

- העותרות :**
1. אדם מילא בע"מ
 2. בגישה שונה בע"מ
 3. טופ-שיא שירותי יעוץ אירגוני ומיון ממוחשבים בע"מ
 4. פילת (ישראל) בע"מ
 5. מכון קינן-שפי בע"מ

על-ידי באי-כוחם עוה"ד מישל אוחיון
ו/או עמית אשור ו/או גלית פוקס-בורמן
ו/או ליאת אדיב ממשרד מישל אוחיון ושות'
משד' רוטשילד 46, תל-אביב 66883
טלפון : 03-7108100 פקס : 03-5608100

- נגד -

- המשיבים :**
1. רשם מאגרי המידע
קריית הממשלה – קומה 9
רח' מנחם בגין 125, תל-אביב 610772
טל': 03-7634050 ; פקס : 03-6467064

2. שר המשפטים
באמצעות היועץ המשפטי לממשלה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466521/2 ; פקס : 02-6467001

עתירה מנהלית

בית-המשפט הנכבד מתבקש להורות על בטלותה של הנחיית רשם מאגרי המידע מספר 2/2012 בעניין תחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על הליכי מיון לקבלה לעבודה ופעילות מכוני מיון (להלן: "ההנחיה").

לחלופין, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות על בטלותן היחסית של הוראות ההנחיה העוסקות באופן היישום של זכות העיון, במובן זה שזכות העיון תינתן רק ביחס ל"מידע" (כהגדרתו בחוק) וכמפורט להלן, אך לא ביחס להערכות, התרשמויות והמלצות הכלולות בחוות-הדעת ואשר אינן בגדר "מידע" במובן האמור.

כמו-כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העתירה ובשכ"ט העותרות.

אלא אם נאמר אחרת – כל ההדגשות במסמך זה הוספו על-ידי הח"מ.

תוכן עניינים

3.....	תמצית נימוקי העתירה – בקליפת האגוז	(א)
4.....	הצדדים	(ב)
5.....	התשתית העובדתית	(ג)
5.....	מהות מבדקי התאמה לקבלה לעבודה	1. (ג)
7.....	מבדקי התאמה לקבלה לעבודה – אופן ניתוח התוצאות ועריכת חוות-הדעת	2. (ג)
9.....	מעמדן של העותרות לפי חוק הגנת הפרטיות	3. (ג)
9.....	ניסיונות להסדיר בחקיקה את תחום האבחון והמיון התעסוקתי בכלל זכות העיון בפרט	4. (ג)
11.....	הליכים קודמים מול הרשם	5. (ג)
15.....	הליכים עיקריים קודמים בבתי-המשפט	6. (ג)
18.....	הטיעון המשפטי	(ד)
18.....	הרשם פעל בחוסר סמכות	1. (ד)
25.....	מטרות זרות ושיקולים זרים בקביעת ההנחיה	2. (ד)
30.....	ההנחיה אינה סבירה, אינה מידתית ופוגעת בחופש העיסוק של העותרות	3. (ד)
36.....	הפרשנות שניתנה להוראות חוק הגנת הפרטיות במסגרת ההנחיה הינה פרשנות שגויה	4. (ד)
41.....	הסמכות לפרש את הוראות החוק מסורה לבית-המשפט	5. (ד)
43.....	סוף דבר	(ה)

ואלו נימוקי העתירה:

תמצית נימוקי העתירה – בקליפת האגוז (א)

1. ביום 28.2.2012 התפרסמה באתר האינטרנט של הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע ("רמו"ט") ההנחיה נשוא עתירה זו.
- *** עותק של הנחיית רשם מאגרי המידע 2/2012 מצ"ב ומסומן כ**נספח 1**.
2. ההנחיה התפרסמה חרף קיומה של קשת רחבה של התנגדויות אשר הוגשו לרשם מאגרי מידע על-ידי מגוון גופים העוסקים בתחום המיון התעסוקתי, לרבות גופים ציבוריים ודו-מהותיים, איגודים מקצועיים, מעסיקים גדולים מהמגזר הציבורי ומהמגזר הפרטי, מכוני מיון וביניהם העותרות ועוד.
3. מעבר להתנגדויות לגופה של ההנחיה – הן בפן המקצועי-פסיכולוגי, הן בפן החברתי-ציבורי והן בפן המשפטי – גורסות העותרות כי, ההנחיה נקבעה על ידי הרשם בחוסר סמכות, כמפורט בעתירה זו.
4. במסגרת ההנחיה, נקבעו על-ידי הרשם נורמות כלליות חדשות, ולמצער כאלו המשנות שינוי של ממש מהמצב המשפטי הנוהג, נורמות אשר צופות פני עבר ועתיד כאחד ומיועדות לחול על מגזרים רבים במשק, ולמעשה על שוק התעסוקה בכללותו.
5. כל זאת נעשה חרף העובדה כי, קביעת הנחיה כאמור חורגת מסמכות הרשם וכאשר השיקולים שהובאו על-ידי הרשם להצדקתן של אותן נורמות מרחיקות לכת שבהנחיה, הינם שיקולים החורגים מדל"ת אמותיו של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1984 (לעיל ולהלן: "**חוק הגנת הפרטיות**" או "**החוק**"), אשר מכוחו פועל הרשם, נטועים עמוק בתחום דיני העבודה, ומטרתם לקדם מטרות כגון הגנה על זכויות עובדים ומועמדים לעבודה, אשר בינן לבין המטרות המנויות בחוק הגנת הפרטיות אין ולא כלום. תהליך פגום זה הופך את ההנחיה ל"נטע זר" אשר אינו יכול לעמוד.
6. הלכה למעשה, ההנחיה מהווה מקרה חריג של "חקיקה ביצועית" (בהשאלה מהמונח "חקיקה שיפוטית") על-ידי גוף ביצועי-מקצועי, אשר לא הוסמך לכך בחוק או מכח חוק, תוך התפרשות יתר של הרשות המבצעת עמוק אל תוך מרחב הפעולה של רשות אחרת – היא הרשות המחוקקת, אשר רק בכוחה הסמכות לקבוע הסדרים מן הסוג שהתיימר לקבוע הרשם במסגרת ההנחיה, ואשר רק בידיה הכלים והמנדט לשקול שיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים בבואה לשנות את המצב המשפטי הנוהג ותוך שהשיקולים לקביעתה הינם שיקולים זרים הלקוחים מדינים אחרים שאינם רלוונטיים לתפקידו ולסמכויותיו של הרשם. למצער, מתבקש הדבר, כי נורמות מסוג זה ייקבעו על-פי הסמכה בחוק לאחר הליכי בחינה ואישור על-ידי וועדות הכנסת המתאימות.
7. נעמוד להלן על הדברים כסדרם, דבר דבור על אופניו.

הצדדים (ב)

8. העותרת 1, אדם מילא בע"מ (להלן: "העותרת 1" ו/או "אדם מילא") היא אחת מבין החברות הגדולות בישראל בתחום משאבי האנוש, העוסקת, בין היתר, בגיוס כוח אדם, באבחון, בהשמה, בפיתוח ובייעוץ לעובדים ולארגונים בארץ ובעולם, והינה תוצר של מיזוג שנערך בשנת 2003 בין מכון אדם, שנוסד בירושלים בשנת 1958, ומכון מילא שהוקם בשנת 1984.
9. העותרת 2, בגישה שונה בע"מ (להלן: "העותרת 2" ו/או "גישה שונה") הינה חברת ייעוץ המתמחה באבחון, איתור והשמת בכירים. העותרת 2 פועלת מאז שנת 1995 ועוסקת, בין היתר, בהערכה ואבחון מנהלים, איתור ופיתוח מנהלי העתיד (Talent Management), ייעוץ אישי למנהלים, וליווי תהליכי פיטורין, במגזרי המשק השונים.
10. העותרת 3, טופ-שיא שירותי יעוץ אירגוני ומיון ממוחשבים בע"מ (להלן: "העותרת 3" ו/או "טופ שיא") הינה חברה המתמחה בתחום הפסיכולוגיה הארגונית. מאז הקמת המכון בשנת 1987, טופ-שיא עוסקת, בין היתר, באבחון ומיון עובדים, מרכזי הערכה לתפקידי ניהול, ייעוץ תעסוקתי, מחשוב והטמעה של מערכות הערכות ביצוע וסדנאות וקורסים לפיתוח מנהלים.
11. העותרת 4, פילת (ישראל) בע"מ (להלן: "העותרת 4" ו/או "פילת") הינה אחת מבין החברות הגדולות בישראל בתחומי משאבי האנוש העוסקת, בין היתר, באבחון ומיון של מועמדים לעבודה, ייעוץ תעסוקתי, השמה וגיוס, הערכת עובדים, סקרים ארגוניים, ייעוץ וניהול אסטרטגי, בארץ ובעולם. העותרת 4 נוסדה בשנת 1974 וכיום הינה חברה-בת של חברת פילת גרופ בע"מ¹.
12. העותרת 5, מכון קינן-שפי בע"מ (להלן: "העותרת 5" ו/או "קינן-שפי") היא אחת מבין החברות הגדולות בישראל בתחום משאבי האנוש. החברה נוסדה בשנת 1982 והיא עוסקת, בין היתר, באבחון ומיון מועמדים, גיוס והשמת מנהלים ועובדים, ייעוץ ניהולי-ארגוני, משאבי אנוש במיקור-חוץ וייעוץ והכוון תעסוקתי-לימודי.
13. המשיב 1, רשם מאגרי המידע, הינו בעל תפקיד אשר מונה על-ידי ממשלת ישראל, בהודעה ברשומות, לנהל את פנקס מאגרי מידע, בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות. בספטמבר 2006 הוקמה על-ידי משרד המשפטים הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע (רמו"ט) כרשות להגנת מידע אישי בישראל. כיום, בתפקידה הרשות הגנת מידע אישי, רמו"ט מאחדת תחתיה שלוש יחידות שהיו קיימות קודם לכן במשרד המשפטים, ביניהן רשם מאגרי המידע. ראש רמו"ט הנוכחי, עו"ד יורם הכהן, משמש גם כרשם מאגרי המידע (להלן: "הרשם").

¹ חברה ציבורית הנסחרת בבורסה לניירות ערך בתל-אביב.

14. המשיב 2, שר המשפטים, הינו השר הממונה על ביצוע החוק והוא רשאי להתקין תקנות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, בכל ענין הנוגע לביצועו של החוק; בין השאר – תנאי החזקת מידע ושמירתו במאגרי מידע; האופן, התנאים והתשלום למימושה של זכות העיון במידע כללי התנהגות ואתיקה לבעלים, למחזיקים או למנהלים של מאגרי מידע ולעובדיהם; הוראות לענין ביעור מידע עם הפסקת פעולתו של מאגר מידע.

התשתית העובדתית (ג)

1. (ג). 1. מהות מבדקי התאמה לקבלה לעבודה

17. מזה למעלה מ-50 שנים מתקיימת בישראל פעילות עניפה של אבחון ומיון מועמדים באמצעות כלים מתחום הפסיכולוגיה הקלינית, החברתית והתעסוקתית. ראשיתו של התחום בישראל, במבדקים שהועברו על-ידי המגזר הביטחוני ומשם התפתח התחום גם למגזר הפרטי והציבורי.

18. ככלל, כיום ארגונים, מוסדות וגופים רבים, ביטחוניים, אקדמיים, ציבוריים ופרטיים כאחד, עושים שימוש נרחב בכלים ובשיטות העבודה של הפסיכולוגיה החברתית והתעסוקתית לצרכים שונים, ובכלל כן, לצורך קבלה לעבודה של עובדים, קידום עובדים בתוך הארגון, ייעוץ והכוון מקצועי (בחירת קריירה), קבלה ליישובים ועוד.

19. בהערכה גסה, נערכים בישראל מאות אלפי אבחונים בשנה.

20. לרוב, מבדקי התאמה לקבלה לעבודה נערכים ב"יום מיון" הנמשך מספר שעות – בין שעתיים עד שמונה שעות, תלוי בהיקף וסוג המבדקים, המתבקשים על-ידי המזמין. יום המיון כולל מבדקים מסוגים שונים: מבחני כישורים, מבחני ושאלוני אישיות, מבחני מצב קבוצתיים (דינמיקה קבוצתית), ראיון אישי ועוד.

21. חלק מהמבדקים, כגון מבדקי הכישורים והאישיות, הינם (בד"כ) ממוחשבים, בעוד חלק אחר מבוצעים בנייר ועפרון. רכיב אבחוני נוסף ומרכזי בתהליכי מיון תעסוקתי מושתת כולו על בחינה, התרשמות והערכה על ידי פסיכולוג מיומן, בין אם נעשה הדבר באמצעות ראיון תעסוקתי מעמיק, ובין אם באמצעות תצפית הפסיכולוג בעת ביצוע מטלות סימולטיביות, אשר נבנו כך שתדגומנה את אותם התכונות והכישורים הנדרשים מהמועמד בתפקיד אליו הוא מיועד.

22. ככלל, המועמדים/נבדקים מופנים אל מכון המיון על-ידי מזמין העבודה – הוא המעסיק המעוניין לעשות שימוש בשירותים המקצועיים של המכון לצורך טיוב תהליך גיוס כוח-האדם לארגון. המעסיק הוא המשלם עבודה האבחון.

23. על-פי הנוהג בענף, מזה עשרות שנים, במסגרת ההתקשרות בין מזמין העבודה לבין מכון המיון נכללה התחייבות של המכון שלא להעביר את תוצאות האבחון ו/או חוות-הדעת הנמסרים למזמין לידי הנבדק/מועמד ולא לחשוף אותם בפניו או בפני כל גורם אחר למעט המזמין.

24. טרם ביצוע המבדקים, נמסר למועמד הסבר על יום המיון שאותו הוא עתיד לעבור, על טיב ומטרת המבדקים אותם הוא עתיד לעבור ועל זכויותיו כנבדק במהלך יום המיון (נוסח ופרטי ההסבר משתנים ממכון למכון).
25. כמו-כן, כתנאי לביצוע המבדקים, מתבקשת הסכמתו בכתב של הנבדק/מועמד, לביצוע המבדקים וגיבוש חוות-דעת אודותיו בהסתמך על ניתוח תוצאות המבדקים ולהעברת התוצאות ו/או חוות-הדעת לידי המזמין (הגוף המפנה את הנבדק למבדקים) ואליו בלבד וכן לויתור מצדו על הזכות לקבל את תוצאות המבדקים ו/או את חוות-הדעת.
26. טרם ביצוע המבדקים, מתבקש כל מועמד לחתום על מסמך המעגן את ההסכמות הנדרשות לביצוע המבדקים (נוסח ההסכמות משתנה ממכון למכון).
27. בתום יום המבדקים, לאחר עיבוד וניתוח התוצאות בידי הצוות המקצועי של המכון, פסיכולוגים מתחום האבחון התעסוקתי, מגובשת חוות-הדעת על התאמתו של הנבדק/מועמד לקריטריונים שנקבעו על-ידי המזמין. חוות-הדעת, חתומה על-ידי פסיכולוג מומחה, מועברת לעיונו של **המזמין בלבד**.
28. על-פי רוב, במסגרת ההתקשרות בין מזמין העבודה לבין מכון המיון, מוסכם כי על המכון לשמור את תוצאות המבדקים וחוות-הדעת.
29. יודגש: תוצאות המבדקים ו/או חוות-הדעת אינם מועברים לאף גורם אחר (לבד מהמזמין המקורי) **אלא אם ביקש או אישר זאת הנבחן עצמו**. יובהר: הסכמת המועמד/נבדק לעיבוד מחדש של התוצאות לצורך מעסיק אחר או לתפקיד אחד, או להעברתן כאמור, הינה תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לביצוע העברה לכל גורם שלישי שאינו מזמין האבחון המקורי. לצורך ביצוע העברה כאמור יש לבדוק את רמת הדמיון והקרבה בין התפקיד המקורי אליו נבדק המועמד לבין התפקיד החדש אליו מועמד הנבחן כעת; לוודא כי קיימת חפיפה בין התכנים שנבדקו עבור מזמין האבחון המקורי לבין הקריטריונים שהגדיר הארגון שאליו מבוקשת ההעברה. רק במקרה של חפיפה הולמת ניתן לבצע עיבוד מחדש של התוצאות והתאמה של חוות הדעת. לא זו אף זו, חובה לבדוק פרק הזמן שחלף מהבדיקה המקורית, והאם הבדיקה עדיין רלבנטית ותקפה, על-פי קריטריונים מקצועיים.
30. רק בהינתן תשובה חיובית לשלושת התנאים הנ"ל – נערך עיבוד מחדש של תוצאות המבדקים ומגובשת חוות-דעת חדשה, המותאמת לארגון ולתפקיד החדש. בחלק מהמקרים כאמור, יוזמן הנבדק/מועמד לבדיקת השלמה.
31. ככלל, תוצאות המבדקים משמשים את המכון גם לצורך ביצוע בדיקות מקצועיות חיוניות, העומדות בלב העשייה המקצועית. נדרש לפתח כלי מיון חדשים ומשופרים לטיוב תהליכי מיון, לבנות נורמות התייחסות המסייעות למקם כל נבחן יחסית לקבוצת ההתייחסות הרלוונטית לו (לפי מין, גיל, רמת השכלה, וכד'), וכן לערוך בדיקות תוקף לבחינת רמת הדיוק של ציוני המיון אל מול

קריטריונים של הצלחת העובד בתפקיד בפועל. כל פעולות אלו הינן בסיסיות ואוניברסאליות לכל העוסקים במלאכת המיון, כחלק מהמאמץ התמידי לשמר ולטפח את איכות המיון ולצמצם טעויות למינימום. על-פי רוב, לצורך בניית נורמות ובדיקת המהימנות אין צורך בזיהוי האישי של הנבדק. מנגד, בדיקת תוקף הניבוי מחייבת זיהוי כל עובד על מנת להשוות את נתוני המיון שלו לביצועיו בתפקיד בפועל.

2.(ג). מבדקי התאמה לקבלה לעבודה – אופן ניתוח התוצאות ועריכת

חוות-הדעת

32. בסיום יום המיון, הצוות המקצועי של המכון, המורכב מפסיכולוגים, מנתח את התוצאות של המבדקים השונים שעבר הנבדק, לצורך הכנת חוות-דעת מסכמת עבור מזמין העבודה.
33. מבדקים ממוחשבים נבדקים באופן אוטומטי באמצעות תוכנה והתוצאה המתקבלת מהווה "חומר גלם" בידי הצוות המקצועי בגיבוש חוות-הדעת.
34. מבדקים שאינם ממוחשבים, כגון שאלונים, ראיונות וסימולציות, מנותחים כאמור על-ידי הצוות המקצועי במכון באמצעות שיקול-דעת מקצועי, ותוצאות מבדקים אלו משמשים אף הם "חומר גלם" בידי הצוות המקצועי בגיבוש חוות-הדעת.
35. ניתוח התוצאות הממוחשבות והלא-ממוחשבות, על-ידי הצוות המקצועי של המכון, נעשה אל מול הגדרות תפקיד / משרה ספציפיות שנקבעו מראש על-ידי מזמין העבודה. לדוגמה, בנק המבקש לגייס לשורותיו פקידים, יגדיר עבור המכון את דרישות התפקיד ובהתאם המכון "יתפור" סט מבדקים אשר יותאם לדרישות התפקיד. מטבע הדברים "החליפה" (סט המבדקים) שהמכון יתפור עבור מיון למשרת מהנדסת תוכנה בחברת היי-טק שונה מ"החליפה" שהמכון יתפור עבור מיון למשרת פקיד בבנק או למשרת נציג מכירות בחברת קוסמטיקה.
36. בסיום יום המיון, הצוות המקצועי של המכון, המורכב מפסיכולוגים, מעבד ומנתח את התוצאות של המבדקים השונים שעבר הנבדק, תוך השוואתם לסטנדרטים ולדרישות שקבע מזמין המיון עבור תפקיד היעד. תהליך זה, הכרוך בגיבוש הערכה לגבי כל מאפיין של הנבדק הרלוונטי לתפקיד, והשוואתו להבנת הפסיכולוג את דרישות המעסיק, אינו הליך טכני-מתמטי, כי אם אינטגרציה רב-רבדית של מרקם עשיר של פרמטרים, הנשענת במידה רבה מאוד על שיקול-דעתו ושיפוטו המקצועי של הפסיכולוג, ומתנהלת, לא פעם, בטווח ההתלבטות המקצועית בקביעת ציונים והערכות. בין היתר, מלאכה זו ניזונה מהיכרות הפסיכולוג עם כלי המיון הספציפיים בהם עושה שימוש המכון, היכרותו עם תוצאות של בדיקות תוקף שנערכו עם כלים אלה והמשקל היחסי הניתן במכון לכלים השונים באינטגרציה של התוצאות. בסופו של תהליך זה נכתבת חוות-דעת מסכמת עבור מזמין העבודה (שיכול להיות הנבדק עצמו או ארגון אחר ששלח את הנבדק לביצוע מבדקים).

37. לבסוף ניתנת המלצה לגבי מידת התאמת הנבדק לדרישות שהגדיר המעסיק, בין המלצה מילולית ובין המלצה מספרית. יודגש, כי במרביתן המכרעת של חוות-הדעת, החלק המספרי בחוות-הדעת אינו מורכב מן התוצאות הישירות של המבדקים שעבר הנבדק, אלא, מעיבוד של התוצאות הישירות של המבדקים באמצעות כלים מקצועיים וניתוחן למול הגדרות התפקיד, כמתואר לעיל.
38. נמחיש זאת באמצעות דוגמה: במסגרת יום מיון, נבדק פלוני ביצע מבחן ממוחשב המורכב מ-50 שאלות בתחום של חשיבה כמותית ומבחן ממוחשב נוסף המורכב מ-50 שאלות בתחום של הסקת מסקנות. בכל-אחד מן המבחנים הממוחשבים השיב הנבדק נכונה על 40 שאלות. ככלל, ה"ציון" של הנבדק במבחנים הממוחשבים שהוא ביצע לא יופיע בחוות-הדעת כלל.
39. מכאן שהציונים המספריים המתקבלים במבחנים הממוחשבים מהווים "חומר גלם" עבור הצוות המקצועי של המכון בבואו לנתח את התאמתו של הנבדק להגדרת התפקיד הספציפי. ניתוח "חומרי הגלם" הינו תהליך מקצועי, המתבסס על שנים רבות של מחקר ופיתוח, הן במישור האקדמי-תיאורטי הן במישור המעשי.
40. חלק מהכלים בהם עושים שימוש הצוותים המקצועיים במכונים השונים הינם משותפים, בבחינה זו שהינם נגישים לכל (ולמצער, נגישים לעוסקים בתחומים). חלק אחר ומשמעותי הרבה יותר, אלו הכלים שפותחו על-ידי כל מכון בעצמו, בהשקעה עצומה, הן בהון אנושי הן במשאבים כספיים. בין אם מדובר בידע וניסיון מקצועי שנצבר אצל הפסיכולוגים עצמם בין אם מדובר במערכות "מומחה" ממוחשבות, שפותחו תוך שימוש וניצול של הידע והניסיון המקצועי שנצבר בכל מכון.
41. כך או כך, התוצאות הישירות של המבחנים והמבדקים שיעבור הנבדק במסגרת יום המיון, הינם לכל היותר חומר הגלם ממנו יוצא לדרך הפסיכולוג בבואו לנתח את התוצאות ולגבש חוות-דעת מסכמת אודות התאמתו של הנבדק לתפקיד או למשרה שאליה הוא נבחן.
42. על בסיס חומר הגלם הזה, ותוך שימוש בידע המקצועי, בניסיון וב"חוש המומחיות" של הפסיכולוג, מגבש הפסיכולוג את דעתו המקצועית ואת הערכתו לגבי התאמתו של הנבדק לתפקיד הספציפי – וזאת מקבלת את ביטוייה בחוות-הדעת.
- *** חוות דעת לדוגמה מצ"ב ומסומן כנספח 2.
43. יודגש כי: חוות הדעת הסופית מותאמת לקריטריונים של המשרה הרלוונטית והארגון המזמין (המעסיק) ולפיכך, אינה מהווה חוות דעת אישיותית כללית אודות אישיותו של המועמד אלא חוות דעת תעסוקתית אשר באופן אינהרנטי מוטמעים בה קריטריונים והגדרות שנקבעו על-ידי המעסיק, ועשויים לכלול מידע עסקי של המעסיק וסודות מסחריים אודותיו.
44. לאחר גיבוש חוות-הדעת, זכאי כל נבדק/מועמד לקבל שיחת משוב בתשלום. שיחת המשוב נערכת על ידי פסיכולוג מהצוות המקצועי של המכון, וככלל היא נמשכת כשעה. מטרתה של השיחה הן

לשתף את המועמד במידע אודות תפקודו ביום האבחון, להציג בפניו את התמונה העולה מהתנהלותו במהלך המבדקים, לספק לו מידע מקיף על הכישורים שנבדקו במהלך האבחון, בדגש על נקודות לשימור ונקודות לשיפור, ולאפשר לו לרכוש כלים יישומיים לשיפור עצמי בעתיד.

3. (ג) מעמדן של העותרות לפי חוק הגנת הפרטיות

45. לכל-אחד מן העותרות מאגרי מידע הרשומים בפנקס מאגרי מידע.
46. כל העותרות רשומות כבעלים של מאגרי המידע.
- *** העתק של כרטיסי מאגרי מידע של כל-אחת מן העותרות מצ"ב ומסומן כנספח 3א-ה².
47. רישום כל-אחד מהמאגרים הנ"ל אושר על ידי רשם מאגרי המידע כדין בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות.
48. כמו-כן, בהתאם לתקנות הגנת הפרטיות (אגרות), התשס"א-2000 (להלן: "תקנות הגנת הפרטיות"), העותרות משלמות מדי שנה אגרה תקופתית לרשם מאגרי מידע, בסכומים כקבוע בתקנות.

4. (ג) ניסיונות להסדיר בחקיקה את תחום האבחון והמיון התעסוקתי בכלל זכות העיון בפרט

49. תחום האבחון והמיון התעסוקתי אינו מוסדר בחקיקה ראשית ו/או בחקיקת משנה ספציפית.
50. יחד עם זאת, על מרבית העוסקים בתחום, שהינם פסיכולוגים בהכשרתם, חלים ההסדרים והנורמות הכלליות, לרבות כללי האתיקה, החלים על פסיכולוגים באופן כללי³.
51. בשנים האחרונות, נעשו מספר ניסיונות להסדיר בחקיקה ראשית נורמות שונות אשר יחולו על תהליכי קבלה לעבודה בכלל ועל מבדקי התאמה לקבלה לעבודה בפרט. ניסיונות אלה, עליהם נעמוד להלן, לא צלחו.
52. כך, בחודש ספטמבר 2000, הוגשה ליושב-ראש הכנסת וסגניו על-ידי חבר-הכנסת סילבן שלום "הצעת חוק מסירת תוצאות מבחני מיון והשמה לנבחנים, התשס"א-2000". במסגרתה הוצע, בין היתר, כדלקמן:

² לחלק מן העותרות מאגרי מידע רשומים נוספים, אשר אינם רלבנטיים לעניין נשוא העתירה.

³ לדיון בשינויים המחויבים בכללי האתיקה של הפסיכולוגים במישור היחסים שבין הפסיכולוג לבין נבדק/מועמד אשר נשלח לאבחון על-ידי צד שלישי (המזמין) ראו: סולי חבושה, "זכות הנבחן לעיין בחוות-הדעת המיונית – האמנם? קריאה לבחינה מחדש של עמדת ועדת האתיקה" וכן תגובת ועדת האתיקה למאמר, כפי שפורסמו בפסיכו-אקטואליה רבעון הסתדרות הפסיכולוגים לחודש 1/2009 [מצ"ב כנספח 12]

"דצה מועמד לדעת את תוצאות מבחני המיון וההערכה, יפנה בקשתו למכון המיון וההערכה בו נבחן, ויקבלם בתמורה לעשרה אחוזים מעלות המבדק, כפי ששילם המעסיק הפוטנציאלי."

53. הצעת החוק הגדירה "מבחני מיון והערכה" כדלקמן:

"כל מבחן, ראיון, שיחה אישית או שיחה קבוצתית הכוללת ניתוח, בדיקה, הערכה, השתתפות או צפיה על ידי פסיכולוג במטרה לבדוק התאמתו של אדם למשרה או לתפקיד"

54. הצעת החוק לא הפכה לחוק.

55. בחודש יוני 2008 הוגשה ליושב-ראש הכנסת וסגניו על-ידי חברי-הכנסת שלי יחימוביץ ומיכאל מלכיאור "הצעת חוק בדיקות התאמה לעבודה, התשס"ח-2008". במסגרתה הוצע, בין היתר, כדלקמן:

"הנבדק זכאי לקבל, ללא תמורה, כל מידע שמעביר בודק למעביד אודות הנבדק וזאת ממועד העברתו למעביד; הבודק יודיע לנבדק על זכותו זו בעת עריכת הבדיקה ויתאם איתו את אופן העברת המידע."

56. תחת סעיף ההגדרות בהצעת החוק הופיעו ההגדרות הבאות:

"'בדיקה' – לרבות בדיקה רפואית, בחינה, שאלון, ראיון, מעקב אחר תגובות פיסיוולוגיות והתנהגותיות של הנבדק;

'בדיקת התאמה' – בדיקה שמטרתה להעריך התאמתו של מועמד לתפקיד או למשרה במקום עבודה, לאור מצבו הגופני, אישיותו, התנהגותו, כישוריו ומיומנותיו"

57. גם הצעת חוק זו לא הפכה לחוק.

58. בחודש נובמבר 2008 הוגשה ליושב-ראש הכנסת וסגניו על-ידי חברי-הכנסת דב חנין, מוחמד ברכה וחנא סוייד "הצעת חוק בדיקה רפואית וסודיות רפואית במסגרת בדיקת התאמה לעבודה, התשס"ט-2008". במסגרתה הוצע, בין היתר, כדלקמן:

"לא יפנה מעביד אדם לבדיקה רפואית ולא ידרוש ממנו לוותר על סודיותו הרפואית במסגרת בדיקת התאמה לעבודה אלא במקום שהבדיקה נדרשת על פי חיקוק או הותרה על פיו, או אם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה אישרה את ההפניה לבדיקה רפואית או את ויתור הסודיות הרפואית לפי סעיף 3."

59. גם הצעת חוק זו לא הפכה לחוק.
60. בחודש מאי 2009 הוגשה ליושב-ראש הכנסת וסגניו על-ידי חברי הכנסת שלי יחימוביץ וחיים כץ הצעת חוק זה להצעת חוק בדיקות התאמה לעבודה, התשס"ח-2008. הצעת החוק האמורה הובאה לדיון בוועדת שרים לענייני חקיקה, אשר בראשה עומד שר המשפטים. ועדת שרים לענייני חקיקה לא אישרה את הצעת החוק, בין היתר, עקב כך שהצעה לא נתמכה על-ידי משרדי הממשלה הרלבנטיים וכן עקב כך הבהרות שהתקבלו כי בכוונת משרדי הממשלה הרלבנטיים לבחון התקנת תקנות שיסדירו את הנושא.
61. הצעת חוק דומה להצעת חוק בדיקה רפואית וסודיות רפואית במסגרת בדיקת התאמה לעבודה, התשס"ט-2008, הוגשה ליושב-ראש הכנסת וסגניו, בחודש יולי 2009, על-ידי חברי-הכנסת דב חנין, מוחמד ברכה, חנא סוייד ועפו אגבאריה. גם הצעה זו לא הפכה לחוק.
62. כלומר, חמש הצעות חוק הוגשו לכנסת ישראל בניסיון להסדיר בחקיקה נורמות העוסקות במישרין בתחום של מבדקים לקבלה לעבודה – אף אחת מהצעות החוק לא עברה את התהליך הנדרש לאישורה כחוק מחייב.
- *** העתק של חמשת הצעות החוק שלא התקבלו מצ"ב ומסומן כנספח 4א-ה.

5. הליכים קודמים מול הרשם (ג).

63. בשנת 2002, התקיימו מספר פגישות בין נציגי שונים של מכוני אבחון ומיון, לרבות נציגים מטעם העותרות, לבין רשמת מאגרי המידע דאז, עו"ד יוספה טפירו-בליי.
64. הורתם של מפגשים אלו, בין היתר, בפניה שהגיעה אל הרשמת מאדם, בשם מריו רוטר (להלן: "רוטר"), אשר עבר יום מיון לקבלה לעבודה, לא התקבל, וביקש לקבל ממכון אדם (כיום אדם-מילא) את תוצאות האבחון שנערך לו.
65. במסגרת הפגישות נעשה ניסיון לגבש קוד אתי מוסכם אשר ייצור איזון בין זכויות הנבדק לבין חובות וזכויות המכון והמזמין, ואשר לפיו יפעלו המכונים.
- *** העתק של טיוטה של הקוד האתי שהוצע לרשמת מאגרי המידע מצ"ב ומסומן כנספח 5.
66. ניסיון זה לא עלה יפה. ביום 4 בפברואר 2003 הודיעה הרשמת לנציגי המכונים כי הקוד האתי המוצע אינו יוצר איזון ראוי בין זכויות הנבדק לחובות וזכויות המכון. כן הודיעה הרשמת כי, משלא נמצא האיזון הראוי, לא נותר לה אלא לנקוט בסמכויות המסורות לה על-פי דין.
- *** העתק מכתבה של רשמת מאגרי המידע מיום 4.2.2003 מצ"ב ומסומן כנספח 6.

67. למן חודש פברואר 2003 לא ננקטו פעולות אכיפה כלשהן על-ידי הרשמת דאז. בהתאם, הפרקטיקה הנוהגת לפיה התבקשו מועמדים/נבדקים לחתום על טפסי הסכמות וויתור, לרבות ויתור על זכות העיון, נמשכה כסדרה.

68. בחודש יולי 2008, בעקבות תלונה שהתקבלה אצל הרשם על-ידי מועמד/נבדק שעבר יום מיון בחברת פילת (מר אילן מנחם), הודיע הרשם לחברת פילת על כוונתו למחוק שני מאגרי מידע של החברה, כפוף לשימוע.

69. בעקבות הודעתו זו של הרשם, התקיימו מספר דיונים בין חברת פילת לבין הרשם ונציגיו ופילת הגישה לרשם את השגותיה הרבות לנימוקים שפורטו על-ידי הרשם במסגרת ההודעה על הכוונה למחוק את מאגרי המידע כאמור. בחודש ינואר 2009 פנה הרשם לפילת להגיש לו השלמת טיעון במספר עניינים, ולאחר קבלת השלמת הטיעון על-ידי חברת פילת, לא התקבל כל מענה נוסף מהרשם.

70. למען הסר ספק, מאגרי המידע של חברת פילת לא נמחקו.

71. למן חודש פברואר 2009, לא ננקטו פעולות אכיפה כלשהן על-ידי הרשם הנוכחי עד לפרסום טיוטת ההנחיה שבנדון. בהתאם, הפרקטיקה הנוהגת לפיה התבקשו מועמדים/נבדקים לחתום על טפסי הסכמות וויתור, לרבות ויתור על זכות העיון, נמשכה כסדרה.

72. בחודש ינואר 2011, הפיץ הרשם טיוטה ראשונה של ההנחיה שבנדון להערות הציבור.

*** העתק הטיוטה הראשונה של ההנחיה מצ"ב ומסומן כנספח 7.

73. על-פי פרסומי הרשם באתר האינטרנט של רמו"ט, לטיוטת ההנחיה התקבלו הערות מהגורמים הבאים: האגודה לזכויות האזרח בישראל; הסתדרות הפסיכולוגים בישראל; איגוד הבנקים; המוסד לביטוח לאומי; חברת מיטב משאבי אנוש ותוכנה בע"מ; חברת סי. פי. אנ. אס בע"מ; גבי מורן לבנון-ססונוב; וכן הערות מטעם העותרות, לרבות חוות-דעת שנערכה על-ידי שניים מבכירי המומחים בישראל בתחום הפסיכולוגיה החברתית-תעסוקתית בישראל ובעלי שם עולמי (פרופ' ברוך נבו ופרופ' שאול פוקס).

*** העתק של הערות הציבור שהתקבלו ביחס לטיוטה הראשונה של ההנחיה מצ"ב ומסומן כנספח 8א-ט.

74. ביום 27.7.2012 הפיץ הרשם טיוטה מעודכנת של ההנחיה שבנדון להערות הציבור.

*** העתק הטיוטה המעודכנת של ההנחיה ומכתב לוואי שצורף לה מצ"ב ומסומן כנספח 9א-ב.

75. על-פי פרסומי הרשם באתר האינטרנט של רמו"ט, לטיוטת ההנחיה המעודכנת התקבלו הערות מאיגוד הבנקים, מהסתדרות הפסיכולוגים ומהעותרות.

*** העתק של הערות הציבור שהתקבלו ביחס לטיוטה המעודכנת של ההנחיה מצ"ב ומסומן כנספח 10-א-ב.

76. לאחר שמספר פניות אל הרשם לאפשר למבקשים להשמיע את עמדתם המקצועית ביחס להנחיה בעל-פה סורבו על-ידי הרשם, ניאות הוא לקיים פורום "שולחן עגול" אליו הוזמנו נציגים שונים מקרב הציבור. פורום "שולחן עגול" כאמור התקיים ביום 22 בספטמבר 2011. תרשומת הדיון פורסמה באתר רמו"ט ביום 27.9.2011.

*** העתק של תרשומת דיון: שולחן עגול בנושא מכוני מיון 22.9.2011 מצ"ב ומסומן כנספח 11.

77. כמו-כן, הוגשו לרשם מאמרו של מר סולי חבושה (פסיכולוג חברתי-תעסוקתי-ארגוני מומחה בהכשרתו המועסק במכון טופ-שיא) שכותרתו "זכות הנבחן לעיין בחוות-הדעת המיונית – האמנם? קריאה לבחינה מחדש של עמדת ועדת האתיקה" וכן תגובת ועדת האתיקה למאמר, כפי שפורסמו בפסיכו-אקטואליה רבעון הסתדרות הפסיכולוגים לחודש 1/2009 וכן עבודת גמר של גבי טלי לביא בנושא אתיקה של ראיונות הקבלה למגמות הקליניות בפסיכולוגיה.

*** העתק המאמר של סולי חבושה ותגובת ועדת האתיקה למאמר מצ"ב ומסומן כנספח 12⁴.

78. כמו-כן, התקבלו אצל העותרות פניות מצד מעסיקים, מהמגזר הציבורי והפרטי כאחד, אשר עושים שימוש במבדקי התאמה לעבודה התקבלו אצל המכונים. הפונים הביעו התנגדות להנחיה בשל החשש כי יישומה יוביל לפגיעה במעסיקים ועלול לגרום להפסקת השימוש במבדקי התאמה לקבלה לעבודה, ולמצער לצמצום משמעותי בהיקף השימוש בהם. למיטב ידיעת המכונים פניות דומות הועברו גם לרשם.

*** העתק של פניות שהתקבלו ממעסיקים מצ"ב ומסומנות כנספח 13-א-ד.

79. בעקבות הדיון בפורום "שולחן עגול" התקיימו שני מפגשים נוספים בין נציגי המכונים לבין נציגי הרשם (ללא השתתפות הרשם). המפגש הראשון התקיים ביום 25.10.2012, כאשר בעקבותיו ולבקשת נציגי הרשם הועברו לעיון הרשם, ביום 21.11.2012, שלושה ניירות עבודה שנערכו על-ידי העותרות בניסיון לגבש מתווה להסדרה עצמית של פעילות מכוני המיון בהיבט של הגנת הפרטיות.

*** העתק של המכתב שהועבר לרשם ביום 21.11.2012 (ללא צרופותיו המצורפות להלן בנפרד) מצ"ב ומסומן כנספח 14-א.

⁴ מפאת אורכה של עבודת הגמר וחוסר הרלבנטיות שלה לעניין הנדון היא אינה מצורפת לעתירה אך ניתן לעיין בה באתר רמו"ט. http://www.hebpsy.net/files/jmRQ_IAUmIMzTPwozA8e.pdf

80. יובהר בהקשר זה, כי העותרות סבורות כי יש צורך בהסדרה של תחום מבדקי הקבלה לעבודה, ולו כדי להבטיח כי כל העוסקים בו יפעלו על-פי סטנדרטים מקצועיים ואתיים מקובלים ונאותים.

81. לפיכך, גיבשו העותרות את "אמנת זכויות הנבדק" אשר מפרטת באופן בהיר ובשפה פשוטה את מתכונת יום המבדקים ואת זכויותיו של הנבדק. על-פי המוצע, לאמנת זכויות הנבדק תצורף פנייה אישית לנבדק/מועמד, כהשלמה לאמנה, וכחלק מתפיסת המכונים את הנבדק/מועמד כלקוח.

*** העתק של "אמנת זכויות הנבדק" והפנייה האישית לנבדק/מועמד מצ"ב ומסומן כנספח 14ב.

82. בנוסף, העותרות גיבשו מסמך בעל אופי משפטי יותר, אך עדיין מנוסח אף הוא בשפה בהירה ופשוטה, המעגן את זכויותיו של הנבדק כלפי המכון, מחד, ואת הצהרותיו והסכמותיו כלפי המכון, מאידך. מעבר להסכמה ההכרחית לביצוע המבדקים והעברת התוצאות וחוות-הדעת למזמין, טופס ההסכמות המוצע מאפשר למועמד הנבדק שליטה במידע אודותיו ומעגן את זכותו היסודית כי מידע אודותיו לא יישמר כלל במאגר מידע או שהמידע אודותיו יישמר באופן אנונימי.

*** העתק של מסמך ההסכמות לביצוע מבדקי התאמה לקבלה לעבודה מצ"ב ומסומן כנספח 14ג.

83. כמו-כן, העותרות הציגו בפני הרשם מודל מוצע לדוח שיימסר למועמד/נבדק המבקש לממש את זכות העיון. הגם שלגישת העותרות, הוויתור החוזי של המועמד/נבדק על זכות העיון הינו ויתור תקף, העונה על הגדרת הסכמה מדעת שבחוק, הציגו העותרות מודל אשר יעניק למועמד את מירב המידע (כהגדרתו בחוק) אודותיו אשר נאסף במהלך יום המיון, מבלי לפגוע באופן משמעותי באינטרסים השונים הניצבים למול זכות העיון, ובכללם: החובה שלא לפגוע בנבדקים עצמם, ההגנה על שיטות העבודה והקניין הרוחני של המכונים והפסיכולוגים מטעמם, השמירה על הסודות העסקיים והמסחריים וזכות הקניין של המזמינים, שמירת האתיקה המקצועית והחובות המקצועיות של הפסיכולוגים העוסקים בתחום לצד חופש העיסוק של המכונים.

*** העתק של דוח לדוגמה שהוצע כי יוצג לנבדק/מועמד מצ"ב ומסומן כנספח 14ד.

84. המודל שהוצע על-ידי העותרות, בהקשר לאופן מימוש זכות העיון, התבסס על אבחנה פשוטה וקלה ליישום לפיה, **מה שהנבדק מסר – מגיע לו לקבל** (אלא אם ויתר על זכותו), כמפורט להלן:

85. הנבדק יהיה זכאי לעיין בתוצאות הישירות של המבדקים שנערכו לו, טרם עיבודם על-ידי המכון (כמתואר בהרחבה בפרק ג(2) לעיל), וכמפורט בדוח לדוגמה⁵. יחד עם זאת, כדי שלא להותיר את

⁵ למותר לציין, כי מדובר במודל לדוגמה וכי לא כל המכונים עורכים אותם מבדקים, לא כל מועמד נבדק על אותו סט של מבדקים וכיו"ב. כך, לדוגמה, שאלון דיווח עצמי על נטיות התנהגותיות (עמ' 3 לדוח לדוגמה) מיושם בתדירות משתנה אצל המכונים השונים, אצל חלק מדובר בסטנדרט ואצל אחרים לא. אולם, בחלק ניכר מהמבדקים המועברים אצל העותרות, יעברו הנבדקים חלק ניכר מהמבדקים הנזכרים במודל לדוגמה, ולפיכך חלק ניכר מהנבדקים יזכו לקבל דוח מפורט, שיאפשר להם לבצע משוב עצמי על תפקודם והישיגיהם ביום המבדקים. מובן כי,

הנבדק כסומא באפילה, ערכו העותרות דוח מורחב, הכולל הסברים מפורטים, בשפה פשוטה ובהירה, אודות המבדקים הנכללים בדוח ומשמעות תוצאותיהם.

86. מנגד, "התוצר הסופי" של עבודת המכון – חוות הדעת – המתקבלת, כאמור, בסיומו של תהליך עיבוד וניתוח מקצועי של תוצאות המבדקים המקיפים שנערכו לנבדקים, הינה פרי פיתוח מקצועי של המכון ובבחינת יצירה חדשה המותאמת לדרישות המזמין ומבוצעת עבורו, ולגישת העותרות, כמפורט בעתירה זו, ממילא איננה מהווה "מידע" כהגדרתו בחוק הגנת הפרטיות – ומשכך, לא תימסר לנבדק, אלא למזמין בלבד.

87. בהמשך לכך, ולאחר שניירות העבודה הועברו לעיונם של נציגי הרשם, התקיימה פגישה נוספת עם נציגי הרשם ביום 20.12.2012 לדיון במתווה המוצע על-ידי המכונים. מפגשים אלו לא הובילו לגיבוש מתווה מוסכם של הסדרה עצמית כאמור.

88. ביום 28.2.2012 הפיץ הרשם את נוסח ההנחיה הסופי.

89. יצוין, כי העותרות נערכות כבר עתה לאימוץ עקרונות ההסדרה העצמית עליהן עמדנו לעיל, הן לעניין אמנת זכויות הנבדק הן לעניין מסמך ההסכמות לביצוע מבדקי התאמה לעבודה. בהקשר לזכות העיון, לאור דחיית הרשם את הצעת המכונים ועמדתו כי מכוני המיון אינם הבעלים של מאגר המידע אלא רק "זרועו הארוכה" של המזמין (המעסיק) שהוא הבעלים, הרי שיישום המודל המוצע אינו אפשרי בשל העובדה כי, בעת הזאת, המודל המוצע עומד בסתירה להוראות שבהנחיה.

6. (ג). 6. הליכים עיקריים קודמים בבתי-המשפט

90. ביום 12 בפברואר 2003, הוגש ערעור לבית משפט השלום בתל אביב על ידי מר מריו רוטר בגין סירוב בעל מאגר מידע (מכון אדם; כיום מכון אדם-מילא) לאפשר לו עיון במידע. הערעור הוגש על פי הוראות סעיף 15 לחוק הגנת הפרטיות ותקנה 8 לתקנות הגנת הפרטיות.

91. מכון אדם השיב להודעת הערעור ביום 9.3.2003, וביום 13.3.2003 ניתנה החלטתו של בית-המשפט השלום הנכבד בתל-אביב הדוחה את הערעור, מן הטעם כדלקמן:

**"פגיעה בפרטיות הינה "ללא הסכמתו" [של הנפגע] כאמור בסעיף 1 לחוק.
המערער [רוטר] נתן הסכמה מפורשת לבדיקות ולאי מסירת התוצאות לידינו,
אלא למזמין בלבד. על כן, אין בבקשת המערער כל ממש."**

העתק פסק-דינו של בית-משפט השלום מיום 13.3.2003 מצ"ב ומסומן כנספח 15.

בנסיבות שונות, הדוח שיתקבל בפועל יהיה שונה – רחב יותר או מצומצם יותר – מן הדוח לדוגמה. כן, בנסיבות המתאימות, כמפורט בסייגים הקבועים בחוק תישמר למכונים האפשרות שלא להעביר את הדוח לנבדק או להעבירו לפסיכולוג מטעמו או להשמיט מן הדוח פרטים, העלולים לפגוע בזכויות הנבדק, המכון או המזמין, לפי הדין.

92. על פסק-דינו של בית-משפט השלום הנ"ל, הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי (ע"א 1949/03). היועץ המשפטי לממשלה הודיע על הצטרפותו לערעור ועמדו שהוגשה לבית-המשפט המחוזי הייתה כי יש להשיב את הדיון לבית-משפט קמא על מנת לברר את מלוא התשתית העובדתית הנדרשת לשם ההכרעה המשפטית. בהמלצת ערכאת הערעור הסכימו הצדדים כי פסק-דינו של בית-משפט השלום יבוטל והדיון יוחזר לבית-משפט השלום.

93. בסופו של יום, תביעתו של מריו רוטר הסתיימה בפשרה מחוץ לכותלי בית-המשפט.

94. בשנת 2007 הוגשה לבית-הדין האזורי לעבודה תביעה של מועמד/נבדק אשר ניסה להתקבל לעבודה בחברת מקורות, ולצורך כך עבר מבדקי התאמה במכון קינן-שפי. התביעה הוגשה במקור נגד מכון המיון (קינן-שפי) ונגד מזמין העבודה (חברת מקורות). בית-הדין האזורי לעבודה הורה על מחיקת התביעה נגד מכון המיון מחמת חוסר סמכות והיעדר עילה.

*** החלטת בית-הדין האזורי לעבודה מיום 23.7.2007 מצ"ב ומסומן כנספח 16.

95. בשנת 2008, הגיש אותו מועמד/נבדק תביעה נוספת נגד מכון קינן-שפי. התביעה הוגשה לבית-משפט השלום בחיפה. במסגרת התביעה טען התובע, בין היתר, להפרת חוק הגנת הפרטיות. במסגרת ההליכים המקדמיים בתיק, עתר התביעה לגילוי מסמכים ספציפיים, בין היתר, כדלקמן: כל האסמכתאות ורישומים בעניין המבחנים שעבר התובע אצל המכון; כל האסמכתאות והרישומים בעניין תוצאות התובע במבחנים שעבר במכון המיון; כל המסמכים שהמכון מסר לחברת מקורות בעניינו של התובע; כל האסמכתאות והמבחנים אשר מוכיחים את המהימנות של הבחינות השונות שעבר התובע במכון; ועוד.

96. בית-משפט השלום הנכבד בחיפה דחה את הבקשה, וקבע, בין היתר, כדלקמן:

"מכתב ההגנה עולה כי המבקש היה מודע היטב לתנאי מסירת המידע וחתם לפני ביצוע המבחנים על כתב ויתור והרשאה המאשר זאת. מעיון בסעיף 3 לכתב הויתור עליו חתם המבקש עולה כי המבקש "משחרר/ת בזאת אתכם וכל מנהליכם ו/או פסיכולוג מוסמך אחר מטעמכם מחובת שמירת סודיות מקצועית בכל הנוגע לתכני הבדיקה הפסיכולוגית, לממצאי הבדיקה הנ"ל ולחוות דעתכם לגבי ואני מוותר/ת בזאת על סודיות זו כלפי מזמין הבדיקה הנ"ל בלבד" (הקו הוסף ד.פ.).

סעיף 4 לכתב הויתור לשונו - "ידוע לי ואני מסכים/ה בזאת לכך כי לא אהיה רשאי לקבל מכם ו/או ממזמין הבדיקה את ממצאי הבדיקה בין בע"פ ובין בכתב, אלא על פי שיקולכם המקצועיים בלבד (במסגרת יעוץ ו/או משוב) ואני מוותר/ת בזאת על כל תביעה ו/או טענה בהקשר לקבלת ממצאי הבדיקה כאמור". הויתור על תביעות יבדק במסגרת ההליך, אולם יש בו כדי להשפיע כבר בשלבים המקדמיים של ההליך בנוגע לגילוי ועיון.

עוד יצויין כי חלק מהמסמכים המבוקשים הינם מסמכים אשר שייכים למזמינת השירות - הלקוח (מקורות) והמצאתם על ידי המשיבה יהוו הפרת החיסיון בין המשיבה לבין הלקוח. הסרת החיסיון במקרה זה עלולה לפגוע בקשרי המשיבה עם לקוחותיה ובאיזון האינטרסים שבין המבקש למשיבה ואין להתירה. לגבי מרבית המסמכים המבוקשים, מדובר בבקשה כוללת וגורפת. בנוסף, מדובר במסמכים המהווים סוד מסחרי שעניינו שיטות העבודה של המשיבה ואינני מוצא לנכון להתיר את גילויים, דבר העלול לרוקן את עבודת המשיבה מתוכן בסופו של יום. אציין בהקשר זה, וזאת כמובן מבלי להביע את עמדתי בנוגע לסיכויי התביעה, כי המבקש התקשר לצורך העניין עם מקורות ולא עם המשיבה. משיקוליו, בחר המבקש שלא לצרף את מקורות לתביעתו וללא צירופה לא ניתן לבקש לעיין בחומר הרלוונטי להתקשרות עימה מבלי שתותר על טענת החיסיון (י' עמית, "קבילות סודיות חסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי - ניסיון להשלטת סדר", ספר א' קיטאי, (נבו) תשס"ח-2007) 247 בעמ' 276). מעיון בנספחי כתב ההגנה עולה כי המשיבה צירפה את פרופיל התפקיד- מנהל פרוייקטים כפי שהוגדר על ידי מקורות, לרבות דרישות התפקיד, התכונות הנדרשות והכישורים ההכרחיים. לטעמי, מסמך זה עונה על דרישת הגילוי כפי שהוגדרה בסעיף ב' לבקשה. ההחלטה אלו בחינות על המבקש לעבור בהתאם לכך, הינה בגדר סוד מסחרי בהתאם לשיטות העבודה הנהוגות אצל המשיבה ואין חובה לגלותן. בסעיף 12 לכתב הגנתה מציינת המשיבה כי המבקש משיקוליו בחר שלא לתאם פגישת משוב עם המכון לצורך קבלת מידע על תוצאות המבחנים. יודגש כי מדובר בפגישה בתשלום. לטעמי, על המשיבה לכל היותר חלה החובה לגלות למבקש את אותם נתונים אשר היתה מוסרת לו במסגרת פגישת הייעוץ או המשוב במידה והיה מעוניין בה. אציין כי היות ומדובר בצד שאינו מזמין השירות ואינו נושא בתשלום כלשהו - זכותה המלאה לדרוש כי יעוץ/משוב זה יהא כרוך בתשלום. משבחר המבקש שלא לפנות לאפיק זה- אין לו אלא להלין על עצמו."

*** העתק של החלטת בית-משפט השלום בחיפה מיום 26.10.2009 מצ"ב ומסומן כנספח 17.

97. בסופו של יום, התביעה האמורה נדחתה ללא צו להוצאות.

*** העתק מפקס-דינו של בית-משפט השלום בחיפה מיום מצ"ב ומסומן כנספח 18.

(ד) הטיעון המשפטי

1.(ד). הרשם פעל בחוסר סמכות

98. העותרות תטענה כי כבוד הרשם פעל בחוסר סמכות עת התקין את ההנחיה בהיעדר הסמכה שבדין להתקנת ההוראות המפורטות בה ובניגוד להוראת סעיף 36 לחוק הגנת הפרטיות אשר קובע במפורש כי, **"שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, בכל ענין הנוגע לביצועו"** והכל מהנימוקים שיפורטו להלן.

99. חוק הגנת הפרטיות קובע כי "רשם" הינו **"מי שמתקיימים בו תנאי הכשירות למינוי שופט של בית משפט השלום והממשלה מינתה אותו, בהודעה ברשומות, לנהל את פנקס מאגרי המידע כאמור בסעיף 12" לחוק.**

100. בנוסף לסמכותו "הראשית", דהיינו ניהול פנקס מאגר מידע, מקנה חוק הגנת הפרטיות לרשם מאגרי המידע סמכויות נוספות בעניינים הבאים:

(א) רישום מאגרי מידע [סעיפים 10(א) עד 10(ב3) לחוק];

(ב) פיקוח על הוראות החוק והתקנות לפיו בעניין מאגרי מידע [סעיף 10(ג)];

(ג) מינוי הרשם לראש יחידת הפיקוח (המפקחת על מאגרי המידע, רישומם ואבטחת המידע בהם) והקניית סמכות למינוי מפקחים על ידו [סעיף 10(ה)];

(ד) סמכויות פיקוח [סעיף 10(ה1)];

(ה) סמכות לביטול רישום של מאגר או להתליית תוקפו אם הופרו הוראות החוק על ידי מחזיק או בעל מאגר, כפוף לשימוע [סעיף 10(ו)];

101. עיון בחוק הגנת הפרטיות מלמד כי אין כל הוראה בחוק אשר מסמיכה את כבוד הרשם לקבוע הנחיות בהתייחס לנושאים עליהם הוא אמון. מכך עולה כי כבוד הרשם פעל בחריגה מסמכותו עת קבע את ההנחיה תוך שהוא יוצר נורמות חדשות לענף כלכלי שלם, ולמעשה לכלל המעסיקים במשק, ללא סמכות שבדין.

102. לא זו אף זו, החוק הסמיך באופן מפורש את שר המשפטים כשר הממונה על ביצועו של החוק ואף הסמיך את השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצוע של חוק. כך מורה סעיף 36 לחוק הקובע כדלקמן:

"שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, בכל ענין הנוגע לביצועו, ובין השאר –

(1) תנאי החזקת מידע ושמירתו במאגרי מידע;

(2) ...

(3) כללי התנהגות ואתיקה לבעלים, למחזיקים או למנהלים של מאגרי מידע ולעובדיהם;

(4) הוראות לענין ביעור מידע עם הפסקת פעולתו של מאגר מידע."

103. עיון בהנחיה מלמד כי, הוראותיה עוסקות במישרין בעניינים הנזכרים בסעיף 36 לחוק הנ"ל ואשר התקנת תקנות (או הנחיות מחייבות) בעניינם, מסורה על פי הוראות חוק הגנת הפרטיות לסמכותו של שר המשפטים, באישור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת – ולא לרשם.

104. חיזוק נוסף לכך ניתן למצוא בהוראת סעיף 13 (ד) לחוק, הקובע כדלקמן:

"האופן, התנאים והתשלום למימושה של זכות העיון במידע ייקבעו בתקנות."

105. ואכן, שר המשפטים, באישור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, התקין תקנות בעניין זה, הן: תקנות הגנת הפרטיות (תנאים לעיון במידע וסדרי הדין בערעור על סירוב לבקשת עיון), התשמ"א-1981 (להלן: "תקנות העיון").

106. כבוד הרשם היה ער לקיומן של התקנות והוא אף מפנה אליהן במסגרת ההנחיה. כך, למשל, מציין כבוד הרשם כי "ניתן לדרוש תשלום סעד מתן זכות העיון, רק לפי מה שקבע השר בתקנות; ואכן, סעיף 6 לתקנות קבע תשלום בסך 20 שקלים השווים בערכם ל-2 אגורות חדשות בלבד".

107. במסגרת הדיונים שהתקיימו בין נציגי המכונים לבין הרשם ונציגיו, טענו נציגי המכונים, בין היתר, כי גם אם ישונה החוק והם יידרשו ליתן זכות עיון גורפת למועמדים/נבדקים, הרי שהדבר מחייב תיקון של התשלום בעד מימוש זכות העיון, באופן שישקף את ההוצאות הכרוכות בכך מבחינתם.

108. בנקודה זו, הבהיר כבוד הרשם כי "ידינו כבולות" וכי הוא אינו מוסמך להורות על הגדלה של הסכום המגוחך שנקבע בתקנות וכי שינוי שכזה ניתן לעשות רק באמצעות תיקון התקנות – בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שיתיר" וכי הרשם "ימליץ" לגורמים האמונים על כך לעשות כן.

109. תמוה ביותר הוא הדבר כי, הרשם מצא כי יש לו סמכות מלאה להסדיר באמצעות ההנחיה את האופן ואת התנאים למימושה של זכות העיון, אולם דווקא בסוגיית התשלום הוא נרתע לפתע, וסבר כי אין לו סמכות להסדיר סוגיה זאת וכי ניתן לבצע רק באמצעות התקנת תקנות. ברי, כי הדיפרנציאציה שביצע הרשם אינה יכולה לעמוד. ודוק: לרשם אין ולא הייתה סמכות להתקין הנחיות, שהן למעשה תקנות, לא בעניין האופן והתנאים למימוש של זכות העיון ולא בשום עניין אחר, כעולה במפורש מסעיף 36 לחוק.

110. ראייה נוספת לכך ניתן למצוא במסקנות דוח הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע בראשותו של עו"ד יהושע שופמן (להלן: "דוח שופמן"), אשר פורסם בחודש ינואר 2007⁶, לאחר כשנתיים ימים בהם ישבה הוועדה על המדוכה.

111. דוח שופמן בחן את ההסדר החוקי הראוי בנוגע להסדרת תחום מאגרי המידע וכלל את המלצות הצוות לתיקון החקיקה הקיימת בנושא ובכלל זה התייחסות מפורטת לשאלת סמכות רשם מאגרי המידע לקביעת הנחיות.

לעניין זה סברו כל חברי הצוות כי יש להעניק לרשם סמכות לקבוע הנחיות בנושאים עליהם הוא אמון. חברי הצוות נחלקו בנוגע לצורך בהיוועצות של הרשם עם גורם נוסף בטרם פרסום ההנחיות.

בסיכומו של עניין, המלצת ועדת שופמן הייתה כי יש 'להוסיף בחקיקה על סמכויותיו הקיימות של רשם מאגרי המידע את הסמכויות או הנושאים הבאים ... (2) קביעת הנחיות הנוגעות לפרק ב' לחוק'.

112. מדוח שופמן עולה במפורש העובדה לפיה אין לכבוד הרשם סמכות לקביעת הנחיות וברי כי זו הסיבה בגינה אחת מהמלצות הצוות הייתה כאמור להוסיף בחקיקה על סמכויות הרשם סמכות לקביעת הנחיות.

113. ואם לא די באמור, הרי שביום 16.11.2011 פורסמה הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס 12) (סמכויות אכיפה), התשע"ב-2011 אשר מטרתה לקבוע מנגנון אכיפה מנהלי ביחס להפרה של הוראות חוק הגנת הפרטיות ולהקנות ליחידת רשם מאגרי המידע כלי פיקוח וסמכויות אכיפה.

114. הצעת החוק נסמכת על דוח שופמן אך אין בה כל התייחסות להמלצת צוות שופמן להוספת סמכויות לקביעת הנחיות לרשם – ולא בכדי, שכן נובע מהאמור לעיל כי אף המחוקק לא סבר כי יש לתת לרשם מאגרי המידע סמכות לקביעת הנחיות והעדיף לשמור בידיו ובידי מחוקק המשנה את הסמכות לקביעת כללי הנורמות המחייבות בעניין הגנת הפרטיות.

115. ראוי להבהיר כי כאשר המחוקק בחר להעניק סמכות בעלת אופי חקיקתי לרגולטור הרי שהדבר נעשה במפורש ובחוק המסמיך. כך לדוגמא קובעת הוראת סעיף 2(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 כי:

"המפקח רשאי, לצורך ביצוע תפקידו, ולאחר התייעצות עם הוועדה, ליתן הוראות הנוגעות לדרכי פעולתם וניהולם של מבטחים ושל סוכני ביטוח, של נושאי משרה בהם ושל כל מי שמועסק על ידם, והכל כדי להבטיח את ניהולם

⁶ הדוח זמין לעיון באתר משרד המשפטים, בכתובת: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/74594019->

[306F-4578-B604-189BE42EA1A0/8153/DochDB.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/74594019-306F-4578-B604-189BE42EA1A0/8153/DochDB.pdf)

התקין ואת השמירה על עניינם של המבוטחים או של הלקוחות, וכדי למנוע פגיעה ביכולתו של מבטח לקיים את התחייבויותיו; הוראות כאמור יכול שיינתנו לכלל המבוטחים או סוכני הביטוח או לסוג מסוים מהם".

116. הוראה דומה אומצה גם במסגרת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005, בהתייחס לממונה על שוק ההון.

117. העותרות תטענה כי ההנחיה בה עסקינן איננה כלי לפרשנות משפטית כאמור בסעיף 1.3 להנחיה אלא קובעת נורמות חדשות בענף הליכי המיון לעובדים ללא הסמכה שבדין ובניגוד להוראות סעיף 36 לחוק. הדבר נלמד הן מלשון ההנחיה ואופן ניסוחה הן מהתוכן המהותי של הוראות ההנחיה.

118. כך לדוגמא קבע כבוד הרשם בסעיף 2.6.10 להנחיה, לעניין קבלת הסכמת המועמד לשימושים נוספים במידע שאינם דרושים לצורך הליכי המיון לקבלה לשורות המעסיק שהפנה אותו למכון המיון כדלקמן:

"ככלל חזקה שהסכמה של המועמד הניתנת ביום ביצוע המבחנים או לפניו לשימושים נוספים במידע ... איננה מבוססת על רצון חופשי ואיננה תקפה".

119. ברי כי קביעת חזקה גורפת לפיה הסכמת המועמד אינה תקפה מאיינת למעשה את אופייה של ההנחיה כמשקפת פרשנות משפטית גרידא של הוראות הדין הקיים כמו גם את אפשרות הרשם הנכבד לבחון כל מקרה לגופו של עניין, כפי חובתו על פי הדין וההלכה הפסוקה.

120. עקרון זה מוכר כ"עקרון איסור הכבילה" (Non-Fettering Doctrine), המחייב את הרשות המוסמכת לשקול את נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה לגופו.

121. בכגון דא נקבע כי:

"הכלל לפיו רשות מנהלית מוסמכת (ולעתים אף חייבת) לסטות מהנחיותיה במקרים קונקרטיים מסוימים, קשור בטבורו לעקרון איסור הכבילה של שיקול הדעת המנהלי. לפי קו מחשבה זה, העובדה שהרשות מוסמכת להפעיל את שיקול הדעת בתחום עניינים מסויים, פירושה שעל הרשות להפעיל את שיקול הדעת בכל מקרה פרטי לגופו".⁷

122. מלשונה וניסוחה של ההנחיה עצמה עולה בבירור כי בעניין זה לא תהיה כל בחינה פרטנית, לגופו של עניין ולגופו של מקרה, על-ידי הרשם אלא בחינה גורפת על פי החזקה (החלוטה) שנקבעה בהנחיה.

⁷ יואב דותן, הנחיות מינהליות, נבו [1996], בעמ' 36.

123. כך, להמחשה נוספת, קבע כבוד הרשם בסעיף 2.7.4 להנחיה, לעניין התניה על זכות העיון של מועמד לעבודה בתוצאות המבדקים שנערכו לו ובחוות-הדעת, כדלקמן:

"המעביד ומכון המיון הבוחן את המועמד מטעמו גם אינם רשאים להתנות עם הנבחן שיוותר לחלוטין על זכות העיון."

ובהמשך:

"בהקשר של מבחני התאמה לקבלה למקום עבודה, אין תוקף להסכמה של המועמד לוותר על זכותו זו."

124. בעניין זכות העיון, הרשם התקדם מספר צעדים נוספים אף מעבר לקביעת חזקה לגבי אופן הפעלת הסמכות ושלל לחלוטין את האפשרות (המעוגנת בחוק) לוותר על זכות העיון.

125. בפועל, אין עסקינן בפרשנות גרידא, אלא בקביעת נורמה חדשה – המבטלת, דה-פקטו, את דרישת היעדר-ההסכמה (סעיף 1 לחוק) כתנאי לפגיעה בפרטיות⁸, וקובעת תחתיה נורמה חדשה לפיה, בספירה של יחסי עובד-מעביד, לרבות יחסי מועמד לעבודה-מעסיק בכוח, **אין ולא יכולה להינתן הסכמה מדעת** על-ידי העובד / מועמד לעבודה.

126. העותרים תטענה כי, הסמכות לאמץ וליישם תפיסת עולם זו, כנורמה מחייבת אשר תחול **בכל מקרה ומקרה** מבלי לבדוק את נסיבותיו, מסורה אך ורק למחוקק, ואין היא יכולה להתבצע בדרך של "חקיקה ביצועית", ללא הסכמה בחוק תוך שהיא מוכתרת בכותרת "הנחיה" על מנת להכשירה.

127. לא זו אף זו, הוראות נוספות בהנחיה עומדות בסתירה למצב העובדתי המשפטי הקיים, אשר אושר כדין על ידי הרשם. כך, בסעיף 2.6.1 להנחיה קבע הרשם כדלקמן:

"נקודת המוצא של הרשם הינה כי כאשר מעביד מבצע את הליך גיוס העובדים בדרך של מיקור חוץ באמצעות מכון מיון ואפילו כאשר המעביד מעוניין כי משאבי האנוש שלו ינוהלו באופן מלא בחברת המיון – לא נוצרת מערכת יחסים נפרדת בין העובד לבין המכון ובמונחי חוק הגנת הפרטיות, מכון המיון הוא מחזיק בלבד במידע"

⁸ חוק הגנת הפרטיות כולו מבוסס על עקרון ההסכמה. תנאי יסודי והכרחי לפגיעה בפרטיותו של אדם הינו כי הפגיעה תיעשה ללא הסכמת הנפגע, כאשר ברי כי הסכמת הנפגע – ובלבד שהינה הסכמה מדעת – מאיינת כל פגיעה בפרטיות, חמורה ככל שתהיה. לעניין תחולת ההסדר שבפרקים א' ו-ג' לחוק, לרבות דרישת היעדר ההסכמה, גם על פרק ב' לחוק, ראו: מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה**, בר-אילן ונבו [2010], בעמ' 242-243 (פורסם גם באתר נבו; להלן: "בירנהק").

128. קביעה זו עומדת בסתירה לעובדה לפיה העותרות, ולמיטב ידיעתן מרבית מכוני המיון בשוק, רשומות כבעלי המאגרים כאשר רישומן זה אושר על פי הוראות חוק הגנת הפרטיות על ידי הרשם, ללא כל סייג. אם כך הוא הדבר, הרי שקביעה זו אף היא יוצרת נורמה חדשה, אשר הסדרתה אמורה להיות בדרך של חקיקה ראשית או למצער בדרך של חקיקת משנה, אך בוודאי שלא בדרך של הנחיה שכן פועל יוצא של הוראה זו, הינו כי במשך עשרות שנים נרשמו מאגרי המידע של העותרות – ולמעשה של כל העוסקים בתחום המיון וההשמה – שלא-כדין.

129. יתרה מכך, יישום ההנחיה הופכת את אלפי המעסיקים המשתמשים במבדקי התאמה באמצעות מיקור-חוץ לעבריינים (אף אם מדובר במעסיק קטן שהפנה מועמד למיון באופן מזדמן). שכן, חובת רישום מאגר מידע חלה על הבעלים של המאגר (סעיף 8(ג) לחוק).

130. כך, בהינף קולמוס הופכים אלפי מעסיקים המשתמשים במבדקי התאמה לעבריינים, כיוון שלא רשמו את מאגר המידע שבבעלותם כלל שכן על פי הנורמות החדשות שקבע הרשם אין ברישום המאגר על ידי מכוני המיון בכדי להוות רישום כדין עקב הפיכתם למחזיקים בלבד⁹.

131. סוגיה נוספת אליה מתייחס הרשם בהנחיה הינה החשש כי מימוש זכות העיון בדרך של המצאת עותק של המידע לעובדים יגרום לכך שמעבידים יחייבו מועמדים לעבודה למסור להם עותק מחוות דעת הנוגעות למבחני מיון שעברו לצורך מקומות עבודה אחרים לרבות חוות דעת שליליות, בלתי רלבנטיות או כאלו שהתיישנו.

למותר לציין כי, הפתרון שנמצא לכך בהנחיה אף הוא מהווה נורמה חדשה שמקומה לא יכירנה בהנחיה אלא **בחקיקה ראשית**. בהקשר זה קובע הרשם כי, לעת הזאת, בהיעדר הסדר חוקי המונע שימוש לרעה בהעתק חוות הדעת, הרי שמכוני המיון יצאו ידי חובתם על ידי מתן אפשרות לעובד לעיין בחוות הדעת בדרך של מצג, ומבלי להמציא למועמד עותק צילומי שלה (סעיפים 2.7.12-2.7.14 להנחיה).

132. כבוד הרשם אף מדגיש במסגרת ההנחיה עצמה כי בעיה דומה ביחס לזכות העיון של אדם במרשם הפלילי הנוגע לו **חייבה את הכנסת לתקן את החוק**; אך למרות זאת ממשיך הרשם וקובע בעצמו (ודוק: שלא באמצעות חקיקה או מכוח הסמכה בחוק) נורמה חדשה נוספת, באשר לאופן מימוש זכות העיון.

133. עינינו הרואות כי על אף שמדובר לכאורה בהנחיה שמטרתה לשיטת הרשם להציג את פרשנותו לחוק הרי שבפועל ההנחיה יוצרת נורמות חדשות ומחילה אותן באופן גורף על כלל ענף מבחני

⁹ סעיף 9(ב) לחוק מחייב כי בקשה לרישום מאגר תכלול את "זהות בעל מאגר המידע, המחזיק במאגר ומנהל המאגר, ומעניהם בישראל". כאמור, המצב העובדתי והמשפטי כיום, הינו שמעסיקים אינם נרשמים כבעל המאגר ולמעשה זהות המעסיק ומענו אינה נזכרת כלל בבקשת הרישום.

המיון, ולמעשה על המשק בכללותו שכן ההוראות שבהנחיה מופנות וחלות על כל מעסיק אשר עושה שימוש במבדקי התאמה לקבלה לעבודה, בין באופן עצמאי ופנימי ובין באמצעות "מיקור חוץ" ושימוש במכוני מיון ועל כלל מכוני המיון.

134. בעשותו כן, פעל הרשם תוך חריגה מסמכויותיו הקבועות בחוק, ללא הסמכה בחוק או מכוחו, בניגוד להוראות סעיף 36 לחוק אשר קובע הסדר מפורש וחד-משמעי המסמיך את שר המשפטים, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, להסדיר כל עניין הנוגע לביצועו של החוק בכלל, לרבות התקנות תקנות בעניין "כללי התנהגות ואתיקה לבעלים, למחזיקים או למנהלים של מאגרי מידע ולעובדיהם", ובאופן פרטיקולרי, מסמיך את השר להתקין תקנות בעניין האופן והתנאים למימושה של זכות העיון במידע, ותוך השגת סמכותו של שר המשפטים כאמור.

135. בספרם של שרגא ושחר "המשפט המנהלי עילות התערבות"¹⁰ מציינים המחברים כי :

"הסמכות במשפט המנהלי פירושה כוח שניתן לרשות לשנות באופן חד צדדי את המצב המשפטי או העובדתי או את שניהם. במשפט המנהלי, אחת הדרישות הבסיסיות, אם לא הבסיסית שבהן, היא שכל אחת מהרשויות המנהליות תפעל אך ורק בגדר הסמכויות הנתונות לה"¹¹

ובהמשך :

"דרישת ההסמכה בדין היא תנאי מקדמי לפעילות הרשות המנהלית. [...] היעדר דין מסמיך הוא מחסום בפני הפעלת הכוח השלטוני [...] ואכן, חוסר סמכות או חריגה מסמכות של הרשות המנהלית, הם פגם חמור בהתנהלותה ועילה מובהקת להתערבות בית המשפט בפעולת המנהל"¹²

136. במקרה דנן, ברי כי לכבוד הרשם לא הוקנתה סמכות לקביעת הנחיות. מסקנה זו נתמכת בלשון החוק, בהלכה הפסוקה והספרות המשפטית והדבר אף עולה בבירור ממסקנות דוח שופמן אשר המליץ להוסיף בחקיקה סמכות כאמור (בהיעדר סמכות כזו כיום). ויוזכר, כי המחוקק בחר כאמור להתעלם מהמלצה זו ולא כלל אותה במסגרת הצעת חוק שהוגשה אף לאחרונה, בחודש נובמבר 2011 להרחבת סמכויותיו של הרשם.

137. לא זו אף זו מההנחיה עצמה אף עולה בבירור כי לא פרשנות משפטית גרידא להפעלת הסמכות קבועה בה אלא שורה ארוכה של נורמות חדשות, שינוי של נורמות קיימות ואף ביטולן, אשר ראוי,

¹⁰ הוצאת שש [2008] (להלן: "שרגא ושחר – עילות ההתערבות").

¹¹ שרגא ושחר – עילות ההתערבות, בעמ' 7.

¹² שרגא ושחר – עילות ההתערבות, בעמ' 8-9.

ואף מתחייב, להסדיר במסגרת חקיקה ראשית, אשר תעביר בכור ההיתוך הדמוקרטי את הגישות, האמונות והתפיסות המשקפות את אומד דעתו של הציבור (להבדיל מאומד דעתו של הרשם, שהינו זרוע ביצועית; ולמצער בחקיקת משנה, מכוח הסמכה בחוק, בהתאם להוראות סעיף 36 לחוק.

138. עוד יצוין, כי מקום שהמחוקק רצה להעניק לאורגן שאינו השר הממונה סמכות לקבוע נהלים או הוראות, שלא באמצעות תקנות, הוא עשה כן באופן מפורש בהוראות החוק עצמו. כך, סעיף 23(ב) לחוק קובע כדלקמן:

"מסירת מידע עודף לפי סעיף קטן (א) מותנית בקביעת נוהלים שיבטיחו מניעת שימוש כלשהו במידע עודף שנתקבל; נוהלים כאמור ייקבעו בתקנות וכל עוד לא נקבעו בתקנות, יקבע הגוף המבקש נוהלים כאמור בכתב, וימציא לגוף המוסר עותק מהם, לפי דרישתו."

139. המחוקק מצא לנכון להסדיר את סוגיית ההגנה על הפרטיות במידע בכלל ואת האופן והתנאים למימוש זכות העיון בפרט, בחקיקה ראשית (פרק ב' לחוק) ובחקיקת משנה (תקנות העיון), אשר קובעות הסדר מפורש ושלם. הניסיון לעקור מתוכן את ההסדר הקיים ולייצר תחתיו הסדר חדש בדרך של פרסום הנחיה, חותר תחת עקרונות יסוד של השיטה, ואינו יכול לעמוד.

140. לפיכך ומבלי לגרוע מכל טענה אחרת העומדת להם על פי עתירה זו, העותרות תטענה כי כבוד הרשם חרג מהסמכויות שהוקנו לו בחוק הגנת הפרטיות בקביעת ההנחיה ועל-כן יש להורות על ביטול ההנחיה ולחלופין על בטלותה מחמת חוסר סמכות.

2.(ד). מטרת זרות ושיקולים זרים בקביעת ההנחיה

141. מן המפורסמות היא כי הרשות המנהלית מצווה להפעיל את שיקול דעתה על יסוד השיקולים הרלוונטיים לחוק המסמך ועל יסוד שיקולים אלה בלבד. הדבר שזור לאורכה ולרוחבה של ההלכה הפסוקה בעניין שיקול הדעת של הרשות השלטונית.

142. כך נפסק, לעניין שיקולים זרים כי:

"[...] כלל נקוט הוא בשיטתנו כי על הרשות המינהלית לפעול בכל מקרה ומקרה על יסוד שיקולים עניינים בלבד"¹³.

143. על דרך השלילה נאמר כי אל לה לרשות המנהלית לשקול שיקולים זרים:

¹³ בג"צ 5968/05 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 2698, עמ' 2701 [2006].

"רשות מינהלית המפעילה סמכות שלטונית חייבת להתחשב בשיקולים רלבנטיים, ובהם בלבד. עליה להתבסס על שיקולים עניינים בלבד ולהימנע משיקולים זרים."¹⁴

144. לעניין מהם אותם שיקולים רלבנטיים שהרשות המנהלית רשאית להביאם בחשבון, יפים דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק, כהאי לישנא:

"[...] שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים, הנופלים לדל"ת אמותיו של החוק המסמיך אותו להפעיל שיקול-דעת. שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו"¹⁵

145. לצד החובה לשקול שיקולים רלוונטיים בלבד והאיסור לשקול שיקולים זרים, חלה על הרשות החובה לפעול למען המטרות הרלוונטיות בלבד וחל איסור לפעול למען מטרות זרות, היינו, למען מטרות שאינן עולות מהחוק המסמיך¹⁶.

146. נובע מהאמור לעיל כי, הרשות המנהלית, אינה חופשיה לעצב לעצמה את המטרות שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול דעתה. שיקול דעתה של הרשות תחום ומוגבל למסגרת המטרות שהחוק קבע, ולמסגרת זו בלבד¹⁷. גם אם המטרה הזרה (או הבלתי-רלבנטית) שאותה העמידה הרשות לנגד עיניה היא רצויה וטובה – אין הרשות רשאית לעשות שימוש בסמכותה אלא אך ורק לצורך המטרה שלשמה הוסמכה לפעול¹⁸.

147. כללים אלה – הכלל בדבר החובה לשקול שיקולים רלוונטיים בלבד והכלל בדבר החובה לשקול מטרות רלוונטיות בלבד – הינם מאושיות המשפט המנהלי ומשמעם כי, גם מקום בו דבר החקיקה המעניק לרשות את סמכותה קובע באופן מפורש, ששיקול הדעת של הרשות הינו מוחלט – גם אז מוגבל שיקול הדעת של הרשות למטרות החקיקה ממנה יונקת הרשות את סמכותה, ואין היא חופשיה לשקול כל שיקול שברצונה לשקול¹⁹.

¹⁴ בג"צ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 3354, בעמ' 3362 [2006].

¹⁵ בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309, בעמ' 328 [1988] (להלן: "עניין פורז").

¹⁶ שרגא ושחר, המשפט המנהלי – עילות ההתערבות, בעמ' 200.

¹⁷ בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736, בעמ' 747 [2005].

¹⁸ עמ"מ 1/82 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666, בעמ' 671-672 [1982].

¹⁹ עניין פורז, ה"ש 15 לעיל, בעמ' 324-325.

148. הדברים ידועים מקדמת דנא, ויפים לעניין זה דבריו של כב' השופט אגרנט בבג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות²⁰:

"העיקרון הכללי הוא, כי כל רשות מנהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה העניק לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי 'שיקול-דעתה המוחלט'. היוצא מזה, שאף במקום שבית-המשפט נוכח לדעת כי השימוש בסמכות כזאת – ויהא שיקול-הדעת המוקנה לרשות המינהלית, רחב כאשר יהא – נעשה למטרה שהיא זרה לכוונת החוק, הוא יתערב גם יתערב, אלא אם נשלל ממנו, על-ידי לשון החוק המפורשת, הכוח לעשות כן"

149. לאור כללים ברורים ומפורשים אלה, ברי כי סמכותו של הרשם מוגבלת ומתוחמת למסגרת החוק המסמיך והתקנות לפיו; קרי – חוק הגנת הפרטיות והתקנות שהותקנו מכוחו – **זאת ותו לא**.

150. דא עקא, עיון בהוראות השונות שבהנחיה מלמד כי המטרות שלשמן הותקנו ההנחיות והשיקולים שנשקלו על-ידי הרשם – למן "נקודת המוצא" כלשונו של הרשם, דרך הדיון המשפטי המופיע בהנחיות וכלה בהוראות האופרטיביות והנורמות החדשות שההנחיה יוצרים – חורגות מדל"ת אמותיו של חוק הגנת הפרטיות והתקנות לפיו וגולשות לתחום דיני העבודה אשר אין לו דבר וחצי דבר עם חוק הגנת הפרטיות, מטרותיו וסמכויות הרשם.

151. אמנם, בפתח ההנחיה מציין הרשם כדלקמן:

"ההנחיה אינה עוסקת במגוון הסוגיות המשפטיות המתעוררות אגב פעילותם של מכוני המיון, ככל שאינן קשורות בפרטיות ובהגנת המידע. } כגון היבטים הקשורים במהימנות המבחנים ובכללים אחרים החלים על המכונים מכוח הדינים החלים על אנשי מקצוע (רופאים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים), היבטים הקשורים בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998)"²¹

152. אולם, עיון בהנחיה גופה מלמד כי עיקר עיסוקה ומרבית נימוקיה (עליהם חולקים המכונים לגופם) מתייחסים לעניינים שאינם קשורים להגנה על הפרטיות והגנת המידע, אלא, נטועים עמוק בדיני העבודה. נעמוד על מספר דוגמאות מתוך ההנחיה, להמחשת העניין.

²⁰ פ"ד טו 1151, בעמ' 1162 [1961].

²¹ הטקסט שבין סוגריים מסולסלים נכלל בהערת שוליים 2 המופיעה בצמוד לטקסט שלפני הסוגריים המסולסלים.

153. תחת סעיף המטרות של ההנחיה קובע הרשם כי: "בפני המועמדים העותרים להתקבל למקום העבודה אין ברירה אמיתית אלא להסכים לביצוע המבדקים אצל הגורם אליו הפנה אותם המעביד" (סעיף 1.1 להנחיה).
154. בהמשך, בסעיף 2.6.3 להנחיה קובע הרשם כי: "נקודת המוצא הינה כי על קבלת הסכמה מדעת במסגרת מערכת היחסים שבין המעסיק-המכון כזרועו הארוכה והעובד חלות ההוראות המגוננות של דיני העבודה".
155. בהמשך, בסעיף 2.6.10 להנחיה קובע הרשם כי: "על מנת למנוע חשש של קבלת החלטות בנסיבות שבהן אין למועמד יכולת אמיתית לבחור, הרי שככלל חזקה שהסכמה של המועמד הניתנת ביום ביצוע המבחנים או לפניו, לשימושים נוספים במידע (שאינם דרושים לצורך הליכי המיון לקבלה לשורותיו של המעביד שהפנה אותו) – איננה מבוססת על רצון חופשי ואיננה תקפה."
156. בהמשך, בסעיף 2.7.2 להנחיה קובע הרשם כי: "למועמד הנבחן זכות לדעת מהו המידע על בסיסו התקבלה החלטת המעביד בהכרעה שקיבל לגביו ... על מנת לאפשר מימושה של זכות זו, נדרש המועמד לקבל את המידע שנצבר אודותיו".
157. בהמשך, בסעיף 2.7.4 להנחיה קובע הרשם כי: "לנוכח הבעייתיות בקבלת הסכמה חופשית במסגרת יחסי עבודה כמפורט בסעיף 2.5 לעיל, המעביד ומכון המיון הבוחן את המועמד מטעמו גם אינם רשאים להתנות עם הנבחן שיוותר לחלוטין על זכות העיון. בהקשר של מבחני התאמה לקבלה למקום עבודה, דרישה ממועמד לוותר באופן גורף על זכותו לעיין בתוצאות מבחני ההתאמה איננה מידתית משום שהנזק לפרטיות הנגרם בעטייה עולה במידה לא פרופורציונאלית על התועלת למעביד, ולכן אין תוקף להסכמה של המועמד לוותר על זכות זו".
158. מטרות אלו – שמירה על זכויותיהם של עובדים ומועמדים לעבודה – ושיקולים הבאים לקדם מטרות אלה, שזורים לאורכה ולרוחבה של ההנחיה, והם בבחינת "נשמת אפה".
159. הלכה למעשה, הרשם מבקש להרחיב את זכויותיהם של עובדים ומועמדים לעבודה, ואף ליצור עבורם זכויות חדשות שאין להם כל זכר, לא בחוק ולא בפסיקה, ללא הסמכה בחוק, וכאשר מדובר בשיקולים זרים ולמטרה הזרה למטרות החוק, אשר אין זה מסמכותו של הרשם לדון בה.
160. כך, למשל, הקביעה כי "למועמד הנבחן זכות לדעת מהו המידע על בסיסו התקבלה החלטת המעביד בהכרעה שקיבל לגביו" [סעיף 2.7.2 להנחיה] – לא רק שאין הוראה בחוק או בפסיקה המחייבת מעסיק לחשוף בפניי מועמד לעבודה מהו המידע על בסיסו התקבלה החלטת המעביד

האם לקבלו לעבודה, אם לא, אלא שאין על המעסיק אפילו חובה להודיע למועמד שהגיש מועמדות, האם הוא התקבל לעבודה, אם לאו²².

161. על רקע אי-קיומה של חובה המוטלת על המעסיק להודיע למועמד לעבודה אודות קבלתו לעבודה אם לא, הוגשה בחודש אפריל 2009, על-ידי חברי-הכנסת אלכס מילר ודוד רותם "הצעת חוק הודעה למועמד לעבודה (קבלה או אי קבלה לעבודה), התשס"ט-2009". במסגרתה הוצע, בין היתר, כדלקמן:

2'. מציע עבודה יודיע למועמד לעבודה, בעל פה או בכתב, מהם השלבים הצפויים של תהליך הקבלה לעבודה.

3. (א) מציע עבודה יודיע בכתב לכל מועמד לעבודה על החלטתו אם להעסיקו או שלא להעסיקו.

(ב) הודעה על החלטה שלא להעסיק מועמד לעבודה, תשלח אליו תוך 21 ימים מהיום שבו נשלחה הודעה על קבלת עובד לאותה עבודה; אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מזכותו של מציע עבודה ליתן למועמד לעבודה הודעה בדבר אי קבלה במועד מוקדם יותר."

162. למותר לציין, כי הצעת חוק זו לא הפכה לחוק. לפיכך, המצב המשפטי כיום הינו כי על מעסיק/מציע עבודה כלל לא מוטלת חובה להודיע למועמד אם התקבל לעבודה ואף לא מוטלת עליו החובה לחשוף בפני המועמד את המידע אשר על-בסיסו התקבלה ההחלטה לגבי אי-העסקתו או את השיקולים שנסקלו על-ידו ומכך נובע כי, אם על המעביד לא מוטלת חובה כאמור – הרי שלמועמד לא עומדת זכות לקבל את המידע המבוקש.

163. בכך, נשמטת הקרקע תחת המטרה שלשמה ביקש הרשם להתקין את ההנחיה.

164. ודוק: לשיטתו של הרשם, מתן זכות העיון למועמד במידע שנצבר אודותיו במסגרת מבדקי ההתאמה לרבות בחוות-הדעת, נועד 'על מנת לאפשר מימושה של' [הזכות] 'לדעת מהו המידע על בסיסו התקבלה החלטת המעביד בהכרעה שקיבל לגביו'. לאחר שראינו, כי למועמד לא עומדת זכות כלל, ברי כי אין צורך בהנחיה שתאפשר לו לממש את זכותו הבלתי-קיימת.

165. דוגמה זו ממחישה את הסכנות הטמונות בכך שרשות שלטונית תפעל לקידום מטרות הזרות למטרות החוק המסמיק ו/או תשקול שיקולים החורגים מדל"ת אמותיו של החוק המסמיק.

²² ובלבד, כמובן, שהמעסיק פועל בהתאם להוראות הדין הכללי המחייבות אותו, בפרט חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

166. הרשם אמון על הגנת הפרטיות, זהו ה-Jurisdiction המקצועי-משפטי שנמסר לו, לשון אחר: זה המנדט שהופקד בידיו. כאשר הרשם פועל מחוץ למסגרת ה-Jurisdiction שלו, מעבר להיות הפעולה בחריגה מסמכות, גדל באופן אינהרנטי הסיכוי (שלא לומר הסיכון) לטעויות בהפעלת שיקול-דעת.
167. לא זו אף זו, קבלת פרשנותו של הרשם תוביל, בהכרח, לפגיעה בעיקרון השוויון ולהפליה פסולה בין מעסיקים. כך, מעסיקים העושים שימוש במבדקי התאמה לקבלה לעבודה, יהיו חייבים לחשוף בפני המועמד/נבדק את המידע והשיקולים שבבסיס החלטתם שלא לקבלו לעבודה, בעוד מעסיקים שאינם עושים שימוש במבדקי התאמה לקבלה לעבודה, יהיו פטורים מחובה זו.
168. גם מצדו השני של המתרגם תיווצר הפליה פסולה כלפי מועמדים לעבודה. מועמד למקום עבודה אשר מחייב עריכת מבדקי התאמה לעבודה יהיה זכאי לזכות יתר, אשר מועמד למקום עבודה אשר אינו דורש עריכת מבדקי התאמה לעבודה, אינו זכאי לה. **וכל זאת מדוע?** בשל הנחיה של רשם מאגרי המידע, אשר אינו אמון כלל על הסדרת זכויות עובדים ומעבידים.
169. סיכומו של דבר, שיקולים זרים או מטרות זרות הם עילה להתערבות בית-המשפט במעשה המינהל ואף לביטול פעולתה של הרשות המנהלית²³ - וכך יש להורות במקרה דנן.
170. במאמר מוסגר יצוין, כי גם אם נניח כי הפרשנות שהרשם מעניק לדיני העבודה הינה פרשנות רצויה (ולדידנו היא איננה), קרי – יש לחשוף בפני כל מועמד לעבודה את המידע שבבסיס ההכרעה אם לקבלו לעבודה אם לאו – הרי שקביעה מסוג זו אינה יכולה להיעשות על ידי רשם מאגרי המידע בהיותה חורגת מסמכותו ובגדר שיקולים זרים ומטרות זרות וממילא יכולה להיעשות אך ורק על-ידי המחוקק, בדרך של חקיקה, ולמצער בחקיקת משנה מכוח הסכמה מפורשת בחוק.

(ד). 3. ההנחיה אינה סבירה, אינה מידתית ופוגעת בחופש העיסוק

171. מבלי לגרוע מטענתן לעניין היעדר סמכות, מטרות זרות ושיקולים זרים, כאמור, תטענה העותרות כי ההנחיה גופה לוקה בחוסר סבירות, בחוסר מידתיות ופוגעת בחופש העיסוק של העותרות, כפי שיפורט להלן.
172. פגיעה בחופש העיסוק, כזכות יסוד חוקתית על-חוקית, אפשרית רק אם הפגיעה עומדת בהוראות פסקת ההגבלה, בהתאם לסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר קובע כי:

**“אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל,
שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור
מכוח הסמכה מפורשת בו”.**

²³ שרגא ושחר, המשפט המנהלי – עילות ההתערבות, בעמ' 201.

173. לעניין פגיעה בחופש העיסוק באמצעות פעולה שלטונית, נפסק בבג"צ לם מפי כבי הנשיא לשעבר אי ברק כי:

"חופש העיסוק נפגע כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה. הפגיעה העקיפה בחופש העיסוק של פלוני עשויה להתבטא בכך שהחלטה השלטונית תשפיע על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני"²⁴

174. באותו עניין, הוסיפה וקבעה, כבי השופטת ד' בייניש (כתוארה אז) כי:

"בנסיבות העתירה כפי שנפרשו בפנינו, שוכנעתי כי הפגיעה במאבחינים, הגם שעקיפה היא, יש בה פגיעה משמעותית בעיסוקם, פגיעה המתבטאת בהגבלת היזקקות לשירות המקצועי בתחום שהיה בידיהם עד להחלטת המנכ"ל. מטעם זה אין ההגבלה יכולה לעמוד ללא הסמכה מפורשת בחוק"²⁵

175. ודוק: ההלכה הפסוקה הכירה בכך שפגיעה בחופש העיסוק מתקיימת לא רק מקום בו הוגבלה במפורש ובאופן ישיר הזכות לעסוק במקצוע זה או אחר אלא גם מקום בו פעולת הרשות השלטונית, גורמת בעקיפין לפגיעה במטה לחמן של העותרות. לעניין זה, נפסק **בעניין לם** כי:

"לחופש העיסוק גם היבט כלכלי. הוא מיועד להגן על יכולתם של בני-האדם למצוא את פרנסתם"²⁶

176. במקרה דנן עסקינן כאמור בהנחיה אשר אינה מעוגנת לא בחוק ולא מכח הסמכה בחוק (ראו לעיל הפרק העוסק בחוסר סמכות). לפיכך, אין להתיר כל פגיעה בחופש העיסוק הגלומה בהוראות ההנחיה – קל וחומר פגיעה משמעותית כפי הדבר בענייננו, כמפורט להלן – בהיעדר הסמכה לכך בחוק. ודוק: על פי הוראת סעיף 4 הנ"ל נדרשת כאמור הסמכה מפורשת, אשר אין חולק כי אינה מתקיימת בענייננו.

177. לעניין זה, נפסק מפי כבוד השופטת דורנר בעניין לם כדלקמן:

"הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית

²⁴ בג"צ 5936/97 ד"ר אורן לם נגד מר בן ציון דל מנכ"ל משרד החינוך ואח', פ"ד נג(4) 673, בעמ' 693 [1999] (להלן: "עניין לם").

²⁵ עניין לם, בעמ' 694.

²⁶ עניין לם, בעמ' 682.

של הרשות המבצעת למעשי חקיקה. הנה כי כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך – למען הגשמת אינטרס הכלל – בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה²⁷.

ובהמשך:

"ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. עמד על כך הנשיא שמגר בבג"ץ מיטרני הנ"ל, בע' 359: הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת" וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני. ... כאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור, לפי העניין. זה הדין לעניין חקיקת-משנה שהתקבלה מכוח הסמכה מפורשת להתקין תקנות, וזה הדין - ואפילו מקל-וחומר - לעניין הנחיות מנהליות כדוגמת חוזרי המנכ"ל נושא עתירה זאת, שהתיימרו להתקבל מכוח סמכות הביצוע הכללית של החוק"²⁸.

178. מן הכלל אל הפרט.

179. בענייננו, הפגיעה בחופש העיסוק הינה במספר מישורים.

180. ראשית, מפניות שהתקבלו אצל המכונים על-ידי לקוחות, עובר להפצת ההנחיה ובתקופת הביניים שבה הופצו על-ידי הרשם טיוטות ההנחיה, מעסיקים הביעו עמדה כי הם עלולים להפסיק להשתמש במבדקי התאמה, בשל הנורמות החדשות שנקבעו בהנחיה, ולמצער לצמצם באופן ניכר את היקף השימוש בעריכת מבדקי התאמה לקבלה לעבודה.

181. שנית, שלילת האפשרות לוותר על זכות העיון, תגרום לשינוי מהותי ועמוק באופן עריכת חוות-הדעת על-ידי הפסיכולוגים. מטבע הדברים, פסיכולוג, ככל אדם אשר יודע כי מושא חוות-דעתו או המלצתו יקבל לעיונו את חוות-הדעת או ההמלצה כמות שהיא וללא התיווך ההכרחי המתבקש

²⁷ עניין לס, בעמ' 684.

²⁸ עניין לס, בעמ' 685.

בסיטואציה מעין זו, יתנסח בזהירות יתירה מחשש כי דבריו יביאו לפגיעה במושא חוות-הדעת וברגשותיו. מתן זכות עיון "אוטומטית" וללא תיווך של פסיכולוג, קרוב לוודאי כי תגרום להקהיית הדיווח של עורך חוות-הדעת (הפסיכולוג) על מגרעותיו של מושא חוות-הדעת.

182. מבדקי התאמה בכלל וחוות-הדעת וההמלצה של המכון בפרט, נועדו כדי לשמש כלי תומך החלטה עבור המעסיק בבואו להכריע בקבלה לעבודה של מועמד. מרגע שחוות-הדעת מנוסחות באופן המעניק משקל מוגבר, ואולי אף בלעדי, להשפעה שתהיה להן על המועמד עצמו, הרי שמדובר במוצר שאינו רלוונטי ואין בו כדי לאמוד באופן אובייקטיבי ומקצועי על התאמתו של המועמד לתפקיד הספציפי. הדבר עלול, באופן קרוב לוודאי, להשפיע באופן מהותי על רצונם של המעסיקים לעשות שימוש בשירותים שמציעים העותרות ודומיהם ובכך לגרום לפגיעה קשה במטה לחמם של העותרות ולפגיעה בחופש העיסוק שלהם.

183. חשש זה הובע על-ידי הגב' מירי קרת, מנהלת תחום מיון והערכה במוסד לביטוח לאומי, במסגרת דיון שולחן עגול שקיים הרשם ביום 22.9.2011:

"מירי קרת: לקח לנו שלושים שנה להשתמש במכוני המיון. במתכונת של היום לקח לנו תהליך ארוך. עוסקים בכלל אוכלוסיית המדינה ובמיוחד באנשים שהם במצבי מצוקה. חשוב לנו שחוות הדעת יתנו את מירב המידע כדי שיהיה אפשר לקלוט את העובדים האיכותיים ביותר. בתור גוף ציבורי גדול חשוב לנו מאוד השוויוניות ולקלוט רק את אותם אנשים שמגיע להם להתקבל לעבודה על בסיס שיקולים מקצועיים. אנחנו חוששים מאוד שברגע שהמועמדים יוכלו לעיין בחוות הדעת, מכוני המיון יכתבו חוות דעת יותר עמומות, יותר "פרוזה". יהיה לנו קשה יותר לבחור את המועמדים הראויים ביותר. בסופו של דבר בשביל מה להשקיע כזה סכום גדול במכוני מיון, כשזה לא עוזר לקלוט את המועמדים הטובים ביותר?"²⁹

184. עמדה דומה הושמעה גם על-יד מר שמעון בן-חמו, מנכ"ל חברת מקורות – חברת המים הלאומית, במכתבו אל רמו"ט, מיום 9.1.2012, כדלקמן:

"הנחיה זו מנוגדת למושכלות יסוד בנגוע להליכי איתור, יעילותם ואמינותם. על פני הדברים ברור כי חשיפה כאמור תביא בהכרח לאפקט של "רפואה מתגוננת" באופן בו יהיו הניתוחים בהכרח מוכוונים להתגוננות מתמדת מפני תקיפות ותביעות מסוגים שונים לרבות לשון הרע, ותסנדל את אפשרותה של חברת ההשמה להציג ניתוחים אובייקטיביים ונטולי חשש. חשיפה זו תפגע בהכרח ביכולתה של החברה לבצע תהליכי איתור אמיתיים ועמוקים תוך

²⁹ ראו: נספח 11, בעמ' 6, סעיף 23.

בחירת האנשים הראויים ביותר, ואף תעמיד בספק רב את כדאיות השימוש במבדקי התאמה בכלל, ובפרט באמצעות מכון מיון.³⁰

185. חשש זה עולה בבירור גם מתוך חוות-דעתם של פרופ' נבו ופרופ' פוקס:

י'רוב בני האדם דימוי עצמי גבוה, וכל חוות דעת שאינה תואמת דימוי זה תוביל לאכזבה, לפגיעה (כאמור לעיל), או לתפיסה שחוות הדעת שגויה ויש לתקנה.

[...] אם וכאשר יוכל הנבחן לעיין בחוות הדעת, יעשו הפסיכולוגים במכוני המיון מאמץ ניכר להפחית ככל האפשר את הנזקים העלולים להיגרם לו, כמפורט לעיל. כתוצאה מכך חוות הדעת תהיינה קצרות, "רזות", ובחלקם יועדף להסתפק בציון כללי בלבד, או בציון כללי בתוספת כמה משפטים. חוות דעת אלו לא תשרתנה כיאות מעסיקים רבים וקיימת סבירות גבוהה שהם יפסיקו את השימוש במיון תעסוקתי מקצועי באמצעות המכונים ויסתפקו בתחליפים שתוקף הניבוי שלהם נמוך יותר ורמת הדיוק שלהם מוגבלת בהרבה, תוך פגיעה גם במועמדים עצמם.

[...] כאמור, קיימת סבירות גבוהה כי חשיפת הדוחות הפסיכולוגיים בפני המועמדים תוביל לכך שחוות הדעת של המכונים תהיינה מצומקות ו"עטופות" במונחים שהמועמדים לא ייפגעו מהם. חוות דעת כאלו תפגענה באופן ברור באיכות החלטותיהם של מנהלי משאבי אנוש ושל מנהלים אחרים ביחס לקבלתם או דחייתם של המועמדים וביחס לשיבוצם לתפקידים המתאימים להם. בסופו של דבר, מעסיקים רבים, כדי לחסוך מעצמם הוצאות ודיונים משפטיים ועקב שביעות רצון נמוכה מחוות הדעת, יפסיקו את קשריהם עם מכוני המיון ויפנו לשיטות מיון אחרות. אין מנוס מלחזור ולהדגיש שוב, שעל אף החולשות של מערכות המיון התעסוקתיות הפסיכולוגיות, אין בנמצא חלופה טובה יותר. שימוש במערכות מיון חלופיות ונחותות תפגע הן במועמדים והן בארגון.³¹

186. ודוק: קיימת תמימות דעים כי יישום כלל גורף לפיו לכל מועמד הזכות לעיין בחוות-הדעת אודותיו כמות שהיא – וכך בדיוק מורה ההנחיה – לא תותיר לפסיכולוגים ברירה אלא לנהוג בדרך של "רפואה מתגוננת", על ההשלכות השליליות שיהיו למהלך כזה על משק התעסוקה, כמתואר לעיל.

³⁰ ראו: נספח 14 לעתירה.

³¹ ראו: חוות-הדעת של ה"ה פרופ' נבו ופרופ' פוקס, המצורפת לעתירה.

187. מבלי לגרוע מטענת העותרות לפיה הפגיעה בחופש העיסוק שלהם נעשתה במסגרת הנחיה שהתקבלה ללא הסמכה מפורשת של המחוקק, תטענה העותרות כי, גם בחינת הוראות ההנחיה לגופן מעלה כי הן אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה. ההנחיה אינה יוצרת פתרון מידתי ויש בה היא פגיעה בחופש העיסוק של העותרות – כמו גם של המעסיקים עצמם – הרבה מעבר לנדרש.

188. כפי שנפסק על ידי בתי המשפט הבחינה החוקתית המקובלת במשפטנו מאז נחקקו חוקי היסוד בשנת 1992 מתחלקת לשלושה שלבים מרכזיים³². בשלב הראשון נבחנת שאלת הפגיעה, במסגרתה בוחן בית המשפט אם החוק הרלוונטי פוגע בזכות או בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. אם התשובה לכך שלילית, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם התשובה חיובית, משמע הוכח קיומה של פגיעה, עובר הניתוח החוקתי לשלב השני: בחינת חוקתיות הפגיעה.

189. בחינת חוקיותה של הפגיעה בזכות היסוד מתבצעת דרך יישומן של הדרישות המעוגנות בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. פגיעה המקיימת את תנאי פסקת ההגבלה היא פגיעה מותרת בזכויות יסוד. פגיעה מותרת כזו משקפת את התפיסה לפיה זכויות היסוד אינן מוחלטות ובתנאים מסוימים ניתן לפגוע בהן. פגיעה חוקתית בזכות היסוד מסיימת את שלבי הביקורת החוקתית והחוק מוכרז כחוקתי.

190. ככל שנמצא שחוק פוגע בזכות יסוד פגיעה שאינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, מגיע תורו של השלב השלישי, הוא שלב קביעת הסעד. בשלב זה עומד בית המשפט על תוצאת אי החוקתיות.

191. במקרה דנן עסקינן כאמור בפגיעה בזכות העותרות לחופש העיסוק בהנחיה מנהלית שהוצאה על ידי רשם מאגרי המידע במטרה להגן, לשיטתו, על הזכות לפרטיות של מועמדים לעבודה.

192. העותרות תטענה כי קיימות מגוון דרכים חלופיות, בהן ניתן היה לנקוט בהם על מנת להגן על פרטיות מועמדים לעבודה מבלי לחמוס את מטה לחמן של העותרות ולמעשה של ענף שלם המספק פרנסה לכ- 1,000 עובדים ובני משפחותיהם.

193. כך, במסגרת הדיונים שהתקיימו עם הרשם, בעקבות פורום שולחן עגול, העלו העותרות הצעות למימוש זכות העיון של המועמדים בנתוני המידע שנאספו מהם במסגרת המבדקים, אך לא באוסף ההתרשמויות, ההערכות וההמלצות שגובשו על-ידי הצוות המקצועי והפסיכולוגים מטעם המכון, על בסיס ניתוח תוצאות המבדקים, התצפיות, השיחות והריאיון האישי עם המועמדים, באשר אלו,

³² ראו: בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002) (להלן: פרשת מנחם); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: פרשת חוף עזה); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006);

ממילא אינם נופלים לגדר הגדרת "מידע" ואינם חלק מ"מאגר מידע", ומשכך הוראות פרק ב' לחוק, ובכלל כן "זכות העיון", אינם חלים לגביהם.

194. על אף האמור לעיל, התעלם כבוד הרשם מהשגותיהן של העותרות לעניין זה והורה כי מימוש זכות העיון למועמדים לעבודה ייעשה בדרך שיועמד לעיונם כל המידע שהועבר למעסיק, לרבות חוות-הדעת עצמה (שהיא כאמור אינה "מידע" ואינה חלק מ"מאגר מידע").

195. בנסיבות דלעיל עולה בבירור כי, הפגיעה בזכות היסוד של העותרות אינה מקיימת את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה – מעבר לתנאי כי הפגיעה תיעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת – בהיותה, פגיעה העולה על הנדרש, שכן קיימים אמצעים שפגיעתם בחופש העיסוק הינה ברמה פחותה, וממילא במבחן המידתיות במובן הצר, הנזק שייגרם כתוצאה מהפגיעה בחופש העיסוק עולה לאין שיעור על התועלת שתופק מכך.

196. ויוסבר: השימוש במבדקי התאמה לעבודה משרת את הנבדקים עצמם לא-פחות מאשר את המעסיקים. מדובר בכלי אובייקטיבי (בקנה המידה של מדעי החברה), אשר אף הרשם הודיע כי לאחר בדיקות שביצע, מצא כי מדובר בכלי האפקטיבי ביותר לטיוב תהליכי גיוס כוח-אדם. על-כן, החשש כי מעסיקים יחדלו או אף ימעטו לעשות שימוש בכלי זה, בשל הצורך למסור את חוות-הדעת למועמדים, פוגעת במישרין במועמדים לעבודה, אשר בהיעדר מבדקי התאמה, ימצאו עצמם נתונים ל"מבדקים" סובייקטיביים לחלוטין, המועדים ביתר שאת להפליה ולהעדפות אישיות מאשר מבדקי ההתאמה.

197. העותרות תטענה כי ניתן היה לאזן בין זכות המועמדים לעבודה לפרטיות לבין זכות העותרות לחופש העיסוק על ידי קביעה לפיה זכות עיון תינתן בהתייחס לתוצאות הישירות של המבדקים – שהם עונים על הגדרת "מידע" שבחוק – בעוד אוסף ההתרשמויות, הערכות וההמלצה שמגבש המכון, תוך שימוש בידע וניסיון מקצועי שנצבר אצלו, שיטות עבודה שפותחו על-ידו, והתאמתם לקריטריונים שהציג המעסיק, לא ייחשפו בפני המועמד, שכן אין מדובר כלל ב"מידע", אלא בתוצר ה"ידע" שהפיק המכון עבור המעסיק.

198. משלא נעשה כך הרי שהעותרות זכאיות לסעד של ביטול ההנחיה, ולמצער – באופן חלופי – לסעד של צמצום הוראות ההנחיה, כך זכות העיון תחול רק על "מידע" כהגדרתו בחוק וכמפורט לעיל.

4. (ד). הפרשנות שניתנה להוראות חוק הגנת הפרטיות במסגרת

ההנחיה הינה פרשנות שגויה

199. העותרות תטענה כי הפרשנות שניתנה להוראות חוק הגנת הפרטיות על ידי כבוד הרשם הינה פרשנות שגויה ואינה ראויה בנסיבות בהן מדובר בהסדרה של ענף כלכלי שלם אשר מקור פרנסתו עתיד להיפגע עקב פרשנות זו.

200. על פי פרשנותו של כבוד הרשם הבעלים של מאגרי המידע אינם העותרות, על אף שהם נרשמו כבעלים ורישומם אושר על ידי הרשם אלא המעסיקים אשר המועמדים הגיעו מטעמם לביצוע המבחנים.
201. כפועל יוצא מפרשנותו זו קובע כבוד הרשם כי, החובה למתן זכות עיון חלה למעשה על המעסיקים אשר נדרשים להורות למכוני המיון, וביניהם העותרות, לאפשר את מימוש הזכות כמחזיקים.
202. פרשנותו זו של כבוד הרשם מתעלמת מן העובדה כי, לא זו בלבד שלפחות העותרות ולמיטב ידיעתן גם מכוני מיון והשמה נוספים, רשומים כבעלים של המאגרים, אלא שכל קביעה אחרת יכולה להפוך כל מעסיק ששלח, ולו עובד אחד, למבדקי התאמה לעבודה, הופל בעל כורחו לבעלים של מאגר מידע, על אף שאין הוא רשום ככזה וייתכן כי הוא אף אינו מודע ל"חובה" שהוטלה עליו במסגרת הנחיה המופנית למכוני המיון, כי עליו לפעול לביצוע רישום כזה. כלום מצפה הרשם כי המכונים עצמם יעשו עברו את עבודת היידוע וידאגו כי כל-אחד ואחד מלקוחותיהם – בהווה ובעבר – יפעל לרישום מאגר המידע ש"בבעלותו"?
203. סוגיה נוספת ממנה מתעלם כבוד הרשם בפרשנותו במסגרת הנחיה היא העובדה כי, במסגרת החוק הזכות לעיון שלובה בזכות לתיקון "מידע" הקבועה בסעיף 14 לחוק. במקרה דנן ברי כי, עסקינן ב"מידע" שאינו ניתן לתיקון על פי הוראת סעיף זה בהיותו מורכב מאוסף התרשמויות, הערכות והמלצות, אשר נותחו בהתאם לדרישות תפקיד מסוים, על-ידי פסיכולוג מסוים וצוות מקצועי מסוים ביום נתון, כדי להפיק "חוות-דעת". ודוק: חוות-דעת מעצם הגדרתה אינה מהווה "נתוני מידע". הדבר הינו בבחינת תרתי דסתרי.
204. מועמד פלוני יכול להיבדק על-ידי שני מכונים שונים אשר בהכרח יגבשו אודותיו חוות-דעת שאינן זהות. האם מכאן ניתן ללמוד כי אחת מחוות-הדעת שגויה היא והשנייה היא "אמת לאמיתה"? ברי שלא.
205. בעניין זה, יפים דבריו של המלומד, ד"ר מיכאל בירנהק בספרו:

"יש לשים לב לכך ש"מאגר מידע" הוא "אוסף נתוני מידע". מכאן, שמה שאינו בגדר "נתוני מידע", אינו חלק מהמאגר, והחובות אינן חלות עליו. לכן, הערכה שחיבר אוסף המידע על מושאי המידע (למשל הערכה בדבר יכולת אקדמית או יכולת במקום העבודה), אינה בהכרח חלק ממאגר המידע, אם כך, זכות העיון, שתידון בסמוך, אינה חלה על ההערכה. יתכן שהמעריך חב בגילוי מכוח דין אחר, אולם לא לפי חוק הגנת הפרטיות."³³

³³ בירנהק, בעמ' 226.

206. יתרה מכך, החוק מגדיר "מאגר מידע" כ"אוסף נתוני מידע המוחזק באמצעי מגנטי או אופטי ומיועד לעיבוד ממוחשב". לא בכדי נקט המחוקק בתיבה "מיועד" – בעידן המידע, עידן בו כמעט כל פיסת מידע ניתנת לעיבוד ממוחשב, יש להחיל את הוראות הפרק בעניין רישום מאגרי מידע רק ביחס למידע אשר נאסף ונשמר לצורך עיבוד ממוחשב, לדוגמה: מידע הנאגר למטרות של ביצוע חיתוכים והצלבות כדי לגבש "פרופיל" אודות אדם ספציפי או קבוצת אנשים, כדי לפנות אליו תוך ניצול של מידע שנאסף על אישיותו, הרגליו, צרכיו וכיו"ב.
207. חוות-הדעת המילולית שנערכת על-ידי הצוות המקצועי במכון אינה מיועדת כלל וכלל לעיבוד ממוחשב. ה"מיחשוב" היחידי החל לגבי חוות-הדעת הינו שהיא נשמרת על-גבי מחשב או מועברת למעסיק הפוטנציאלי באמצעות מחשב (בדוא"ל). אולם, ברי כי לא זו הייתה כוונת המחוקק בתיבה "מיועד לעיבוד ממוחשב".
208. אכן, חלק מהמבדקים המועברים למועמד/נבדק במסגרת יום המיון מועברים באמצעות מחשב וגם נבדקים באמצעות מחשב, תוך שימוש בכלים של עיבוד ממוחשב. על-כן, הגם שלאור ויתור המועמד/נבדק לא חלה על המכון החובה להתיר לו לעיין במידע זה, הציעו המכונים לאפשר זכות עיון באותם "נתוני מידע" שנאספו מהנבדק, קרי – בתוצאות הישירות של המבדקים.
209. אולם, ברי כי העיבוד שנעשה לאחר מכן על התוצאות הישירות של המבדקים שנערכו למועמד, תוך שימוש בידע המקצועי של המכון, בשיטות בדיקה ומחקר שפותחו על-ידי המכון, ב"חוש המומחיות" של הפסיכולוג מטעם המכון – כל אלה אינם כפופים למשטר של הוראות פרק ב' לחוק, למועמד/נבדק אין ולא אמורה להיות זכות עיון במגוון ההתרשמויות, הערכות והמלצות של המכון, שהותאמו לדרישות המעביד, כשם שאין ולא צריכה להיות לו, זכות לעיין בתוצר הסופי שהפיק המכון – היא חוות-הדעת.
210. דא עקא, ההנחיה אינה מפרידה בין "מידע" (כהגדרתו בחוק) לבין "ידע", הפרדה שהינה הכרחית בהקשר של מבדקי התאמה לעבודה.
211. העותרות תטענה כי מהנתונים שפורטו לעיל, עולה כי כבוד הרשם שוגה בפרשנותו המרחיבה את תחולת הוראות החוק הרבה מעבר ללשון החוק ומעבר לתכליתו של החוק. החוק נועד לאפשר לאדם לשלוט במידע אודותיו המצוי אצל צד שלישי. החוק לא נועד כדי לאפשר למועמדים לעבודה לכפות על מכוני מיון לתקן ו/או לשנות את הערכותיהם והתרשמויותיהם ביחס למועמד פלוני. לכל היותר, זכותו של מועמד כי מידע אודותיו לא יישמר אצל מכון המיון, אך כדי לממש זכות זו אין צורך במתן זכות עיון במתכונת שבהנחיה.
212. כאן יש להוסיף כי האחריות לפי סעיפים 13, 13א ו-14 לחוק אינה אך אחריות אזרחית כי אם גם אחריות פלילית (ראה: סעיף 31א(4) לחוק). כידוע, עקרון יסוד במשפטנו – הוא עיקרון החוקיות – מחייב שלא לקרוא לתוך הוראת חוק התוחמת את גבול המותר והאסור בפלילים סייגים, תנאים או מגבלות אשר אינם כתובים בה באופן מפורש. מעיקרון זה גם נגזר כלל הפרשנות הקרדינאלית

בפלילים, לפיו מקום בו מדובר בפירוש של נורמה המשפיעה על תחום האסור והמותר על פי חוק, יש להעדיף את הפירוש המצמצם את תחום האיסור, ובלבד שהפרשנות המצמצמת הינה סבירה.

213. לפרשנות של הסעיפים הנ"ל, יש השפעה ישירה על תחום האסור והמותר על פי החוק, לכן יש להחיל בענייננו את העקרונות הפרשניים הנ"ל.

214. החלת העקרונות הפרשניים הנ"ל בענייננו מחייבת לדחות את הפרשנות המוצעת בהנחיה ולהעדיף על-פניה את הפרשנות אשר אומצה על-ידי בתי-המשפט, כעולה מפקי-הדין **בעניין מיכאל שלו** וכן **בעניין מריו רוטר** (הנוכחים בפרק ג(6) לעיל). משאומצה פרשנות זו בפסיקה, לא יכולה להיות מחלוקת שמדובר בפרשנות סבירה, מה שאך מחזק את הצורך להעדיפה.

215. לעניין זה יפים דבריה של כב' השופט דורנר בבג"צ 5432/03 ש.י.ן. **לשויון ייצוג נשים ועוד נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין**, נח (3) 65, כדלקמן:

"פרשנות ההוראות שבחוק צריכה להיעשות בזהירות, תוך מודעות להשלכות הפירוש על היקף האחריות הפלילית." (שם, בעמודים 80-78);

216. זאת ועוד: הוראות ההנחיה הופכות התנהגות שהייתה מקובלת עד כה ויושמה בפועל מזה שנים ארוכות על-ידי כל העוסקים בתחום – הכוונה, להחתמת נבדקים על טופס ויתור על זכות העיון – הופכת, במחי קולמוסו של הרשם, להתנהגות אסורה, המהווה עבירה פלילית שבצידה עונש חמור של שנת מאסר (לפי סעיף 31א(א)(4) לחוק).

217. בהקשר זה, ראוי להזכיר את הוראת סעיף 21א(א) לחוק יסוד הכנסת, הקובעת כדלקמן:

"תקנות שהתקין שר והקובעות ענישה פלילית בשל הפרתן, לא ייכנסו לתוקף אלא אם כן אושרו, לפני פרסומן, על ידי ועדה מוועדות הכנסת שהנושא נמצא בתחום אחריותה; לא החליטה הוועדה בדבר אישור התקנות או דחייתן בתוך 45 ימים מן היום שהתקנות נמסרו לה, יראו את התקנות כאילו אושרו."

218. אם בהתקנת תקנות על-ידי שר הקובעות ענישה פלילית בשל הפרתן נדרש אישור של ועדת מוועדות הכנסות, כלום יעלה על הדעת כי יתאפשר לרשם להפוך התנהגות כשרה להתנהגות עבריינית, ללא אישור של ועדה מוועדות הכנסת?

219. בהקשר זה, יש ליתן את הדעת לכך שמחוקק המשנה קבע תקנות בעניין אופן יישום זכות העיון, והוא לא מצא לנכון, בעת הזאת, לאגד לתוכן את הנורמות החדשות שהרשם מבקש להחיל באמצעות ההנחיה. בשורה של פסקי-דין של בית-המשפט העליון, נקבע כי קביעת קריטריונים

המכילים דרישות נוספות על הדרישות שנקבעו בחקיקה או בתקנות, בפרט לאחר שהשר המוסמך התקין תקנות באותו נושא, מהווה עקיפה של כוונת המחוקק.³⁴

220. ודוק: אם החוק קובע כי רק פלוני, בעל תפקיד רם דרג, מוסמך להתקין תקנות – בענייננו, הסמכה כאמור ניתנה לשר המשפטים – או שהתקנת תקנות דורשת את הסכמתו של בעל תפקיד נוסף על המתקין – בענייננו, נדרשה הסכמה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת – הרי יצירת הנחיות על-ידי הרשות המנהלית – בענייננו, הרשם – מסייעת לרשות המנהלית לעקוף את כוונת המחוקק.

221. והדברים נכונים ביתר שאת שעה שההנחיה מבקשת לפגוע ולהגביל את זכות הקניין וחופש העיסוק של המעסיקים והמכונים, כאחד.³⁵

222. כעולה מההנחיה, זכות העיון אינה זכות קוגנטית, וניתן להתנות עליה, ובלבד שההסכמה לכך תהיה הסכמה מדעת. קרי, בהקשרים אחרים – שלא בהקשר של קבלה לעבודה – רשאי גם רשאי אדם לוותר על זכותו זו. הדבר אף נלמד מהוראות בפרק א' לחוק, הקובעות התנהגויות מסוימות אשר מהוות "פגיעה בפרטיות", ובכלל כך: "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו" "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד" וכד'. ביחס לכל אחת מההתנהגויות הנ"ל, תנאי מקדים להכרה בהן כ"פגיעה בפרטיות" הינה שההתנהגויות נעשו **ללא הסכמתו של הנפגע**. ודוק: הסכמת הנפגע מכשירה כל פעולה כזאת, חמורה ככל שלא תהיה, ובלבד שההסכמה הינה הסכמה מדעת.

223. העותרות תוספנה ותטענה כי אם בהתנהגויות פוגעניות כמו הנ"ל נשמרת לאדם הזכות לוותר על זכותו לפרטיות, קל וחומר כי כאשר עסקינן בפגיעה ואף שלילה של זכות העיון, יש להותיר בידי הנפגע את האפשרות להחליט בעצמו כיצד לנהוג בזכות שניתנה לו וכי אין מקום לקביעה פטרנליסטית גורפת כי בכל מקרה שבו מועמד לעבודה ויתר על זכות העיון ביחסים שמול המעסיק, הרי שהוויתור לא נעשה מרצונו החופשי. ברי, כי אין דין מועמד למשרת מנכ"ל או משרה רמת-דרג אחרת כדין מועמד לתפקיד זוטר. פעמים רבות, המעסיקים הם ש"מחזירים" אחרי המועמדים, ובסיטואציה כזו, היתרון מצוי דווקא אצל המועמד ולא אצל המעסיק. עניין זה ממחיש, פעם נוספת, כי הקביעות הגורפות שבהנחיה פשוט אינן יכולות לעמוד.

224. לא זו אף זו, ההנחיה אינה מבחינה בין עובד העובר מבדקי התאמה לקידום בעבודה או למעבר תפקיד באותו ארגון לבין מועמד לעבודה. בהקשר זה, אין דין מועמד לעבודה כדין עובד.³⁶ טרם

³⁴ יואב דותן, הנחיות מינהליות, בעמ' 110 [1993].

³⁵ ראו: בג"צ 789/78 חיים שמולביץ נ' שר הפנים, פ"ד (ג) 480, 487 [1979]. מדברי בית-המשפט שם עולה כי הגבלת זכויות יסוד מחייבת התקנת תקנות על-פי הסמכה בחקיקה ראשית ולא ניתן לבצעה מכוח סמכויות הפיקוח הכלליות של הרשות המוסמכת. הדברים נפסקו קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, ומכאן כי לאור חקיקתם הלכה זו אך מתחזקת.

הקבלה לעבודה עומדת למחפש העבודה זכות בחירה חופשית לאיזה מקומות עבודה ברצונו להתקבל ולאיזה מקומות אין הוא מעוניין להתקבל. ככל שמחפש העבודה אינו מעוניין לוותר על זכות העיון, שמורה לו האפשרות שלא להתמייך למקום עבודה שמחייב ויתור על זכות העיון כתנאי למועמדות.

225. הוראות שונות בחקיקה, בתקנות, בהסכמים קיבוציים, בתקשי"ר ועוד קובעות כי הזכות להעמיד את העובד למבדקי התאמה לקבלה לעבודה הינם מותרים, ובנסיבות מסוימות אך מחויבים, באופן שהעובד אינו יכול כלל לסרב לכך, וסירובו עשוי למנוע ממנו אפשרות להתקבל למקום עבודה ו/או להתקדם בו ואף להוביל להפסקת עבודתו.³⁷

226. זכותו של המעסיק וחובתו של העובד והמועמד לעבוד, לעמוד בבדיקות התאמה לקבלה לעבודה, הוכרו בהלכה הפסוקה כחלק מזכות הקניין של המעסיק והפררוגטיבה הניהולית שלו, להשיא את רווחי המפעל, ובכלל כך זכותו לבור לו את עובדיו, לפי שיקול-דעתו.

227. לעניין זה מן הראוי להשוות לכללים החלים בבריטניה לעניין ההרשאה לביצוע עיבוד ממוחשב על מידע אישי רגיש בשלב של הגשת המועמדות לעבודה, כדלקמן³⁸:

"Individuals in the open job market will usually have a free choice whether or not to apply for a particular job. If consent to some processing of sensitive data is a condition of an application being considered this does not prevent the consent being freely given"

5. (ד). הסמכות לפרש את הוראות החוק מסורה לבית-המשפט

228. עוד תטענה העותרות כי אף אם לשיטת כבוד הרשם ההנחיה משקפת את דרך הפרשנות המשפטית של הוראות הדין הקיים שתשמשו לצורך הפעלת מגוון הסמכויות המסורות לו בחוק, הרי שבסופו של יום הפרשנות המכריעה היא זו של בית המשפט.

229. עמד על כך כבוד השופט שמגר בבג"צ 306/81 פלאטו שרון נגד ועדת הכנסת, פ"ד ל"ה (4) 18 בקובעו כי:

³⁶ ראו: בשא (ח"י) 1619/06 קינן שפי בע"מ נ' מיכאל שלו, החלטה מיום 23.7.2007 (פורסם בנבו) [צורף כנספח 15]

³⁷ ורדה וירט-ליבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי", ספר

שמגר – מאמרים חלק ג', ההוצאה לאור של לשכת עורכי-הדין, 776 בעמ' 786-790 [התשס"ג-2003]

³⁸ "Conditions for Processing Sensitive Data" מתוך אתר משרד הממונה על מידע (ICO) בבריטניה.

http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/coi_html/english/supplementary_guidance/conditions_for_processing_sensitive_data.html

"כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעיתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות – ולהלכה תמיד – בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט."

230. סוגיה זו נדונה בהרחבה בהקשר לפרסומים ולחוזרי רשות המסים אשר מייצגים את עמדות רשות המסים באשר להוראות החוק והתקנות. בשורה ארוכה של פסקי דין פסק בית המשפט כי הנחיות וחוזרים אלו אינם יכולים לשמש פירוש מוסמך וסופי לחוק וכי אין בפרשנות הרגולטור בהנחיות אלו בכדי לחייב את בית המשפט, אלא לכל היותר להוות הנחיה כללית.

231. בכגון דא נפסק, כי **"פרשנות המשיב (רשות המסים – מ.א.) כשהיא לכשעצמה גם אם היא נכללת בהוראות החב"ק אינה מחייבת את ביהמ"ש"**.³⁹

232. בעניין סביצקי⁴⁰, נפסק כי: **"אין במונח 'מדיניות' שום קסם ושום מסתורין, ומה שנקרא בפי השלטונות 'מדיניות', אינו בשל כך בלבד חסון מפני ביקורתו של בית המשפט. פשיטא שהמבחן השיפוטי של כל מעשה שלטוני, בין אם נעשה תוך כדי ביצוע 'מדיניות' פלונית ובין אם הוא נעשה בגפו, אינו אלא בהתאמתו לחוק."**

233. בעניין מפעלי מושבי הדרום⁴¹, נפסק כי: **"אמת, אין בכוחן של הוראות כאלו לשמש פירוש מוסמך וסופי לחוק ולא כל שכן שאין בכוחן לשוות לו משמעות אחרת מזו העולה מלשונו הפשוטה והברורה. אבל במקרה של ספק או חוסר ודאות עשויה הפרקטיקה להכריע את הכף, בהיותה עדות נאמנה כיצד הבינו את החוק מעצביו ומבצעיו. באם הפרקטיקה אינה בסתירה גלויה להוראות החוק, היא מוסיפה נופך של תמיכה וחיזוק לפירוש העולה בקנה אחד עמה"**.

234. בעניין אקסלברד, נפסק כי: **"אין בפרשנותו של המשיב (מנהל מס רכוש - מ.א.) כדי להטות את הכף או להוות שיקול מכריע..."**.⁴²

235. הלכה זו נובעת מהכלל לפיו פרשנות הרשות השופטת היא הפרשנות המחייבת, דבר אשר מהווה חלק מעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. עקרון זה קובע בין היתר כי **לכל רשות שלטונית מסוור תפקיד שהוא עיקרי לה ומתפקידיה של הרשות השופטת הוא לפרש את הדין. בית המשפט**

³⁹ עמ"ה (ח"י) 138/00 שמואל (ואסתר) מנו נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו) [2002].

⁴⁰ בג"צ 131/65 סביצקי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד י"ט (2) 369, בעמ' 377 [1965].

⁴¹ בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד כ"ג (1) 508, בעמ' 512 [1969].

⁴² רע"א 3527/96, 4539 אקסלברד ואח' נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב (5) 385 [1998].

הוא המומחה לפירוש הדין. בית המשפט הוא האוטוריטה בתחום הפרשנות ופרשנותו מחייבת את הכל לרבות את אורגני הרשות המבצעת ואורגני הרשות המחוקקת".⁴³

236. בענייננו, קיימות דעות שונות בפסיקה ובקרב המשפטנים, ביחס לאופן היישום של זכות העיון בהקשר של מבדקי התאמה לקבלה לעבודה, ובפרט לעניין אפשרותו של הנבדק לוותר על זכותו.

237. הנושא טרם נדון בבית-המשפט העליון, אולם קיימת פסיקה בערכאות נמוכות אשר עומדת בסתירה ישירה ומפורשת להוראות שבהנחיה. מצב זה אך מחדד את הצורך בהבאת ההכרעה בעניינים נשוא ההנחיה לדיון וליבון בפני המחוקק.

238. כך, **בעניין מיכאל שלו ובעניין מרי רוטר** (הנזכרים בפרק ג(6) לעיל), הכריע בית-המשפט כי סירובו של מכוון לאפשר לנבדק אשר ויתר על זכות העיון טרם ביצוע המבדקים, הינו מוצדק ולא מצא לנכון להתערב בכך באופן המחייב את המכוון ליתן זכות עיון.

239. החלטות אלו, הסתמכו, בין היתר, על תוקפו של הוויתור שנעשה, הפגיעה בקשרים בין המכוון לבין לקוחותיו כתוצאה ממתן זכות העיון, הפגיעה בסודות מסחריים של המכוונים שעניינם שיטות העבודה של המכוון, חיסיון בין המכוון לבין המזמין וכיו"ב.

240. **ודוק: בית-משפט הזן במקרה קונקרטי שבו הופרה לכאורה זכות העיון, פירש את הוראות החוק באופן הפוך בתכלית מהאופן שבו הן מפורשות בטיטת ההנחיה.**

241. ברי כי, טיטת ההנחיה מהווה ניסיון לשנות את המצב המשפטי הקיים, ולקבוע סט חדש של כללים גורפים אשר מהווים חקיקה דה-פקטו, ואין מדובר אך בפרשנות משפטית של הוראות החוק. דא עקא, שינוי של המצב המשפטי הנוהג, לא ניתן להשיג באמצעות הנחיה מנהלית אלא אך באמצעות חקיקה ראשית, ולמצער מכוח הסמכה מפורשת בחוק.

סוף דבר (ה)

242. נוכח כל אחד מנימוקי העתירה, ובפרט לאור משקלם המצטבר מתבקש בית-המשפט הנכבד לעשות שימוש בסמכויותיו כבית-משפט לעניינים מנהליים, ולהורות כמבוקש ברישת העתירה.

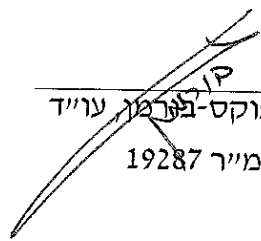
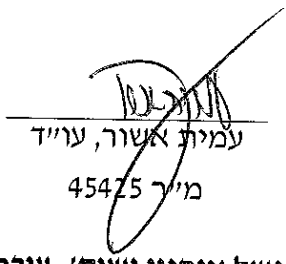
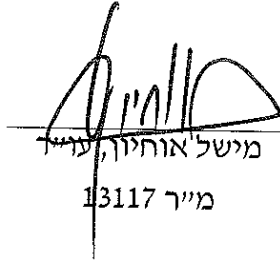
243. לאימות העובדות העומדות בבסיס העתירה, מצורף תצהירו של מר סולי חבושה, פסיכולוג חברתי-תעסוקתי-ארגוני מומחה, העוסק בתחום האבחון והמיון מזה כ-30 שנה, ומשמש כמנהל מקצועי אצל העותרת 3 (מכוון טופ-שיא), מזה כ-16 שנים.

⁴³ שרגא ושחר, המשפט המנהלי – עילות התערבות, בעמ' 54.

244. כמו-כן, לתמיכה בממצאים ובמסקנות המקצועיות בפן המקצועי-פסיכולוגי מצורפת חוות-דעת מומחה שנערכה על-ידי ה"ה פרופ' ברוך נבו ופרופ' שאול פוקס.

245. לבית-המשפט הסמכות העניינית והמקומית לדון בעתירה לאור הוראות פריט 28 לתוספת הראשונה לחוק בתי-המשפט לענייניהם מנהליים התש"ס-2000 ולאור מקום מושבה של המשיב 1.

246. מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש בעתירה.

 גלית פוקס-בן רמון, עו"ד מ"ר 19287	 עמית אשור, עו"ד מ"ר 45475	 מישל אוהיון, עו"ד מ"ר 13117
<p>מישל אוהיון ושות', עורכי-דין ב"כ העותרות</p>		

תל-אביב, י' בניסן התשע"ב, 2 באפריל 2012

- העותרות:**
1. אדם מילא בע"מ
 2. בגישה שונה בע"מ
 3. טופ-שיא שירותי יעוץ אירגוני ומיון ממוחשבים בע"מ
 4. פילת (ישראל) בע"מ
 5. מכון קינן-שפי בע"מ

נגד

- המשיבים:**
1. רשם מאגרי המידע
 2. שר המשפטים

תצהיר

אני החתום מטה מר סולי אלן חבושה, נושא תעודת זהות שמספרה 012656286 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה לאמור:

1. אני פסיכולוג חברתי-תעסוקתי-ארגוני מומחה, עוסק בתחום האבחון והמיון מזה כ-30 שנה, ומשמש כמנהל מקצועי אצל העותרת 3 (מכון טופ-שיא), מזה כ-16 שנים.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בעתירה ולאומות האמור בה.
3. האמור בסעיפים 1-2, 10, 17-18, 20-44, 72-89, 242-243 שבעתירה הוא בידיעתי האישית.
4. האמור בסעיפים 3-9, 11-16, 19, 45-71, 90-241, 244-246 שבעתירה הוא נכון לפי מיטב ידיעתי ואמונתי. המקור לידיעתי ולאמונתי הוא נספחי העתירה, ניסיוני והכשרתי המקצועית בתחום האבחון התעסוקתי ומעורבותי בהליכים שהתנהלו מול המשיב 1 בשנה האחרונה. טענות, קביעות ומסקנות משפטיות הכלולות בעתירה הינן בהסתמך על היעוץ שקיבלתי מעורכי-דיני ואני מאמין בנכונותן.
5. אני מצהיר כי השם דלעיל הוא שמי, החתימה דלמטה היא חתימתי, וכי תוכן תצהירי זה אמת.

סולי חבושה

אישור עו"ד

אני החתום מטה, עמית אשור עורך דין, מאשר בזה כי ביום 2.4.2012 הופיע בפני מר סולי חבושה המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

עמית אשור, עו"ד (מ"ר 45425)
מישל אוחיון ושות'י, עורכי-דין
מגדל אלרוב - קומה 10
שד' רוטשילד 46, תל-אביב 66883
טל: 03-7108100 פקס: 03-5608100
e-mail: aa@meel.co.il