

דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי

בעקבות ע"א 8189/11 דיין נ' מפעל הפיס

מאת

אביטל טוביאנה-אורן* וגל יהושע**

מבוא. א. קביעות בית המשפט בפרשה; 1. רקע – התפתחות הפרשה; 2. הכרעת בית המשפט העליון – האיזון המצוי. ב. ביקורת על פסק הדין – היבטים מוסדיים. ג. ביקורת על פסק הדין – היבטים מהותיים; 1. עקיפת חוק המרשם הפלילי ופגיעה בעקרון "תקנת השבים"; 2. פגיעה בחזקת החפות; 3. פגיעה בחופש העיסוק; 4. פגיעה באינטרס הציבורי לשקם עבריינים. ד. ביקורת ההנמקה בפסק הדין; 1. הזכויות והאינטרסים המתנגשים כפי שהוצגו על ידי בית המשפט והאיזון ביניהם; 2. בחינת עמידת הפגיעה בזכויות בכללי המשפט הציבורי; (א) עמידה בתנאי פסקת ההגבלה; (ב) עמידה במבחן הוודאות הקרובה; 3. היעדר עקיבות בהנמקה באשר להרשעות שהתיישנו או נמחקו; 4. תחולת ההלכה על המגזר הפרטי; 5. החרפת הפגיעה בזכויות בשל היעדר אפשרות אכיפה ממשית. ה. הדין הרצוי; 1. פתרונות בפסיקה; (א) הרחבת האיסור על קבלת מידע מן המרשם הפלילי; (ב) צמצום דרישות הרלוונטיות והמידתיות והבהרתן; 2. פתרונות בחקיקה; (א) הקמת גוף לניתוב מידע פלילי מטעם המדינה; (ב) איסור הפליה. ו. סיכום.

מבוא

בעניין דיין¹ דן בית המשפט העליון בשאלה אם אדם או גוף שאינם זכאים לעיין במרשם הפלילי לפי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן – חוק המרשם הפלילי), והעורכים מכרז, רשאים לדרוש ממגשי ההצעות בו, כחלק מתנאי המכרז, לצרף מידע על אודות עברם הפלילי, לרבות פרטים על אודות חקירות תלויות ועומדות, ובהן גם כאלה שלא הגיעו לכלל הגשת כתב אישום. בית המשפט העליון ענה על שאלה זו בחיוב, וקבע אמות מידה למסירת מידע כאמור.

ההארה תבקר הן את ההנמקה בפסק הדין הן את הקביעות הערכיות העולות ממנה. טענתנו המרכזית היא כי פסק הדין נותן משקל יתר לזכותם של עורכי מכרזים ומעסיקים על חשבון זכויותיהם של מציעים-בכוח במכרז ושל מועמדים לעבודה. טענה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בכתבי אישום תלויים ועומדים, ועוד יותר מכך כאשר מדובר בחקירות תלויות ועומדות.²

בפרק הראשון נתאר את הדין המצוי בעקבות האיזון שקבע בית המשפט בעניין דיין. בפרק השני נבקר את פסיקת בית המשפט מן ההיבט המוסדי. בפרק השלישי נבקר את פסק הדין מן ההיבט המהותי, ובביקורת זו נדגיש את הפגיעה בעקרון "תקנת השבים" ובחזקת החפות, את הפגיעה בפרטיות ובחופש העיסוק, וכן את החטאת האינטרס הציבורי לשקם עבריינים. בפרק הרביעי נבקר את ההנמקה בפסק הדין, ובתוך כך את הזכויות והאינטרסים המתנגשים כפי שהוצגו על ידי בית

* בוגרת תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** בוגר תואר ראשון במשפטים ובכלכלה, אוניברסיטת חיפה, וסטודנט לתואר שני (European Master in Law and Economics). תודתנו נתונה לפרופסור אמנון רייכמן, לשי אוצרי ולקרן חכים על הערותיהם המאירות והמועילות, וכן ליתר חברי מערכת כתב העת "הארץ דיין". תודה מיוחדת לשי אוצרי על עזרתו בהתקנת המאמר לדפוס.

1 ע"א 8189/11 דיין נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 21.2.2013) (להלן – פרשת דיין).

2 חקירות אלה מכונות גם "חקירות הממתינות לבירור דיין" או "תיקי מב"ד".

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

המשפט, את אופן עריכת האיזון ביניהם ואת עמידתו בכללי המשפט הציבורי. בפרק החמישי נציג פתרונות פסיקטיים וחקיקטיים לסוגיה.

א. קביעות בית המשפט בפרשה

1. רקע – התפתחות הפרשה

מפעל הפיס פרסם מכרז לבחירת משווקים אזוריים ותנאי הסף שפורטו בו דרשו בין השאר הצגה של "תעודת יושר" עדכנית ממשטרת ישראל, כלומר תדפיס מן המרשם הפלילי בעניינו של המועמד. לאחר שהובהר למפעל הפיס כי אינו נמנה עם הגופים המורשים לקבל מידע מן המרשם הפלילי,³ נשלחה הבהרה שלפיה במקום תעודת יושר יידרש צירוף תצהיר של המועמד "בדבר הליכים משפטיים" שבהם הוא נתון, כלומר עבר פלילי, וכן הצהרה על אודות חקירות תלויות ועומדות נגדו. על סמך התצהיר יוכרע אם המועמד "עברלא עבר" את אמת המידה של "יושר ומהימנות".

רפאל דין, ששימש משווק אזורי משנת 2004 ואילך, הגיש הצעה במכרז. ההצעה נדונה בוועדת המכרזים, שקבעה כי הוא אינו עומד בתנאי של "מהימנות ואמינות" בשל חקירה פלילית המתנהלת נגדו בגין תיווך בשוחד הקשור למכרז קודם שערך מפעל הפיס בשנת 2004. כחצי שנה לאחר החלטת הוועדה נסגרה חקירת המשטרה בעניינו של דין מפאת חוסר ראיות. בעקבות זאת הגיש דין תביעה לבית המשפט המחוזי וביקש כי יפסקו לזכותו פיצויים בגין הרווחים שנמנעו ממנו בשל כך שנפסלה מועמדותו.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה לאחר שקבע כי אמינותו של מציע במכרז הוכרה כשיקול רלוונטי בפסיקת בתי המשפט, וכי ההחלטה בעניינו של דין הייתה סבירה ועמדו בבסיסה שיקולים ענייניים ומוצדקים:⁴ דין התמודד לתפקיד בכיר בעת שהיה תלוי ועומד נגדו תיק חקירה בנושא שיש לו רלוונטיות להשתתפותו במכרז הנדון. עוד נקבע כי התשתית הראייתית שעמדה לרשות ועדת המכרזים הייתה סבירה ומספקת לצורך קבלת ההחלטה, שכן מפעל הפיס אינו נדרש לקיים חקירות בעצמו.

דין ערער על החלטה זו לבית המשפט העליון, והאחרון דחה את הערעור וקבע בין השאר כי חוק המרשם הפלילי אינו יוצר הסדר שלילי האוסר בירורים עובדתיים רלוונטיים לקבלת החלטות, אלא רק מסדיר את הסוגיה של העברת מידע מן המרשם הפלילי עצמו. בהתבסס על קביעה זו דחה בית המשפט את הטענה כי גוף שאינו מורשה לקבל מידע על פי חוק המרשם הפלילי, אף אינו רשאי לדרוש את המידע הזה מן המועמדים עצמם. לצד זאת קבע בית המשפט כי דרישת מידע מן הסוג הזה היא בגדר פגיעה בפרטיות המשתתפים במכרז או המועמדים לעבודה, ועל כן פנה לאזן בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, כפי שיפורט להלן. לבסוף הבהיר בית המשפט כי מסקנותיו תקפות הן באשר לעבר פלילי של מתמודד במכרז הן באשר לכתבי אישום תלויים ועומדים בעניינו ולחקירות תלויות ועומדות נגדו. עוד קבע כי מסקנותיו תקפות גם בנוגע למעסיקים פרטיים המבקשים מידע ממועמדים לעבודה.

3 ס' 8 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. הסעיף מאפשר לגופים ציבוריים – המדינה, רשויות מקומיות או תאגיד שהוקם על פי דין וחלה עליו חובת מכרז – לקבל מידע על עבירות המפורטות בתוספת השנייה לחוק, אם הסכים אותו אדם לכך.

4 ת"א (מחוזי מרכז) 10-28423-02 דין נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 12.9.2011) (להלן – דין – מחוזי).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

על פסק דין זה הוגשה בקשה לדיון נוסף שהתקבלה, אולם לבסוף המליץ בית המשפט לעותר למשוך את הבקשה וציין בין השאר כי במחיקת העתירה אין כדי למנוע בחינה של חוק המרשם הפלילי והצגת הצעות לתיקונו.⁵

2. הכרעת בית המשפט העליון – האיזון המצוי

בית המשפט קבע כי לא כל בקשה למסור מידע בנוגע לעברו הפלילי של מועמד לעבודה או של מתמודד במכרז ובנוגע לחקירות תלויות ועומדות בעניינם, לרבות באמצעות תצהיר, היא פסולה, שכן "אל מול זכותם לפרטיות של עובדים ושל מציעים במכרזים, ולצידה האינטרס הציבורי לתמוך בשיקום של עבריינים עומדת זכותם של מעסיקים ושל גורמים המפרסמים מכרזים למנוע חשיפה שלהם ושל אנשים הנזקקים לשירותיהם לסיכונים לא סבירים".⁶ בית המשפט קבע כי הדבר תקף במיוחד כשמדובר בגופים דומהותיים, כגון מפעל הפיס, הממלאים תפקידים ציבוריים, אולם הם עשויים לחול גם בתחום הפרטי המובהק, "בהתאם להקשר".⁷

בית המשפט הציב כמה סייגים לבקשות למסירת מידע פלילי: ראשית, וככלל, אין לדרוש מידע הנוגע להרשעות שהתיישנו או נמחקו,⁸ או לתיקי חקירה שנסגרו.⁹ שנית, יש לתחום את דרישת בקשת המידע להרשעות ולחקירות תלויות ועומדות הרלוונטיות למכרז או למשרה הקונקרטי. רק כך תיחשב הבקשה למבוססת על תכלית ראויה ולמידתית.¹⁰ לבסוף, ראוי כי בקשת המידע תנקוב באופן ספציפי בעבירות מסוימות, וכי יובהר במפורש למציעים כי הם אינם נדרשים למסור מידע בנוגע להרשעות שהתיישנו או נמחקו. כאמור, בית המשפט קבע כי הדברים תקפים גם באשר למעסיקים פרטיים המבקשים מידע ממועמדים לעבודה.

ב. ביקורת על פסק הדין – היבטים מוסדיים

בפסקי דין רבים נקבע כי כל עוד לא אמר המחוקק את דברו בעניין סבוך והרה גורל, מוטב לבית המשפט להימנע מלקבוע הלכות מקיפות אשר ראוי כי יוכרעו בחקיקה ראשית של הכנסת.¹¹ ואכן, אנו סבורים, כפי שטענה גם הסנגוריה הציבורית בכתבי הטענות,¹² כי לנוכח רגישות ההסדר הקבוע בחוק המרשם הפלילי, מבטאות הלכות בית המשפט העליון ניסיון להימנע מלקבוע הלכות גורפות, אשר יהיה בהן כדי למסד מסלול עוקף, פרי הפסיקה, להסדר זה. לפיכך נקבע כי גוף שאינו זכאי לקבל מידע מן המרשם הפלילי, אינו זכאי לשקלו, אף אם המידע נמסר בהסכמה.¹³ בעתירה נוספת, שבמסגרתה ביקש העותר מבית המשפט ליתן צו לכנסת ישראל לנמק מדוע לא תסייג את ההסדר הקבוע בחוק באופן שיאפשר לאנשים פרטיים לדרוש מידע על אודות עבר פלילי של עוזרות בית ונותני שירותים אחרים, נמנע בית המשפט מלקבל את הבקשה, והבהיר כי

5 דנ"א 1840/13 דין נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 22.12.2013).

6 עניין דין, לעיל ה"ש 1, בפסי 36 לפסק הדין.

7 שם, שם.

8 שם, בפסי 37 לפסק הדין.

9 שם, בפסי 42 לפסק הדין.

10 שם, בפסי 37 לפסק הדין.

11 ראו, לדוגמה: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בפסי 51 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלוך (1991); דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, פסק דינה של הנשיאה ביניש, ופסקי הדין של השופטים פרוקצ'יה וגרוניס, פ"ד סד(1) 533 (2010).

12 ראו עמדה משלימה מטעם הסנגוריה הציבורית בבקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט" בעניין דנ"א 1840/13 דין נ' מפעל הפיס, לעיל ה"ש 5, בפסי 51.

13 דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נט(4) 637, 659 (2004); על"א 6038/04 ג'ורג'י נ' לשכת עורכי הדין (פורסם בנבו 17.3.2005). ודוק: לשכת עורכי הדין, שעניינה נדון בפסקי דין אלו, קיבלה גישה למידע זה רק לאחר צירופה לרשימת הגופים המנויים בתוספת הראשונה.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

ראוי שטענות המבקשות לשנות את ההסדרים שנקבעו בחוק המרשם הפלילי יתבררו על ידי המחוקק ולא בפני בית המשפט.¹⁴

לו היה בית המשפט ממשיך ברוח זו, אזי גם בעניין **דיין** היה עליו להעניק פתרון אד-הוק לנסיבות העובדתיות הרלוונטיות (השתתפות מציע במכרז), בלי לפתח עקרונות בעלי תחולה כללית.¹⁵ כך, למשל, היה יכול להכריע את הדין בהסתמך על קביעתו כי כאשר מדובר במכרז, מוטלת על המשתתפים בו חובת הגינות המחייבת אותם למסור מידע על חקירות פליליות המתנהלות נגדם.¹⁶

ג. ביקורת על פסק הדין – היבטים מהותיים

חשובה מן הביקורת המוסדית היא הביקורת המהותית: משבחר בית המשפט לתת מענה פסיקתי לסוגיית המרשם הפלילי, היה ראוי שיעשה כן כדי להגן על זכויות האדם ולבצר את מעמדן, ותחת זאת הביא להחלשתן. והרי בית המשפט העליון נתפס כ"מגן זכויות היסוד של הפרט בישראל", ועמל על עיצוב הסדרים משפטיים לביצור חירויות היחיד.¹⁷ זאת ועוד, חקיקה שיפוטית צריכה להתחשב במכלול החקיקה הרלוונטית הקיימת ובתכליותיה.¹⁸ בעבר, כשנדרש בית המשפט לחקיקה שיפוטית ולעיצוב דינים, הוא אכן נקט מדיניות של כיבוד זכויות היסוד של הפרט.¹⁹ בפרק זה נבקש להראות כי פסיקת בית המשפט בעניין **דיין** אינה תורמת לביצור זכויות האדם, ולא זו בלבד אלא שהיא פוגעת בכמה זכויות ועקרונות יסוד חשובים, וסוטה במידה רבה מתכליות חוק המרשם הפלילי וחוק יסוד: חופש העיסוק.

1. עקיפת חוק המרשם הפלילי ופגיעה בעקרון "תקנת השבים"

חוק המרשם הפלילי נועד לאזן בין זכות הפרט להגנה על כבודו ושמו הטוב, וההכרה בתשובתו של הפרט, לבין אינטרסים שבטובת הציבור, שהגנה עליהם מצריכה שקילת המידע העולה מן המרשם.²⁰ העיקרון הבסיסי שביסוד חוק המרשם הפלילי הוא כי "פרט לעניינים יוצאים מן הכלל, אין לזכור לאדם את חטאו כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה".²¹ החוק מאמץ את גישת ההלכה לנושא, המוצאת את ביטויה ב"תקנת השבים", שמקורה במשנה.²²

14 ראו בג"ץ 3869/08 **סודרי נ' כנסת ישראל**, פסק דין של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (פורסם בנבו, 13.10.2009).

15 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 35–44 לפסק הדין.

16 שם, בפס' 40 לפסק הדין.

17 עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר נייר" **עיוני משפט** ג 626 (תשל"ג).

18 אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" בתוך **מבחר כתבים** א 821, 840 (2000).

19 שפירא, לעיל ה"ש 17, בעמ' 630–631. כך, בפסק הדין בעניין **מור** קבע בית המשפט כי בהיעדר הסדר חקיקתי המאפשר פגיעה בזכות לפרטיות

(האנונימיות באינטרנט), אין ליצור הסדר שכזה בדרך של יצירה שיפוטית. ראו: רע"א 4447/07 **מור נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק**

בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010). ראו גם: ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד יט(3) 365 (1965), שם התנגד

השופט חיים כהן (בדעת מיעוט) לחקיקה שיפוטית מכיוון שסבר כי אין לפגוע בזכות יסוד (הזכות לבחור ולהיבחר) ללא אסמכתה מפורשת בחוק.

ראו גם: ע"א 1297/11 **לוי נ' זוהר**, בפס' 23 (פורסם בנבו, 29.12.2013), שם נקבע כי אין מקום לחקיקה שיפוטית מכיוון שהמצב המשפטי הקיים

איננו מסב פגיעה לזכויות אדם.

20 דני"פ 9384/01 **מוחמד אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין של מדינת ישראל – הועד המרכזי**, פ"ד נט(4) 637, בפס' 27 לפסק דינה של השופטת ביניש

(2004).

21 דברי הסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א–1981, ה"ח 218; על"ע 1/68 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כב(1) 673

(1968).

22 שם.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

הרביליטציה של עבריינים, לאחר שנשאו את עונשם, היא אינטרס של הפרט והחברה גם יחד.²³ החזרה לחברה היא זכות בסיסית של הפרט לשוב ולהיות שווה בין שווים, לאחר שסיים לרצות את עונשו. פלר אף רואה בהרביליטציה זכות אדם.²⁴ כשם שהחברה חייבת שלא לראות עבריין במי שעדיין לא עבר עבירה, כך גם אין היא רשאית לראות עבריין במי שנענש והציג ערבויות סבירות כי לא יחזור לפשוע. זהו סיכון שהחברה חייבת לקבל עליה.²⁵ עוד ניתן לטעון כי עקרון תקנת השבים, המאפשר לאדם לפתוח דף חדש בחייו בין היתר על ידי השתלבות בחברה ובמעגל התעסוקה,²⁶ קשור בקשר ענייני והדוק עם האוטונומיה של הפרט,²⁷ מאפשר לאדם לכתוב את סיפור חייו, ועל כן כלול באשכול זכויות כבוד האדם.²⁸

כאמור, שיקום בעלי עבר פלילי והשתלבותם בחברה הם גם אינטרס ציבורי-חברתי מהמעלה הראשונה. כך, למשל, מניעת עבריינות חוזרת, באמצעות שילוב עבריינים במעגל העבודה, יכולה להקטין את אוכלוסיית האסירים ובכך להפחית את הנטל הכלכלי על תקציב המדינה.²⁹ מכיוון שתעסוקה היא גורם חיוני בשיקום ובשילוב מחדש בחברה,³⁰ השתלבות בעלי עבר פלילי במעגל התעסוקה היא אינטרס חברתי. ברם, דחייה שיטתית ממעגל העבודה פירושה ענישה נוספת של אותו אדם,³¹ והיא גוזלת ממנו את האפשרות לפתוח דף חדש, ובכך פוגעת הן בו ובזכויותיו הן באינטרס הציבורי.³²

הוראת החיסיון שבסעיף 3 לחוק המרשם הפלילי קובעת כי "המרשם יהיה חסוי ולא יימסר מידע ממנו אלא לפי חוק זה".³³ בכך משרתת הוראה זו את תכלית הרישום הפלילי ככלי סינון אזורי (להבדיל מענישה נוספת של בעלי עבר פלילי), מצמצמת את הפגיעה בזכותם לפרטיות, ומקדמת את האינטרס לשלבם מחדש בחברה הנורמטיבית.³⁴ לצד זאת, החוק מכיר בכך שצורכי החברה בעניינים מסוימים מחייבים גילוי עברו הפלילי של אדם, ועל כן הוא קובע מי זכאי לקבל מידע מסוג זה, לאילו מטרות ובאילו תנאים.³⁵

רגישות המידע והשאיפה לקדם את שיקומם של בעלי עבר פלילי, לצד ההכרה בקיומו של רצון תמידי אצל אנשים לדעת אם לזה שעומד מולם יש עבר פלילי, הביאו את משטרת ישראל לפרש את החוק באופן שאדם אינו יכול לקבל לידיו תדפיס של המידע על אודותיו, אלא לעיין בו בלבד.³⁶ הלכת **פישלר** כרסמה בהוראה זו כאשר קבעה כי "בעידן המחשב יש לקרוא אל תוך זכות העיון גם את הזכות לקבל תדפיס".³⁷ בעקבות החלטה זו, מעסיקים וגורמים נוספים שאינם רשאים, על פי חוק, לקבל

23 על"ע 3761/00 קוסטין נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי, פ"ד נו(2) 227, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר (2001); Timothy L. Creed, *Negligent Hiring and Criminal Rehabilitation: Employing Ex-Convicts, Yet Avoiding Liability*, 20 ST. THOMAS L. REV. 183, 183-185 (2008).

24 ש"ז פלר "הרביליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות" **משפטים** א 497, 509 (תשכ"ח-תשכ"ט).

25 ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** ב 658 (1992).

26 אשר לפי כל המחקרים חיונית ביותר בהליך השיקום וההשתלבות המחודשת בחברה. ראו: Bronwyn Naylor, Moira Paterson & Marilyn Pittard, *In The Shadow of a Criminal Record: Proposing a Just Model of Criminal Record Employment Checks*, (2008) MELBOURNE U. L. REV. 6.

27 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006).

28 אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כך ג, **פרשנות חוקתית** 416, 426-427 (1994).

29 Bruce E. May, *The Character Component of Occupational Licensing Laws: A Continuing Barrier to the Ex-Felon's Employment Opportunities*, 71 N.D. L. REV. 187, 187-188 (1995).

30 שם, בעמ' 188.

31 רותי קמיני "הסיווג הראוי של מרשם פלילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327, 368-369 (תשע"א). יתרה מזו, קמיני מדגישה כי הבעייתיות אינה מתמצית בעצם הענישה בשנית" של בעל עבר פלילי, אלא גם בקשיים קונספטואליים לנוכח הדמיון המהותי בין ענישה זו לבין עונשי ביוש מטעם החברה, המפרים את המונופול המוסכם של המדינה בתחום הענישה.

32 על הקשר בין תעסוקה לשיקום, ראו: Mindy Tarlow & Marta Nelson, *The Time Is Now: Immediate Work for People Coming Home from Prison as a Strategy to Reduce Their Reincarceration and Restore Their Place in the Community*, 20 FED. SENT. REP. 138 (2007).

33 ס' 3 לחוק המרשם הפלילי.

34 רותי קמיני "אין להרשות למעסיקים לבקש ממועמדים לעבודה מידע פלילי" 1 (פורסם בנבו, 4.3.2013).

35 דברי ההסבר לסעיף 3 שבהצעת חוק המרשם הפלילי, לעיל הי"ש 21.

36 שם. ראו בג"ץ 7256/95 **פינחס פישלר נ' מפכ"ל המשטרה**, פ"ד נ(5) 1, 13 (1996), שם הובאה עמדת המשטרה שלפיה אחת מתכליותיו החשובות של החוק (סודיות הרישום), כמו גם לשונו (דבקות במונח "עיון" במידע, להבדיל מקבלת המידע) תומכות בכך שלא יקבל אדם את התדפיס לידיו אלא יורשה לעיין בו בלבד.

37 שם, בעמ' 13.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

מידע פלילי, החלו לדרוש ממועמדים לעבודה להציג בפניהם תדפיס של המרשם הפלילי. כך נוצרה למעשה פרקטיקה בלתי רצויה של "עקיפת" חוק המרשם הפלילי ותכליותיו, ופגיעה בזכויותיהם של בעלי עבר פלילי. על רקע זה, ומשום שתיקון סעיף 22 לחוק המרשם הפלילי לא נתן מענה הולם לבעיה,³⁸ המליצה ועדת קנאי לבטל במפורש את אפשרות הפקת התדפיס.³⁹

בקבעו כי "חוק המרשם הפלילי אינו מהווה הסדר שלילי המונע בקשת מידע רלוונטי ממועמדים או ממציעים במכרזים בנוגע לעברם הפלילי", פתח בית המשפט בעניין **דיין** פתח ישיר למסירת המידע למעסיקים עצמם, ולסינון מועמדים לעבודה על בסיס אותו מידע. בפועל, נראה שמעסיקים ייטו למצוא רלוונטיות בעצם הרישום הפלילי של המועמד,⁴⁰ ויראו בו טעם מספיק לפסילתו.⁴¹ בכך תסוכל כמובן התכלית של שיקום בעלי עבר פלילי ושילובם בעבודה ובחברה.

אמנם פסק הדין מנסה לתחום את המקרים שבהם בקשת מידע כזו תהיה אפשרית, אך לדעתנו תחימה זו אינה מספיקה: ראשית, גם לאחריה נשאר מתחם רחב מאוד אשר בו בקשת מידע תיחשב למידתית לפי אמות המידה שקבע פסק הדין. מעסיקים ייטו לראות כמעט בכל עבירה בעיה "רלוונטית" ולפסול את המועמד בשל כך. שנית, אכיפת דרישת המידתיות קשה עד בלתי אפשרית, והיא תהפוך בפועל לאות מתה. בעיה זו חמורה במיוחד כאשר מדובר בגופים פרטיים או בגופים דו-מהותיים אשר אינם כפופים לכללי המשפט המנהלי, ובפרט לעילות הסבירות והמידתיות.⁴²

לבסוף, ראוי לציין כי ההבחנה של בית המשפט בין מסירת מידע מן המרשם עצמו, שעליה חל חוק המרשם הפלילי, לבין מסירת אותו מידע אך שלא מן המרשם,⁴³ אינה מוצדקת גם מהבחינה המעשית: כאשר אדם מן היישוב מתבקש לענות על שאלות באשר לעברו הפלילי, סביר מאוד להניח שכדי לתאר במדויק את הפרטים המשפטיים, הוא יצטרך להסתכל בתדפיס המידע הפלילי על אודותיו, להעתיק ממנו את המידע ובהמשך להעבירו למבקש. הסבירות שיעשה כן גבוהה במיוחד כאשר אותו אדם נדרש לחתום על תצהיר או על הצהרות אחרות בכתב שיש להן נפקויות פליליות.⁴⁴ ואכן, שלא כבית המשפט בעניין **דיין**, ועדת קנאי הגיעה למסקנה כי הדרישה לקבל תצהיר בדבר הרשעות קודמות מסכלת את מטרת חוק המרשם הפלילי ומאפשרת קבלת מידע פלילי במישרין מהאדם שהמידע הוא על אודותיו, ולכן המליצה להחיל את האיסור לדרוש מידע מן המרשם הפלילי גם על דרישה לקבלת תצהיר.⁴⁵

2. פגיעה בחזקת החפות

חזקת החפות קובעת כי כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין.⁴⁶ עם הנימוקים שבבסיס עיקרון זה נמנה הצורך לאזן בין כוחה העדיף של המדינה לבין כוחו של הפרט, והרצון לחלק את הסיכונים באופן שיעדיף הימנעות מפגיעה בחפים מפשע גם על חשבון התחמקותם של עבריינים מאחריות.⁴⁷

38 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון מס' 8) (עונשין), התשס"ז–2007, ה"ח 258, שלפיהם למן מתן פסק הדין בעניין **פישלר** החלה תופעה של דרישת מידע מן המרשם הפלילי על ידי גורמים שאינם מורשים לכך לפי החוק. הוסבר כי תופעה כאמור מסכלת את תכליות חוק המרשם הפלילי, ובהן הגנת הפרטיות, קידום תקנת השבים והגנה על שם הטוב של מי שנפתחו נגדם תיקים אך לא הוכח כי עברו עבירות. התיקון לחוק נועד להתמודד עם בעייתיות זו על ידי חשיפת מבקשי מידע כאמור לסעיף עונשי.
39 **דו"ח הוועדה** לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א–1981:8–12 (2010) (להלן – דו"ח ועדת קנאי).
40 לעתים אפילו במחיר פגיעה בטובתם הכלכלית. ראו: Eric Rasmusen, *Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality*. 39 J.L. & ECON. 519, 521 (1996).
41 Elizabeth A. Gerlach, *Comment, The Background Check Balancing Act: Protecting Applicants with Criminal Convictions While Encouraging Criminal Background Checks in Hiring*, 8 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 981, 981–982 (2006).
42 זה אינו המקרה בענייננו, שכן נקודת המוצא של בית המשפט בעניין **דיין** הייתה שכללי המשפט חלים על מפעל הפיס בהקשר של עריכת המכרז.
43 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק הדין.
44 קמיני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3.
45 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 13–14.
46 מיכה לינדנשטראוס **חזקת החפות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות** 1 (תשנ"ט).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

חזקת החפות מעוגנת בהצהרת זכויות האדם של האו"ם⁴⁸ וכן באמנה האירופית לזכויות האדם.⁴⁹ ישנן מדינות שבהן חזקת החפות קיבלה מעמד חוקתי.⁵⁰ במשפט הישראלי אין התייחסות מפורשת בחקיקה לחזקת החפות, למעט בסעיף 34 כב לחוק העונשין.⁵¹ בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט⁵² הופיעה חזקת החפות כזכות חוקתית עצמאית,⁵³ אולם ההצעה לא הבשילה לכדי דבר חקיקה. עם זאת, נראה כי מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קיבל עקרון חזקת החפות מעמד של זכות חוקתית, בין כחלק מהזכות ל"כבוד" ובין כחלק מהזכות לחירות.⁵⁴ על כן פגיעה של רשות או של גוף, אשר חלים עליו כללי המשפט הציבורי, בחזקת החפות צריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.⁵⁵

יתרה מזו, בעניין **דיין** קבע בית המשפט כי ניתן לבקש מידע גם על כתב אישום תלוי ועומד נגד אדם, ואפילו על חקירות תלויות ועומדות נגדו. המגבלה היחידה שהטיל בית המשפט, וגם זאת בנימה מסויגת, היא ש"ברגיל אין לדרוש מידע הנוגע לתיקי חקירה שנסגרו".⁵⁶ בכך למעשה רוקן בית המשפט את חזקת החפות מתוכן דווקא ככל שהדבר נוגע לגופים שאינם זכאים לקבל מידע מן המרשם, ובהם גם גופים שנקבע כי עקרונות המשפט הציבורי חלים עליהם כגון מפעל הפיס בעניין **דיין**: נקודת המוצא כעת היא שחקירות תלויות ועומדות נגד אדם הן בבחינת שיקול רלוונטי.⁵⁷ כפי שטענו, המשמעות המעשית של ההלכה תהיה, בהסתברות גבוהה, אי-קבלתם לעבודה של מועמדים שקיים בעניינם רישום כלשהו.

לפי גישה אחת, תחולתה של חזקת החפות מצטמצמת להליכים פליליים בלבד, ואינה כוללת את ההליך המנהלי.⁵⁸ מנגד, ניתן למצוא ביטוי לתפיסה שלפיה חזקת החפות אינה מצטמצמת להליך הפלילי עצמו, אלא היא עומדת גם לאדם, ודווקא להגנתו מפני הרשויות המנהליות,⁵⁹ באופן שתמנע פעולה מוקדמת נגדו על יסוד חשדות שלא הוכחו.⁶⁰

47 דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 11 (1999).

48 ס' 11 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948).

49 Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Section 1, Art. 6.

50 למשל, בצ'רטר הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms) יש פרק מיוחד על זכויות משפטיות, ובהן חזקת החפות (ס' (d)11). בחוק היסוד (G.G.) הגרמני נקבעה זכות חוקתית זו בס' 103 ו-104. בארה"ב מכירים בחזקת החפות כעיקרון חוקתי בהתבסס על התיקון החמישי לחוקה, הדן ב"Due Process", לפחות למן פסק הדין המנחה בעניין In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

51 ס' 34 כב לחוק העונשין, התשל"ז-1977. עוד יש לציין את ס' 34 כב לחוק העונשין, הקובע את כלליות החלק המקדמי והחלק הכללי. סעיף זה קובע כי: "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה".

52 ה"ח התשנ"ד, עמ' 99.

53 שם, בסעיף 4.

54 אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 23 (תשנ"ו-תשנ"ז); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 276-282 (תשנ"ג-תשנ"ד); ביין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 12; לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 5; בג"ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה – מיכאל בן יאיר**, פ"ד נא(2) 757, 782-783 (1997); רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405, 444 והמקורות הנזכרים בה"ש 192 (תשס"ד). לדעה שונה ראו: דעת השופט זמיר בבג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 534-536 (1994).

55 לחלופין, אם רואים בחזקת החפות זכות יסוד שאינה חוקתית, פגיעה בה צריכה לעמוד במבחן "הוודאות הקרובה". ראו להלן, בפרק 2. בחינת עמידת הפגיעה בזכויות בכללי המשפט הציבורי.

56 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 42 לפסק הדין.

57 שם, בפס' 37 לפסק הדין.

58 בג"ץ 497/88 **שכשיר ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג(1) 529, 536 (1989), שם קבע בית המשפט כי חזקת החפות אינה חלה על הוצאת צו גירוש. גישה דומה משקף ס' 26(2) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות בסיסיות, לעיל ה"ש 49, המחיל את חזקת החפות על נאשמים בלבד. לדיון בנימוקים שבבסיס גישה זו ראו: רינת קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" **עלי משפט** 107, 110-118 (תשס"ב). לפי גישה זו, פסל בית המשפט, בכמה פרשות, מפאת חוסר סבירות, את החלטת הרשות המנהלית שלא להשעות עובד ציבור מתפקידו בשל היותו חשוד בפלילים. ראו: בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר השיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993), באשר לביטול מינויו של גינוסר למנכ"ל משרד ממשלתי בשל עבירות שביצע במהלך שירותו בשירות הביטחון הכללי, חרף אי-העמדתו לדין בעקבות קבלת חנינה מאת נשיא המדינה (להלן – עניין **גינזור**); בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993), באשר

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

לדעתנו, יש לאמץ תפיסה רחבה של חזקת החפות, ולהחילה גם על הליכים מנהליים, לשם מניעת תחושת עוול ורדיפה מאדם בעודו חף מפשע,⁶¹ כמו גם לשם מניעת השלכותיה הקשות של פגיעה במקור פרנסתו.⁶² תפקיד חזקת החפות הוא להגן על אדם שטרם הורשע מפני הגבלות שמקורן בתפיסה שהוא עבריין, ואשר אינן נחוצות במישרין לשם ניהול החקירה או המשפט כנגדו. פסילתו של אדם מלכהן במשרה ציבורית, בטרם הורשע, מטילה עליו הגבלות על סמך מעמדו כחשוד או כנאשם, מבטאת הנחה של אשמה כלפיו ופוגעת בכך בחזקת החפות הנתונה לו.⁶³

סוגיית התשתית הראייתית

ככלל, הרשות המנהלית אינה כבולה לסדרי הדין ולכללי הראיות הנהוגים במשפט הפלילי.⁶⁴ בפרט, החומר שהיא מסתמכת עליו אינו צריך להיות בעל ערך הוכחתי זהה לזה הנדרש לביסוס הרשעתו של אדם בהליך הפלילי, ודי כי יעמוד במבחן הראיה המנהלית, אשר "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה".⁶⁵ גישה זו מצדיקה הקרבה מסוימת של חובת ההגיונות כלפי אדם לטובת יעילות פעולת הרשות המנהלית והצורך שלה להחליט במהירות.⁶⁶ לפי גישה זו, ניתן אפוא לסתור את חזקת החפות בהליך המנהלי על יסוד תשתית ראייתית שאינה מחייבת הרשעה פלילית דווקא.⁶⁷

גישה זו נקט בית המשפט בעניין **דיין**: אחת מטענותיו של דיין הייתה כי ועדת המכרזים קיבלה את החלטתה על סמך תשתית עובדתית רעועה, ולפיכך החלטתה לפסלו היא בלתי סבירה בצורה קיצונית.⁶⁸ דיין אף טען כי כאשר מדובר בהחלטה

-
- לפיטורי השר דרעי לאחר הגשת כתב אישום נגדו בעבירות של שוחד, מרמה וגניבה תוך ניצול תפקידו (להלן – עניין **דרעי**); בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן – עניין **פנחסי**), באשר לפיטורי סגן השר פנחסי בגין חשדות למעשי תרמית שהתגבשו לכדי כתב אישום, אשר לא הוגש לבית המשפט עקב סירובה של הכנסת להסיר את חסינותו לצורך העמדתו לדין. לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 48.
- 59 בועז אוקון ועודד שחם "הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו – הערה אגב הצעת חוק החברות החדש" **המשפט ד** 329, 350 (תשנ"ח). לפי גישה זו אסר בית המשפט בעניין **ברסלאו** להחרים מטבע זר מאזרח שהחזיק בו שלא כדין עד להרשעתו (בג"ץ 338/77 **ברסלאו נ' המפקח על מטבע חוץ**, פ"ד לב(3) 29 (1978)). בעניין **גולד** קבע השופט כהן, בדעת הרוב, כי עומדת לאדם חזקת החפות בנסיבות שבהן אשמתו לא הוכחה. לדבריו, מדובר "בזכות יסוד" הניתנת לאדם "לא רק כדי שלא ייענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו ושמנו הטוב וכל יתר זכויותיו האישיים והחומריות לא ייפגעו בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט". זכות יסוד זו ניתנת לאדם "לאו דווקא להגנתו מפני בתי המשפט, כי אם דווקא להגנתו מפני הרשויות המנהליות" (בג"ץ 94/62 **גולד נ' שר הפנים**, פ"ד טו 1846, 1851–1852 (1962)). ראו גם: בג"ץ 45/70 **פלמי ג' אב בית הדין למשמעת**, פ"ד כד(1) 393 (1970).
- 61 קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 119.
- 62 שם, בעמ' 109, 119.
- 63 שם, בעמ' 109.
- 64 ב' ברכה **משפט מינהלי כרך א** 105 (תשמ"ז), מציין את יכולתה של הרשות המנהלית להסתמך על ראיות בלתי קבילות.
- 65 בג"ץ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972); בג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661, 696 (1995); בג"ץ 2394/95 **מוצ'ניק נ' משרד הפנים**, פ"ד מט(3) 274, 277 (1995); עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 468–469.
- 66 ברכה, לעיל ה"ש 64, בעמ' 105; בג"ץ 185/64 **פלוגי נ' שר הבריאות**, פ"ד יט(1) 122, 127–128 (1965): "בתקופתנו בה כוחות הממשל הולכים וגדלים, ראויות אמנם זכויות האזרח לשמירה מעולה, אך מן הנמנע להפוך את דרכי המינהל להליך שיפוטי, ולכבול את המינהל על ידי הטלת עקרונות שיפוטניים, מקום שאלה עלולים לסכל את מלאכתה של רשות מינהלית. הטלת עקרונות שיפוטניים, לשם עשיית הצדק, על הליכים מינהליים, אשר לפי טבעם אינם סובלים או אינם מחייבים את הדבר, לא תעשה צדק [...]"; קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 114–115.
- 67 כך קבע השופט ברק בעניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 468: "חזקת החפות – העומדת לכל נאשם – אינה מונעת הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית, ובלבד שלפני הרשות השלטונית המחליטה מצויה ראיה, אשר בשים לב לנסיבותיה היא כזו אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה". ראו גם: בג"ץ 5795/97 **שריד נ' שר הביטחון**, פ"ד נא(4) 799, 804 (1997); עניין **אייזנברג**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 269; ע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4) 134, 141 (2005).
- 68 עניין **דיין** – מחוזי, בפס' 15 לפסק הדין.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

הפוגעת בחופש העיסוק, נדרשת אמת מידה ראייתית מחמירה מהרגיל.⁶⁹ בית המשפט העליון דחה טענה זו וקבע כי ועדת המכרזים נדרשה לראיות העומדות באמות המידה של המשפט המנהלי בלבד.⁷⁰

הגישה שלפיה עצם קיומו של כתב אישום, ולא כל שכן קיומה של חקירה, יהוו סיבה מספקת לאי-קבלתו של מועמד לעבודה, בלא שנעשה כל בירור של התשתית העובדתית נגדו, אינה נראית לנו.⁷¹ מושכל ראשון הוא כי ככל שהפגיעה בזכות יסוד קשה יותר, עליה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים יותר.⁷² בפרשות קודמות ייחס בית המשפט חשיבות לתוכן כתב האישום שהוגש.⁷³ בענייננו, הראיה שעליה ביססה ועדת המכרזים את מסקנתה היא קיומה של חקירה תלויה ועומדת, שבדיעבד אף לא הבשילה לכדי כתב אישום. ראייה זו היא חלשה מדי לטעמנו, ואין בכוחה לסתור את חזקת החפות.⁷⁴

חשיבות התשתית העובדתית בהקשר זה מקבלת משנה תוקף לנוכח הקלות שבה ניתן להגיש תלונות שווא ולהביא לפתיחת תיקי חקירה במשטרה,⁷⁵ תופעה שעלולה להתעצם כאשר על הכף מונחת האפשרות לפסול מועמדותו של מתחרה על תפקיד.⁷⁶

לבסוף, ניתן למצוא גם קולות הגורסים כי חזקת החפות היא חזקה נורמטיבית, שאינה תלויה כלל בחוזק הראיות המפלילות נגד אדם.⁷⁷

לסיכום, איננו מבקשים לטעון כי אי-אפשר בשום מקרה למנוע את קבלתו של אדם לעבודה או לפסול אותו מלהשתתף במכרז על בסיס היותו חשוד או נאשם. ככל זכות, גם חזקת החפות מוגבלת ויש לאזנה כנגד זכויות ואינטרסים נוגדים. יתרה מזו, תחולתה של חזקת החפות על גופים דו-מהותיים אינה מובנת מאליה. עם זאת, נדגיש כי בעניין דין נקבע שעל פעילות מפעל הפיס במכרז חלים כללי המשפט הציבורי, ולפיכך בית המשפט היה צריך להתחשב בהם בערכו את האיזון.

69 שם, בפס' 16 לפסק הדין.

70 עניין דין, לעיל ה"ש 1, בפס' 20 לפסק הדין.

71 ראו דבריהם של אוקון ושחם, לעיל ה"ש 60, בעמ' 332-334, הסבורים כי דרישת ההליך ההוגן מחייבת בחינה עצמאית של חומר הראיות על ידי הרשות המנהלית; דעת המיעוט של השופט חשין בבג"ץ 3866/96 **שיבלים נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד (4) 814, 816 (1996); בג"ץ 24/56 **רוטשטיין נ' המועצה המקומית הרצליה**, פ"ד י 1205 (1956), שבו הורה בית המשפט לחדש את הרישיון לחלוקת חלב של העותר עקב הפרת כללי הצדק הטבעי בעניינו, אף שהוגש כתב אישום נגדו בגין גניבת חלב. בג"ץ 56/76 **ברמן נ' שר המשטרה**, פ"ד לא(2) 687 (1977); קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 121.

72 בג"ץ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, בפס' 11 לפסק דינו של השופט זמיר (1994).

73 לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 68-69.

74 ראוי לציין בהקשר זה את פסק דינו של השופט סוקול בעניין **לב אופיר** (עת"מ (מנהליים חי') 46766-02-10 **קבוצת לב אופיר בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2010.6.22)), שאף אוזכר בפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין דין (עניין דין – מחוזי, בפס' 64 לפסק הדין). בפרשה זו החליטה ועדת המכרזים של חברת החשמל להשעות את זכותם של העותרים להתקשר עמה במשך שנתיים ולהשתתף בהליכי התקשרות להספקת ציוד ושירותים. השופט סוקול קבע כי "מקום שבו מבקשת רשות מינהלית לשלול מספק כלשהו את זכותו להשתתף במכרז ובכך לפגוע בחופש העיסוק שלו, נדרשת אמת מידה מחמירה בבחינת התשתית הראייתית" (בפס' 20 לפסק הדין). בעניין דין טען בית המשפט המחוזי כי יש להבחין בין המקרה שבעניין לב אופיר לבין זה שבעניין דין, בטענה כי בעניין לב אופיר החלטת ועדת המכרזים להשעות את ההתקשרויות נעשתה לאחר שגורמי אכיפת החוק החליטו שלא להעמיד לדין את מנהל העותרת, ולכן נדרשה אמת מידה מחמירה יותר בבחינת התשתית הראייתית (עניין דין – מחוזי, בפס' 63 לפסק הדין).

75 ככלל, משטרת ישראל מחויבת לפתוח בחקירה כל אימת שהתלונן אדם על עבירה שביצע אדם אחר. ראו: סי' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לכן, כל שנדרש מאדם המעוניין לפגוע באחר באמצעות "הכתמת" שמו ותיוגו כבעל רישום פלילי, הוא להגיש נגדו תלונה במשטרה, משוללת יסוד ככל שתהיה (ראו עניין **פישלר**, לעיל ה"ש 36, בפס' 11 לפסק הדין).

76 בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון**, בפס' 66 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 2013.10.14).

77 קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 122. לינדנשטראוס, אשר מנתח את הלכות **פנחסי, דרעי וגינוסר**, לעיל ה"ש 58, רואה בהן יוצאות מן הכלל, אשר אין בכוחן לערער את הכלל של חזקת החפות. ראה: לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 70.

3. פגיעה בחופש העיסוק

בית המשפט המחוזי הכיר בכך שהחלטת הוועדה פגעה בחופש העיסוק של דין, אך קבע כי היא סבירה משום שנתקבלה "משיקולים ענייניים של שמירה על טוהר המידות"⁷⁸. ואולם, משקבע בית המשפט המחוזי במפורש כי החלטת ועדת המכרזים פוגעת בזכות זו, היה עליו לבחון את עמידתה בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁷⁹

יש המסתייגים מן העמדה שקביעת תנאי סף ותנאים במכרז יש בה משום פגיעה בחופש העיסוק. על פי גישת המסתייגים, חובת הרשות לפעול בסבירות אינה נובעת מן ההכרה בזכות לחופש עיסוק של המציעים, אלא מן החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי ולקידום השוויון בהקצאת משאבים בין הפרטים. במילים אחרות, הבסיס לבחינת סבירות פעולת הרשות הוא השאיפה לשוויון, ולא הזכות לחופש עיסוק.⁸⁰ גישה זו תואמת את פסיקתו של בית המשפט בכמה מקרים, שבהם הוא נמנע מלהכיר בזכותו של אדם להיות מועסק על ידי רשות שלטונית, וקבע כי חופש העיסוק הוא זכות מסוג חירות, שאין כנגדה חובה של המדינה להיות מועסק על ידיה או לספק לה מוצרים או שירותים.⁸¹ ואולם מניעת העסקתו של מי שהוגש נגדו כתב אישום, או שקיימת בעניינו חקירה תלויה ועומדת, אינה בגדר שקילת מגבלה הקשורה להתאמתו של מועמד אחד לעומת מועמד אחר, אלא היא בגדר "שיקול מסגרת", הפוסל אותו אדם **מראש**.⁸² שיקולים כאלה צריכים להיות מעוגנים בחוק או להיעשות מכוחו, לפחות ככל שמדובר בגוף שחלים עליו כללי המשפט הציבורי.⁸³

פסק הדין של בית המשפט העליון אינו מזכיר את הזכות לחופש העיסוק, וייתכן שהדבר נובע מהגישה שצוינה לעיל. עם זאת, לדעתנו אי-אפשר להתעלם מכך שגם אם אין לראות בדחייה מצד מעסיק אחד פגיעה בחופש העיסוק מהסיבה שאין לאדם זכות קנויה להיות מועסק אצל מעסיק מסוים, משמעותה המעשית של הלכת **דיין** היא שאדם בעל עבר פלילי יידחה פעם אחר פעם, עד כדי שבירת מטה לחמו.⁸⁴ לטווח ארוך הדבר עלול לגרום אף לפגיעה במיומנות ובכישורים, ומכאן לפגיעה אנושה ביכולתו לעסוק במקצועו.⁸⁵ במילים אחרות, האפקט המצטבר של החלת הלכת **דיין** יהיה פגיעה מהותית בחופש העיסוק.⁸⁶ לפיכך היה על בית המשפט העליון לכל הפחות להביא אותה בחשבון באזנו בין הזכויות והאינטרסים שעל הפרק.

4. פגיעה באינטרס הציבורי לשקם עבריינים

כאמור, האינטרס של שיקום בעלי עבר פלילי וקידום שילובם בחברה הוא גם אינטרס חברתי. בדומה לטענתנו באשר לפגיעה בחופש העיסוק, גם את הפגיעה באינטרס הציבורי אין לראות כפגיעה חד-פעמית העומדת אל מול אינטרסים אחרים נוגדים. המשמעות המעשית של דחיות חוזרות ונשנות מחריפה מאוד את הפגיעה באינטרס של הציבור לשקם עבריינים,⁸⁷ ולכן יש לייחס לה משקל רב יותר.

78 פרשת **דיין** – מחוזי, בפס' 63 לפסק הדין.

79 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

80 ברק מדינה "החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" **עלי משפט** ד 359, 371–369 (תשס"ה).

81 בג"ץ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד מו(5) 610, 614 (1993); בג"ץ 4360/94 **טאטור נ' שר המשטרה**, פ"ד נ(2) 561, 560 (1996).

82 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 60, בעמ' 349.

83 שם.

84 קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 108–109.

85 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 60, בעמ' 350.

86 בפרשת **קוסטין** ציינה השופטת דורנר כי "הטבעת אות קלון לכל ימי חייהם בעבריינים שנשאו את עונשם והשתקמו, הגוררת אחריה את פסילתם לצמיתות מלעבוד במקצועם ומלמלא תפקידים מסוימים, פוגעת בזכויותיהם לכבוד ולחופש עיסוק" (עניין **קוסטין**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 232).

87 כך, למשל, נמצא שבשל התסכול שחשים אסירים לשעבר לנוכח היעדר הזדמנויות בשוק התעסוקה, הם מעדיפים לעתים להפר את תנאי שחרורם בכוונה לחזור למסגרת המוכרת של בית הסוהר. ראו: Jennifer Leavitt, *Walking a Tightrope: Balancing Competing Public Interests in the Employment of Criminal Offenders*, 34 CONN. L. REV. 1281, 1281–1282 (2002).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

קמיני מציעה לראות במצב כשל שוק: בשוק יעיל, בעלי עבר פלילי שאינם מסכנים מקום עבודה כלשהו, ובכל מובן אחר יהיו עובדים טובים, יתקבלו למקומות עבודה על פי כישוריהם ובהתעלם מעברם הפלילי. המציאות מלמדת שבפועל לא זה המצב, ובעלי עבר פלילי נפסלים בגלל עברם הפלילי, שמאפיל על מעלותיהם. קמיני גורסת כי כשל השוק המתואר מחייב את התערבות המדינה, והיא צריכה לבצע בעצמה את הערכת הסיכון שבביל המעסיקים, וכך לאזן בעצמה בין האינטרס של המעסיק ובין האינטרס הציבורי של שיקום בעלי עבר פלילי.⁸⁸

ד. ביקורת ההנמקה בפסק הדין

1. הזכויות והאינטרסים המתנגשים כפי שהוצגו על ידי בית המשפט והאיזון ביניהם

היקף תחולתו של המשפט הציבורי על גופים דו־מהותיים טרם הוכרע בהחלטות בפסיקה.⁸⁹ עם זאת, בעניין דין קבע בית המשפט שעל המשא ומתן של מפעל הפיס עם מתקשרים בחוזה חלים כללי המשפט הציבורי.⁹⁰ לפיכך, כל פגיעה בזכות חוקתית מצדו הייתה צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. פגיעה בזכות יסוד שאינה מעוגנת בחוקי היסוד צריכה לעמוד ב"מבחן הוודאות הקרובה".⁹¹ פגיעה בזכויות או באינטרסים אחרים של המציע צריכה להיבחן במשקפי עילות המשפט המנהלי, ובהן סבירות ומידתיות. בחינה שכזו, כפי שנראה, הייתה עשויה להביא למסקנות אחרות.

בית המשפט לא החיל מבחנים אלה, אלא ערך איזון אופקי בין זכות האדם לפרטיות (שנלווה לה האינטרס הציבורי לקדם שיקום) לבין זכותם של מעסיקים/עורכי מכרזים למנוע חשיפה שלהם ושל אנשים הנזקקים לשירותיהם לסיכונים לא סבירים.

יתרה מזו, בית המשפט התייחס רק לפגיעה בזכות לפרטיות, אולם התעלם מהפגיעה הנלווית לה בזכויות נוספות, ובראשן חזקת החפות וחופש העיסוק (למעט קביעתו שאין לבקש מידע על חקירות שנסגרו, שכן בקשה כזאת תפגע פגיעה לא מידתית בחזקת החפות). אשר לזכות לפרטיות עצמה, המשוואה כפי שהוצגה על ידי בית המשפט מטשטשת את העובדה שזכות זו היא זכות חוקתית, אף שלמעמד הזכות חשיבות כבדת משקל בקביעת האיזון הראוי.

בית המשפט גם אינו מבהיר מה מקור הזכות הנטענת של המעסיקים ומה מעמדה. האם מדובר בזכות המעסיקים/עורכי המכרזים לאוטונומיה בבחירת המועסקים אצלם (זכות הנגזרת מכבוד האדם שלהם)? בזכותם לקניין?⁹² האומנם ניתן לטעון שמדובר בזכויות ככל שמדובר בגופים ציבוריים או דו־מהותיים?

לבסוף, דומה שברור מהות הזכות של המעסיקים, כפי שהיא מתוארת על ידי בית המשפט, מודגש דווקא האינטרס המצרפי של הלקוחות כאשר מדובר בגוף פרטי, והאינטרס הציבורי כאשר מדובר בגוף ציבורי או דו־מהותי. אין צריך לומר כי האיזון בין זכות חוקתית לבין זכות חוקתית אחרת (ככל שאכן קיימת זכות כזו למעסיקים) שונה מהאיזון בין זכות חוקתית לבין זכות אחרת, ושניהם שונים מאיזון בין זכות חוקתית לבין אינטרס ציבורי או אינטרס מצרפי (שגם ביניהם יש הבדל).

88 קמיני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 2–3.

89 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995).

90 עניין דין, לעיל ה"ש 1, בפס' 16 לפסק הדין.

91 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871, 892–893 (1953) (להלן – עניין קול העם); בהקשר של פגיעה בחזקת החפות ראו: קיטאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 126.

92 בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004).

2. בחינת עמידת הפגיעה בזכויות בכללי המשפט הציבורי

בפרק זה נבקש להראות שהחלת מבחני המשפט הציבורי על עובדות המקרה בעניין דיין הייתה עשויה, וצריכה, להביא לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט. בפתח הדברים נזכיר כי לקביעת מעמדן של הזכויות הנפגעות יש השפעה על המבחן שיש להחיל. כך, למשל, אם חזקת החפות היא זכות יסוד שאינה מעוגנת בחוקי היסוד, יש להחיל עליה את "מבחן הוודאות הקרובה"⁹³. לחלופין, אם רואים בה אינטרס בלבד, יש לבחון אם החלטת הוועדה עומדת במבחני עילת המידתיות של המשפט המנהלי. כך גם בעניין הפגיעה בחופש העיסוק, ככל שייטען שבהקשר של עריכת מכרז אין פגיעה בזכות החוקתית לחופש עיסוק, אלא באינטרס של המציע בלבד. עם זאת, לשיטתנו, כל המבחנים מביאים למסקנה אחת ויחידה.

(א) עמידה בתנאי פסקת ההגבלה

דרישת ההסמכה: פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד דורשת כי הפגיעה בזכויות המעוגנות בהם תיעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו.⁹⁴ השאלה אם גוף דרמהוטי שאינו פועל מכוח חוק נזקק אף הוא להסמכה בחוק על מנת שיוכל לפגוע בזכות חוקתית אינה פשוטה, וטרם זכתה למענה פסיקתי חד־משמעי. עם זאת, לדעתנו אפשר לטעון כי בעניין גופים דרמהוטיים אשר נקבע שעקרונות המשפט הציבורי חלים עליהם, יש לבחון את דרישת ההסמכה על ידי בחינת השאלה אם קיימים חוקים המסדירים את פעולת הגוף הדרמהוטי בהקשר הנדון, ואשר בכוחם להסמיך גוף זה לפגוע באותה זכות חוקתית.

בית המשפט קבע שחוק חובת המכרזים עצמו אינו חל על מפעל הפיס, אף שדיני המכרזים חלים עליו.⁹⁵ אך גם לו חוק חובת המכרזים היה חל על מפעל הפיס, ספק אם היה ניתן לראות בו הסמכה מפורשת דיה לפגיעה בזכות לפרטיות, בחופש העיסוק או בחזקת החפות של מציעים במכרז. תקנות חובת המכרזים מעגנות לכאורה את זכותו של עורך המכרז להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים, בלי להגביל את הרשות.⁹⁶ אמיונותו של המציע נמנית עם אמות המידה לבחירת ההצעה הזוכה.⁹⁷ למרות זאת, לדעתנו אין ניתן לראות בסעיף 4 לחוק חובת המכרזים הסמכה מפורשת דיה לפגיעה בזכויות האמורות, שכן ככלל החוק אינו כולל אמות מידה מנחות באשר לתנאי הסף המותרים, ואף לא בעניין האפשרות לבקש מידע על עבר פלילי או על חקירות תלויות ועומדות. לעניין זה ראוי לציין כי בית המשפט הכיר בכך שהתנאי של מהימנות ואמינות הוא בבחינת "תנאי מסנן".⁹⁸ יתרה מזו, הוראת סעיף 4 נוגעת ל"סוגי עסקאות" בלבד, ולא לכל מכרז שהוא, וכן היא נוגעת ל"תנאים שייקבעו", ולא להסמכה גורפת להתנות את ההשתתפות במכרז בכל תנאי ענייני שייראה לעורך המכרז.⁹⁹ הדרישה שהפגיעה בזכות אדם תהא "בחוק" משמעותה שהחוק עצמו, ולא הפסיקה המפרשת אותו, יקבע את אמות המידה שלפיהן יופעל שיקול הדעת המנהלי.¹⁰⁰ לבסוף, כבר נפסק בעבר כי ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר, נדרשת הסמכה מפורשת יותר, ועל ידי נורמה משפטית ממעמד גבוה יותר.¹⁰¹

93 עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 892–893; בהקשר של פגיעה בחזקת החפות ראו: קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית", לעיל ה"ש 58, בעמ' 126.
94 ס' 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק; ס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
95 פרשת **דיין** – מחוזי, בפס' 41 לפסק הדין.
96 ס' 4(א)(2) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992 קובע כי "שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות [...] סוגי עסקאות שבהן תהיה ההשתתפות במכרז מותנית בתנאים שייקבעו". מכוח הסמכה זו נקבע בתק' 6 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993 כי ההשתתפות במכרז תהיה מותנית בתנאים שפורטו שם, וכן כי "ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים". ראו גם: עומר דקל **מכרזים** כרך שני 306 (2006); פרשת **דיין** – מחוזי, בפס' 45 לפסק הדין.
97 תק' 22(3) לתקנות חובת המכרזים.
98 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 27 לפסק הדין.
99 ברק מדינה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 368.
100 ברק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 503.
101 דנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון**, בפס' 20–27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.10.2009).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

דרישת התכלית הראויה: הפסיקה קבעה כי תכלית היא ראויה אם היא ראויה מבחינת סוג המטרות אותן היא נועדה להגשים ואם הגשמת מטרות אלה נחוצה ודחופה.¹⁰² מבחינת סוג המטרות, תכלית היא ראויה "אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם או אם היא נועדה להשגת תכליות חברתיות כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור".¹⁰³ לעניין נחיצות ודחיפות הגשמת המטרות, נפסק כי הדבר תלוי במהות הזכות הנפגעת, ובמידת הפגיעה בה: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה".¹⁰⁴ כאשר הגשמת המטרה כרוכה בפגיעה בזכויות חוקתיות מרכזיות, כמו כבוד האדם, אמת המידה לנחיצות הפגיעה או לחיוניותה היא זו של צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי.¹⁰⁵ לצד זאת, רמת נחיצות נמוכה יותר עשויה להצדיק פגיעות בזכויות מרכזיות פחות.¹⁰⁶

כל שלוש הזכויות שנפגעות בעניינינו הן חשובות במידה המצדיקה את הדרישה לקיומו של צורך ציבורי לוחץ כדי לפגוע בהן: הזכות לפרטיות היא בעלת מעמד חוקתי, בהיותה מנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁷ היא הוכרה בפסיקה כאחת מהחשובות שבזכויות האדם בישראל, המצויה בליבתו של מושג החירות.¹⁰⁸ על מעמדה הרם של הזכות לחופש העיסוק נכתב רבות.¹⁰⁹

אשר לחזקת החפות, מקובל כאמור לראות בה זכות הנגזרת מהזכות לחירות או מהזכות לכבוד. נציין כי אחד הטעמים שבבסיס הגישה הגורסת כי חזקת החפות אינה חלה על הליכים מנהליים הוא אמון הציבור ברשויות השלטון.¹¹⁰ לעניין זה, ככל שהמשרה רמה יותר, כך כבד יותר משקלו של האינטרס הציבורי באמון הציבור בשלטון.¹¹¹ ואולם בהקשר הספציפי של עניין ד"ר דובר בגוף דרמהוטי, ובתפקיד של משווק אזורי. אמנם הליכי המכרז שאותם מנהל מפעל הפיס כפופים למשפט הציבורי, אך התפקיד שעליו התחרה ד"ר אינו תפקיד ציבורי במהותו. ודאי אין להשוות את הכהונה בתפקיד זה לכהונה בתפקיד שלטוני, כגון תפקיד שר או סגן שר, מבחינת החשש לפגיעה באמון הציבור שעלולה להיגרם מכהונה בתפקיד כזה כאשר תלויה ועומדת נגד המועמד לתפקיד חקירה פלילית. על כן נראה לנו שבמצב זה לא קיימת הצדקה לכרסום בחזקת החפות.

- 102 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית וגבולותיה** 301 (2010); בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, בפס' 64 לפסק דינו של השופט ברק (1997): "השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת בשני מישורים: המישור האחד בוחן את התוכן של התכלית; המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה"; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 434 (1995); בג"ץ 4140/95 **סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ**, פ"ד נד(1) 100, 49 (1999); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט(2) 481, 801 (2005).
- 103 בג"ץ 5026/04 **דיזיין 22 - שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רוזנצווייג**, פ"ד ס(1) 38, 57 (2005).
- 104 בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999); ראו גם פרשת **מנחם**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 258; פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 52.
- 105 ברק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 353; בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, בפס' 63 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- 106 שם; ברק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 355.
- 107 ס' 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 108 עע"ם 9341/05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות**, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.5.2009).
- 109 ראו: בג"ץ 1/49 **בז'ראנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב(80) 1949, אשר הבהיר עוד בראשיתה של המדינה כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו, אלא אם כן נאסר הדבר בחוק. בג"ץ 338/87 **מרגליות נ' שר המשפטים**, פ"ד מב(1) 112, 114 (1998), קבע השופט בך כי "חופש העיסוק [...] אחת מהזכויות הבסיסיות במשטר דמוקרטי, ורק חקיקה ברורה, מוסמכת ומפורשת, יש בה כדי להגביל חופש זה".
- 110 ראו דברי עניין **אייזנברג**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 266: "אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר ונקיין-כפיים. אכן, טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו". ראו גם: בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.12.2007).
- 111 עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 58, בפס' 40 לפסק הדין.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

צורך ציבורי לוחץ אשר יצדיק פגיעה בזכויות האמורות, כשמדובר באדם שהחקירה בעניינו תלויה ועומדת, עשוי להיות ודאות קרובה להתממשות נזק ממשי עקב העסקתו. לעניין זה נראית לנו גישתה של קמיני, שלפיה מידע הוא רלוונטי אם הוא מעיד על מסוכנות לביצוע עבירה נוספת בעתיד.¹¹²

מבחני המידתיות: לבסוף, הפגיעה בזכויות החוקתיות שבעניין דין, חופש העיסוק והזכות לפרטיות, אינה עומדת לדעתנו בדרישת המידתיות: גופים שאינם מנויים בחוק יכולים לקבל מידע על אודות עברו הפלילי של מועמד, במטרה להעריך את מסוכנותו, על ידי שימוש באמצעי פוגעני הרבה פחות בזכויות, כגון בקשת מידע על אודות הרשעות בתחום הרלוונטי בלבד, שלא בתצהיר,¹¹³ ושלא על אודות חקירות תלויות ועומדות. יתרה מזו, הנזק לפרט, הנגרם עקב הפגיעה בזכויותיו, ובייחוד עקב הפגיעה בחופש העיסוק שלו, עולה על התועלת שעשויה לצמוח מקבלת מידע על אודות חקירות וכתבי אישום שטרם הוכרעו. עובדתית, רק מעטים מתיקי החקירה מתגבשים בסופו של דבר לכדי כתב אישום אשר בכוחם ללמד על מסוכנות המועמד.¹¹⁴ לפיכך הפגיעה עולה על הנדרש ואינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר.¹¹⁵

זאת ועוד, יצוין כי לשיטתנו בחינת ההחלטה במסגרת עילת המידתיות מהמשפט המנהלי הייתה נעשית באופן דומה, ומביאה למסקנות זהות.

(ב) עמידה במבחן הודאות הקרובה

לפי מבחן זה, פגיעה בזכות אפשרית רק כאשר יש ודאות קרובה שתוסב פגיעה קשה וממשית לאינטרס הציבורי. כאמור לעיל, לדעתנו ימולאו תנאי מבחן זה רק כאשר המידע הפלילי המתבקש על מועמד הוא רלוונטי ומעיד על סכנה שיבצע עבירה נוספת הקשורה לתפקיד הפוטנציאלי. כפי שטענו, הלכת **דין** פותחת פתח רחב לבקשות מידע שאינן עומדות בדרישות הרלוונטיות והמסוכנות.

3. היעדר עקיבות בהנמקה באשר להרשעות שהתיישנו או נמחקו

בהסתמכו על סעיף 20(ד) לחוק המרשם הפלילי קבע בית המשפט כי אין לדרוש מידע הנוגע להרשעות שהתיישנו או נמחקו.¹¹⁶ כך, מצד אחד קבע בית המשפט כי אין בחוק המרשם הפלילי משום הסדר שלילי בנוגע לגופים שאינם מנויים בו ככל שמדובר בבקשות למידע שלא מן המרשם עצמו, ומצד שני מצא בו הסדר שלילי לעניין מידע על הרשעות שהתיישנו או נמחקו, בלי שהסביר את ההבחנה שיצר.

4. תחולת ההלכה על המגזר הפרטי

במסגרת האיזון שביצע לא הרחיב בית המשפט את הדיון בעניין פררוגטיבת המעסיק הפרטי שלא להעסיק אדם הנחשד בפלילים. מובן שאין להשוות בין זכות המעסיק הפרטי לבין זכות גופים שעליהם חלה חובת המשפט הציבורי לכבד את

112 קמיני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1. קמיני טוענת ש"הטלת מגבלות על בעלי עבר פלילי שאינם מצויים סיכון, הופכת את המגבלות הללו לענישה נוספת".

113 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 13-14.

114 בשנים 2005-2008 נפתחו כ-460,000 תיקי חקירה במשטרה, ומתוכם הוגשו כתבי אישום נגד כ-49,000 חשודים. כלומר, בסך הכול מעט יותר מעשרה אחוזים מתיקי החקירה בממוצע בשלו להגשת כתבי אישום (ושיעור המורשעים מתוכם נמוך עוד יותר). ראו נתונים בדבר מספר תיקי החקירה: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ומשטרת ישראל **פשיעה 2008-1999** <http://www.cbs.gov.il/www/statistical/crime08h.pdf>; וכן נתונים בדבר מספר הנאשמים: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתון סטטיסטי לישראל 536** (2014) ניתן לצפות בקישור: http://www.cbs.gov.il/shnaton65/st11_06x.pdf; כאמור, אף בעניין **דין** הסתיימה החקירה ללא הגשת כתב אישום.

115 בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, בפס' 1-8, 36-49, 57-62 (2004).

116 עניין **דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 37 לפסק הדין.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

זכויותיו החוקתיות של הפרט.¹¹⁷ עם זאת, יש לזכור כי בית המשפט בישראל אימץ את הגישה שלפיה גם במשפט הפרטי יש תחולה לזכויות החוקתיות.¹¹⁸

על כן אין להסתפק בהגנת המשפט הפרטי על הזכות לפרטיות (באמצעות חוק הגנת הפרטיות), אלא ראוי כי גם היבטים מסוימים של חופש העיסוק ושל חזקת החפות יחולו במשפט הפרטי. כך, למשל, באשר לחופש העיסוק נאמר כי "לא רק השלטון מחויב בכיבוד זכות האדם בדבר חופש העיסוק של הפרט, אלא גם מעסיק מחויב בכיבוד חופש העיסוק של המועסק על-ידיו".¹¹⁹ דברים אלה יפים לדעתנו גם, ובמשנה תוקף, בכל הנוגע לחזקת החפות.

5. החרפת הפגיעה בזכויות בשל היעדר אפשרות אכיפה ממשית

סיבה נוספת לכך שהאיזון שקבע בית המשפט אינו ראוי לדעתנו, היא בעיית היישום והאכיפה. באופן טבעי, מעסיקים ייטו להרחיב את הגדרת ה"רלוונטיות", באופן שיאפשר להם לדרוש מידע על אודות עבירות רבות ככל האפשר, ובתוך כך אף על עבירות שהתיישנו או נמחקו או על חקירות שנסגרו ללא הגשת כתב אישום. בהיעדר פיקוח חיזוני אין אפשרות למנוע זאת, בדיוק כפי שחרף האיסור המפורש בחוק המרשם הפלילי,¹²⁰ התבקשו מועמדים לעבודה להביא עמם "תעודת יושר", כלומר את תדפיס הרישום הפלילי שלהם.

יתרה מזו, האפשרות לשאול מרואיין בעל-פה על עברו הפלילי עלולה להביא להיווצרות פרקטיקה חדשה, שלפיה המעסיק יודיע למועמד על כוונתו לשאול אותו בריאיון שאלות על אודות עברו הפלילי. המועמד יביא עמו לריאיון את תדפיס המרשם הפלילי. בריאיון, ישאל המראיין את מבקש העבודה שאלות בעל-פה, והאחרון יענה לו מתוך התדפיס בעצמו, וימסור לו מידע מן המרשם.¹²¹ פרקטיקה כזאת בוודאי תהיה בבחינת עקיפת חוק המרשם הפלילי.

לכאורה, מועמד שהתבקש למסור מידע "לא רלוונטי", יכול להגיש תביעה בגין פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות. לשם כך עליו להוכיח שהמעסיק פגע בפרטיותו ביודעין "במידה גדולה משהייתה נחוצה באופן סביר לצורך העניינים שניתנה להם הגנה בסעיף 18(2)". במקרה כזה תקום חזקה שהמעסיק פגע בפרטיות המועמד שלא בתום לב, באופן שנשללת ממנו הגנת תום הלב הקבועה בסעיף 18(2).¹²² ואולם בשל פערי הכוח המובנים בין המעסיק לבין המועמדים, ובשל קשיי ההוכחה שיעמדו בפני המועמד, בין היתר עקב היעדר אמות מידה ברורות בפסק הדין באשר ל"רלוונטיות", מועמדים ייטו שלא להגיש

117 קיטאי, לעיל ה"ש 58, עמ' 120 וה"ש 55; ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, פסק דינו של השופט ברק (1992) (להלן – עניין **קסטנבאום**).

118 המודל שאומץ בישראל הוא מודל התחולה העקיפה. לפי גישה זו, "זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם". ראו: פרשת **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 530; אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); ע"א 6601/96 **AES System Inc נ' סער**, פ"ד נד(3) 850 (2000).

119 עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 531. וכן ראו: ברק, לעיל, בעמ' 193–196. שם נאמר: "ההתקשרות החוזית יש בה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ואשר-על-כן מעוגנת היא כיום בעקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] באמצעות עקרון תקנת הציבור מאזן בית המשפט בין החופש האמור לעצב את תוכן החוזה לבין זכויות אדם וערכים חוקתיים אחרים". ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441, בפס' 6 לפסק דינו של השופט שמגר (1989): "הליכי המכרז הם הליכים טרום-חוזיים, ועל כן חל עליהם עקרון תום הלב"; ואם כן, כאשר מדובר בשלב הטרם-חוזי, כבענייננו, עקרון תום הלב יכול לשמש מונח שסתום המאפשר מתן ביטוי לזכויות האדם ולערכים החוקתיים והחלתם במשפט הפרטי. כך למשל, יכול היה בית המשפט לקבוע כי חובת תום הלב במשא ומתן לקראת חוזה (המכרז דנן) מחייבת את המעסיק, מפעל הפיס כגוף דו-מהותי, להתחשב בזכויות אדם בסיסיות ובהן חופש העיסוק וחזקת החפות.

120 ס' 22(ב) לחוק המרשם הפלילי.

121 רות קמיני "עמדת המדינה בדיון הנוסף בהלכת 'רפאל דיין' מעמיקה את הפגיעה באינטרס הציבורי" (22.9.2013) <http://www.takdin.co.il/Pages/Article.aspx?artId=4332605>.

122 ס' 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

תביעות וזכויותיהם יקופחו. יתרה מזו, סעד בדמות פיצוי בגין פגיעה בפרטיות לא יעזור לעותר להשתלב במקום עבודה, ומכאן גם שאינו מגשים את האינטרס הציבורי לשקם עבריינים.¹²³

ה. הדין הרצוי

לדעתנו, לנוכח מורכבות הסוגיה, ראוי כי הסדר שלם ומקיף בשאלת חוקיות דרישת מידע על עבר פלילי ממועמדים לעבודה ייעשה בחקיקה ראשית של הכנסת.¹²⁴ ייתכן שדווקא הימנעות של בית המשפט מהסדרת הסוגיה, שלדבריו "לא זכתה להסדר חוקי ברור",¹²⁵ הייתה יוצרת הכרח פרקטי, אשר היה ממריץ את המחוקק להסדיר את הנושא בהסדרה חקיקתית מקיפה.¹²⁶

זאת ועוד, הלכת **דיין** מספקת פתרון בלתי ממצה, אשר עלול להביא לפגיעה של ממש בזכויות פרט מהותיות של בעלי עבר פלילי ואנשים שקיימת חקירה בעניינם. האיזון שקבע בית המשפט זונח תכליות בסיסיות שביסוד חוק המרשם הפלילי ובהן "תקנת השבים" ומניעת עבריינות חוזרת.¹²⁷

בפרק זה נבקש להצביע על כמה פתרונות פסיקטיים, ראויים יותר לדעתנו, אשר עמדו לרשות בית המשפט בעניין **דיין**, משהחליט להסדיר את הסוגיה. בהמשך יובאו הסדרים מן המשפט המשווה שביכולתם ללמדנו על פתרונות חקיקטיים ראויים.

1. פתרונות בפסיקה

(א) הרחבת האיסור על קבלת מידע מן המרשם הפלילי

לדעתנו, היה ראוי שבית המשפט יקבע כי גורמים שאינם מנויים בחוק המרשם הפלילי, אינם זכאים לקבל מידע המצוי במרשם, בין במישרין מן המרשם ובין באמצעות מקורות אחרים. למסקנה זו יכול בית המשפט להגיע בכמה דרכים אשר יתוארו להלן.

פרשנות – קביעה כי מדובר בהסדר שלילי

לדעתנו, פרשנות תכליתית של חוק המרשם הפלילי מביאה לכלל מסקנה שיש לראות בו הסדר שלילי בכל הנוגע להשגת מידע מצד גורמים שאינם מנויים בו.¹²⁸ תכליתו הסובייקטיבית המרכזית של החוק היא לקדם את עקרון "תקנת השבים"

123 ניתן אף לשער כי מועסקים פוטנציאליים יימנעו מלהגיש תביעה בשל חשש מפרסום פסק הדין בעניינם במאגרים המשפטיים, תהליך אשר יחשוף את עובדת קיומו של עברם הפלילי מחד גיסא, וייתייג אותם כמועמדים שעומדים על זכויותיהם מאידך גיסא. בכך ייפגעו סיכוייהם להיות מזומנים לראיונות עבודה ולהשתלב במעגל העבודה. בעניין זה יושבת על המדוכה הוועדה לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי המשפט ולעיון בתיקי בית המשפט.

124 רותי קמיני "הלכת דיין רגע לפני הדיון הנוסף: הצעה לפרשנות תכליתית של חוק המרשם – הפלילי בתגובה למאמרו של פרופ' חמי בן נון" 6 (פורסם בנבו, 2013).

125 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפסי' 35 לפסק הדין.

126 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" **הפרקליט** נב 67, 140 (2013).

127 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 4-5; דברי הסבר להצעת חוק המרשם הפלילי, לעיל ה"ש 21.

128 קמיני, לעיל ה"ש 124, בעמ' 3-6; קמיני, לעיל ה"ש 31; בעמ' 2-3 לבקשתה של האגודה לזכויות האזרח להצטרף כ"ידיד בית משפט" לדני"א 1840/13 **דיין נ' מפעל הפיס** (ניתן לצפייה: <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/04/hit1840amicus.pdf>). יתרה מזו, נראה שזו אף הייתה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהובעה זמן קצר לפני קבלת פסק הדין בעניין **דיין**. ראו בעמ' 8-9 בקשה של האגודה לזכויות

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

לצד ההגנה על שלום הציבור. מתכליות אלו נגזרו הסדרי החוק ובמרכזם חסיון המידע וחשיפתו בפני גורמים מוגדרים בלבד. הכרה בזכותם של גורמים, אשר אינם מוגדרים בחוק, להשיג את המידע על בסיס הסכמת הנשאל תסכל את תכליות החוק.¹²⁹ התכלית האובייקטיבית של החוק מגלה אף היא הכרה בצורך לאזן בין עקרון תקנת השבים לבין ההגנה על שלום הציבור, תוך התחשבות בערכים ובעקרונות יסוד כלליים, ובהם אינטרס השיקום, הזכות לפרטיות וחופש העיסוק.¹³⁰

בבחינת התכלית האובייקטיבית יש להתחשב גם בנתונים שלפיהם בעלי עבר פלילי (שרובם בעלי פרט רישום יחיד) מועדים להיפסל על הסף, לרוב בלא קשר למסוכנותם, אלא בשל דעות קדומות ופחדים בלתי מבוססים.¹³¹ כאמור, בעקבות הלכת דין הבעיה עלולה להחריף, לנוכח עמימותן של דרישות המידתיות והרלוונטיות. זאת ועוד, כמה דברי חקיקה נקודתיים, שמטרתם להגן על שלום הציבור מפני מסוכנות של בעלי עבר פלילי,¹³² מלמדים כי המחוקק ביקש להוציא מן הכלל שנקבע בחוק המרשם הפלילי, את ההסדר הנוגע למרשם הפלילי של עברייני מין. לפיכך תפיסה חוק המרשם הפלילי קבע הסדר שלילי בכל הנוגע להשגת מידע מגורמים שאינם מנויים בו עולה בקנה אחד עם השאיפה להרמוניה חקיקתית.¹³³

הפרשנות המוצעת נכונה גם באשר לדרישת מידע בתצהיר או בכתב ואף להצגת שאלות בעל-פה למועסקים פוטנציאליים, שכן כל אלה אינם אלא אמצעים לעקיפת חוק המרשם הפלילי הלכה למעשה.¹³⁴

השלמת חסר

גם אם פסיקת בית המשפט כי חוק המרשם הפלילי אינו בבחינת הסדר שלילי לעניין השגת אותו מידע שלא מהמרשם הפלילי עצמו, בדין יסודה, הרי לדעתנו, המסקנה שהיה על בית המשפט להסיק מכך היא שקיים חסר (לקונה) במשפט, ואותו יש למלא. הטעם לכך הוא שההסדר הקיים בחוק המרשם הפלילי אינו מגשים את תכליות חוק המרשם הפלילי: הגנה על הפרטיות, על חזקת החפות ועל עקרון תקנת השבים (ולצדו חופש העיסוק).¹³⁵ לדעתנו, היה ראוי שבית המשפט ישלים את החסר האמור על ידי היקש מן ההוראה בחוק המרשם הפלילי האוסרת להשיג מידע מהמרשם עצמו בכל הנוגע לגופים שאינם מורשים בחוק, ויחיל אותה גם על השגת אותו מידע ממקורות אחרים.

האזרח, שם. לדעה מנוגדת, ראו עניין דין, בפס' 32 וכן דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39. וכן: הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון) – קיצור תקופות התיישנות ומחיקה ומניעת השגת מידע בדרך לא הולמת), התשע"ד–2014, פ/19/2130. ראו אף את דברי ההסבר להצעה בעמ' 2–3. קמיני, לעיל ה"ש 124, בעמ' 3. לעניין הבעייתיות בנושא "הסכמת" עובד למסירת תדפיס, ראו: Gabriella Wright, Andrew Sharpe, *Criminal Records and Data Retention - A Guide for Employers*, 3(8) PDP 3 (2003). ניתן להקיש מכך וללמוד על הבעייתיות הנובעת מ"הסכמה" למסירת מידע מן המרשם הפלילי כתנאי לשקילת מועמדותו של אדם לתפקיד. קמיני, לעיל ה"ש 124, בעמ' 3–4.

130 ראו דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 3, 9–10, 54 וכן עמדה משלימה מטעם הסגנויה הציבורית בבקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט" בעניין דני"א 1840/13 דין נ' מפעל הפיס, לעיל ה"ש 12.

131 ראו לדוגמה: חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו–2006; חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א–2001.

132 ראו: אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך א, **תורת הפרשנות הכללית** 297–298 (1992). שם מוסבר כי בפרשנות חוק יש לשאוף לכך שתושג "הרמוניה נורמטיבית" בשיטה ותוגשם השאיפה לאחדות נורמטיבית באופן שדברי חקיקה שונים יפעלו תוך התאמה והשלמה, שימנעו ניגודים פנימיים בין הנורמות, ושהמערכת כולה תשיג את המטרות אשר הציבה לעצמה.

133 עניין ג'ורגי, לעיל ה"ש 13, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת נאור. וכן לעיל תת-הפרק ג. העוסק ב"עקיפת חוק המרשם הפלילי".

134 ראו: אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **מנחר כתבים** כרך א 755, 758–759 (2000). ודוק: חסר בהסדר אינו נקבע על פי מבחניו של המשפט הרצוי, אלא על פי בחינתו של המשפט המצוי, ולפי התשובה לשאלה "מהו התכנון הנורמטיבי המתבקש מתוך ההסדר הקיים, והאם בהשוואה אליו לפנינו אי-שלמות". ראו: ברק, לעיל ה"ש 133.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

לכאורה, ניתן לטעון כי לא קיים חסר במשפט, לאור הימצאות מערכת דינים הניתנת להחלה על בקשות מידע שלא מן המרשם עצמו – דיני הגנת הפרטיות. נראה כי זו הייתה אף גישת בית המשפט,¹³⁶ הגם שבפועל לא הוחל חוק הגנת הפרטיות אלא בוצע איזון בין הזכות לפרטיות לבין אינטרס המעסיקים. בין אם כך ובין אם כך, טענתנו היא שדיני הגנת הפרטיות, ככל שהם אכן בבחינת הסדר החל על בקשות מידע פלילי שלא מן המרשם עצמו, אינם נותנים, מעצם טיבם, ביטוי לזכות החוקתית לחופש העיסוק ולחזקת החפות, אלא רק לזכותו של אדם לפרטיות.¹³⁷ על-כן, החסר המשפטי בעינו עומד, וממילא אין מדובר לדעתנו במסגרת הראויה להסדרתה.

פיתוח המשפט

ניתן לטעון כי ההסדר שבחוק הגנת הפרטיות, אף אם אינו מניח את הדעת, הוא הסדר שלם החל על הסוגיה. על כך ניתן להשיב כי הואיל וההסדר אינו מניח את הדעת, על בית המשפט לפנות לפיתוח המשפט, ולעשות כן באופן שיבטיח את זכויות האדם בכלל, ואת התכליות החשובות שבבסיס חוק המרשם הפלילי בפרט.¹³⁸

גם אם ניתן לגרוס כי פיתוח המשפט אינו בגדר חובה,¹³⁹ טענתנו היא כי **משבחר** בית המשפט לפתח את המשפט, כפי שעשה בעניין דין, להבדיל מלהשאיר את העניין למחוקק, עליו לעשות כן בצורה המביאה בחשבון את מידתיות הפגיעה בזכויות אדם. ראוי להזכיר כי חוקי היסוד קובעים שכל רשות שלטונית חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות המוסדרות בהם.¹⁴⁰ מכיוון שהרשות השופטת היא רשות שלטונית, חובת כיבוד הזכויות החוקתיות חלה גם עליה.¹⁴¹

לדעתנו, הדרך שהיה על בית המשפט לילך בה בפיתוח המשפט היא הרחבה פסיקתית של האיסור לקבל מידע המצוי במרשם הפלילי והחלתו על השגת המידע ממקורות אחרים.

(ב) צמצום דרישות הרלוונטיות והמידתיות והבהרתן

משבחר בית המשפט שלא לאסור לחלוטין קבלת מידע עקיף הלקוח מן המרשם, הרי כפי שצינו, היה עליו שלא להסתפק בהנחיה למעסיקים כי יעצבו את בקשתם למידע כך שתעמוד בדרישת הרלוונטיות, בדרישת התכלית הראויה ובדרישת

136 עניין דין, בפס" 34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

137 דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ס-1980, ה"ח בעמ' 206. ניתן אמנם לטעון כי אפשר לפרש את חוק הגנת הפרטיות באופן שיגן על חופש העיסוק ועל חזקת החפות. כך למשל, פרשנות שלפיה בקשת מידע מהמרשם הפלילי על ידי מעסיק היא בהכרח "גדולה ממה שנוחץ באופן סביר לצורך אותם עניינים", שקולה למעשה להרחבת האיסור על קבלת מידע מן המרשם הפלילי (ראו גם: פרק ה.1.א.), שכן פרשנות מעין זו תקים חזקה שמבקש המידע נהג בחוסר תום-לב (ס' 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות), ועל כן לא יעמדו לו ההגנות הקבועות בחוק. בדומה לכך, פרשנות שלפיה בקשת מידע מהמרשם הפלילי אשר אין בו כדי להעיד על מסוכנות לביצוע עבירה נוספת בעתיד, היא פגיעה "גדולה ממה שנוחץ באופן סביר לצורך אותם עניינים", משמעותה צמצום דרישות הרלוונטיות והמידתיות (ראו גם: פרק ה.1.ב.). עם זאת, נראה לנו כי המקום הטבעי להגנה על הזכות לחופש העיסוק ועל חזקת החפות בהקשר של בקשות מידע מהמרשם הפלילי הוא חוק המרשם הפלילי, ולא חוק הגנת הפרטיות.

138 ברק מביא את דיני המכרזים כדוגמה לפיתוח המשפט הישראלי. לפי ברק, "אין [...] לומר, כי העדר דינים מיוחדים באשר לדרך ניהול מכרזים מהווה חסר הדורש מילוי. ניתן היה להפעיל את דין החוזים הרגיל, אשר נתן תשובה לבעיות המשפטיות שדיני המכרזים מעוררים. גם אם תשובה זו לא הניחה את הדעת, אין הדבר יוצר חסר בשיטה. הסדר, אף שאינו מניח את הדעת, הסדר הוא, וכל עוד הוא שלם, אין בו חסר". "בפיתוח דיני המכרזים פעל בית המשפט מעבר לפרשנות ולהשלמת חסר. הוא פעל לפיתוח המשפט. הורגש הצורך להסדיר באופן מיוחד וחדש תחום פעילות שהוסדר בעבר בצורה שאינה מניחה את הדעת. בית המשפט חש בצורך להבטיח הגינות ושוויון בתחום פעילות חשוב של המינהל הציבורי, והוא פיתח המשפט בתחום זה". דוגמאות נוספות לפיתוח המשפט שברק מביא הן פיתוח חובות האמון של בעלי מניות שליטה כלפי החברה ופיתוח דיני האימוץ לפני חוק האימוץ. ראו: ברק, לעיל ה"ש 135, בעמ' 761-763.

139 לגישתו של ברק, הגורס שהדבר הוא בגדר חובה, ראו: אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 363, 402-409 (2012).

140 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

141 ברק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 157; ברק, לעיל ה"ש 118, בעמ' 205. לא נדון כאן בקשיים שהחלת פסקת ההגבלה על המשפט המקובל מעוררת. לדיון בסוגיה זו ראו: ברק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 161-165.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

המידתיות,¹⁴² שכן זוהי הנחיה עמומה וגמישה למדי, המותירה פתח רחב לניצול לרעה ולפגיעה בזכויות אדם.¹⁴³ על כן לדעתנו, היה ראוי לדרוש דרישות מצמצמות יותר, המושתתות על התפיסה שמידע הוא רלוונטי אם, ורק אם, הוא מעיד על סכנה לביצוע עבירה נוספת בעתיד.¹⁴⁴ כך, למשל, יכול היה בית המשפט לקבוע כלל שלפיו מידע יתבקש על ידי מעסיק רק בעניין עבירות המגבילות את יכולת הפרט לבצע דרישה שהיא ממהותו של העיסוק הספציפי המבוקש.¹⁴⁵ זאת ועוד, וכעולה גם מהצורך להגן על חזקת החפות, יכול היה בית המשפט לקבוע כי חל איסור לבקש מידע בנוגע לתיקי חקירה שטרם הוחלט אם יוגש כתב אישום בעניינם.

2. פתרונות בחקיקה

במצב המשפטי שקדם לפסק הדין, וקל וחומר במצב שלאחריו, כשיש פוטנציאל פגיעה בזכויות אדם מרכזיות וסיכול תכליות החוק, ברי שנדרשת התערבות הכנסת לצורך הסדרת הסוגיה, דבר שלא נעשה עד כה.¹⁴⁶

בחינה השוואתית מלמדת על שני פתרונות אפשריים, אשר בכוחם לאזן בין הצורך להגן על זכויות הפרט ועל האינטרס הציבורי לשקם עבריינים לבין האינטרסים הלגיטימיים של מעסיקים ועורכי מכרזים. פתרונות אלה יתוארו להלן.

(א) הקמת גוף לניתוב מידע פלילי מטעם המדינה

לפי הפרשנות הנוכחית לחוק המרשם הפלילי, המשטרה מעבירה את המידע בדבר עבר פלילי הישר לגורמים הזכאים לקבלו לפי החוק.¹⁴⁷ בה בעת גורמים פרטיים, וכן גופים ציבוריים או דו-מהותיים שאינם מנויים בחוק, אשר שוקלים את מועמדותו של אדם לעבודה, עוקפים הלכה למעשה את הצורך בזכאות לקבל מידע מן המרשם הפלילי באמצעות שאילת המועמדים שאלות הנוגעות לעברם הפלילי. לעתים נשאלות השאלות בעל-פה ולעתים בכתב ויש שהן אף מלוות בדרישה שהתשובות יובאו בתצהיר.¹⁴⁸ יתר על כן, המצב המשפטי הקיים אינו מסדיר את אמות המידה לשקילת העבר הפלילי, מה שמותיר מועסקים פוטנציאליים לחסדיהם של מעסיקים, שלעתים קרובות יירתעו מלהעסיק בעלי עבר פלילי, בעיקר מתוך כניעה לדעות קדומות ולפחדים.¹⁴⁹

142 קמיני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3.

143 עמ' 8 בבקשתה של האגודה לזכויות האזרח להצטרף כ"ידיד בית משפט" לדנ"א 1840/13 **רפאל דין נ' מפעל הפיס**, לעיל ה"ש 128.

144 קמיני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1. קמיני טוענת שם כי "הטלת מגבלות על בעלי עבר פלילי שאינם מציבים סיכון, הופכת את המגבלות הללו לענישה נוספת".

145 בדומה לדין החל באוסטרליה (ראו פירוט בהמשך): HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL – DISCUSSION PAPER 8–15 (2004). זמין ב: https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/human_rights/criminalrecord/Criminal_record.pdf (להלן – מסמך ועדת זכויות האדם ושויון הזדמנויות).

146 עניין **דיין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 35 לפסק הדין.

147 ס' 5-11 לחוק המרשם הפלילי.

148 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 13-14.

149 ראו: Joe Graffam, Alison Shinkfield, Barbara Lavelle & Wenda McPherson, *Variables Affecting Successful Reintegration as Perceived by Offenders and Professionals*, 40 J.OFFENDER REHABILITATION 147, 148–149 (2004) ושל מעסיקים בפרט, כלפי עבריינים לשעבר. ראו גם סקר שנערך לאחרונה בארבע ערים גדולות בארה"ב ואשר מצא כי רק 12.5% מהמעסיקים שהשתתפו בסקר השיבו כי בוודאות יסכימו להעסיק אדם בעל עבר פלילי. מספר זה בולט עוד יותר לנוכח ההשוואה לקבוצות אחרות שיש בעניין סטיגמות חברתיות ובכל זאת זכו ל-59% ויותר משיבים המביעים נכונות להעסקה. Harry J. Holzer, Steven Raphael & Michael A. Stoll, *Will Employers Hire Former Offenders?: Employer Preferences, Background Checks, and Their Determinants*, in IMPRISONING AMERICA: THE SOCIAL EFFECTS OF MASS INCARCERATION 210 (Mary Pattillo, David F. Weiman, & Bruce Western eds., 2004).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

לאור האמור, פתרון אפשרי הוא להקים גוף מרכזי מטעם המדינה אשר ירכז את המידע הפלילי על כל אדם ואדם כפי שיועבר מן המשטרה.¹⁵⁰ גוף זה יעביר מידע לגורמים הפונים אליו לפי רלוונטיות המידע לצורכיהם הייחודיים, ולפי זכאותם בחוק. גורמים שאינם מנויים בחוק יוכלו להעביר לגוף המתווך בקשה להפקת "תעודה בדבר התנהגות ראויה" של מועמד, בהתחשב בתפקיד הספציפי המיועד לו. הגוף יעניק את תשובתו בהסתמך על מידת הסיכון לביצוע חוזר של עבירה הרלוונטית למשרה המסוימת שנקובה בבקשה.¹⁵¹ בהחלטתו, יתבסס הגוף המתווך על קריטריונים ברורים אשר ייקבעו מראש על ידי גוף מעריך שיורכב ממומחים בנושאי הערכת מסוכנות, שיקום עבריינים, היכרות עם שוק העבודה וכיוצא באלה.¹⁵²

הגוף המתווך יפעל תוך שמירה על הזכות לפרטיות של בעלי העבר הפלילי ולאורו של אינטרס השיקום אך בד בבד יקדם את התכלית של מניעת סכנה לציבור.¹⁵³ לפיכך, ככל שלא ימצא מידע פלילי רלוונטי, התשובה שתינתן לגורמים הפונים תהיה ברוח זו. אם ימצא מידע רלוונטי, הוא ימסר, בפירוט או בצמצום, לפי רמת זכאותו של הגורם המבקש על פי דין ובכפוף להסכמת האדם שעל אודותיו התבקש המידע.¹⁵⁴ פירוט כאמור עשוי לכלול מידע בדבר סעיף העבירה הרלוונטית שבה הורשע המועמד, תאריך ההרשעה והעונש שנגזר. בהחלטתו יביא הגוף האמור בחשבון לא רק הרשעות, אלא גם תיקי חקירה בטיפול, תיקים סגורים ומידע פלילי רלוונטי אחר.¹⁵⁵

כאמור, לגוף המתווך תהיה מומחיות בנושאים הרלוונטיים ושיקול דעתו יחליף את שיקול הדעת הרחב הנתון כעת בידיהם של מעסיקים. מכך נובעים כמה יתרונות חשובים: ראשית, יצומצם הצורך לעקוף את חוק המרשם הפלילי ובכך תמוזער הפגיעה בפרטיות; שנית, מעסיקים או נותני היתרים ורישיונות, הזכאים לקבל מידע על אודות עבר פלילי לצורך מסוים לפי ההסדר הנוכחי, לא ייחשפו עוד למרשם הפלילי המלא של המועמד. כך יימנעו החלטות נגועות בדעה קדומה על רקע בלתי רלוונטי, ותימנע האפשרות של דליפת מידע,¹⁵⁶ שלישית, יינתן מענה גם לגורמים פרטיים, גופים ציבוריים וגופים דרמהוטיים שאינם מנויים בחוק, שיקבלו מעתה מידע רלוונטי ובדרך לגיטימית על אודות מועמד לתעסוקה.¹⁵⁷

ועדת קנאי דנה בהצעה להקים גוף כאמור, אך המליצה לדחותה מן הטעם שמדובר בשינוי רדיקלי במבנה חוק המרשם הפלילי המצריך הקצאת משאבים רבים. כמו כן סברה הוועדה כי צפוי קושי רב להרכיב צוות שחבריו מומחים למידע פלילי אך גם בקיאים בדרישות הרלוונטיות לעיסוקים למיניהם.¹⁵⁸ ברם, נראה כי יתרונותיו הברורים של הגוף המתווך, הן באשר להגנה על זכויות אדם והן באשר להגשמת תכליות החוק, מצדיקים שינוי ניכר ומהותי אשר ממילא סברה הוועדה שיש לבצע בחוק.¹⁵⁹ זאת ועוד, אמרה ידועה עמנו היא כי "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".¹⁶⁰ לפיכך משקלו היחסי של השיקול הכלכלי אינו יכול להיות גדול בהשוואה לתועלת

150 ראו את ההסדר הקיים בהולנד: <http://www.iss.nl/fileadmin/ASSETS/iss/typo3/Alumni/AlumniGoodConductBooklet.pdf>; JUSTITIE, CERTIFICATES OF GOOD CONDUCT 3 (2007), available at

151 ראו: (2011) 3(1) EJP 63, 72–74 Miranda Boone, *Judicial Rehabilitation in the Netherlands balancing between safety and privacy*. חשוב להדגיש כי החלטות כאמור כפופות להנחיותיו של שר המשפטים ההולנדי ומאושרות על ידי גורמים מטעמו.

152 שם, בעמ' 68–74. הקריטריונים מחולקים לראשים: קריטריון אובייקטיבי – איננו עוסק בהסתברות שתתרחש עבירה חוזרת, אלא בוחן מה מידת הסכנה שהציבור ייחשף אליה אם תבוצע עבירה חוזרת במהלך מילוי התפקיד המיועד. קריטריון סובייקטיבי – בוחן את נסיבות ביצוע העבירה הספציפיות של המועמד. בקריטריון זה נכללים שלושה גורמים: כיצד הוכרע ההליך המשפטי (העבירה המיוחסת, האם נסתיים בהרשעה, העונש שנגזר); הזמן שחלף מן ההרשעה; מספר ההרשעות הקודמות וחומרתן.

153 שם, בעמ' 68–70; דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 29–30.

154 שם. תפקידים בעלי רגישות יתרה (כגון שירות ביטחון או עבודה עם חסרי ישע) ידרשו כמובן חשיפת מידע בהיקף נרחב יותר כדי לאפשר לפונה לקבל החלטה מושכלת בעניין המועמד.

155 שם, בעמ' 69; בנוסף, ראו החומר הרלוונטי בה"ש 23 בדו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39.

156 שם, בעמ' 29–30.

157 שם, בעמ' 30.

158 שם, בעמ' 30.

159 שם, בעמ' 5.

160 ברק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 528; וכן, בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בפס' 19 לפסק דינו של השופט מצא (1995).

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

שתצמח לזכויות האדם ולאינטרס הציבורי. לבסוף, החשש מפני קושי בהרכבת צוות המומחים עשוי להתברר כחשש שווא.¹⁶¹

(ב) איסור הפליה

כפי שהסברנו עד כה, האיזון שקבע בית המשפט בעניין **דיין** חושף מועסקים פוטנציאליים לפגיעה קשה בחופש העיסוק שלהם. מכאן שאם תיוותר ההלכה על כנה, ראוי כי למצער ייקבע הסדר משלים, אשר ימזער פגיעה זו. הסדר אפשרי הוא חקיקת הוראה האוסרת להפלות על רקע עבר פלילי, ולצדה סייג שלפיו במקרי עבר פלילי רלוונטי לעיסוק הנדון, לא תיחשב שקילתו להפליה.¹⁶²

הוראה כזו נחקקה בכמה מדינות הנבדלות בהגדרת סייגי האיסור, באופן אכיפת האיסור ובמידת עוצמתו. בארה"ב, למשל, המדיניות החדה והברורה ביותר בנושא האיסור להפלות בעלי עבר פלילי ננקטת במדינת ניו-יורק.¹⁶³ איסור זה, החל על גופים ציבוריים ופרטיים כאחד, מעוגן בחוק זכויות האדם, והוא מאפשר לחטיבת זכויות האדם בניו-יורק לאוכפו על ידי ביצוע חקירות, הטלת קנסות, הוצאת צווים ואף פסיקת עונשי מאסר.¹⁶⁴ ברם, איסור ההפליה אינו חל אם ישנו "קשר ישיר" בין העבירה שבה הורשע המועמד לבין יכולת ביצוע התפקיד.¹⁶⁵ בדומה לכך, כמה פרובינציות קנדיות אוסרות הפליה בתעסוקה על רקע עבר פלילי,¹⁶⁶ והפרת האיסור עשויה לשמש עילה להוצאת צווים נגד מעסיקים ולחייבם בתשלום פיצויים.¹⁶⁷ גם באוסטרליה ישנם חוקים הקובעים שאין להפלות בתחום התעסוקה על רקע עבר פלילי, אך ההוראה בחוק האוסטרלי היא בעלת כוח אכיפתי והרתעתי פחות.¹⁶⁸

161 על כך יכול להעיד הניסיון המוצלח בהולנד וההערכה שרוחשים שם לגוף המתווך. בסוכנות שהבקשה מועברת אליה (Central Conduct Certificate Agency) מכהנים 70 חברי צוות, ובהם מומחים בתחומים מגוונים ופקידים המטפלים בבקשות. קרנו של האישור (Conduct Certificate) שמפיקה הסוכנות היא גבוהה והוא נחשב לאמין מאוד בקרב הציבור בכלל ובקרב המעסיקים בפרט. ראו: Boone, לעיל ה"ש 151, בעמ' 68.

162 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 15.

163 N.Y. COR. LAW § 752 – Unfair discrimination against persons previously convicted of one or more criminal offenses prohibited.

164 New York State Executive Law Article 15 HUMAN RIGHTS LAW, § 297–299.

165 N.Y. COR. LAW § 750(3). במקרה של יישום החרג, המעסיק חייב להסביר ולהצדיק את החלטתו בהצהרה המועברת למועמד. נוסף על כך, החוק קובע שמונה שיקולים שמעסיקים צריכים לשקול כאשר עומד מולם מועמד בעל רקע פלילי, ובהם הרצון לשלב בעלי עבר פלילי, אופי העבודה שצריכה להתבצע, הזמן שחלף מביצוע העבירה, גיל המועמד ועוד. ראו: Creed, לעיל ה"ש 23, בעמ' 195–197. שם מוסבר כי מדינת ויסקונסין אימצה מודל זהה לזה של מדינת ניו-יורק; פסק הדין אשר עסק בפרשנות החרג ובשיקולים לנקיטתו הוא: Ford v. Gildin, 613 N.Y.S.2d 139, 141–142 (N.Y. App. Div. 1994).

166 ראו, למשל, את מגילת הזכויות של אונטאריו: Ontario Human Rights Code, R.S.O., ch. 19, § 5(1) (1990) (Ontario); בפרובינציות בריטיש קולומביה, אי הנסיך אדוארד וקוויבק חקיקת זכויות האדם אוסרת הפליה על רקע עבר פלילי אם אין קשר בין העבירה לתעסוקה הצפויה לאותו אדם: See Human Rights Code, R.S.B.C., ch. 210, § 13(1) (1996); Human Rights Act, R.S.P.E.I., ch. H-12, § 6(1)(b) (1988); Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., ch. C-12. 18.2 § (1977).

167 ועדת זכויות האדם ברחבי קנדה עוסקת בחקירת תלונות בגין הפליה בתעסוקה, וכדי לקבוע שהייתה הפליה, על הוועדה למצוא כי אדם בעל עבר פלילי המוכשר לתפקיד לא הועסק בו, ואילו אדם אחר שאינו בעל עבר פלילי אכן הועסק בתפקיד זה. Irene Christiet & Gita Anandtt, *Canadian Legal Regulation of Disclosure of Information about Employees or prospective Employers to Employers or Prospective Employers*, 21 COMP. LAB L. & POL'Y J. 683, 683–686 (2000). חריג לאיסור ההפליה מתקיים כאשר המעסיק סבר, בתום לב, שיש קשר הגיוני בין העבירה לבין דרישות התפקיד. ראו: Ontario Human Rights Code, R.S.O., ch. 19, § 24(1)(B) (1990).

168 כוחה הפחות של ההוראה בחוק האוסטרלי נובע מכך שוועדת זכויות האדם החוקרת את התלונות בנושא איננה מוסמכת להטיל סנקציות כלשהן על המפלים, אלא רק לגשר ולהמליץ למעסיקים כיצד לפעול באופן שימלאו את ההוראה: מסמך ועדת זכויות האדם ושיויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 145. עם זאת, למדינות טזמניה והטריטוריה הצפונית באוסטרליה יש חוקים ספציפיים האוסרים הפליה בתעסוקה על בסיס עבר פלילי; חריג לאיסור ההפליה מתקיים במקרים שבהם משמעות העבר הפלילי היא שהפרט אינו יכול לבצע "דרישה אינהרנטית" לעיסוק הספציפי.

אביטל טוביאנה-אורן וגל יהושע, "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפיס", **הארץ** דין ט(2) 121 (תשע"ד)

אף שאין מדובר בפתרון מקיף לסוגיה, הוראה האוסרת הפליה בתעסוקה על רקע עבר פלילי מאפשרת, בהתקיים מנגנון אכיפה יעיל, למזער את הפגיעה בחופש העיסוק. בנוסף, היא מסייעת בהעברת מסר חינוכי שלפיו החברה מעוניינת לשקם עבריינים שריצו את עונשם, בין היתר על ידי מתן כניסה לשוק התעסוקה.¹⁶⁹

ועדת קנאי דנה בהצעה להמליץ על הוספת הוראה כאמור, ודחתה אותה מן הטעם שהעילות המנויות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה נמצאו ראויות להגנה מיוחדת,¹⁷⁰ בגלמן זכויות פרט או אינטרסים ציבוריים מובהקים, ואילו עבר פלילי לא נמצא ראוי להגנה מיוחדת.¹⁷¹ ואולם, כפי שנטען לעיל, ניתן לראות בעקרון תקנת השבים זכות שהיא חלק מכבוד האדם.¹⁷² לפיכך ההגנה על זכותו של אדם בעל עבר פלילי לכבוד איננה פחותה בחשיבותה מההגנה על כל אחת מן העילות המנויות בחוק. זאת ועוד, האינטרס הציבורי לשקם עבריינים באמצעות תעסוקה עשוי להצדיק כשלעצמו הגנה כאמור, בדומה להגנה שלה זוכים, למשל, המשרתים במילואים.¹⁷³

ו. סיכום

חוק המרשם הפלילי, על ההסדרים השונים והאיזונים הכלולים בו, איננו כליל השלמות. עם זאת, הוא משקף עמדה ערכית בהירה המעניקה מעמד בכורה לזכות לפרטיות ולאינטרס, הציבורי והפרטי, לכבד את תקנת השבים. לדעתנו, הלכת **דיין** מנוגדת במידה רבה להכרעה הערכית הטמונה בחוק, וקובעת תחתיה איזון נורמטיבי חדש המעניק את הבכורה לאינטרסים של המעסיקים, על חשבון זכויותיהם של מועמדים בעלי עבר פלילי, אשר ממילא סובלים מפערי כוח אינהרנטיים במערכת היחסים שלהם עם המעסיק.

ברשימה זו ביקשנו לבקר את פסק הדין, הן מהבחינה הערכית הן מהבחינה הפרגמטית, ולהצביע על הקשיים באופן ההנמקה שבו. ביקשנו להראות כיצד בעקבות עניין **דיין** עלולות להיפגע זכויות מן המעלה הראשונה, כגון הזכות לפרטיות, חופש העיסוק וחזקת החפות, ולצדן גם האינטרס הציבורי לשקם עבריינים. הדגמנו את הבעייתיות הטמונה בהנמקת בית המשפט ובמלאכת האיזון שבוצעה על ידיו, המעמידה בעלי עבר פלילי בעמדת נחיתות.

לבסוף הצענו כמה פתרונות אפשריים לסוגיה, ובלב הדברים הגישה שלפיה יש להותיר את מלאכת התיקון וההסדרה המקיפה של החוק בידי המחוקק. לפיכך הצענו כמה הסדרים, הנלמדים מן המשפט המשווה, כמודל לדין הרצוי. מובן כי לכל מודל יש גם חסרונות, אך לדעתנו, הדין המצוי לאחר הפסיקה בעניין **דיין** מחייב עדכון ותגובה מצדה של הרשות המחוקקת.

169 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 15.

170 בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ואלו הן: מין, נטייה מינית, מעמד אישי, היריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, הורות, גיל, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה, מפלגה או שירות במילואים.

171 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 15.

172 ראו פרק ג.1 לעיל.

173 דו"ח ועדת קנאי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 15.