות לפרטיות מצויה בה, ואולי דווקא בשל כך, הולך וגובר הצורך להגן עליה ולקבוע לה גבולות יציבים⁵⁴. הגנה זו יש להעמיד באמצעות בחינת הסוגיה הנתונה מבחינה ערכית-משפטית ולא תוך הצבעה על הנעשה בפועל. אין הכוונה לדון בעניין מתוך מגדל שן ובמנותק מן המציאות המשתנה, אך יש לשים לב שלא להיגרר לקביעות ערכיות-משפטיות בנימוק ש"כך עושות כולן" או רובן. באופן דומה, קביעת בית הדין האזורי שלפיה "במספר רשויות מקומיות אחרות, בהן קיימות מערכות דומות או זהות לצורך ניטור נוכחות העובדים, ארגון העובדים לא התנגד להחלפת שעון הנוכחות לשעון המבוסס על טביעות אצבע" – כחלק מהמסקנה ש"לא נדרשת הסכמת הארגון היציג לצורך שינוי סוגו של שעון הנוכחות או אופי הדיווח" – אינה מקובלת עלינו.

הזכות לפרטיות במקום העבודה; פרשת איסקוב

108. הזכות לפרטיות אינה מתפוגגת עם יציאתו של אדם מדל"ת אמותיו. הזכות "צמודה" אליו ונודדת עמו למקומות נוספים, גם ציבוריים, וביחס לעניינים מסוימים (למשל תא שירותים ציבוריים, מרחב מסוים סביב מכשיר כספומט, תא הלבשה בחנות בגדים ועוד⁵⁵). ויפים הם דבריו של הנשיא אהרן ברק בעניין פלונית⁵⁶:

"סביב כל אדם יש מרחב שבתוכו הוא זכאי להיות עם עצמו. מרחב זה נע עם האדם עצמו. היקפו של המרחב נגזר מהצורך להגן על

⁵³ עוד על הפגיעה ברגשות אדם שנפגעו כבודו וזכותו לאוטונומיה ראו בעניין דעקה, במיוחד בעמ' 574.

⁵⁴ ראו גם בירנהק, בעמ' 43.

⁵⁵ ראו לעניין זה בירנהק בעמ' 69-74, שם הוא מדבר על "מעגלים של פרטיות".

⁵⁶ בסעיף 21 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

האוטונומיה של הפרט. על כן הוא עשוי לחול גם במקום בו אין לפרט כל קניין (כגון בית הוריו, בית חולים, תא טלפון.....). בהתאם, זכותו של אדם לפרטיות נעה עמו גם למקום עבודתו, והזכויות המוגנות בחוקי היסוד חלות גם במשפט העבודה, לרבות ביחסי העבודה, וזאת מכוח הזרמתם של עקרונות יסוד חוקתיים אל יחסי העבודה באמצעות מושגי השסתום תום לב ותקנת הציבור⁵⁷, ואף ניתן להן במסגרתו משנה תוקף, נוכח חובותיהם ההדדיות והמוגברות של הצדדים ליחסי העבודה לתום לב, אמון והגינות⁵⁸.

109. בעניין איסקוב הציב בית דין זה אמות מידה הנוגעות לזכותו של העובד לפרטיות במקום העבודה בכל הנוגע לשימושי מחשב בכלל ולתכתובות דואר אלקטרוני בפרט. בפסק דין רחב יריעה, מפי השופטת (כתוארה אז) נילי ארד, נדרש בית דין זה לסוגיית הפרטיות של העובד במקום העבודה, ובכלל זה "לכללי האסור והמותר החלים על העובד ועל המעסיק בשימושי המחשב במקום העבודה..."⁵⁹. נקדים ונעיר כי אף שההלכות שהותוו בעניין איסקוב נקבעו בקשר לשימושי מחשב במקום העבודה, יפות הן בשינויים המחויבים אף לעניין האפשרויות העומדות למעסיק לעניין מעקב אחר שעות העבודה של העובדים, רישומן ומניעת דיווחים כוזבים.

110. בין היתר נקבע בעניין איסקוב כי מכוח זכות הקניין הנתונה לו והפררוגטיבה הניהולית הנגזרת ממנה, רשאי מעסיק לפקח על פעילות העובדים במטרה לוודא שלא יעשו שימוש בלתי מורשה או בלתי חוקי "בכללי העבודה הווירטואלי המופקד בידם"⁶⁰, ורשאי הוא "לקבוע את טכנולוגיות המעקב על פעולות העובדים במקום העבודה", וכל זאת בכפוף "לעקרונות תום לב, גילוי, שקיפות, לגיטימיות, מדתיות וצמידות למטרה....."⁶¹. כן חזר בית הדין הארצי על העקרונות המוכרים לעניין אופן הפעלת הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק,

57 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן – עניין קסטנבאום). ראו גם עניין איסקוב, בסעיף 8 לפסק הדין; אי ברק, "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", ספר אליקה ברק-אוסוסקין (2012); ע"ע (ארצי) 1828-10-11 גני – האקדמיה לאמנות ולעיצוב "בצלאל", (28.11.2012). שם, בסעיף 12 לפסק הדין.

58 עניין איסקוב, ב"פתיח דבר" של פסק הדין. עוד עסק עניין איסקוב בהגשת תדפיסים שהופקו מתכתובת דוא"ל כראיה בהליך המשפטי. לעניין זה ראו פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, (10.5.2016).

60 עניין איסקוב, בסעיף 8 לפסק הדין.

61 שם, שם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שנקבעו עוד בעניין רמת"א⁶², ועל פיהם הפררוגטיבה הניהולית לעולם כפופה לדרישות הסבירות, המידתיות, תום הלב וההגינות.

עוד נקבע כי הזכות של העובד לפרטיות במקום העבודה מקנה לו "שליטה על חשיפת המידע אודותיו ומניעת התחקות אחריו" (tracing). שכן..... איבוד השליטה על הפרטיות במידע האישי שלו, עלולים לגרום לפגיעה בכבוד האדם של העובד, בפרטיותו ובאוטונומיה שלו⁶³. הצורך בהגנה על זכותו של העובד לפרטיות במקום העבודה נובע בעיקרו –

"מפערי הכוחות האינהרנטיים ביחסים שבין הצדדים ליחסי העבודה; מן ההכרה במציאות לפיה העובד נמצא במקום העבודה חלק ניכר משעות היום, ולעיתים אף משעות היממה; מעירוב התחומים וטשטוש האבחנה, ההולך ופושט, בין חיי העובד בעבודה ומחוצה לה; ומטיבם של יחסי העבודה המושתתים על אמון הדדי ועל תיפקוד העובד במסגרתם...."⁶⁴

111. בית הדין עמד על כך שזכותו של עובד לפרטיות במקום העבודה אינה מוחלטת ויש לאזנה מול זכות הקניין של המעסיק וזכות היתר הניהולית שלו במקום העבודה, הכוללות דרישות "למידע מקיף על העובד בכל תחומי חייו, כתנאי לקבלתו לעבודה, במהלך ביצוע העבודה ולצרכיה". את האיזון יש לערוך "בשים לב לאופי העבודה וטיבה, דרישות התפקיד ומהותו, סביבת העבודה, המדיניות הכללית במקום העבודה, והצורך בהגנה מפני עבירות ונזקים מצידו של העובד". בית הדין ערך אבחנה בין תיבת הדוא"ל שסופקה לעובד במסגרת עבודתו, ובין תיבת הדוא"ל אישית שלו, וקבע כחלק מהאיזון את הכללים הבאים:

א. קביעת מדיניות ברורה – על המעסיק לקבוע מדיניות ברורה וקוד התנהגות בנוגע לשימוש במחשב, ורשאי הוא במסגרת זו להביא בחשבון את "מהותו של מקום העבודה, אופיו, עיסוקיו וצרכיו המיוחדים בכלל; סוג העבודה שהעובד מבצע, אופי התפקיד שהוא ממלא וטיבו".

ב. עקרון השקיפות – על המעסיק ליידע את העובדים באשר למדיניותו, ובכלל זה "הטכנולוגיות שביכולתו של המעסיק ובדעתו לנקוט בנוגע למעקב", להסביר אותה באופן מפורט, לאפשר לעובדים גישה למידע שנאסף עליהם, ולהבטיח את שמירתו בסודיות ואת אבטחתו.

⁶² עניין רמת"א בבית הדין הארצי.

⁶³ עניין איסקוב, בסעיף 11 לפסק הדין.

⁶⁴ שם, בסעיף 12 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ג. שיתוף העובדים בקביעת המדיניות ועיגונה בחוזה העבודה – מן הראוי לעגן את העקרונות במפורש בחוזה העבודה ובתקנון הנוהג במקום העבודה. כמו כן ראוי כי העקרונות הללו "יוסדרו במשותף עם ארגון העובדים או נציגותם במסגרת הסדר קיבוצי או הסכם קיבוצי, בדומה לביטויים בפועל בהסכם הקיבוצי הכללי". אם מעוגנים העקרונות בהסכם קיבוצי, יש לראותם כחלק מחוזה העבודה האישי של העובד.

ד. מידתיות – בהתקיים תנאים המצדיקים מעקב של המעסיק אחר שימושי המחשב שעושה העובד במקום העבודה, על המעסיק לשמור על עקרון המידתיות. כך, עליו לוודא כי "השימוש באמצעי המעקב חיוני לאינטרס לגיטימי של מקום העבודה, וכי המעקב מידתי לסיכון שהצדיק קיומו מלכתחילה". בנוסף, "עליו לבחון אמצעים חלופיים למעקב, ולהעדיף שימוש בטכנולוגיות מעקב, או בטכנולוגיות החוסמות שימושים אחרים, שיש בהן כדי להוות תחליף ראוי לקריאת תוכן הדואר האלקטרוני והפוגע פחות בפרטיות העובדים".

ה. עקרון הלגיטימיות – "המעקב חייב להיות מוגדר בגבולותיו, חוקי ובתום לב.... מטעמים שיש בהם עניין רלבנטי ישיר של המעסיק ומאינטרס לגיטימי של צרכי העבודה". עקרון הלגיטימיות כולל את עקרון צמידות המטרה, המורה כי "המעסיק אינו רשאי לעשות שימוש במידע החורג מן המטרה הראשונית לשמה נאסף".

הזכות לאוטונומיה

112. בפרשת דעקה נדונה בהרחבה הזכות לאוטונומיה של הפרט, בהקשר של טיפול רפואי שלא עלה יפה, ושבעקבותיו עלתה טענת המטופלת לאי קבלת מידע מספק על הטיפול בטרם ניתן לה, ובשל כך – לפגיעה באוטונומיה שלה. בית המשפט העליון ציין, בין היתר, כך:

"הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו...." (הדגשה הוספה – א.א.)

לענייננו ובתמצית שבתמצית, לכל אדם, לרבות עובד, הזכות שלא להיעתר לדרישה של אחר, לרבות מעסיק, להתערבות כלשהי בגופו, לרבות נטילת טביעת



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

אצבע, ללא הסכמתו. כפי שנראה להלן, יסוד חשוב זה של הסכמה הוא מהיסודות המשותפים לזכות לפרטיות ולזכות לאוטונומיה ולכך נידרש מיד לאחר סיכום הביניים הבא.

סיכום ביניים: הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה הנגרמת ממסירת טביעת אצבע ומאגירתה

113. לאור כל המפורט לעיל באשר למאפייניה הייחודיים של טביעת אצבעו של אדם, ונוכח טיבן של הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה, יש לקבוע כי שימוש במערכת נוכחות ביומטרית (ובאמצעים ביומטריים בכלל) מהווה פגיעה בזכויות הללו. ונסביר. מסירת טביעת אצבע, גורמת לאדם שמסר אותה לאבד את שליטתו על מידע הייחודי לו באופן מובהק, המאפשר זיהוי חד ערכי שלו ומהווה חלק מגופו. השילוב של אופיו הייחודי של המידע מחד, ואובדן השליטה עליו מאידך, הוא-הוא היוצר את הפגיעה הן בפרטיות והן באוטונומיה. אנו מבקשים בהקשר זה לחזור ולהביא מדברי פרופ' בירנהק:

"דיון עיוני-משפטי בדרכים שונות להסביר את הזכות [לפרטיות – א.א.א.] יעלה שההבנה הטובה ביותר שלה נמצאת בהבנתה כשליטה: היכולת של אדם לקבוע בעצמו, למען עצמו, איזה מידע לשתף עם אחרים ומתי, איזה מידע על אודותיו יועבר ולמי, לאילו מטרות, מתי ובאילו תנאים, וגם איזה מידע יגיע אליו. זו הפרטיות כשליטה. מהותה של הזכות לפרטיות היא השליטה הזו של האדם ביחידה האוטונומית שלו..... בידי האדם מופקד המפתח למעטפת הזו. הוא שיחליט מתי לפתוח אותה ומתי לא....."
(הדגשה הוספה – א.א.א.)

הפגיעה הראשונית והמיידיה בפרטיות ובאוטונומיה של העובד נוצרת מרגע שאיבד את השליטה על המידע שמסר בכך שמסרו לאחר, היינו ברגע שניטלו ממנו טביעות אצבעותיו (או כל נתון ביומטרי אחר). כשמדובר בטביעות אצבע שנמסרו לשם שימוש בשעון נוכחות ביומטרי, נגרמת פגיעה זו בכל "החתמה" בשעון, ללא כל קשר לשאלה אם עסקינן בשעון ביומטרי מבוסס כרטיס או מבוסס מאגר, וכן ללא כל קשר לשאלה מה נעשה לאחר מכן עם אותה טביעת אצבע – שמירתה בשלמותה, בחלקה – עם יכולת שחזור לאחור, או בחלקה ללא יכולת שחזור כאמור. חיוב במסירת טביעת אצבע שלא על פי הדין, היא פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה על הגוף. פגיעה נוספת בזכויות האמורות נגרמת מעצם אגירתו של המידע הביומטרי (במערכות ביומטריות מבוססות מאגר), וחשיפתו של העובד לאפשרות שהמידע הביומטרי שמסר ידלוף ויגיע לגורמים בלתי מורשים, או



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שייעשה בו שימוש שלא לשם המטרה שלשמה נמסר. כפי שהובא לעיל בהרחבה, מצב שכזה הוא בלתי הפיך ופוטנציאל הנזק שלו עצום.

הסכמה לפגיעה בפרטיות

114. כפי שקבענו לעיל, אחד מהיסודות המשותפים לזכות לפרטיות ולזכות לאוטונומיה הוא יסוד ההסכמה. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כאמור כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", והוראתו "היא צו לא תעשה הבא כתולדה הגיונית של ההצהרה על הזכות לפרטיות, העתידה לבוא בחוק-יסוד: זכויות האדם"⁶⁵. סעיף 3 לחוק זה מגדיר "הסכמה" כ"הסכמה מדעת, במפורש או מכללא". הגדרת ה"הסכמה" תוקנה בשנת 2007, עם הוספת המילה "מדעת"⁶⁶. בדברי ההסבר להצעת החוק⁶⁷ צוין כי "התיקון המוצע נועד להבטיח כי ההסכמה הניתנת לפגיעה בפרטיות, תהיה הסכמה מדעת. היינו, שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה מידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט האם להסכים או לא, והמידע יימסר לו בצורה מובנת".

115. בירנהק בספרו מסביר כי "ההסכמה היא הבריח התיכון של הזכות לפרטיות. להסכמה יש משקל קריטי בבדיקת החוקתיות והחוקיות של ההסדר. כאשר מתקיימת הסכמה מדעת של מושא המידע, וכל עוד הפעולות המבוצעות במידע תואמות את ההסכמה, הרי אין מדובר כלל בפגיעה בפרטיות"⁶⁸. במצב כזה, כשניתנה הסכמה מדעת, כלל אין צורך בבחינת החוקתיות של ההסדר הפוגע.

116. בירנהק מציין⁶⁹ כי "יש הסכמות שהן 'חשודות' מטבען". זאת, כשהצדדים "אינם שווי כוח, למשל המדינה מול אזרח, תאגיד גדול מול צרכן בודד, מעסיק מול עובד....". במצבים אלה, לצד החלש אין אפשרות אמיתית לסרב. לדברי בירנהק, "כך גם כאשר ההסכמה מותנית בקבלת שירות חיוני. במקרים האלה יש להפריד בין ההסכמה לקבלת השירות. למשל, אין להתנות קבלת דמי אבטלה במסירת טביעת אצבע, כפי שנעשה בעבר בלשכות התעסוקה, ואין להתנות העסקה במסירת טביעת אצבע....".

65. מתוך דברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות תש"ס-1980, בעמ' 207.

66. ס"ח 2101 (26.6.2007), בעמ' 368.

67. הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230, 21.12.2005, עמ' 232.

68. בירנהק 252.

69. בירנהק 253.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

117. חלק מרכזי בפסק הדין בעניין **איסקוב** עוסק ביסוד ההסכמה. הודגש כי לאור פערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה וחולשת העובד אל מול המעסיק, יש לדקדק שבעתיים בדרישת ההסכמה. כך, על המעסיק להידרש להסכמת העובד לחדירה לתיבת הדוא"ל שלו ולקבלה, רק בהתקיים תנאים מסוימים – ככלל בנסיבות חריגות בלבד, לאחר נקיטת אמצעים חודרניים פחות, ובהתקיים הכללים שפורטו לעיל⁷⁰. צוין כי דרישת ההסכמה המחמירה, נוכח פערי הכוחות האמורים, מתיישבת עם ההלכה שלפיה יינתן תוקף **"מצומצם ודווקני"** וב**"מקרים נדירים בלבד"** לויתור עובד על זכויותיו, ו**"בכפוף להלכה לפיה, אין לוותר על זכות קוגנטית או זכות המוקנית לעובד בהסכם הקיבוצי השולל תוקפו של הסכם הוויתור"**. עוד נאמר כי דרישת ההסכמה מחמירה אף יותר כשקם חשש לפגיעה בפרטיות העובד כתוצאה מפעולות המעסיק, ועל כן ראוי לעגנה **"בחווה האישי של העובד ובנהלים מפורטים במקום העבודה, ובמידת האפשר בהסדר קיבוצי דו צדדי, או בהסכם קיבוצי"**. לצד ההסכמה מדעת הודגשה חשיבות הרצון החופשי שבהסכמה כתנאי לה. וסוכמו הדברים במילים אלה⁷¹:

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

ובהמשך –

"הסכמת העובד שני פנים מצטברים לה: נדרשת הסכמת העובד מראש, מרצון ומדעת למדיניות הכללית הנוהגת אצל המעביד בכל הנוגע לפעולות מעקב וחדירה לתיבות דואר שהועמדו לשימוש האישי. בנוסף ובמצטבר נדרשת הסכמת העובד הספציפית בגין כל פעולת מעקב וחדירה בנפרד לתכתובת אישית, ככל שבכוונת המעסיק לקיימן".

118. עניין נוסף שנקבע בעניין **איסקוב** בקשר להסכמת העובד לחדירת המעסיק לתיבת הדוא"ל הפרטית שלו, הוא כי **"גם אם ניתנה הסכמת העובד מדעת, חזקה היא כי הסכמה זו לא ניתנה מרצון חופשי אלא מכורח, ולכן אינה תקפה. ככל שהמעסיק טוען אחרת, עליו נטל ההוכחה להפריך חזקות אלה"**. לפיכך, אם מבקש המעסיק לחדור לתיבת הדוא"ל הפרטית של העובד, כלל אין צורך

סעיף 111.

עניין **איסקוב**, בסעיף 30 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

בהסכמת העובד, ואין זה מעלה או מוריד אם ניתנה הסכמה שכזו, מדעת או שלא מדעת, אלא על המעסיק לפנות לבית המשפט ולבקש צו שיפוטי שיאפשר לו לעשות כן. זאת משום ש"חומרת הפגיעה בליבת הפרטיות של העובד בחדירה לתיבת דואר פרטית שלו בכלל ולתוכן התכתובת הפרטית בפרט היא כה גבוהה, עד כי ההסכמה מדעת אינה מספיקה כדי להכשיר פגיעה זו".

פגיעה בזכות יסוד חוקתית בהסכמה קיבוצית

119. האם ניתן לפגוע בזכות יסוד חוקתית באמצעות הסכמה קיבוצית? האם ניתן לעשות כן שעה שהזכות הקונקרטית העומדת על הפרק היא הזכות לפרטיות או הזכות לאוטונומיה? יכולה להישמע טענה שלאור השילוב המיוחד בין מאפייניה המיוחדים של הזכות לפרטיות ומאפייניו המיוחדים של המידע הביומטרי, יש לאסור באופן מוחלט כפייה של מסירת מידע ביומטרי, בהעדר הסכמה **פרטנית** מדעת ומרצון חופשי. כלומר, גם לפסול את ההוראה המתירה לאדם לחייב אדם אחד למסור מידע ביומטרי, וגם לפסול כל סנקציה שהוטלה בשל סירוב לציית להוראה.

120. בעניין **איסקוב** הגיעו הצדדים הרלוונטיים להסכם קיבוצי המסדיר את סוגיית השימוש והמעקב במחשב ובטכנולוגיות מידע במקום העבודה. באותו הסכם נקבעה דרישה להסכמה כללית מדעת ומרצון למדיניות השימוש והמעקב כאמור. בפסק הדין נקבע כי "הדרישה להסכמה זו היא תנאי הכרחי אך בלתי מספיק. **בכן, בנוסף להסכמה הכללית מכח הדין, דורש ההסכם הקיבוצי כי 'לכל כניסה לתיבת דואר אישית, הנושאת כתובת עם שם העובד בלבד ולקבצים אישיים שלו, נדרשת הסכמה מפורשת מצד העובד'**"⁷².

לכאורה, בהיקש מעניין **איסקוב** ובשים לב לכך שנטילת טביעת אצבע משמעה פגיעה באוטונומיה על הגוף, ניתן לגרוס שהסדרה קיבוצית של שימוש בטביעת אצבע לצורך רישום נוכחות טעונה הסכמה פרטנית. ובהיקש נוסף – ניתן לטעון שכשם שאין לקבל הסכמה לטיפול רפואי שלא על ידי המטופל עצמו (אלא במצבים חריגים שבהם המטופל לא מסוגל ליתן הסכמתו⁷³), כך יש לקבל הסכמה למסירת טביעת אצבע רק מהעובד עצמו. מובן שיש הבדלים בין מתן טיפול רפואי

⁷² עניין **איסקוב**, בסעיף 33 לפסק הדין.
⁷³ סעיף 15 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו – 1996.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ובין נטילת דגימה ביומטרית לשם דיווח נוכחות, אך המשותף לשני העניינים הללו הוא הקרבה לגוף האדם, החדירה ליחידה האוטונומית של האדם.

בצד דברים אלה נדגיש כי יש טעם רב בהסדרה של הנושא בהסכמה קיבוצית, בכל הנוגע להסדרת השימוש בטביעת האצבע. הסדרה שכזו מעניקה יתרון ל"גודל" בכל הנוגע לבירור ההשלכות ולהבנתן ומקלה על המעסיק במגעיו עם העובדים כפרטים. בהקשר זה יש לזכור כי מקומות עבודה רבים אינם מאורגנים, ואז ודאי נדרשת הסכמה פרטנית של כל עובד ועובד.

121. מכל מקום, בנסיבות העניין שלפנינו שאלות נכבדות אלה אינן טעונות הכרעה, מן הטעם הפשוט שאין לפנינו הסכמה קיבוצית שכזו, כפי שיבואר בהמשך, ואנו סבורים שלא יהיה זה נכון להכריע בסוגיה זו במנותק מתוכנו של הסדר קונקרטי.

זכות הקניין של המעסיק וזכות היתר הניהולית

122. עד עתה עסקנו בזכות לפרטיות ובזכות לאוטונומיה על הגוף בהקשר של מידע ביומטרי, וכן בשאלת ההסכמה לפגיעה בזכויות אלה. דיון זה העמיד במרכז את העובד. עתה נעבור לבחון את האינטרסים השונים המונחים על כף המאזניים בענייננו, מנקודת המבט של המעסיק, והם זכות הקניין והפרורוגטיבה הניהולית, ולצד חובת המעסיק הציבורי, דוגמת העירייה בענייננו, לשמירה על כספי ציבור, וכן חובת העובד לנהוג בהגינות ובתום לב, בהיותו צד למערכת יחסי עבודה.

123. סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם קובע כי **"אין פוגעים בקניינו של אדם"**. לפי סעיף 4 לחוק הפרשנות, תשמ"א – 1981, **"אדם"** – **"אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד"**. אלא שהוראה זו שבחוק הפרשנות, בהיותה מצויה בחוק "רגיל" (וחרף האמור בסעיף 1 לחוק הפרשנות), אינה מחייבת לעניין פרשנות חוקי יסוד⁷⁴, כך שנתרת בעינה השאלה איזהו ה"אדם" שבחוק יסוד כבוד האדם. אמנם, רוחו הכללית של חוק היסוד וזכויות מסוימות המנויות בו, מכוונות מעצם טבען לבני אדם בשר-ודם בלבד ולא לתאגידים⁷⁵, אולם בפסיקה⁷⁶ נקבע כי **"הדיבור 'אדם' בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן-אדם,**

⁷⁴ בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, בסעיף 10 לפסק הדין, וההפניות שם, (20.9.2006) (להלן – עניין בנק המזרחי).

⁷⁵ למשל: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." (סעיף 1 לחוק היסוד); "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2); "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4); "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (סעיף 5) "כל אדם חופשי לצאת מ ישראל" (סעיף 6(א)) ועוד.

⁷⁶ עניין בנק המזרחי, בסעיף 10 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ובלבד שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם, עולים בקנה אחד עם מסקנה זו..... על רקע גישה זו, מתבקשת המסקנה כי זכות הקניין היא זכותו של כל אדם, בין אדם בשר-ודם (בן-אדם) ובין אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד מסחרי". כך שאין חולק עוד כי למעסיק זכות קניינית בעסק שלו, המעוגנת בחוק יסוד⁷⁷. אשר למעסיק ציבורי, כגון רשות מקומית, יש הסבורים כי מבחינה רעיונית אין זה מדויק לקבוע שלמעסיק שכזה יש זכות קניינית ב"עסק", שכן "כאשר עסקינן במפעל ציבורי, הרי שהציבור הוא בעליו"⁷⁸. אפילו כך, הזכויות הקנייניות מיוצגות על ידי "הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – כשליחות הציבור"⁷⁹.

124. יש הגוזרים מזכות הקניין של המעסיק⁸⁰ את זכות-היתר הניהולית של המעסיק בעסקו, או בשמה הרווח יותר – הפררוגטיבה הניהולית או הזכות הניהולית. יש הסבורים שמקורה הנורמטיבי של הזכות הניהולית אחר⁸¹. כך או כך, במסגרת הפררוגטיבה הניהולית, יהיה מקורה הנורמטיבי אשר יהיה, רשאי מעסיק לפעול להשאת הרווחים בעסקו, לפעול לייעול העסק, לקבוע את האופן שבו יתנהל העסק, לרבות עריכת "שינויים בשיטות העבודה ובנוהלי העבודה"⁸², מה שמכונה בספרות (על ידי סגנית הנשיא (בדימוס) ברק-אוסוסקין⁸³) – זכות ניהולית עסקית. הפררוגטיבה הניהולית כוללת גם את הזכות לקבוע את כללי המשמעת בעבודה, סדרי העבודה, מסגרת שעות העבודה, אופן רישומן, להנהיג כללי בקרה ומעקב אחר מהימנות הרישום וכיו"ב, וכן רשאי מעסיק לערוך שינויים כאלה ואחרים בעסקו⁸⁴, מה שמכונה בספרות זכות ניהולית ביחסי עבודה⁸⁵. בהתאם, אין חולק כי מעסיק רשאי לקבוע כללים שונים באשר לאופן

77. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). ראו גם דברי השופט א' ריבלין בבג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, בעמ' 595 (2004) (להלן – "בג"ץ רמת"א").

78. עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות עובדי המדינה, הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103 (2000), 122.

79. שם.

80. ראו למשל עניין איסקוב, בסעיף 8 לפסק הדין וכן פרשת מבחני ההתאמה, בסעיף 25 לפסק הדין. למקורות נוספים או אחרים לזכות היתר הניהולית של המעסיק ראו: א. ברק-אוסוסקין, "הזכות הניהולית כזכות חוקתית וההגבלה עליה – האיזון בין זכות המעביד לנהל לזכות העובד לעבוד", ספר סטיב אדלר (נבו, תשע"ו – 2016), בעמ' 99 (להלן – ברק: הזכות הניהולית).

81. ראו למשל מאמרו של ג' דוידוב, "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן", משפטים לח 417 (תשס"ח-תשס"ט).

82. השופט אור בבג"ץ רמת"א, בסעיף 31 לפסק דינו.

83. ברק: הזכות הניהולית.

84. ראו גם עס"ק 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות עובדי המדינה, הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103, 116-117 (2000).

85. ברק: הזכות הניהולית.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

רישום שעות הנוכחות של העובדים, ורשאי הוא להפעיל אמצעים שונים למניעת דיווחים כוזבים של שעות נוכחות.

125. עם זאת, הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק אינה בלתי מוגבלת, ודאי כך הוא בכל הנוגע לזכות הניהולית ביחסי העבודה. הפררוגטיבה האמורה לעולם כפופה לחובת תום הלב, לסבירות ולמידתיות, ונקודת המוצא בהפעלתה היא "במישור זכויות האדם"⁸⁶, שכן "נגד זכות המעביד לקניין וכנגד פררוגטיבת הניהול העומדת לו יש להתחשב בזכויות יסוד של העובדים..."⁸⁷. וכדברי השופט אליאסוף בעניין רמת"א בבית הדין הארצי⁸⁸:

"עלינו למצוא את האיזון הנכון בין פררוגטיבה זו לזכויות העובדים, בין זכותו של המעביד לאוטונומיה של רצון פרטי ולזכותו לחופש העיסוק, לבין אותן זכויות של העובדים. דרישת תום הלב מהמעביד דורשת שהמעביד לא ינצל את הפררוגטיבה הניהולית שלו מעבר לסביר באופן שעובד סביר לא יוכל להסכים לה. דרישת תום הלב מהעובד דורשת שהעובד לא יתנגד לכל שינוי שנעשה על-ידי המעביד תוך כדי מהלך יחסי העבודה ובכך לא יאפשר למעביד לנהל את עסקו." וכן ראו דבריו של השופט צור בעניין ויזנר⁸⁹:

"... הפררוגטיבה הניהולית מייצגת את אינטרס המעסיק – אינטרס לגיטימי לכל הדעות – אלא שלעומתו קיים אינטרס נוסף, הוא אינטרס העובד, אשר אף עליו יש לתת את הדעת. עובד אינו פיגורת משחק על לוח השחמט. עובד הוא בשר ודם, הוא צד לחוזה עבודה, הוא נשכר לביצוע תפקידיו בשרות המעסיק. כמו למעסיק, כך גם לעובד, יש אינטרסים הן כעובד והן כאדם. העובד מעמיד את כישוריו, ידיעותיו ומיומנותיו לרשות המעסיק וקיים לו אינטרס שהמעסיק יעשה שימוש בכל אלה. לעובד קיים אינטרס לממש את יכולותיו המקצועיות והאישיות ובתוך כך גם לממש את עצמו כאדם... מעבר לכך, קיים לעובד אינטרס לגיטימי שהתנהגות המעסיק כלפיו והחלטות המתקבלות בעניינו, יעשו בתום לב ובדרך מקובלת, כמרכיב מחייב בחוזה העבודה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). כך, זכאי כל עובד שהמעסיק ינהג כלפיו בהגינות, בסבירות, במידתיות, בתום לב ובכל מידה הראויה לשרור ביחסים בין שני הצדדים לחוזה עבודה.... מכאן שהפררוגטיבה הניהולית אינה ערך או עקרון העומדים לעצמם. הפררוגטיבה הניהולית מייצגת את הצד האחד במקבילית הזכויות וכנגדה קיים לעולם גם אינטרס העובד, אותו יש להביא בחשבון. מדובר באינטרסים שונים להם נקודות מוצא שונות והשאיפה היא,

86 דברי השי' א' ריבלין בבג"ץ רמת"א, בעמ' 595.

87 שם, בעמ' 542 ו-547 לפסק הדין (השופט ת' אור). ראו גם דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 356-358 (2000); דב"ע (ארצי) נד/4-1 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כט 601 (להלן – עניין רמת"א בבית הדין הארצי), בעמ' 635.

88 שם.

89 ע"ע (ארצי) 674/05 ויזנר – מדינת ישראל, רשות השידור, בסעיפים 20-21 לפסק הדין (28.3.2007).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

לעולם, להביא להרמוניה ביניהם אשר תגשים את האינטרסים של כל אחד מן הצדדים על פני קשת האינטרסים. אכן, לעתים, לא ניתן להגשים הרמוניה זו ומתחדדים אינטרסים מנוגדים של שני הצדדים ליחסי עבודה. מתח זה צריך להיפתר בדרך מאוזנת שתביא בחשבון את שני צידי קשת הזכויות המנוגדות ולא רק אחת מהן. נקודת האיזון צריכה לעולם לעמוד באמות מידה של סבירות ומידתיות, בהתחשב בנסיבות המיוחדות של כל עניין." (הדגשה הוספה – א.א.)

הנה כי כן, הכל מסכימים – בין אם הזכות הניהולית נגזרת מזכות הקניין ובין אם הזכות הניהולית פועלת במישור החוזי ולא כנגזרת מזכות הקניין – כי הפעלת עסק כרוכה בקביעת סדרי העבודה ובעריכת שינויים מעת לעת, וכי למעסיק הזכות לבצע שינויים אלה מכוח הזכות הניהולית שלו. במקביל, אין חולק כי הפררוגטיבה הניהולית אינה מילת קסם המאפשרת למעסיק לעשות ככל העולה על רוחו, וכי עליו לפעול במסגרתה בתום לב, בסבירות ובמידתיות. הדברים יפים שבעתיים שעה שמדובר, כבענייננו, במעסיק ציבורי.

חובת המעסיק הציבורי לשמירה על כספי ציבור

126. על מעסיק, לרבות מעסיק ציבורי, מוטלת החובה לפעול לטובת "העסק". על מעסיק ציבורי מוטלת החובה לפעול לטובת "העסק" גם מכוח חובתו לשמור על כספי הציבור. שמירה זו נועדה למנוע חסר מהקופה הציבורית ובעיקר נועדה להבטיח את טוהר המידות ואת ניקיון הכפיים של השירות הציבורי, וזאת כתנאי לאמון הציבור ברשות⁹⁰. במסגרת זו מחובתו של מעסיק ציבורי לפעול לכך שדיווחי השעות של עובדיו יהיו דיווחי אמת, על מנת שלא ישולמו מכיס הציבור כספים עבור עבודה שלא בוצעה בפועל. הדברים ידועים, אך לשם המחשתם ומאחר שהעניין מצוי בלב לבו של ההליך שלפנינו, נביא מדבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין **אוחנה** לעניין דיווחי נוכחות כוזבים⁹¹:

"אין כמו מצג שוא בדבר הימצאות בעבודה כאשר עובד נעדר ממנה, וקבלת שכר בעבור שעות עבודה שלא בוצעו כדי לפגוע באמינותו של השירות הציבורי בעיני הציבור, וכדי לשקף ניצול כספי ציבור למטרות זרות. קבלת תמורה כספית על ידי עובד בגין שעות עבודה אותן לא ביצע כאשר היה עסוק בענייניו הפרטיים כמוה כשליחת יד בכספי ציבור."

בר"ש 8785/14 מרגי נ' מדינת ישראל, (12.1.2015) (להלן – עניין מרגי).

עש"מ 5626/05 אוחנה נ' מדינת ישראל - נציבות שירות המדינה, בסעיף 6 לפסק הדין (14.3.2006). ראו עוד בר"ש 1185/13 אוחנה נ' מדינת ישראל - נציבות שירות המדינה, (3.4.2013) (להלן – עניין אוחנה); עניין מרגי וההפניות שם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

וכן⁹² –

"למותר יהיה להכביר מלים על החומרה שבהוצאת כספים מקופת הציבור על יסוד דיווחי שווא.... 'לעניין זה דומה המדווח דיווחים כוזבים למעלימי מס, שהיא דרך אחרת לגניבה מן הציבור'."
חובת העובד לנהוג בדרך מקובלת, בהגינות ובתום לב

127. חובות תום הלב וההגינות המוגברות ביחסי העבודה, חלות מטבע הדברים על שני הצדדים ליחסים אלה, לרבות על העובד. במסגרת זו מצופה מעובד, בין היתר, שלא יתנגד ללא הצדקה סבירה לשינויים בלתי מהותיים כאלה ואחרים שמבצע המעסיק במסגרת תפעולו השוטף והיומיומי של העסק.

הגבלת הזכות לפרטיות – בחוק או בהסכמה כדין; ההגבלה, הסנקציה שלצדה ויישומה

128. כפי שהראינו עד כה, העניין שלפנינו מפגיש באופן חזיתי את זכויות היסוד החוקתיות של העובד לפרטיות ולאוטונומיה, החלות גם במקום העבודה, מכיוון אחד; וערכים ועקרונות נוספים העומדים לצד המעסיק, מהכיוון האחר. כך ולענייננו, עומדות אל מול הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה על הגוף זכות הקניין של המעסיק והפררוגטיבה הניהולית שלו, ולצדן עומדות חובותיו של מעסיק ציבורי לשמור על כספי ציבור וחובותיו של עובד לנהוג בתום לב, בהגינות ובדרך מקובלת במערכת יחסי העבודה שהוא צד לה.

לענייננו, בהינתן מכלול הזכויות והערכים הללו, יש לשאול האמנם ובאילו נסיבות תוכשר פגיעה של מעסיק בזכותו של עובד לפרטיות ולאוטונומיה. לכך נידרש עתה.

129. קבענו לעיל שטביעת אצבע מהווה מידע פרטי, שבמסירתה ובשמירתה כרוכות פגיעות בפרטיות ובאוטונומיה ושלפיכך חולשים עליה החוקים וההלכות הפסוקות הנוגעים לזכות לפרטיות ולזכות לאוטונומיה. עוד ציינו שככל זכות יסוד, אף הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה אינן מוחלטות ויש שעליהן לסגת מפני ערכים אחרים. **הסגת הזכויות והגבלתן יכול שתעשינה באחת משתי הדרכים הבאות: בחוק או בהסכמה שאינה נוגדת את תקנת הציבור⁹³.**

⁹² עניין **אוחנה**, בסעיף כ' לפסק הדין.
⁹³ ראו הי"ש 20 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

130. אשר לדרך האחת – אם ישנו חוק המאפשר פגיעה בזכות המוגנת בחוק יסוד כבוד האדם, יש לבחון אם הפגיעה עומדת ביתר מבחני פסקת ההגבלה⁹⁴, היינו – אם החוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", אם הוא "נועד לתכלית ראויה", ואם הפגיעה בזכות היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". רק אם התשובות לשאלות הללו תהיינה חיוביות, ניתן יהיה לומר שהפגיעה בזכות המוגנת בחוק היסוד היא כדן.

אשר לדרך האחרת – אם ישנה הסכמה לפגיעה בזכות היסוד, יש לבחון אם מדובר בהסכמה שניתנה מדעת ומרצון חופשי, על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה, כפי שפורטה בהרחבה לעיל; בנוסף, אם מדובר בהוראה המצויה בהסכם (קיבוצי או אישי), יש לבחון אותה גם בראי סעיף 30 לחוק החוזים, הקובע כי "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל"⁹⁵; ואם ההוראה מצויה בהסכם קיבוצי, יהיה מקום לבחון, בנוסף, אם היא באה בגדרו של סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, הקובע כי "הסכם קיבוצי הוא הסכם בין מעסיק או ארגון מעבידים לבין ארגון עובדים שנעשה והוגש לרישום לפי חוק זה, בענייני קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו, תנאי עבודה, יחסי עבודה, זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם, או בחלק מעניינים אלה".

131. אנו מבקשים לציין כי לצד בחינת חוקיותה וחוקתיותה של הפגיעה עצמה (בין אם היא בחוק ובין אם בהסכמה), יש לבחון גם את חוקיותה וחוקתיותה של הסנקציה המוטלת על המסרב לפעול בהתאם לחוק או להסכמה. את שתי ההוראות – הן זו הקובעת את הפגיעה והן זו הקובעת את הסנקציה – יש להעמיד במבחני סבירות ומידתיות, ובהתייחס, בין היתר, להקשר שבמסגרתו נולדו, לצורך של המעסיק, להשלכות האפשריות של סירוב בהקשר התעשייתי המסוים וכיו"ב. כך, יש להניח שאילו היתה הוראה המתירה כפייה ישירה של מסירת טביעת האצבע (היינו לתפוס את העובד, לאחוז באצבעו ולהטביעה במכשיר המיועד לקליטת טביעת האצבע) – היה דינה להתבטל; אילו היתה ההוראה האמורה בחוק, יש להניח שהיה נקבע כי היא אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם.

94

על הזהירות שיש לנקוט בשעה שנבחנת האפשרות לבטל סעיף בחוזה בשל היותו נוגד את תקנת הציבור ראו עניין קסטנבאום, הי"ש 57 לעיל.

95



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

משאינה מידתית; ואילו היתה ההוראה בהסכם, יש להניח שהיה נקבע כי היא בטלה משהיא בלתי חוקית, בלתי מוסרית ומנוגדת לתקנת הציבור⁹⁶.

באופן דומה, אילו היתה ההוראה האמורה קובעת בצדה סנקציה אוטומטית של פיטורים או שלילת שכר כלפי המסרב לפגיעה (בענייננו כלפי המסרב למסור את טביעת האצבע – אילו היה נקבע שהפגיעה עצמה חוקית/חוקתית), היה מקום לבחון אם היא סבירה ומידתית, בהתייחס להקשר התעשייתי, לצרכי העבודה וכיו"ב.

132. במסגרת הבחינות האמורות יהיה מקום ליתן את הדעת לשיקולי תכלית, מידתיות וסבירות, ובין היתר – ולא רק, לשיקולים אלה:

א. תכלית הפעלת האמצעי – הצורך של המעסיק: יש לברר מדוע מבקש המעסיק המסוים לבצע את הפעולה הפוגעת בזכות – בענייננו נטילת טביעת אצבע – והאם מדובר באינטרס לגיטימי. יתכן בהקשר זה שאינטרס שיימצא לגיטימי אצל מעסיק מסוים, יימצא בלתי לגיטימי אצל מעסיק אחר. בהיבט זה יש לתת את הדעת להקשר התעשייתי. כך, למשל, יש להניח שאם רשות מקומית מסוימת תבקש להתקין מערכת ביומטרית כלשהי לשם יצירת מתחמים מסווגים במשרדה, יתכן שתתעורר שאלת הלגיטימיות⁹⁷. לעומת זאת, אם ייעשה כן במפעל בטחוני, קיימת הסתברות גבוהה שהדבר עשוי להימצא ראוי. בנוסף, יתכן שאצל אותו מעסיק יימצא שאמצעי מסוים הוא לגיטימי רק ביחס לחלק מהעובדים ולפיכך יותר לו להפעילו ביחס אליהם בלבד (כמובן בכפוף לעמידה בעקרון השוויון וההלכות המתייחסות לאיסור אפליה ושונות רלוונטית).

חשוב לעמוד על בהירות בעניין התכלית ולזכור שלעיתים התכלית המוצהרת מסתירה תכלית אמיתית אחרת.

ב. טיב המערכת: אם מדובר בהתקנת מערכת ביומטרית כלשהי, על המעסיק לוודא את טיבה – תוקפה ומהימנותה, בהתאם לאמור בפרשת מבחני ההתאמה⁹⁸. יתכן שיש מקום לדרוש עמידה של המערכת בסטנדרטים שייקבעו על ידי הרגולטור או על ידי מכון התקנים וכיו"ב. אנו מבקשים

⁹⁶ השוו לדברים שנאמרו בעניין נוני, ה"ש 36 לעיל, ביחס לחיוב עובד לעמוד לבדיקה רפואית.

⁹⁷ ראו בהקשר זה עמדת העמותות בסעיפים 87-89 לעמדתן.

⁹⁸ ראו להלן, ה"ש 102.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

להתייחס בשלב זה לטיב השעון הביומטרי שהתקינה העירייה. נזכיר שלעניין זה קבע בית הדין האזורי כך:

"לא מדובר בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל, אלא בנטילת טביעות אצבע באופן אלקטרוני שאינו יוצר העתק מדויק המשמר את צורת הטביעה על כל מאפייניה ואשר אינו יכול לשמש הוכחה להימצאותו במקום מסוים בהקשרים אחרים... על פי האמור באישור היצרן, טביעת האצבע אשר ניטלת מן העובדים מתורגמת לכדי תבנית מאפיינים אשר משויכת בתוך המערכת לעובד מסוים, וממנה לא ניתן לשחזר את הטביעה המקורית. לפיכך, ברי כי אין אנו עוסקים בנטילת טביעות אצבע במובן הרגיל והפוגעני של התהליך, אלא בהליך דומה בלבד, אשר נועד למטרה ראויה ונעשה במידה שאינה עולה על הנדרש. הנטילה, על פי ההסבר שהובא לפנינו, נעשית באופן חד פעמי, ממנה מתורגמים מאפיינים אחדים לצורך שמירה במערכת הממוכנת והחתימה המבוצעת בהמשך בעת הכניסה והיציאה אינה שונה מבחינה אלקטרונית מהחתימת כרטיס זיהוי."
(הדגשה הוספה – א.א.)

דעתנו שונה, ונסביר: תחילה נציין כי ספק בעינינו אם ניתן להסתמך על אישור היצרן בכל הנוגע לטיב העיבוד והשימור של טביעת האצבע. לדידנו, הנטל להוכיח את טיב אמצעי הזיהוי הביומטרי מוטל על כתפי המעסיק, ולשם הרמת נטל זה נראה כי על המבקש לעשות שימוש באמצעי כאמור להציג חוות דעת של **מומחה בלתי תלוי**. כך או כך לאור מסקנתנו שלהלן, אין לנו צורך לקבוע מסמרות בעניין. לגופם של דברים, גם בהנחה כי "המערכת" שומרת במחשב רק חלק מטביעת האצבע, אין בכך ולא כלום. העובדה כי המעסיק (או המערכת) מחליט לשמור רק "חלק" מהמידע הפרטי, אין משמעה כי הדרישה למסור את המידע השלם חדלה מלהוות פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה על הגוף. בנוסף, בכל "החתימת" שעון נדרש העובד להטביע את טביעת האצבע שלו בשעון, והטבעה זו מהווה גם היא פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה של הגוף.

ג. מידתיות: יש לבדוק קיומה של אפשרות למלא את הצורך של המעסיק באמצעים שפגיעתם בזכויות היסוד פחותה. בהקשר זה, ככלל, אנו סבורים ששימוש בטביעות אצבע לשם הקפדה על דיווחי נוכחות אמינים, במיוחד שעה שמדובר במערכת נוכחות מבוססת מאגר – הוא שימוש באמצעי שאינו עומד בדרישת המידתיות. זאת בעיקר משום שישנם אמצעים אחרים להשגת המטרה, שפוגעים בזכותם של העובדים לפרטיות במידה פחותה יותר. כדוגמאות פשוטות: התקנת מצלמה מעל עמדת שעון הנוכחות ומכוונת אליה בלבד, ומצלמת את העובדים המחתימים את כרטיס הנוכחות; מערכת נוכחות



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

ביומטרית מבוססת כרטיס (זו חלופה ביחס לשימוש במערכת נוכחות ביומטרית מבוססת מאגר). כמו כן, הנטייה תהיה שלא לאפשר שימוש במערכת נוכחות ביומטרית מבוססת מאגר, במקום שניתן לעשות שימוש במערכת מבוססת נוכחות ביומטרית מבוססת כרטיס, מן הטעם שהדבר אינו מידתי. זאת לאור האמור בעמדת היועמ"ש, שלפיה הסיכונים הכרוכים בשימוש במערכת מבוססת מאגר עולים לאין ערוך על הסיכונים הכרוכים בשימוש במערכת מבוססת כרטיס. היבט נוסף שיש לשים לב אליו בבחינת המידתיות, הוא בשאלה אם אמצעי זיהוי ביומטריים אכן יש בהם כדי למנוע דיווחי כזב. כלומר, אם האמצעי אכן מאפשר את השגת המטרה;

ד. סנקציות: יש להניח שבהינתן הוראה בחוק או בהסכם המאפשרת למעסיק ליטול מעובדיו מידע ביומטרי לצורך מסוים, ייקבעו לצדה סנקציות שונות כלפי המסרבים להישמע לה. אם כך נעשה, יש לבחון אם הסנקציה עומדת במבחני סבירות ומידתיות, וכל זה בהתייחס, בין היתר, לצורך של המעסיק (כאמור לעיל), להשלכות האפשריות של סירוב בהקשר התעשייתי המסוים וכיו"ב;

ה. רישום ורישוי: מאחר שנתונים ביומטריים יכולים לספק נתונים שונים אודות המוסר אותם, עשויה להישמע טענה שמערכת ביומטרית מבוססת מאגר היא בגדר "מאגר מידע" על פי חוק הגנת הפרטיות⁹⁹, ועל כן מצריכה רישום ורישיון ועמידה בחובות שונות, לרבות כאלה הנוגעות לדרכי אבטחת המאגר וכיו"ב¹⁰⁰. משהצדדים טענו לעניין זה בשולי הדברים בלבד ומאחר שהדבר אינו נדרש להכרעתנו בעניין המסוים המונח לפנינו, לא נידרש לשאלה זו מעבר לאמור בהערה זו ואיננו קובעים דבר לעניין זה.

133. גם לאחר שנמצא כי ההוראה הרלוונטית (בחוק או בהסכמה) והסנקציה שלצדה עומדות במבחנים האמורים, יש לבחון – וזהו שלב נפרד – את אופן יישומה בפועל במקרה נתון, על פי אמות המידה לבחינת החלטות מעסיק במסגרת יחסי עבודה. כלומר, יש לבחון אם ההחלטה על הפעלת הסנקציה התקבלה בהגינות ובתום לב, אם היא סבירה ומידתית, והכל בהתייחס להקשר המפעלי, לנסיבותיו האישיות

⁹⁹ מאגר מידע מוגדר בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות כ"אוסף נתוני מידע, המוחזק באמצעי מגנטי או אופטי והמיועד לעיבוד ממוחשב...". המילה "מידע" מוגדרת באותו סעיף כ"נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו". לאור טיבו יתכן שמידע ביומטרי מסוים יכיל מידע מסוים אודות מצב בריאותו של אדם, ועל כן יהווה "מידע".

¹⁰⁰ ראו בהקשר זה דבריהם בדיון בערעור של ב"כ היועמ"ש, עו"ד בורוביץ, ושל עו"ד גרסון, היועץ המשפטי של רמ"ט, בעיקר בעמ' 4-6 לפרוטוקול.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

של העובד המסוים, לסיבת הסירוב, להשפעת הסירוב, כמו גם הפעלת הסנקציה, על כלל העובדים באותו מפעל וכיו"ב.

פסיקת בית הדין בעניין בדיקות רפואיות ומבחני התאמה

134. בשני נושאים משיקים לעניין שלפנינו, שנדונו בפסיקת בית דין זה, יושמו הכללים האמורים לעיל. בעניין **נוני**¹⁰¹ שהובא לפתחו של בית הדין הארצי לעבודה נדונה שאלת סירובו של עובד לעמוד לבדיקה רפואית. העובד שם הועסק במשרדי מס הכנסה. הוא התקבל לעבודה בהיותו חולה סכרת, ולאור פגיעה בתפקודו נדרש להתייצב לבדיקה רפואית, כהוראת תקנון שירות עובדי המדינה (להלן – "**התקשי"ר**"). העובד וארגון העובדים עתרו לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה להצהיר כי למדינה אין סמכות לאכוף על העובד להתייצב לבדיקה הרפואית, וכן להורות למדינה להימנע מלהעמיד את העובד לדין משמעתי או לנקוט נגדו אמצעים אחרים בשל סירובו להתייצב לבדיקה. בית הדין האזורי דחה את התביעה בקובעו כי לעובד חבות הסכמית להתייצב לבדיקות, ועל כך הוגש ערעור. בערעור נטען שבהעדר הוראה בחיקוק, אין לחייב את העובד לעבור בדיקה רפואית, בעיקר משום שבדיקה שכזו ללא הסכמת העובד מהווה פגיעה חמורה בחירותו ובכבודו. עוד נטען שהתקשי"ר הוא הסדר קיבוצי חד צדדי שאין די בו כדי לחייב את העובד לעבור בדיקה רפואית, ושעל המדינה לנהל מו"מ עם ארגון העובדים לעניין הנהלים להעמדת עובד לבדיקה רפואית.

135. בית הדין הארצי, מפי הנשיא מנחם גולדברג ז"ל, דחה את הערעור בקבעו כי בנסיבות המקרה רשאית המדינה לתבוע מהעובד להתייצב לבדיקה רפואית. הודגש שאף שלפרט חירות להתנגד לבדיקה רפואית, ניתן להגבילה בחקיקה או בהסכם. עוד הודגש שלב העניין אינו בכפיית הבדיקה אלא במשמעות הנובעת מסירובו של עובד לבצעה. נקבע שאין לכפות על העובד לבצע את הבדיקה בניגוד לרצונו, אלא שלסירוב שכזה ייתכנו השלכות, כגון פיטורי העובד.

באותו העניין נמצאה ההוראה הרלוונטית בתקשי"ר. בית הדין פנה לבחון את ההוראה לאור סעיף 30 לחוק החוזים, וקבע שהיא אינה בלתי חוקית (משאין הוראת חוק האוסרת על חיוב עובדים לעמוד לבדיקות רפואיות), אינה בלתי מוסרית ואינה נוגדת את תקנת הציבור. בית הדין השלים כי העובד לא הוכיח

¹⁰¹ עניין **נוני**, ה"ש 36 לעיל. ראו הן את עמדת הנשיא גולדברג ז"ל והן את עמדת השופט אזורי. עתירה לבג"ץ נדחתה – בג"ץ 826/89 **הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מג(4) 745 (1989).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

שהמדינה פעלה משיקולים זרים בדרישתה ממנו לעמוד לבדיקה רפואית, מה עוד שהתקשי"ר כולל הוראות נוספות המהוות מנגנוני הגנה מפני הפעלת סמכות זו של המעסיק באופן שרירותי ותוך ניצול לרעה. אשר למעמד ההסתדרות כתובעת בהליך, לצד העובד, נקבע שמדובר בתביעה אישית מובהקת של העובד ועל כן אין לארגון העובדים זכות להיכנס בנעליו.

136. להשלמת התמונה יצוין כי עתירה לבג"ץ על פסק הדין בעניין נוני נדחתה, תוך שנקבע כי "אם העובד נמנע מקיום ההוראה בדבר בדיקה רפואית, לא יבצעו בו על-כורחו, אך המעסיק חופשי לנקוט את הצעדים העומדים לרשותו, ככל שהדבר נובע מן המסקנה בדבר אי קיום ההוראות, וכן בקשר לצעדים הנגזרים מן המסקנה בדבר המשך התאמת העובד לעבודתו. מסקנות אלו הן פועל יוצא מהגדרת חובותיו של העובד ומכך שלא קיים אותן". שאלת מעמד ההסתדרות נותרה בצריך עיון.

137. בפרשה נוספת שנדונה בבית דין זה¹⁰², נקבע כי אוניברסיטת תל אביב (להלן – **האוניברסיטה**) רשאית לחייב עובדים שלה שהציגו מועמדות למשרה אצלה במסגרת "מכרז פנימי", לעבור מבחני התאמה חיצוניים, בכפוף לכך שהמבחנים יהיו מדויקים, במידה סבירה, בתוקפם ובמהימנותם. זאת "כדי להצדיק את הפגיעה בפרטיות האדם, גם אם התקבלה הסכמתו לעמוד במבחנים"¹⁰³, וגם מכוח חובת תום הלב המוטלת על המעסיק¹⁰⁴. משלא נמצאה בהסכמים הקיבוציים הרלוונטיים הוראה המסדירה את מבחני ההתאמה, הורה בית הדין לאוניברסיטה לקבוע נהלים בנושא "ולמסור העתק מהם לנציגות העובדים"¹⁰⁵. בית הדין בחן את ההסכמים הקיבוציים הרלוונטיים וקבע שגם בהעדר הוראה מפורשת בהם, המאפשרת לאוניברסיטה לחייב עובד הניגש למכרז פנימי לעמוד במבחני התאמה, אין משמעותו שהיא אינה רשאית לעשות כן. וכך נקבע:

"ראשית, סמכותה של ההנהלה להעמיד עובד במבחני התאמה נובעת מסמכותו של המעסיק לנהל את ענייני כוח האדם בתחומו. הנהלת האוניברסיטה רשאית לקבוע את מי מהמועמדים רצוי מבחינתה להעסיק ואת מי מהעובדים לקדם, אלא אם כן ויתרה על כך במפורש בהסכם או שהוגבלה על-פי חקיקה. בכפוף להגבלה כאמור, ההנהלה

102 דב"ע (ארצי) 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385 (1998) (להלן – פרשת מבחני ההתאמה).

103 שם, בעמ' 399.

104 שם, שם.

105 שם, בעמ' 400.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

רשאית לקבוע, בין היתר, את התנאים הנדרשים מהמועמדים לתפקידים המוצעים, לרבות אם יש להעמיד את המועמדים במבחני התאמה. הנהלת האוניברסיטה, כמו כל מעסיק אחר, רשאית להיעזר בשיטות חדשות על-מנת להעמיד לפני ועדת המכרזים את מרבית המידע האובייקטיבי על המועמדים.

שנית, מעיון בהסכם הקיבוצי משנת 1973 עולה, כי אין בו התייחסות מפורשת למבחני התאמה. אין באמור בסעיף 12.3.2 לתוספת להסכם הקיבוצי משנת 1992, המחייב את ההנהלה לשלוח עובדים המועמדים למשרות בכירות למבחני התאמה, כדי להוכיח שאין היא רשאית לעשות כן לגבי עובדים אחרים.¹⁰⁶ (ההדגשה במקור – א.א.)

ובהמשך –

"אין לראות באימוץ טכניקה חדשה זו לבחינת מועמדים כשינוי חד-צדדי בהסכם הקיבוצי או בחוזה העבודה. אין עסקינן בשינוי, מהטעם שבעבר לא הייתה כל התייחסות לנושא."¹⁰⁷

138. לאחר מכן עבר בית הדין לבחון קיומן של הצדקות אחרות להגבלת סמכות האוניברסיטה בעניין מבחני ההתאמה. נקבע כי "הסייגים יכולים להיות מכוח החקיקה בעיקר לעניין איסור הפליה, הגנה על הפרטיות של העובדים ושמירת כבודם, מכוח הסכם וכן מכוח חובת תום-הלב המוטלת על המעסיק". בהתייחס לזכות לפרטיות נקבע כי נוכח הוראות חוק הגנת הפרטיות, "על הנהלת האוניברסיטה לנקוט את כל הצעדים הסבירים על מנת לשמור על פרטיות הנבחנים, כך שתוצאות המבחנים ישמשו אך ורק את האגף למשאבי אנוש של האוניברסיטה, ולא יימסרו לגופים חיצוניים ללא הסכמת הנבחן". בנוסף, מכוח הזכות החוקתית לפרטיות, נקבע כי "בנושאים הפוגעים בפרטיותם של העובד או של המועמד לעבודה, רשאי המעסיק להציג שאלות רק לצורך 'תכלית ראויה' ו'במידה שאינה עולה על הנדרש'".¹⁰⁸ באשר לדרישת המידתיות נקבע כך:

"אין מקום לחייב מועמד לעבודה או עובד לחשוף מידע אישי שאינו קשור לתפקידו או לעבודתו ואינו דרוש לצורך בחינת מועמדותו. כמובן, התוצאות של מבחני ההתאמה הן עניינו הפרטי של העובד; רמת האינטליגנציה, יושרו, מצבו הפסיכולוגי והישגיו הם עניינו הפרטי."¹⁰⁹

בית הדין ערך אבחנה בין מועמדים שהם כבר עובדי האוניברסיטה ובין מועמדים שאינם כאלה, וקבע כי "החזירה לתחום הפרט לגבי עובד צריכה להיות פחותה

106 שם, בעמ' 406.
107 שם, שם.
108 שם, בעמ' 412.
109 שם, בעמ' 413.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מהחזירה לתחום הפרט לגבי מועמדים לעבודה שאינם עובדים¹¹⁰ וכי האוניברסיטה "רשאית להעמיד עובדים במבחני התאמה, אולם רק כדי להוסיף מידע דרוש על המידע אשר קיים בתיקים האישיים של העובדים¹¹¹".

139. בסיכומו של דבר נקבע, כאמור לעיל, שבאיזון בין זכות העובד לפרטיות לזכות הקניין של המעסיק, יש לאפשר לאוניברסיטה להשתמש במבחני התאמה, בכפוף למגבלות באשר לתוקפם ומהימנותם – מכוח חובת תום הלב של המעסיק, ובכפוף להגנה על פרטיות העובד ולשוויון בעריכת המבחנים.

מן הכלל אל הפרט

140. לאחר שפרשנו בהרחבה את העקרונות השונים נעבור ליישם בעניין המונח להכרעתנו. כאמור, קבענו שמידע ביומטרי, לרבות טביעת אצבע, הוא מידע פרטי בעל איכויות זיהוי רבות עצמה המהווה מפתח למידע אישי רב. בהיותו כזה, במסירתו כשלעצמה כרוכה פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה, ופגיעה נוספת בזכויות יסוד אלה נגרמת באגירתו של המידע הביומטרי ובהעמדת מוסר המידע בפני סיכונים משמעותיים. מאחר שמדובר בפגיעות בזכויות יסוד המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם, ניתן לפגוע בהן רק בחוק או בהסכמה.

האם ישנה הוראה בחוק הנוגעת באופן ישיר לעניין שלפנינו?

141. לא מצאנו – ואף לא אחד מהצדדים הרלוונטיים הצביע על – כל הוראה שבדין הקובעת באופן מפורש שמעסיק רשאי לדרוש מעובד טביעת אצבע (או כל מידע ביומטרי אחר), או המחייבת עובד למסור למעסיקו מידע שכזה, לא בכלל ולא לשם שימוש במערכת נוכחות ביומטרית בפרט. זאת בניגוד להוראות חוק המאפשרות למעסיק לדרוש מעובדו פרטים אישיים אחרים, או מחייבות את העובד למסור פרטים אלה, ובניגוד להוראות חוק המאפשרות נטילת טביעת אצבע, אך לא על ידי מעסיקים, כי אם על ידי גורמים אחרים. ונפרט.

מעסיק חייב למסור למוסד לביטוח לאומי "כל נתון" הדרוש לאחרון לצורך ביצוע חוק ביטוח בריאות ממלכתי¹¹², ומן הסתם הדבר כרוך בקבלת פרטים אישיים סטנדרטיים מכל עובד; מעסיק חייב למסור, אם נדרש לכך על ידי פקיד שומה,

110 ש.ס, ש.ס.

111 ש.ס, בעמ' 414.

112 סעיף 40(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד – 1994.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

פרטים שונים על עובדיו¹¹³, וגם כאן יש להניח שמעסיק לא יוכל למלא הוראה זו מבלי שיהיו בידיו פרטים אישיים סטנדרטיים של עובדיו. בהקשר זה נקבע בפרשת מבחני ההתאמה כי –

"המעסיק רשאי לחייב עובד להשיב על שאלות אישיות, לשם דיווחים לשלטונות המס, לקרן הפנסיה ולהעברת משכורתו של העובד; זאת משום שמידע זה דרוש למעסיק על-מנת שימלא אחר חובותיו על-פי חוק או הסכם קיבוצי."¹¹⁴

ועוד: לעניין דמי מחלה חייב עובד למסור למעסיקו הודעה על כך וכן תעודת מחלה¹¹⁵; מעסיק מחויב לנהל פנקס שכר שבו יש לפרט פרטים מסוימים כגון שמו המלא של העובד, מספר הזיהוי שלו, מועד תחילת ההעסקה, מספר ימי מחלה ומספר ימי חופשה שנוצלו ועוד¹¹⁶; מעסיק חייב לנהל פנקס חופשה ובו לכלול פרטים מסוימים לגבי עובדיו¹¹⁷; מעסיק חייב לקיים בירור לעניין תלונות על הטרדה מינית או התנכלות (מטבע הדברים, בירור שכזה עשוי לגעת במידע אישי ביותר)¹¹⁸; בתחום הטיס אסור להעסיק עובד-טיס מסוג מסוים אלא אם הוא הציג רישיון-טיס ותעודה רפואית¹¹⁹; קבלה לעבודה במוסדות מסוימים מחייבת מסירת אישור ממשטרת ישראל למעסיק שלפיו אין מניעה להעסקה¹²⁰; עובדים מסוימים בשירות המדינה צריכים לדווח על נכסים, חובות ומקורות הכנסה¹²¹; על נער, כתנאי להעסקתו, להציג למעסיק אישור רפואי¹²² ותעודת זהות שלו או של הוריו¹²³; על מעסיק של בני נוער לנהל פנקס שבו יירשמו פרטים ביחס לבני הנוער¹²⁴; על עובד/ת למסור למעסיק הודעות שונות מכוח חוק עבודת נשים (כגון: היעדרות בשל שהייה במקלט לנשים מוכות, היעדרות בשל טיפולי פוריות, הודעה על היריון, הודעה על כוונה לאמץ, הודעה על הפסקת הליך אימוץ ועוד כיו"ב

113 סעיף 136 לפקודת מס הכנסה.

114 בסעיף 23 לפסק הדין.

115 סעיף 2(ג) לחוק דמי מחלה, תשל"ו – 1976 ותקנות 1 ו-2 לתקנות דמי מחלה (נהלים לתשלום דמי מחלה), תשל"ז – 1976.

116 סעיף 24 לחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958 והתוספת לחוק.

117 סעיף 26 לחוק חופשה שנתית, תשי"א – 1951 ותקנה 1 לתקנות חופשה שנתית (פנקס חופשה), תשי"ז – 1957.

118 סעיף 7 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998 ותקנה 6 לתקנות למניעת הטרדה מינית (חובות מעביד), תשנ"ח – 1998.

119 סעיף 11(א) לחוק הטיס, תשע"א – 2011.

120 סעיף 3 לחוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, תשס"א – 2001.

121 סעיף 35 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט – 1959.

122 סעיף 16א(א) לחוק עבודת הנוער, תשי"ג – 1953.

123 שם, בסעיף 27ח.

124 שם, בסעיף 31 ותקנה 1 לתקנות עבודת הנוער (פנקס לרישום נערים), תשי"ח – 1958.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

הודעות הכוללות עניינים אישיים¹²⁵; על מעסיק לקבל אישור רפואי לגבי עובד זר, לפני תחילת העסקתו¹²⁶; על עובד/ת למסור הודעה למעסיק לעניין התפטרות על מנת לטפל בילד (בנסיבות מסוימות יש לצרף להודעה אישור רפואי)¹²⁷; חובת מסירת הודעה ואישור רפואי לעניין מחלת ילד¹²⁸; מעסיק רשאי לדרוש מעובד תצהיר בכתב שבו יכללו פרטים המעידים על הכרתו הדתית ועל קיום מצוות דתו¹²⁹ – ועוד ועוד. עד כאן פורטו הוראות חוק שונות הנוגעות לפרטים אישיים שונים שמעסיק רשאי לדרוש מעובד או שעובד מחויב למסור למעסיקו. כאמור, הוראות אלה אינן כוללות מסירת טביעת אצבע.

מכיוון אחר, כאמור, לא מצאנו כל הוראה שבדין המאפשרת למעסיק ליטול טביעות אצבע מעובדיו, בניגוד להוראות חוק המסמיכות בעלי תפקידים מסוימים ליטול טביעות אצבע מאנשים מסוימים במצבים מסוימים, ובניגוד להוראות חוק המחייבות אנשים מסוימים במצבים מסוימים למסור טביעות אצבעותיהם. כך, חוק החיפוש מסמך בעלי תפקיד במשטרה ליטול טביעות אצבע מחשודים בביצוע עבירה, מעוכבים ועוד; שוטרים מוסמכים ליטול טביעות אצבע מאנשים שונים לעניין תקנות שעת חירום¹³⁰; שוטרים צבאיים וקצינים בכירים בצבא מוסמכים ליטול טביעות אצבעות מחיילים כלואים¹³¹; "פוקד" כהגדרתו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו – 1986, מוסמך ליטול טביעת אצבע ממיועדים לשירות בטחון ומיוצאי צבא¹³², ועוד כהנה וכהנה. במקביל, ישנן הוראות בדין המחייבות אנשים מסוימים (במצבים מסוימים) למסור טביעות

125 סעיפים 7(4), 9 ו-10 לחוק עבודת נשים, תשי"ד – 1954; תקנות עבודת נשים (חובת מסירת הודעות למעביד), תשמ"ט-1988; תקנות עבודת נשים (הודעה בדבר היעדרות מעבודה לצורך נסיעה לחו"ל למטרת אימוץ בין-ארצי), תשע"ד-2014; תקנות עבודת נשים (הודעה על שהייה במקלט לנשים מוכות), תשס"א-2000; תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופרייה), תשנ"א-1990.

126 סעיפים 1א ו-1ב לחוק עובדים זרים, תשנ"א – 1991.

127 סעיף 7(ד) לחוק פיצויי פיטורים תשכ"ג – 1963 ותקנות 1 ו-2 לתקנות פיצויי פיטורים (חובת מסירת הודעות למעביד), תשמ"ט-1988.

128 סעיפים 4 ו-26 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 ותקנות 1 ו-2 לתקנות תקנות שוויון ההזדמנויות בעבודה (חובת מסירת הודעה למעביד), תשמ"ט-1988.

129 סעיפים 9 ו-9ד לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951.

130 תקנה 147 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

131 סעיף 1א245 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955. ראו גם סעיף 256(ב) לחוק זה.

132 תקנה 1(1) לתקנות שירות בטחון (אמצעי זיהוי), תשמ"ט – 1989.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

אצבעותיהם. כך למשל אסיר¹³³; כלוא בבית סוהר צבאי¹³⁴; מי שהוטל עליו מאסר על תנאי¹³⁵.

142. מנגד, לא מצאנו – ואף לא אחד מהצדדים הצביע על – כל הוראה מפורשת שבדין האוסרת על מעסיק לדרוש מעובדו טביעת אצבע. זאת, אף שלגבי סוגי מידע אחרים ישנה הוראה שכזו. כך, מעסיק אינו רשאי לבקש פרטים לגבי זהות קופת החולים שאליה שייך העובד (אלא בנסיבות מסוימות)¹³⁶; מעסיק אינו רשאי לדרוש מידע גנטי¹³⁷ או את הפרופיל הצבאי¹³⁸.

143. אלא שכאמור לעיל, כדי להכשיר פגיעה בזכות יסוד חוקתית, יש להצביע, בשלב ראשון, על מקור בחוק המאפשר את הפגיעה. אין די בהצבעה על העדר מקור חוקי האוסר פגיעה שכזו. לפיכך ולענייננו, משאין בנמצא הוראת חוק המאפשרת למעסיק לדרוש מעובדו למסור טביעת אצבע (בכלל ולשם שימוש במערכת נוכחות ביומטרית בפרט) – דרישה כאמור אינה חוקית ואינה חוקתית, אלא אם הוכשרה בדרך האפשרית הנוספת – היא ההסכמה. לכך נידרש עתה.

האם היתה במקרה דנן הסכמה פרטנית "מדעת" ו"מרצון חופשי"?

144. ברי כי במקרה דנן, עובדות החינוך – שעמדו לכתחילה במרכזה של המחלוקת – לא הסכימו למסור טביעות אצבעותיהן, והרי אלמלא כן לא היה העניין מגיע לפתחו של בית הדין. ההסכמה אינה מתקיימת בענייננו, לא בהיבט ההסכמה "מדעת" ולא בהיבט ההסכמה "מרצון חופשי".

אשר להיבט הרצון החופשי – כאמור, זכותו של עובד שלא להסכים לעשות שימוש בטביעת האצבע לצורך רישום נוכחות ביומטרי: לעניין זה לא תשמע הטענה כי עסקינן בפגיעה מזערית או כי מרבית העובדים מסכימים להטבעת האצבע. שאלת הרצון החופשי נבחנת לגבי כל עובד ועובד בנפרד, והצורך בהסכמה קם בין אם הפגיעה – בעיני המתבונן – היא גדולה ובין אם היא קטנה. כפייה ישירה או עקיפה על העובד, למשל בדרך של הטלת סנקציה עליו בגין סירובו לעשות כן, פוגמת ברצון החופשי. במקרה שלפנינו העירייה התרתה בעובדות החינוך שאם לא

133 תקנה 5 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978.
134 סעיף 82 לתקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), תשמ"ז – 1987. ראו גם תקנה 2 לתקנות השיפוט הצבאי (מתן טביעת אצבעות), תשכ"ח – 1968 לעניין מי שהוטל עליו מאסר על תנאי.
135 תקנה 3 לתקנות העונשין (דרכי ענישה), תשט"ו – 1954.
136 סעיף 4(ד) (1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד – 1994.
137 סעיף 29 לחוק מידע גנטי, תשס"א – 2000.
138 סעיף 2א לחוק השוויון.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

תעשינה שימוש בשעון הביומטרי בטביעת אצבען, לא ישולם שכרן: "עובד שלא יחתים נוכחות כחוק יסכן את משכורתו"¹³⁹; "אי חתימה בהתאם לשעון הנוכחות תמנע מהעירייה לשלם משכורות לעובדים שמסרבים לחתום"¹⁴⁰; "עובד שלא יחתום על שעון נוכחות החל מיום 25/6/2012 מסתכן באי תשלום שכרו, מאחר שהדבר ייחשב כאי הופעה לעבודה, וכי כל האחריות בשל כך מוטלת על העובד בלבד"¹⁴¹; "[אי הטבעת אצבע בשעון הנוכחות תיראה] כהיעדרות מהעבודה ומזכה את הרשות לנכות משכרך בהתאם לשעות היעדרות"¹⁴². בהמשך אף מנעה העירייה תשלום שכר העובדות בפועל בשל סירובן. בנסיבות אלה, אף אילו היתה מי מעובדות החינוך מסכימה למסור טביעות אצבעותיה, ודאי שאין היא מהווה הסכמה "מרצון חופשי".

אשר להיבט ההסכמה "מדעת" – גם הוא אינו מתקיים בענייננו, שכן העירייה לא קבעה מדיניות ברורה, גלויה ומידתית בכל הנוגע לשימוש בשעון הביומטרי, על כל הכרוך בכך, וממילא לא שיתפה את עובדות החינוך או את הוועד או נציגות העובדים בקביעת מדיניות זו. בעניין שלפנינו קביעת המדיניות על ידי המעסיק והעברתה לעובדים היא קריטית, נוכח רגישות המידע שאותו ביקשה העירייה לקבל. לעניין החשיבות של שמירת הנתונים הביומטריים ונקיטת אמצעי אבטחה קפדניים וכיו"ב, די להפנות לחוק זיהוי ביומטרי, שהוראות רבות בו מתייחסות לאבטחת מאגרי מידע ביומטריים, לאור החשש לפגיעה משמעותית בזכות לפרטיות של מוסרי המידע. ההתייחסות אל המידע הביומטרי כאל מידע רגיש במיוחד עולה כמובן גם מדברי ההסבר לחוק זיהוי ביומטרי. בנוסף, קודם לבקשת הסכמתן של עובדות החינוך היה על העירייה להציג להן מידע מקיף ומפורט, ובכלל זה (ולא כרשימה ממצה): הסבר מפורט מה "ניטל" מהן; מי הם ה"טכנאים" שייטלו מהן את טביעות האצבע ומה הכשרתם; האם טביעות האצבע נשמרות ב"מאגר"; מי אחראי על המאגר ולמי יש גישה אליו ואל המידע האצור בו; האם המידע שנשמר, נשמר בצמידות לפרטי זיהוי אישיים אחרים; מהן דרכי האבטחה של אותו מידע; מהן הסכנות האפשריות¹⁴³; האם לגורמים חיצוניים יש אפשרות להתחבר ל"מערכת" מבחוץ או שמא מדובר במערכת

139 מתוך מכתב העירייה למנהלי בתי הספר מיום 10.6.12.

140 מתוך מכתב מ"מ ראש העירייה מיום 19.6.12.

141 שם, בהנחיות היועץ המשפטי של העירייה, שצורפו למכתב.

142 מכתב העירייה מיום 1.10.12.

143 ראו סעיף 81 לעמדת היועמ"ש אודות הסכנות גם במקרה של שמירת "תבנית" טביעת האצבע.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

"מבודדת"; האם ניתן להעתיק את טביעת האצבע מיחידות הקצה (הסורקים) – בין בצורה דיגיטאלית ובין בצורה אחרת; מי בודק ומתי האם מידע זה נשמר או שמא נעשה ניסיון שלא כדין לגשת אליו; כיצד ומתי מוחקים מידע מאותו מאגר; מי הממונה בעירייה על כל אלה ומי אמון על מתן תשובות לשאלות, תהיות וכיוצ"ב בקשות לקבלת מידע.

בענייננו, לא הוצג לעובדות החינוך כל פרט שהוא, עובר לדרישה מהן למסור טביעות אצבעותיהן, ועל כן לא ניתן לומר כי התקיים יסוד ההסכמה "מדעת", ודאי לא כזה העולה בקנה אחד עם הלכת איסקוב.

האם ניתנה בנסיבות העניין הסכמה קיבוצית – בחוקת העבודה?

145. משלא נמצאה בענייננו הסכמה פרטנית מדעת ומרצון חופשי של עובדות החינוך, וכמובהר להלן לגישתנו גם הסכמה קיבוצית לא הייתה, המסקנה המתחייבת היא שפעולת העירייה היתה שלא כדין. זאת מבלי להכריע בשאלה אם ככל שסוגיית השימוע במערכת נוכחות ביומטרית היתה מוסדרת בהסכמה קיבוצית, היה עליה לכלול, כתנאי לתקפותה, דרישה לקבלת הסכמה פרטנית של כל עובד ועובד. כאמור, איננו מכריעים בסוגיה ונותיר אותה למקרה המתאים.

146. עם זאת, אנו מבקשים להידרש לטענת העירייה והמרכז שלפיה סעיף 66.1 לחוקת העבודה, הקובע כי "סוג השעון יקבע על-ידי ההנהלה", כולל גם שעון נוכחות ביומטרי, ומשכך מהווה סעיף זה הסכמה קיבוצית לנטילת דגימה ביומטרית לשימוש במערכות נוכחות ביומטריות. בית הדין האזורי קיבל עמדה זו ודחה את טענת ההסתדרות שלפיה כשנוסחה החוקה בשנות ה-60, לא העלו המנסחים על דעתם את האפשרות לדווח נוכחות באמצעים ביומטריים, ועל כן הפרוגטיבה הניהולית הקבועה בחוקה אינה משתרעת על אמצעים אלה. נביא שוב מדברי בית הדין האזורי לעניין זה:

"העובדה כי המנסחים ראו לנגד עיניהם קיומם בעתיד של שעוני נוכחות מסוגים שונים מעידה דווקא על כך כי לא הטרידה אותם העובדה שסוג השעון יקבע על ידי הרשות באופן בלעדי ומבלי להיוועץ במי מן המשיבים [ההסתדרות – א.א. נראה כי גם על פי חוקת העבודה, קיימת למבקשת [לעירייה – א.א.] פרוגטיבה ניהולית לקבוע את סוג השעון אשר ישמש להצהרה על נוכחות עובדיה ואופן דיווח נוכחות עובדיה במחוזותיה, מבלי שיהיה חובה עליה להיוועץ במשיבים עובר לשינוי סוג השעון."



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

147. דעתנו שונה. תחילה נזכיר כי בכל הקשור לפרשנותו של הסכם קיבוצי ולניסיון להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים לו, יש להתייחס ללשון ההסכם, להקשרו התעשייתי, לאופן יישומו בפועל ול"נסיבות העניין", כפי שנקבע בסעיף 25(א) לחוק החוזים¹⁴⁴. לטעמנו מספר טעמים מובילים למסקנה כי אין לראות בסעיף 66.1 לחוקת העבודה משום הסכמה לשעון נוכחות מהסוג של שעון נוכחות ביומטרי, ואלה הם: ראשית, נוכח התקופה שבה נחתמה החוקה, לפני כ-55 שנה, קשה להניח כי מי מהצדדים לה שיווה לנגד עיניו שעון נוכחות הפועל תוך שימוש באמצעים ביומטריים. לכן, לכאורה, יש לראות את התחום הביומטרי בכלל ואת האפשרות לעשות שימוש באמצעים ביומטריים לצורך דיווחי נוכחות כנושאים שהצדדים להסכם הקיבוצי לא היו ערים להם ועל כן לא הסדירו אותם¹⁴⁵.

שנית, אף שלשון הסעיף, כשלעצמה, מאפשרת הן את פירוש העירייה, המרכז ולשכת התיאום, והן את פירוש ההסתדרות, היועמ"ש והעמותות, יש להעדיף את הפירוש של האחרונים, בהיותו פוגע פחות בזכויות הפרט. לעניין זה ניתן להקיש מדברי השופט חיים כהן ז"ל בעניין קטל¹⁴⁶ –

"ואפילו נאמר שהמלים בהן השתמש המחוקק עשויות לסבול פירוש מרחיב (או מעמיק) אשר כזה, לא יהא זה פירוש ההולם את כוונת המחוקק. ואם יש ובית-משפט מרהיב עוז בנפשו ומפרש דבר המחוקק אף בניגוד לכוונתו המשוערת, אם הלשון שנקט מצדיקה או מחייבת פירוש בזה - אין זאת כי אם מקום ושעה שאותו הפירוש דרוש להגדיל סעד ולהאדיר צדק ולשמור על זכויות אדם שלא ייפגעו. מה שאין כן מקום ושעה שאותו הפירוש דרוש להרחיב סמכויות הרשות ולהפחית מחירויות האדם: כי אז יתבצר בית המשפט מאחורי כוונת המחוקק ויעשה אותה חומה נצורה להגנת הפרט."

דברי השופט כהן נאמרו לעניין חקיקה ראשית, ויפים הם מכוחו של קל וחומר לענייננו-אנו.

שלישית ועיקר, מבחינה מהותית-ערכית, אין דין שעון נוכחות המצריך שימוש ב"כרטיס" או כיוצ"ב כדין שעון נוכחות המצריך נטילת מידע ביומטרי

144 ראו למשל: סק"כ (ארצי) 18/08 התאחדות הקבלנים והבוזרים בישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות עובדי הבניין והעץ, בסעיף 16 לפסק הדין וההפניות שם (15.11.2009); עס"ק (ארצי) 51858-07-15 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, בסעיף 34 לפסק הדין (9.11.2016); עס"ק (ארצי) 19460-04-11 מזור – פרידנזון שירותים לוגיסטיים, הובלה ופרוייקטים בע"מ, בסעיפים 105-107 לפסק הדין (3.11.2016). על מהותו של הסכם קיבוצי ראו עוד סב"א (ארצי) 62655-11-14 הסתדרות העובדים הלאומית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, בעיקר בסעיפים 35-37 לפסק הדין (27.11.2016).

145 השוו לעניין זה את האמור בעמ' 406 לפסק הדין בפרשת מבחני ההתאמה.

146 בפסקה השנייה לעמדתו.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

מהעובדים. מעבר לשעון נוכחות ביומטרי מצריך גישה לגופו של העובד, הן ב"שוטף" – לצורך החתמת השעון, והן לצורך לנטילת הדגימה ביומטרית מגופו. מדובר ב"עליית מדרגה", ועל כן הוא בבחינת **שינוי מהותי בתנאי ההעסקה המחייב לכל הפחות היועצות עם ארגון העובדים**, וזאת מכוח דיני העבודה ויחסי העבודה הקיבוציים, וללא קשר להסכמה הפרטנית שיש לקבל מכל עובד לצורך הסדרת הפגיעה בפרטיותו בהתאם להוראות הדין. בנסיבות אלה, נראה כי סביר יותר שאת הוראת סעיף 66.1 לחוקת העבודה אין לפרש כמשתרעת על שעון נוכחות מהסוג של שעון נוכחות ביומטרי.

148. לאור האמור (וכאמור מבלי לקבוע מסמרות בשאלה האם בכלל בכוחו של ארגון להסכים לכך באופן שיחייב את העובד כפרט), אין לראות בחוקת העבודה משום הסכמה קיבוצית לנטילת טביעות אצבעות או כל מידע ביומטרי אחר לשם דיווחי נוכחות, ודאי שלא הסכמה "מדעת", שהרי במועד חתימת החוקה כלל לא היתה מודעות לאמצעים ביומטריים.

סיכום וסעד

149. סיכום האמור עד כה: מסירת טביעת אצבע פוגעת בזכות לפרטיות ובזכות לאוטונומיה – שתיהן זכויות חוקתיות המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם. שימוש בשעון הביומטרי כולל פגיעה כפולה בזכויות האמורות – הן בעצם מסירת טביעות האצבע והן באגירתן. ניתן להכשיר פגיעה שכזו רק בחוק או בהסכמה כדין. בהעדר הוראה בחוק המאפשרת למעסיק לחייב את עובדיו למסור טביעות אצבע או המחייבת את העובד למסור למעסיקו טביעה שכזו, בהעדר הסכמה פרטנית של עובדות החינוך למסור את טביעות אצבעותיהן, ובהעדר הסכמה קיבוצית לעניין זה – אם בכלל היא מספקת, המסקנה היא **שכפיית העירייה את עובדות החינוך לעשות שימוש בשעון הביומטרי, תוך מסירת טביעת אצבען, אינה כדין ויש להפסיקה**.

150. נדגיש שבמצב הדברים הנתון, היינו בהעדר הוראה בחוק ובהעדר הסכמה, אין צורך להידרש לבחינה נוספת של העניין; לא של דרישת העירייה עצמה, ולא של הסנקציה שהפעילה באי תשלום השכר – בראי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם. ומשאין הסכמה – לא פרטנית ולא קיבוצית – המסדירה הוראה שכזו, אין צורך לעבור ולבחון את העניין; לא את הדרישה עצמה ולא את הסנקציה – בראי



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

סעיף 30 לחוק החוזים או במבחני תום הלב, ההגינות, המידתיות והסבירות שביחסי העבודה.

151. מבחינה אופרטיבית, העולה מכל האמור הוא שפסק דינו של בית הדין האזורי מבוטל. משלא עוכב ביצועו, תחדל העירייה לעשות שימוש בשעון הביומטרי ותימנע מלדרוש מעובדיה למסור טביעות אצבע לשם כך. על מנת לאפשר לעירייה להיערך לכך בהתאם לא נורה על הפסקת השימוש בשעון הביומטרי לאלתר, אלא בתוך 30 יום ממועד קבלת פסק דין זה. נטילת טביעות האצבע תיפסקנה לאלתר. טביעות האצבע שנאספו עד כה – תימחקנה ואיש לא יורשה לעשות בהן כל שימוש שהוא – לבד מחישוב שכר העובדות ויתר זכויותיהן עבור התקופה שבה בוצעו רישומי הנוכחות באמצעות טביעות האצבע. למען הסר ספק, על העירייה לשמור בהתאם להוראות הדין את נתוני שעות העבודה שנשמרו בשעון הביומטרי עבור כל אחת ואחת מעובדות החינוך. כמו כן על העירייה לנקוט אמצעים מידיים למחיקת המידע הביומטרי של עובדות החינוך, בין אם הוא מצוי ברשותה, וודאי אם הוא מצוי ברשות צדדים שלישיים כלשהם. אם ננקטו סנקציות כלשהן כלפי עובדות חינוך שסירבו לעשות שימוש בשעון הביומטרי, הן בטלות מעיקרן ועל העירייה לפעול בעניין זה להשבת מצבן לקדמותו, בטרם הוטלה הסנקציה.

בטרם נעילה

152. חשוב לשוב ולציין כי לא בכל מקרה שבו יבקש מעסיק לעשות שימוש בשעון נוכחות ביומטרי הדבר ייפסל באופן אוטומטי. אלא שנוכח מעמדן הרם של הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה, נוכח אופיו של המידע הביומטרי, ומאחר שעדיין רב הנסתר על הגלוי בתחום זה ומשאין כל דרך להבטיח את שמירתו של המידע לבל ידלוף או לבל ייעשה בו שימוש לרעה – מעסיק המבקש לעשות שימוש באמצעי שכזה, יהיה עליו לעמוד בתנאים קפדניים ביותר. לא כך נעשה בענייננו.

153. הערה נוספת. פגיעה בפרטיות שלא בחוק וללא הסכמה כדין היא אסורה ויש להפסיקה. לעתים עולה הפגיעה בפרטיות כדי עוולה ואף כדי עבירה פלילית, ואם מוגשת בעניין זה תביעה או מוגש כתב אישום, עשוי הפוגע לטעון לפטור מאחריות בשל הגנה כלשהי העומדת לו מכוח סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות¹⁴⁷. בענייננו נזכרה בעמדת העמותות ההגנה המתייחסת ל"ענין אישי כשר של הפוגע"¹⁴⁸, אך

¹⁴⁷ יש לשים לב שההגנה אינה מאיינת את הפגיעה, אלא מאיינת את האחריות לה.

¹⁴⁸ סעיף 18(ג)(2) לחוק הגנת הפרטיות. ראו בהקשר שלפנינו גם ההגנות הקבועות בסעיפים 18(ב)(2) ו-18(ד)(2).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 7541-04-14

משאין לפנינו תביעה להטלת אחריות אזרחית או פלילית על העירייה בשל התנהלותה, ומאחר שהעירייה לא העלתה כל טענה לעניין זה, ודאי לא באופן ישיר, לא מצאנו להידרש לעניין מעבר לאמור בסעיף זה.

154. אנו מבקשים לחתום את פסק הדין במילים הלקוחות מתוך מסמך המדיניות של הממונה על היישומים הביומטריים¹⁴⁹, שנראה כי גלומה בהן תמצית עמדתנו כפי שפורטה לעיל: **"על המדינה להבטיח את הסדרתו המאוזנת של התחום [תחום היישומים הביומטריים – א.א.], אולם אין מקום וצורך לקדם הקמת יישומים ביומטריים"**.

סוף דבר

155. הערעור מתקבל, כאמור בסעיפים 149 ו-151 לעיל. כמקובל בסכסוכים קיבוציים ולאור ראשוניותה של הסוגיה, וחרף התנהלותה של העירייה במניעת שכר העובדות – יישא כל צד בהוצאותיו.

ניתן היום, י"ז אדר תשע"ז (15 מרץ 2017) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
שופט

לאה גליקסון,
שופטת, אב"ד

מר אמנון גדעון,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר ישראל דורון
נציג ציבור (עובדים)