

**האם רשאי מעביד להתנות קידום עובד בתוצאות בדיקה גנטית?
הרהורים על הפררוגטיבה הניהולית וזכות העובד לפרטיות**

יוסי גריין *

ראשית דבר

פרק א: זכויות העובד, זכויות המעביד ומה שביניהם

א.1. מתח בין זכויות: הדילמה

א.2. זכויות העובד

א.2.1. חופש העיסוק

א.2.2. הזכות לפרטיות

א.2.3. שוויון הזדמנויות בעבודה

א.2.4. איסור הפליה

פרק ב: זכויות המעביד

ב.1. הפררוגטיבה הניהולית ועיגונה בהסכם העבודה

ב.2. הפררוגטיבה של המעביד ויישומה

סיכום ביניים

פרק ג: הבדיקה הגנטית: ההסדר החוקי

ג.1. הערות מקדימות

ג.2. בדיקה גנטית: ההסדר החוקי

ג.3. הזכות לאוטונומיה

ג.4. המידע הגנטי: מהות וסודיות

ג.4.1. האם המידע הגנטי הוא חלק מהמידע הרפואי?

ג.4.2. שמירת סודיות המידע הגנטי

קידום עובד תלוי בבדיקה גנטית: המודל המוצע

סיכום

* דוקטור, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, ראש המרכז למשפט ולרפואה, המכללה האקדמית נתניה. שלמי תודה נתונים לחברי ד"ר מיכל הורוביץ וד"ר רועי גילבר על הארותיהם והערותיהם למאמר.

ראשית דבר

ראובן סיים את לימודי הרפואה כולל הסטאז' בהצטיינות יתרה ומבקש לממש את חלומו להתמחות ברפואת עיניים. לשם כך עליו להתמחות תחילה ברפואת עיניים (ארבע שנים וחצי). אחר שיסיים התמחות זו, יחל "התמחות-על" של כשנתיים בניתוחי המקטע האחורי של העין. כמקובל במקצוע הרפואה, הוא מתבקש לעבור בדיקות רפואיות, לרבות בדיקה נוירולוגית. בית החולים מתנה את השקעתו בהכשרתו והעסקתו בתוצאות הבדיקות. שושנה, ביופיסיקאית העובדת באותו בית חולים, מתוכננת לצאת להשתלמות בחו"ל למשך שנה בהפעלת אחד המכשירים המתקדמים בעולם שבית החולים מתעתד לרכוש. ההשתלמות תמומן כולה על ידי בית החולים. בתמורה מתבקשת שושנה להתחייב לעבוד בבית החולים לפחות שבע שנים. כמו כן מבקשת הנהלת בית החולים משושנה לעבור שורה של בדיקות רפואיות ובכלל זה בדיקה גנטית כדי לוודא שאין היא נשאית של מחלות גנטיות דוגמת מחלת האנטיגטון (Huntington), שהיא מחלה חשוכת מרפא ודינמית.¹

אירועים אלה הם פרי דמיוני, אך לא ירחק היום והשאלה אם ניתן להתנות קבלת עובד לעבודה או לחייב עובד לבצע בדיקה גנטית כתנאי לקידומו תעלה על סדר היום.² ככל שמדע הרפואה יתקדם וישתכלל בחקר המחלות הגנטיות וביכולת לאבחן מחלות עתידיות, כן תחריף הדילמה ויגבר המתח בין הצורך להגן על זכות העובד לפרטיות מחד גיסא, ועל זכותו של המעביד לנהל את עסקו לפי ראות עיניו מאידך גיסא.³

- 1 יודגש כי הדיון ייסוב על ביצוע בדיקה גנטית לצורך גילוי נשאות הגן הגורם למחלת האנטיגטון (וכמותה עם השתכללות הבדיקות) מחד גיסא, ועל השקעה גבוהה של המעביד בהכשרת עובד מאידך גיסא. שכן, נשא הגן הפגום הגורם למחלה זו יחלה בוודאות בעשור הרביעי לחייו, מה שאין כן מחלות גנטיות אחרות דוגמת סרטן השד. נשאת הגן BRCA1 או BRCA2 עלולה לחלות בסרטן השד אך אין וודאות שתחלה. לכן, השאלה אם ראוי להתנות קידומו של עובד במהלך הרגיל של העבודה בתוצאות בדיקה גנטית איננה מענייניו של מאמר זה.
- 2 כדי להסיר ספק, יובהר, כי אין המעביד מבקש לבצע את הבדיקה הגנטית כדי לקבל מידע על תוחלת חייו של העובד. המעביד איננו יודע ואיננו יכול לדעת מהי תוחלת חייו של העובד ולכן אין פריט מידע זה נשקל בעת קבלת עובד או קידומו. נשוא הדיון במאמר זה הוא לגיטימיות ההגנה על האינטרס הכלכלי של המעביד על ידי השימוש בבדיקה הגנטית. עם זאת, חשוב לציין, כי האינטרס הכלכלי של מעביד – לגיטימי ככל שיהיה – איננו האינטרס היחיד בקיום הבדיקה הגנטית. גם הצורך להגן על בריאותם של עובדים יכול שיצדיק עריכת בדיקה גנטית. כך לדוגמא, אין לשלול על הסף בקשת מעביד לדעת קודם שישבץ עובד בסביבת העבודה שלו כי הוא עלול לחלות במחלה שתסכן אותו או את מקבלי השירות. ראו לענין זה: *Equal Employment Opportunity Commission v. Burlington Northern Santa Fe Railway Co.*, No 02-c-0456 (2002). E.D. Wis. באותו מקרה נערכה בדיקה גנטית ללא ידיעת העובדים ובלא הסכמתם וזאת בניגוד לסעיף 12112 ל-1990 American with Disabilities Act, וכן בניגוד לתיקון הרביעי לחוקה האמריקאית.
- 3 על חשיבות המידע הגנטי בכלל ראו אמנון כרמי בריאות ומשפט (כרך ב, 2003) 1310-1308.

מיסודות שיטתנו המשפטית היא ההכרה בזכותו של כל אדם לפרטיות ולצנעת חייו.⁴ הוא הדין בזכות כל אדם לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.⁵ אין גם חולק כי למעביד זכות הקניין והפררוגטיבה לנהל את עסקו כרצונו, זכות הנובעת מזיקתו הקניינית למפעלו,⁶ המוגנת בחוקי היסוד.⁷ אם כך, זכותו של מי גוברת: זכותו של המעביד לוודא כי המועמד לעבודה או לקידום איננו נֶשָׂא של מחלה גנטית העלולה לפגוע בתפקודו בעתיד ובכך להוריד את השקעתו בו לטמיון, או זכותו של העובד לשמור על כבודו ופרטיותו ולסרב לבצע את הבדיקה בלא לאבד את מקור מחייתו? הפניית עובד לבדיקות רפואיות עובר לקבלתו לעבודה או הפנייתו לבדיקות רפואיות במהלך העבודה מוסדרים בחוק.⁸ בדיקות אלה מהוות גם כלי בדוק לבחינת התאמתו של העובד לעבודה והמשך העסקתו במצבו הפיזי.⁹ הוא הדין לגבי בדיקות גנטיות. המחוקק אסר על מעביד לדרוש מעובד או ממועמד לעבודה מידע גנטי או לעבור בדיקה גנטית,¹⁰ למעט ביצוע בדיקות גנטיות בתנאים מסוימים.¹¹ לדעתי, איסור זה הקבוע בחוק מידע גנטי גורף מדי ואיננו משקף את האיזון הראוי בין האינטרס של המעביד לזה של העובד. מטרת מאמר זה לבסס טענה זו.

על שני נימוקים מתבססת הטענה כי האיסור האמור עלול לפגוע בפררוגטיבה הניהולית: הנימוק האחד הוא, כי המידע המתקבל מבדיקה גנטית איננו שונה מהותית מהמידע המתקבל מבדיקה רפואית. יש הרבה מן המשותף בין שני המידעים. למעשה, המידע הגנטי הוא חלק מהמידע הרפואי. עם זאת, אינני מתעלם מהעובדה כי יכולת הניבוי של המידע הגנטי גבוהה יותר מזו של המידע הרפואי, כמו גם כי למידע הגנטי המתקבל מבדיקה גנטית יכול שתהיינה השלכות משמעותיות על משפחתו של הנבדק יותר ממידע המתקבל מבדיקות רפואיות. לפיכך, יש להגן על המידע הגנטי ואף להגביל את מסירתו למעביד, אך לא לאסור באופן גורף ביצוע בדיקות גנטיות לעובד. הגנה מחייבת להקים מנגנון שיבחן אילו בדיקות ובאילו מקרים רשאי מעביד להתנות קידומו של עובד בביצוע בדיקה גנטית, כיצד לשמור על המידע אודות עובד שלא יתקבל לעבודה, ובאילו מקרים ראוי וצודק בנסיבות העניין להציע לעובד העסקה חלופית.

4 סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5 סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

6 דב"ע (עס"ק) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה-האיגוד הארצי לקציני ים-צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע ל"ו 97 (2000).

7 סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשאלה אם מקור הפררוגטיבה של המעביד בזכותו הקניינית של המעביד או בהסכם העבודה, ראו להלן פרק ב.2.

8 ראו בהרחבה עדית דוידוביץ ויוסי גרין "בדיקות רפואיות ובדיקות התאמה לעובדים: האמנם מזכויות המעסיק?" קריית המשפט ג (תשס"ב) 521.

9 סטפן אדלר והדרה בר-מור "חוקי הבטיחות בעבודה כמגן על העובד" שנתון משפט העבודה ג (תשנ"ב) 13, 40.

10 סעיף 29(א) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי).

11 סעיף 29(ג) ו- 29(ד) לחוק מידע גנטי.

הנימוק האחר הוא, כי אין בדרישה של מעביד, המתכנן להשקיע סכומים נכבדים בהכשרת עובד וקידומו, כי יבצע בדיקה גנטית, משום הפליה פסולה. נהפוך הוא, במקום עבודה בו יחסי העבודה תקינים, הצעת הקידום איננה מחייבת את העובד, והוא רשאי לסרב לה מבלי שייפגע קידומו במסלול הקידום המקובל במפעל. אין ההצעה מכוונת להפלות עובד לטובה ביחס לעובדים אחרים, אלא לקדם עובד מצטיין הראוי לקידום בעלות גבוהה למעביד. לכן, אין בהתניה האמורה פגמים הנוגדים את דיני העבודה או את דיני החוזים המאיינים את תוקפה.

המאמר יתחלק אפוא לשלושה פרקים: בפרק הראשון תונח התשתית לדיון, ובו יוצגו האינטרסים של העובד מחד גיסא והפררוגטיבה של המעביד מאידך גיסא. הפרק השני ייוחד לדיון במהותה של הבדיקה הגנטית, תוך דגש על מגבלות השימוש במידע המתקבל מהבדיקה וחשיפתו. בפרק השלישי מוצע מנגנון שיאשר בדיקה גנטית לבקשת מעביד ונוהל להגן על המידע הגנטי תוך איזון ראוי יותר במתח בין האינטרסים של המעביד ושל העובד.

פרק א: זכויות העובד, זכויות המעביד ומה שביניהם

1.1. מתח בין זכויות: הדילמה

טבעם של היחסים בין מעביד לעובד שאינם יחסים בין שווים. ככלל, בין עובד למעבידו קיימים יחסי תלות. העובד מצוי בעמדה נחותה.¹² אשר על כן, זקוק הוא להגנת הדין על ידי הקפדה על איזון נכון בין הגנה על זכויותיו להגנה על זכויות מעסיקו.¹³ דא עקא, תלותו של העובד במעביד אינה עילה לפגוע בזכויותיו של המעביד. גם האינטרס של המעביד ראוי להגנת הדין. זכותו של מעביד להשיג יעילות כלכלית, בין השאר על ידי בחירה נכונה והשקעה בעובדים, איננו אינטרס פסול. נהפוך הוא, ניהול כושל של מפעלים יפגע בסופו של יום בעובדים. הבדיקות הגנטיות משכללות את יכולתו של המעביד לבחור את העובדים הצפויים לתת לו את התפוקה המירבית בתקופת עבודתם ולהחזיר לו את ההשקעה בהכשרתם. בכך יתאפשר למעביד לנהל בדרך נכונה ויעילה יותר את המפעל.

ההתקדמות הטכנולוגית המחייבת השקעה רבה יותר בעובד, בד בבד עם השתכללות מדע הרפואה, מחדרים את המתח בין האינטרסים המתחרים של העובד והמעביד.

12 יוער כי הדיון מתמקד ביחסי עובד מעביד, אך יפה כוחם, בשינויים המחויבים, גם לגבי מועמד לעבודה. נקודת המוצא היא כי ברוב המקרים המועמד מצוי אף הוא בעמדה נחותה בהשוואה למעביד. אולם, לא מעט מועמדים מצויים במצב טוב יותר מזה של המעביד היכולים להתנגד לבדיקה הגנטית בלי לפגוע בסיכוייהם לזכות במשרה המוצעת.

13 ראו בהקשר זה בהרחבה מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה חברה ומשפט ט (תשס"ב) 85, 89.

העובד, הצד החלש במשוואה, זכאי להגנה על זכותו לעבוד ולקבל יחס הוגן והזדמנות שווה לזכות בעבודה או להתקדם. הוא זכאי במסגרת עבודתו לסביבת עבודה נאותה, לתנאי עבודה ראויים, להגנה על פרטיותו, ממנה נגזרת זכותו לאוטונומיה. למעביד שמורה הפררוגטיבה הניהולית הכוללת את הסמכות לבחור עובדים ולנייד אותם, ובעיקר לנהל את עסקו על פי מיטב שיקול דעתו.¹⁴ עם זאת, גם כוחו של המעביד, הצד החזק במשוואה, איננו בלתי מוגבל. הצלחתו תלויה במידה רבה בכישורי העובדים, ביעילותם ובתפוקתם. אלה תלויים בו בפרנסתם.

השתכללות הטכנולוגיה הרפואית נותנת כלי נוסף בידי המעביד היכול לסייע לו בבחירת עובדים וקידומם. כלי זה, הבדיקה הגנטית, יעיל ככל שיהיה, עלול לערער את מערכת האיזונים והבלמים במערכת היחסים בין העובד למעבידו. כדי להציג את נקודת האיזון הראויה בין האינטרסים המתחרים תוך שימוש בבדיקה הגנטית, נקדים סקירה קצרה של זכויות העובד המעוגנים במשפט הישראלי.

א.2. זכויות העובד

א.2.1. חופש העיסוק

עוד קודם לחקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק, הכירו בתי המשפט בחופש העיסוק כאחת מזכויות היסוד שאינן כתובות עלי ספר המוקנות לכל אדם. ההיגיון העומד ביסוד הכרה זו הוא הצורך לשמור על סחר חופשי ועל התחרות החופשית במשק ובעבודה. חופש התחרות עד גבול מסוים הוא עקרון חשוב ובתי המשפט מצוים לקיימו ולעודדו עד כמה שאפשר.¹⁵ אכן, עוד בראשית שנותיה של המדינה קבע השופט שניאור זלמן חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה,¹⁶ את ה"כלל (ה) גדול" כלשונו:

"כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלוח יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה".¹⁷

14 לאחרונה נדרש בית הדין הארצי לעבודה להכריע שוב במתח בין הזכות לפרטיות של העובד לפררוגטיבה הניהולית. ככל שהדבר צריך לענייננו, קובע בית הדין כי עקרונות חוקתיים אלה מחלחים גם למשפט העבודה באמצעות מושגי השסתום (תום הלב, תקנת הציבור). ראו ע"ע 08-90 איסקוב ענבר נ' מ"י, מיום 8.2.2011 (להלן: עניין איסקוב ענבר) פסקה 8 לפסק הדין.

15 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994). ראו עוד דברי השופט לויץ, שם: "החופש הזה לבחור בעיסוק הנראה לאורח או לתאגיד כראוי לו והחופש ליהנות משוויון ההזדמנויות, שגם הוא הוכר כזכות יסוד, הם המוקד, העיקר, השאור שבעיסה שבזכות יסוד זו. נטלת את אלה נטלת את הזכות, עקרת ממנה את חיוניותה, את תכליתה". שם, בע' 460.

16 פ"ד ב(1) 80 (1949) (להלן: עניין בז'רנו).

17 שם, בע' 82. צוטטו הדברים מפי בנו השופט חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ'

עם חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק זכתה זכות זו לעיגון חוקי ולעליונות נורמטיבית והיא מבטיחה את זכותו של כל אזרח או תושב של המדינה לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.¹⁸ כל הוראה המצמצמת את חופש הפרט לעסוק במקצוע מסוים, או המגבילה את תנאי עיסוקו פוגעת בחופש העיסוק שלו. מעסיק המונע מעובד להתקדם במקום העבודה מתוך מניע שרירותי או משיקולים לא ענייניים מפר את זכותו של העובד לחופש עיסוק.¹⁹ עם זאת, הזכות לחופש העיסוק איננה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. יש לאזן בינה לבין זכויות האדם האחרות. יש לאזן בינה לבין שיקולים ראויים של טובת הציבור. האיזון עם טובת הציבור מעוגן בפיסקת ההגבלה.²⁰ הגבלה זו תיעשה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.²¹ יחסיות הזכות לחופש העיסוק פירושה כי ניתן לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים כך שבמקרים מסוימים תיסוג הזכות מפני אותם האינטרסים.²²

ככלל, הגבלת חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור ומשק תחרותי. לכן בתי הדין לעבודה נוטים שלא להגביל את חופש העיסוק אלא במקרים חריגים. כך לדוגמא, יגנו בתי הדין על סודו המסחרי של מעביד אשר העובד עלול לעשות בו שימוש במעבר למעביד אחר.²³ כן יגביל את חופש העיסוק של עובד הפוגע ביחסי האמון ובחובות תום

שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001). ראו עוד בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 353 (1983): "נקודת המוצא המקובלת בחברה חופשית, היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואלו האחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק".

18 סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

19 דוידוביץ וגרין, לעיל הערה 8.

20 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 363, 383 (1997).

21 סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

22 בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 495 (1997).

23 דב"ע 164/99 דן פרומר וצ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה בע"מ נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לר 294 (1999). במקרה אחר דחה בית הדין בקשה של עובד אשר פוטר והתחייב בעת קבלתו שלא לעבוד בחברה מתחרה בנימוק שיש בכך הגבלת חופש העיסוק. בית הדין קבע כי אין במקרה זה פגיעה בחופש העיסוק כיוון שהעובד קיבל תמורה משמעותית בגין ההתקשרות שבהסכם העסקה ובגין התחייבותו הספציפית והמיוחדת לעניין ההגבלה שנטל על עצמו בהתאם לנסיבות המיוחדות של ההתקשרות. אין מדובר בהגבלת עיסוק בלתי סבירה, או כזו שבאה להגן על אינטרסים בלתי לגיטימיים של החברה (כמעסיקה), אלא בבקשה שעילתה הפרת הסכם. לחברה סודות מוגנים כאמור בהסכם העסקה וכמוסכם במודע בין הצדדים והעובד חב בחובות נאמנות כלפי החברה תוך התחשבות בהלכות מסחר מקובלות ובחובות תום הלב וההגינות. התניה האמורה מגנה בפועל על האינטרסים של כל הצדדים, כשאין חולק שניתנה תמורה מיוחדת בהסכם העסקה ואין לראות בפעולותיו של העובד כעומדות בחובות שהוגדרו באופן ספציפי בהסכם העסקתו, או בחובות תום לב והגינות כלליים. על פי ההלכה הפסוקה יש לאכוף את התחייבותו של העובד להגבלת עיסוקו, תוך כיבוד חופש החוזים והדגש שיש ליתן על כיבוד ועמידה בהסכמים. בקשת רשות ערעור שהגישו יו. א. איי סופיטיקייט אלקטרוניק אסמבלינג בע"מ ועופר שמואלי על ההחלטה הנ"ל ליתן צו למניעת תחרות – נדחתה על-ידי בית הדין

הלב, כמו במקרה של עובד המחפש עבודה אחרת בעודו עובד אצל המעביד הראשון. כמו כן, כאשר למעביד יש אינטרס לגיטימי מוגן והוא תם לב בדרישתו. הדעת נותנת כי ניתן להגביל את חופש העיסוק של עובד שהתחייב לעבוד אצל מעביד שהשקיע סכומים נכבדים בהכשרתו והוא מפר את התחייבותו. כיוצא בזה יבחן בית הדין את התחייבות העובד העלולה לפגוע בחופש העיסוק, אם קיבל תמורה בגין התחייבותו ואם ההתחייבות ניתנה לתקופה סבירה. אין לראות במקרים אלה הגבלת חופש העיסוק, אלא הגנה על אינטרסים של הצדדים ועל תקנת הציבור. מכל מקום, הזכות לחופש העיסוק היא, כאמור, זכות יחסית הניתנת להגבלה ולפיכך יכול ותידחה בפני אינטרסים לגיטימיים אחרים. היקפו של חופש העיסוק ייקבע על פי מבחנים של סבירות ומידתיות, המתחשבים במועדה, תחומה וסוגה של ההגבלה, ובלבד שתהיה לתכלית ראויה.²⁴

א.2.2. הזכות לפרטיות

במשך שנים נעשו ניסיונות להגדיר מהי פרטיות. ועדת פֶּהֶן אשר בדקה סוגיה זו, ואשר המלצותיה הניחו את התשתית לחוק הגנת הפרטיות, קבעה כי ה"פרטיות" איננה ניתנת להגדרה מדויקת, אף שתחומיה ברורים למדי: "המונח חל על אותם עניינים של הפרט, אשר על-פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרם לעצמו מבלי שזולתו ייתן להם פומבי ללא הסכמתו".²⁵ מלומדים אחרים ציטטו את סמואל וורן ולואיס ברנדייס (Samuel Dennis Warren & Louis Dembitz Brandeis) שהגדירו את הזכות לפרטיות כזכות להיעזב במנוחה: "The right to be left alone".²⁶ אולם, רק בשנת תשנ"ב (1992), עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השתנה מעמדה של הזכות לפרטיות.

הזכות לפרטיות מגלמת את אינטרס היחיד שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי אחרים. הזכות לאנונימיות מהווה יסוד מרכזי בזכותו של אדם לפרטיות.²⁷ היא,

הארצי לעבודה (בר"ע 424/09 שמואלי נ' אי.איי.אם מערכות ורכיבים (1999) בע"מ, ניתן ביום 19.8.2008, על-ידי הנשיא כב' השופט סטיב אדלר). ראו אתר עולם העבודה בניהולה של עו"ד הילה פורת www.hilaporat.co.il.

24 ע"ע 292/99 עמיחי – חברת יוסי גולדהמר בע"מ, פד"ע לה 204 (2000).

25 "דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט" ספר יצחק כהן (תשמ"ט) 87.

26 Samuel Dennis Warren & Louis Dembitz Brandeis "The Right to Privacy" 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193. על מהותה של הזכות וגישתם של וורן וברנדייס ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (רמת גן, תשע"א) 57–60; ראו עוד זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, 176; דב לוין "צנעת הפרט וסקרנות הציבור" ספר תמיר (תש"ס) 163; ק"פ (י"ם) 102/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' שאולי, תק"ש 2005 (3) 1397 (להלן: עניין שאולי) פסקה 17 לפסק הדין.

27 אלי הלם דיני הגנת הפרטיות (2003) 3. על הזכות לפרטיות בדין העברי ראו נחום רקובר "ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי" הפרקליט כו (תשל"ל-תשל"א) 563; איתמר ורהפטיג צנעת אדם (תשס"ט) 45–46.

בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זהו "מבצרו" הקנייני, האישי והנפשי.²⁸ היקף ההגנה האמורה, באמצעות הכרה משפטית באינטרס לפרטיות כזכות מוכרת, הינו פונקציה של השקפה חברתית. לדעת פרופ' סגל, כל אדם זכאי למידה של אלמוניות ואינטימיות, ולניהול אורחות חייו באין מפריע. זכות זו תהא משמעותית, רק אם תכלול בחופה את חופש ההכרעה של האדם להחליט איזה מידע אודותיו יהא נסתר מעיני הציבור. זכות כזו תגלם בחופה אינטרס פרטי מובהק של נושא הזכות להגן על ה"אני" שבו מפני חדירתה של החברה לתחום הפרט. ענייניו הפרטיים של אדם כמוהם, מבחינות מסוימות, כקנינו של אותו אדם, ולו הזכות לקבוע מה ייעשה ברכושו שלו.²⁹

פרופ' גביזון ביקשה לבחון את הזכות לפרטיות בהתייחס לשלושה נושאים מרכזיים: הראשון, חדירה פיזית לגוף האדם (בדיקות רפואיות) או לרשותו הפרטית (ביתו, מכוניתו, מחשבו). השני קשור לאגירה ושימוש במידע על ושל אדם (כגון, מידע על בריאותו, מצבו הכלכלי או צנעת חייו). השלישי קשור לרצונו של אדם להישאר אנונימי ולא להתפרסם (נא לא לצלם אותי, ולא לפרסם את תמונתי בעיתון).³⁰

חוק הגנת הפרטיות קובע מהי פגיעה בפרטיות,³¹ אך אין הוא מגדיר מהי פרטיות, למעט העובדה כי אסור לאדם לפגוע בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו,³² כמו כן, נקבע

28 ע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2) 1149, 1153 (1999) (להלן: עניין גלעם).
29 סגל, לעיל הערה 26, בע' 179. עם זאת, ראוי לציין כי הזכות לפרטיות מגלמת לא רק את גישת ה"אי הבודד" (הזכות להיות אלמוני) אלא גם את זכות הציבור לדעת המכונה "גישת העין הציבורית", וכמובן את גישת הביניים המאזנת בין שתי הגישות. סקירה מקיפה על הזכות לפרטיות כזכות חוקתית ראו הלל סומר, אלעד שרף ותמר שוויצר הזכות החוקתית לפרטיות, מסמך רקע מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ה' כסלו תשס"ה (18 בנובמבר 2004).

30 רות גביזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" בלי הבדל... זכויות האדם בישראל: אוסף מאמרים לזכרו של חמץ שלח ז"ל, (רות גביזון עורכת, תל אביב, 1989) 61; רות גביזון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבודו של חיים כהן (תשמ"ב) 177. ראו עוד בהרחבה מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא (תשס"ח) 9.

31 סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. בחוק אחת עשרה הגדרות המהוות פגיעה בפרטיות באופן שאינו "מכסה" את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי. החוק עצמו קבע הסדר מקיף באשר לפרטיות: רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764 (1993); בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תק-על 2006(2) 1736, פסקה 8 לפסק הדין (להלן: עניין פלונית).

32 סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית³³ ועבירה פלילית.³⁴ כן מקנה החוק הגנה על פגיעה בפרטיות³⁵ ופטור מאחריות,³⁶ אך הגדרה לא מצאנו. ובכל זאת, הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל.³⁷ היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי.³⁸ עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לפרטיות כזכות חוקתית,³⁹ המקנה הגנה על פרטיותו וצנעת חייו של אדם.⁴⁰ כן מוגנים מפני פגיעה סוד שיחו של אדם, כתביו או רשומותיו.⁴¹ ההגנה על זכות הפרטיות בחוק היסוד מכירה בזכות לפרטיות כזכות חוקתית בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות.⁴² מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית.⁴³ כל רשות מרשויות השלטון – וכל בית דין ובית משפט במדינה בכלל זה – חייבת לכבדה.⁴⁴

- 33 סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות. על הרציונל העומד ביסוד הפיזיו בגין פגיעה בפרטיות עומד בית המשפט בעניין אלוניאל: "לא לכך נועדה ההגנה על הפרטיות. היא נועדה ליתן פיזיו בגין עוגמת נפש, קרי בגין נזק נפשי, להבדיל מנזק כלכלי, שהוסב לאדם. זוהי הגנה אשר עניינה בצנעת חייו של הפרט ובפגיעה ברגשותיו שהוא חווה עת מופרת האינטימיות של חייו... עניינה של זכות הפרטיות הוא אפוא באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות", ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 346–347.
- 34 סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות.
- 35 סעיף 18 לחוק הנ"ל.
- 36 סעיף 19 לחוק הנ"ל.
- 37 ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995). צוטטו הדברים בהסכמה על-ידי הנשיא ברק בעניין פלונית, לעיל הערה 31.
- 38 השופט חנוך אריאל בעניין גלעם, לעיל הערה 28, בע' 1154. ראו עוד עניין שאולי, לעיל הערה 26, פסקה 20 לפסק הדין.
- 39 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 375 (1995); עניין פלונית, לעיל הערה 31, פסקה 8; עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155.
- 40 סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין ספק כי הפרטיות איננה צנעת חיים שכן חזקה על המחוקק שאיננו משחית מילותיו לריק. על פרשנות סעיף זה כותב השופט גרוניס: "שתי פנים לה לזכות הפרטיות הנזכרת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפן האחד, שניתן למצוא את מקורו בכבוד האדם, הינו זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ... אין להגביל אמירה זו להיבט הפיזי של הבית. יש להבינה בצורה רחבה יותר, באופן מטאפורי, ברוח הביטוי שטבעו וורן וברנדייס: 'the right to be left alone'... הפן האחר עוסק בחשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע." בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, תק"על 2004(2) 1065, 1072.
- 41 סעיף 7(ד) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 42 עניין פלונית, לעיל הערה 31, פסקה 8 לפסק הדין.
- 43 ראו בג"ץ 2481/93 דייין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456 (1994) (להלן: עניין דייין); בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245, 249 (2000); אהרון ברק פרשנות החקיקה (כרך שלישי, 1994) 458.
- 44 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

משעוגנה הזכות לפרטיות בחוק היסוד, הוכרה הזכות לפרטיות כזכות יחסית הניתנת להגבלה על ידי עקרונות או זכויות יסוד אחרות הקבועות בחוקי יסוד. ניתן לפגוע בה, בחוק "רגיל", ובלבד שמתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה⁴⁵ ובית המשפט יאזן בינה ובין אינטרסים אשר מנוגדים לה.⁴⁶ נמצא, כי, פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו. הזכות לפרטיות – כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק – מבוססת על האוטונומיה של הפרט.⁴⁷ ואכן, מהזכות לאוטונומיה נגזרת זכותו של האדם לאוטונומיה לה נייחד דברים בהמשך.⁴⁸

למעשה, עד היום טרם נקבע הסדר ספציפי בחקיקה הישראלית הקובע את היקפה של הזכות לפרטיות במקום העבודה, גבולותיה וההגנה עליה.⁴⁹ אמנם, בפסק דין שניתן לאחרונה דן בית הדין לעבודה בהרחבה בזכות לפרטיות, אך הכרעתו מתייחסת לזכותו של עובד לעשות שימוש במחשב בעבודה ובזכותו של מעביד למעקב אחר השימוש במחשב.⁵⁰ האם ניתן להקיש מפסק הדין לענייננו? לכאורה, יש להשיב בחיוב, שהרי מקומות עבודה רבים משנים את פניהם ככל שהטכנולוגיה הולכת ומשתכללת. האינטרסים של העובד והמעביד משתנים גם הם. מאידך, ספק אם דין בדיקה גנטית הנוגעת לבריאותו של העובד ובני משפחתו כדין מעקב אחר שימוש שעושה עובד במחשב שהעמיד לרשותו המעביד. דומה, כי הפתרון למתח בין הזכויות מחייב שינוי קונספטואלי ותיקון חקיקה.

א.2.3. שוויון הזדמנויות בעבודה

מן המפורסמות היות עקרון השוויון מעמודי התווך של הדמוקרטיה,⁵¹ כערך המהווה

45 סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

46 אריאל אורחי "נגיף האיידס – נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות וחובת הדיווח לצדדים שלישיים" המשפט ד (תשנ"ט) 101.

47 עניין פלוגי, לעיל הערה 31, פסקה 10 כותב הנשיא ברק: "הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד... עניינה של זכות הפרטיות הוא... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות.... הפרטיות נועדה לאפשר לפרט 'תחום מחייה' שבו הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה... הזכות לפרטיות נועדה, על כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאינן רוצה בהן. בכך מהווה הזכות לפרטיות את תחילתה של החירות... הזכות לפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרתת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת".

48 ראו להלן פרק ג.3.

49 ראו בהקשר זה בהרחבה בירנהק, לעיל הערה 26, בע' 409–464.

50 עניין איסקוב ענבר, לעיל הערה 14.

51 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו" (5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו" (3) 31, 39 (2003).

"עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן".⁵² עם זאת, טרם הכריע בית המשפט בשאלה אם הזכות לשוויון ואיסור ההפליה מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³ אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה.⁵⁴ להתנהגות בלתי שוויונית בין שווים, תוצאות הרסניות לפרט ולחברה כאחד.⁵⁵

בין זכויותיהם של העובדים או דורשי עבודה האיסור להפלותם "מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים".⁵⁶ גם הפליה עקיפה, היינו קביעת תנאים שלא ממין הענין, אסורה.⁵⁷

אין ספק, האינטרס המוגן בחוק הוא חשוב וראוי. כל הפליה פסולה. ברם, אם נעיין בחוק המונה את מאפייני ההפליה האסורה, ספק אם קידום עובד על בסיס כישוריו והפוטנציאל הטמון בו לקבל את תשואת ההשקעה בו, עולה כדי הפליה אסורה. משום כך, נקבעה הוראה מפורשת בחוק מידע גנטי, אליה נתייחס בהמשך.⁵⁸ עם זאת, קבע המחוקק כי אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה.⁵⁹ פרופ' בן ישראל סבורה כי המבחן לפירוש הוראה זו הוא מבחן אובייקטיבי. לאמור:

52 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000) (להלן: עניין קעדאן); ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) פסקה 40 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ביקורת על פסק הדין בענין קעדאן ראו אורי שטרומן "דמוקרטיה מתגוננת" נקודה 309 (תשס"ח) 44.

53 בג"ץ 240/98 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998). מטעם זה, שאין השוויון כלול בכבוד האדם מחד גיסא, אך הוא בוראי נגוד מכבוד האדם מאידך גיסא, בחרתי לייחד פרק נפרד לדיון בסוגיית השוויון ואיסור ההפליה בחינוך.

54 עניין קעדאן, לעיל הערה 52, בע' 274.

55 שם צוטטו הדברים מבג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (להלן: עניין פורז). אך מהו אותו שוויון, הלא אנשים נולדו שונים אלו מאלו? דומה, כי ככל שהדבר צריך לענייננו, התשובה במתן יחס שווה בנושאים הרלבנטיים (כגון, השוואת שכר העבודה, ימי חופשה ותכניות קידום) למרות ההבדלים ביניהם (גבר ואשה). ראו עוד לענין השוויון ע"ב 7899/02 ברן נ' עיריית פתח תקווה, ניתן ביום 8.8.2006; בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995) (להלן: עניין מילר).

56 סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

57 סעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. לשון אחרת, כל תנאי שתוצאתו עלולה לפגוע או נוגדת את הוראות סעיף 2(א) לחוק ואשר איננו רלבנטי לעבודה.

58 סעיף 29 לחוק מידע גנטי.

59 סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

"צריך שההבחנה, העדפה או הפסילה יעלו מהערכה אובייקטיבית של התפקיד. כדי להכשיר את ההבחנה, העדפה או הפסילה, צריך שהן תתבססנה על עצם מהות התפקיד ולא על שוני בעבודה המבוצעת. כל הבחנה, או פסילה או העדפה בקשר לתפקיד מסוים, המעוגנת באופיו או במהותו של התפקיד, תיחשב לדרישה תעסוקתית בתום לב (bona fide occupational qualification), ויראו אותה כדרישה המועלת בהגינות. חריג זה מתייחס לתפקידים ולמשרות, שמאופייים וממהותם מתחייב שמי שממלא אותם ישתייך לקבוצת מעמד מסוימת, המאובחנת על פי גיל, מין, דת, גזע וכדומה, או שרק אנשים בעלי תכונות פיזיות כגון כוח, משקל וגובה מסוימים יכולים להבטיח ביצוע נאות שלהם, ועוד. לחריג זה יש לתת פירוש מצמצם".⁶⁰

מעניינת פסיקת בית הדין הארצי לעבודה שקבע כי במקרה בו המעסיק השקיע משאבים מיוחדים ויקרים בהכשרת העובד ניתן להגביל את חופש העיסוק. על דרך ההיקש ניתן לומר, כי, התניית קבלה לעבודה כביצוע בדיקה גנטית עובר להשקעה בעובד, מצדיקה הגבלת חופש העיסוק. הווה אומר, ניתן לחייב עובד במשרה המחייבת את המעביד להשקיע בהכשרתו, לבצע בדיקות גנטיות לאבחון משך ההעסקה המשווער.

א. 2.4 איסור הפליה

בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית המשפט על חשיבותו של עקרון השוויון או במלים אחרות על איסור הפליה.⁶¹ ההפליה היא, כידוע, יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים.⁶² ביסודה של הפליה זו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.⁶³ ההפליה יכולה להתבטא בצורות שונות ובדרגות חומרה שונות. לפיכך, אין חולק כי הפליה אסורה בכל צורה ובכל תחומי החיים. השאלה היא מהי אותה הפליה אסורה? האם דרישת מעביד הבוחר להשקיע בהכשרת עובד על פי כישוריו והפוטנציאל הטמון בו במטרה לקבל את התשואה על ההשקעה (שנות עבודה) עולה כדי הפליה אסורה?

60 רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב, תשנ"ח) 415. ראו עוד עב (נצ') 2421/06 ברד נ' הועד המקומי אלוני אבא, פורסם בנבו (14.7.2008); דב"ע נא/3-8 מ"י – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65.

61 ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650 (1988); עניין פורז, לעיל הערה 55, בע' 332; בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 (1998); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).

62 בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507, 803 (1989).

63 עניין מילר, לעיל הערה 55, בע' 132; עניין דנילוביץ, לעיל הערה 55, בע' 763. על עקרון השוויון בכללותו ראו יוסי גרין דיני חינוך (תשע"א) 239-245; יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165, 220.

האם חיוב עובד לבצע בדיקה גנטית כתנאי לקבלתו או לקידומו איננו נוגד את תקנה הציבור?

כדי להשיב על כך יש לבחון מהי תקנת הציבור במסגרת דיני העבודה. עמד על כך בית המשפט העליון מפי השופט חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה:

"איסור הפליה ביחסי עבודה הינו אחד מראשי תקנת הציבור בישראל, ומי אשר יקום נגדו אחת דינו להיבטל ולעבור מן העולם".⁶⁴

והשופט ברק חוזר על כך בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה:

"אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המוזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון. דבר זה הוכר בעבר... ואינו שנוי במחלוקת בפנינו".⁶⁵

המחוקק קבע שורה של עילות המקימות הפליה, אולם לא מייז את כל ההפלות לסוגיהן מבחינת החומרה והנפקות, ואף לא קבע מבחן למיזן כזה. אך הוא נקט עמדה לגבי הפליות מסוימות.⁶⁶ אם כך, האם הדרישה לבצע בדיקה גנטית נוגדת את תקנת הציבור? דומה, כי בהעדר שיקולים זרים בבחירת העובד, שיקולים המפורטים בחוק, ספק אם יש מקום להתערבות בתי הדין. אם בכל זאת, יסבור המחוקק כי הוא רשאי לקבל מועמד לעבודה או לקדם עובד בתוצאות בדיקה גנטית, עליו לקבוע הוראה מפורשת כדוגמת ההסדר הקבוע בחוק האמריקאי:

"(a). Discrimination Based on Genetic Information — It shall be an unlawful employment practice for an employer —

- (1). to fail or refuse to hire, or to discharge, any employee, or otherwise to discriminate against any employee with respect to the compensation, terms, conditions, or privileges of employment of the employee, because of genetic information with respect to the employee; or
- (2). to limit, segregate, or classify the employees of the employer in any way that would deprive or tend to deprive any employee of employment opportunities or otherwise adversely affect the status of

64 פ"ד נא(3) 324, 289 (1997).

65 פ"ד נד(5) 363, 330 (2000).

66 שם, בע' 368.

the employee as an employee, because of genetic information with respect to the employee.”⁶⁷

אכן, אם הדרישה לבצע את הבדיקה יסודה בשיקול זר ניתן לראותה כהפליה בין עובדים ודינה להתבטל. אך אם הדרישה מבוססת על שיקולים ענייניים – אין היא נוגדת את תקנת הציבור, שהרי ההפליה היא יחס שונה לשווים, מה שאין כן יחס שונה בין שונים.

פרק ב: זכויות המעביד

1. הפררוגטיבה הניהולית ועיגונה בהסכם העבודה

הפררוגטיבה הניהולית נגזרת למעשה משני מקורות: היא נגזרת מזכותו הקניינית של המעביד לשלוט על נכסיו ולנהל את עסקו כרצונו,⁶⁸ והיא נגזרת מהסכם העבודה בין המעסיק לעובד. על זו האחרונה מושתתים כיום הסכמי העבודה. דיני העבודה קובעים הוראות והסכמים המסדירים את מערכת היחסים בין העובד למעבידו מקצתם קוגנטיים והאחרים דיספוזיטיביים. המעבר לגישה המשתיתה את מערכת היחסים בין העובד למעביד על יחסים חוזיים מאפשרת לצדדים לעצב את החוזה, למעט התניה על ההוראות הקוגנטיות. לרוב המעביד הוא הצד החזק על כן גם על המעביד לנהוג ביחסיו עם העובד בתום לב.⁶⁹

חוזה מטבע ברייתו משקף את מפגש הרצונות וההסכמות בין הצדדים לו. החוזה כולל הסכמות מפורשות בצד הסכמות מכללא. לרוב ההסכמות המפורשות בחוזה הן ההסכמות על תנאי העבודה בכלל והשלכותיהם על העובד בפרט בכפוף לחוקי העבודה. אחת ההסכמות מכללא היא הסכמת העובד כי למעביד הפררוגטיבה לנהל את מפעלו על הצד הטוב ביותר לפי הבנתו ושיפוטו, כמובן במגבלות החוק.⁷⁰ מכח הפררוגטיבה הניהולית רשאי מעביד להורות לעובד כיצד לפעול. אכן, כדי שהעובד יוכל לממש את זכויותיו, על המעביד לוודא כי המפעל ינוהל כראוי. על המעביד לנהל את המפעל בדרך הטובה והיעילה ביותר, לנייד עובדים ולקדםם, למקסם את רווחיו וכמובן לדאוג לרווחת העובד ולסביבת עבודה ראויה. זאת ועוד, אחריות המעביד איננה

67 סעיף 202 ל 233-110, H.R.493, P.L. 110-233 Genetic Information Nondiscrimination Act 2008, (2008).

68 ובלבד שאין בניהולו כדי לפגוע בחוק או בזכות יסוד מוגנת. ראו דב"ע נג/223-3 פלסטין פוסט בע"מ – יחיאל, פד"ע כז 436, 449 (1994).

69 דב"ע מב/74-3 ורדי – עיריית נתניה, פד"ע יד(1) 59 (1982).

70 דב"ע נ"ב/17-4 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית, פד"ע כ"ו 87 (להלן: עניין ההסתדרות הכללית). ראו עוד בהרחבה ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר: מאמרים (חלק ג, תשס"ג) 775, 805.

כלפי העובדים בלבד אלא אף כלפי הצרכנים ומקבלי השירות. לפיכך, חייב המעביד לוודא כי איכות המוצר תהיה ברמה הנדרשת ושתפוקת העובדים תהלוך דרישות אלה. לשון אחרת, העובד מכיר במסגרת חוזה העבודה (כתנאי מכללא) כי המעביד הוא השוקל הטוב ביותר ולו שמורה הפררוגטיבה הניהולית. אך גם זכות יתר זו מוגבלת. אין המעביד רשאי לנהוג בעובדיו ככל העולה על רוחו. מה היא אם כן הפררוגטיבה הניהולית ומה היקפה? מה גבולות הסמכות והכוח הנתונים למעסיק? האם רשאי מעביד מכח זכות היתר הניהולית לחייב עובד לבצע בדיקה גנטית?

ב.2. הפררוגטיבה של המעביד ויישומה

מן המפורסמות כי אין אחריות בלא סמכות ואין סמכות בלא אחריות. על המעביד מוטלת האחריות לניהולו של המפעל לכן ניתנת לו הסמכות להשיג יעד זה. היא המקנה למעביד את הזכות לנהל את עסקו והמחייבת את העובד להישמע לו. ואף אם נאמר כי מקורה של זכות היתר הניהולית בזכותו הקניינית של המעביד לשלוט על נכסיו ולא בהסכם העבודה, גם אז איננו רשאי לעשות ככל העולה על רוחו, ככל בעלים של נכס שזכות הבעלות בו יכול ותוגבל. אמנם שאיפתו – ואף חובתו – של המעביד להפעיל את עובדיו כדי למקסם את רווחיו, אולם הבעלות ומקסום הרווח אינם חזות הכל. הם אינם הרשאה לנהוג בעובדים בדרך שרירותית. המטרה איננה מקדשת את האמצעים.⁷¹

אכן, אין חולק כי למעביד הסמכות לקבוע נהלים והסדרי עבודה על פי הבנתו ושיקול דעתו. הפררוגטיבה הניהולית משקפת את כוחו של המעסיק לקבוע את המערך הארגוני ולהכניס שינויים במקום העבודה. החל מקבלת עובדים, נידום וסיום עבודתם, ועד שינוי בחלוקת עבודה, וכיוצא בזה.⁷² זכות יתר זו כוללת גם הפעלת

71 ראו בהרחבה רות בן ישראל "זכות היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבתר תעשייתי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 705.

72 ע"ע (ארצי) 674/05 ויזנר – מדינת ישראל, רשות השידור, פסק-דין מיום 28.3.07 (להלן: עניין ויזנר). בע"ב 10981/04 תירם נ' עיריית תל אביב, (מיום 14.9.2008) דן בעת הדין האזורי בתל אביב בהרחבה במתח שבין הפררוגטיבה הניהולית לזכויות העובד. וכך מגדיר השופט צור בסעיף 19 לפסק הדין בעניין ויזנר את הפררוגטיבה הניהולית: "הפררוגטיבה הניהולית היא מושג המשקף את כוחו של המעסיק להכניס שינויים, לנייד עובדים ממקום למקום ומתפקיד לתפקיד, לקבוע חלוקת עבודה שונה וכיוצאים באלה עניינים. הפררוגטיבה הניהולית נובעת מעצם מעמדו של המעסיק והיא מהווה חלק מהסכם העבודה, אף אם אין בנמצא הוראה מפורשת בנדון זה". על כך אומר בית המשפט העליון: "לאור טיבם המיוחד של חוזה העבודה ולאור עיקרון הפררוגטיבה הניהולית, ניתן לראות עובדים כמסכימים לשינויים המתבצעים תדיר במקום העבודה, שינויים הנדרשים לצורך תפעולו השוטף והיומיומי של העסק כעסק חי ומתפקד בסביבה דינמית ומשתנה. דוגמאות לכך הם שינוי שיטות העבודה על מנת לשפרה ולייעלה, רה-ארגון פיזי של מיקום העובדים במפעל, עדכון שיטת דיווח על שעות עבודה וכיוצא באלה שינויים. בעת

אמצעי משמעת כלפי העובדים. לכן, בתי הדין אינם נוטים להתערב בשיקול דעתו.⁷³ עם זאת, הפררוגטיבה הניהולית אינה ערך העומד לעצמו. הפעלת הסמכות חייבת להיעשות במגבלות הדין,⁷⁴ הפררוגטיבה הניהולית איננה בלתי מסויגת. נהפוך הוא, היא כפופה לחובת תום הלב, איננה פרוצה לכל רוח ולא תהא נתונה לגחמה של המנהל. החלטת ניהולית לעולם תהא כפופה לדרישת הסבירות, המידתיות, תום הלב וההגינות. לא במחזי יד יועבר אדם מתפקידו, גם אם לא היה לו התפקיד לקניין לצמיתות.⁷⁵ פררוגטיבה ניהולית אינה מילת קסם המאפשרת כל פעולה של ההנהלה. פררוגטיבה ניהולית אינה שרירות ניהולית.⁷⁶ המעביד אמנם בעליו של הנכס, אך העובדים אינם בבעלותו. הוא

כריתת החוזה או ההתקשרות ביחסי עבודה, נוטל העובד על עצמו את 'הסיכון' השינויים מעין אלה. לפיכך, זכותו של העובד לשמור על תנאי עבודתו המקוריים נסוגה, בהסכמתו המשתמעת, בפני הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, קרי, זכותו של המעביד ליישם את השינויים הדרושים לתפעולו השוטף והתקין של מקום עסקו. בנסיבות אלה, בהעדר תניה חוזית הקובעת אחרת, יראו את העובד כמי שהסכים במשתמע לביצועם של שינויים אלה. לשון אחר, כאשר עסקינן בשינויים מסוג זה, נקודת המוצא תהיה כי העובד הסכים להם במשתמע בעת כריתת חוזה העבודה או קשירת יחסי עבודה. בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 547 (2004). עם זאת, מוסיף השופט צור בענין ויזנר כי: "...הפררוגטיבה הניהולית מייצגת את אינטרס המעסיק – אינטרס לגיטימי לכל הדעות – אלא שלעומתו קיים אינטרס נוסף, הוא אינטרס העובד, אשר אף עליו יש לתת את הדעת. עובד אינו פיגורת משחק על לוח השחמט. עובד הוא בשר ודם, הוא צד לחוזה עבודה, הוא נשכר לביצוע תפקידיו בשרות המעסיק. כמו למעסיק, כך גם לעובד, יש אינטרסים הן כעובד והן כאדם. העובד מעמיד את כישוריו, ידיעותיו ומיומנותיו לרשות המעסיק וקיים לו אינטרס שהמעסיק יעשה שימוש בכל אלה. לעובד קיים אינטרס לממש את יכולותיו המקצועיות והאישיות ובתוך כך גם לממש את עצמו כאדם, ראו אלישבע ברק "אילוץ כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג (2001) 209, 219 ואילך. מעבר לכך, קיים לעובד אינטרס לגיטימי שהתנהגות המעסיק כלפיו והחלטות המתקבלות בעניינו, יעשו בתום לב ובדרך מקובלת, כמרכיב מחייב בחוזה העבודה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). כך, זכאי כל עובד שהמעסיק ינהג כלפיו בהגינות, בסבירות, במידתיות, בתום לב ובכל מידה הראויה לשרור ביחסים בין שני הצדדים לחוזה עבודה. מכאן שהפררוגטיבה הניהולית אינה ערך או עקרון העומדים לעצמם. הפררוגטיבה הניהולית מייצגת את הצד האחד במקבילית הזכויות וכנגדה קיים לעולם גם אינטרס העובד, אותו יש להביא בחשבון. מדובר באינטרסים שונים להם נקודות מוצא שונות והשאיפה היא, לעולם, להביא להרמוניה ביניהם אשר תגשים את האינטרסים של כל אחד מן הצדדים על פני קשת האינטרסים. אכן, לעתים, לא ניתן להגשים הרמוניה זו ומתחדדים אינטרסים מנוגדים של שני הצדדים ליחסי עבודה. מתח זה צריך להיפטר בדרך מאוזנת שתביא בחשבון את שני צידי קשת הזכויות המנוגדות ולא רק אחת מהן. נקודת האיזון צריכה לעולם לעמוד באמות מידה של סבירות ומדתיות, בהתחשב בנסיבות המיוחדות של כל עניין".

73 עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 70.

74 עב (ת"א) 5843/05 מילה נ' אס.די.אר שריון יבוא ושיווק בע"מ, ניתן ביום 22.06.2009.

75 עניין איסקוב ענבר, לעיל הערה 14, פסקה 10 לפסק הדין. ראו עוד ע"ע 1159/01 כרמי –

מדינת ישראל, מינהל המחקר החקלאי, פד"ע לג(71) 34 (2002); ע"ע 269/06 רותם – מדינת ישראל-משרד האוצר, פד"ע כז 169, 177 (2007).

76 עב (ב"ש) 2892/05 שביט נ' מועצה מקומית עומר, מיום 22.8.2007

מתקשר איתם בחוזה וההתקשרות החוזית חייבת להיעשות בהגינות ובתום לב. אל מול הפררוגטיבה הניהולית, עומדות זכויותיו של העובד במקום העבודה, ובהן זכותו היסודית כאדם וכעובד.⁷⁷ מחד, למעביד זכות קניינית ממנה נובעת הפררוגטיבה שלו לנהל את עסקו כראות עיניו ועל-פי הבנתו את דרך הניהול היעילה והטובה ביותר לשם הצלחת מפעלו. מנגד, עומדות זכויותיהם של העובדים ובכללן הזכות לעבוד. כמו כן, לעובד זכות מעין קניינית לעבודה.⁷⁸

חובת תום הלב איננה מתמצית רק בקיום החוזה. חובת תום הלב משתרעת גם על השלב שלפני חתימתו, קרי שלב המשא ומתן. לכן, אין נפקות אם הדרישה לביצוע הבדיקה הגנטית היא תנאי לקבלת העובד לעבודה או תנאי לקידומו.

האם הפררוגטיבה הניהולית כוללת את הזכות לחייב עובד לבצע בדיקה גנטית? האם ניתן לייחס לעובד הסכמה מכללא לבצע בדיקה שכזו גם אם אינה מפורשת בהסכם ההתקשרות ביניהם? דומה, כי התשובה טמונה בהבחנה בין בדיקה גנטית לבדיקה רפואית. כך לדוגמא, קבע הנשיא שמגר בענין נוני כי אינטרס חיוני של הציבור הרחב הוא כי המעביד יודא כי העובד איננו מסכן את הציבור.⁷⁹ לכן, שמורה לו הזכות לחייב עובד לעבור בבדיקה רפואית ואם יסרב אף לפטר אותו. על המעביד מוטלת החובה לוודא כי עובדיו לא יסכנו צדדים שלישיים.⁸⁰ זכותו גם להיות מוגן מפני תביעות עתידיות מצד עובדיו. אך האם ניתן לחייב עובד לבצע בדיקות רפואיות – והוא הדין בבדיקות גנטיות – כתנאי לקבלה לעבודה או לקידום?

סיכום ביניים

העולה במקובץ מן הדברים, כי ארבע הן זכויותיו של העובד והמועמד לעבודה: הזכות לחופש העיסוק המעוגנת בחוק היסוד, הזכות לפרטיות המוגנת אף היא בחוק היסוד, הזכות לאוטונומיה הנגזרת מהזכות לפרטיות, והזכות לשוויון ממנה נגזרת הזכות למתן הזדמנות שווה והאיסור להפלות בין העובדים. מנגד עומדת למעביד הפררוגטיבה הניהולית הנגזרת הן מזכותו הקניינית לשלוט על נכסיו והן מהסכמי

77 ע"ע 1417/02 שירותי בריאות כללית – פרידלנד, פד"ע לט 8 (2003). עם זאת, ראוי לציין גם את ההוראות המתירות למעביד פגיעה בפרטיות העובד. ראו בהרחבה וירט – ליבנה, לעיל הערה 70, בע' 786–790.

78 ע"ע 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000). סקירה רחבה על המתח בין הזכות לפרטיות לפררוגטיבה הניהולית והאיזון שנקבע בפסיקה ראו וירט-ליבנה, שם, בע' 790–805.

79 בג"ץ 826/89 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(4) 745 (1989).

80 יתרה מזו, אפשר שעובד המעלים את מחלתו ומסכן צדדים שלישיים עלול לפגוע גם בשמו הטוב של המעסיק (מוניטין).

העבודה בינו לבין עובדיו. אין חולק כי על המעביד לכבד את זכויות העובדים, אך אין להסיק מכך כי הן עדיפות בכל מקרה על אלו של המעביד. אין ספק כי מנקודת מבטו של העובד, מצבו עדיף על זה של מעבידו. העובד המקבל הצעה לבחון את קידומו בכפוף לתוצאות בדיקה גנטית, איננו צפוי לשנות את מצבו לרעה אם יסרב להצעת המעביד.⁸¹ הוא אכן ניצב בפני דילמה אם לקבל את ההצעה הצפויה לקדמו ולהיטיב את מעמדו במחיר העלול להתברר כיקר עקב הפגיעה בפרטיותו ואולי אף בבני משפחתו הקרובה. מחד גיסא, הוא מובטח בסירוכו לא יגרור אחריו פגיעה במעמדו, מאידך גיסא, השאיפה להתקדם ולהכיר טכנולוגיות מתקדמות טבועה באופים של העובדים הראויים לקבל הצעה מעין זו. עם זאת, ידו של המעביד איננה בהכרח על התחמונה. זכותו, שהיא גם חובתו, לקדם את עסקיו, בעיקר בעידן ההתקדמות הטכנולוגית, מחייבת להשקיע משאבים רבים הן בציוד מתקדם והן בהכשרת עובדים להשתמש בהם. אין לראות בהצעה לבצע בדיקה גנטית המוגשת בתום לב, משום הצעה פסולה.⁸² המעביד מצפה – ציפייה לגיטימית – לתשואה על השקעתו. העובד רשאי לסרב להצעה מבלי שייפגע. חזקה שיימצא עובד אחר ראוי שיקבל את ההצעה. לכן, נראה, כי באיזון הכולל, זכאי המעביד להציע לעובד, כמובן במקרים מסוימים ולא כדבר שבשגרה, קידום המתונה בתוצאות בדיקה גנטית כדי להשיג תשואה מההשקעה בהכשרת העובד. אם כך, באנו לשאלה כיצד להגן על המידע הגנטי מפני חשיפתו בפני מי שאינו מוסמך לקבלו? כיצד לנהוג בבני משפחתו של הנבדק, אם וכאשר לתוצאות הבדיקה תהיינה השלכות עליהם? כדי להשיב על שאלות אלה יש לעמוד על המידע הגנטי, על ההסדרים הקבועים בחוק וליישם על הסוגיה נשוא דיוננו.

פרק ג: הבדיקה הגנטית: ההסדר החוקי

1.1. הערות מקדימות

בשנת 2000 נחקק בישראל חוק המידע הגנטי במטרה להסדיר עריכת בדיקות גנטיות ומתן ייעוץ גנטי ולהגן על זכות הנבדק לפרטיות לגבי המידע הגנטי המזוהה, והכל בלי לפגוע באיכות הטיפול הרפואי, במחקר הרפואי והגנטי, בקידום הרפואה ובהגנה

81 זאת כמובן בהנחה כי קידומו של עובד צפוי לרוב להיטיב את מצבו, בעוד אשר דריכה במקום ואי קידום אינם בהכרח משנים את מצבו לרעה. ראו עוד להלן הערה 92.

82 יוער, כי מערכת היחסים במקום עבודה איננה מתמצית במישור החוקי בלבד. סביבת עבודה המושתתת אך על המסגרת החוקית הפורמלית איננה יעילה. לכן, על אף אי השוויון המובנה בין העובד למעבידו, אין הם עומדים משני צידי המתרס. האינטרס של שניהם הוא לקדם את המפעל.

על שלום הציבור.⁸³ בשל רגישות הטיפול בבדיקות הגנטיות ניתן למצוא בחוק שלושה סוגי הסדרים: הסדרים טכניים,⁸⁴ הוראות מהותיות⁸⁵ והוראות כלליות שונות.⁸⁶ חוק מידע גנטי אוסר על הפליית עובדים על סמך בדיקות גנטיות. המחוקק מבחין בין מידע גנטי שכבר מצוי בידי העובד לבדיקה גנטית וקובע כי מעביד לא ידרוש מעובד או ממועמד לעבודה מידע גנטי או לעבור בדיקה גנטית.⁸⁷ אם עבר המעביד על ההוראה הנ"ל ודרש מהעובד, בניגוד להוראות, מידע גנטי או שדרש ממנו לעבור בדיקה גנטית – לא יפגע בעובד מחמת סירובו למסור מידע גנטי או לערוך בדיקה גנטית לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה או פיטורים.⁸⁸ הכלל הוא שמעביד מנוע מלעשות שימוש במידע גנטי או בתוצאה של בדיקה גנטית של עובד לרבות לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה או פיטורים.⁸⁹

עם זאת, הכיר המחוקק בנחיצות בדיקה גנטית במקרים מסוימים לשמירה על בריאותו של העובד, ולכן הוסמך שר הבריאות על פי שיקול דעתו, בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה ובאישור ועדת המדע, ועל אף האיסור לדרוש מעובד מידע גנטי או לעבור בדיקה גנטית, לקבוע מקומות עבודה שבהם לצורך סוגי עבודה מסוימים נחוצה בדיקה גנטית.⁹⁰ קבע השר כי נחוצה הבדיקה הגנטית, רשאי המעביד לדרוש ממועמד לעבודה, לאחר שהודיע לו שהתקבל לעבודה וטרם תחילת עבודתו, לעבור בדיקה גנטית שתיערך תוך שמירה מרבית על פרטיותו; לאור תוצאות הבדיקה הגנטית שנערכה ינקוט המעביד, ככל הניתן, בכל האמצעים הדרושים כדי לאפשר למועמד לעבודה לעבוד באותו מקום עבודה, תוך שמירה על בריאותו.⁹¹ למותר לציין, כי אינני בא לחלוק על האיסור להפלות עובדים על סמך תוצאות

83 סעיף 1 לחוק מידע גנטי. "מידע גנטי" הוא מידע הנובע מבדיקה גנטית ואילו "מידע גנטי מזוהה" הוא כל מידע גנטי הנוגע לנבדק מסוים שמופיע עליו פרט מזהה (סעיף 2 לחוק).

84 דוגמת סעיפים 4–10 לחוק מידע גנטי.

85 דוגמת הסוגיה נשוא דיוננו: סעיפים 17–20, 29 לחוק מידע גנטי.

86 דוגמת סעיף 40 לחוק מידע גנטי.

87 סעיף 29(א) לחוק מידע גנטי. יוער כי הוראות אלה יחולו, לענין מעביד ועובד, בשינויים המחויבים, ולפי הענין, גם על מעסיק בפועל, על עובד של קבלן כוח אדם המועסק אצל מעסיק בפועל ועל אדם המועמד להעסקה כאמור. סעיף 29(ה) לחוק מידע גנטי קובע כי "מעסיק בפועל" ו"קבלן כוח אדם" כהגדרתם בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו–1996.

88 סעיף 29(ב) לחוק מידע גנטי.

89 סעיף 29(ג) לחוק מידע גנטי. עקרון זה ניתן לנסח גם בצורה חיובית. לאמור, המעביד יבטיח בטחון תעסוקתי לעובד המסכים לעבור את הבדיקה. תנאי זה נראה נכון יותר כיון שאם על פי תוצאות הבדיקה אין העובד יכול להמשיך בתפקידו מתחייב המעביד להציע לו תפקיד חלופי הולם. ראו לענין זה: Chris MacDonald & Bryn Williams-Jones "Ethics and Genetics: Susceptibility Testing in the Workplace" 35(3) *Journal of Business Ethics* 235.

90 סעיף 29(ד) לחוק מידע גנטי.

91 סעיף 29(ד) לחוק מידע גנטי. כמו כן בתקנות יכול שייקבעו הוראות לענין דרכי עריכתן של בדיקות גנטיות, דרכי השימוש בתוצאות הבדיקה הגנטית, וכן לענין האמצעים הנדרשים להגנה על בריאות העובד (סעיף 29(ד) לחוק מידע גנטי).

בדיקות גנטיות. נהפוך הוא, התניית קידומו של עובד בביצוע בדיקות גנטיות כדבר שבגרה הוא מעשה פסול. ברם, נשוא דיונו איננו במסלול הקידום המקובל במקום העבודה, אלא בקידום תלוי השקעה משמעותית של המעביד בהכשרתו של העובד. עניינו בציפייה של מעביד לקבל תשואה בגין השקעתו בעובד. לכן, אם בחירת העובד מונעת משיקולים זרים זו הפלייה פסולה, אך אם בחירת העובד מודרכת משיקולים ענייניים (כגון, כישוריו של העובד) אין לראות בהעדפת העובד הפלייה פסולה. יתרה מזו, העובד המסרב לבצע את הבדיקה על פי דרישת המעביד לא ייפגע בגין סירובו.⁹² אם כך, קודם הצגת הנוהל המוצע לביצוע בדיקה גנטית במקום העבודה במקרים שיש להם הצדק, ראוי ליחד כמה מלים לבדיקה הגנטית, למאפייניה ובעיקר לדרך בה ניתן להגן על פרטיותו של העובד על פי הנוהל המוצע.

2.2. בדיקה גנטית: ההסדר החוקי

בדיקה גנטית היא בדיקת דגימת DNA של אדם לשם אפיון והשוואה של רצפים של DNA.⁹³ דגימת DNA היא דגימה ביולוגית של אדם הנלקחת במטרה להפיק ממנה DNA של אדם, במסגרת בדיקה גנטית.⁹⁴ בדיקה גנטית תיערך במכון גנטי או במעבדה לבדיקות גנטיות.⁹⁵ הבדיקה מאפשרת לגלות פגמים וכן נשאות של מחלות.⁹⁶ על פי תוצאות הבדיקה אפשר יהיה לדעת באילו מחלות יחלה הנבדק, לחזות את סיכויי לחלות במחלות גנטיות, לאילו מחלות הוא רגיש ואף לעמוד על תכונותיו: רמת מישכל, אופיו, התנהגותו וכדומה.⁹⁷

חשיבותה של הבדיקה הגנטית איננה מוטלת בספק, אך יתרונותיה הם גם חסרונותיה. כיצד להגן על תוצאות הבדיקה ומה השימוש שיעשה בממצאיה. אדם המבקש לבצע בדיקה גנטית, צפוי לכלכל את מעשיו העתידיים על פי תוצאותיה.

92 סעיף 29(ב) לחוק מידע גנטי. אמנם, אי קידומו של עובד הנמצא ראוי לקידום מהווה פגיעה בו, אך לא כל מי שנמצא ראוי מקודם. כך לדוגמא, אם יש יותר מועמדים ראויים לקידום מהתפקידים המוצעים, סביר להניח כי העובד שלא זכה לקידום נפגע, אך ברמה המערכתית, אם לא השתרכבו בהחלטה שיקולים זרים, אין פגיעה בעובד. הוא הדין בנידון דידן. אי קידומו של עובד המסרב לעמוד בתנאי ייחודי לקידום, תנאי שאיננו פסול כשלעצמו, איננו רואה פגיעה במעמדו של העובד במפעל. לא כל סירוב לקדם עובד מהווה פגיעה בו.

93 סעיף 2 לחוק מידע גנטי.

94 שם, שם.

95 סעיף 3(ב) לחוק מידע גנטי. מכון גנטי – מחלקה גנטית בבית חולים רשום לפי פקודת בריאות העם, ושיש בה מעבדה העורכת בדיקות גנטיות. מעבדה לבדיקות גנטיות – מעבדה רפואית לעריכת בדיקות גנטיות שקיבלה רישיון (סעיף 2).

96 כבר כיום שימושיה של הבדיקה רבים: בדיקות סקר לפני כניסה להריון לגילוי מחלות. לשון אחרת, באמצעות בדיקת דם פשוטה יכולה ליתן לאדם מידע תורשתי אודותיו.

97 הבדיקה הגנטית היא גם כלי עזר לרופאים ולבתי המשפט. היא יכולה לתת אינדיקציה לרופאים על בחירת הטיפול ולבית המשפט בסיס להכרעותיו.

כך לדוגמא, אם הוא נשא של מחלה תורשתית הוא ישקול אם להביא ילדים לעולם בדרך הטבע או באחת מדרכי ההפריה החוץ גופית ולאחר בדיקת טרום השרשה.⁹⁸ הנבדק יוכל גם להתארגן לאפשרות שחלילה יחלה במחלה גנטית.⁹⁹ הוא יוכל לשתף את קרוביו במידע, בוודאי אם למידע תהיה השלכה על מצבם. אך מה יעשה המעביד עם תוצאות הבדיקה? האם זכאי הוא בכלל לקבל את תוצאות הבדיקה הגנטית? דומה שיש להשיב בשלילה. המעביד זכאי לקבל את המידע המתייחס לשאלה אם העובד יחלה במחלה מסוימת אם לאו. אין עניינו בפריטי המידע הנוספים שהבדיקה עשויה לגלות, ולכן הדעת נותנת כי אין לשתפו במידע, למעט במקרה שהנבדק ויתר על הסודיות. זאת ועוד, מידע גנטי אינו מנבא את העתיד בצורה מוחלטת: עפ"י רוב מדובר בסיכוי מוגבר. הדבר נקבע עפ"י אופייה של הבדיקה והמחלה שבה מדובר. שכן, לא הרי מחלה דומיננטית בעלת חדירות גבוהה מאוד כמו מחלת האנטינגטון, כהרי מחלת הסרטן אשר יש בה מרכיב תורשתי וסביבתי (סרטן שד, מעי וכד').¹⁰⁰ עוד נוסף ונציין כי המשפט הישראלי מגן על הפרטיות במידע.¹⁰¹ לכן, המבקש לקבל מידע אישי על אדם, ולעניינו מעסיק המבקש לקבל מידע גנטי על העובד, חייב לקבל את הסכמתו המודעת של העובד. שכן, בדיקה גנטית לא תיערך בלא קבלת הסכמה מדעת של הנבדק, והוראות פרק ד' לחוק זכויות החולה, יחולו בשינויים המחוייבים.¹⁰² כמו כן ההסכמה צריך שתניתן בכתב.¹⁰³ עוד הוסיף המחוקק וקבע, כי לענין קבלת הסכמה מדעת לבדיקה יינתן לנבדק, נוסף על המפורט בסעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה ועל פי כל דין,¹⁰⁴ הסבר בדבר המשמעות של עריכת בדיקה גנטית, לגביו ולגבי קרוביו.¹⁰⁵ כמו כן, לכל נבדק יינתן הסבר בכתב בדבר זכויותיו בנוגע לעריכת הבדיקה על פי חוק המידע הגנטי ולפי כל דין.¹⁰⁶ הדרישה לקבלת הסכמה מדעת מהנבדק עובר לביצוע הבדיקה, היא הכרת הדין באוטונומיה של האדם ובזכותו להתיר לבצע בדיקה

- 98 ראו לענין זה בהרחבה יוסי גרין פרו ורבו בעידן המודרני: משפט והלכה (תשס"ח) 423–480.
 99 בהנחה כי ראוי ליידע את הנבדק בתוצאותיה גם כאשר אין ביכולתו להתגונן מפניה. ברם, הנחה זו איננה מובנת מאליה. כך למשל, ספק אם יש ליידע את הנבדק על מחלה חשוכת מרפא העלולה לפגוע באיכות חייו, ואף לגרום למותו בעתיד הנראה לעין.
 100 ראו: 92–104 *Graeme Laurie Genetic Privacy* (Cambridge University Press, 2002).
 101 בנוסף לחוקים המסדירים את ההגנה על הפרטיות ועל המידע, נקבע הסדר בפרק השני לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 4) (מאגרי מידע), התשנ"ו–1996.
 102 סעיף 11(א) לחוק מידע גנטי.
 103 סעיף 11(ב) לחוק מידע גנטי.
 104 על חובת הגילוי של הרופא ורכיבי המידע אותם יש לגלות למטופל קודם הבדיקה ראו יוסי גרין משפט ורפואה (תשס"ג) 243–258; נילי קרקן-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה (תשס"ח) 287–414.
 105 סעיף 12(א) לחוק מידע גנטי.
 106 סעיף 12(ב) לחוק מידע גנטי.

בגופו או לסרב לה, לוותר על סודיות המידע אם לאו.¹⁰⁷ מה היא הזכות לאוטונומיה? מה מקורה ועד היכן היא משתרעת?

ג.3. הזכות לאוטונומיה

קולמוסין רבים נשתכרו בנסיון להגדיר את מהות האוטונומיה של האדם, היקפה ומעמדה המשפטי.¹⁰⁸ ככלל, המשפט הישראלי מכיר באדם כיצור אוטונומי. האוטונומיה של האדם וכבודו נגזרים מהזכות לפרטיות ומעוגנים בחוק היסוד.¹⁰⁹ מהזכות לאוטונומיה נגזרת זכותו של כל אדם שלא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני האדם. האוטונומיה של האדם היא זכותו לעצב את חייו, להחליט על מעשיו ולפעול על פי בחירתו.¹¹⁰ היא חופש הבחירה שלו כיצור חופשי. היא גם זכותו כי יעזבוהו לנפשו.¹¹¹ היטיב לבטא כל זאת ישעיה ברלין:¹¹²

"I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. ... I wish to be a subject, not an object ... I wish to be somebody, not nobody; a doer — deciding, not being decided for, self directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing".

ככל שהדבר צריך לעניינים שברפואה מתבטאת הכרת מערכת המשפט באוטונומיה של החולה בשני מישורים: במישור האחד, בהתניית ביצוע הטיפול הרפואי — והוא הדין בדיקה רפואית¹¹³ — בהסכמתו המודעת של המטופל.¹¹⁴ במישור השני, בהכרה

107 סעיף 19 לחוק מידע גנטי.

108 ראו קרקור-אייל, לעיל הערה 104, בע' 20–54; גרין, לעיל הערה 104, בע' 228–231.

109 סעיף 2 ר-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו עוד פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241; אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני: על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר: מאמרים (חלק א, תשס"ג) 287; אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" קרית המשפט א (תשס"א) 17; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, תשנ"ז) 271. זמיר וסובל, לעיל הערה 63.

110 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 842, 837 (1994).

111 עניין דיין, לעיל הערה 43.

112 Isaiah Berlin "Two Concepts of Liberty" *Four Essays on Liberty* (1969) 131

113 סעיף 2 לחוק זכויות החולה.

114 סעיף 13 לחוק זכויות החולה. ראו עוד רועי גילבר "הכל נשאר במשפחה? חובת הסודיות הרפואית בעידן המידע הגנטי — היבטים משפטיים ואתיים" מאזני משפט ה (תשס"ו) 357; Roy Gilbar "Patient Autonomy and Relatives' Right to Know Genetic Information" *26(4) Medicine & Law* (2007) 677

בבעלותו של המטופל על המידע הרפואי הנוגע לבריאותו וכפועל יוצא בסמכותו להחליט אם ואת מי לשתף במידע זה.¹¹⁵

קודם ההכרה באוטונומיה של החולה שלטה על מערכת היחסים בין החולה לרופא הגישה הפטרנליסטית שראשיתה בתקופת היפוקרטס.¹¹⁶ רק בתחילת המאה העשרים הוכרה האוטונומיה של החולה כערך הראוי להגנת הדין.¹¹⁷ מערכת היחסים בין החולה לרופא הושתתה על מערכת אוטונומית שביסודה ההכרה בזכותו של החולה להחליט אם רצונו בטיפול. ברם, כדי שהחולה יוכל לקבל החלטה מושכלת, חופשית ורצונית – להסכים או לסרב לטיפול המוצע לו – עליו להיות בראש ובראשונה בעל כשירות משפטית ולהיות מיוןך אודות סיכויי הטיפול והסיכונים הכרוכים בו. שכן, ארבעה הם יסודותיה של ההסכמה מדעת (Informed Consent): מסירת המידע הרלבנטי לצורך גיבוש ההחלטה (Information),¹¹⁸ הבנה של המידע המועבר והיכולת להפנים ולעבד מידע זה (Underrstanding),¹¹⁹ הכושר לגבש החלטה רצונית ללא אמצעי כפיה או השפעה בלתי הוגנים (Voluntariness)¹²⁰ והיכולת לבטא את ההסכמה או הסירוב (Expression).¹²¹

בהקשר לטיפול רפואי מתבטאת ההכרה באוטונומיה של החולה בחוק זכויות החולה. ואכן, כבר נתבאר, כי ככל שהדבר צריך לביצוע בדיקה גנטית יחולו הוראות ההסדר האמור בשינויים המחויבים. לא בכדי הדגיש המחוקק את ההיגד "בשינויים המחויבים", שכן הפרוצדורה כשלעצמה אינה מחייבת התייחסות שונה (בדיקת דם), מה שאין כן המידע המתקבל מהבדיקה. גם החובה למסור את המידע לנבדק, ככל שהדבר צריך למימוש הזכות לאוטונומיה איננה מעוררת קושי. הדברים מוגדרים בחוק. הבעיה מתעוררת בשל אופיו המיוחד של המידע המתקבל מהבדיקה הגנטית והשלכותיו החורגות מהאינטרס הצר של הנבדק. אשר על כן מתעוררת השאלה אם אין להגביל את האוטונומיה של נבדק המסרב למסור את המידע לקרוביו העלולים להיפגע?

אין ספק כי האוטונומיה של החולה איננה חזות הכל. ניתן להגבילה כפי שקבע המחוקק.¹²² הוא הדין באוטונומיה של נבדק המבצע בדיקה גנטית. החוק מחייב ליידע אותו והוא זכאי לשלוט במידע הגנטי הנוגע לו, אך זכותו זו מוגבלת. ואכן, במקרים מסוימים ניתן לשתף את קרובי הנבדק במידע חרף התנגדותו. כדי לאשש טענה זו, יש לעמוד על סודיות המידע הגנטי והיקפו.

115 סעיף 20 לחוק זכויות החולה.

116 Sheila Ann & Manson McLean *Autonomy, Consent and the Law* (2010) 6–40

117 ראו: 211 New-York 125 *Schloendorf v. Society of New York Hospital*,

118 ראו: McLean & Sheila, לעיל הערה 116, בע' 42–47.

119 שם, בע' 47–51.

120 שם, בע' 51–54.

121 שם, בע' 55.

122 סעיף 15 לחוק זכויות החולה.

ג.4. המידע הגנטי: מהות וסודיות

ג.4.1. האם המידע הגנטי הוא חלק מהמידע הרפואי?

על שני אדנים מתבססת הטענה כי יש להתיר למעביד במקרים מסוימים להתנות קידומו של עובד בכיצוע בדיקה גנטית. האדן האחד, כפי שנתבאר, שאין בהתניה זו ככל שאינה נגועה בשיקולים זרים הפליה פסולה. האדן האחר, המידע הגנטי הינו למעשה חלק מהמידע הרפואי, גם אם מאפייניהם שונים. אם המחוקק מאפשר – ולעתים אף מחייב – עובדים לבצע בדיקות רפואיות,¹²³ אין מניעה לאפשר למעביד בתנאים שייקבעו לקדם עובד בכפוף לתוצאות בדיקה גנטית שיבצע.

המאפיין הבולט של המידע הגנטי הוא היותו כלי ניבוי, גם אם ברמת וודאות שונה, של מחלות גנטיות.¹²⁴ אך האם מידע מנבא או מאבחן, הנגזר מהניתוח המולקולארי של דנ"א ראוי לנהלי פיקוח ובקרה שונים מאלה הנהוגים לגבי מידע רפואי?¹²⁵ התשובה היא כן. יש להגביר את הפיקוח והבקרה על השימוש במידע הגנטי. עם זאת, אין בדרישה לנקוט אמצעי פיקוח חמורים ככל שיהיו, כדי לשלול את הדמיון למידע הרפואי. גם המידע הרפואי כולל מרכיב ניבוי, אם גם בהיקף מצומצם יותר מאשר במידע הגנטי, וגם לגבי נקבעו הסדרי גילוי חמורים. לפיכך, יש להבחין בין ההתייחסות למידע עצמו (הרפואי והגנטי גם יחד, רכיביהם ומאפייניהם) לבין ההגנה על המידע והשימוש בו.

עיון בספר החוקים מעלה כי המידע הרפואי מוגדר ומפורט בחוק, שלא כמידע הגנטי המוגדר במלים כלליות.¹²⁶ סתם המחוקק ולא פירש מהו מידע גנטי מעבר לעובדה שהוא מידע הנובע מבדיקה גנטית.¹²⁷ ולא בכדי. שכן, מידע הנובע מבדיקה גנטית חורג לעתים מהמידע על הנבדק עצמו. מידע גנטי יכול שיתייחס גם לקרוביו. אם כך, בדין הבדיל, לכאורה, המחוקק "מידע גנטי" מ"מידע הרפואי" שהוא "מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו".¹²⁸ ולא היא.

123 ראו דוידוביץ וגרין, לעיל הערה 8.

124 ראו לעיל טקסט נלווה להערה 100.

125 ליאת שכטר "הקבוצה הגנטית: הרחבת האידיאולוגיה העומדת בבסיס תורשה גנטית" רפואה ומשפט 40 (תשס"ט) 56.

126 ההסבר לכך הוא שה"מידע הרפואי" בחוק זכויות החולה משמש בשני מובנים: הוא משמש כמידע שעל הרופא למסור לחולה קודם הטיפול המוצע לו כדי שיוכל לגבש הסכמה חופשית ורצונית, והוא גם המידע שהצטבר מהבדיקות, האבחנה והטיפול. ראו סעיפים 2, 13(ב) ו-17 לחוק זכויות החולה.

127 סעיף 2 לחוק מידע גנטי. אכן, המידע הגנטי הוא מידע שהתקבל מהבדיקה עצמה. ברם, כאשר נדרש החולה לגבש הסכמה לטיפול בעקבות תוצאות הבדיקה הגנטית, גם פריט מידע זה רלבנטי. לכן הפנה המחוקק לענין ההסכמה מדעת לחוק זכויות החולה (סעיף 11(א) לחוק מידע גנטי) בנוסף להסבר הנוסף שעל מבצע הבדיקה לפרוס בפני הנבדק (סעיף 12(א) לחוק מידע גנטי).

128 סעיף 2 לחוק זכויות החולה.

גם המידע הרפואי, האגור ברשומה הרפואית של החולה,¹²⁹ הוא מידע היכול להיות בעל השלכות על קרובי החולה. אמנם, ההגדרה הראשונית והישירה מתייחסת למצב בריאותו של החולה ולגיבוש ההבחנה הרפואית ודרך הטיפול בו, אך מידע זה כולל גם את ההיסטוריה הרפואית של החולה ומשפחתו. האם יתר לחץ דם אינה מחלה בעלת השלכות על קרוביו של החולה? האין תוצאות הבדיקה הגנטית שעושה אשה לברר אם היא נושאת את הגן BRCA1 או BRCA2 רלבנטיים לקרוביה (אמה, אחותיה ובנותיה)? לשון אחרת, ניתן להתייחס הן למידע הרפואי והן למידע הגנטי כאל מידע משפחתי ולא רק כמידע המתייחס לבריאותו של החולה/הנבדק בלבד.¹³⁰

מכל מקום, גם אם קיים קושי להגדיר את המידע הגנטי, אין קושי לאפיין אותו. בנוסף למאפיין הניבויי ברמת וודאות ההולכת ומשתפרת על מצב בריאותו של הנבדק ועל הצפוי לו,¹³¹ ניתן לאפיין את המידע הגנטי בשני מאפיינים נוספים: המאפיין האחד, המידע הגנטי הוא מידע אישי המתייחס ומייחד את הפרט.¹³² המאפיין השני, על אף היותו מידע אישי ייחודי לנבדק ניתן לראותו כמידע משפחתי בשל השלכותיו על קרוביו של הנבדק. דא עקא, כל שלוש התכונות האמורות, אינן ייחודיות למידע הגנטי. גם המידע הרפואי המצטבר בידי הרופא הוא מידע אישי המספק לו את התשתית לאבחן את מצבו של המטופל והמחלות המקננות בו. המידע הרפואי הוא גם מידע משפחתי בעיקר

129 סעיף 17 לחוק זכויות החולה.

130 יודגש כי הדיון בשאלה אם המידע הגנטי הוא מידע אישי או משפחתי בהיבטו הקנייני איננו מעיינו של דיון זה. עניינו בשאלה אם מעבר לתוצאות הנוגעות לנבדק יכול שתהיינה השלכות למידע הגנטי על בני המשפחה. התשובה, כמובן, חיובית ומכאן הדמיון למידע הרפואי. בתשובה לשאלה אם המידע הגנטי הוא מידע אישי או משפחתי יש למעשה בספרות המלומדים שלוש גישות. יש הסבורים כי אין בעובדה כי למידע הגנטי השלכות על קרובי הנבדק כדי לפגום בתוקפה של חובת הסודיות ובבעלותו של הנבדק על המידע "Should Families Own Genetic Information? No" 335 *British Medical Journal* (2007) 23. יש הסבורים כי המידע הגנטי הוא מידע משפחתי שכן בהחלטה על ביצוע בדיקה גנטית מעורבת המשפחה. ולפי שהאוטונומיה של הנבדק היא יחסית, הרי שניתן לראות במידע הגנטי מידע משפחתי Roy Gilbar "Communicating genetic information in the family: the familial relationship as the forgotten factor" 33 *Journal of Medical Ethics* (2007) 390. יש הסבורים כי המידע הוא מידע משותף לנבדק ולמשפחתו "Should families own genetic information? Yes" 335 *British Medical Journal* (2007) 22. ראו עוד בהרחבה רועי גילבר וצביה ברנוי "סודיות רפואית והעברת מידע גנטי לבני המשפחה: ניתוח תפיסות ועמדות של חולים בישראל" אתיקה בסיעוד עכשווי (עורכים ד' רובינשטיין, מ' פיזור, נ' טבק, עתיד לראות אור); Roy Gilbar *The Status of the Family in Law and Bioethics: The Genetic Context* (2005) 163-199.

131 כמו כן, מאפשר המידע הגנטי לנבא ולהעריך במידה סבירה עד כמה המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה מסוימות יחלו במחלה גנטית. המידע הגנטי מאפשר לחשוף מידע עתידי של אדם שהוא בגדר סוד, גם אם כיום הוא מרגיש טוב. וכמובן המידע הגנטי נותן כלי בידי הורים המבקשים להעמיד צאצאים על מחלות תורשתיות. ראו עוד שכטר, לעיל הערה 125, בע' 63-58. וכן Laurie, לעיל הערה 100, בע' 104.

132 ראו בירנהק, לעיל הערה 26, בע' 191.

באשר למחלות תורשתיות. גם למידע הרפואי יכולת לצפות תהליכים חולניים בעתיד הן אצל המטופל והן אצל קרוביו. עוד משותפת לתוצאות שתי הבדיקות – הן הבדיקות הרפואיות¹³³ והן הבדיקות הגנטיות – חובת הסודיות המוטלת על הרופא ועל מבצע הבדיקה הגנטית.¹³⁴ כמו כן, הבעלים על המידע הגנטי הוא הנבדק ועל המידע הרפואי הוא החולה. ניתן, איפוא, לסכם את המאפיין והמייחד של הבדיקות נשוא דיוננו בטבלה להלן:

תכונה/המידע	מידע רפואי	מידע גנטי
הגדרה	מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו	מידע הנובע מבדיקה גנטית
מהות	מידע אישי/משפחתי	מידע אישי/משפחתי
ככלי ניבויי	ביחס לחולה וגם ביחס לבני המשפחה	ביחס לחולה וגם ביחס לבני המשפחה
סודיות	הרופא חב חובת סודיות	מבצע הבדיקה חב חובת סודיות
בעלות /קנין	של המטופל	של הנבדק/של המשפחה ¹³⁵
ויתור על הסודיות	של החולה	של הנבדק וההסכמה חייבת להיות בכתב

נמצינו למדים, כי המבדיל בין בדיקה רפואית ובדיקה גנטית והמידע המתקבל מהן, נכון להיום, הוא רמת אמינותן. לית מאן דפליג, כי ההבחנה בין בדיקה רפואית לבין בדיקה גנטית, ככל שהדבר נוגע להשלכותיו על קרובי החולה או הנבדק היא נגזרת של ההתפתחות הטכנולוגית. לכן, אם וכאשר, יכולת הניבוי של תוצאות הבדיקות הרפואיות תגיע לרמתה של יכולת הניבוי של תוצאות הבדיקות הגנטיות – הדעת נותנת כי דינן יהיה שווה, אלא אם יקבע המחוקק הסדרים אחרים. עם זאת, כיון שבמידע המתקבל מהבדיקות הגנטיות יש מרכיב ניבויי ברמת וודאות גבוהה מזה

133 סעיף 19 לחוק זכויות החולה.

134 סעיף 18 לחוק מידע גנטי.

135 בהתאם להעדפת אחת השיטות המפורטות לעיל הערה 130.

שבמידע המתקבל מהבדיקות הרפואיות, נדרשת הגנה על הנבדק מפני שימוש בלתי ראוי במידע המתקבל מהבדיקה. האם די בחובת הסודיות הקבועה בחוק כדי להבטיח את ההגנה על המידע הגנטי? האין מקום לחובת סודיות מוגברת על המידע הגנטי? אם כן, מה הבסיס המשפטי לקבוע חובת סודיות מוגברת?

ג.2.4 שמירת סודיות המידע הגנטי

על המידע הגנטי חלה חובת סודיות. מידע שהגיע לאדם הנוגע לנבדק, תוך מילוי תפקידו או במהלך עבודתו, יישמר בסוד ולא יעשה בו כל שימוש, אלא אם כן קיבל את הסכמת הנבדק לכך, ולפיה.¹³⁶ שכן, הנבדק הוא הבעלים על המידע אף שהמידע נשמר בידי המוסד הרפואי. כמו כן, ניתן למסור מידע גנטי לאחר במגבלות הקבועות בחוק זכויות החולה.¹³⁷ ה"אחר" לענייננו הוא המעביד מכח הסכמתו של הנבדק להעברת המידע,¹³⁸ ובלבד שהמטפל מצא כי אין מניעה למסור את המידע.¹³⁹ לפיכך, יש לתקן את החוק ולכלול גם את הועדה המוצעת ברשימה זו בין הזכאים לקבל את תוצאות הבדיקה.¹⁴⁰

הכח הניתן לנבדק למסור את המידע למי שהוֹרָה, משקפת את הכרת הדין בזכותו של הנבדק לשלוט על תוצאות הבדיקה הגנטית. היא הביטוי המעשי לשילוב בין הזכות לפרטיות וכיבוד האוטונומיה.¹⁴¹ ההכרה כי המידע הגנטי הוא קניינו של הנבדק, מחייבת כשירות, רצוניות, חופשיות והבנה. כדי להחליט אם להיות מיוֹדָע, או ליידע

136 סעיף 18 לחוק מידע גנטי. עוד נקבע כי בעל רישיון, אחראי על מחקר, מטפל ומי שנותן ייעוץ גנטי, מנהל מכון גנטי, מנהל מעבדה לבדיקות גנטיות ומי שנוטל חלק במחקר, ינקטו אמצעים סבירים הדרושים כדי להבטיח שעובדים הנתונים למרותם ישמרו על סודיות העניינים המובאים לידיעתם תוך מילוי תפקידם או במהלך עבודתם (סעיף 18(ב) לחוק).

137 סעיף 19 לחוק מידע גנטי בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק זכויות החולה, למעט האמור בסעיף קטן (א)5(שבו, בשינויים המחויבים. סעיף 20(א)5) האמור קובע את יחסיות הסודיות הרפואית ומאפשר מסירתו לאחר אם ועדת האתיקה קבעה, לאחר מתן הזדמנות למטופל להשמיע את דבריו, כי מסירת המידע הרפואי על אודותיו חיונית להגנה על בריאות הזולת או הציבור וכי הצורך במסירתו עדיף מן הענין שיש באי מסירתו. עוד יש להעיר כי לא יראו ויתור על סודיות רפואית לגבי רשומה רפואית או מידע רפואי כהסכמה למסירת מידע גנטי מזוהה (סעיף 22(א) לחוק מידע גנטי). עוד על חובת הסודיות בעידן המידע הגנטי ראו גילבר, לעיל הערה 114, בע' 359–376. לענין הבעלות על המידע הרפואי ראו בהרחבה אמל ג'בארין "בעלות ומסחר במידע רפואי: בין מצוי לבין רצוי" משפט רפואי וביוראטיקה 3 (תש"ע) 211.

138 סעיף 14(א) לחוק מידע גנטי. הסכמה למסירת מידע גנטי תעשה במפורש ובכתב (סעיף 22(ב) לחוק).

139 סעיף 14(ב) לחוק מידע גנטי.

140 כיון שאין ענייננו בבדיקה גנטית כפויה, די לכאורה בהסכמת העובד מראש למסור את תוצאות הבדיקה גם לוועדה המוצעת ובאמצעותה למעסיק. אולם, יתכן שמבצע הבדיקה יחשוב שאין למסור את המידע למטופל אך למסור את המידע לוועדה (ראו להלן בדיון על המודל המוצע) שהיא סוברנית להחליט אם למסור לעובד, לכן ראוי לכלול את הועדה בין הזכאים לקבל את תוצאות הבדיקה.

141 יוער כי זכות זו הוכרה גם בהצהרת אונסקו משנת 1997. ראו: "The right of every individual"

אחרים, בתוצאות הבדיקה הגנטית על הנבדק להיות בעל כשירות משפטית להסכים או לסרב למסירת המידע. הדעת נותנת כי באדם כשיר עסקינן שהרי מעביד לא ישקיע משאבים בקידומו של עובד שאיננו כשיר להחליט על ביצוע בדיקה גנטית והנגזר ממנה. לפיכך, ההתלבטות של העובד, ככל שהיא קיימת, היא מה ייעשה בתוצאות הבדיקה. האם לקבל את תוצאותיה? ואם כן, האם ליידע את קרוביו? ובכלל, כיצד להבטיח כי לא ייעשה שימוש לרעה במידע שיתקבל מהבדיקה?¹⁴²

ההגנה על המידע הגנטי החייבת להיות ברמה גבוהה מעוררת בעיות משפטיות קשות. אמנם, כאשר העובד מסכים לבדיקה על כל היבטיה – אין מניעה לבצעה. אולם כיצד לנהוג כאשר העובד מוכן לבצע את הבדיקה, מסכים להעביר את התוצאות למעביד אך איננו רוצה להיחשף למידע זה? יתרה מזו, כיצד לנהוג כאשר הנבדק רוצה לקבל את תוצאות הבדיקה אך איננו מוכן ליידע את קרוביו כאשר לבדיקה יש השלכות לגביהם?

אין חולק כי זכותו של אדם שלא לדעת על המידע הגנטי המתקבל אודותיו. האם הזכות שלא לדעת מקנה לנבדק את הזכות שלא ליידע את קרוביו משפחתו? האם במקרה כזה ייכנס המעביד או תיכנס הועדה בנעליו של העובד לענין יידוע קרוביו? או שמא הפתרון ימצא במסגרת היחסים בין הנבדק למבצע הבדיקה?

אכן, לנבדק הזכות שלא לדעת אודות מצבו.¹⁴³ החוק מאפשר גם שלא ליידע את הנבדק אם מסירת המידע במלואו או בחלקו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של הנבדק או לסכן את חייו.¹⁴⁴ במקרה כזה, יחליט המעביד אם להשקיע בעובד על פי תוצאות הבדיקה שתימסרנה לו על פי הנוהל המוצע על-ידי יו"ר הועדה.¹⁴⁵ עם זאת, אין בזכותו של הנבדק שלא לקבל את המידע כדי לפטור את מבצע הבדיקה או הועדה המאשרת את הבדיקה מחובת הזהירות כלפי קרוביו ככל שנדרש טיפול בהם.

to decide whether or not to be informed of the result of genetic examination and the resulting consequences should be respected" (11 November 1997, Pans)

142 ואכן, קבע בית המשפט העליון בקליפורניה כי עשיית שימוש שלא כדין בחומר הגנטי של האדם מקימה עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות. על דרך ההיקש ניתן לומר כי אף שימוש שלא כדין במידע הגנטי תקים עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות. ראו: *Moore v. Regents of the University of California* (1990), 793 P.2d 479, cert. denied, 499 U.S. 936 (1991)

143 ראו Gilbar, לעיל הערה 130, בע' 147–157. ראו עוד: Jane Wilson "To Know or Not to Know? Genetic Ignorance, Autonomy and Paternalism" 19(5–5) *Bioethics* (2005) 492, 495; R. Andorno "The Right Not to Know, An Autonomy Based Approach" 30 *J. Med. Ethics* (2004) 435

144 סעיף 14(ב) לחוק מידע גנטי. במקרה כזה יודיע מיד על החלטתו לועדת אתיקה ויצרף את התוצאות שלא נמסרו לנבדק ואת נימוקיו לאי-מסירתן, ולענין זה יחולו הוראות סעיף 18 לחוק זכויות החולה.

145 אין לכחד שאם יסרב המעביד על סמך תוצאות הבדיקה להשקיע בעובד ולקדמו עלול העובד לפרש זאת כפגיעה אישית. אולם, סיכון זה הוא אחד הסיכונים שיש ליידע את העובד עובר למתן ההסכמה לבדיקה. ראו לעניין זה סעיף 12 לחוק מידע גנטי.

אמנם, בהסדר המשפטי הנוהג, אין על מבצע הבדיקה חובה משפטית למסור את המידע לקרובים. הוא רשאי לעשות זאת גם אם הנבדק התנגד לכך.¹⁴⁶ לעניות דעתי, אין מקום לערב את הועדה או המעסיק במסירת המידע לקרובו של הנבדק. די בהסדר הקיים בחוק שכן אין הועדה סמכות ערעור על שיקול הדעת של הרופא המטפל. הסדר זה נכון גם למקרה שהעובד הנבדק רוצה לקבל את תוצאות הבדיקה אך איננו מוכן לשתף את קרוביו במידע.

קידום עובד תלוי בדיקה גנטית: המודל המוצע

מהאמור עולה כי שתי בעיות עיקריות כרוכות בביצוע הבדיקה הגנטית לעובדים: הבעיה האחת, האם ובאילו תנאים לאשר את ביצוע הבדיקה. הבעיה האחרת, כיצד להגן על המידע המתקבל מהבדיקה ועל השימוש בו. כדי להתגבר על שתי בעיות אלה מוצע להקים מנגנון שיאשר ויפקח על ביצוע הבדיקה ויגן על המידע שיתקבל מהבדיקה.

נקודת המוצא היא כי הבדיקה לא תאושר כדבר שבשגרה. לפיכך, יש להקים במשרד העבודה ועדה מיוחדת, מעין טריבונל שיפוטית.¹⁴⁷ בראש הועדה, אשר סמכויותיה יעוגנו בחוק, יעמוד שופט מחוזי או שופט בית הדין לעבודה או מי שכשיר להתמנות למשרות אלה, רופא גנטיקאי ומומחה לדיני עבודה מהאקדמיה (להלן: הועדה). הועדה תפקד

146 סעיף 20 לחוק מידע גנטי. במקרה כזה הוא רשאי למסור את המידע אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את הנבדק, שוכנעה בכל אלה: (1). מסירת המידע הגנטי אודות הנבדק נחוצה לשמירה על בריאותו של קרוב או לשיפור בריאותו, וכן למניעת מוות, מחלה או נכות חמורה של אותו קרוב, לרבות קרוב שטרם נולד. (2). מסירת המידע הגנטי היא הדרך היחידה להשיג את האמור בפסקה (1). (3). התועלת לקרוב במסירת המידע הגנטי למטפלו עולה על הנוזק שייגרם לנבדק ממסירת המידע הגנטי, או שנימוקיו של הנבדק לאי מסירת המידע למטפלו של הקרוב אינם סבירים, בנסיבות הענין. מסירת מידע גנטי לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך הענין, ותוך הימנעות מרבית מחשיפת זהותו של הנבדק (סעיף 21 לחוק הנ"ל). על הבעייתיות במסירת המידע לקרוביו של הנבדק ראו בהרחבה רועי גילבר "הכל נשאר במשפחה? חובת הסודיות הרפואית בעידן המידע הגנטי – היבטים משפטיים ואתיים" מאזני משפט ה (תשס"ו) 357; Roy Gilbar "Medical confidentiality in the family: The doctor's duty reconsidered" *International Journal of Law, Policy & the Family* 195 (2) 18 (2004). על מקומן של ועדות האתיקה ראו גיל סיגל "על חידושים ועל מגמות במשפט הרפואי" קרית המשפט ה (תשס"ד-תשס"ה) 433, 442.

147 אין ספק כי חשיפת המידע הגנטי עשויה לשנות את מצבו של הנבדק. על כן יש להגן על הנבדק המבצע את הבדיקה מפני שימוש לרעה בתוצאותיה. לזאת יש להוסיף גם את הצורך להגן על חברי הועדה העלולים בגין החלטתם להיחשף לתביעות משפטיות. כמו כן, על הועדה להגן על עובד המסרב לבצע את הבדיקה מפני פגיעה בו בשל כך. אשר על כן, יש להקנות לוועדה מעמד מעין שיפוטית, מעמד המקנה לה הגנה מפני תביעות בנוזקין כדוגמת סעיף 8 לפקודת הנוזקין.

על אישור בקשות מעביד לבצע בדיקות גנטיות לעובדים, על קבלת תוצאות הבדיקה, הגנה על המידע, לרבות העברת המידע למאגר המידע.¹⁴⁸ על המעביד לפרט ולנמק את הצורך בקשת המעביד לביצוע הבדיקה תוגש לוועדה. על המעביד לפרט ולנמק את הצורך בקיום הבדיקה. עליו להתחייב קודם שתובא הבקשה לדיון, כי העובד לא יפגע במסלול הקידום הרגיל אם לא יינתן האישור לביצוע הבדיקה, בין בשל אי הסכמת העובד ובין בשל דחיית הבקשה על ידי הוועדה. התחייבות זו היא תנאי לדיון בבקשה. עם קבלת בקשת המעביד והתחייבותו כלפי העובד תדון הוועדה בבקשה. השתכנעה הוועדה כי אין הצדקה לביצוע הבדיקה – תודיע למעביד כי איננה מאשרת את ביצוע הבדיקה. מצאה כי יש בסיס לבקשה – תודיע למעביד כי היא מזמנת את העובד לשמוע את עמדתו לגבי הבדיקה.

שמעה הוועדה את העובד. אם הסכים העובד לביצוע הבדיקה – תבחן הוועדה אם הסכמתו היא הסכמה חופשית ורצונית כנדרש על פי חוק, אם ברצונו לקבל את תוצאות הבדיקה ואם כן, האם ברצונו ליידע – על פי תוצאותיה – את בני משפחתו מדרגה ראשונה. השתכנעה הוועדה כי ההסכמה ניתנה מרצונו החופשי של העובד וכי ברצונו לקבל את תוצאותיה וליידע את בני משפחתו – תאשר את ביצוע הבדיקה. אם הסכמת העובד תקפה על פי דין, אך אין ברצונו לקבל את תוצאותיה וליידע את בני המשפחה – תודיע לו הוועדה כי תשקול על פי תוצאות הבדיקה אם ליידע את קרוביו למרות סירובו. אם יעמוד העובד בסירובו ויעמידו כתנאי לביצוע הבדיקה – לא תאשר הוועדה את ביצוע הבדיקה. הוא הדין אם רצונו של העובד לקבל את המידע אך אין ברצונו ליידע את בני משפחתו.

מצאה הוועדה כי הסכמת העובד איננה חופשית ורצונית למרות ההסכמה הנחזית ככרת תוקף, תסב את תשומת לב העובד לכך. על הוועדה לשקול אם יש מקום לעריכת הבדיקה אף אם העובד יבקש זאת. תשתכנע הוועדה לאחר בחינת מכלול השיקולים כי הכף נוטה לטובת ביצוע הבדיקה – תאשר את ביצוע הבדיקה בכפוף לאמור לגבי תוצאותיה. סברו חברי הוועדה כי ההסכמה לא ניתנה מרצונו החופשי של העובד – תדחה את הבקשה חרף בקשתו.

תוצאות הבדיקה יימסרו על ידי מבצע הבדיקה ליו"ר הוועדה.¹⁴⁹ על הוועדה להבטיח כי תוצאות הבדיקה הגנטית תימסרנה רק למי שרשאי לקבלם ובראש ובראשונה העובד. לשם כך יזמן יו"ר הוועדה את העובד לשמוע ממנו אם הוא מוכן לקבל את התוצאות וליידע את בני משפחתו וכי לא חזר בו מהסכמתו להעביר את המידע למעביד. לא נשתנתה עמדת העובד – יימסר המידע לעובד והחלק הרלבנטי למעביד. חזר בו העובד מן ההסכמה להעביר את המידע למעביד. אם רצונו לקבל את המידע – יקבלו. עם זאת, על הוועדה לברר אם אי מסירת המידע לקרובי משפחתו של הנבדק עלולה

148 סעיף 17 לחוק מידע גנטי.

149 הסדר זה מחייב כמובן תיקון סעיף 14 לחוק מידע גנטי.

לגרום להם פגיעה קשה ברמת וודאות גבוהה. אם כן – תוסמך ליידע את בני משפחתו חרף התנגדותו, וְלא – תודיע לו הועדה כי תבקש מהרופא שביצע את הבדיקה למסור את המידע לרופא המטפל של בני המשפחה.¹⁵⁰ במקרה כזה תינתן לעובד שהות לפנות לבית המשפט למנוע את מסירת המידע. סירב העובד לקבל את המידע, אם אין בתוצאות הבדיקה השלכות על בני המשפחה – ייגנו המידע. מצאה הועדה כי אי מסירת המידע לבני המשפחה עלולה לפגוע בהם – תפעל כאמור חרף התנגדותו של הנבדק. בכל מקרה סירובו של העובד לבצע את הבדיקה או למסירת תוצאותיה למעביד לא תפגע בו.

סיכום

הטכנולוגיה הולכת ומשתכללת. השימוש במכשור המתקדם מחייב להעסיק עובדים בעלי כישורים והכשרה מיוחדים. לשם כך יוזם מעביד קידום עובדים על ידי השקעה לא מבוטלת בהכשרתם. מטבע הדברים ישתמש המעביד בכל הטכנולוגיות המדעיות המתקדמות, ולענייננו בבדיקה גנטית כדי לבחון את רמת התשואה שהוא צפוי לקבל מהעובד אשר הכשרתו מצריכה השקעה לא מבוטלת. השאלה נשוא מאמר זה אם יכול המעביד להתנות את קבלתו של עובד או קידומו של עובד הכרוכה בהשקעה גדולה בביצוע בדיקה גנטית. ספק אם בהסדר החוקי הנוהג כיום בארץ התשובה חיובית.

ייחודיות הן הבדיקות הגנטיות בשל מאפייניהן המיוחדים, ובעיקר יכולת הניבוי שיש בתוצאותיה על הצפוי לנבדק, ובשל השלכות אפשריות על בני משפחתו של הנבדק. אלא שבכל הכבוד הראוי, חושבני כי המידע הגנטי אינו שונה מהותית מהמידע הרפואי, למעט ברמת הוודאות של תוצאות הבדיקה. לזו גם זו יכולת ניבוי והשלכות על בני משפחתו של הנבדק.

על רקע טענה זו, ומבלי להתעלם מהבעיות שמעוררת הבדיקה הגנטית במקומות העבודה ומהשלכותיה על מערכת היחסים בין העובד למעביד, מוצע הסדר שיאפשר בתנאים מוגדרים להתנות קידומו של עובד או קבלתו לעבודה בעריכת בדיקה גנטית. אכן, אין לכחד כי קיים מתח בין זכויות העובד והאינטרסים של המעביד. אינני בא במאמר זה לכפור בזכות מזכויות העובדים. אינני מתכוון בחסות הפררוגטיבה הניהולית לאפשר למעביד לנהוג בעובדיו ככל העולה על רוחו. נהפוך הוא, חופש העיסוק, הזכות לפרטיות והאוטונומיה של העובד הנגזרת ממנה, הן זכויות שיש להגן עליהן. ברם, זכויות אלה המוגנות בחוקי היסוד ניתנים להגבלה. זאת ועוד, לא יעלה על הדעת לתמוך בהפליית עובדים. יש לתת הזדמנות שווה לכל אדם להתקבל

150 סעיף 20 לחוק מידע גנטי.

לעבודה או לכל עובד ראוי להתקדם במקום עבודתו. ברם, לא כל העובדים שווים ולא כל העובדים מתקדמים באותו קצב. האיסור להפלות בין עובדים איננו מונע קידום פרטני, שהרי, כאמור, יש שונות בין העובדים. בד בבד עם ההגנה על זכויות העובדים יש להגן גם על קניינו של המעביד וזכותו לנהל את עסקו. הפררוגטיבה הניהולית ראויה גם היא להגנה. אשר על כן, הפתרון טמון באיזון בין האינטרסים המתחרים של העובד והמעביד, איזון האמור לצמצם את הפגיעה בהן.

נוכח מעמדה המיוחד של הזכות לפרטיות פגיעה בפרטיות העובד תיעשה רק אם קיימת למעביד סמכות מפורשת לנהוג כך, ואין די בהסתמכות על כוחו של המעביד לנהל את המפעל על פי מיטב שיקול דעתו.¹⁵¹ לפיכך, מוצע לתקן את חוק מידע גנטי באופן שיאפשר למעביד לקבל עובד, או להתנות קידומו של עובד לתפקידים ייחודיים הדורשים ממנו השקעה גבוהה בכיצוע בדיקות גנטיות. יש לקבוע בחוק את סמכויות הועדה המוצעת בחקיקה ראשית ואת נהלי עבודתה בחקיקת משנה. אם יתקבל ההסדר לא יהא בו – בשל ייחודו – כדי לפגוע בזכויות העובדים. כך, מעמדו של עובד שיסרב לבצע את הבדיקה לא ייפגע. אמנם, יהיה מי שיטען כי עובד שאיננו מקוּדָם בשל סירובו להיבדק ניזוק, שכן אלמלא ההתניה האמורה היה מתקדם. אינני שותף לטענה זו, כיון שקידומו של עובד כרוך לעתים בחובות (תוספת אחריות או מתן תמורה נוספת). אולם, גם אם נקבל טענה זו, הפגיעה בעובד בנסיבות הענין סבירה ומידתית.

בדרך זו, תובטח הפררוגטיבה של המעביד לנהל את עסקו לוודא שהשקעתו בעובדים לא תרד לטמיון ונד בבד יובטחו זכויות העובדים המסורבים לבדיקה או לקבל את תוצאותיה. ומכאן, שניתן להצדיק במקרה הראשון שהצגנו את עריכת הבדיקה בשל ההשקעה הכרוכה בהכשרת רופא עיניים, התמחות הדורשת דיוק בפעולת הידיים, מה שאין כן בהכשרתם של רופאים במקצועות אחרים. לעומת זאת, עלות ההשתלמות וההשקעה במכשיר גבוהה. הוא הדין בהכשרת עובד לעבוד על מכשיר רפואי מן המתקדמים בעולם. הכשרת עובד לאורך זמן ובחופץ לארץ דורשת השקעה לא מבוטלת. אם נוסיף לכך את עלות רכישת המכשיר, נמצא כי זכותו של המעביד לבחון את התשואה שתתקבל מהשקעתו הינה דרישה לגיטימית.

לסיכום, מוצע לתקן את סעיף 29(א) לחוק מידע גנטי ולהחריג את המקרים נשוא דיוננו מההוראה הגורפת האוסרת על מעביד לדרוש מעובד או ממועמד לעבודה מידע גנטי או לעבור בדיקה גנטית. מתיקון זה ייגזר גם תיקונו של סעיף 29(ב) רישא באופן שהבדיקה הגנטית האמורה לא תתבצע בניגוד להוראות סעיף קטן (א). כפועל יוצא מהתיקון האמור, יתוקן גם סעיף 29(ג) כך שיתיר למעביד בנסיבות הענין לעשות שימוש במידע הגנטי. כמו כן, יש לתקן את ההוראות המסדירות את חובת הסודיות

151 ורדה וירט-ליבנה, לעיל הערה 70, בע' 805.

ולאפשר לחברי הועדה להיחשף למידע גנטי,¹⁵² לנהל מאגר גנטי כמתחייב¹⁵³ ולאפשר ליו"ר הועדה למסור את המידע לקרובו של הנבדק לצורך טיפול.¹⁵⁴

152 סעיף 18 לחוק מידע גנטי.
153 סעיף 17 לחוק מידע גנטי.
154 סעיף 20 לחוק מידע גנטי.

