

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

מיכל לוצקי*

א. מבוא

ב. האינטרסים של העובד במניעת הבדיקה ובמתן המידע

1. אוטונומיה על גופו של האדם
2. הזכות לפרטיות והחיסיון על מצבו הבריאותי של העובד

ג. האינטרסים של המעביד לדעת על מצבו הבריאותי של העובד

1. התאמה לתפקיד
2. מניעת תביעות עתידיות
3. סכנה לציבור ולמקום העבודה

ד. מודלים אפשריים לאיזון בין האינטרסים המתנגשים

1. דוקטרינת EAW בכניסה לעבודה וחשד סביר במהלכה
2. מבחן הרלוונטיות לתפקיד
3. האיזון המוצע ומבחני משנה

ה. האיזון המוצע אל מול איזונים פורמליים

1. פגיעה בדבר חקיקה ראשי
2. פגיעה ברמת המשא ומתן הקיבוצי
3. פגיעה בחוזה אישי

ו. האם יש מקום להעדפה מתקנת?

ז. סיכום

* תלמידת שנה ד' של בית הספר למשפטים. עורכת משנה לשעבר של כתב העת המשפט בין השנים 2000-2001. ברצוני להודות לד"ר ברוך מדינה שרשימה זו נערכה בעידודו ובהנחייתו, לד"ר סוזי גבות, לד"ר יובל שני ולמר אורי צור על הערותיהם המועילות. כמו כן ברצוני להודות למר רון ורד, חבר מערכת כתב העת המשפט.

א. מבוא

עניינו של מאמר זה בשאלה האם רשאי מעביד לדרוש מעובד לעבור בדיקה רפואית בעת קבלתו למקום העבודה או במהלך עבודתו. בנושא זה קיימים היבטים ספציפיים המוסדרים על ידי המחוקק, אותם אציג בהמשך, אולם לנושא בכללותו טרם ניתנה תשובה, ועדיין נדרש איזון בין זכותו של המעביד לקבל מידע על מצב בריאותו של העובד לבין זכותו של העובד לפרטיות ולאוטונומיה על גופו.

שאלה זו הופכת להיות אקטואלית ככל שגובר השימוש במבחני המיון הרפואיים והפסיכולוגיים¹ מחד, וגוברת המודעות לצורך בהגנה על האזרח וזכויותיו במשטר הדמוקרטי, מאידך. כמו כן, יש לבחון את השאלה לאור שינויים חקיקתיים² ופסיקתיים³ בנושא הזכות לפרטיות והאוטונומיה של אדם על גופו, המחזקים את מעמדה של זכויות אלו ולאור העובדה שהמשפט הישראלי הקנה, בה בעת, מעמד גם לפררוגטיבה הגיהולית של המעביד⁴ – לזכות

- 1 את סוגיית המבחנים הפסיכולוגיים לא אסקור במאמר זה, אולם בית המשפט עמד על הבעייתיות בנושא זה במספר פסקי דין ראו, למשל, דב"ע 4-70/97 **אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאגוד מקצועי**, פד"ע (1) 385 (להלן: עניין **אוניברסיטת תל-אביב**), בו נקבע כי ניתן להיעזר במבחני התאמה פסיכולוגיים. אולם לגבי כל מבחן ומבחן יש לבחון באיזו מידה הוא משקף נכונה את הנתונים אשר בדיקתם התבקשה. יש לבחון את דייקנותו של כל מבחן על פי תוקפו ומהימנותו. וכל מבחן יכול להיות מהימן לתפקיד מסוים אך לא דווקא לתפקיד אחר. על מנת שמעביד יוכל לחייב בבדיקה מסוימת, יש צורך שהבדיקה תוכר כמדויקת במידה סבירה, וזאת בין היתר, כדי להצדיק את הפגיעה בפרטיות האדם, גם אם התקבלה הסכמתו לעבור את הבדיקה. סוגיה דומה הועלתה בדב"ע 3-129/97 **פלוטסקין – אחים אייזנברג** (טרם פורסם). תקדין ארצי 97(3) 2599 (להלן: עניין **פלוטסקין**) בו התייחסו השופטים לשאלה אם ניתן להיעזר בגרפולוגיה בעת גיוס עובדים או קידום עובדים. השופטת ברק הביעה ספקות לגבי השאלה אם ניתן להיעזר בגרפולוג בעת גיוס עובדים.
- 2 הזכות לפרטיות קיבלה תוקף חוקתי בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הכרה זו אין פירושה מתן משקל "מוחלט" לזכות חשובה זו. היא תצטרך עדיין להיאבק עם ערכים כבדי משקל אף הם. ניתן לציין גם את חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), אשר לפי סעיף 1 בו "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", ולפי סעיף 11(2) בו פגיעה בפרטיות כוללת "פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".
- 3 ראו, למשל, ע"א 2781/93 **דקעה נ' בית החולים "כרמל" חיפה** (טרם פורסם), תקדין עליון 99(3) 574 (להלן: עניין **דקעה**), שם הוכר, בדעת רוב, ראש נזק עצמאי בגין פגיעה באוטונומיה של החולה כאשר מבוצע טיפול רפואי בלא הסכמתו. נקבע כי גם אם לא נגרמו עקב הטיפול נזקי גוף (או אם אין קשר סיבתי בין הטיפול לנזקים), עדיין זכאי החולה לפיצוי, משום שעצם החזירה לאוטונומיה שלו מהווה פגיעה בזכות היסוד שלו, הנגזרת מן הזכות לכבוד. כמו כן, נקבע כי זכותו של החולה לטרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו. מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע טיפול רפואי טמון בכיבוד זכויות החולה כאדם ובמיוחד בזכות לאוטונומיה ופחות בתוצאה הרפואית של החלטה. וכן בע"א 92/4837 **"אליהו" חברה לביטוח בעיני נ' בודובה**, פ"ד מט(2) 257 (להלן: עניין **אליהו**), שם נקבע כי זכותו של האדם להחליט אם הוא מוכן לקחת על עצמו את הסיכון הכרוך בניתוח אם לאו. יש להותיר לאדם את האוטונומיה על גופו להחליט אם הוא חפץ בפגיעה זו. כל עוד ההחלטה היא כנה וסובייקטיבית ומבוססת גם מבחינה אובייקטיבית, אין "להענישו" עליה בהפחתת הפיצוי המגיע לו בגין מומו.
- 4 ראו מאמרה של ר' בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" **שנתון משפט העבודה** ד (תשנ"ד) 29, 35. לעניין זה ראו גם דב"ע ג/223-3 **פלוטסקין פוסט – יחיאל**, פד"ע כו 436 (להלן: עניין **פלוטסקין פוסט**) לפיו רשאי הבעלים, מכוח הפררוגטיבה הגיהולית שלו, למנוע פרסומים של עובד שאינם עולים בקנה אחד עם השקפותיו.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

לשכור ולפטר עובדים כרצונו ולנהל את מפעלו כראות עיניו – הידועה בכינויה Employment At-Will (להלן: EAW)⁵.

הדברים מקבלים משנה תוקף לאור המגמה הקיימת בעולם בשנים האחרונות של תנודה אל עבר גישה ניאורליברלית, אינדיבידואלית, הרואה בפרט כגורם עליון, שיש לתת תוקף מרבי לרצונותיו⁶. גישה זו, בהקשר למערכת יחסי העבודה, מתורגמת לתמיכה בכלכלת שוק, ולדחייה של כל מעורבות מצד רשויות המדינה במערכת היחסים האמורה⁷. אך במקביל קיימת מגמה סותרת של ניסיונות מצד המחוקק להרחיב את תשתית ההגנה שחקיקת המגן הסוציאליית הקיימת מעניקה⁸, ולהוסיף הסדרי חקיקה⁹ – דבר המאפיין אידאולוגיה סוציאליית הדוגלת בסולידריות חברתית קולקטיבית ומחייבת התערבות של המדינה להשגת איזונים חברתיים שכלכלת שוק חופשי אינה יכולה לספק¹⁰.

לאור התפתחויות אלה ואחרות, תנסה רשימה זו לתת מענה לשאלת רשותו של המעביד לדרוש מעובד להתייצב לבדיקה רפואית.

בחלקו הראשון של המאמר, יוהו האינטרסים המתנגשים בסוגיה¹¹. מחו, ייבחן האינטרס של העובד במניעת הבדיקה ובמתן המידע ומאידך, ייבדק הצורך של המעביד בקבלת המידע

5 הזכות בעניין כבוד האדם וחירותו מגלמת בתוכה את האוטונומיה של הרצון (ראו, למשל, א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (1993) 253, 261) אשר בהקשר של מערכת העבודה כוללת זכויות לחופש התקשרות חוזית ועיצוב החוזה. חופש זה של המעביד כולל את החופש לשכור ולפטר עובדים כרצונו. כמו כן, זכותו של האדם לעשות בקיינו כרצונו, המובטחת אף היא בחוקי יסוד, מכירה בפרודגטיבה הניהולית של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו – ראו מאמרה של בן ישראל, שם, שם.

6 על השינויים במערכת יחסי העבודה בישראל ראו צ' זוסמן "מהסכמים קיבוציים לחוזים אישיים: שכר, יחסי עבודה והסתדרות" רבעון לכלכלה 42 (תשנ"ה) 17.

7 בן ישראל, לעיל הערה 4, בע' 31.

8 כדוגמה לחקיקת מגן ניתן לראות כי בנושא הנדון, קבע המשפט הישראלי בחוקי המגן הגנות וסייגים רפואיים, תוך דאגה לקבוצות של עובדים הזקוקות להתייחסות מיוחדת בהיבטים מסוימים כמו נשים ונוער עובד. למשל ראו סעיף 11 לחוק עבודת הנוער, תשי"ג-1952 ותקנות עבודת נוער (בדיקות רפואיות), תשי"ד-1954 האוסרים העסקת נער עובד ללא בדיקה רפואית. בסעיף 10(א) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, נקבע כי עובדת בחודש החמישי להריונה תודיע על כך למעבידה, ואסור יהיה להעסיקה בשעות נוספות. תיקון לחוק זה הוסיף את סעיף 10(ב), הקובע כי ניתן להעביד אישה בהריון בשעות נוספות בחודש החמישי להריונה ואילך בהסכמתה ובכפוף לאישור רפואי בכתב. כמו כן, כדי למנוע פגיעה ברווחתו של העובד ולהשיט את התשלומים בגין המחלה על המעביד, קובע חוק דמי מחלה, תשל"ו-1976 את תנאי זכאותו של העובד לדמי מחלה מאת המעביד עת המציא תעודת מחלה המעידה על מחלתו.

9 ראו ג' מונדלק "אפיפון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחול חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שבניהם" עיוני משפט כב (תש"ס) 819, 820.

10 דוגמאות להסדרי חקיקת מגן חדשים הן: חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם, תשמ"ו-1996; חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל תקין), תשנ"ז-1997 וחוק למניעת הסדרה מינית, תשנ"ח-1998.

11 יש לציין כי מאמר זה לא יעסוק באינטרסים של חשיפת מידע רפואי בהקשרים אחרים שאינם קשורים ליחסי עבודה כיוון שהרציונלים במקרים כאלה עשויים להיות שונים.

הרפואי. בחלק הארי של המאמר, יועלו שני מודלים של איווני אינטרסים, אשר פותחים בפני המעביד את האפשרות לדרוש מידע רפואי מעובדיו בתנאים מוגבלים. בין איוונים אלו ייבחר האיוון הראוי יותר, אשר ייבחן, בין היתר, לאור שיקולים פורמליים, קרי, מהי הנפקות של חוק, חוזה או הסכם קיבוצי המתנגשים עם האיוון המוצע. בחלקו האחרון, ירחיב המאמר אל מעבר לשאלת זכותו של המעביד להשיג מידע רפואי אודות עובדיו, וידון ביכולתו של המעביד לפעול על בסיס מידע זה, לאור האינטרס התכרתי שבהגנה על אוכלוסיית בעלי המוגבלויות. כאן נראה כי אין להפעיל מבחנים אחרים בקשר לבדיקות רפואיות לצורך קבלתם לעבודה של אנשים עם מוגבלויות. אולם ניתן ללמוד מספר דברים מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון זכות לאנשים עם מוגבלויות) לעניין הכרעה בשאלת קבלתו של מועמד לאור ממצאים המצביעים על בעיה רפואית.

ב. האינטרסים של העובד במניעת הבדיקה ובמתן המידע

1. אוטונומיה על גופו של העובד

חיובו של העובד להיבדק בדיקה רפואית עלול לפגוע באוטונומיה על גופו. נקודת המוצא לדיון טמונה בהכרה בכך שלכל אדם זכות יסוד לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו ולפעול בהתאם לבחירות אלה¹². הזכות לאוטונומיה אינה מתמצה במובן הצר של אפשרות בחירה, אלא היא כוללת רובד נוסף – פיזי, המעניק, בין השאר, לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו¹³. אוטונומיה זו של הפרט מהווה ערך יסוד במשפטנו, והיא מעוגנת כיום במסגרת ההגנה החוקתית על כבוד האדם¹⁴. לזכותו של האדם לאוטונומיה יש חשיבות רבה בסיטואציה של בדיקה רפואית. הבדיקה הרפואית מצויה בגרעין הקשה של הזכות של אדם לשלוט בחייו, ועשויה להיות לה השפעה ישירה על תוחלת חייו ועל איכות חייו¹⁵. מעבר לכך, הבדיקה הרפואית עשויה

12 עניין **דעקה**, לעיל הערה 3, פסקה 15 לפסק דינו של השופט אור.

13 עומד על כך דבורקין;

"It is a physical concept rather than an intellectual one. If you touch me or eavesdrop on me, you have injured my autonomy by invading my space. If you actually do something to change my body, you have injured my autonomy by changing the very constitution of what I am" R. Dworkin "Medical Law and Ethics in the Post-Autonomy Age" 68 *Ind. L. J.* (1993) 727, 733

14 ראו, למשל, דבריו של הנשיא ברק בבג"צ 4330/93 **גאנם נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד (4) 221-233; דבריו של הנשיא שמגר בע"א 5942/92 **פלזני נ' אלמוני**, פ"ד מה(3) 837, 842; דבריה של השופטת ביניש בע"א 7155/96 **פלזני נ' הי"מ**, פ"ד נא(1) 160, 175. כמו כן ניתן לייחס זכות זו של האדם על גופו מסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

15 כתוצאה מכך נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי – ראו רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 516, 525 ובאותה הרוח, נקבע כי אין ללחוץ על אדם להחליט לבצע ניתוח בגופו. כאשר אין הוא חפץ בכך, בין בדרך ישירה ובין בדרך עקיפה של הפחתת סכום הפיצויים לו הוא זכאי – עניין **אליהו**, לעיל הערה 3.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

להוות פגיעה בגופו של אדם, ויש להשאיר לאדם בעל אוטונומיה על גופו את הזכות להחליט אם הוא חפץ בפגיעה זו¹⁶.

קיימות דרגות שונות של בדיקות והליכים רפואיים, והזכות לאוטונומיה של הפרט על גופו כוללת את כל מגוון הדרגות השונות, קרי היא כוללת גם את הזכות שלא להיבדק כלל. כך נקבע בפסיקה כי השקייית אדם במי מלח על מנת להביא להקאת תוכן קיבתו, הגה מעשה פלילי ועוולה אזרחית, בנוסף להיותה מעשה משפיל ומעליב¹⁷. כמו כן, נפסק כי אין בידי בית המשפט לחייב אדם להיבדק בבדיקת דם¹⁸ או ליתן דגימת שתן¹⁹.

אמנם, כפי שנקבע בפסיקה, לא ניתן לכפות על עובד לעבור בדיקה רפואית, וסירובו של עובד לעבור בדיקה רפואית אינו ניתן לכפייה בצו עשה או בכל דרך אחרת. אולם סירוב כאמור יכול שתהייה לו השלכות כלכליות על העובד²⁰, בין אם המדובר באי־קבלתו למקום העבודה ובין אם מדובר בפיתוריו, בויתור על זכויותיו לפיצויים ואולי אף לפנסיה או בתביעה מהמעביד על הפרת חוזה העבודה²¹.

2. הזכות לפרטיות והחיסיון על מצבו הבריאותי של העובד

הזכות לפרטיות²² מגלמת את אינטרס היחיד שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי אחרים²³, והגדרות שונות הוצעו באשר להיקפה המדויק²⁴. מכל מקום, ההכרה בה אינה חדשה, והייתה

16 עניין אליהו, שם, בע' 271.

17 בג"צ 355/79 קסלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298.

18 ע"א 407/60 פלחית נ' אלמוני, פ"ד טו(1) 212, 215; ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 749, 750, 752. גם במשפט המקובל נפסק כי אין לכפות על אדם לבצע בדיקת דם בניגוד לרצונו, והטעם הוא הגנה על זכות של אדם לשלמות גופו – S. V.S. W. v. Official Solicitor (1972) A.C. 24, 43.

19 ע"פ 184/62 פרץ נ' הי"מ, פ"ד יז 2104, 2111.

20 ראו, למשל, דב"ע נג/33-30 סופר – מפעלי ים המלח, עבודה ארצי כו(1) 169 (להלן: עניין סופר); דב"ע תשנ/54-3 קרייטר – אבלין אילת, פד"ע כב 339 (להלן: עניין קרייטר); דב"ע נא/144-0 שפירא – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד 283 (להלן: עניין שפירא).

21 כלומר, בפועל לא כופים על העובד לעבור בדיקה רפואית אולם השאלה המתעוררת היא האם ניתן לראות בכך כפייה כלכלית? הכפייה הכלכלית היא פגם ברצון המתקשר. מי שנתון בכפייה פועל תוך ידיעת הנגזרים, אך הלחץ המופעל עליו שולל ממנו את חופש הפעולה ולפיכך מקנה לו עילת ביטול חוזית. טענת כפייה תעמוד לנתבע, מקום בו נשללה ממנו בדידת אמת והוא "נאלץ" להתקשר בחוזה עקב "כורח מידי ולוחץ" אשר גלווה לקיפוח. לחץ כלכלי "בלתי ראוי" הנו תנאי הכרחי לקיומה של כפייה, אך אין די בו. אך ורק לחצים כבדים אשר חותרים תחת עצם הרצון המינימלי והפוגעים בצורה חריפה ייחשבו ככפייה כלכלית (ראו, למשל, ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705; ע"א 8/88 רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95). לפיכך, נראה כי חיוב עובד להתייצבות לבדיקה רפואית אינו עולה בגדר כפייה כלכלית, שכן לעובד קיים חופש לעבור למעביד אחר ולא להתקשר מראש בחוזה עבודה המחייב אותו לעבור בדיקה רפואית. כמו כן, יש לציין כי קיומה של חובה משפטית בין הכללי לעבור בדיקה רפואית מנטרלת את שאלת הכפייה. אולם, אציין עוד כי טענה זו נכונה בעיקר בקבלה לעבודה אך לא בהכרח במהלכה. ראו בהחנה בין קבלה לעבודה למהלכה בפרק ד.1. למאמר.

22 יש לציין כי הדיון בזכות לפרטיות במאמר זה מוגבל להיבט של חשיפת מידע רפואי בלבד.

23 ז' סגל "הזכות לפרטיות אל מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175.

24 ראו דו"ח הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט (תשל"ז) 1, 26.

אף נחלתו של המשפט העברי²⁵. ככל שגוברת היכולת להדור לצנעת הפרט – באמצעים טכנולוגיים משוכללים, דיכויו מידע באמצעות מחשבים ובפיתוחם של כלי תקשורת מודרניים – כך גובר הצורך בהגנה על זכות זו²⁶.

הזכות לפרטיות הוכרה בפסיקה²⁷ ובמספר רב של חוקים עוד בטרם חקיקת חוקי-היסוד. בהקשר הגדון ניתן להזכיר את חוק הגנת הפרטיות²⁸ ואת סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁹. כמו כן, בסעיף 2א לחוק שוויון הודמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 נקבע כי אין המעביד רשאי לבקש מהעובד או ממבקש העבודה לגלות את הפרופיל הצבאי שלו³⁰. בכך, התייחס המחוקק באופן פרטני לאיזון בין מידע רפואי מסוים לזכות לפרטיות וקבע כי זכותו של עובד לפרטיות גוברת במקרה זה³¹.

חיובו של העובד לתת למעביד מידע על מצבו הבריאותי עלול לפגוע בזכותו לפרטיות ובהיסיון שיש לאדם על מצבו הבריאותי. המידע הנגלה לרופא במהלך בדיקה רפואית הנו חסוי. חובת שמירת הסודיות הרפואית מופיעה כבר בשבועת היפוקרטס ובכל כתבי הרפואה לדורותיהם. גם "שבועת הרופא העברי" משנת 1952, שבה נשבעים בוגרי בית הספר לרפואה בישראל, כוללת את ההתחייבות לשמירה על סודיות הטיפול הרפואי: "שמרו אמונים לאדם שהאמין בכם. אל תגלו סוד ואל תלכו רכיל"³². הרופא רשאי לחשוף את המידע רק בהסכמת החולה או כאשר יידרש לכך על פי החוק. הצורך לשמור על סודיות רפואית בא להגן על החולה או המטופל, מפני נזקים העלולים להיגרם לו, אם מצבו הרפואי ייודע ברבים,

25 נ' רקובר "ההגנה על צנעת-הפרט (Privacy)" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי ד (תשל"ו); N. Rakover "The Protection of Privacy in Jewish Law" 5 *Israel Yearbook on Human Rights* (1975) 169.

26 ניתן לציין כי הזכות מוגנת גם באמנות בינלאומיות, לרבות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אורחיות ומדיניות, 16 בדצמבר 1966, כ"א 31, ע' 269, אשר ישראל הנה צד לה (סעיף 17).

27 קיים מספר רב של פסקי דין בנושא הפרטיות. ראו, למשל, ע"פ 480/85 קורטאג'ני מ"י, פ"ד מ(3) 673.

28 לפי סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", ולפי סעיף 11(2) בו פגיעה בפרטיות כוללת "פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".

29 בחוק היסוד הובטחה הגנה לזכותו של אדם לפרטיות. בצד ההוראה הכללית – "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" – סעיף 7(א), נקבעו הוראות ספציפיות: "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם לא בהסכמתו" – 7(ב); "אין עורכים הפיזו רשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו – 7(ג); "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו" – 7(ד). להרחבה בהיבטים נוספים של הזכות לפרטיות ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה המיטית, 1996, כרך ב) 942-943.

30 מובן שניתן לטעון כי קיימות סיבות נוספות לקביעה זו מעבר לפרטיותו של העובד. למשל שמירת הסודיות הרפואית נובעת גם מהתפיסה כי אין הדבר רלוונטי לצורך עבודה בתחום האורחי.

31 בנקודה זו יש לציין כי בדנמרק החוק קובע כי אסור למעביד לשאול כל שאלה בעניין בריאות העובד או המועמד, והפרת האיסור כרוכה באחריות לשלם פיצויים בסך תשעה חודשי משכורת. מאידך, מוטלת על העובד חובת גילוי מכוח חובת הנאמנות, ויכול שבמשפט הישראלי חובת גילוי מקבילה נובעת מחובת תום הלב.

32 ראו י' חשן וע' מרקס רגע דוקטור... מדריך לזכויות החולה בישראל (1997) 100.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

וחוקים רבים במדינת ישראל באים להגן על כך³³. כך, למשל סעיף 19 לחוק זכויות החולה קובע:

”19. שמירת סודיות רפואית

(א) מטפל או עובד מוסד רפואי, ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם.
(ב) מטפל, ובמוסד רפואי – מנהל המוסד, ינקטו אמצעים הדרושים כדי להבטיח שעובדים הנתונים למרותם ישמרו על סודיות הענינים המובאים לידיעתם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם.”

סעיף 496 לחוק העונשין קובע אחריות פלילית על העברת מידע שנמסר לאדם אגב מקצועו או מלאכתו:

”496. גילוי סוד מקצועי

המגלה מידע סודי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, שאינו סוד רשמי כמשמעותו בסמך ה' לפרק ז', ואינו נדרש לגלותו מכוח הדין, דינו – מאסר ששה חדשים.”

ביטחונן של החולה בסודיות המידע הרפואי, מהווה, במרבית המקרים תנאי להסכמתו לחשוף את מלוא הפרטים לגבי מחלתו, שכן חשיפת המידע עלולה לגרום לו לנזקים כלכליים, חברתיים ונפשיים:

”אין צורך להרחיק לכת. ידוע שרוב המעסיקים אינם מוכנים לקבל לעבודה עובד שסובל ממחלה או מנכות, גם אם אין במצבו הבריאותי כדי לפגוע בתפקודו בעבודה. זאת סיבה טובה לכך שעובד כזה ירצה להסתיר את המידע ה'מפליל' מפני המעביד”³⁴.

המחיר הכלכלי, האישי והחברתי של חשיפת מצב בריאותי ברבים עלול להיות גבוה ביותר, שכן כבר היו מקרים של עובדים שחשפו את מצבם הבריאותי, והדבר הוביל להפסקת עבודתם לאלתר, תוך פגיעה חריפה בפרנסתם ובמצבם האישי-חברתי. כך למשל, בעת שדלף לאמצעי התקשורת כי רופא, אשר הועסק באחד מבתי החולים במרכז הארץ, התגלה כנשא של נגיף האיידס, בו נדבק מדמו של אחד מחוליו, הופסקה עבודתו לאלתר. חולים סירבו להיות מטופלים על ידו, ואפילו חבריו לעבודה ניתקו עמו מגע. הרופא נאלץ לחיות כמי שאות קין דבק למצחו³⁵.

33 ראו, למשל, סעיף 7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 496 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), האוסר על העברת מידע שנמסר לאדם אגב מקצועו או מלאכתו; סעיף 19 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה); סעיפים 42-43 לחוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991.

34 חשן ומרקס, לעיל הערה 32, בע' 99.

35 שם, שם.

ג. האינטרסים של המעביד לדעת על מצבו הבריאותי של העובד

1. התאמה לתפקיד

הדוקטרינה התומכת ביכולתו של מעביד לשכור ולפטר עובדים כרצונו³⁶ (EAW) קובעת כי ניתן לשכור ולפטר עובד מכל סיבה: מסיבה טובה, מסיבה רעה ואף ללא סיבה כלל. הביסוס המוכר יותר של הזכות הוא כי זכותו של המעסיק נגזרת מהפררוגטיבה הניהולית, המהווה ביטוי לזכותו הקניינית³⁷, שכן הזכות הקניינית מאפשרת לבעל הקניין לעשות בקניינו כרצונו. לצורך זה, הקניין של הפירמה מורכב מסוגי הון שונים, וביניהם ההון האנושי – כוח העבודה של העובדים המועסקים על ידי הפירמה. לכן, כפי שניתן לבחון מכונה אם היא תהא כשירה לביצוע יעדיה, כך ניתן לבחון אם העובד יאה כשיר לביצוע תפקידו.

ניתן גם לטעון כי הפררוגטיבה הניהולית אינה תוצר של זכות קניינית, כי אם של התקשרות חוזית בין הפרטים המרכיבים את הפירמה³⁸. לכן היכולת לבחון את התאמתו של העובד לתפקיד תנבע מכוח חוזה העבודה הנחתם בין העובד למעביד.

לפי דוקטרינת ה-EAW, זכותו של המעביד לדעת על כשירותו של העובד למלא את תפקידו ולבצע את עבודתו במיומנות, ביעילות ובמסירות. קרי, זכותו שלא יכפו עליו להחזיק עובד שאינו משתלב בעבודה ושעלול לשבש את סדרי העבודה. כפייה כזו עלולה בסופו של דבר לגרוע מרווחיות מקום העבודה ולהסב נזק כלכלי למשק.

יש הטוענים כי למעשה הקנה חוק יסוד: כסדר האדם וחירותו מעמד של זכות יסוד לדוקטרינת ה-EAW הנגזרת מזכות הקניין או מזכותו החוזית של המעביד³⁹ ואשר הוכרה עד כה מכוח

36 לבחינתה של דוקטרינה זו בהקשר של פיטורי עובד ראו מונדלק, לעיל הערה 9. כמו כן, ראו: M.A. Rothstien & B.D. Gelb & S.G. Craig "Protecting Genetic Privacy by Permitting Employer Access Only to Job-Related Employee Medical Information: Analysis of a Unique Minnesota Law" 24 Am. J. L. and Med. (1998) 399. מאמר זה אציג בהמשך אולם אף הוא דן בדוקטרינת ה-EAW, הכותבים טוענים כי: "The employment-at-will rule, formulated in 1877 in the United States... The employer is free to hire or fire an employee 'at will' for any reason at any time"

37 התפיסה לפיה הפררוגטיבה הניהולית היא נגזרת של זכות הקניין רווחת בפסיקה של בית הדין והתחוקה לאחרונה במסגרת השיח החוקתי החדש. ראו, לדוגמא, עניין פלסטין פוסט, לעיל הערה 4;

38 דב"ע נ/ז 41-27/91 - **ההסתדרות הכללית - מכתשים מפעלים כימיים בע"מ**, פד"ע ל 449; דב"ע נד/1-4 - **ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פד"ע כט 601. עם זאת, יש לציין כי פסקי דין רבים אינם מבהירים את אופייה של הפררוגטיבה הניהולית.

39 לעניין זה ניתן לפנות לפסק הדין בעניין גוני העוסק בנושא הנדון במאמר זה וקובע את חובת העובד לעבור בדיקה רפואית כחובה ברורה מהיותן של הוראות התקשי"ר תנאי מכללא בהסכם העבודה שבין העובד למעביד - בג"צ 826/89 - **ההסתדרות הכללית נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מג(4) 745 (להלן: עניין גוני).

39 יש לציין כי יש הטוענים כי הפררוגטיבה הניהולית לא קיבלה מעמד חוקתי, ראו לעניין זה י"מ אדדעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון (תש"ס, עורכים א' ברק וח' ברנזון, כרך ב) 45. במאמר זה גורס הכותב כי אין בהכללת זכות הקניין ברשימת הזכויות החוקתיות ראייה לתפיסה ימנית או קפיטליסטית, היא נועדה להגדיל את אושרם ואת רווחתם של האדם והחברה והיא מאפשרת מימוש הזכויות האזרחיות. וכן ראו ג' מונדלק "זכויות חברתיות כלכלית בשיח החוקתי החדש" ספר ברנזון, שם, בע' 267: "זכות הקניין משמשת תמריץ האזרה העיקרי בקרב אלו הרואים במהפכה החוקתית סכנה לקידומן של זכויות חברתיות. אך התקפה של זכות הקניין טרם הוברר דיו. האם זו זכות של המעביד לנהוג כלפי עובדיו כרצונו... ספק אם זוהי העמדה השיפוטית הרווחת כיום".

40 הנחת המוצא של הפסיקה כיום ובעבר היא כי למעביד נתון הכוח לנהל את מקום העבודה כמיטב רבותו ועל כן בתי הדין לעבודה לא יתערבו בשיקול דעתו. בתי הדין לעבודה חזרו על דעה זה פעמים רבות, ראו, למשל, דב"ע נב/4-17 מ"י - **ההסתדרות הכללית**, פד"ע יט 416; דב"ע מח/2-3 גנני - **אמירי**, פד"ע ט 424, 419; דב"ע מד/7-3 גיא - **עיריית תל-אביב**, פד"ע טו 409 ודב"ע לה/3-1 עיריית רמת-גן - **מרציל**, פד"ע ו 337.

הפסיקה⁴⁰. כתוצאה מכך ניתן להצדיק את בקשתו של המעביד לחשוף פרטים בריאותיים שיתנו לו מידע לגבי יכולתו של העובד למלא את תפקידו⁴¹. אכן, ניתן לראות שורה ארוכה של חוקים המעניקים למעביד כוח זה⁴². באופן דומה, הצדדים ליחסי העבודה המאורגנים ראו לנגד עיניהם את החשיבות בהסדרת נושא זה במשפט העבודה הקיבוצי⁴³.

41 בנושא חובת הגילוי של העובד למעביד דן בית המשפט בעניין קרייטר, לעיל הערה 20. שם דובר על בספרית שלא סיפרה למעבידה כי נזקקה לניתוח. לאחר ארבע שנים הודיעה כי היא נאלצת לעזוב וביקשה פיצויי פיטורין מכוח סעיף 6 לחוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963, הקובע כי ניתן לקבל פיצויי פיטורין אם ההתפטרות היא עקב מצב בריאותי. טענתו של המעביד הייתה כי על העובדת היה לידעו על מצבה הבריאותי, טרם קבלתה לעבודה. בית הדין הארצי לעבודה לא קיבל את טענתו וקבע כי העובדת לא נשאלה על מצבה הבריאותי, אף שלמעביד הייתה זכות לבדור נושא זה. מכאן שעל המעביד לדרוש את המידע ולעודד אין חובה לידעו מבלי שנשאל.

42 לחוקים המסדירים זאת בתחילת התפקיד, ראו, למשל: לפני קבלת המינוי חייב עובד מדינה למסור כל ידיעה לגבי מצב בריאותו - סעיף 29א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות המדינה (מינויים)); אין לשתף ספורטאים בתחרות ספורט מבלי שנבדקו תחילה בדיקה רפואית (סעיף 5 לחוק הספורט, תשמ"ח-1988); חוק עבודת נוער, תשי"ג-1953 קובע כי לא יועמד נער אלא אם עבר בדיקה רפואית יסודית וחוזרת - סעיפים 11 ו-12; לא יעסוק ולא יעבוד אדם בבית אוכל אם הוא מסרב לעבור בדיקה רפואית או בדירת רנטגן שהמנהל דרש - תקנה 53 לתקנות רישוי עסקים ותנאי תברואה נאותים לבתי אוכל, תשמ"ג-1983; אין להעסיק עובדים בעבודות מסוימות, אלא אם עברו בדיקות רפואיות, וזאת על פי תקנות שהותקנו מכוח פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תשל"ו-1970; אין להעסיק עובד שירות או מועמד להיות מועסק כעובד כאמור אם לא יעבור, לפי דרישה, בדיקה רפואית כוללת - תקנות פיקוח על בתי הספר (בדיקות רפואיות כבדי, תשל"ו-1970 מכוח חוק פיקוח על בתי הספר - תשכ"ט-1969. לחוקים המסדירים זאת במהלך התפקיד, ראו, למשל: בסעיף 31 לחוק שירות המדינה (מינויים) נקבעה הוראה בדבר ויתור סודיות; חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשל"ל-1970, קובע וזאת לקצבת פרישה, למי שפוסד מחמת מצב בריאות לקוי. שעה שראיה מכרעת ויחידה בדבר הזכאות ודרגתה תהיה קביעתה של ועדה רפואית, לרבות ועדה רפואית לעררים.

43 ככל למשל קובעות הוראות 33.241 ו-33.242 לתקשי"ר: "33.241. קובע הממונה או למנהל היחידה כי יעילותו של עובד בעבודה נפגמה כתוצאה ממצב בריאות או כתוצאה מהיעדרויות מרובות או ממושכות לרגל מחלה, חייב הוא להסב לכך את תשומת לב האחראי. האחראי יפנה אל לשכת הבריאות המחוזית, בצירוף פירוט הנסיבות, לשם קביעת כושרו הבריאותי של העובד להמשיך בעבודתו הנוכחית או בשירות; מנהל היחידה יודיע אישית, ובמכתב שיימסר לידיו של העובד, על החלטתו לפנות אל לשכת הבריאות כבדי לבדיק את מצב בריאותו, למעט מקרה כאשר מנהל היחידה חושש כי הודעה כיוודעה על עוללה להחריף את מצב בריאותו של העובד. או עליו לקיים התייעצות בנון עם רופא שירות המדינה ולאחר התייעצות זו יודע לעובד רק אם מסקנות הבדיקה קובעות שעליו לפרוש מן העבודה מסיבות בריאות, או שהן קובעות שינוי במעמדו בעבודה; 33.242. לשכת הבריאות המחוזית רשאית לדרוש שעובד יתייצב לבדיקה בפני ועדה רפואית מחויבת לשם קביעת כושרו הבריאותי להמשיך בעבודתו או בשירות או לשם כל בדיקה של מצבו הבריאותי או כושרו הגופני".

בהסכם הקיבוצי הכללי בדבר הנהגת פנסיה מקיפה בתעשייה נקבע: "9ב. הזמנה לקביעת נכות ולפרישה מטעמי נכות תוכל להינתן על ידי ההנהלה; (2) העובד; (3) נציגות העובדים. על העובד חלה החובה להופיע בפני הוועדה הרפואית וועדת הערעורים, וכן לתת כתב ויתור סודיות רפואית. אחריות העובדים במקרה של אי-קיום הוראות אלו תהיה כפי שכתוב בתקנון העבודה, הסכם קיבוצי כללי מיום 19.9.62".

ובהסכם הקיבוצי הכללי - תקנון העבודה נקבע: "א15. עובד שהל עליו הסכם הפנסיה המקיפה בתעשייה שנחתם בין הצדדים חייב להופיע, כאשר ידרש לכך, בפני הוועדה הרפואית או ועדת הערעורים על-פי הסכם הפנסיה המקיפה. בכל מקרה בו נדרש עובד לתת כתב אישור על סודיות רפואית, והדרישה נוגעת לענין ביצוע הסכם הפנסיה המקיפה. יהיה חייב לתת כתב ויתור כזה לכשיידרש. ברור ומסוכם כי אי-קיום כללים אלה על-ידי העובד יהווה הפרת משמעת שהעונש הצפוי לגביה פורט בסעיף 52 להלן".

והאחריות, קרי העונש המשמעי, על פי סעיף 52 לתקנון הוא אחד מאלה: (א) קנס כספי; (ב) הפסקה זמנית של העבודה ללא תשלום; (ג) פיטורים מהעבודה עם הודעה מוקדמת ועם תשלום פיצויים פיצויים כיוודעה בלי הודעה מוקדמת ועם תשלום פיצויי פיטורים". (ד) פיטורים מהעבודה בלי הודעה מוקדמת ועם תשלום פיצויי פיטורים".

בעניין **נוני הנשיא** שמגר רואה בחובת העובד לעבור בדיקה רפואית, חובה ברורה מהיותן של הוראות התקשי"ר תנאי מכללא בהסכם העבודה שבין העובד למעביד⁴⁴. ומנמק זאת כך: "אינטרס חיוני של הציבור הרחב הוא, כי עניין בריאותו של עובד... יהיה במסגרת הנושאים עליהם נותן המעסיק את דעתו"⁴⁵ וממשיך וקובע כי "המעסיק חופשי לנקוט את כל הצעדים העומדים לרשותו, ככל שהדבר נובע מן המסקנה בדבר אי-קיום הוראות, וכן בקשר לצעדים הנגזרים מן המסקנה בדבר המשך התאמת העובד לעבודתו"⁴⁶. וכן נקבע כי "בל נשכח, כי למעביד, לרבות המדינה, ה'כוח' לפטר עובדים... ומה לך רלבנטי יותר ממצב בריאות"⁴⁷.

2. מניעת תביעות עתידיות

בין רבבות המועסקים בשוק העבודה יש בוודאי אחוז מסוים של חולים אשר מחלתם הייתה קיימת אצלם עוד לפני קבלתם לעבודה ויכול שתהיה לעבודתם השפעה על התפתחותה. לגבי עובדים כאלה, קיים חשש אצל מעבידים מתביעות עתידיות בשל החמרה במצב בריאותם עקב העבודה⁴⁸. טלו לדוגמא מקרה של עובד הנדרש במהלך העבודה להרים סחורה כבדה. אם העובד סבל מליקוי בגבו עוד בטרם כניסתו לעבודה, קיימת אפשרות כי הרמת הסחורה תחמיר עד מאוד את מצבו הבריאותי, ותגרום לנזק חמור יותר שאותו יוכל לתבוע מהמעביד. אם היה בידי המעסיק מידע אודות מצבו הבריאותי של העובד, סביר שלא היה מקבלו

44 שם, בע' 46. ראו לעניין זה את ביקורתו של עו"ד א' מיטל על פסק הדין, הגורסת כי הלכת נוני קובעת קונסטרוקציה והכרה משפטית לפיה בכוחו של תנאי מכללא ליצור ויתור על חירות יסוד. א' מיטל "החייב עובד להעמיד עצמו לבדיקה רפואית בניגוד לרצונו?" **שנתון משפט העבודה** (תשנ"א) 121, 125-126. הוא מזכיר את פסק הדין בבג"צ 789/78 **אופק נ' שר הפנים**, פ"ד לג(3) 480 (להלן: **עניין אופק**) לפיו על מנת שתהיה סמכות לפגוע בחירות יסוד צריך הדבר להיעשות בהוראת חוק מפורשת. לדידו, לפי עניין **אופק** הוראה כפי שנדונה בעניין **נוני** הנה הוראה שיש לפסול. לכן נראה לו כי טוב ייעשה אם הלכת **נוני** תצומצם למקרה המיוחד הנדון ותחול על עובדי מדינה בלבד. גם פרופ' רות בן-ישראל טוענת כי לא ברור האם בית הדין היה מגיע לתוצאה זוהי אם לא היה לפניו **אמצעי התקשי"ר** (R. Ben-Israel National Labour Court – The Confederation of State Employees and Meir Nounce v. State of Israel) 10 *Int'l. Lab. Reports* (1989-1990) 187, 201.

45 עניין **נוני**, **לעיל** הערה 38, בע' 748.

46 שם. עניין **סופר** נקבע כי לעניין בדיקה פולשנית לא ניתן להיבן עובד לעבור בדיקה זו להבדיל מבדיקה שאינה פולשנית.

47 דב"ע מח/169-3 **הסתדרות עובדי המדינה - מ"י**, פ"ד ע 38, 48.

48 ניתן להדגים חשש זה דרך שורה של פסקי דין הדנים בעתירות של חיילי צה"ל הנוגעות להחרפה במצב בריאותם עקב השירות בצה"ל, ראו, למשל, ע"א 652/69 **בוסאני נ' קצין התגמולים**, פ"ד כד(1) 217; ד"ב 3/70 **קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959 **נ' בוסאני**, פ"ד כד(1) 637; ע"א 194/79 **קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959 **נ' כהן**, פ"ד לד(3) 341; ע"א 612/74 **סעדי נ' קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959, פ"ד כט(2) 794; ע"א 776/76 **צדוק נ' קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959, פ"ד לא(2) 381; ע"א 516/76 **מסיקה נ' קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959, פ"ד לא(2) 431; ע"א 408/70 **מאיר נ' קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]**, תשי"ט-1959, פ"ד כח(1) 358.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

לעבודה או שהיה מעסיקו בתפקיד אחר, אשר אינו כולל פעילות גופנית מהסוג המתואר. לשם כך יטען המעביד כי המידע על מצבו הבריאותי של עובד הוא חיוני על מנת שלא ייתבע השכם והערב על ידי עובדים שיטענו להחמרה בליקוי גופני שהיה קיים עוד בטרם קבלתם לעבודה⁴⁹.

3. סכנה לציבור ולמקום העבודה

אחד הטיעונים המרכזיים לזכותו של המעביד לקבל מידע הוא שמצבו הבריאותי של העובד עלול להוות סכנה לציבור ולמקום העבודה. הטענה היא כי המעביד חשוף לתביעות בגין העסקת עובדים הנגועים במחלות מידבקות ואשר עשויים לסכן עובדים אחרים או אנשים נוספים הבאים עמם במגע במסגרת עבודתם.

בזמנים עברו היה אדם החולה במחלה מסוכנת או מידבקת חייב להימצא בהסגר, וביתו היה מסומן כנגוע⁵⁰. הייתה קיימת חובה לספק מידע רפואי למען טובת הציבור, ופרטי המחלה היו בגדר נחלת הכלל. מאז השתנו הזמנים, אולם לא כל המחלות המידבקות הודברו. על מנת להגן על בריאות הציבור, יש צורך בדיווח על חולה במחלה מידבקת, כדי שניתן יהיה להדוף את הסכנה של העברת המחלה לאחרים⁵¹. אכן, במצב כזה החוק מתיר העברת מידע רפואי מסוג זה גם אם החולה מתנגד לה, מאחר שטובת הציבור קודמת לזכותו של החולה לשמירה על סודיות רפואית⁵². יש לציין כי ניתן ללמוד על מגמה זו גם מהמשפט המשווה. למשל, בית המשפט העליון בנברסקה קבע כי מידע המועבר מהחולה לרופא המטפל זוכה לחיסיון מוגבל בלבד. היחסים בין החולה והרופא כפופים להבנה, כי במקרה בו המטופל חולה במחלה מידבקת המסכנת את הסובבים אותו, רשאי הרופא המטפל לחשוף את המידע אודות מחלתו על מנת למנוע את המגיפה⁵³. גם פסק הדין שניתן במדינת קליפורניה בעניין *Tarasoff*⁵⁴ מבטא את יחסיותו של אינטרס הפרטיות, כאשר תביעת החולה לחיסיון על המידע הרפואי נסוגה אל מול הצורך החברתי בביטחון. גם בפסיקה הישראלית נטען כי

49 ניתן לציין כי עקרון ה"גולגולת הדקה" מוביל לכיסוי נזקים אלו. זהו בעצם רציונל הקובע כי יש לחייב את המעביד לשלם פיצוי לעובד שסבל מבעיה רפואית טרם העסקתו ושהחריפה במסגרת העבודה ולכן יכול וייתר מתוכן אינטרס זה.

50 חשן ומרקס, **לעיל** הערה 32, בע' 99.

51 כך, למשל, במצב כזה מופקעת הזכות לסודיות מידיי של החולה ומועברת לידי רשויות הבריאות. פקודת בריאות העם, 1940, מחייבת העברת מידע למשרד הבריאות על כל מחלה מסוכנת, לפי רשימה המוגדרת מראש.

52 ראו גם סעיף 20(א) לחוק זכויות החולה.

53 *Simonsen v. Swenson*, 104 Neb. 224, 177 N.W. 831, 9 A.L.R. 1st 1250 (1920) בפסק הדין נקבע כי גילוי סוד רפואי הנו עברה על חיסיון רפואי, אולם הרופא יהיה מוגן מתביעה כאשר הגילוי היה למטרה ראויה ועל מנת למנוע פגיעה באתר. ראו א' אורחי "נגיף האיידס - נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות לבין חובת הדיווח לצדדים שלישיים" המשפט ד (תשנ"ט) 101 לעניין השאלה האם ככלל חלה חובה על הרופא המטפל או על רשויות הבריאות חובת דיווח אודות מחלתו של הנשא לבן זוגו.

54 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3rd 425, 131 Cal. 14, 551 P. 54 2nd 334, 83 A.L.R. 3rd 1166 (1978).

מקום שקיימת ודאות קרובה בדבר סכנה לחייהם של חבריות והפרסום יוכל להציל נפשות ולמנוע סכנת חיים, צריכה זכותו של אדם לפרטיות לסגת מפני קדושת החיים⁵⁵.

לסיכום, במקרה זה בולט האינטרס של המעביד, שהוא שמירה על צדדים שלישיים (כגון שאר העובדים והציבור הבא במגע עם העובד), המחזק את הצורך בחשיפת מידע רפואי של העובד.

המעביד יטען כי גם כאשר מדובר במחלה אשר אינה מסכנת את הציבור, אולם פרסום המחלה עלול לפגוע במוניטין החברה, על העובד לדווח עליה. בטענה זו אנו חוזרים שוב לפרורגטיבה הניהולית של המעביד, קרי הזכות לנהל את מפעלו כראות עיניו. לעניין זה יטען המעביד כי זכותו לא להעסיק עובדים שמחלתם, אף אם אינה פוגעת בתפקודם בעבודה, עשויה להשפיע על מוניטין החברה.

חשש נוסף של המעביד הוא כי עובד חולה לא יבצע תפקידו כהלכה ויגרום לגזקים לצדדים שלישיים, דבר אשר יחשוף את המעביד לתביעות גם מכיוון זה. כך למשל עובד המגיע חולה לעבודה ואינו מרוכז בעבודה ולכן עלול להפיל חפץ כבד על ראשו של אדם אחר.

ד. מודלים אפשריים לאיזון בין האינטרסים המתנגשים:

הקושי המרכזי בסוגיה זו הוא מציאת איזון מתאים בין הזכות לפרטיות של העובד, מחד, ובין זכות המעביד לקבלת מידע על מצב בריאותו, מאידך. גם בהתאם לאמור לעיל, לכל אחד מהצדדים אינטרסים לגיטימיים, ונוסחת האיזון ביניהם תיקבע בהתאם לנסיבות העניין בכללותן⁵⁶, כך שהיקף ההגנה עליהם ייגזר מן האיזון ביניהם⁵⁷. בפרק זה אבחן שתי נוסחאות איזון שונות לפתרון ההתנגשות בין האינטרסים של כל אחד מן הצדדים, ואנסה להציע אמות מידה לעריכת איזון הולם.

1. דוקטרינת EAW בכניסה לעבודה וחשד סביר במהלכה

נוסחת איזון אפשרית היא זו הקובעת כי במהלך קבלה לעבודה עומדת למעביד הזכות לפעול בהתאם לדוקטרינת ה-EAW, ולכן הוא יכול לבקש ממועמד לעבודה לעבור כל בדיקה רפואית על מנת שיימצא בידי כל המידע הרפואי של העובד. אולם במהלך העבודה, על מנת לדרוש מעובד לעבור בדיקה רפואית, על המעביד להראות כי קיים חשד סביר אשר יוכיח את הצורך בבדיקה הרפואית.

ראשית, על מנת לדון בנוסחה זו עלינו לבחון מדוע במקומות שונים בעולם⁵⁸, ואף

55 ת"א (עפולה) 1030/93 פלמונית נ' "כל הקריות" בע"מ, פ"מ תשנ"ג (4) 45. יש לציין כי באותו מקרה קיבל בית המשפט את טענתה של החולה ואסר את פרסום שמה. דברים אלו נאמרו על ידי השופט גרשון בהתייחסותו לסוגיה העקרונית, בנוגע למידת ההגנה על פרטיותו של חולה.

56 ראו, למשל, ז' סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס) 184.

57 שם, בע' 186.

58 כך למשל בארצות-הברית דן בית המשפט בעת האחרונה בחוק הדורש מכל המועמדים למשרה ציבורית בכירה לעבור בבדיקת סמים (הנכללת במסגרת בדיקה רפואית). בית המשפט קבע כי חוק זה היה בלתי

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

בישראל, קיימת הבחנה בין עובד למועמד לעבודה⁵⁹. הבחנה זו נובעת ממספר גורמים: כאשר עובד מועסק במשך תקופה ארוכה, כמות המידע הנצבר בנוגע אליו היא רבה. למעביד קיימת דרך לבחון את יכולתו של העובד ואת התאמתו לתפקיד מבלי לשלוח אותו לבדיקות רפואיות, הוא יכול לבחון את תפוקתו בעבודה באמצעות חוות דעת מהממונים עליו, באמצעות דו"חות תפוקה וכדומה. זאת לעומת מועמד לתפקיד עליו אין למעביד ככלל מידע קודם.

גם הנימוק של מניעת תביעות עתידיות, אשר תומך בעריכת בדיקות רפואיות, נחלש במידה רבה כאשר מדובר במהלך עבודתו של עובד. אחד החששות הקיימים אצל מעבידים הוא מתביעות עתידיות של עובדים בשל החמרה במצב בריאותו של העובד עקב העבודה. אך אם המעביד יודע לאשורו את מצבו הבריאותי של העובד בעת כניסתו לעבודה, כל מחלה חדשה לא תיחשב כהחרפה אלא כמחלה שהחלה במהלך העבודה.

כמו כן, יש להבחין בין קבלה לעבודה לפיטורין המשפיעים בצורה ניכרת יותר על חייו של אדם. זאת כיוון שכאשר עובד מסרב לעבור בבדיקה רפואית וחובתו זו קבועה בחוזה עבודתו הוא מסתכן לא רק בפיטורים, אלא אף בויתור על זכויותיו לפיצויים ואולי אף לפנסיה או בתביעה מהמעביד על הפרת חוזה העבודה. במקרה זה, הפגיעה הכלכלית בעובד עשויה להיות חריפה במיוחד.

לאחר קבלה לעבודה המקום שממלא מקום העובד בחייו של העובד משמעותי יותר, וכן קיימת ציפייה סבירה של העובד להמשך עבודתו. לפיכך, הפגיעה באינטרס ההסתמכות שלו

חוקתי היות שלא הראה סיבה מיוחדת לדרישת הבדיקה. ראו: *Chandler v. Miller*, 520 U.S. 305 (1997). הנושא של צרכים מיוחדים נקבע בפסיקות רבות בנושא הסמים, ולפיו על מעביד הבוחן את עובדו להצדיק את בדיקות הסמים כאשר לא קיים חשד ספציפי. ראו, למשל: *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989) (להלן; עניין *Von Raab*). בעניין *Von Raab* נקבע כי בדיקות סמים לפני תחילת העבודה מותרות אולם בדיקות סמים אקראיות במהלך העבודה אסורות, ויש להוכיח צרכים מיוחדים לעריכת הבדיקות במהלך העבודה. המעביד אינו יכול להעביר עובדים בדיקות סמים ללא סיבה. בית המשפט באותו פסק דין הראה את חוסר שביעות רצונו מלהתיר בדיקה כוללת של עובד במהלך עבודתו. לסקירה מקיפה של כל נושא בדיקות הסמים במקום העבודה ראו: J.B. Wefing "Employer Drug Testing: Disparate Judicial and Legislative Responses" 63 *Alb. L. Rev.* (2000). באוסטרליה החוק מבחין בין בדיקות רפואיות של עובדים לבין בדיקות רפואיות של מועמדים לעבודה. בדיקות רפואיות בטרם קבלה לעבודה נפוצות באוסטרליה. לעומת זאת, בבדיקות רפואיות במהלך העבודה דורש החוק את הסכמתו של העובד או סיבה לבדיקה. בנושאים מסוימים קובע החוק שהמעביד צריך להמציא ראיה רפואית (Bliss, I.C.R. 700 (1987)), למשל, בהיעדר סיבה מוצדקת, זוהי הפרת חובתיו של המעביד לשלוח עובד לבדיקה פסיכיאטרית. גם בדיקות הסמים באוסטרליה נקבעו כפולשות יתר על המידה לפרטיות העובד והן מותרות רק במקרים מסוימים. ראו: R.C. McCallum & G. Mccarry "Worker Privacy in Australia" 17 *Comp. Lab. L.* (1995) 13 גם בשבדיה קיימת הבחנה בין מועמדים לתפקיד לבין עובדים, ובעוד שיש הגבלות בחוק על עובדים, החוק שותק בנושא המועמדים לעבודה. ראו: R. Fahlbeck "Employment Privacy in Sweden" 17 *Comp. Lab. L.* (1995) 139, 163-171

59 למשל ראו סעיף 29 לחוק שירות המדינה (מינויים), הודן בבדיקות רק בעת קבלה לתפקיד.

חמורה בהרבה במצב של ניתוק יחסי עבודה קיימים מאשר במצב בו לא נוצרו יחסי עובד-מעביד מלכתחילה.

לכן מובנת המגמה, המתחילה לצבור תאוצה בהחלטות שיפוטיות, לפיה נעשה שימוש בעקרון תום הלב על מנת להטיל מגבלות מהותיות על כוחו של מעסיק לפטר⁶⁰, בעוד שעדיין קיימות מעט מאוד הגבלות על קבלה לעבודה⁶¹.

בנוסף, בדיקות רפואיות במהלך העבודה הנן פתח לחוסר תום לב ולשרירות מצד המעביד, הרוצה לפטר עובד אך מחפש סיבות לגיטימיות לכך ואף עלולות להוות אמצעי פסול להטרדתו של העובד.

כתוצאה מכל האמור לעיל, נקבע במקומות שונים בעולם⁶² איזון הקובע כי במהלך קבלה לעבודה עומדת למעביד הדוקטרינה של EAW, קרי, הוא יכול שלא לקבל עובד מכל סיבה שהיא ואף ללא סיבה, ולכן הוא יכול לבקש ממנו לעבור כל בדיקה רפואית על מנת שיימצא בידיו כל המידע הרפואי של העובד. אולם במהלך העבודה, על מנת לדרוש מעובד לעבור בדיקה רפואית, על המעביד להראות חשד סביר באשר למצב בריאותו של העובד.

מהו, אם כן, "חשד סביר"? דרישה זו קשה להגדרה. ברור כי מדובר ברמת ודאות פחותה משמעותית מזו הדרושה על מנת לעצור אדם⁶³. אולם הגדרה זו עדיין משאירה שאלות רבות פתוחות. בארצות-הברית ניסו להתמודד עם הגדרה זו במסגרת הדיון בחוקיות בדיקות הסמים בעבודה. מספר חוקים ניסו להגדיר מהו "חשד סביר" בנושא זה. למשל The Tennessee Code קובע מספר כללים לנושא ההגדרה, ומכיוון שהכללים שנקבעו בקוד זה הם המפורטים ביותר, ונראה כי הם עונים בצורה הטובה ביותר על הקשיים בהגדרה זו, ננסה ליישם בסוגיה הנדונה⁶⁴:

חשד סביר מבוסס על האמונה של המעביד בהרעה במצבו הבריאותי של העובד הנובעת מעובדות ספציפיות ואובייקטיביות ומהמסקנות ההגיוניות הנובעות מעובדות אלה לאור הניסיון. בין יתר הדברים, עובדות ומסקנות אלה יכולות להיות מבוססות על הממצאים הבאים:

- (1) כתוצאה מהתבוננות בעובד במהלך העבודה נראה כי הוא לוקה בתופעות בריאותיות המעידות על כך שבריאותו לקויה.
- (2) פעילות לקויה של העובד המעידה על ליקוי גופני.
- (3) דיווח על פעילות לקויה בעקבות מצב בריאותי הניתן על ידי מקור נאמן.
- (4) קיימת ראייה שהעובד חלה ומצב בריאותו לקוי.

60 ראו דב"ע נב/125-3 האיגוד העולמי ליהדות מתקדמת בע"מ - בן שודר (טרם פורסם), פד"ע כה 3; דב"ע נה/278-3 סלוק - סלהוב, עבודה ארצי כט(1) 173; דב"ע נב/36-3 אבו רומי - חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ (טרם פורסם), עבודה ארצי ל(3) 99; דב"ע נה/91-3 ב.ג. פולימרים אגודה שיתופית וקלאית בע"מ - שטול, פד"ע כה 421, וכן ראו לעניין זה מונדלק, לעיל הערה 9, בעיקר בע' 822-824. לעניין ההפליה בנושא זה ניתן לראות את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.

62 ראו, לעיל הערה 58.

63 ראו, למשל: *Alabama v. White*, 496 U.S. 325, 330 (1990).

64 *Tenn. Code Ann.* 50-9-103(15) (1999).

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

5) הגיע לידי המעביד מידע שעובד גרם, תרם או השתתף בתאונה במהלך העבודה. בנוסף למבחנים אלו קבעו בתי המשפט בארצות-הברית מבחנים לבחינת הראיות לחשד הסביר⁶⁵:

1) אופיו של נותן האינפורמציה.

2) מהימנות המידע.

3) מידת שיתוף הפעולה של העובד.

4) עובדות נוספות שמשפיעות על המצב או מחסור בהן.

מבחנים אלו עדיין משאירים שיקול דעת רחב לבתי המשפט, אולם הם עונים באופן כללי על השאלה מהו חשד סביר וקובעים כי במהלך העבודה רק באחד מהמקרים המנויים לעיל רשאי המעביד לשלוח את העובד לבדיקה רפואית.

איזון זה – הקובע כי במהלך קבלה לעבודה יכול המעביד לדרוש מהעובד לעבור כל בדיקה רפואית, אולם, במהלך העבודה, על מנת לדרוש מעובד לעבור בדיקה רפואית, על המעביד להראות חשד סביר באשר למצב בריאותו של העובד – התפתח בארצות-הברית בנושא בדיקות סמים ואלכוהול. אולם נראה כי אינו מתאים כמבחן כללי לכל נושא הבדיקות הרפואיות, ואנסה לתאר מדוע.

ראשית, בכניסה לעבודה מבחן זה נוטל את צדו של המעביד בלבד. הוא פוגע בזכותו של אדם לפרטיות כיוון שלפי מבחן זה המעביד יכול לדרוש כל בדיקה רפואית בקבלה לעבודה ולא רק בדיקות הגדרשות מעצם התפקיד. כמו כן, אם מדובר בבדיקה ללא רלוונטיות לתפקיד רק בקבלה לעבודה, אזי אי-קבלת אדם לעבודה מסיבות שאין להן קשר לביצוע התפקיד מהווה הפליה מנימוקים לא רלוונטיים.

היום ברור כי השוויון במקום העבודה הוא ערך שיש להגן עליו⁶⁶, ונראה כי בחלקו זה של המבחן קיימת פגיעה חמורה במועמד לעבודה הנדרש לחשוף פרטים שאינם רלוונטיים לתפקיד ולוותר על זכותו לפרטיות באופן שרירותי וללא סייגים.

שנית, במהלך העבודה מבחן זה נוטה לכיוונו של העובד יתר על המידה. על מנת לקבל מידע רפואי, על המעביד להראות חשד סביר, שהנו מבחן העלול להיות מבחן קשה ליישום. לעניות דעתי, אם הבדיקה נדרשת מעצם התפקיד, הרי שיש לאפשר למעביד לדרוש את הבדיקה כעניין שגרתי אף ללא דרישה של חשד סביר, וזאת לאור כל האינטרסים המוזכרים לעיל. ברי כי במצבים בהם נדרשת הבדיקה מעצם התפקיד, אין להגיע למצב של כשל בביצוע (קל וחומר סכנה) על מנת לאפשר לבצע את הבדיקה.

מעבר לכך, מבחן זה יכול ליצור תחושה עכורה במקום העבודה עת מעבידים יאלצו להוכיח חשד סביר על מנת לדרוש מהעובד לעבור בדיקה רפואית. הם יאלצו לבחון ראיות ודיווחים על עובדים ויכול שעובדים "ילשינו" על עמיתיהם לעבודה.

לפיכך, לאור האמור, נראה כי יש לבחון מבחן איזון נוסף שינסה למנוע את הבעיות הנובעות ממבחן זה.

65 *Copeland v. Philadelphia Police Dwp't*, 840 F. 2d 1139, 1144 (3d Cir, 1988)

66 הזכות של עובד לפרטיות במקום העבודה מוכרת בפסיקה. זכות זו קיבלה חיזוק בהחלטת בית המשפט המחוזי בדב"ע נב/4-12-ההסתדרות הכללית וחי' נ' צים בע"מ, פד"ע כו 3 (להלן: עניין צים).

2. מבחן הרלוונטיות לתפקיד

בפתח דבריי לעניין איוון זה אבקש להביא את דבריה של השופטת ברק במאמרה:

"דרישה לבדיקה רפואית גורפת ללא בחינת רלוונטיות הבדיקות אינה התנהגות של המעביד בתום לב. דרישת בדיקה רפואית גורפת היא בעיני פגיעה חמורה בפרטיות. ראשית, עצם הבדיקה היא חודרנית ואינה מקובלת על כל אחד. שנית, אי קבלת אדם לעבודה מסיבות בריאות שאין להן קשר לביצוע העבודה מהווה הפלייה מנימוקים לא רלוונטים בין העובד החולה לעמיתו הבריא. על כן יש לצמצם את האפשרות של המעבידים לדרוש מעובדים לעבור בדיקות רפואיות אך ורק לבדיקות הרלוונטיות לסוג העבודה שהוא הולך לבצע"⁶⁷ (ההדגשות שלי - מ.ל.א.).

איוון זה מבקש לקבוע כי הן בעת קבלה לתפקיד והן במהלך עבודתו של העובד, רשאי המעביד לדרוש בדיקה רפואית ואת המידע הרפואי רק אם הוא רלוונטי לתפקיד, ולא יוכל לבקש מהעובד לעבור בדיקות שאין להן קשר לביצוע העבודה.

ברי כי לא כל העבודות זהות מבחינת דרישות העבודה. מה שנכון לגבי סוג אחד של עבודה יכול להיות בלתי מתאים ובלתי לגיטימי בסוג אחר של עבודה. למשל מי שמבקש להיות טייס, מציל, שוטר וכדומה - עבודות שיש בהן חשיבות לכשירותו הגופנית, חשוב שיהיה כשיר לביצוע תפקידו, שכן כישורים לקויים עלולים לסכן חיי אדם⁶⁸. לגבי עובדים מסוג זה, הדרישה לעריכת בדיקות רפואיות אינה חורגת מהדרוש לצורכי העבודה הנדונה. מאידך, אין כל משמעות לבדיקות הבאות לבדוק את מידת כושרו הגופני ואת עמידתו בתנאים של מאמץ פיזי של מנהל השיווק, או הנושא בתפקיד פקידותי אחר. כך טוענת השופטת ברק כי "אי קבלת אדם החולה באפילפסיה לעבודה פקידותית היא בעיניי... שיקול לא רלוונטי לפוטנציאל העבודה של המועמד, ועל כן שיקול שלא בתום לב. הוא הדין בבדיקת הגנום של המועמד לעבודה"⁶⁹. כתוצאה מכך נשללו בארץ ובעולם בדיקות מסוימות שנקבע כי לעולם לא תהיינה רלוונטיות לתפקידו של העובד, למשל בדיקות הגנום⁷⁰. במקומות מסוימים אף אסורות בדיקות האיידס כתנאי לקבלה לעבודה או להמשך עבודה⁷¹.

67 א' ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, תש"ס, כרך ב) 499, 514.

68 בנושא זה אדגיש שוב, כי במקרים בהם כל כך חשובה כשירותו הגופנית של עובד, אין זה רצוי לחכות לחשד סביר.

69 ברק, לעיל הערה 67, בע' 514.

70 לאחרונה התקבל בכנסת חוק לפיו לא ניתן במדינת ישראל לשאול או לשלוח עובד בבדיקת גנטיות - ראו חוק מידע גנטי, תשס"א-2000. כך גם במדינות אחרות כגון בארצות-הברית, ראו לעניין זה: Rothstien & Gelb & Craig, *supra* note 36, at p. 401. הכותבים מתארים במאמרו את התפתחות החקיקה המדינתית בנושא זה כיצד החלו לחוקק חוקים במדינות שונות האוסרים הפליה על בסיס גנטי במקום העבודה (כגון: N.C. Gen. Stat. Ann. (1998); Fla. Stat. Ann. 448.075 (1997); La. Rev. Stat. Ann. (1998); N.Y. Civ. Rights Law 48, 48-a (1992); Stat. 95-28.1 (1997)). בהמשך, חוקקו מדינות נוספות חוקים המונעים ממעבידים לחייב עובדים או מועמדים לעבודה לעבור בדיקה רפואית (כגון: Or. Rev.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

בארצות-הברית קובע ה־⁷²Americans with Disabilities Act (1995) כי אסור למעסיק לערוך בדיקות ובירורים כדי לברר את דבר קיומה של מוגבלות או טיבה, זאת בכפוף לשני סייגים:

(1) מעסיק רשאי לערוך בירורים בדבר יכולתו של דורש העבודה לבצע פעולה המתחייבת מהתפקיד או מהמשרה.

(2) מעסיק רשאי, בכל שלב לאחר הצעת העבודה, לערוך בירורים ובדיקות המתחייבים ממהותם של התפקיד או המשרה, לרבות בדיקות ובירורים בדבר קיומה של מוגבלות או טיבה.

באופן דומה, נחקק במדינת מינסוטה חוק⁷³ שקובע כי בדיקות רפואיות, כולל בדיקות רפואיות שנעשות בטרם קבלה לעבודה, תהיינה מוגבלות לבחינת יכולתו של הנבדק לביצוע משימות הרלוונטיות לתפקיד בלבד^{74,75}.

Stat. 659.227 (1997); Ariz. Rev. Stat. 41-1463 (1997); Wis. Stat. Ann. 11.372 (1997); N.Y. Exec. Law 296(1)(a) (1998). חוקים נוספים קבעו כי אסור להפלות כתוצאה ממידע גנטי או מהסירוב לבצע בדיקות גנטיות (כגון: N.J. Stat. Ann. 10:5-12 (1997)). לדעתם של הכותבים גם חוקים אלה אינם מספקים בהגנה מהפליה על בסיס מידע גנטי והם טוענים, כפי שגם אציג בהמשך, שחוקים הקובעים שאין להפלות על בסיס מידע גנטי פחות טובים מאשר חוקים הקובעים כי יש לאפשר למעביד לקבל מידע רלוונטי לתפקיד בלבד. גם האיחוד האירופי קבע כי ניתן להיעזר במידע גנטי רק כאשר אין כל ברירה אחרת ראו: J. Wolfgang-Goethe "From the General Rules on Data Protection to a Specific Regulation of the Use of Employee Data: Policies and Constraints of the European Union" 19 *Comp. Lab. L. & Pol'y. J.* (1998) 351. כך גם בגרמניה קיימת הגנה נגד שימוש במידע גנטי על ידי המעביד ב־German Federal Data Protection Act. ראו לעניין זה: K.A. Deyerle "Genetic Testing in the Workplace: Employer Dream, Employee Nightmare – Legislative Regulation in the United States and the Federal Republic of Germany" 18 *Comp. Lab. L.* (1997) 547. במאמר זה משווה המחבר בין ההגנה על מידע גנטי בעבודה בארצות-הברית לבין הגנה זו בגרמניה וקובע כי החוק הגרמני מעניק הגנה רחבה יותר מאשר ה־United States Privacy Act, היות שהחוק הגרמני חל הן על המגזר הציבורי והן על המגזר הפרטי. לדעתו של הכותב המטרה היא לקבוע מערכת המתירה שימוש בידע הגנטי, אך אינה מאפשרת הפליה על בסיס ידע זה ומעניקה הגנה לעובד/ מועמד לתפקיד משימוש לרעה בידע זה.

71 באוסטרליה, למשל, נקבע כי בהיעדר חקיקה מתאימה אי־אפשר לחייב עובד לעבור בדיקת אידס, ראו: McCallum & McCarry, *supra* note 58. האיחוד האירופי בפסק הדין – C-404/92 [1994] ECR I-1617. הפך את ההלכה שנקבעה בפסק הדין T-121/89 and T-13/90 X v. EC Commission [1992] E.C.R. I-2195 בנוגע לזכותו של היחיד לסרב לעבור בדיקת אידס לפני קבלה לתפקיד. ראו גם: D. Spielmann "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities" *The EU and Human Rights* (P. Alston & M. Bustelo & J. Heenan eds., 1999) 775-776.

בארצות-הברית פסל בית המשפט לערעורים הוראה של חובת בדיקת אידס לכל עובדי מוסד מסוים: *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation* 50 F. 2d 461 (8th Cir. 1989).

72 Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. at 12112(c) (להלן: ADA).

73 Minn. Stat. Ann. 363.0-20 (1998).

74 "[T]o require or request a person to undergo physical examination, which may include medical history, for the purpose of determination the person's capability to perform available

לגבי מידת האיזון הנכונה לקביעת הרלוונטיות לתפקיד קובעת השופטת ברק כי:

“האיזון הנכון יעשה בכך שנאפשר אך שאלות רלוונטיות למהות היחסים שעומדים להיווצר. על קנה המידה לבחינת האיזון בין דרישת הגילוי לזכות לפרטיות להיות קנה מידה אובייקטיבי”⁷⁶ (ההדגשות שלי – מ.ל.א.).

3. האיזון המוצע ומבחני משנה

נראה כי האיזון לפיו הן בעת קבלה לתפקיד והן במהלך עבודתו של העובד רשאי המעביד לדרוש בדיקה רפואית ואת המידע הרפואי רק אם הוא רלוונטי לתפקיד הוא האיזון ההולם ביותר לפתרון הסוגיה הנדונה. דרישה לבדיקה רפואית גורפת אינה פעולה בתום לב, אי-קבלת עובד לעבודה מחמת מצב בריאותי שאינו רלוונטי לביצוע התפקיד מהווה הפליה פסולה בין האדם החולה לאדם הבריא. גם הטיעון כי המעביד מסתכן לשלם פנסיה מוקדמת עקב פרישה מסיבות בריאות הנו שיקול פסול שאינו רלוונטי לפוטנציאל העבודה של המועמד ועל כן שיקול בחוסר תום לב⁷⁷.

השאלה הנשאלת כמובן היא כיצד נבחן “רלוונטיות לתפקיד”? התשובה היא למעשה הרחבה של הכללים המשפטיים הרגילים והידועים – סבירות ומידתיות, כאשר קנה המידה לבחינת האיזון הוא קנה מידה אובייקטיבי. אנסה להציע מספר הנחיות כלליות ואמות מידה באשר ליישום המבחן:

1. זהות המחליט מהו המידע הרלוונטי – קיימים מספר מחליטים אפשריים לבחינת הסוגיה אם המידע רלוונטי לתפקיד אם לאו. הראשון הוא העובד. אם נקבע כי קיימת חובת גילוי על העובד ללא התערבות המעביד יהא זה העובד האחראי לקבוע אם מדובר במידע הרלוונטי לתפקיד אם לאו. נראה כי במקרה זה יחששו המעבידים מהעלמת מידע ומהנזק שייגרם להם כתוצאה מכך. גורם נוסף, הוא בית משפט. מובן שלא נראה הגיוני שכל עובד או מעביד יפנה לבית המשפט בטרם גילוי המידע, אולם בית המשפט יכול שישים ערכאת ערעור על ההחלטה של הגורם המכריע, ולכן תקדימיו של בית המשפט ינחו את אותו הגורם. כעת נותרו שני גופים שעשויים להחליט אם המידע הוא רלוונטי והם המעביד או ארגון העובדים. בהנחה שמדובר במקום עבודה בו לא פועל ארגון עובדים, המחליט יהיה המעביד, כאשר תהא שמורה לעובד יכולת לפנות לבית המשפט ולטעון לאי-רלוונטיות המידע. כאשר פועל במקום העבודה ארגון העובדים, ייתכן שבמשא ומתן בין המעביד לארגון

employment, provided: (a) that an offer of employment has been made on condition that the person meets the physical or mental requirements of the job... [and] (b) that the examination tests only for job-related abilities” *ibid*, at 363.02(1)(9)(I)(a)-(b)

75 ראו לעניין זה: Rothstien & Gelb & Craig, *supra* note 36, at p. 408. המחברים מתייחסים לחוק זה כמבטא את המגמה הטובה ביותר גם בהקשר למידע גנטי.

76 ברק, לעיל הערה 67, בע' 510.

77 ראו לעניין זה את דבריה של השופטת ברק, שם.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

העובדים ייקבע מהו המידע הרלוונטי לסוג מסוים של תפקיד, אך מובן שגם על כך יוכל העובד לפנות לבית המשפט⁷⁸.

2. כיצד ייבחן מהו המידע הרלוונטי? לשם כך אציע מספר קריטריונים: **ראשית**, קריטריון הסיכון לצד שלישי – כאשר קיים סיכון לצד שלישי (עובדים אחרים והציבור שבא במגע עם העובד), מובן שמידע זה הוא רלוונטי למעביד ואף חובתו לדרוש מידע זה. לא זו אף זו, ניתן לומר כי זוהי אחריותו של העובד להעביר מידע זה על מנת למנוע את הסיכון. כך למשל ברור כי אדם המעמיד עצמו לתפקיד טייס חייב ליידע את המעביד על ליקויים קשים בראייתו.

שנית, קריטריון הסיכון לעובד עצמו – נראה כי גם מידע זה הוא רלוונטי לעבודתו של העובד. כך, למשל העובדה כי התפקיד עלול להחריף את מצבו הבריאותי של עובד, מן הדין שתידבק. כך חולה אסטמה העובד בתנאי שדה יצטרך ליידע את המעביד ואף לעבור בבדיקה מתאימה. האם העובדה שהעובד חולה ולא יוכל לעבוד באותו תפקיד בעוד כמה שנים היא רלוונטית לתפקיד? נראה כי גם מידע זה הוא מידע רלוונטי לתפקיד על מנת שהמעביד יידע להיערך בהתאם⁷⁹. אולם, מובן שגם מבחן זה יצטרך להיבחן בסבירות וברי למשל כי לא בכל עבודה שיש בה אלמנט של לחץ נפשי יש לבדוק את תפקוד הלב של כל העובדים. **שלישית**, קריטריון יכולת הביצוע – קריטריון זה מכיל כל מידע שיכול להשפיע בצורה כלשהי על יכולת הביצוע של העובד, בין שמדובר בביצוע חלקי, ביצוע איטי או ביצוע יקר, וכמובן אייכות לבצע את התפקיד כלל. נראה כי מידע מסוג זה רלוונטי לתפקיד. כך שגם אם יידרש המעביד לבצע שינויים והתאמות לאור המידע, עליו לדעת על כך. כך לדוגמא, אם מבקשת נכה הזקוקה לכסא גלגלים להיות פקידה במשרד עורכי דין, הרי שתוכל לבצע את התפקיד, אולם יכול שהמעביד יצטרך להתאים את דרכי הגישה למשרד וכדומה ומכאן, הרי שזהו מידע רלוונטי לתפקיד⁸⁰.

3. המחיר הכרוך בהתעלמות מהמידע – אם ננסה ליישם את הכללים שנקבעו בהלכת **מילר**⁸¹, ובעיקר בדבריה של השופטת דורנר, אזי גם אם הבדיקה היא רלוונטית לתפקיד, צריך לבחון מהו "המחיר" הכרוך בהתעלמות ממנה. האם התכלית אשר בשמה אנו דורשים את הבדיקה היא חשובה מספיק? האם המחיר שנשלם על התעלמות ממנה הוא כבד, אם לאו? רק אם המטרה נועדה לתכלית ראויה והנה עומדת במבחן המידתיות⁸², דהיינו במידה שאינה עולה על הנדרש, אשר תיקבע בכל מקרה ומקרה, אזי זוהי פגיעה מוצדקת בזכויות אדם.

78 ראו לעניין זה פרק ה.2. למאמר המציג התנגשות בין האיזון המוצע להסכם או הסדר קיבוצי, בו מוצגת השאלה אם הסכמת ארגון העובדים ממצה את זכותו של העובד אם לאו.

79 ראו עניין קריינר.

80 באשר למידתיות ההתאמה ראו פרק ה' למאמר.

81 בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר), ראו בעיקר את דעתה של השופטת דורנר. גם שם נשאלה שאלת "הרלוונטיות לתפקיד" ואף שבמקרה זה האינטרס הנדון היה הזכות שלא להיות מופלה מתחת מין ולא הזכות לפרטיות, נראה כי המבחנים יכולים לעזור לנו בקביעת קפי המידה ליישום במבחן הנדון.

82 לבחינתו של מבחן "המידתיות" ראו ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (תש"ס, א' ברק וח' ברנזון עורכים, כרך ב) 281.

ה. האיזון המוצע אל מול איזונים פורמליים

בפרק זה אנסה לבחון אם ניתן לפגוע בנוסחת איזון זו באמצעים פורמליים שונים, קרי, מה יקרה כאשר למשל דבר חקיקה יסתור את האיזון המוצע ויקבע, כי בכל עת יוכל המעביד לדרוש מהעובד מידע רפואי, או להפך כי המעביד לא יכול לדרוש מידע זה כלל וכלל. האם ניתן יהיה להתגונן בדרך כלשהי נגד פגיעה זו?

1. פגיעה בדבר חקיקה ראשי

הרעיון שפגיעה בזכות יסוד יכול שתיעשה רק בהוראת חוק מפורשת מוכר במשפט הישראלי מתחום המשפט הציבורי⁸³. בספר החוקים ניתן לראות חוקים רבים בהם מתיר המחוקק פגיעה בפרטיות העובד⁸⁴. חוקים אלה נהנים מהוראות סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שמירת הדינים). במקרים עתידיים יצטרך המחוקק לעמוד בתנאי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – פסקת ההגבלה, ולהראות כי לא ניתן להגיע לתוצאה הראויה בדרך שיש בה פגיעה פחותה בפרטיותו של העובד, שכן מאידך גיסא, הרחבה בזכותו של העובד משמעה פגיעה בזכות הקניין של המעביד. יחד עם זאת, לא ניתן לצפות כי הפגיעה תיעשה תמיד בחקיקה ראשית ולכן יש לבחון מה הנפקות של פגיעה באיזון המוצע באמצעות מנגנונים נוספים.

2. פגיעה ברמת המשא ומתן הקיבוצי

כאן עלינו לבצע הבחנה בין הסדר קיבוצי חד-צדדי להסדר קיבוצי דו-צדדי ולהסכם קיבוצי⁸⁵. כאשר המדובר בהוראות חד-צדדיות מטרתן היא לתת זכויות⁸⁶, ולכן הן אינן יכולות לגרוע מזכויות היסוד של עובדים. נראה כי הקביעה בעניין גוני, המחייבת את העובד לעבור בדיקה רפואית כחובה ברורה מהיותן של הוראות התקשי"ר תנאי מכללא בהסכם העבודה, אינה נכונה כיום. הוראות התקשי"ר הן בחלקן הסדר חד-צדדי, ונראה כי הוא אינו יכול לגרוע מזכויות היסוד של עובדים. לעניין הסדר קיבוצי דו-צדדי, המחוקק הכיר בנורמות שהן פרי של משא ומתן בין המעביד ובין ארגון העובדים⁸⁷. לכן בית המשפט לרוב אינו נוטה להתערב בתוכנם של ההסדרים הדו-צדדיים ושל ההסכמים הקיבוציים⁸⁸. כל עוד נושא זה לא הוסדר בחוק, אם הוא נעשה מכוח הסכמת העובדים או נציגות העובדים, תוך מתן שיקול דעת לארגון העובדים שישכיל לקבוע נורמות המתאימות לציבור העובדים אותו הוא מייצג,

83 ראו, סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; עניין אופק, לעיל הערה 44.

84 ראו, לעיל הערה 42.

85 יש לציין כי כידוע הסדר קיבוצי הוא במדרג נורמטיבי נמוך יותר מהסכם קיבוצי, כיוון שמדובר בתוצאה של משא ומתן בין המעביד לבין ארגון העובדים או גוף אחר המנסה או המתיימר לייצג את ארגון העובדים, ומסיבה זו או אחרת ההליך לא הצליח (למשל: הארגון אינו ארגון יציג, אין כתב, אי-הגשה לרישום וכדומה) להגיע להיות הסכם קיבוצי. אולם לא נראה כי לענייננו יש לכך נפקות.

86 דב"ע לח/102-3 צים – נאמן, פד"ע י 225, 242.

87 ראו חוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז-1957.

88 ראו, למשל, דב"ע לו/4-7 אל על – חרות, פד"ע ח 197.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

נראה שניתן לפגוע באיזון המוצע. אולם, יש לזכור כי בכל מקרה נתונה הסמכות לבית המשפט להתערב בתוכנו של ההסכם הקיבוצי אם יימצא כי הוא בלתי סביר או נוגד את תקנת הציבור⁸⁹. משמע, נוסחת האיזון שלעיל היא המדד לפיו תבצע הביקורת השיפוטית.

3. פגיעה בחוזה אישי

ניתן לטעון כי לא קיימת כל התנגשות בין קיומן של חירויות הפרט לבין יכולתו של הפרט לוותר על זכויותיו, ולכן בחוזה אישי יכול המעביד לקבוע חובת התייצבות לבדיקות רפואיות בכל שלב של העבודה. כחלק מהאוטונומיה של הפרט ניתן לקבוע כי קיימת לפרט אוטונומיה לוותר על זכויותיו. אולם היות שמערכת היחסים בין העובד למעביד אינה שוויונית, ניתן לשאול עד כמה הוויתור מצד העובד מהווה כניעה לכוחו העדיף של המעביד? שאלת המניע לויתור על זכויות העובד לא עלתה עד כה בפסקי הדין שעסקו בנושא זה⁹⁰, אולם שאלה זו אכן נשאלה בהקשר של ויתור על זכויות אחרות⁹¹. יש לציין, כי הסכמת העובד צריכה להיות מודעת ומפורשת, והעובד אינו יכול לוותר על זכותו מכללא. זאת ועוד, עובד אינו יכול לוותר מראש על זכות מוקנית, אלא רק בדיעבד. מובן שיש להתחשב במכלול נסיבות הפגיעה באיזון המוצע. האם כוונת המעביד בהתניה על זכויות העובד הנה למען הפררוגטיבה הניהולית שלו בלבד או האם היא כוללת כוונות אחרות כגון שמירה על העובד, שמירה על העובדים האחרים והלקוחות, מתן הטבות לעובד וכדומה.

1. האם יש מקום להעדפה מתקנת?

בפרק זה, אשר הנו הפרק האחרון של הרשימה, תידון לא רק הדרישה לביצוע בדיקה רפואית וחשיפת המידע העולה ממנה, אלא יכולתו של המעביד להכריע בשאלת גיוסו של מועמד לאור ממצאים אלו. זאת, מתוך הרצון להגן על אוכלוסיות חלשות באמצעות הפליה מתקנת. ראשית, עלי לציין כי איני סבורה כי יש להפעיל מבחנים אחרים בקשר לבדיקות רפואיות לצורך קבלתם לעבודה של אנשים עם מוגבלויות. מבחן הרלוונטיות לתפקיד שנדון עד כה מתאים גם כאן. אולם נראה כי ניתן ללמוד מספר דברים מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות לעניין הכרעה בשאלת קבלתו של מועמד לאור ממצאים המצביעים על בעיה רפואית.

89 ראו, למשל, בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749; בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749.

90 ראו עניין גוני, עניין ברונר; עניין סופר ועניין קרייטר. אולם בעניין אוניברסיטת תל-אביב קובע השופט אדלר כי הסכמת העובד לוותר על זכותו לפרטיות עשויה להיות מנוגדת לתקנת הציבור, ולכן לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 היא חסרת תוקף. והוא מוסיף כי לא יהיה תוקף להסכמה כזו אם המעסיק מתנה את זכות העובד להתקבל לעבודה או להתקדם בתפקיד בהסכמה מעין זו. במסגרת דיני החוזים הטענה היא כנראה טענת כפייה או עושק.

91 ראו, למשל, בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702; דב"ע לג/3-12 צייבוטר - אטלקה, פ"ד ע ד 173; דב"ע לח/3-59 פילשי - דורון, פ"ד ע י 32; דב"ע לא/3-1 בראדון - ג'רד, פ"ד ע ב 121.

אנשים עם מוגבלויות מופלים ומקופחים בתחומים רבים של חייהם. מכשולים פיזיים בצד דעות קדומות וסטראוטיפיים, מולידים ניכור והרחקתם מהיבטים רבים של חיי החברה. אלה האחרונים מחזקים דעות קדומות וחוזר חלילה⁹². המטרה של חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות הייתה להביא לפריצתו של מעגל קסמים זה⁹³. בפתח דו"ח הוועדה הציבורית שהוקמה למטרת בחינת חקיקה בנושא זה⁹⁴ מצוטטים דברי הנשיא ברק:

"הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא רגיל בחברה בה הוא חי. מטרת ההסדרים, אינה להיטיב עימו בבדידותו, אלא לשלבו - תוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת - במירקם הרגיל של חיי החברה"⁹⁵.

לאור חוק זה הגדרתו של אדם עם מוגבלויות היא:

"אדם עם מוגבלות" - אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים⁹⁶. הגדרה זו היא רחבה וכוללת כמעט את כל המוגבלויות⁹⁷. לעניין איסור הפליה בעבודה, החוק אף מרחיב ומחיל את הוראותיו גם על מי שהיה בעבר אדם עם מוגבלויות, ועל מי שנחשב לאדם עם מוגבלויות אף כי אינו כזה לאמיתו של דבר ובני משפחה של אדם עם מוגבלויות המטפלים בו⁹⁸.

אחת הבעיות הקשות ביותר של אנשים עם מוגבלויות היא השתלבות במעגל העבודה. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות אוסר הפליה מטעם זה. החוק אוסר על מעביד להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים. ה"הפליה" כוללת גם אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם

92 א' כרמי "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות" **רפואה ומשפט** 23 (2000) 102.

93 המדינה הציבה את ערך השוויון על רגלה ולכן נוכח הפער בין הרצוי למצוי בתחום זה (יש לציין כי למעלה מ-10% מאוכלוסיית ישראל הם אנשים עם מוגבלות פיזית, נפשית או שכלית, שיעורי האבטלה בקרב מגזר זה הנם גבוהים לעין ערוך מן השיעור בקרב כלל האוכלוסייה) מצא המחוקק לנכון לחוקק חוק מיוחד. מטרתו של החוק "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלא יכולתו" - סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות.

94 דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלויות (תשנ"ז) 11 (להלן: דו"ח הוועדה).

95 בג"צ 7081/93 ברצר נ' מועצה מקומית "מכבים - רעות", פ"ד (1) 19, 26.

96 סעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.

97 להרחבה בנושא ההגדרה ראו כרמי, **לעיל** הערה 92, 102-103. אולם, יש לציין כי אין הכוונה רק לנכים, אלא הכוונה היא לכל האנשים עם מוגבלויות, למשל: חרשים, אנשים עם פיגור שכלי, עם נכות פיזית, אנשים עם תסמונת דאון, חולי נפש וכדומה.

98 סעיף 8(ד) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. בני משפחה לעניין זה כוללים לפי סעיף 8(ה) לחוק זה:

"(1) בן זוג, הורה או ילד;

(2) בן זוגו של הורה, בן זוגו של ילד, אח או אחות או בני זוגם, סב, סבתא, נכד או נכדה - שעיקר פרנסתו של אדם עם מוגבלות עליהם".

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

עם מוגבלויות אשר יאפשרו את העסקתו⁹⁹, כל עוד ההתאמה אינה מטילה נטל כבד מדי על המעביד¹⁰⁰.

האיסור להפלות חל על כל אחד משלבי העבודה¹⁰¹. לעניין חוק זה רואים כהפליה גם קביעת תנאי שלא ממין העניין. מאידך גיסא, אין רואים כהפליה פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה¹⁰².

לעניין העדפה מתקנת¹⁰³ נקבע כי "ראה מעביד כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות

99 סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. ההתאמה כוללת התאמת מקום העבודה, הציווד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקים לקבלה לעבודה, הכשרה והדרכה וכן נוהלי עבודה.

100 המונח "נטל כבד מדי" היא הגדרה כללית המותחת כמובן, פתח לפרשנות שיפוטית. המחוקק הפקיד בידו הרשות השופטת קריטריונים מנחים למדידת כובדו של הנטל: "נטל בלתי סביר בנסיבות העניין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה ובטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיפום של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה".

101 סעיף 8(א) לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות:

"(1) קבלה לעבודה לרבות מבדקי קבלה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורין או פיצויי פיטורין;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מהעבודה".

102 סעיף 8(ג) וסעיף 11(ב) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. יש לציין, כי בנוסף לכך החוק מטיל חובה על המדינה לזיום ולפתח תכניות הכשרה תעסוקתית ורצף של מסגרות תעסוקה שבהן ישולבו אנשים עם מוגבלויות וזאת מתוך מגמה לנורמליזציה, דהיינו העדפת מסגרות התעסוקה הרגילות של השוק החופשי על פני מסגרות מיוחדות, כגון תעסוקה מוגנת.

103 לעניין איסור הפליה בתעסוקה מפנה דו"ח הוועדה לשני סוגים שונים של חוקים. האחד, איסור על הפליה בתעסוקה על כל שלביה. האיסור החל בארצות-הברית ב־ADA חל על אדם כשיר עם מוגבלויות, שיכול לבצע את הדרישות המהותיות של התפקיד, עם או בלי התאמה סבירה. לא מתערבים בשיקול דעתו של המעביד בשאלה מהן דרישות מהותיות אלא יש להראות רק כי הוא דורש זאת בעבודה. בתי המשפט בארצות-הברית דנים בשאלת הכשירות. כך נקבע כי מנהל חולה סרטן שהגדיל את תפוקת מחלקתו הנו כשיר, להבדיל ממלצרית שסובלת מפניקה. ראו: *Johnston v. Morrison, Inc.*, 849 F. Supp. 777 (N.D.ALA. 1994); *S.E.E.O.C v. AIC*, 820 F. Supp. 1060 (N.D.Ill. 1993).

בקנדה ה־Canadian Human Rights Act קובע כי ההפליה אינה אסורה אם נעשתה בדרישות אשר בתום לב מתחייבות מאופיו וממהותו של התפקיד (סעיף 15(a)). יש לציין כי איסור זה לא חל על מי שמעסיק פחות מחמישה עשר עובדים.

בבריטניה קיים סעיף האוסר להתנות בחוץ עבודה (ובחוזים אחרים) על איסור הפליה. בנוסף, החוק הבריטי ה־Disability Discrimination Act אוסר על ארגון עובדים, ארגון מעסיקים או ארגון בעלי מקצוע, להפלות אדם מחמת מוגבלותו בנוגע לחברות או לתנאי הטרות.

בגרמניה בשנת 1994 תוקן חוק־היסוד הגרמני (החוקה) ולסעיף השוויון (סעיף 3) נוספה הוראה האוסרת על הפליית אדם מחמת מוגבלות.

בצרפת, הפליית אנשים מחמת נכות או מצב בריאותי מהווה עברה פלילית: (Law No. 90-602 of 12 July 1990 relative à la protection des personnes contre les discrimination en raison de leur état de santé ou de leur handicap).

ההפליה אינה פסולה בצרפת אם היא מבוססת על טעמים ענייניים כגון: שמירה על בריאותו של אדם ואי-כשירות.

העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן - ייצוג הולם), יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות¹⁰⁴.

ניכר כי נוסח החוק עולה בקנה אחד עם האיוון המוצע בחיבור זה¹⁰⁵, לפיו רק במקרים בהם המידע הרפואי רלוונטי לתפקיד, רשאי המעביד לדרוש מהעובד לעבור בדיקה רפואית, זאת כיוון שהחוק אוסר על מעביד להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים. החוק אף מוסיף וקובע כי "הפליה" כוללת גם אי-ביצוע ההתאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלויות אשר יאפשרו את העסקתו. מכל האמור לעיל, נראה כי חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות דורש התייחסות חדשה של המעסיקים אל אנשים עם מוגבלויות והיא של איסור הפליה ועידוד מידה מסוימת של העדפה מתקנת. החוק מתחשב בנטל שעל המעסיקים ומתמך לפעולות יוזמות של שילובם של אנשים עם מוגבלויות¹⁰⁶.

ז. סיכום

אחת הדרכים בה עושים מעבידים שימוש על מנת לרדת לחקר טיבו ועברו של העובד, היא הדרישה מעובדים לעבור בדיקות רפואיות. יחד עם זאת, קיימת חשיבות רבה לקיומה של מודעות לצדו השני של המטבע והוא הפגיעה בפרטיותו של העובד.

סוג חוקים שני, מטיל חובה על מעסיקים להעסיק אחוז מסוים מהעובדים שהם אנשים עם מוגבלויות: בהולנד חוק העסקת נכים - Handicapped Workers Employment Act (1987) ממליץ כי מעסיק פרטי או ציבורי יעסיק 3%-5% מעובדיו שהם אנשים עם מוגבלויות אולם אין סנקציה בגין הפרת מכסה זו.

בגרמניה חוק אנשים עם מוגבלויות המורות - Schwerbehindertengesetz - Severely Handicapped Persons Act מחייב כל מעסיק של ששה-עשר עובדים או יותר, להעסיק מכסה של 4%-10%. הקנס המוטל על מעביד שלא עומד במכסה הוא 200 מארק.

הוועדה הביאה בחשבון את הנסיגה שהתרחשה במדינות השונות משיטת המכסות. נטען כי שיטה זו מעוררת בעיות שונות. היא אינה מתחשבת במאפייניו של כל עסק ועסק ויצרת התנגדות של מעסיקים. לכן, המליצה הוועדה לאמץ את המתכונת הגמישה של הסדרי העדפה מתקנת בקבלה לעבודה של אנשים עם מוגבלויות. העדפה מתקנת מסוג זה קבועה בסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), המחייב את נציב שירות המדינה לפעול למתן ייצוג הולם לבני שני המינים, בין השאר בדרך של העדפה במכרו מקום שמועמדים הנם בעלי כישורים דומים.

104 סעיף 9(א) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. לעניין זה מעביד הוא כזה המעסיק עשרים וחמישה עובדים ומעלה, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) חל עליו.

105 יש לציין כי דו"ח הוועדה כולל סעיף חוק לפיו "מעביד רשאי -

- (1) לערוך בירורים בדבר יכולתו של דורש העבודה לבצע פעולה המתחייבת מהתפקיד או מהמשרה.
 - (2) לערוך בדיקות ובירורים רפואיים או אחרים המתחייבים מאופיים או ממהותם של התפקיד או של המשרה לעובד ולדורש עבודה שקיבל הצעת עבודה וטרם נתקבל לעבודה."
- דו"ח הוועדה, לעיל הערה 94, בע' 35. סעיף זה מבוסס בעיקרו על סעיף 102(c) ל-ADA, לא ברור מדוע סעיף זה לא התקבל.

106 סעיף 14 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות קובע סנקציות בגין הפרת חוק זה.

האם ניתן לדרוש מעובד התייצבות לבדיקה רפואית?

גם מבלי לרדת לעומק ההבחנה כאשר לגישה העדיפה, הניאוו־ליברלית או הגישה הסוציאליסטית, נראה כי קיים צורך לבצע איוון אינטרסים, אשר ייתן מענה לשאלה הנדונה במאמר. נראה כי האיוון הראוי ביותר ואשר פוגע במידה הפחותה ביותר בזכויות שני הצדדים הוא מבחן הרלוונטיות לתפקיד. לפי איוון זה רשאי המעביד לדרוש מהעובד לעבור בדיקה רפואית רק אם היא רלוונטית למשרה הנדונה. דרישת בדיקה רפואית גורפת ללא רלוונטיות לתפקיד היא התנהגות מעביד הנגועה בחוסר תום לב ואף מהווה פגיעה חמורה בפרטיות העובד. כמו כן, אם מדובר בבדיקה לא רלוונטיות לתפקיד רק בקבלה לעבודה, אזי אי־קבלת אדם לעבודה מסיבות שאין להן קשר לביצוע התפקיד מהווה הפליה מנימוקים לא רלוונטיים. השאלה הנשאלת, כמובן, היא כיצד נבחן "רלוונטיות לתפקיד"? לשם כך הוצעו מספר הנחיות כלליות ואמות מידה הכוללות את זהותו של המחליט, סוג המידע והאם הוא שומן בחובו סיכון כלשהו או שיש בו כדי להשפיע על ביצוע התפקיד וכן מחיר ההתעלמות מהמידע.

מעבר לכך, המחוקק ניסה ללכת צעד אחד נוסף ולקבוע אמת מידה של הגנה על אוכלוסיות חלשות בנושא זה, וזאת באמצעות חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. חוק זה דורש התייחסות חדשה של המעסיקים אל אנשים בעלי בעיות רפואיות מסוגים שונים והיא של איסור הפליה ועידוד מידה מסוימת של העדפה מתקנת. מכאן עולה, כי לא רק ראוי כי הבדיקות הרפואיות תהיינה רלוונטיות לתפקיד, אלא גם כאשר מתקבל מידע רפואי רלוונטי לתפקיד, מוגבל המעסיק ביכולתו להסתמך על המידע הרפואי בבואו להחליט אם לקבל מועמד לעבודה, אם לאו.