

מעקב בעבודה : טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות

[יתפרסם בכרך יב, עבודה, חברה ומשפט, 2008]

מיכאל בירנהק*

1	א. פתח דבר
6	ב. מעקב במקום העבודה
6	1. ממבט עיניים לתיעוד ממוחשב
9	2. המעסיק: ניהול יעיל וניהול סיכונים
13	ג. הזכות לפרטיות במקום העבודה
13	1. הזכות לפרטיות: עקרונות יסוד
15	א. עקרון ההסכמה
16	ב. עקרון צמידות המטרה
17	ג. עקרון התכלית הראויה
19	2. פרטיות של עובדים
22	3. מקום העבודה: רשות היחיד או רשות הרבים?
23	ד. פרטיות עובדים בדין הישראלי
25	1. הפסיקה
27	2. עניין איסקוב-ענבר
27	א. המקרה והחלטת בית הדין
29	ב. ביקורת: החמצת הפרטיות
35	ה. לקראת פתרון?
36	1. איתור הפגיעה בפרטיות
36	א. מעקב אחרי עובדים
37	ב. הסדר מאגרי מידע
39	2. הודעה והסכמה
41	3. תכלית ראויה
41	4. מידתיות
42	5. נאמן פרטיות
43	6. משמעות הפגיעה בפרטיות
43	ו. סוף דבר: איכות חיים במקום העבודה?

א. פתח דבר

האחים גרמי וסמיואל בנת'האם, פרדריק טיילור והנרי פורד אחראים במידה רבה לכך שמקומות עבודה רבים בחברה הקפיטליסטית של המאה העשרים ואחת הן זירות של מעקב מקיף, רציף, מדויק, וארוך-טווח של מעסיקים אחרי עובדיהם.¹ סמיואל בנת'האם הגה את הרעיון של מבנה אדריכלי שמאפשר שליטה קלה בעובדים על ידי יצירת רושם שהם נתונים למעקב מתמיד, מבלי

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לרחל הררי-ליפשיץ, טל ז'רסקי, עומר טנא, גיא מונדלק, טל מורס וטלי פישר על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה. birmhack@post.tau.ac.il

¹ גם קרל מרכס עמד על השליטה של מעסיקים בעובדיהם ככלי קפיטליסטי מרכזי, ומקס ובר עמד על כך שאיסוף מידע על העובדים הוא כלי בירוקרטי חשוב במקום העבודה. לדין, ראו: DAVID LYON, THE ELECTRONIC EYE: THE RISE OF SURVEILLANCE SOCIETY, 121-124 (Minneapolis, 1994); לניתוח מרכסיסטי, ראו SERGE GUTWIRTH, PRIVACY AND THE INFORMATION AGE 52-53 (Raf Caserat translator, Lanham, 2002). אולם, הדמויות הנזכרות בטקסט היו פעילות בקידום הרעיונות האלה, בעוד שמרכס וובר העירו את הערותיהם כביקורת על הפרקטיקות שהבחינו בהן.

שהם יודעים בכל רגע נתון אם הם נתונים להשגחה אם לאו. אחיו, ג'רמי בנת'האם אימץ ופרסם את הרעיון, תחת השם פאנאופטיקון (panopticon), כהצעה לבניית כלא שמבוסס על השגת משמעת בקרב האסירים על ידי הטמעת תחושה של מעקב מתמיד בקרבם.² טיילור פיתח את הניהול המדעי של מקומות העבודה כדי להשיג יעילות מירבית, שיטה שמבוססת, בין היתר, על הפרדה בין פונקצית הניהול לבין העבודה עצמה, ועל העיקרון של בקרה ניהולית שוטפת על תפקודו של כל עובד.³ פורד הוסיף את פס הייצור, שמאפשר ייצור המוני של מוצרים מורכבים, ומקצה לכל עובד תפקיד מוגדר ונקודתי. הגדרת התפקיד הנקודתית יוצרת בסיס נוח למעקב ומדידה של תפקוד העובד והערכת תפוקתו. מאז הגו הארבעה את רעיונותיהם, השתנו מקומות העבודה במובנים רבים, ואנו מכירים כיום מגוון של מקומות עבודה שלכל אחד מאפיינים ייחודיים משלו ומנוהלים לפי שיטות מתוחכמות. אבל המעקב שהיה אצל בנת'האם כלי להשגת משמעת, ואצל טיילור כלי לניהול יעיל יותר של מקום העבודה, על גבי המצע של חלוקת העבודה הפורדיסטית, הפכו את המעקב לחלק בלתי נפרד של סביבת העבודה המודרנית.⁴

האם מותר למעסיק לעקוב אחרי עובדיו? שאלה זו היא נושא מאמר זה. מעקב הוא מקרה קונקרטי של סוגיה רחבה יותר, של פרטיות במקום העבודה. מקרים אחרים של פרטיות בעבודה עולים בשלב שלפני ההעסקה: מעסיקים מפנים מועמדים לעבודה למבחני התאמה מסוגים שונים (פסיכולוגיים, פסיכומטריים וכדומה),⁵ אחרים דורשים בדיקות רפואיות, בדיקות סמים, מבדק גרפולוגי⁶ או בדיקת פוליגרף,⁷ ומתעניינים במידע אודות המועמדים, ובכלל זה מידע רפואי ומידע

² ראו Catherine Pease-Watkin, *Jeremy and Samuel Bentham – The Private and the Public* (2002), available at <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/journal/cpwsam.htm>. לפי ההצעה, תאי האסירים ייבנו בצורת מעגל, כאשר קיר אחד של כל תא שמופנה כלפי מרכז המעגל, בדרך שאפשר לראות אותם, אבל הם לא יכולים לראות החוצה (חישובו על תריסים ונציאנים או מראה חד-כיוונית). במרכז המעגל נמצא מגדל שמירה, שבו יש סוהרים, או, וזה החידוש המרכזי של בנת'האם, אין שומרים כלל. האסירים אינם יודעים אם יש סוהר שמשגיח עליהם אם לאו, וכך מפנימים את תחושת המעקב שהופכת למשמעת וריסון עצמיים. מישל פוקו עורר עניין מחדש בפאנאופטיקון כאשר הציג אותו ככלי להשגת כוח ושליטה על ידי יצירת משמעת בקרב האוכלוסייה הנצפית. ראו *THE FOUCAULT READER 188–193* (Paul Rabinow ed., 1984). מושג הפאנאופטיקון הורחב בכך למושג כללי של מעקב סמוי כאמצעי להשגת שליטה מרבית. לדיון ראו OSCAR H. GANDY, *THE PANOPTIC SORT: A POLITICAL ECONOMY OF PERSONAL INFORMATION* (1993).

³ טיילור הדגיש יחד עם זאת, שטובת המעסיק וטובת העובדים כרוכות זו בזו. ראו FREDERICK WINSLOW TAYLOR, *THE PRINCIPLES OF SCIENTIFIC MANAGEMENT* (NuVision Publications 2007) (1911). ראו דיון אצל LYON, *supra* note 1, at 119; CHRISTIAN PARENTI, *THE SOFT CAGE: SURVEILLANCE IN AMERICA FROM SLAVERY TO THE WAR ON TERROR*, 133-137 (New York, 2003). טיילור לא היה הראשון להנהיג שיטות מדעיות במקום העבודה. לדיון, ראו DAVID LYON, *SURVEILLANCE STUDIES – AN OVERVIEW* 34 (Cambridge, 2007).

⁴ על הקשר שבין מעקב למקום העבודה, ראו LYON, *SURVEILLANCE STUDIES*, *supra* note 1, at 33-36.

⁵ בית הדין הארצי לעבודה דן בסוגיית מבחני ההתאמה הפסיכולוגיים, וקבע שלגבי כל מבחן יש לקבוע את תוקפו ומהימנותו, ביחס לתפקיד שבו מדובר. מידת הדיוק, לפי בית הדין, צריכה להיות כזו שתצדיק את הפגיעה בפרטיות האדם, גם אם הסכים לבדיקה. דב"ע 4-70/97 **אוניברסיטת תל אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה**, פד"ע (ל1) 385, 399 – 400, 409 – 410 (1998); עסק 8/99 **ההסתדרות הכללית החדשה נ' אוניברסיטת תל-אביב** (2004). לדיון, ראו מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" **עבודה חברה ומשפט** ח 85 (2002); ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" **ספר שמגר** (חלק ג, עורכים אהרן ברק ואח') 775 (2003); אלישבע ברק, "עקרון תום הלב במשפט העבודה" **ספר ברנזון** 499, 510 – 515 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, כרך ב, 2000). לסיפור מקרה של מאבק בשאלונים חודרניים בארצות הברית, ראו ELLEN ALDERMAN & CAROLINE KENNEDY, *THE RIGHT TO PRIVACY* 277 (New York, 1995).

⁶ שופטי בית הדין הארצי לעבודה נחלקו בשאלת ההפניה של מועמדים לעבודה למבחן גרפולוגי: דב"ע נ/129-3 **פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ**, פד"ע (ל1) 481 (1997). השופטת ברק קבעה כי ההפניה למבחן כזה חודרת לפרטיות מעבר לדרוש (שם, בעמ' 497), ואילו הנשיא דאז גולדברג סבר שאין פסול בכך, וכי יש חזקה שמועמד

על אורח חייהם, או על עברם הפלילי.⁸ מקרה שני של פרטיות בעבודה דן במידע שנאסף על העובד תוך כדי עבודתו, מעצם עבודתו, כמו הערכות תקופתיות, תרשומת של שיחות עם הממונים, היסטוריה תעסוקתית בתוך הארגון, או מידע שמתבקש מטעם זה או אחר, כמו בדיקה רפואית תוך כדי העבודה.⁹ כדי לשלם משכורת ולציית לחוקי מס, דיני ביטוח ודיני עבודה שונים, למשל, נדרש המעסיק לדעת פרטים רבים אודות העובד. איזה שימושים מותר למעסיק לעשות במידע הזה?¹⁰ מקרה שלישי, שבו מתמקד מאמר זה, הוא מעקב אחרי העובדים.¹¹

הנחת המוצא של הדיון היא כי למעסיקים יש אינטרסים מגוונים ולגיטימיים כשלעצמם לעקוב אחרי עובדיהם, וכי לעובדים יש זכות לפרטיות שאיננה נשאת בשערי המפעל. המשגת העימות

לעבודה שמתבקש להגיש קורות חיים בכתב יד מסכים לבדיקה כזו (שם, בעמ' 504). בעניין **אוניברסיטת תל אביב** הראשון הושארה שאלת המבחן הגרפולוגי בצריך עיון. ראו שם, בעמ' 401 – 403. כפי שיובהר בהמשך, אני סבור שגם אם ניתן לאתר הסכמה, הרי שאין היא הסכמה מדעת, ולכן אינה יכולה להיות תקפה.

⁷ בקשר לבדיקת פוליגרף, נראה כי בתי הדין מאמצים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהנחייתו בעניין (מס' 3.1102, מיום 9.1.2003, נמצאת ב- <http://tinyurl.com/25gduy>), תוך החלת מבחן מידתיות. ראו עע 300228/95 **ויטראול נ' אבא מרגלית יצור ושיינק דברי מאפה בע"מ** (2006), שם העירה סגנית הנשיא ברק, בהערת אגב ובהסכמת השופטת ארד, כי יש להחיל על בדיקות פוליגרף את מבחן המידתיות, על מרכיביו: האם יש קשר להשגת המטרה, האם אין אמצעי פוגעני פחות, ומידתיות במובן הצר. פגיעת הפוליגרף בפרטיות מחד גיסא, והספקות בקשר למהימנות הבדיקה מאידך גיסא, הביאו אותה למסקנה כי הבדיקה נכשלת במבחן השלישי של המידתיות. הנשיא אדלר ונציגי הציבור סברו כי אין להכריע באופן גורף בנושא, אלא בכל מקרה ומקרה. גם בית הדין האזורי אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, והחיל אותה במקום עבודה פרטי, הפעם תוך יישום עקרון תום הלב, וקבע כי פיטורין שהסתמכו על בדיקת פוליגרף שנערכה לעובד שנחשד בעבירה פלילית ונדרש להסכים לבדיקה, לא היו כדין. ראו עב (אזורי ת"א) 005789/01 **בנג'י נ' שופרסל בע"מ** (2005), ובעניין אחר, דחה בית הדין בקשה של מעסיק לחייב עובד לבצע בדיקת פוליגרף, למרות שבעת קבלתו לעבודה חתם העובד על הסכמה לבדיקה כזו. ראו בשי"א (חי) 66/05 **חברה ליבוא וייצוא מוצרי אבזרי טבק בע"מ נ' אברפיר (2005)**. בארצות הברית נאסר על מעסיקים לדרוש מעובדיהם להיבדק בפוליגרף או להשתמש בתוצאות בדיקה כזו, ראו 29 U.S.C. §2002.

⁸ זכות לעיון של אזרח לעיין במרשם הפלילי אודותיו פורשה בבג"ץ ככוללת גם את הזכות לקבל תדפיס. ראו בג"ץ 7256/95 **פישר נ' מפכ"ל המשטרה**, פ"ד (נ) 1 (5) (1996). פסק הדין גרם לשינוי שכנראה לא נצפה על ידי בית המשפט ואינו ראוי, והוא שמעסיקים החלו לדרוש ממועמדים לעבודה להציג להם תדפיס של המרשם הפלילי בקשר אליהם. הפרקטיקה הקיפה לא רק את המרשם הפלילי שבו מפורטות הרשעות קודמות, אלא גם מרשם משטרה-פנימי, שכולל מידע על הרשעות שנמחקו, התיישנו, על תיקי חקירה שנוהלו וכיוצא באלה, גם אם הסתיימו בלא כלום. בשנת 2007 שינתה המשטרה את צורת התדפיס, כך שהמידע משני המרשמים מופיע בנפרד באופן שמקשה לדעת אם יש רישומים נוספים. ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל, **זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 65** (2007). לאחרונה, תיקנה הכנסת את החוק, וקבעה כי אין להשיג או לדרוש מן המרשם מידע כזה, תוך שהתיקון לחוק מתייחס במפורש לאיסור לבקש מידע כזה גם בקשר להעסקה. ראו חוק המרשם הפלילי (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008, ואת דברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון מס' 8), התשס"ז-2007, הצ"ח התשס"ז בעמ' 258. בעיה דומה התעוררה גם במקומות אחרים. באנגליה, למשל, נאסר לבקש מעובד להמציא רישום פלילי. ראו סעיף 56 ל-Data Protection Act, 1998.

⁹ כאשר דובר בעובד מדינה שנדרש לבדיקה רפואית לאחר שמעסיקו סברו כי מצב בריאותי לקוי משפיע על התפקוד, קבע בג"ץ כי הוראות התקשי"ר הן חלק מחוזה העבודה של העובד, ובכלל זה הוראה שמאפשרת בדיקה רפואית. ראו בג"ץ 826/89 **ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל ונוני נ' בית הדין האזורי לעבודה**, פ"ד מג(4) 745, 747 – 748 (1989). לביקורת על כך שתנאי מכללא (החייב בבדיקה רפואית במצבים מוגדרים) שנקבע באופן חד-צדדי על ידי המעסיק (בתקשי"ר) הפך לחלק מחוזה העבודה, ראו אלי מיטל "החייב עובד להעמיד עצמו לבדיקה רפואית בניגוד לרצונו" **שנתון משפט העבודה** ב 121 (1991), וכן, עדית דוידוביץ ויוסי גרין "בדיקות רפואיות ובדיקות התאמה לעובדים: האומנם מזכויות המעסיק?" **קרית המשפט** ג 521 (2003).

¹⁰ סעיף 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) קובע כי "שימוש בידעיה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נוסרה", היא פגיעה בפרטיות. כאשר מדובר במאגר מידע כהגדרתו בחוק, עקרון צמידות-מטרה זה, של שימוש המותר רק למטרה שלשמה נאסף המידע, האיסור מופיע גם בסעיף 8(ב) לחוק בקשר למאגרי מידע. ראו גם להלן, פרק 1.1. היבט נוסף של הפרטיות מתעורר גם אחרי סיום יחסי העבודה, בקשר לחוות דעת של המעסיק לשעבר: האם מסירת מידע אודות העובד לשעבר פוגעת בפרטיות העובד?

¹¹ לדיון ראו Shelley Wallach, *Who's Info Is It Anyway? Employees' Rights to Privacy and Protection of Personal Data in the Workplace*, 23(2) INT'L J. OF COMP. LABOUR L. & INDUSTRIAL RELATIONS 195 (2007).

בדרך זו, בין שיקולים מכשירניים לשיקולים דאונטולוגיים,¹² מסבירה את הקשר העמוק שבין דפוסי מעקב במקום העבודה לבין אופיים הקפיטליסטי של מקומות עבודה בעולם המערבי ואת המתח שביסוד הדיון. הנחת יסוד נוספת של הדיון פה היא כי קיימים פערי ידע וכוח מובנים במקום העבודה, שאינם מאפשרים לשוק להתנהל בעצמו. במילים אחרות, במקרים רבים יש כשל שוק בכל הקשור למעקב אחרי עובדים, וכמעט שאין ביכולתם של העובדים להתנגד. מובן שיש מצבים שבהם הנחה זו אינה מתקיימת, למשל כאשר ארגון העובדים חזק דיו וכוחו משתווה לכוחו של המעסיק (או עולה עליו). לא כל פער בכוחם של הצדדים הוא כשל שוק, אולם כאשר המחיר הוא פגיעה בזכויות יסוד, אני סבור שאין להשאיר את השוק ללא בקרה.¹³ מכאן נגזר שיש להבין מהי הפגיעה בפרטיות שיש במעקב, אם בכלל, ולנסות לאתר את המקומות שבהם השוק נכשל, אם נכשל, ולפי זה, לבחון פתרונות מתאימים.

דיני הגנת הפרטיות הקיימים בישראל אינם דנים במישרין במעקב אחרי עובדים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע קביעה כללית, ש"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", ומוסיף איסורים כלליים נוספים.¹⁴ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו",¹⁵ ומפרט מצבים שונים של פגיעה בפרטיות,¹⁶ אולם אינו דן באופן מיוחד במקום העבודה.¹⁷ חוקים שונים מגבילים את יכולתו של מעסיק לאסוף פרטי מידע מסוימים על עובדים,¹⁸ אולם גם בהם אין הסדרה כללית של המעקב. בתי המשפט (ובתי הדין לעבודה בכלל זה) דנו עד כה במקרים בודדים יחסית של פרטיות במקום העבודה, ומתוכם מקרים ספורים של מעקב.¹⁹ ככל שאפשר לאפיין את הפסיקה המועטה, היא נוטה להמשיג את הסוגיה כאיזון בין זכות העובדים לפרטיות לבין זכות היתר של המעסיק לנהל את מפעלו כראות עיניו (הפררוגטיבה של המעסיק), תוך שהיא מדגישה כי הזכות לפרטיות היא זכות יחסית, ותוך ספקנות באשר לתקפות הסכמתם של העובדים, במקרים שבהם הייתה הסכמה כלשהי. לימוד פסקי הדין מעלה ששתי המשפטים מתייחסים בדרך כלל לזכות לפרטיות כאל נתון

¹² המשגה זו היא בעקבות G. Stoney Alder, *Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: A Consideration of Deontological and Teleological Perspectives*, 17 J. OF BUSINESS ETHICS 729 (1998). לניתוח כלכלי שמנסה להסביר מדוע התועלת המצרפית דווקא תגדל אם יהיה איסור על שימוש באמצעי מעקב במקום העבודה, Patrick W. Schmitz, *Workplace Surveillance, Privacy Protection and Efficiency Wages*, 12(6) LABOUR ECONOMICS 727 (2005).

¹³ בנוסף, שוק העבודה עצמו אינו "טבעי". הוא אפשרי משום הקטגוריות המשפטיות של "עובד", מעסיק, זכויות קניין ודיני חוזים, תאגידים ולמעשה המשפט כולו.

¹⁴ ראו סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. האיסורים הם על כניסה לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו, על חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו או בכליו, ועל פגיעה בסוד שיחו של אדם, במכתביו וברשומותיו.

¹⁵ סעיף 1 לחוק. ס"ח תשמ"א-128. יסוד ההסכמה מרכזי לסוגיית הפרטיות, ואשוב אליה בהמשך הדברים.

¹⁶ החוק אינו מגדיר מהי פרטיות, אלא מפרט בסעיף 2, על דרך השלילה, מהי הפגיעה בפרטיות. חלק זה של החוק הוא תוצאה של דו"ח ועדת כהן: משרד המשפטים, **דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט** (1976). הדוח לא דן בשאלת הפרטיות בעבודה.

¹⁷ כך גם ברוב מדינות העולם, שבהן אין חקיקה ייחודית בקשר לפרטיות במקום העבודה. חריגים בולטים לעניין זה הם ניו-סאות' ווילס באוסטרליה (ראו: Workplace Surveillance Act, 2005), ופינלנד (Act on the Protection of Privacy in Working Life, 1976). הדוח: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040759.pdf>.

¹⁸ ראו למשל סעיף 2א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (איסור דרישת פרופיל צבאי) (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה); סעיף 29 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (איסור דרישת מידע גנטי).

¹⁹ ראו דיון להלן, פרק ד.

חשוב במערך החוקתי, אולם נראה שחסרה בפסיקה הבנה מעמיקה של הזכות בכלל. הדיון הקיים מיישם תובנות ועקרונות מדיני העבודה ובראשם עקרון תום הלב, ובמידה גוברת עקרונות מהמשפט החוקתי, ובראשם עקרון המידתיות, אולם נעדרים מהדיון עקרונות דיני הפרטיות.

חסר זה בא לידי ביטוי בפסק דין מהעת האחרונה, בעניין איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים, שבו קיבל בית הדין האזורי לעבודה את בקשת המעסיק להגיש כראיות הודעות דואר אלקטרוני (דואל) שכתבה העובדת.²⁰ זהו מקרה ראשון מסוגו שנדון בבית משפט בישראל של מעקב אלקטרוני אחרי עובדים. פסק הדין משקף ניסיון כן להבין את המורכבות של יחסי העבודה ואת הצרכים של הצדדים, אולם הוא בוחר ליישם, במידה רבה, גישה אמריקנית (בה אדון בהמשך הדברים), שהיא צרה מאוד וזרה לדיני הגנת הפרטיות בישראל. פסק הדין כבר יושם בהקשר נוסף, שבו ביקשה עיריית טבריה, במסגרת הליך משמעותי נגד מבקר העירייה, להגיש כראיה נתונים מתוך תיבת הדואר האלקטרוני של המבקר.²¹ במקרה אחר, אימץ בית הדין לעבודה בנצרת גישה אחרת.²²

הפרק השני יציג את "מקום העבודה העוקב". "מעקב" הוא שם כולל לסוגים שונים של איסוף מידע, שלעיתים יש להתייחס אליהם בנפרד ולא בדרך אחודה. יש סוגים שונים של מקומות עבודה וסוגים שונים של מעסיקים, וכך גם אינטרסים מגוונים של המעסיקים בקשר למעקב. הפרק השלישי בוחן את צידם השני של המאזניים, זכותם של העובדים לפרטיות. אציג תחילה עקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות. המטרה היא להשלים את החסר בהבנה עשירה יותר של הזכות לפרטיות.²³ הזכות לפרטיות תוצג כשליטה של אדם באישיותו ובמידע אודותיו, עיקרון שממנו נגזרים: עקרון ההסכמה, המעוגן בדין הישראלי (בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, שצוטט לעיל). לפי עיקרון זה, הסכמתו המודעת והחופשית של האדם יכולה להכשיר את מה שאחרת היה נחשב לפגיעה בפרטיות. עיקרון שנגזר מקודמו הוא עקרון צמידות המטרה, כלומר הגבלת השימוש במידע שנאסף למטרה לשמה נאסף. הדיון יצביע על עיקרון נוסף, שאין לו נוכחות מפורשת בדין הנוכחי, וטעון פיתוח חקיקתי או שיפוטי, והוא עקרון התכלית הראויה, שמגביל מלכתחילה את אפשרות האיסוף של המידע.²⁴ עקרון המידתיות המוכר מהמשפט החוקתי יכול להשלים את

²⁰ עב (אזורי תל אביב) 010121/06 **טלי איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים** (15.7.07) (להלן: עניין איסקוב-ענבר). סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מאפשר לבית המשפט לפסול ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, ומכאן עולה השאלה המקדמית, אם מדובר בפגיעה בפרטיות. בית הדין הארצי לעבודה נענה לבקשת רשות ערעור, ואף התיר לאגודה לזכויות האזרח ולעמותת קו לעובד להצטרף כידידי בית המשפט. ראו בר"ע 570/07 **איסקוב-ענבר נ' משרד התמ"ת** (החלטה מיום 10.1.08). במועד כתיבת שורות אלה, הערעור טרם נדון. ע"ע 90/08 **איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים**.

²¹ בית הדין המשמעותי של עובדי המדינה נעתר לבקשה. ראו ת.מ. 46/06 **עיריית טבריה נ' בנימין אליהו** (22.10.07). כנגד ההחלטה הוגשה עתירה לבג"ץ, המתמקדת בהקשר של ביקורת הפנים ברשות המקומית. ראו בג"ץ 655/08 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בית הדין למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות**. במועד כתיבת המאמר, העתירה תלויה ועומדת בבית המשפט.

²² עב (אזורי, נצרת) 1158/06 **אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' רני פישר** (9.4.08). בעניין זה קיבל בית הדין את בקשת העובד להוציא מתיק הראיות הודעות דואל שמצא המעסיק בתא הדואר של העובד.

²³ פרק זה יסתמך בחלקו על מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9 (2007).

²⁴ עקרון זה קיים במפורש במשפט האיחוד האירופי. ראו סעיף 6 לדירקטיבה העוסקת בהגנת מידע: Council Directive 95/46/EC, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and

החסר הזה.²⁵ ביישום של הדיון העקרוני למקום העבודה, אצביע על קושי מרכזי בסוגיה, שהוא הניסיון לסווג את מקום העבודה כ"רשות יחיד" של המעסיק או של העובד, או כרשות הרבים. אטען כי מקום העבודה המודרני (ודאי זה הפוסט-מודרני) מטשטש את הדיכוטומיה הזו ומייתר את האבחנות שיש בדיון הקיים. הפרק הרביעי יבחן את הדיון הקיים בישראל, על ידי סקירת מעט הפסיקה שעסקה בנושא ואפיונה במסגרת שיח האיזונים החוקתי, ויתעכב ויבקר את החלטת בית הדין האזורי בעניין איסקוב-ענבר. הפרק החמישי יבקש לגזור פתרונות מעט יותר קונקרטיים מתוך העקרונות שקדמו לו. אטען כי יש לגבש סל פתרונות משפטי, ארגוני וטכנולוגי. כל עוד אין חוק ספציפי שמסדיר את הסוגיה, הרי שעקרון ההסכמה (למרות מגבלותיו), עקרון צמידות המטרה ועקרון התכלית הראויה מאפשרים ליצור משטר משפטי שמאפשר למעסיקים לממש את רצונם במידה סבירה תוך שמירה על פרטיות העובדים. אציע לבחון הוספת מנגנונים נוספים, שיאפשרו למעסיקים לבקש אישור מוקדם, שיפוטי או אחר, לביצוע מעקבים במצבים מסוימים, ומנגנונים לשינויים ארגוניים שימזערו גם הם את הפגיעה, כמו שיתוף העובדים בהחלטות ומינוי "נאמן פרטיות" במקום העבודה.

מטרת הדיון הזה היא לתרום לדיון בסוגיית הפרטיות במקום העבודה, ולצד זה, לבחון את מהותה של הזכות לפרטיות. במיוחד, הדיון ימחיש את קוצר היד של קטגוריית "הפרטיות במקומות" המקובלת בחשיבה האמריקנית, את מגבלותיו של עקרון ההסכמה המקובל במשפט הישראלי, את קוצר ידו של המבחן האמריקני המקובל לזיהוי פרטיות (ציפיותיו הסובייקטיביות הסבירות של האדם), ולכן יזהיר מפני אימוצו המהיר מדי בקשר לפרטיות במקום העבודה בישראל. הדיון מצטרף לטיעון כללי, שלפיו יש להבין את הזכות לפרטיות כבעלת גרעין חזק ומעטפת משתנה, תלוית-הקשר.

ב. מעקב במקום העבודה

פרק זה מצביע תחילה על השינויים שחלים בדפוסי המעקב במקום העבודה, ומתמקד במאפייניו של המעקב האלקטרוני ולאחר מכן, בוחן את האינטרסים של המעסיק בקשר למעקב. הפרק הבא יציג את הזכות לפרטיות של העובד.

1. ממבט עיניים לתיעוד ממוחשב

מקום העבודה שינה את פניו במהלך המאה התשע עשרה והמאה העשרים בהיבטים רבים שלו, אולם מרכיב אחד נותר ללא שינוי: הרצון של המעסיק לפקח על עובדיו, בראש ובראשונה כדי לוודא שזמן העבודה וכוח העבודה שעבורם הוא משלם, מנוצלים בדרך היעילה ביותר, לפי שיקול דעתו. הפיקוח על ניצול זמן כוח העבודה לבש צורות רבות. דרך פיקוח אחת היא המבנה הפיסי של המפעל, שבו למשל, משרדו של המנהל נמצא בקומה גבוהה מאשר "רצפת המפעל", כך שהוא יכול לצפות בעובדים מלמעלה, ואילו הם צריכים להרים את ראשם מהמכונה כדי לראות אותו. במפעל המודרני, המשרד, אחת הדרכים לפיקוח היא יצירת חלל משרדי אחד שבו נמצאים

"on the free movement of such data (24 October, 1995). הסעיף קובע, בין היתר, שמידע אישי צריך להיות "adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed". (סעיף 6(c)).

²⁵ ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה", עיוני משפט לא (2008), הטוען כי בתי הדין כבר מפעילים את עקרון המידתיות, גם אם לא תמיד באופן מפורש, וכי ראוי ליישם את העיקרון בצורה מפורשת וברורה יותר.

העובדים (open space).²⁶ צורות אלה הן יישום חלקי של הפאנאופטיקון: העובדים חשופים לבקרה של המנהלים או של עמיתיהם לעבודה, יודעים שאם יאטו את עבודתם או יפסיקו אותה לזמן מה, יצטרכו להסביר, או לשלם על הפחתת התפוקה, בין בכסף ובין במשרתם. הטמעת משמעת וצייתנות על ידי עיצוב פיסי היא רק דרך אחת להשגת בקרה. הטכנולוגיה מאפשרת דרכים שונות לבדיקת ניצול זמן העבודה, על ידי בדיקת התפוקה: כמה עמודים מדפיס הכתבן בשעה? מתי הגיעה העובדת למפעל ומתי יצאה, כמה ארגזים מילאה בזמן הזה? איסוף המידע, השוואתו לתפוקת העובדת בימים אחרים, השוואה לעובדים אחרים ושאר ניתוחים סטטיסטיים מאפשרים גם הם בקרה אפקטיבית.

כיום, טכנולוגיות המידע (Information Technology – IT) חודרות יותר ויותר למקום העבודה. המחשב המחובר בחיבור מהיר וקבוע לרשת האינטרנט הוא כלי עבודה הכרחי במשרדים ומפעלים רבים. לצד היותה כלי עבודה, אותה טכנולוגיה יכולה לשמש גם אמצעי מעקב אלקטרוני שממלא תפקיד שדומה לעינה הצופייה של ההנהלה: בדיקה של תפוקת העובד. לצד זה, כלי העבודה מאפשר גם שימושים שאינם קשורים בעבודה, כמו גלישה חופשית ברשת, שיחות באמצעות תוכנות למסרים מיידיים (Instant Messaging – IM), צ'אט, משלוח דואל פרטי. יוצא, שאותם השינויים הטכנולוגיים שמייעלים את העבודה ומציעים כלים מתוחכמים יותר, מהווים בו בזמן איום על יעילות העבודה.²⁷ אמצעי המעקב האלקטרוניים שמופעלים לצד או כחלק מכלי העבודה האלקטרוניים מאפשרים לבדוק מה עשה העובד בזמן שעבד, וגם מה עשה בזמן שלא עבד. בנוסף, אמצעי המעקב מאפשרים ניטור מלא ומדויק של כל הפעולות האלה: איסוף מידע על נתוני התקשורת, כלומר מי שוחח עם מי או שלח מסר למי, מתי, מה היה אורך השיחה או נפח ההודעה, כותרת המסר, האם צורף אליה קובץ וכיוצא באלה, לצד מידע על תוכן המסרים, מידע על האתרים שבהם גלשה העובדת, שאילתות ששאלה במנועי חיפוש, ואפילו הקלדת מקשים במקלדת, שמאפשרת לשחזר סיסמאות.²⁸ במילים אחרות, המידע הוא הן של נתוני תקשורת והן של תוכן התקשורת. בחלק מהמקרים, התיעוד אפשרי בגלל הארכיטקטורה של הטכנולוגיה, כלומר הצורה בה היא בנויה. למשל, את שירותי הדואל מספק, במקרים רבים, מקום העבודה עצמו ולכן ההודעות עוברות דרך שרת מרכזי. במקרה כזה, המעסיק לא צריך להתאמץ במיוחד כדי להניח ידו על הדואל.²⁹ במקרים אחרים, נדרשת פעולה יזומה של המעסיק להתקין ולהפעיל

²⁶ לדיון מרתק בהשפעות של תכנון אדריכלי של מקום העבודה על פרטיות העובדים, ראו Virginia W. Kupritz, *Privacy Management at Work: A Conceptual Model*, 17(1) J. OF ARCHITECTURAL & PLANNING RESEARCH 47 (2000). המחברת דנה שם בדרכים שונות להשפיע על הפרטיות, שמוצגת שם כשליטה של האדם באינטראקציה בין-אישית, ובין היתר בהיבטים אקוסטיים, ויזואליים (גובה הקירות, אם בכלל, משרדים נפרדים, דלתות), תחושת המרחב (מיקומו של העובד ביחס לתנועה האנושית הפיזית במשרד), ומדגישה לא רק את האמצעים הפיסיים השונים שאפשר לנקוט, אלא גם את המשמעות הסימבולית של הפרטיות. אגב, גם טיילור זיהה באופן אינטואיטיבי את השפעת התכנון הפיזי של מקום העבודה על יעילותה. למשל, הוא מדווח על מפעל שהרחיק את עמדות העבודה של הפועלות זו מזו כך שלא יכלו לדבר האחת עם השנייה במהלך העבודה. ראו טיילור, לעיל הי"ש 3, בעמ' 54.

²⁷ במובן הזה, זהו מקרה נוסף שבו הטכנולוגיה היא דו-שימושית: לצד שימושיה הטובים והחיוביים יש לה שימושים שנתפסים כשליליים, אם כי מידת השליליות שנויה במחלוקת. לדיון במאפייני הטכנולוגיה בהקשר של הסדרה משפטית, ראו מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוקי המחשבים" **שערי משפט** ד 315, 317-324 (2006).

²⁸ לסקירה של אמצעי מעקב שונים, ראו יעל און ואח' **פרטיות בסביבה הדיגיטלית** 140 - 143 (המרכז למשפט וטכנולוגיה, ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2005).

²⁹ ראו עניין **עיריית טבריה נ' אליהו**, לעיל הי"ש 21.

מערכות מעקב. השוק מציע מוצרי מעקב רבים במחיר שווה לכל אדם ותאגיד.³⁰ מחקר אמריקני משנת 2001 טוען כי המחיר הנמוך של אמצעי המעקב גורם, יותר מכל גורם אחר, להגברת המעקב במקום העבודה.³¹ לאלה, יש להוסיף גם את מצלמות הווידאו, נסתרות או גלויות, אמצעי מעקב גיאוגרפיים (איכון), ואמצעי זיהוי שונים, כמו זיהוי ביומטרי של העין, טביעות אצבע או טביעת כף יד, וכיוצא באלה נתונים פיסולוגיים, שמאפשרים זיהוי של העובד או שבבים אלקטרוניים דוגמת RFID,³² שנעשה בהם שימוש בעיקר בקשר לכניסה למקומות פיסיים או לחומר מחשב.

מבטו הנוקב של מפקח העבודה במפעל עשוי להיות מאיים ומרתיע, אבל כוחו של אמצעי המעקב האלקטרוני חזק פי כמה. התייעוד האלקטרוני מדויק; הוא אינו סובייקטיבי כמו מראה עיניו של המפקח שעשוי לטעות. דוח של ה- American Management Association (AMA) תיאר את הדיוק של אמצעי המעקב כמקבילה האלקטרונית לראיות DNA.³³ המעקב האלקטרוני מתמיד, יציב ורציף. בשונה מהמפקח, תוכנת המעקב אינה מתעייפת לעולם. בשונה מזיכרונו האנושי של המפקח, המידע הנצבר אינו נמחק מעצמו, והתייעוד האלקטרוני יכול להישמר לכל תקופת עבודתו של העובד במפעל (ואף לאחר מכן). המידע הדיגיטלי מאפשר עיבוד קל ופשוט, ניתוחים שונים והצלבה עם נתונים של עובדים אחרים, השוואה למפעלים אחרים, ככל שהמידע זמין, ושאר פעולות של כריית מידע, וכל זאת בצורה קלה, פשוטה, זולה מדויקת לעומת עיבוד נתונים ידני.

שוני נוסף באמצעי המעקב האלקטרוניים לעומת המבט הבוחן של מפקח העבודה הוא שהם תקפים גם מחוץ לשטח הפיסי של המפעל. בסביבת העבודה המודרנית, עובדים רבים נמצאים בבית, בדרכים או "בשטח", ומשתמשים בציוד של המעסיק: מחשב נייד, טלפון נייד, מכוננית. אמצעי המעקב יכולים לתעד את הפעילות בכל אלה ללא קושי, ובכלל זה איכון. מערכות הניווט שמסייעות לנהג לאתר את דרכו, או מכשור שנועד לסייע באיתור רכב גנוב, ומכשירי הטלפון הנייד כל אלה מאפשרים לאתר את המקום הפיסי של העובד בכל רגע נתון.

מאפיין מרכזי נוסף של המעקב האלקטרוני שהוא חשוב במיוחד לדיון בזכות הפרטיות, הוא שהמעקב אינו בהכרח גלוי. במפעל, יכול היה העובד להרים את ראשו ולראות אם המנהל משגיח. אומנם, לאחר שהעובד הפנים את היותו נתון לצפייה, הרמת הראש אינה פעולה טריוויאלית.

³⁰ כך למשל יצרני תוכנה בשם Spector CNE מסבירים כי ניתן להתקין אותה בכל נקודה ברשת המחשבים, התוכנה מאפשרת למעסיק לראות את כל הודעות הדואל הנכנסות והיוצאות של העובד, שיחות רשת, קבצים שהורדו מהרשת, יישומים שהופעלו והקלדות, רשימת אתרים שנגלשו, כמו גם תצוגה ויזואלית של האתרים. המחיר הוא כשבע מאות דולר עבור עשרה רישיונות, כלומר פחות משבעים דולר למעקב אחרי עובד. ראו: <http://www.eblaster.com/docs/employee-web-tracking.html>

³¹ ראו Andrew Schulman, *The Extent of Systematic Monitoring of Employee E-mail and Internet Use*, Privacy Foundation (2001), נמצא ב- <http://www.sonic.net/~undoc/extent.htm>

³² RFID (Radio Frequency Identification) הוא שבב אלקטרוני שיש לו יכולת לשדר מידע שנאגר בו, ככל שהשבב תוכנת לאסוף מידע כזה. במקסימום הושתלו שבבים כאלה בגופם של שמונה עשר עובדי ממשל, בהסכמתם, כאמצעי לזיהוי לשם כניסה למקומות מוגבלים. ראו דיווח ב: *RFID and Surveillance in the Workplace*, 59, WORLD OF WORKS, 16, 17 (2007), נמצא ב: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_082631.pdf

³³ ראו AMA, 2005 ELECTRONIC MONITORING & SURVEILLANCE SURVEY, available at www.amanet.org/research/pdfs/EMS_summary05.pdf

משמעת העבודה הקשיחה הוטמעה אצלו. אבל במקרה של מעקב אלקטרוני, העובד אינו יודע אם פעולתו מתועדת באותו רגע אם לאו. הנחת העבודה של העובד שמודע לאפשרות המעקב, היא שהוא מתועד, כל הזמן. בנתיאם וטיילור חברו יחדיו להשגחה טוטלית. לאור זה, אין זה מפתיע כי בארצות הברית, שם כמעט שאין מגבלות משפטיות על מעקב אחרי עובדים,³⁴ השימוש באמצעי המעקב נמצא בעלייה מתמדת.³⁵ מחקר ישראלי שנערך בשנת 2007 מצא שלמעלה ממחצית מהמשיבים לסקר דיווחו שהארגון בו הם עובדים משתמש בווידיאו למעקב אחרי כלל העובדים.³⁶

מאפייניו של המעקב האלקטרוני מבדילים את שאלת המעקב ממצבים אחרים שבהם פרטיות העובד נתקלת בקשיים במקום העבודה, כלומר מבחני ההתאמה למועמדים ואיסוף יזום של מידע במהלך העבודה (בדיקות סמים, למשל) או איסוף מידע כללי אחר על העובד. אומנם, בכל שלושת המצבים – מבחני התאמה, שימוש במידע ומעקב יש מאפיינים דומים, ובעיקר פערי הכוחות המובנים שבין המועמד לעבודה/העובד לבין המעסיק, אבל ההבדלים חשובים ומשמעותיים. בעוד שמבחני ההתאמה גלויים למועמד לעבודה, השימוש במידע ומעקב איננו בהכרח ידוע לעובד. מבחני ההתאמה נקודתיים, צופים פני עבר ומשקפים פרטים שנכונים לנקודת זמן אחת (חלקם עשוי לשקף מצב קבוע, כמו בעיה רפואית), ואילו המעקב מתמיד, רציף וממשמע את העובד מאותה נקודה ולהבא. בכל המקרים, יש חשש שהמידע שנאסף למטרה מסוימת, כמו בדיקת ההתאמה לעבודה או תפוקת העובד, ישמשו למטרות אחרות.

2. המעסיק: ניהול יעיל וניהול סיכונים

למעסיק יש אינטרסים רבים שמביאים אותו להשתמש באמצעי מעקב, אם כי, כפי שנראה בהמשך, הנוק שנגרם לעובדים עלול להשליך על המעסיק, ולצד הזמינות הגוברת של אמצעי מעקב ומחירם היורד, אין פלא שמעסיקים אכן משתמשים באמצעים אלה. הדיון כאן מציג תחילה את האינטרסים, ובהמשך בוחן את לבושם המשפטי ואת משמעותם. ניתן לסווג ולאפיין את האינטרסים לפי אמות מידה מגוונות, למשל אם מדובר באינטרס פנים-ארגוני או חוץ-ארגוני, לפי עוצמת האינטרס או מטרותיו. נוח לסווג את האינטרסים לפי מהותם, קבוצה אחת היא אינטרסים של ניהול יעיל של המפעל וקבוצה שנייה היא ניהול סיכונים. תמהיל האינטרסים שונה ממקום עבודה אחד לאחר, לפי הבעלות ומהות מקום העבודה (ציבורי או פרטי), סוג המוצר או השירות שהוא מפיק, היקפו, גודלו ואופיו של המפעל. מפעל ענק לייצור שבבים אלקטרוניים שונה ממרכז שירות טלפוני ללקוחות או ממספרה. משרד ממשלתי שונה ממעסיק פרטי או ממוסד אקדמי.

³⁴ בהמשך הדברים אדון בפסק הדין המרכזי בסוגיה זו בארצות הברית, O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987), ראו להלן, טקסט לה"ש 126.

³⁵ לפי סקר ה-AMA לשנת 2005, שם, 76% מהמעסיקים האמריקנים עוקבים אחרי גלישת העובדים באינטרנט; 65% חוסמים גישה לאתרים מסוימים, 36% עוקבים אחרי הקלדות במחשב וזמן עבודה במחשב, 50% בוחנים קבצי מחשב של העובדים, ו-55% מהמעסיקים עוקבים אחרי תוכן הודעות דואל של עובדים. יחד עם זאת, מבין המעסיקים העוקבים, בין 80 ל-90 אחוז מיידיעים את העובדים על שיטות המעקב הננקטות (השוני הוא לפי סוג המעקב).

³⁶ יצחק הרפז, ניטור ופיקוח אחר עובדים: 'האח הגדול' חי ונושם בעוז בארגוני העבודה בישראל (2008)(עותק בידי המחבר). לפי המחקר, ב-61% מהארגונים אין הארגון מיידיע את העובדים לגבי מדיניותו בנושא.

תחת האינטרסים של הניהול היעיל של המפעל, נמצא בראש ובראשונה הרצון להגביר את תפוקת העובדים ולהוזיל עלויות ייצור.³⁷ האינטרס הוא אישי של המעסיק, וכן משום שהוא חב חובת נאמנות לציבור (כאשר מדובר בארגון ממשלתי או ציבורי) או לבעלי המניות. לאינטרס היעילות הזה פן חיובי ופן שלילי. בפן החיובי, המעסיק מבקש להגביר את התפוקה של כל עובד במשך זמן העבודה, מבלי לפגוע באיכות המוצר או השירות הרצויה בעיניו. עובד שמייצר 100 מוצרים בשעה יעיל יותר מעובד שמייצר 60 מוצרים זהים באיכותם בשעה. מעקב יכול לסייע בבירור כישוריהם ומיומנויותיהם של העובדים, בירור שלפיו אפשר להעניק תמריצים חיוביים לעובדים היעילים יותר (ולכן שיקול זה פועל לטובת מי שיודעים כי הם עובדים יעילים) ותמריצים שליליים לעובדים היעילים פחות. בפן השלילי, המעסיק מבקש לצמצם את אי-היעילות של העובדים. עובד שבזמן העבודה עסוק בענייניו האישיים, גולש באינטרנט ללא קשר לתפקידו,³⁸ גורם למעסיק להוצאה כספית שאינה מניבה תמורה מספקת בעיניו.³⁹ בנוסף, בפן השלילי, העובד שאינו עובד מבזבז, בעיני המעסיק כמובן, משאבי מערכת, כמו שיחות טלפון פרטיות או רוחב פס של חיבור לרשת המחשבים.

יתרונות יעילות נוספים שיש במעקב הם כאמצעי אכיפה פלילי/משמעתית, וכאן הכוונה למעקב שנועד לתעד גניבות על ידי לקוחות או על ידי עובדים. במקרה כזה, המעקב יכול להיות סמוי, במקרה של חשד ספציפי, או גלוי, שאז תפקידו הוא למשמע את הלקוחות/עובדים (במקרים רבים, די בשלט "שימו לב! במקום זה מותקנות מצלמות אבטחה!", וכל עוד לא ייודע הדבר, אין אפילו צורך במצלמות עצמן). זהו יישום של רעיון הפאנאופטיקון: המעקב מפנים אצל החשופים לו את עובדת המעקב, מתוך כוונה שירסנו את עצמם ויימנעו מפעילות בלתי חוקית, כמו גניבה או מעילה.

המעקב אחרי הלקוחות כאמצעי אבטחה למנוע גניבות הוא אינטרס חוץ-ארגוני של המעסיק, אם כי הוא עשוי להקיף גם את העובדים, שהרי בחנות נמצאים לא רק הלקוחות, אלא גם המוכרים. אינטרסים נוספים מכוונים כלפי חוץ, אבל משליכים כלפי פנים, למשל, הקלטת שיחות טלפון של סוכני מכירות או מוקדני שירות טלפוני. השיחה מוקלטת כאמצעי לתיעוד הפרטים שנמסרים בין הצדדים, או ההתחייבויות שבין העסק ללקוחותיו, אבל גם להם יש אפקט פאנאופטי: הצדדים מודעים להקלטת השיחה במקרים רבים ("שימו לב, השיחה מוקלטת כדי לשפר את השירות ללקוח"), גורם שעשוי להביא לריסון התבטאויות, הקפדה על נימוס וכדומה.

³⁷ ראו Kirsten Martin and R. Edward Freeman, *Some Problems with Employee Monitoring*, 43 J. OF BUSINESS ETHICS 353 (2003); אלדר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 731.

³⁸ ראו למשל את נסיבות המקרה שנדון בבש"א 2250/01 (אזורי – ת"א) **אבי גורי נ' עיריית רמלה**, פד"ע נה(2001) לו.

³⁹ מחקרים שונים מנסים לכמת את זמן העבודה "המבזבז". לפי סקר רחב היקף (2700 נשאלים) של AOL ושל SALARY.COM, עובד אמריקני מקדיש 1.86 שעות מתוך שמונה שעות עבודה, בעניינים שאינם קשורים בעבודה. הפעילות הזו היא בעיקר של גלישה באינטרנט, שיחות חברתיות עם עובדים, "סידורים" ועוד. מעסיקים, אגב, מביאים בחשבון שעובדים מבזבזים בממוצע 0.94 שעות ביום עבודה בדרכים האמורות, מעריכים שהנתון האמיתי הוא 1.6 שעות, ואילו העובדים מדווחים על 1.86 שעות. הנזק השנתי המצטבר לפי הסקרים האלה, כלומר תשלום שכר עבור עבודה שאינה מתבצעת מגיע למעלה מחצי טריליון דולר. ראו <http://tinyurl.com/335w6c>.

לצד האינטרס של ניהול יעיל, אנו עדים למעקב שמטרתו למזער סיכונים שונים של המעסיק, לכלליים ו/או משפטיים. מעסיקים שבמערכות המחשב שלהם מצוי מידע שהוא בגדר סוד מסחרי כמו רשימות לקוחות או מידע טכנולוגי, יבקשו להגן על המערכות מפני דליפת מידע מתוך הארגון החוצה.⁴⁰ החשש פה הוא למשל שעובד יעביר קבצים ממערכת המחשב של הארגון למתחרים. לעובדים יש גישה קלה ונוחה בדרך כלל לסודות המסחריים, והניסיון מעלה כי במקרים רבים העובדים הם מקור ההדלפה של הסוד. המעסיקים יבקשו גם למנוע חדירה מבחוץ פנימה, כלומר ריגול תעשייתי. מערכות אבטחת מידע הן צורך כלכלי שחשיבותו גדלה ככל שעסקים לומדים שפרט לנכסים המוחשיים שיש להם, יש להם גם ידע וקניין רוחני מסוגים שונים שחיוניים לעסק. האינטרס למניעת זליגת מידע וחדירה לא מורשית לחומר המחשב יתבטא במערכות אבטחת מידע שמתעדות, למשל, כניסה ושימוש במאגרים מסוימים, מערכות של הרשאת גישה, מגבלות על העברת קבצים, וניטור של תכנים כמו דואל.

אינטרס נוסף של ניהול סיכונים הוא רצון המעסיק להימנע מאחריות (ישירה או שילוחית) לעוללות או עבירות שביצעו העובדים, בין אם הנוק הוא בתוך המפעל ובין אם מחוצה לו. מקרה אחד הוא מניעת הטרדה מינית.⁴¹ המקרה הנפוץ בהקשר הזה, הוא גלישה של עובדים לאתרים פורנוגרפיים באינטרנט בדרך שעובדים ועובדות אחרים נחשפים אליהם, למשל כאשר מסך המחשב ממוקם באופן שגלוי לשאר העובדים, או שהם משתמשים באותו מחשב. מקרה אחר, הוא רצונו של המעסיק להימנע מאחריות להפרות זכויות יוצרים על ידי העובדים. עובד שמשתף או משתתף בהעברת קבצים המוגנים בזכויות יוצרים ללא רשות בעליהם, למשל של מוסיקה או סרטי קולנוע, עשוי להיתבע, וכך גם מעסיקו.⁴² במקרה כזה, ולפחות בטכנולוגיה הנוכחית, להורדת קבצים גדולים יש גם השלכה על שימוש רחב הפס. מקרה שלישי הוא העולה שמוכרת בדין האמריקני שמטילה אחריות על מעסיק בגין בחירה רשלנית של עובדים, למשל חברת אוטובוס ששוכרת נהג לא מיומן שגורם לתאונות.⁴³ מצב נוסף של ניהול סיכונים כרוך בפרקטיקה הגוברת במסגרת הליכים משפטיים, לדרוש גילוי מסמכים שכולל גם חומר מחשב, כולל כזה שנמחק, אבל נוצר לו גיבוי אוטומטי בשרת הרשת. הודעות דואל שנכתבו באופן "פרטי" על ידי

⁴⁰ לתאגידים עצמם אין זכות לפרטיות. ראו סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, וכן בג"ץ 648/99 נאוי נ' יו"ר הכנסת (1999). יחד עם זאת, סודותיהם המסחריים מוגנים ברשת משפטית רחבה, למשל בסעיף 6 לחוק עוללות מסחריות, התשנ"ט-1999, בעבירה של חדירה לחומר מחשב לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995. לדיון, ראו בירנהק, "משפט המכונה", לעיל ה"ש 27.

⁴¹ סעיף 7(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 קובע כי: "מעביד חייב לנקוט אמצעים סבירים, בנסיבות הענין, כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה, על ידי עובדו, או על ידי ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, ולטפל בכל מקרה כאמור...". לדיון, ראו שרון רבין-מרגליות "מי מוטד מהטרדה מינית בעבודה?: ספר ברנזון 697 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, כרך ב, 2000), במיוחד בעמ' 705 – 710 (בקשר לסביבת עבודה עוינת), ובעמ' 718 (בקשר לאחריות המעביד); רחל בנזימן "הטרדה מינית בעבודה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 318 (עורכות פרנסס רדאי, כרמל שלו, מיכל ליבן-קובי, 1995). לדיון נרחב בקשר שבין פרטיות להטרדה מינית במקום העבודה, על רקע פרשת מוניקה לוינסקי, ראו JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA, 79 (New York, 2001).

⁴² ראו מרטין ופרימן, לעיל ה"ש 37.

⁴³ לעולה יש עיגון במשפט המקובל האמריקני: Restatement (Second) of Agency § 213 (1958). לדיון, ראו Ponticas v. K.M.S. Investments, 331 N.W.2d, למשל את פסק דינו של בית המשפט העליון במדינת מינסוטה, 907 (Minn. 1983).

עובד שימשו בכמה מקרים כראיות ניצחות לכך שהעובד ו/או המעסיק ידעו כי פעולה או מחדל שלהם הם הפרה של החוק.⁴⁴ המעסיק יעדיף שהודעות כאלה לא ייכתבו מלכתחילה.

הסקירה הקצרה הזו אינה ממצה, אבל היא ממחישה את מגוון האינטרסים של המעסיקים. חלקם אינו רלוונטי למקומות עבודה מסוימים (מניעת סוד מסחרי אינה רלוונטית לעסק שאין בו סודות כאלה, מעקב אחרי שירות לקוחות אינו רלוונטי לעסק שאין בו שירות כזה), וברור שבמקרים רבים יש למעסיקים כמה אינטרסים מסוגים שונים. אבל למרות השוני, רבים מהם מתנקזים בפועל למעקב מסוגים שונים אחרי העובדים.

האינטרסים של המעסיק לבושים לבוש משפטי של זכות הקניין של המעסיק בעסקו, וזו מעוגנת כיום ומוגנת במסגרת הזכות החוקתית לקניין. יחד עם זאת, חשוב לזכור, שההמשגה המשפטית של האינטרסים כזכות קניין איננה בבחינת סוף פסוק. כפי שבתני הדין הבהירו, זכות הקניין של המעסיק משתרעת על המפעל, אבל לא על העובדים. בני אדם אינם עוד מושא להגנה קניינית של אחר. לכל היותר, העובדים משכירים את כוח העבודה שלהם לרשות המעסיק.⁴⁵ יתרה מכך. בתי הדין קבעו שגם לעובדים זכות קניינית במפעל.⁴⁶ אין הכוונה למפעל הפיזי, למקרקעין ולמכונות שבמפעל, אלא למשמעות הכלכלית של העסק כולו. ואפילו, הכרה בקיומה של זכות קניין איננה מכתובה כפיפות מלאה של העובד למעסיק, שכן הזכות מוגבלת בעקרונות שונים, בין מתוכה ובין מחוצה לה.⁴⁷

בדיני העבודה, ועוד קודם למהפכה החוקתית שהביאה לניסוח הזכות של המעסיק כקניין, הוכרו האינטרסים של המעסיק וזכו להגנה תחת הכותרת של "זכות-היתר (הפררוגטיבה) של

⁴⁴ בהקשרים מסוימים יש חובה שלא למחוק הודעות כאלה. ראו למשל, Sarbanes-Oxley Act, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, §802, codified as 18 U.S.C. §1519 מעירים בצדק כי מעקב אחרי עובדים כדי למנוע מראש היווצרות ראיות שימשו בדיעבד בהליכים משפטיים אינו מסכל את הפעילות הבעייתית שאותה הדין מבקש למנוע (נניח הונאת לקוחות על ידי העסק), אלא רק יקשה על השגת ראיות. לעיל ה"ש 37, בעמ' 355.

⁴⁵ ראו את דבריה של השופטת ברק בפסק דין בו הייתה בדעת מיעוט, אם כי נראה שדברים אלה משקפים את עמדת בית הדין בכלל (ובכל מקרה, בג"ץ קיבל עתירה כנגד פסק הדין): "בעליו של מפעל אינו בעליו של העובדים במפעל. לא העובדים ולא כוח העבודה שלהם, הם קניינו של המעביד. העבודות, שראתה בעובד קניינו של המעביד, פסה מן העולם ואינה חוקית עוד. לכל היותר ניתן לראות בכוח העבודה של העובד קניינו של העובד אותו הוא משכיר למעביד." – דיון נד/4-1 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע (1) 601, 633 (1996). כאמור, בג"ץ קיבל עתירה כנגד פסק הדין. ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004).

⁴⁶ המקרה הראשון שבו הופיעה הקביעה הוא דב"ע ל/9 – 3 צרי חברה לתעשייה פרצמבטית וכימית בע"מ – ד"ר ריקס, פד"ע ד 477 (1973). בשנים האחרונות חזר בית הדין על הקביעה. ראו למשל עסק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97 (2000), פסקה 17. אני סבור שהקביעה השיפוטית שלעובדים זכות קניין במפעל היא מהלך משפטי מחושב של בית הדין, שנובע משימוש (יתר?) במתודולוגיה החוקתית של איזונים שמקובלת במשפט הישראלי, ונדרשה כתוצאה מחלקייתה של המהפכה החוקתית, שרוממה את זכות הקניין (של המעסיק), אבל לא זכויות חברתיות (של העובדים). כדי להתגבר על העליונות הפתאומית של זכות הקניין של המעסיק שבאה בעקבות המהפכה החוקתית, ולהישאר במסגרת שיח האיזונים, נדרש בית הדין להבהיר שגם לעובדים זכות שקולה, לכל הפחות. לדיון, ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות אדם" שנתון משפט העבודה ז 65, 142 (תשנ"ט); GUY MUNDLAK, FADING CORPORATISM – ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION 162-164 (Ithaca, 2007).

⁴⁷ לתפיסת הקניין כאחריות חברתית, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

המעסיק",⁴⁸ ובהמשך המושגו זכות קניינית תחת חוק היסוד.⁴⁹ כמו הקניין, גם ההכרה בזכות היתר של המעסיק אינה סוף פסוק. זכות היתר מאפשרת למעסיק להחליט באופן חד-צדדי בעניינים מסוימים, בעוד שבעניינים אחרים הוא מוגבל מכוח הדין, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה אישי.⁵⁰ כך למשל, זכות המעסיק כפופה לעקרונות של תום לב,⁵¹ עקרונות של המשפט הציבורי וזכויות העובדים.⁵²

ג. הזכות לפרטיות במקום העבודה

מול זכותו של המעסיק ניצבת הזכות לפרטיות של העובד. תחילה אסקור את מהותה של הזכות לפרטיות ואצביע על עקרונות היסוד של הזכות: עקרון השליטה של האדם בעצמו ובמידע אודותיו, עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה. אלה קיימים בדין הישראלי. עיקרון משלים הוא "עקרון התכלית הראויה". לאחר מכן, יתכנס הדיון לבחון את היקפה של הפרטיות במקום העבודה.

1. הזכות לפרטיות: עקרונות יסוד

הזכות לפרטיות היא זכות חדשה יחסית ברשימת זכויות האדם, היא עמומה מזכויות אחרות ונתונה במתקפה עזה מכיוונים רבים.⁵³ תוכן הזכות משתנה בקצב מהיר יחסית, בהיותה תלויה בפרקטיקות חברתיות משתנות ובהיותה מושפעת מטכנולוגיות חדשות. בצורה בה התפתחה הזכות במשפט האנגלו-אמריקני, היא מגנה על קשת של אינטרסים שמוגנים במידה מסוימת על ידי ענפי משפט אחרים. למשל, זכותו של אדם לשלמות גופו מוגנת על ידי דיני הנזיקין. זכותו של אדם לשלוט בשימושים מסחריים בדמותו מוגנת על ידי דיני עשיית עושר ולא במשפט. אינטרסים במידע פרטי שברשות האדם מוגנים מכוח דיני הקניין שאוסרים גישה למקומות שבשליטתו, דיני זכויות יוצרים אוסרים פרסום ראשון של יצירה, ללא הסכמת בעליה וכן הלאה. לפיכך, מתעורר קושי בדבר הצורך בזכות נפרדת. למרות הקושי המושגי הזה, אני סבור שלזכות לפרטיות יש ערך מוסף, שמצדיק את קיבוץ האינטרסים השונים שכבר מוגנים בענפי משפט אחרים.⁵⁴

⁴⁸ הבסיס העיוני של זכות היתר מצוי בתפיסה הקניינית, שלפיה המעסיק הוא בעלי המפעל, בתפיסה הסכמית, שלפיה המעסיק והעובדים הסכימו על הפקדת זכויות מסוימות בידי המעסיק ככלי לניהול העסק, ובתפיסה ארגונית שמסבירה את המבנה ההיררכי של המפעל. לדיון, ראו רות בן ישראל "זכות-היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן התר-תעשייתי" **עיוני משפט** כה 705, 714 – 715 (2002).

⁴⁹ ראו בג"ץ **הסתדרות העובדים החדשה**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 546.

⁵⁰ לדיון ראו בן-ישראל, זכות היתר, לעיל ה"ש 48, שמתמקדת במערכת האינדיווידואלית של יחסי העבודה.

⁵¹ לדיון בהכפפת זכות היתר של המעסיק לחובת תום לב אובייקטיבית, ראו אלישבע ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 527.

⁵² ראו למשל עניין **צים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 124, שם הכפיף בית הדין את זכות היתר של המעסיק לעקרון שוויון ההזדמנויות, תום-לב, לעקרונות המשפט הציבורי ואף לזכויות קנייניות של העובדים במקום עבודתם. בן-ישראל מצביעה על כרסומים בזכות היתר, למשל בדמות הטלת חובת נאמנות על המעביד, חיובו של המעביד לספק עבודה, ולענייננו, חובה שלא לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות. היא ממחישה את הדברים בקשר להבטחת זכות לקיום בכבוד אנושי (שם, בעמ' 726), ובקשר לחופש ההתארגנות (שם, בעמ' 728).

⁵³ הרחבתי את הדיון בזכות לפרטיות במקום אחר, ועמתי שם על עמימותה של הזכות ועל ניסיונות שונים להפיג את העמימות. ראו בירנהק, "שליטה והסכמה", לעיל ה"ש 23.

⁵⁴ שורשיו של המהלך המושגי, שמברר מה הערך המוסף שיש בפרטיות לעומת אינטרסים אחרים בענפי משפט אחרים, הוא במאמר המפורסם עד מאוד של וורן וברנדייס, שאחראים במידה רבה ללידתה של הזכות המשפטית לפרטיות בחברה המערבית. ראו Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). וורן וברנדייס לא הצדיקו את קיומה של הזכות, אבל הגדירו אותה כ: "The right to be let alone".

לצד הניסיון המושגי, דרך שנייה להבנת הזכות לפרטיות היא תיאור מצבים של פרטיות⁵⁵ או קטגוריות של פרטיות. סיווג שהשפיע רבות על תפיסת הפרטיות בארצות הברית ונקלט במשפט המקובל שם, כולל בין היתר מצב של פרטיות במרחב פרטי ופרסום מידע פרטי.⁵⁶ בשיח הנוכחי על אודות הפרטיות מקובל לזהות קטגוריות של פרטיות במקומות, בהחלטות, בתקשורת ובמידע. למרות הפיתוי לפעול לפי קטגוריות אלה, חלקן שנוי במחלוקת וחלקן אינו בהיר כלל וכלל. הקטגוריות אינן מתארות את הדין בצורה אחידה ואינן מקובלות בכל מקום. כך למשל, הקטגוריה של "פרטיות בהחלטות" מקיפה בדין האמריקני החלטות על שימוש באמצעי מניעה, או את החלטתה של אישה לעבור הפלה.⁵⁷ בדין הישראלי, הדיון המשפטי בהחלטות כאלה יהיה תחת קטגוריה אחרת, של כבוד האדם, האוטונומיה של הרצון החופשי, וכדומה, אבל לא של פרטיות.

קרוב יותר לנושא הפרטיות במקום העבודה, הקטגוריה של פרטיות במידע שנויה במחלוקת טרנס-אטלנטית עמוקה. בעוד שהאירופים מגנים בעוצמה רבה על הפרטיות במידע, ורואים בה זכות שנגזרת מכבוד האדם, הרי האמריקנים מגנים על פרטיות במידע רק בהקשר המדינתי, ביחסים שבין הממשל לאזרח. במישור הפרטי-אזרחי, לעומת זאת, המישור שבין אדם לחברו, או בין אדם לתאגיד, מידע נתפס כאמצעי חיוני לתפקוד השוק וכמשאב שניתן לסחור בו. במילים אחרות, האמריקנים רואים בפרטיות נגזרת של חירות, ולא דווקא של כבוד האדם.⁵⁸ לפיכך, אין במשפט הפדרלי זכות כללית לפרטיות. במקרים מסוימים ומוגדרים היטב נקבע הסדר פרטי בחקיקה האמריקנית שמסדיר את השימוש בסוגי מידע מסוימים.⁵⁹ לעומת זאת, הדין האירופי מסדיר את ההגנה על המידע בצורה כוללת, רחבה ומפורטת מכוח שתי דירקטיבות מרכזיות.⁶⁰ גם

Judith Jarvis Thomson, *The Right to Privacy*, ראו למשל, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY* 272 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984). במשפט הישראלי נתקבלה דווקא עמדה מושגית מצרה, שראתה בזכות לפרטיות משום זכות שירות, שמגנה על אינטרסים אשר אינם מוגנים בענפי משפט אחרים. ד"ר 9/83 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד מב(3) 837 (1978). אני סבור שעמדה זו הייתה שגויה בשעתה ואינה ראויה גם כיום. ראו בירנהק, שליטה והסכמה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 23 – 27.

⁵⁵ אלן וסטין, למשל, זיהה ארבעה מצבי פרטיות על סמך מחקרים סוציו-אנתרופולוגיים: יחידות (solitude), אינטימיות, אונימיות ו reserve. ראו Alan Westin, *The Origins of Modern Claims to Privacy*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY*, ibid, at 56, 60–61. רות גביזון הצביעה על שלושה מצבי פרטיות: סודיות, אונימיות, יחידות. ראו Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980).

⁵⁶ אבי הסיווג הוא ויליאם פרוסר. ראו William L. Prosser, *Privacy (A Legal Analysis)*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960). שני המצבים האחרים, שאינם רלוונטיים למקום העבודה הרגיל הם שימוש בשמו של אדם או בדמותו למטרת רווח, והצגת האדם באור כוזב.

⁵⁷ ראו Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁸ ראו James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004). וכן עומר טנא, "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" (טרם פורסם).

⁵⁹ פרויקט אקדמי אמריקני מנסה לקדם את הקטגוריה של פרטיות במידע בדין האמריקני. לדיון, ראו Neil Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1087 (2006).

⁶⁰ הראשונה והמרכזית היא זו משנת 1995, Data Protection Directive, לעיל ה"ש 24. הדירקטיבה השנייה, משנת 2002 עוסקת בנושאים נוספים ומשלימה את קודמתה. ראו Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector.

באירופה מותר לסחור במידע, אולם אוספי המידע, מעבדיו וסוחריו כפופים לשורת מגבלות שקבועות בדירקטיבות, שמטרתן לשמור על רמת פרטיות גבוהה. הדין הישראלי בחר זה מכבר בגישה האירופית, ומכיר בקטגוריה של פרטיות במידע באופן רחב. עצם קיומה של הפרטיות, חשוב להקדים ולהבהיר, אין פירושו שאי אפשר לאסוף מידע על אודות אנשים אחרים ולהשתמש בו, אולם האיסוף והשימוש כפופים להוראות הדין.⁶¹

בגלל קוצר ידו של הסיווג של הפרטיות לקטגוריות לתאר את הדין הקיים ולהסבירו בצורה מיטבית, וכדי להשיב לקושי המושגי, יש לאתר את ההצדקות היסודיות של הפרטיות. במקום אחר הצגתי את ההצדקות השונות במעגלים מתרחבים, שבמרכזם האדם, ובמעגלים האחרים נמצאים קשרי זוגיות, הקהילה ובסופו של דבר, המדינה.⁶² המעגל הראשון, של האדם, הוא העיקר. הגנת הפרטיות נגזרת מכבוד האדם, מאפשרת למנוע את הקומודיפיקציה של האדם, מגנה על צרכים פסיכולוגיים שונים, כמו צורך במרחב אישי, צורך במגן מפני מבט חודרני (פאנאופטי), והיא מגן מפני "הוצאתנו מההקשר" של עצמנו. על בסיס ההצדקות האלו, אני סבור שיש להבין את הפרטיות כאוסף מצבים שונים שיש להם ציר רעיוני משותף, או גרעין משותף, והוא הבנת הזכות לפרטיות כשליטה: זו שליטתו של האדם בעצמו, ולא שליטתם של אחרים בו. "האחרים" ששליטתם באדם נדחתה הם המדינה, תאגידיים, אנשים אחרים, ולענייננו, גם מעסיקים. משמעותה של "הפרטיות כשליטה" היא שהאדם שולט במידע הפרטי על אודותיו. האדם עצמו, מושא המידע, יחליט איך, מתי ולמי למסור את המידע, אילו שימושים להתיר לעשות במידע הזה ולמי אפשר להעביר את המידע הלאה.⁶³ כאשר גורם אחר שולט במידע הזה, הרי שלאותו גורם יש את הכוח לקבל החלטות עבור האדם, ובכך הוא מפקיע את ריבונותו של האדם מושא המידע בעצמו. השליטה היא לפיכך בזהות, באישיות ובחיים עצמם. הבנת הפרטיות כשליטה מסבירה כללים משפטיים רבים בצורה בהירה ואת כל הקטגוריות של הפרטיות.⁶⁴ הבנת הפרטיות כשליטה צריכה להיפרט לכללים קונקרטיים יותר, כדי שנוכל להפעיל את הפרטיות כזכות משפטית. לשני עקרונות מרכזיים שנגזרים מעקרון הפרטיות כשליטה יש ביטוי בדין הישראלי הקיים, ועיקרון נוסף, יכול וצריך להיגזר מהמסגרת הרעיונית הזו כמו גם מעקרון המידתיות במשפט הישראלי.

א. עקרון ההסכמה

שליטתו של האדם במידע על אודותיו אינה בהכרח מצב דיכוטומי של קיומה של שליטה או היעדרה. במקום דיכוטומיה כזו, ראוי להכיר במורכבות החיים, בריבוי מצבים והקשרים, וברצונותיהם של בני האדם מושאי המידע. הפקדת השליטה בידי האדם משמעותה היא כי האדם הוא שיחליט איזה מידע יועבר למי או למה, ולאילו מטרה. המפתח נמצא בהסכמתו של האדם: כאשר האדם מסכים לאיסוף מידע ממנו, העברת המידע, עיבוד המידע וכיוצא באלה פעולות, הרי

⁶¹ בעיקר להוראות פרק ב לחוק הגנת הפרטיות, ובמקרים המתאימים, גם פרק א מסדיר היבטים של איסוף מידע והשימוש בו, למשל סעיף 92).

⁶² ראו בירנהק, שליטה והסכמה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 68 - 75.

⁶³ ההגדרה המפורסמת של אלן וסטין היא "The claims of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others". ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967).

⁶⁴ לדיון, ראו בירנהק, שליטה והסכמה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41 - 49.

הוא מימש את סמכותו כריבון על עצמו. ברצותו, יפתח את "היחידה האוטונומית" שלו וברצותו, יסגור אותה מפני אחרים.⁶⁵

עקרון ההסכמה הוא לפיכך מרכיב בתוך הזכות לפרטיות, ולא רק טענת הגנה של נתבע, שטוען כי התובע-הנפגע הסכים לפעולה הנדונה. בהתאם לכך, חוק הגנת הפרטיות פותח בקביעת קיומה של הזכות וכולל בה את יסוד ההסכמה. ההסכמה עצמה מוגדרת כיום, לאחר תיקון החוק בשנת תשס"ז, כ"הסכמה מדעת, במפורש או מכללא". מובן, שנדרשת פרשנות למושג זה.⁶⁶ מהי הסכמה מדעת מספקת? האם יכול אדם לחזור בו מהסכמה? האם היא דומה, ואם לא, במה היא שונה, מהסכמה בדיני חוזים? כדי שתתקיים הסכמה מדעת, נדרשת ידיעה מוקדמת של האדם על הכוונה לאיסוף מידע או שימושים אחרים בו והבנה שלו במה מדובר ומה משמעות הדבר – שאחרת, לא יוכל לקבל החלטה עצמית אמיתית. פעולה שנעשית ללא מודעות אינה מימוש של שליטתו של האדם בעצמו. לפיכך, לקיומה של ההסכמה יש תנאים מקדמיים של ידיעה והבנה. הידיעה יכולה לבוא מהאדם עצמו במקרים מסוימים, אולם כאשר צד אחר מבקש לאסוף מידע, הרי מוטלת עליו חובה להודיע לאדם מושא המידע על כך ועל השימושים שיעשו במידע, שהרי הצד האוסף יודע את כוונותיו, ואילו נסתרות ממושא המידע. ההודעה עצמה צריכה להיות מובנת לאדם, לפי ההקשר שבו מדובר. גם לחובת ההודעה עיגון מפורש בדין הישראלי, במקרים שבהם נאסף מידע לשם הכללתו במאגר מידע.⁶⁷ מעבר לידיעה ולהבנה, נדרשת הסכמה אמיתית של מושא המידע, כלומר, הסכמה מרצון חופשי, שאיננה בכפייה ושאיננה נובעת ממצב של היעדר בחירה אמיתית. יישום חשוב של תנאי זה הוא בדרך הצגת הכוונות למושא המידע ובדרך הבחירה שניתנת לו. הבחירה בכלל ברירת המחדל – האם ייאסף מידע, אלא אם יסרב לכך מושא המידע בצעד מפורש ואקטיבי (opt out) או שהמידע לא ייאסף, אלא אם יסכים לכך מושא המידע בצעד אקטיבי (opt in) היא החלטה חשובה עד מאוד בהקשר זה. בנוסף, הסכמה, בהיותה חד-צדדית, ניתנת לשינוי ולביטול, בכפוף לפיזיו צד אחר שנסמך על ההסכמה הראשונית, אם נסמך ואם שינוי ההסכמה מסב לו נזק מוכח. מובן שעקרון ההסכמה מאותגר כאשר הצדדים אינם שווים בכוחם, ובכוחו של האחד לדרוש הסכמה של הצד החלש יותר. זהו המצב במקום העבודה הטיפוסי, ומכאן שורש הקושי הייחודי לסוגיית המעקב במקום העבודה.

ב. עקרון צמידות המטרה

כדי לממש את שליטתו של האדם בעצמו ובמידע על אודותיו, נדרשים אמצעי אכיפה של האדם על גלגוליו של המידע. מרגע שהמידע יוצא מידי האדם בשלב הראשוני של איסופו, גם אם יצא מרצון מלא ובהסכמה מדעת, קשה יותר לאדם לשלוט בו. לכן, נדרש כלל שישלים את עיקרון ההסכמה, ולמעשה נגזר ממנו. עקרון צמידות המטרה מגביל את השימושים שניתן לעשות במידע לפי המטרה המוסכמת הראשונית. מטרת האיסוף הראשונית מוצמדת למידע גם בגלגוליו הבאים. שימוש שחורג מהמטרה הראשונית – אסור. גם לעיקרון זה יש ביטוי מפורש בדין הישראלי. סעיף

⁶⁵ הביטוי "יחידה אוטונומית" הוא ביטוי של הנשיא ברק. ראו בג"ץ 6650/04 פלוינית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פס' 21 (טרם פורסם, 14.5.2006).

⁶⁶ ראו בירנהק, שליטה והסכמה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 50 – 51.

⁶⁷ סעיף 11 לחוק.

9)2 מגדיר פגיעה בפרטיות כ"שימוש בידיעה על ענייני הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה". חובת ההודעה שנזכרה קודם לכן כוללת גם חובה לפרט מה השימושים שיעשו במידע ולמי יועבר, אם יועבר. בעלי מאגרי מידע מוגבלים גם הם בשימושים במידע, לפי מטרות המאגר כפי שנרשמו אצל רשם מאגרי המידע.⁶⁸

ג. עקרון התכלית הראויה

יישום שני העקרונות הקודמים, עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה, מבהיר מיד שאין די בהם לבדם. אין טעם בהגנת המידע אם ניתן לרוקנה מתוכו, על ידי קביעת מטרה כוללת ורחבה עד אין קץ לשם איסוף המידע.⁶⁹ הרי, אם כל מטרה מוצהרת כשרה, יצהיר אוסף המידע (בין אם מדובר בעסק מול לקוחותיו או מעסיק מול עובדיו) כי בכוונתו לאסוף כל מידע שהוא, ולעשות בו כל שימוש שהוא, ובכלל זה העברה לצדדים שלישיים ללא הגבלה. אם יזכה בהסכמה מדעת של מושא המידע, יצא אוסף המידע ידי חובתו מבחינת חובת ההודעה שחלה עליו ויחסן את עצמו מפני טענות על הפרה של עקרון צמידות המטרה – שהרי כל שימוש שיעשה במידע כלול במטרה הראשונית המוצהרת. לפיכך, כדי שלא לרוקן את חובת ההודעה ואת עקרון צמידות המטרה מתוכנו, מתבקש גם עיקרון של הגבלת המטרה הראשונית של איסוף המידע. היעדרו של עיקרון כזה הוא פרצה משמעותית באפשרות של האדם לשלוט במידע על אודותיו, ומקור לרוקן את עקרון השליטה מתוכו.

בשונה מעקרון ההסכמה או עקרון צמידות המטרה, חוק הגנת הפרטיות אינו קובע במפורש עיקרון שמגביל את תכלית איסוף המידע והשימושים בו. החוק קובע אומנם חובות שונות שמוטלות על בעל מאגר המידע בקשר למאגר המידע, אולם אין חובות מקדמיות, פרט לחובת ההודעה, קבלת ההסכמה, והרישום במקרים המתאימים.⁷⁰ לעומת זאת, עיקרון כזה מופיע במפורש בדין האירופי, והוא מעקרונות היסוד שם בקשר למידע. לפי עיקרון זה, מותר לעבד מידע רק באופן הוגן, שאינו חורג מהדרוש.⁷¹ משמעות הדבר היא, בין היתר, כי אוסף המידע יכול לאסוף ולעבד רק מידע שקשור בתכלית-אמת, כזו שיש לו בה אינטרס אמיתי ולגיטימי. זו מגבלה של איסוף מידע לתכלית ראויה. ראוי היה לאמץ בחוק הגנת הפרטיות הישראלי, ובמפורש, עיקרון של "תכלית ראויה", אולם גם בהיעדר אימוץ כזה, אני סבור שהעיקרון קיים בדין הישראלי מכוחם של שלושה מקורות: עקרונות כלליים במשפט, עקרונות חוקתיים ומינהליים שמחללים למשפט הפרטי, ומכוח דיני הגנת הפרטיות בישראל.

⁶⁸ סעיף 8(ב) לחוק.

⁶⁹ השוו לסעיף 32 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח תשנ"ט 189. הקובע כי חברה תציין את מטרותיה בתקנונה על ידי קביעת אחת מהמטרות המנויות שם, שהראשונה שבהן היא "לעסוק בכל עיסוק חוקי".

⁷⁰ ועדה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן, שבחנה את ההסדר דחתה הצעה מפורשת להוסיף מגבלה כזו, על חודו של קול. ראו משרד המשפטים, **דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע** 37 (2007)(להלן: דוח ועדת שופמן). הח"מ היה חבר בצוות ובדעת מיעוט לעניין זה.

⁷¹ ראו סעיף 6 לדיקטיבה משנת 1995. עקרון זה אומץ גם על ידי ארגון העבודה העולמי, (ILO) בקוד שהציע בקשר לפרטיות במקום העבודה. ראו **Protection of Worker's Personal Data**, International Labour Office, (Geneva, 1997), בסעיף 5.1. החוק בפינלנד שמסדיר את סוגיית המעקב במקום העבודה קובע איסור על עיבוד מידע אישי של העובדים החורג ממטרת ניהול יחסי העבודה. החוק קוגנטי, וקובע כי הזכות אינה ניתנת לויתור, גם לא בהסכמת העובד. ראו סעיף 3 לחוק, ה"ש 17.

העקרונות הכלליים של המשפט שמהם ניתן לגזור את הגבלת תכלית האיסוף של המידע לתכלית ראויה הם הסבירות ותום הלב. הראשון מוכר בעיקר במשפט הציבורי ויחול בקשר לאיסוף מידע על ידי רשויות ציבוריות, והשני חל במשפט הפרטי כעיקרון-על. המשפט המינהלי והחוקתי מפעילים גם הם מסננות שמגבילות מראש את טווח האפשרויות של מי שמבקשים לפגוע בזכויות אדם. הכוונה היא לעקרונות שבפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, שדורשים כי תנאי מוקדם הוא שתכליתו של הפוגע בזכויות היא תכלית ראויה. בהמשך, נבחן האמצעי שנקט מול המטרה, במסגרת מבחן המידתיות. עקרונות חוקתיים ומינהליים אלו מקבילים לעקרונות בהם דובר כאן: איסוף המידע מפקיע את שליטתו של האדם מעצמו בקשר לאותו מידע, ולכן, בהיעדר הסכמה מדעת, איסוף המידע והשימוש בו פוגעים בפרטיותו של האדם מושא המידע. לפיכך, מותר לאסוף מידע רק אם תכלית האיסוף ראויה, ורק אם איסוף המידע והשימוש בו מידתיים. העקרונות החוקתיים חלים במישרין כאשר מדובר בגופים ציבוריים או בגופים דו-מהותיים, ובצורה עקיפה, כאשר מדובר בגופים פרטיים, מכוח "מודל התחולה העקיפה".⁷²

גם ללא פנייה למקורות האלה, של סבירות, תום לב ומידתיות, ניתן לגזור את עקרון התכלית-הראויה מדיני הגנת הפרטיות עצמם. הבנת הפרטיות כשליטה היא מסגרת כללית, שמחייבת גזירת כללים קונקרטיים יותר, כמו עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה. נדרש צעד פרשני נוסף של פיתוח המשפט, בקביעת העיקרון הזה, הגם שאינו נזכר במפורש בחוק הגנת הפרטיות. עקרון התכלית הראויה הוא חוליה נוספת שבלעדיה המבנה כולו עלול לקרוס. הבחירה הערכית של המשפט הישראלי במשטר הגנת הפרטיות שנגזר מכבוד האדם, משטר הגנה ברוח האירופית, בשונה מהאמריקנית, מכתובה גם היא את ההכרה בעקרון התכלית הראויה.

כמובן, נותר לקבוע בכל מקרה ומקרה, מהי תכלית ראויה. ניתן להיעזר בהצהרותיו של אוסף המידע, אבל יש להעבירן בכמה מסננות שנועדו להפריד בין מטרות לגיטימיות לכאלו שאינן. למשל, מטרה שאינה חוקית פסולה (ולכך עיגון גם במצב החוקי הקיים כיום). למשל, בקשר ליחסי העבודה, שיקול שאין להתחשב בו בעת קבלת החלטות העסקה שונות בקשר לעובד צריך להכתיב איסור איסוף של המידע מלכתחילה, לפחות כל עוד אין לו מטרות לגיטימיות אחרות. למשל, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 יש איסורים על אפליה מחמת נטייה מינית, מעמד אישי, הריון, טיפולי פוריות או הפריה חוץ גופית, גיל, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה, השתייכות מפלגתית, שירות מילואים.⁷³ האיסור להפלות לפי כל אלה מכתוב כי אין לאסוף מידע על עניינים אלה, אלא אם יש למידע תכלית אחרת (למשל הטבות מס שונות). אבל גם כאשר יש מטרה לגיטימית לאיסוף המידע, יגביל עקרון צמידות המטרה את השימוש במידע שנאסף למטרת-האמת הלגיטימית, ויאסור שימוש למטרה אחרת. דוגמה נוספת לתיחומה של התכלית הראויה לפי המוצע כאן היא איסור על מטרה כוללנית. מטרה שאין קשר בינה לבין המודל העסקי של התאגיד או המעסיק אוסף המידע – פסולה. למשל, העיקרון יכתוב איסור על

⁷² ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 533 (1992).

⁷³ ראו סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. גישה ראויה ננקטה בחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, שאוסר (סעיף 4(א)) אפליה בקבלת מועמדים או סטודנטים ללימודים בהתבסס על עדה, ארץ מוצא, רקע חברתי-כלכלי, או דת, לאום, מין, ומקום מגורים. לצד האיסור, קובע החוק איסור לשאול על חלק מהנתונים האלה (סעיף 4(ג)).

מעסיק לשאול עובדים (או מועמדים לעבודה) על הרגלים שונים שלהם או נתונים אחרים שאין להם קשר למקום העבודה, למשל עיסוקם של בני משפחה.

2. פרטיות של עובדים

מצוידים בהבנה טובה יותר של הזכות לפרטיות כשליטה על העקרונות הנגזרים מכך, אפשר לחזור למקום העבודה. תת-פרק זה מדגיש את הצורך בפרטיות, ותת הפרק הבא מתמקד ביישום הבעייתי של קטגוריית "הפרטיות במקומות" למקום העבודה.

נקודת המוצא של הדיון היא שלעובדים, כמו כל אדם, יש צורך במרחב אישי מוגן, שבו הם שולטים בעצמם, ולא המעסיק שלהם. הדבר נכון באשר לאיסוף המידע, ובכלל, בקשר לעצמם. לעובד זכות ליחס אנושי, מתוך הכרת כבודו כאדם. עובדים (ובני אדם בכלל) בדרך כלל אינם אוהבים להיות במעקב. המעקב יוצר תחושה חזקה של כפיפות. העובדת יודעת, כמובן, כי היא כפופה למעסיק בכל מיני מובנים, אבל המצלמה המכוונת אליה (או במקרים מסוימים, גם אליה), התוכנה שקוראת את הודעות הדואל שלה, התוכנה שמתעדת את גלישתה באינטרנט, המכשיר שמדווח על מיקומה ושאר אמצעי המעקב, מעצימים את התחושה הזו. הכפיפות למעסיק הופכת להיות בכל נקודת זמן, בכל מקום פיזי או וירטואלי בעבודה (וכאמור, במקרים מסוימים, גם מחוצה לו), בכל פעולה. כאשר אנו נמצאים יותר שעות במקום העבודה, ובתעשיות מסוימות, אנו מבליים את מרבית שעות הערות שלנו במקום העבודה, מתעצמת משמעותו של המעקב. מעקב רציף עלול ליצור אווירה של חשד: מדוע בוחנים את צעדיי? גם אם העובדת מודעת לכך שאמצעי המעקב אינו מכוון כלפיה אלא מופעל כלפי כלל העובדים ואולי כלפי הלוקחות, היא מוגבלת בפעולותיה. כל פעולה עלולה לדרוש הסבר בדיעבד, גם אם היא תמימה. האם עובדת שסובלת מבעיה רפואית זמנית ונאלצת לקום משולחנה פעמים רבות יחסית כדי לגשת לשירותים, צריכה להסביר למעסיק ממה בדיוק היא סובלת? הצורך כאן הוא, בתמצית, בפרטיות מסוימת.

הצורך בפרטיות במקום העבודה מיתרגם בפועל לצורך בזמן פנוי, כלומר הפסקה במהלך העבודה, לאפשרות לעסוק גם בעניינים שאינם קשורים בעבודה, ובצורך שלא להיות נתון לתצפיות ויזואליות או אלקטרוניות. כוחו של הפאנאופטיקון הוא בכך שהוא מטמיע אצל הגורם הנצפה, בין אם מדובר באסיר או בעובד, את התחושה שפעולותיו נתונות למבחן מתמיד. העובד אינו יודע האם הוא נצפה בכל רגע נתון או לא, אבל יודע שהאפשרות קיימת. כאשר אנו מרגישים נתונים במעקב, אנו מתנהגים אחרת, ומצנזרים את התנהגותנו. כמובן, העין הבוחנת והעוקבת עשויה להביא אותנו להימנע מעבירות פליליות או משמעותיות או מהתנהגויות פסולות אחרות. אבל היא גם גורמת לנו לתחושת אובדן שליטה בעצמנו: מישהו אחר, לא ידוע, מושך בחוטים שאלהם אנו קשורים, ושולט בגורלנו. במובן הזה, המבט הפאנאופטי איננו רק מצנזר, הוא מקפיד. מחקרים אחדים מצאו כי תחושת המעקב איננה רק תלויה כללית, אלא יש לה מחיר רפואי ממש, של חרדות, דיכאון, דבר שגם הוא בתורו משליך על המעסיק, מחמת ריבוי ימי מחלה.⁷⁴

⁷⁴ ראו ריכוז ממצאים אצל אלדר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 735 - 736.

הטענה כי לעובדים יש צורך בפרטיות במקום העבודה אינה גורפת ואינה מקיפה כל פעילות. רחוק מזה. כעניין מצוי, הפרטיות במקום העבודה כבר מצומצמת מהפרטיות שיש לנו במקומות אחרים, למשל בבית.⁷⁵ ההיקף המצומצם יותר נובע מכך שלצד הכללים המשפטיים, פועלים נורמות חברתיות וגורמים טכנולוגיים. הנורמות החברתיות גורמות לנו להתנהג בצורה שונה במקומות שונים, לפי ההקשר. למשל, מקובל להתלבש (בכלל או בדרך מסוימת) במקום העבודה, לעומת לבוש (או עירום) בבית. במקום העבודה אנו עובדים, ולכן איננו עוסקים בפעילויות אחרות שנחשבות בציבור לפרטיות. המבנה האדריכלי של מקום העבודה מגביל בדרך כלל את ההתנהגות שלנו. עובד שיפך את הנורמות החברתיות צפוי לגינוי חברתי, או לסנקציות מצד המעסיק. טענה של העובד בדבר הגנת הפרטיות לא תועיל לו, משום שבמצבים האלה הוא עצמו לא שמר על פרטיותו, וחשף עצמו ברבים.⁷⁶

הטענה כאן רחבה יותר. הפרטיות איננה, כטענת כלכלנים שמרנים מחסה למי שאינם מוכנים ליטול אחריות למעשיהם ומבקשים להסתתר ולהסתיר.⁷⁷ הטענה השמרנית היא שרק מי שיש לו מה להסתיר מבקש את הגנת הפרטיות.⁷⁸ אבל, הפרטיות הדרושה לנו היא פעמים רבות בפרטים קטנים של היום יום. בעיה רפואית קטנה שאינה מונעת מאיתנו לתפקד בעבודה באופן רגיל, אבל מציקה לנו; צורך לשוחח עם אדם אהוב; עניין שדורש הסדרה כמו קביעת תור לטיפול פסיכולוגי, או קביעת שיעור עזר בחשבון לילדינו. גם בירור מחירו של מוצר שמעניין אותנו, בדיקת יעדים לחופשה, או מעקב אחרי החדשות או שוק המניות. כל אלה הן פעולות שרובנו אינם מתביישים בהם, ושברוב המקרים אין סנקציה חברתית כנגדם. סוג המידע אינו בהכרח רגיש (אם כי הוא עשוי להיות כזה, למשל בקביעת תור לטיפול רפואי או נפשי), אבל הצורך של האדם בהם הוא שחשוב. כמובן, אין פירושו של דבר שעובד יכול להגיע למקום העבודה, לעסוק כל היום בענייניו, לא לעבוד, ולעמוד על זכותו לעשות זאת בנימוק של הזכות לפרטיות. במקרה כזה, המעסיק רשאי בהחלט לדרוש מהעובד הסבר מדוע לא מילא את מטלותיו. הזכות לפרטיות איננה מגנה על התחמקותו של אדם ממטלותיו. אבל הזכות כן מאפשרת לנו לעשות פעולות שקשורות בנו, מבלי לדווח עליהן.

⁷⁵ במובן הזה, נכון יותר לדבר על הפרטיות במונחים של עוצמה והיקף, ולא במונחים דיכוטומיים של קיומה/היעדרה.

⁷⁶ החשיפה העצמית מייטרת טענה על פגיעה בפרטיות, אבל לא טענות על אפליה, אם יש כזו בעקבות חשיפת המידע האישי. למשל, חשיפת נטייה מינית של עובד כלפי חבריו לעבודה אינה צריכה להיות שיקול כלשהו בהעסקתו ואינה עילה לפיטוריו. הדין הישראלי אף מקנה במפורש הגנה לעובדים מפני סנקציות במקרים כאלה. ראו סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בארצות הברית, לעומת זאת, דווח למשל מקרה שבו עורכת דין שהתקבלה לעבודה במשרד התובע הכללי של מדינת ג'ורג'יה פוטרה (או ליתר דיוק, קיבלה הודעת ביטול על העסקתה הצפויה) בטרם התחילה בעבודה לאחר שחשפה את היותה לסבית. לסיפור המקרה, ראו אלדרמן וקנדי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 294. המחלוקת כאן איננה על כך שנפגעה פרטיות העובד, אלא על התגובה למידע שלא נשמר באופן פרטי.

⁷⁷ השופט ריצ'ארד פוזנר הוא ממבקריו החריפים של הזכות לפרטיות, שנתפסת בעיניו כמסכה שמאחוריה מסתתרים אלה שאינם מוכנים ליטול אחריות למעשיהם. ראו Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Privacy*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY* 333 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984). אולם, גם פוזנר קובע חריג לעיונות שלו לפרטיות, והוא תקשורת. הצורך באמינות המידע המועבר בשיחות מחייב הגנה על פרטיות תוכן.

⁷⁸ לביקורת נוקבת, ראו Daniel Solove, 'I've Got Nothing to Hide,' and other Misunderstandings of *Privacy*, 44 SAN DIEGO L. REV. 745 (2007).

הצורך בפעולות פרטיות יכול לנבוע מסיבות שונות, ובכלל זה צורך בהפסקה והפוגה במהלך העבודה. כאן, אגב, הצורך, איננו רק של העובד, אלא גם של המעסיק. מידת האפקטיביות של העבודה פוחתת ככל שהיא רציפה, בין אם זו עבודה פיסית או מנטלית, והפסקות רענון מחדשות את היעילות.⁷⁹ הפסקת הרענון יכולה להיות יציאה מהמשרד להפסקת צהריים, אבל יכולה להיות גם הפסקה בעיסוק השוטף והפניית המחשבה לכיוונים אחרים. הצורך הזה מתגבר ככל שהעבודה עצמה מונוטונית ושגרתית, כבפס הייצור הפורדיסטי. בנוסף, לא תמיד יש לעובד שליטה על המידע שמגיע אליו בדואר האלקטרוני או בטלפון. למשל, מצב שבו העובד מקבל לתיבת הדואר שלו שמתופעלת על ידי מחשבי מקום העבודה, הודעה מבן משפחה או רופא, שכוללת מידע אישי על העובד. עצם העובדה שההודעה נמצאת על שרת שבבעלות המעסיק אינה מייתרת את פרטיות העובד.

האינטרסים השונים של העובדים בפרטיות שתוארו עד כה מדגישים את הצורך בפרטיות כשלעצמה. אבל, הפרטיות חשובה גם כמחסום מפני פגיעה בזכויות אחרות, ובעיקר הכוונה היא לאפליה מטעמים פסולים, או פגיעה בחופש הדת והמצפון. כאשר יש איסור לשאול אדם למצבו הרפואי, ככל שזה אינו קשור לתפקודו הצפוי בעבודה, הרי דלתות מקום העבודה נפתחות, או לכל הפחות אינן נסגרות בפני אדם הסובל המוגבלות פיסית או נפשית, או אדם שסובל ממחלה מסוימת שיש לה דימוי חברתי שלילי, כמו למשל נשא איידס.⁸⁰ כאשר יש איסור לשאול אדם על נטייתו המינית, מוצאו האתני, אמונותיו הדתיות, דעותיו הפוליטיות ושאר פרטי מידע אישי, ניתן לאדם מרחב מוגן של פרטיות בקשר לאלה, ויש בכך מעין משוכה נוספת, מוקדמת, שיכולה למנוע מאוחר יותר שימוש לרעה במידע הפרטי. ההצדקה לאיסור על שאלות מראש כדי להגן מפני פגיעה בדיעבד נכונה גם בקשר למעקב. במסגרת מעקב אלקטרוני, למשל אחרי גלישה של עובד באינטרנט, ניתן לשרטט פרופיל של העובד שקשור בחייו האישיים. חישובו למשל על גלישה באתרי אינטרנט שמציעים מידע רפואי, סיוע נפשי, דיון בשאלות דת או דיווח על פעילויות לקהילה ההומו-לסבית. רשימת האתרים שבהם גלש עובד (ככל אדם) עשויה לחשוף את תחומי העניין שלו. נתיבי הגלישה משקפים את זהותו. הכרה בזכות לפרטיות שמטילה הגבלה על המעסיק ביכולתו לעקוב אחרי העובדים, משמשת אמצעי הגנה מפני אפליה על בסיס דת, גזע, נטייה מינית וכיוצא בזה שיקולים שהחברה והקהילה החליטו כי אינם רלוונטיים. יוצא, שלפרטיות יש גם תפקיד מכשירני, להגן מפני פגיעה בזכויות אחרות. לוקאס אינטרונה (Introna) ממשיג את הזכות לפרטיות במונחי תיאורית הצדק של רולס, כאמצעי הגנה מפני בחירות ערכיות שכרוכות במעקב.⁸¹ בכל מעקב, הוא מסביר, יש אוסף בחירות ערכיות: איזה מידע לאסוף, לפי איזה אמות

⁷⁹ ראו למשל מחקרים שבדקו בין היתר את השפעתן של הפסקות מסוגים שונים על תפוקת עובדים מול מחשב: Robert A. Henning et al., *Frequent Short Rest Breaks from Computer Work: Effects on Productivity and Well-Being at Two Field Sites*, 40(1) ERGONOMICS 78 (1997) או של פועלים בפס ייצור במפעל: Awwad J. Dababneh, Naomi Swanson, Richard L. Shell, *Impact of Added Rest Breaks on the Productivity and Well-Being of Workers*, 44(2) ERGONOMICS 164 (2001).

⁸⁰ איסור מפורש על שאלת שאלות קיים בדין הישראלי בהקשר לפרופיל הצבאי. ראו סעיף 2א(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.

⁸¹ Lucas D. Introna, *Workplace Surveillance, Privacy and Distributive Justice*, 2000 COMPUTERS & SOCIETY 33, בעקבות JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).

מידה, וחשוב לא פחות, איזה מידע לא לאסוף. במובן הזה, הפרטיות היא החירות מפני שרירותיותן של החלטות ומפני הוצאה כפויה מן ההקשר.⁸²

3. מקום העבודה: רשות היחיד או רשות הרבים?

קטגוריית הפרטיות במקומות מבחינה בין רשות היחיד לרשות הרבים, תוך שיש בדין הטיה חזקה להגנה על רשות היחיד, והתוצאה היא שכל מה שאינו "רשות היחיד" זוכה להגנה מופחתת. החוק הישראלי, למשל, אוסר צילום אדם ברשות היחיד, אולם מתיר, במשתמע, צילום ברשות הרבים, ומסתפק באיסור של פרסום צילום ברשות הרבים, אם הצילום משפיל ומבזה, תנאי שגם הוא פורש בצמצום.⁸³ בראש ובראשונה, הבית מוגן כמקום הפרטי ביותר שיש לאדם, ומשם, מדרג מקומות שמידת הפרטיות בו פוחתת והולכת. מדרג זה משקף את הציפיות של מרבית האנשים, ברוב המקרים. יחד עם זאת, הקטגוריה אינה חדה. גם בבית, יש קשת מצבים שבהם מידת הפרטיות שלנו פחותה, ותלויה בגורמים שונים, כמו עיצוב הבית (חלונות, וילונות, מרחק בין בתים), או הפעילות בה מדובר, למשל תקשורת שראשיתה בבית והמשכה מחוצה לו. מצד שני, גם מחוץ לבית, אנו מצפים לפרטיות ונהנים ממנה במצבים מסוימים, למשל, מלתחות בברכה או שירותים ציבוריים. אבל, כפי שבתו המשפט בארצות הברית ובישראל הבהירו, הפרטיות איננה של המקום, אלא של בני האדם הנמצאים שם.⁸⁴ הפרטיות המוגנת נודדת עם כל אדם לכל מקום בו הוא נמצא. זו "היחידה האוטונומית" של האדם.⁸⁵

מקום העבודה מאתגר את האבחנה שבין רשות היחיד לרשות הרבים, שבין הפרטי לציבורי. מבחינה קניינית, המפעל והציוד שיש בו, ובכלל זה ציוד תקשורת ומחשב, שייך למעסיק ולא לעובדים. אבל מבחינה מעשית, העובדים נמצאים במקום העבודה חלק ניכר משעות היום. יש בעלי מקצוע שעיסוקם מחייב חשיפה מלאה ומתמידה לציבור, למשל מוכרים ונותני שירותים בחנויות, נהגי אוטובוסים, או מורים. אולם, עובדים רבים, וגם אלה במקצועות שנוכרו, זקוקים למרחב פרטי גם במקום העבודה. הצורך במרחב כזה איננו רק במקום פיסי שבו יוכלו להיות לבדם (אם כי גם זה), אלא מרחב וירטואלי, שבו לא יהיו חשופים לשאלות, לא יידרשו לתת הסברים, יוכלו לפעול בחופשיות, ללא תחושה שהם נצפים, ולעסוק בעניינים שלהם, שלגביהם אינם צריכים לתת דין וחשבון.⁸⁶

⁸² אינטרונה, שם, בעמ' 35 - 36. בקשר להסבר הזכות לפרטיות ככלי מנע מפני הוצאה מן ההקשר, ראו רוזן, לעיל ה"ש 41.

⁸³ ראו סעיפים (3)2 (רשות היחיד), ו-4(2) לחוק, ופרשנותו ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

⁸⁴ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

⁸⁵ לעיל ה"ש 65.

⁸⁶ אלכס שטיין תיאר את רשות היחיד בהקשר של שיחה פרטית ודיון בהיבט הפלילי של חוק האזנת סתר, כך: "רשות היחיד הינה מסגרת של צינעה שנוצרה על ידי בעלי השיחה על ידי נקיטת צעדים אפקטיביים, חוקיים, שנועדו לכסות את שיחתם מאוזני הבריות הסובבים אותם". ראו אלכס שטיין "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים" משפטים יד 538, 527 (1985).

בנוסף, דפוסי העבודה והטכנולוגיות, שהן גם כלי עבודה וגם אמצעי מעקב, משתנים. עובדים רבים יותר עובדים בביתם, בין אם הם שכירים או עצמאיים,⁸⁷ משתמשים בציד המשרד גם מחוץ לבית, כמו למשל במחשב נייד, חיבור לרשת האינטרנט שמספק המעסיק,⁸⁸ טלפון נייד,⁸⁹ או כלי רכב של מקום העבודה. שינויים אלה מטשטשים עוד יותר את האבחנה בין רשות היחיד של העובד לרשות היחיד של המעסיק, או רשות הרבים. לפיכך, עצם העובדה שפעילות מסוימת של העובד התרחשה באזור הנמצא בבעלות המעסיק או בשליטתו האפקטיבית אינו צריך להשליך על עצם קיומה של הזכות לפרטיות. הזכות צריכה להיקבע לפי האדם, לפי ההכרה בצרכים האנושיים בדבר מידה של פרטיות שאיננה תלויה-מקום.⁹⁰ השילוב של השינויים האלה במקום העבודה מטשטשים את האבחנה שבין העולם הפרטי לעולם המקצועי, בין רשות היחיד לרשות הרבים, בדרך שפועלת לרעת העובדים, והופכת את מקום העבודה למרחב של שליטה טוטלית (a space of total disciplinary control).⁹¹ הזכות לפרטיות חלה גם במרחב התעסוקתי.

ד. פרטיות עובדים בזמן הישראלי

לאחר שעמדנו על האינטרסים והזכויות של המעסיקים ושל העובדים ועל עקרונות יסוד של הזכות לפרטיות, ראוי לעמת את הזכויות. למעסיקים יש אינטרס במעקב, ורשות מסוימת מכוח זכות הקניין שלהם וזכות היתר שלהם להפעיל אמצעים כאלה. לעובדים יש אינטרסים שלא להיות חשופים למעקב, אינטרסים שנובעים מצרכים שונים אשר הזכות לפרטיות משמשת להם גג משפטי. הצגת מערך האינטרסים והזכויות בדרך האמורה מעמתת בין אינטרסים מכשירניים של המעסיקים (אלא אם צובעים אותם בצבעים חוקתיים של זכות הקניין), עם זכויות דאונטולוגיות של העובדים (אלא אם צובעים אותן בצבעים מכשירניים).⁹² עצם העמדת הזכויות במערך של עימות-איזון אינו מכתוב דרך פתרון. האיזון עצמו מחייב שנפרוט אותו לכללים קונקרטיים. יש

⁸⁷ במקרה שבו טען בעל מספרה כי ספרית שעבדה אצלו מפעילה מספרה בביתה, והשיג צילומים של הדירה, מצא בית הדין כי צילום פנים הבית על ידי חוקר פרטי מהווה חזירה לפרטיות של מי שנמצאים שם מעת לעת. העובדה שהדירה משמשת גם לעבודה (ובכלל זה קבלת קהל) לא הפחיתה מהיותו של המקום "רשות היחיד". ראו עב (ת"א) 6702/02 בן דוד נ' איפרגן (2006), בפסקאות 5.3, 5.4.

⁸⁸ לדיון בנקודה זו, ראו JEFFREY ROSEN, THE NAKED CROWD: RECLAIMING SECURITY AND FREEDOM IN AN ANXIOUS AGE 167 (New York, 2004).

⁸⁹ הכנסת דחתה כמה הצעות חוק פרטיות שנועדו להגביל את האפשרות של מסירת מידע על נתוני תקשורת מחברות הסלולאר, ובכלל זה למעסיקים. ראו למשל פ/2748/17 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – מסירת נתוני תקשורת), התשס"ז-2007 (ח"כ גדעון סער ושלמי יחימוביץ'). ההצעות התייחסו גם למקרים שבהם המשתמש בטלפון איננו בעליו, כמו עובד שמשמש במכשיר הטלפון של מעסיקו. בעיני דחיית ההצעות אינה משנה את האיסור שחל ממילא על חברות אלה להשתמש במידע למטרה שונה מזו שלשמה נאסף, לפי סעיף 9(2) לחוק.

⁹⁰ המשפט האמריקני נוהג בדווקנות כדי לתחום אזורים פרטיים לעומת ציבוריים. בעניין O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987), למשל, הציעה דעת רוב של ארבעה שופטים להגדיר מסדרונות, קפיטריה, משרדים, שולחנות ומגירות בבית חולים כאזור העבודה, גם אם העובד הניח במקומות אלה חפצים אישיים כמו תמונה על שולחן העבודה. רק תוכנה של מזוודה או תיק סגורים שהביא העובד נותרים אזור פרטי שלו. שם, בעמ' 716.

⁹¹ Roberto Fragale Filho and Joaquim Leonel de Rezende Alvin, *Information Technology and Workers' Privacy: Old and New Paradigms*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y 569, 571 (2002).

⁹² ראו אלדר, לעיל ה"ש 12. יחד עם זאת, האינטרסים אינם בהכרח מנוגדים. המעקב משליך על הרצון והנכונות של העובדים לעבוד באופן שלילי, והוא מדכא יוזמות יצירתיות שיכולות לקדם את העסק. ראו מרטין ופרימן, לעיל ה"ש 37. דווקא מעסיק שלא יפעיל אמצעי מעקב, ויודיע על כך לעובדים, צפוי ליהנות ממוטיבציה מוגברת שלהם והגברת תחושת השייכות למקום העבודה. החלטה מוצהרת שלא להפעיל מעקב משמיעה אמון של המעסיק בעובדים ומתפרשת על ידי העובדים כהגינות. לעומת זאת, הפרת ציפיות לפרטיות נתפסת כחוסר הגינות, ומשליכה במישרין על הנכונות לעבוד במקום מסוים. ראו סיכום מחקרים אצל Eugene F. Stone-Romero, Dianna L. Stone, David Hyatt, *Personal Selection Procedures and Invasion of Privacy*, 59(2) J. OF SOCIAL ISSUES 343, 346 (2003).

לשים לב כי עימות מכשירני-דאונטולוגי נוטה להקשות על עריכת איזון כזה, שכן הצד המכשירני ניתן למדידה ביתר קלות מאשר הצד הדאונטולוגי. המדידות עלולה לגרור הטיה לטובת הצד המדיד באיזון. כיצד פרט המשפט הישראלי את ההתנגשות העקרונית לכללים מעשיים? בכך דן פרק זה.

לימוד הפסיקה מעלה שהשיח המשפטי הישראלי מיסגר את עצמו תחילה בשפת האיזונים ובהמשך בשיח חוקתי: עורכי דין ובתי משפט מנסים לאתר את האינטרסים, לתרגם במקרים המתאימים לזכויות, ולאזן בין הזכויות היריבות או בין הזכויות לאינטרסים.⁹³ סוג ההתנגשות מכתוב את סוג האיזון: התנגשות בין זכות (חוקתית) לבין אינטרס ייבחר לפי נוסחה של "איזון אנכי" או לפי פיסקת ההגבלה שבחוקי היסוד (שהיא למעשה איזון אנכי משוכלל), ואילו התנגשות בין זכויות תיבחר לפי נוסחה של "איזון אופקי". במקרה הראשון, האנכי, יש לאתר אמצעים שמידת פגיעתם בזכות שנפגעת מועטה,⁹⁴ ואילו במקרה השני, יש לנסות לקיים את שתי הזכויות בדרך מיטבית, על ידי בדיקת המטרות והתכליות הספציפיות של הזכויות המתנגשות, ותוך "ויתור הדדי" שלהן.⁹⁵ בהקשר הנדון כאן, תוצאת מיסגור שאלת המעקב במקום העבודה (והפרטות במקום העבודה בכלל) בשיח האיזונים החוקתי היא העמדת זכות הקניין החוקתית של המעסיק מול זכות העובדים לפרטיות. העמדה של זכות מול זכות מכתובה איזון אופקי.

שיח האיזונים הזה על נוסחאותיו משטח את מורכבות המצבים העובדתיים. כפי שהראה הדיון בפרקים הקודם, סוגי האינטרסים של המעסיקים מגוונים באופיים, סוגי המעסיקים רבים, סוגי האמצעים שהם יכולים לנקוט רבים עוד יותר. גם האינטרסים של העובדים וזכויותיהם רחבים, אינם אחידים, ומשתנים לפי הנסיבות, כאשר גורמים חוץ-משפטיים כמו נורמות חברתיות וטכנולוגיה מתערבים גם הם בעיצוב השדה של מקום העבודה.⁹⁶ ניתן היה לשרטט טבלה מפורטת לפי סוג האינטרס לפי חתכים שונים (ניהול יעיל, ניהול סיכונים, אינטרס מניעתי צופה פני-עתידי או אולי צופה פני עבר, פנים-ארגוני או חוץ-ארגוני ועוד), מול סוג האמצעי, ולפי זה להעריך את מידת הפגיעה בפרטיות. אבל, מורכבות החיים, הדינאמיות של מקומות העבודה והשינויים הטכנולוגיים מקשים על יצירת מערך כללים כזה, ובמקום זאת, ראוי לפתח מערך עקרוני, שניתן ליישמו במצבים שונים לפי הנסיבות הקונקרטיות.

פרק זה יבחן כיצד נהגו בתי המשפט, ויקדיש דיון מיוחד בעניין איסקוב-ענבר, שהוא כאמור ההחלטה השיפוטית הראשונה שעסקה במישרין בסוגיית המעקב האלקטרוני במקום העבודה בישראל.

⁹³ גורלה של הזכות לפרטיות אינו שונה מגורלן של זכויות אחרות שנדונו בבית הדין. ראו Mundlak, לעיל ה"ש 46, בעמ' 183 – 184.

⁹⁴ לאיזון אנכי, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 689 (חלק ב, תשנ"ג).

⁹⁵ ראו בג"ץ 953/87, פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 309, 336 - 337 (1988).

⁹⁶ מושג השדה שאול מפיייר בורדייה. ראו PIER BOURDIEU, THE FIELD OF CULTURAL PRODUCTION (1993).

1. הפסיקה

פסקי הדין הבודדים שדנו במעקב של מעסיקים אחרי עובדים אינם עקביים במסגרת המשפטית שהפעילו. כפי שתיארה זאת השופטת וירט-ליבנה במאמר בנושא, נקודת המוצא של בתי הדין היא קניינית, כלומר זכות היתר של המעסיק.⁹⁷ מול זכות הקניין הוצבה הזכות לפרטיות של העובדים. אבל, נראה כי הבנת הזכות לפרטיות היא בדרך כלל אינטואיטיבית, ובחלק מהמקרים, בתי המשפט ובתי הדין המציאו מחדש, ללא צורך, ובמידה מסוימת וחלקית, עקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות.⁹⁸ המשגת הסוגיה כאיזון אינטרסים חוקתי מניחה (ובדרך כלל במפורש) שהזכות לפרטיות אינה מוחלטת, מציגה את האינטרסים שבשני הצדדים, וקובעת כי יש צורך באיזון. המסגרת החוקתית משליכה, כך נראה, על פרשנות יסודות שונים, ובעיקר ההסכמה וההגנות האפשריות של המעסיקים.⁹⁹

בעניין *צוקרמן*, נדון מעקב של המעסיק אחרי העובד, שהיה יו"ר ועד העובדים, מחוץ לתחום המפעל ומחוץ לזמן העבודה.¹⁰⁰ יחד עם זאת, המסגרת הכללית של הדיון דומה לזו שבשאלות מעקב במקום העבודה, ובכל מקרה, השוני לא בא לידי ביטוי בפסק הדין. המעסיק טען כי היו חשדות ספציפיים בדבר טוהר מידותיו של העובד, חשדות שנתבדו. שיח האיזונים החוקתי שימש כמסגרת-על לדיון השיפוטי. בית המשפט המחוזי שדן בתביעה אזרחית של העובד כנגד המעסיק, בחן את הפעולות שנקט המעסיק נגד העובד לפי המסגרת של חוק הגנת הפרטיות, מצא שהפרטיות אכן הופרה, דחה את טענת המעסיק כי עצם קיומם של יחסי עובד-מעביד כוללים הסכמה מכללא של העובד לפגיעה בפרטיותו, ובקשר לזה, קבע כי "מאזן הזכויות בין זכותו של המעביד לקניין, כזכות חוקתית, לזכותו של העובד לפרטיות, כזכות חוקתית אף היא – הינו לכל הפחות מאוּיין, אם לא נוטה לצד העובד".¹⁰¹ המסגרת החוקתית הופעלה בפסק הדין גם בקשר לפרשנות הגנות שטען להן המעסיק, וליתר דיוק, עקרון המידתיות שלפיו המעסיק היה צריך לנקוט אמצעים פוגעניים פחות כדי לממש את האינטרס שלו בבירור החשדות.¹⁰²

⁹⁷ ראו וירט-ליבנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 795.

⁹⁸ וירט-ליבנה מצאה שבתי הדין ואף בית המשפט העליון נתנו תוקף לכוחו של המעביד לדרוש מהעובד להיבדק במבחני התאמה, "מבלי שהתייחסו לשאלת מעמדה המיוחד של הזכות לפרטיות". שם, בעמ' 797.

⁹⁹ במקרים אחרים שבהם נדונה הזכות לפרטיות בקשר למקום העבודה, הפעילו בתי המשפט ובתי הדין מסגרות משפטיות מגוונות. כך למשל, לעיתים מבקשים עובדים המעורבים בדיון משפטי לקבל מידע על עובדים אחרים בארגון, למשל על תנאי השכר או תנאי הפרישה שלהם. בדיון מט/2-3 *מדינת ישראל נ' רויך*, פד"ע כ 377 (1989) בחן בית הדין את הדברים לפי פרק ד לחוק הגנת הפרטיות, שדן בהעברת מידע מגופים ציבוריים וקבע בדעת רוב כי המידע הוא פרטי (תוך שהשופט (כתוארו דאז) אדלר קבע כי הפרטיות אינה חלה על תנאי הפרישה של עובדי מדינה), והציע פתרון יצירתי מעשי, לפיו המידע המהותי יימסר ללא סימנים מזהים. פסק דין זה נפסק לפני המהפכה החוקתית. כך גם במקרה שבו דובר בעובדים ששכרם נקבע על ידי מועצת רשות מקומית, נפסק שנתונים על המשכורת צריכים להיות גלויים למעסיק, ובמקרה זה, לחברי מועצת העירייה. בג"ץ 4402/91 *מורדוב נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו*, פ"ד מו(3) 85, 90 (1992). ראו גם דיון נג/191-3 *הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' רוטנברג*, פד"ע כו 501 (1994). במקרה אחר, לאחר המהפכה החוקתית, שבו ביקש עובד לקבל לידיו תיקי מבדק פנים של עובדים אחרים במקום העבודה, דן בית הדין הארצי בקבילות הראיה. בית הדין קבע תחילה כי כדי לקבל ראיה עליה לעמוד במבחן הרלוונטיות ולאחר מכן במבחן האיזון, במקרה זה בין זכותם של שאר העובדים לבין זכותו של העובד להביא ראיות. ראו דב"ע נו/260-3 *אלפריח – המוסד לביטוח לאומי*, פד"ע ל 543, 557, 559 (1997).

¹⁰⁰ ת"א (ת"א) 1285/89 *צוקרמן נ' מורגנשטרן*, פ"מ תשנ"ט (1) 385 (1999).

¹⁰¹ שם, בפסקה 40.

¹⁰² שם, בפסקה 41. בסיכום פסק הדין חזר בית המשפט למסגרת החוקתית, והבהיר כי "במאזן האינטרסים בין צנעת הפרט לבין האינטרס של המעביד לקניין ולמידע, זכותו של העובד לפרטיות תגבר". שם, בפסקה 45.

גם בעניין **אוניברסיטת תל-אביב** שדן בשאלה אחרת של פרטיות במקום העבודה, של לגיטימיות השימוש במבחני התאמה פסיכולוגיים למועמדים, המשיג בית הדין הארצי את השאלה כאיזון בין הזכות לפרטיות של העובדים לבין זכות הקניין של המעסיק.¹⁰³

בעניין **אייזנר**, דן בית הדין בתביעות שונות של זבנית בחנות שפוטרה מעבודתה, לאחר שגילתה כי המעסיק התקין מצלמות וידאו בחנות, ללא ידיעתה, ועקרה אותן ממקומן.¹⁰⁴ נקודת המוצא של בית הדין הייתה כי למעסיק יש פררוגטיבה לנהל את מפעלו לפי הבנתו, אולם מיד נקבע כי זכות היתר אינה מאפשרת למעסיק לשנות את חוזה העבודה באופן חד צדדי. מעקב אחרי העובדים הוא שינוי כזה, וכפוף למבחן של סבירות. היישום של בית הדין קובע את הלגיטימיות של נקיטת אמצעי המעקב לפי מטרת המעקב, ובכפוף להודעה לעובד. מעקב שנועד למנוע גניבה על ידי לקוחות הוא כלי לגיטימי, בתנאי שהעובד מודע לכך. צילום סמוי פוגע בפרטיות העובד, לפי פסק הדין, הגם שמדובר במקום העבודה שהוא קניינו של המעסיק. בית הדין העיר כי אילו כוונת המעסיק הייתה לחקירה פלילית (הכוונה כנראה במקרה של חשד למעילה של העובד) הרי המבחן שהיה מופעל היה של תום לב, ולא של סבירות. פסק הדין הקצר אינו מתייחס למסגרת החוקתית, אינו מסביר מהי הפגיעה בפרטיות ומניח אותה כמובנת מאליה, וכאמור, מפעיל מבחן של סבירות. למרות קוצר היריעה של פסק הדין, ניתן לחלץ ממנו שני עקרונות חשובים: האחד, הוא שאמצעי המעקב צריך להיות מותאם למטרה הקונקרטית, וזו צריכה להיות מטרה לגיטימית, והשני, הוא שכל עוד אין הדבר מפריע למימוש המטרה, יש להודיע לעובד על השימוש באמצעי. הגם שתוצאת הדיון הזה ראויה בעיניי, והעקרונות מתאימים, בולט בהיעדרו דיון בקשר לזכות לפרטיות. דיון כזה, היה מוביל למשל, לתנאי של הסכמה מצד העובד, ולא רק של הודעה חד צדדית לעובד.

בעניין **ריבן**, שדן בצילום עובדים ללא ידיעתם, ושבנו ביקש המעסיק להגיש קלטות כראיות, ביקש העובד לקבוע את פסלותן מחמת הפגיעה בפרטיות, לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות הקובע כלל של פסלות יחסית.¹⁰⁵ גם כאן, הומשג הסכסוך במסגרת החוקתית של הזכות לפרטיות מול זכות היתר של המעסיק, אולם תוך שבית הדין קובע כי זכות המעסיק לניהול אינה בעלת אותו מעמד כשל הזכות לפרטיות.¹⁰⁶ אלא, שהאיזון החוקתי עצמו אינו מספק הנחייה לפעולה, ולכן ביקש בית הדין לפרוט אותו מעט, והדרך לכך, לפי בית הדין, היא באמצעות מבחנים של תום לב, סבירות ומידתיות.¹⁰⁷ גם עקרונות אלה זקוקים לפירוט, ופה הציב בית הדין מספר אמות מידה: תוכן המידע שבו מדובר (האם מדובר בענייניו האישיים של העובד?), מקום הפגיעה הנטענת בפרטיות (האם מדובר ברשות היחיד או רשות הרבים?), וסירוב לראות בעצם קיומם של יחסי העבודה משום הסכמה מכללא. באותו מקרה, נפסק שצילומו של אדם ללא הסכמתו או ידיעתו, גם אם הוא מצוי במקום העבודה, פוגע בפרטיות.¹⁰⁸ משם, עבר בית הדין לבחון את ההגנות שמציע סעיף

¹⁰³ עניין **אוניברסיטת תל-אביב**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 413.

¹⁰⁴ ד"מ (ת"א) 002374/00 **אייזנר נ' ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ**, פד"ע לט נא (2001).

¹⁰⁵ ע"ב (חי) 002887/03 **סרגיי ריבן נ' גרינקו מקסים** (2006).

¹⁰⁶ שם, בפסקה 6.

¹⁰⁷ שם, שם.

¹⁰⁸ שם, בפסקה 8.

18 לחוק הגנת הפרטיות, ובעיקר ההגנה לפעולה שנעשתה בתום לב, לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע, וקרא לתוכו את עקרון המידתיות.¹⁰⁹ חשד ספציפי לגניבה מקים הגנה כזו, בכפוף לבחינת סבירות ומידתיות.¹¹⁰

בעניין *תשתיות נפט*, בדק המעסיק את הדוחות שמילאו עובדים בתפקידי סיירים של קווי דלק ברחבי הארץ, על מקום הימצאם במהלך יום העבודה והשווה אותם לדוחות שהופקו ממכשיר איכון שהותקן ברכב העבודה בו השתמשו (מכשיר איתוראן).¹¹¹ ההשוואה העלתה כי העובדים דיווחו על סיורים לאורך קו נפט, בעת שהיו במקום אחר. במסגרת הליכים שונים בעקבות הגילוי, ביקשו העובדים לפסול את הראייה, בנימוק שהיא פוגעת בפרטיותם. בית הדין דחה את הבקשה, וקבע בקיצור נמרץ כי "איתור מקום הימצאם של העובדים בזמן העבודה עת מדובר בעבודה שמטיבה הינה ניידת, אינו פוגע בפרטיות, והוא בא לסייע בידי המעבידים לפקח על העובדים. זאת במיוחד כאשר העובד מוסר מידע בדו"חות הנוכחות היכן הוא נמצא והבדיקה של המעביד נעשית בדיעבד."¹¹² כפי שאראה בהמשך, קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שנגזרים מהזכות לפרטיות.¹¹³

מעט פסקי הדין שדנו במעקב אחרי עובדים מעלים כי גם כאשר בתי הדין ובתי המשפט מנסחים את הסוגיה כעימות חוקתי בין זכות הקניין של המעסיק לזכות לפרטיות של העובדים, הרי הניסוח הזה אינו מקדם את ההכרעה, ונדרשת פריטתו לעקרונות קונקרטיים יותר. כאן, מפעילים בתי הדין, באופן מובן, בעיקר מושגי יסוד בדיני העבודה הישראליים, כמו תום לב, וספקנות טבועה בדבר אמיתות הסכמתם של העובדים לצעדים שפוגעים בפרטיותם, וזאת לצד יישום עקרונות חוקתיים של מידתיות. העמדה הנחרצת בעניין *תשתיות נפט* שמקבלת מעקב של המעסיק כדבר מובן מאליו חורגת בעיניי מקו זה, וכך גם עניין *איסקוב-ענבר*, שראוי לתשומת לב מיוחדת מחמת מורכבותו וחיידושו.

2. עניין איסקוב-ענבר

א. המקרה והחלטת בית הדין

טלי איסקוב-ענבר תבעה את חברת ההיי-טק בה עבדה, בטענה כי פוטרה מחמת הריונה. במסגרת ההליכים בבית הדין האזורי, הגישה החברה המעסיקה עותקים מהודעות דואל ששלחה איסקוב-ענבר בדואל המשרדי שלה במטרה להוכיח שאיסקוב-ענבר פוטרה עוד לפני הריונה. כפי שמצא בית הדין, להודעות צורף קובץ ששמו מעיד כי הוא כולל את קורות החיים של איסקוב-ענבר, ברוב ההודעות לא נכתב דבר, בחלקן היה טקסט קצר שדיווח על הצרופה, ובחלקן הופיעה שורת הנושא

¹⁰⁹ שם, בפסקה 9.

¹¹⁰ שם, בפסקאות 10, 13. להמשך ההליך בין הצדדים, שם התבסס בית הדין על הקלטות, ראו ע"ב (חי') 002887/03 **סרגיי ריבין נ' גרינקו מקסים** (2007).

¹¹¹ ראו סק (ב"ש) 1026/06 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' תש"ן תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ** (2006).

¹¹² שם, בפסקה 35. בית הדין העיר בהערת אגב כי נראה שאין מדובר ב"מידע" כהגדרתו בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות, ולכן לא דן בשאלה אם מדובר במאגר מידע. שם.

¹¹³ אני סבור שהיה מקום לבחון אם הסכמת העובדים השתרעה גם על בדיקת מקום הימצאם, לבחון את השימוש (המעקב) מול המטרה המוצהרת, ולפי זה, לקבוע אם הפרטיות נפגעה. אם כן, היה מקום לבחון את ההגנות האפשריות של המעסיק. ראו דיון להלן פרק ה.

ממנה השתמע שההודעה נשלחה במענה להצעה ספציפית. ההודעות נשלחו לחברות כוח אדם ולאחרים. איסקוב-ענבר ביקשה שההודעות תיפסלנה, בטענה שהן מהוות האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר ופגיעה בפרטיותה לפי חוק הגנת הפרטיות, שני חוקים שבהם יש כלל של פסלות ראיות, שחריג בצידו.¹¹⁴ החברה המעסיקה טענה כי המחשבים, תא הדואל וההודעות עצמן הן קניינה, וכי בכל מקרה, החברה נהגה ליידע את העובדים שהיא עורכת מעת לעת ניטור של תיבות הדואל כדי למנוע חדירת וירוסים, ובכך יש לראות הסכמה של העובדת.

בית הדין החל את הניתוח בציון המסגרת החוקתית של הזכות לפרטיות שבסעיף 7 לחוק היסוד. חובת המעסיקה להגן על הזכות נובעת לא רק מהמסגרת החוקתית, אלא גם מעקרונות שבדיני עבודה, כלומר זו תניה מכללא בחוזה העבודה והיא נובעת גם מעקרון תום הלב. בית הדין פירט את האינטרסים השונים של המעסיקה, תוך שהוא ממקם אותם כזכות חוקתית לקניין. "זכות העובד", נכתב בהחלטה, "בהכרח מצטמצמת – בהסכמתו וכחלק אינהרנטי מחוזה העבודה – בפרק הזמן בו הוא נמצא במקום העבודה ומעמיד את עצמו לרשות המעסיק, כאשר לאחרון אינטרס ברור לוודא כי זמן זה אכן מוקדש לענייני העבודה באופן יעיל".¹¹⁵ לצד זה, הכיר בית הדין בצורך של העובדים במתחם של פרטיות גם במקום העבודה, וגם כאשר הוא עושה שימוש ברכוש המעסיק. הדוגמאות שניתנו הן של שיחות טלפון קצרות עם בני משפחה, בירורים שונים בעניינים פרטיים, ושימוש בתיבת הדואל לצרכים פרטיים כל עוד היקף השימוש סביר. ההחלטה סוקרת מספר כללים בדין האמריקני ובאירופה, תוך שהיא מדלגת בין שני עולמות משפטיים שונים אלה, לפחות בכל הקשור להגנת הפרטיות, ללא ערנות להבדלים היסודיים בתפיסת הפרטיות ביניהם. האיזון העקרוני נפרט באמצעות שימוש בעקרון המידתיות והחלתו בדיני העבודה,¹¹⁶ ומכאן נגזרו כללים קונקרטיים: עובד רשאי לעשות שימוש פרטי בהיקף סביר בתא הדואל וזכאי לפרטיות בקשר אליו, אולם למעסיק זכות לפקח על השימוש על ידי בדיקת היקף השימוש ללא כניסה לתוכן ההודעות. באשר לעיון בתוכן ההודעות, כאן חזר בית הדין על "הנתון החוקתי", שלפיו הזכות לפרטיות אינה מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזנה עם זכות הקניין של המעסיק. הפעם, תורגם האיזון למבחן שמטרתו לזהות האם יש לעובד זכות לפרטיות, והמבחן שאומץ הוא זה הנהוג בארצות הברית, בדבר ציפיותיו של העובד ו/או ידיעתו, המפורשת או המשתמעת. מדיניות המעסיק בפועל, הסכמתו של העובד אם הייתה, סוג האינטרס והאמצעי שננקט – הם כולם נתונים חשובים בהכרעה אם מדובר בפגיעה אסורה בפרטיות או מותרת. יישום העקרונות הכלליים האלה לנסיבות הביא את בית הדין למסקנה שיש לראות את העובדת כמי שהסכימה לעיון החברה בהודעות. הטעמים לכך היו שתיבת הדואל ניתנה לעובדת לצורך עבודתה, שהעובדת ידעה על הניטור לצורכי איתור וירוסים, ובכך יש הסכמה מכללא. בית הדין ציין גם את תוכן ההודעות, ומצא כי אופיין היה כזה שבו העובדת ערבבה בעצמה את התחום הפרטי והמקצועי, ואפיין אותן כהעברה טכנית ללא מלל פרטי. בסופו של דיון, בחן בית הדין את הפגיעות בפרטיות לפי סעיף (2) לחוק הגנת הפרטיות, שענינו האזנת סתר, ולפי סעיף (5) לחוק,

¹¹⁴ ראו סעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

¹¹⁵ ענין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 20, בפסקה 11.

¹¹⁶ בית הדין נסמך לעניין זה על מאמרו של דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה", לעיל ה"ש 25.

שעניינו העתקת כתב, ומצא כי אין פגיעה, בין מחמת שאין מדובר ב"שיחה" (בקשר להאזנת סתר), ובין מחמת שניתנה הסכמה.

ב. ביקורת: החמצת הפרטיות

ההחלטה אומנם מקיפה, אולם אני סבור שהיא שגויה בכמה עניינים מרכזיים: (1) בכך שהתעלמה מעקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות והסתפקה בעקרון המידתיות; (2) בכך שאימצה את המבחן האמריקני לפגיעה בפרטיות (מבחן הציפיות הסבירות) בצורה חלקית, ללא הסבר מניח את הדעת ובניגוד להלך המעשי של הגנת הפרטיות בישראל, ובכל מקרה, ללא ערנות מספקת לקוצר ידו של המבחן; (3) בכך שהסתפקה בהסכמה מכללא בנסיבות שבהן לא הייתה הסכמה לניטור תוכני בכלל; (4) בכך שלא הייתה ערה לקריסת האבחנה שבין נתוני תקשורת לתוכן התקשורת; (5) בכך שבחנה את עצם הפגיעה בפרטיות לפי מידת הפגיעה בה, כלומר לפי תוכן ההודעות; (6) ובשל התוצאה המצטברת של המסלול שבחר בית הדין היא שהזכות הפרטיות של העובד נסוגה מפני זכות הקניין של המעסיק. המסגרת שהתווה בית הדין נראית לכאורה כמאפשרת לעובדים שימוש (סביר) במשאבי המעסיק לצרכיהם הפרטיים, אולם בפועל מצמידה תג של מחיר לשימוש כזה: ביטולה של הפרטיות של העובדים במקום העבודה. אפרט.

1. **דרך ההנמקה.** בית הדין החל את הדיון שלו בעימות החוקתי, וניסה לפרוט אותו לכללים קונקרטיים, אולם כבר בראשית הדרך הוכרע העימות. בדברים שצוטטו לעיל, קבע בית הדין כי העובד מעמיד עצמו לרשות המעסיק בזמן שבו הוא נמצא במקום העבודה, ולכן ראה בכך בית הדין הסכמה מצד העובד לצמצום מסוים של הזכות לפרטיות, וחלק בלתי נפרד מחוזה העבודה. נראה כי כבר כאן הכריע בית הדין: זכות הפרטיות של העובד נסוגה מפני זכות הקניין של המעסיק, בין מחמת הסכמת העובד ובין במשתמע. העימות החוקתי שב ועולה בהמשך ההחלטה, כאשר בית הדין מעיר כי גם אם מדובר בפגיעה בפרטיות, הרי הזכות היא יחסית ויש לאזנה מול אינטרסים של המעסיק.¹¹⁷ פריטת האיזון החוקתי נעשית לפי עקרון המידתיות, כאמור. רק בסופו של הדיון, נבחנים סעיפי חוק הגנת הפרטיות.

הדיון החוקתי יכול וצריך לשמש מסגרת לדיון, אולם הוא אינו תחליף לדיון במסגרת החוק הקונקרטי, ובמקרה זה, היה מקום להכריע את הדיון (גם) לפי חוק הגנת הפרטיות. החוק עצמו מגלם איזון אינטרסים עקרוני בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים נוגדים, כאשר הוא קובע תחילה מהי הפגיעה בפרטיות, ובהמשך, מהן הגנות טובות לפוגע.¹¹⁸ פרשנות המונחים בחוק, ראוי שתיעשה בשים לב לאיזון החוקתי הנדרש, כלומר תוך דיאלוג בין המישור החוקי למישור החוקתי. בכך תוגשם מלאכת הביקורת השיפוטית של בית המשפט על המחוקק, שמא כשל האחרון במציאת האיזון הראוי. הדיון באיזון העקרוני במנותק מהחוק, הביאה להתמקדות בעקרון המידתיות, ולהמעטה במשקל שניתן לעקרונות שנדונו קודם לכן, ובעיקר עקרון ההסכמה. המידתיות יכולה וצריכה להצטרף לדיון, אולם בנוסף לעקרונות של דיני הגנת הפרטיות, לא במקומם.

¹¹⁷ ענין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 20, בפסקה 23.

¹¹⁸ ראו סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות.

2. מבחן הציפייה הסבירה. יישום המבחן האמריקני שלפיו קיומה של הזכות לפרטיות נקבע לפי ציפיותיו הסבירות של האדם, לוקה בכמה. ראשית, הדין הישראלי לא אימץ את המבחן במפורש וודאי שלא באופן גורף,¹¹⁹ ולא בכדי. שנית, אפילו היה מקום לאמץ את המבחן בדין הישראלי, הרי הוא אינו מתאים לכל הקשר. קוצר ידו מתגלה בדיוק במצבי המעקב האלקטרוני אחרי עובדים. אסביר.

בהקשר של פרטיות ביני העבודה, חברו בארצות הברית שתי הכרעות חברתיות (ומשפטיות) יחדיו, והביאו לכך שלעובדים אמריקנים כמעט שאין פרטיות במקום העבודה. הכרעה חברתית אחת היא זו שתוארה, לפיה הפרטיות אינה מוכרת שם כזכות בעלת תחולה מלאה במשפט הפרטי, ובכלל זה במקום העבודה. השנייה היא זו שבדיני עבודה, לפיה העסקת העובד תלויה ברצונו של המעסיק (employment at will), ובעלות המעסיק בעסק וכוחו נחשבים לחזקים מאוד.¹²⁰ כותבת אחת ניסחה את העמדה האמריקנית בצורה חדה: העובד האמריקני נתפס כאמצעי ייצור, ולא כאדם בעל זכויות.¹²¹ הדין הישראלי בחר זה מכבר, כפי שמשקף בחקיקה ובפסיקה, בהכרעות חברתיות שונות: באשר לפרטיות, בחרה ישראל בגישה האירופית בקשר להיקף ההגנה על הזכות לפרטיות בכלל, ובמקום העבודה בכלל זה.¹²² כאן, הזכות לפרטיות מוגנת גם במשפט הפרטי, ובכל הקשר. באשר לתפיסת יחסי העבודה, הדין הישראלי אינו נרתע מהתערבות ביחסי העבודה במקום שבו פערי הכוחות המובנים בין הצדדים מביאים לכשל שוק או לתוצאות שאינן ראויות בעיני הדין. השוני בשתי הכרעות ערכיות אלה אמור היה לחזק את העובדים בישראל לעומת עמיתיהם בארצות הברית.¹²³ לפיכך, נטילת כללים בקשר לפרטיות במקום העבודה מהמשפט האמריקני ויישומם כמות שהם במשפט הישראלי שבו יש בחירות ערכיות אחרות, מצריכה הנמקה חזקה ומשכנעת, שאינה בנמצא פה.

לגופו של המבחן האמריקני בדבר ציפיותיו הסבירות של אדם – מבחן זה פותח שם בהקשר המדינתי-חוקתי תחת התיקון הרביעי לחוקה כדי לבחון האם לאדם יש אינטרס מוגן מפני חיפוש

¹¹⁹ אימוץ עקיף נמצא בסעיף 18(1) לחוק האזנת סתר, שמגדיר את רשות הרבים כ"מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו".

¹²⁰ לאבחנה זו, ראו Anita Bernstein, *Foreword: What We Talk About When We Talk About Workplace Privacy*, 66 LA. L. REV. 923 (2006). לעמדה קפיטליסטית אמריקנית שמבקרת בחריפות את ההגנה שניתנת לעובדים על פרטיות במקום העבודה, ראו Michael Selmi, *Privacy for the Working Class: Public Work and Private Lives*, 66 LA. L. REV. 1035 (2006). בארצות הברית, וסבור כי יש להגן על פרטיות העובדים רק מחוץ לשעות העבודה ומחוץ למקום העבודה.

¹²¹ ראו Laura Evans, Comment, *Monitoring Technology in the American Workplace: Would Adopting English Privacy Standards Better Balance Employee Privacy and Productivity?* 95 CAL. L. REV. 1115, 1140 (2007).

¹²² לקישור של הזכות לפרטיות לכבוד האדם, עוד לפני המהפכה החוקתית, ראו את פסק דינו של השופט אלון בד"ר 9/83 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מב(3) 837, 855 (1998); רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61 (רות גביון עורכת, 1989). לטענה כי חל שינוי בבחירת הדין הישראלי, ראו טנא, לעיל ה"ש 58.

¹²³ יחד עם זאת, הגישה הישראלית לפיה המעסיק נדרש להראות טעם לפיטורין (גישת ה just cause) יכולה להיות כלי שרת בפי המעסיק, שיתען כי המעקב נועד לאפשר לו להצדיק את הפיטורין. אינני סבור שזהו טעם משכנע, שכן הוא טעם מסדר שני. טענה כזו בפי מעסיק היא כי הפגיעה בפרטיות הכרחית כדי שהמעסיק יוכל לפגוע בעובד בדרך נוספת.

מצד רשויות המדינה, והוחל גם בתביעות אזרחיות רגילות.¹²⁴ לפי המבחן הזה, יש לבחון אם לאדם הייתה ציפייה לפרטיות, ולהעביר את הציפייה במבחן אובייקטיבי. כאן מתגלה קוצר היד של המבחן הזה. כיצד נדע האם ציפייה היא סבירה? האם הסבירות היא קביעה תיאורית או נורמטיבית? ככל שמדובר בקביעה תיאורית, הרי שבמקרים מסוימים, ניתן לזהות קונצנוס חברתי רחב בקהילה הנדונה: למשל, ניתן לומר ברמת ביטחון גבוהה, כי הציפייה הסבירה של אזרחים בישראל היא שמידע על חיי המין שלהם הוא פרטי ונתון לשליטתם, ברצותם יספרו וברצותם לא יספרו. אולם במקרים רבים, סבירות הציפיות אינה קיימת, למשל משום שמדובר בטכנולוגיה חדשה שפשוט אינה מוכרת עדיין לציבור, ולפיכך אין לציבור ציפייה סבירה בקשר אליו, או ציפייה כלשהי. במקרה כזה, מי שקובע את סבירות הציפייה הוא בית המשפט, והקביעה באה בדיעבד.¹²⁵ כיצד יקבע זאת בית המשפט? אם הקביעה בדבר הסבירות היא עניין של נתון חברתי, הרי שלאחר פסק הדין הראשון שידון בסוגיה, בין אם קבע שהציפייה סבירה ובין אם לאו, הרי משנתפרסם דבר השימוש בטכנולוגיה, הציפייה הסבירה משתנה בהתאם. לפיכך, הקביעה בדבר הסבירות של הציפייה מחייבת נתונים חברתיים ולצידם הערכה ערכית. במילים אחרות, אני סבור שהמבחן מחייב לא רק תיאור של הנורמות, אלא גם קביעה נורמטיבית בדבר הרצוי. אני סבור שהטעמים שביסוד הזכות לפרטיות, מעמדה כזכות יסוד חוקתית, בצירוף ההבנה הבסיסית של דיני העבודה בישראל כניסיון להתמודד עם פערי הכוח שבין הצדדים ליחסי העבודה – היו צריכים להכתיב בחירה שונה מזו שיש (באופן סמוי, גם אם בולט) בהחלטת בית הדין בעניין איסקוב-ענבר.

קושי נוסף בקשר ליישום מבחן הציפייה הסבירה שעולה מהדברים האלה, הוא שלעיתים יש מצב שבו לצד מעוניין אחד יש כוח ויכולת לקבוע בפועל מהי סבירות הציפייה. ככל שהמבחן בדבר סבירות הציפיות הוא תיאורי, ולא נורמטיבי, הרי כאשר לשחקן אחד בזירה, וודאי כאשר מדובר בשחקן חזק בזירה שבה רק שניים (מדינה ואזרח, תאגיד וצרכן וגם מעסיק ועובד) יש כוח חד-צדדי לקבוע מה סביר ומה אינו סביר, המבחן קורס. הסכמה שיפוטית שתבוא לאחר מקרה, לקבל את הקביעה החד-צדדית של צד חזק מעוניין שכוחו עדיף על הצד השני במערכת היחסים, פירושה שאין עוד לדבר על סבירות אובייקטיבית, אלא על ציפייה של צד אחד מול ציפייה של צד אחר.

בעניין איסקוב-ענבר, ובמקרים של פרטיות ומעקב במקום העבודה בכלל, מבחן הציפייה הסבירה נחשף בחולשתו הכפולה. בהיות המעקב תלוי-טכנולוגיה, הרי כל עוד אין הטכנולוגיה מוכרת לציבור העובדים הרחב, קשה לדבר (כעניין תיאורי) על סבירות הציפייה. נראה כי אי-ההיכרות עם הטכנולוגיה עשויה להביא דווקא לקביעה כי עובד אינו מצפה שהודעות הדואל שלו ייקראו. אולם פרסום אינטנסיבי יכול לשנות את הציפייה הזו. בנוסף, מאחר שהמעסיק הוא זה שמפעיל את אמצעי המעקב וביכולתו ליצור תנאים שונים שיוצרים ידיעה אודות השימוש בהם (הודעה, מדיניות נגישה וכו'), הרי שימוש במבחן מפקיד כוח רב בידי המעסיק, בשלב מוקדם מדי של הדיון, שבו יש לקבוע אם בכלל הייתה פגיעה בפרטיות. הניסיון האמריקני מעיד על כך. פסק הדין

¹²⁴ ראו עניין כץ, לעיל ה"ש 84.

¹²⁵ ראו למשל עניין *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), שם מצא בית המשפט העליון בארצות הברית כי הציפייה הסבירה של אדם בקשר לגלאי תרמי שמזהה מבחון אזורים בתוך הבית שבהם יש חום חריג, היא שלא ייעשה בו שימוש.

המרכזי שעוסק בפרטיות במקום העבודה נפסק בבית המשפט העליון בשנת 1987, בעניין *O'Connor v. Ortega*,¹²⁶ שם התעוררו חשדות שונים של המעסיק כנגד עובד בכיר, שהושעה מעבודתו עד לבירור החשדות. בעוד העובד מושעה, ביצע המעסיק חיפוש במשרדו של העובד, בשולחן העבודה שלו, ובמגירות השולחן. הדעות בבית המשפט העליון בארצות הברית נחלקו, אולם דעת הרוב הסכימה למסקנה שלעובד הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בשולחן ובמגירות שבמשרדו. בלטה בפסק הדין הצעה של בית המשפט למעסיקים: שנו והפחיתו את ציפיות העובדים לפרטיות.¹²⁷ ואכן, בעקבות פסק הדין, אימצו מעסיקים רבים את ההמלצה החמה, הודיעו לעובדיהם על שימוש באמצעי מעקב מגוונים. התוצאה: במקום להגן על הפרטיות, מבחן הציפייה הסבירה איפשר לרוקנה מתוכן, באופן חד-צדדי.¹²⁸ מכאן משתמע שהמבחן האמריקני בוחן את הסבירות כעניין של המצב הקיים, ולא כעניין נורמטיבי.

לפיכך, אין מקום להחיל את המבחן האמריקני של ציפייה סבירה בהקשר הישראלי של מקום העבודה.¹²⁹ הדרך הראויה היא לבחון אם יש פגיעה בפרטיות, ובמקרה הישראלי, הבדיקה היא לפי הגדרות חוק הגנת הפרטיות, שאותן יש לפרש על רקע הבנת הפרטיות בדין הישראלי כנגזרת של כבוד האדם, תוך יישום של עקרונות ההסכמה, צמידות המטרה והתכלית הראויה. רק אם נמצא שהפרטיות נפגעה, יש לבחון איזונים במסגרת ההגנות שבחוק. פרשנות ההגנות צריכה להביא בחשבון את עקרון המידתיות, תוך הכרה שבהכשרת המעקב יש מחיר שמשולם הן על ידי העובד הנעקב, הן על ידי עובדים בכלל, והן על ידי הציבור כולו.¹³⁰

3. **הסכמה.** בעניין *איסקוב-ענבר*, מצא בית הדין שהעובדת הסכימה למעקב האלקטרוני אחרי הודעות הדואל. במקום אחד בהחלטה נראה כי בית המשפט מצא את ההסכמה "כחלק אינהרנטי מחוזה העבודה",¹³¹ או מעצם זה שתיבת הדואל ניתנה לתובעת לצורכי עבודתה,¹³² ובמקומות אחרים בהחלטה יצר חפיפה בין ידיעה של העובד להסכמה כביכול,¹³³ ובעיקר, נימק בית הדין,

¹²⁶ 480 U.S. 709 (1987). דובר שם במעסיק ציבורי, ולכן הוחל ניתוח חוקתי תחת התיקון הרביעי לחוקה. הדין הזה רק ממחיש כי לעובדים במגזר האמריקני הפרטי יש אפילו פחות פרטיות מזה.

¹²⁷ שם, בעמ' 717: "Public employee's expectations of privacy in their offices, desks and file cabinets, like similar expectations of employees in the private sector, may be reduced by virtue of actual office practices and procedures, or by legitimate regulation"

¹²⁸ ראו רוזן, לעיל ה"ש 88, בעמ' 70 – 73. לאחר ההכרה בפרטיות העובד, איזן בית המשפט את הזכות לפרטיות עם אינטרס המעסיק, תוך אימוץ נוסחת איזון חלשה יחסית. ההכרעה בכל מקרה היא עובדתית, לפי נסיבות המקרה.

¹²⁹ השוו אלי הלם, **דיני הגנת הפרטיות** 443 (2003), שמציע סינתזה בין הדין הישראלי לאמריקני, שכוללת אימוץ מבחן הציפייה הסבירה, התחשבות באינטרס הליטימי של המעסיק והחלת עקרון המידתיות. כאמור, אני חולק על המרכיב הראשון מבין השלושה, וסבור שיש להוסיף מרכיבים נוספים.

¹³⁰ העובדה שלאיזון יש מחיר בדמות ויתור מסוים על מימוש מלא של הזכויות היריבות, נשכחת לעיתים קרובות באיזון החוקתי. לדיון, ראו *Lawrence G. Sager, Some Observations About Race, Sex, and Equal Protection*, 59 TULANE L. REV. 928 (1985).

¹³¹ עניין *איסקוב-ענבר*, לעיל ה"ש 20, בפסקה 11.

¹³² שם, בפסקה 26(א).

¹³³ שם, בפסקה 24, שבו מציין בית הדין כי יש לברר, כשאלה מרכזית, "אם העובד ציפה לפרטיות בדואר האלקטרוני שלו או שמא ידע, במפורש או מכללא, כי מדובר בתכתובות שיתכן ותגענה לידיעת המעסיק או עובדים אחרים...".

העובדת הסכימה לניטור של תיבות הדואל לשם בדיקת הימצאות וירוסים.¹³⁴ במילים אחרות, בית הדין הסתפק ברף הסכמה נמוך מאוד של הסכמה מכללא, שאותו אמור היה העובד להבין מעצם היותו עובד, או ללמוד מהודעה חד-צדדית וכוללנית של המעסיק. לפי בית הדין, העובדת יכולה הייתה שלא לכלול תכנים אישיים בהודעות שכתבה.¹³⁵

עמדה כזו מאיינת את עקרון ההסכמה. יש לנקוט זהירות רבה בזיהוי הסכמה מכללא, שמשמעותה ויתור על זכות חוקתית. שבועות ספורים לפני שניתן פסק הדין תיקנה הכנסת את חוק הגנת הפרטיות, ובין היתר את הגדרתה של הסכמה, כך שנדרשת "הסכמה מדעת", ולא רק הסכמה שניתנה במפורש או מכללא.¹³⁶ התיקון מציב רף גבוה יותר של הסכמה. כלשון דברי ההסבר, "שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה מידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט האם להסכים או לא, והמידע יימסר לו בצורה מובנת."¹³⁷ הודעה חד-צדדית של המעסיק והיעדר תגובה לה מצד העובד אינם יכולים להיחשב כהסכמה.

בכל מקרה, התיקון החקיקתי לא חידש רבות לדיני העבודה. במקרים אחרים של פגיעה בפרטיות במקום העבודה היו בתי הדין ובתי המשפט ערים עד מאוד לפער הכוחות המובנה שבין העובד למעסיק, ולכן התייחסו ל"הסכמה" של העובד, מקום שניתנה כזו במפורש, בחשדנות רבה.¹³⁸ גישה זו ראויה גם בקשר למעקב. כאשר הפרטיות של העובד נפגעת, יש להקפיד על כך שניתנה הסכמתו של העובד, ושהסכמה זו הייתה מרצון חופשי, ומדעת, כלומר על בסיס ידע מתאים בדבר האמצעי שנקט ובעיקר תוך הבנת משמעות הפגיעה בפרטיות והשלכותיה.

ואפילו תוכר ההסכמה מכללא, הרי שגם לגופה של ההסכמה שמצא בית הדין, יש לפרשה בצמצום, תוך התאמת ההסכמה מכללא לתכלית המוצהרת, ולציפייה שנובעת מהסכמה כזו וההסתמכות על כך. הדברים אמורים בהודעת המעסיק בדבר ניטור תיבות דואל לשם מניעת חדירה של וירוסים. ניטור כזה נעשה בצורה אוטומטית, לגבי עשרות אלפי קבצים שנמצאים בכל מחשב. ניטור כזה אינו מערב בדרך כלל עין אנושית (אלא אם מתגלה וירוס), והוא אדיש לחלוטין לתוכן ההודעות. במילים אחרות, אפילו הסכימה העובדת מכללא לניטור כזה, הרי הסכמתה משתרעת על בדיקה טכנית ואוטומטית של ההודעות על ידי תוכנה, ולא לבדיקה על ידי עין

¹³⁴ שם, בפסקה 26(ב) ובפסקה 4(ה), שם מצוינת טענת המעסיקה כי מטרת הניטור היא למניעת וירוסים מזיקים.

¹³⁵ שם, בפסקה 26(ג).

¹³⁶ ראו סעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס. 9), התשס"ז-2007, ס"ח 368. התיקון התקבל ביום 19.6.07 ופורסם ברשומות ביום 26.6.07. ההחלטה בעניין **איסקוב-ענבר** ניתנה ביום 15.7.07.

¹³⁷ ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס. 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230, בעמ' 232. לדיון ראו גם בירנהק "שליטה והסכמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 49 - 54.

¹³⁸ בעניין **אוניברסיטת תל-אביב**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 411 מצא בית הדין הארצי כי הסכמה של מועמד לעבודה להיבחן במבחני התאמה כאשר זהו תנאי לקבלה לעבודה או לקידום, איננה הסכמה חופשית; בעניין **צוקרמן**, לעיל ה"ש 100, בעמ' 37 קבע בית המשפט המחוזי כי "אין מקום להכשיר פגיעה בפרטיותו של אדם... באצטלה של הסכמה מכללא נוכח יחסי עובד-מעביד". בעניין **אברפירד**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 19 העיר בית הדין האזורי כי "הסכמה גורפת להיבדק בבדיקת פוליגרף הניתנת בעת חתימת הסכם העבודה, עשויה להיתפס כהסכמה שאין בה ממש"; בעניין **בנג'י**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24, מצא בית הדין כי כאשר עובד נדרש להסכים לבדיקת פוליגרף כדי להוכיח את חפותו, לא עמדה בפניו אפשרות אמיתית לסרב.

אנושית שיודעת להבין את התוכן. עקרון צמידות המטרה ועקרון ההסכמה מכתיבים שההסכמה ניתנה רק לניטור, ולא מעבר לו.

4. **נתוני תקשורת ותוכן התקשורת.** מההחלטה עולה שבית הדין מניח מדרג של פגיעות בפרטיות, לפי סוג המידע שבו מדובר. האבחנה המרכזית (שמקובל להניחה גם במקומות אחרים של פגיעה בפרטיות) היא בין נתוני התקשורת לבין תוכן התקשורת. לפי האבחנה הזו, מידע כמו מי שלח הודעה למי, מתי, האם צורף קובץ, מה נפח ההודעה ושאר סממנים חיצוניים, בדומה לדברים שניתן ללמוד ממעטפה, נבדלים מתוכנו של המסר, או בהשאלה, מתוכנה של המעטפה. הפגיעה שיש בעיון בתוכן חמורה, לפי המדרג הזה, מהפגיעה בעיון בנתונים החיצוניים. אלא, שפעמים רבות האבחנה קורסת, ונסיבות עניין **איסקוב-ענבר** ממחישות זאת היטב. עובדת שלחה הודעה לכתובת דואל שממנה ברור כי מדובר בחברת השמה, וצירפה קובץ שכתרתו "קורות חיים", ולעיתים בשורת הנושא נכתב "במענה להצעתכם". נתוני התקשורת החיצוניים חושפים את תוכן התקשורת. במקרים בהם האבחנה בין מעטפת לתוכן קורסת, אין להתייחס לתוצאה של חשיפת התוכן כמשנית. להיפך. קריסת האבחנה צריכה להביא להתייחסות לכל הנתונים כאל נתונים פרטיים ברמה הגבוהה שלה זכאי תוכן פרטי.

5. **מידת הפגיעה בפרטיות.** בית הדין בחן את שאלת עצם הפגיעה בפרטיות לפי תוכן ההודעות, וראה בהן "העברה טכנית" של קורות חיים.¹³⁹ דרך בדיקה זו שגויה. באופן אנליטי, שאלת עצם הפגיעה, כאשר הפגיעה הנוטענת היא חדירה לתוכן התקשורת, נבדלת משאלת הפגיעה לפי סוג התוכן. בית הדין כרך בין שתי השאלות, באופן שמאיים את שליטתו של האדם במידע אודותיו. עקרון השליטה שבדיני הפרטיות בישראל מבוסס על כך שהאדם מושא המידע הוא זה שיחליט איזה מידע לחשוף ואיזה מידע לא לחשוף. כל התערבות חיצונית מאותתת לאדם כי הוא אינו יכול לקבל החלטות עבור עצמו. העובדה כי בעיני צד ג, חיצוני, המידע אינו מאוד פרטי, אינה משנה את העובדה כי עצם החדירה היא הפגיעה הראשונה שיש בפרטיות. לאדם מבחוח, הפגיעה עשויה להיראות שולית, אבל לאדם עצמו, הפגיעה איננה רק בחשיפת התוכן, אלא בביטול שליטתו שלו במידע אודותיו. אם נזהה פגיעה בפרטיות מחמת החדירה הלא מורשית לתא הדואר האלקטרוני, הרי אז אפשר לשאול מה הייתה עוצמת הפגיעה, בשים לב לתוכן המידע שנחשף. בית הדין החמיץ את ההבנה הזו.¹⁴⁰

6. **התוצאה המצטברת** של ההחלטה היא כי בפועל, גורלה של פרטיות העובדים במקום העבודה נתון בידי צד אחד בלבד: המעסיק. אמנם, בית הדין מכיר בזכותו של העובד לנהל מעט עניינים אישיים ממקום העבודה, למשל שיחות עם בני משפחה, בהיקף סביר. אבל, כל זה כפוף, בפועל, לכך שהמעסיק שולט באפשרות לאסוף מידע על הפעילויות השונות ועל תוכנה של תקשורת של העובד. כאשר העובד יודע (בין בעקבות פרסום פסק הדין, ובין משום שהמעסיק יידע אותו) כי המעסיק יכול לאסוף את המידע הזה, הוא מפנים את הידיעה כי הוא נתון במעקב, ונמנע

¹³⁹ עניין **איסקוב-ענבר**, לעיל ה"ש 20, בפסקאות 26(ד), 26(ה).

¹⁴⁰ גם פוזנר, ממתנגדי הזכות לפרטיות, סבור שיש תועלת בהגנת תוכן של שיחות. ראו לעיל ה"ש 77.

מפעילויות בכלל. זהו הפאנאופטיקון בפעולה, בלבוש אלקטרוני חדש ובכסותה של זכות היתר של המעסיק.

מול זה, פסק הדין הקצר בעניין *אפיקי מים* שניתן לאחר עניין *איסקוב-ענבר*, מציג גישה שונה. ביד הדין האזורי לעבודה מצא שם שלעובד זכות לפרטיות בהודעות הדואר האלקטרוני שמצויות בתיבת הדואר שלו, הגם שזו מוחזקת על גבי שרתים של המעסיק. בית הדין קבע שלעובד יש ציפייה סבירה לפרטיות, כל עוד לא ויתר עליה במפורש.¹⁴¹ תוצאת פסק דין זה ראויה, גם אם מוטב היה שלא להתבסס על מבחן הציפייה הסבירה האמריקני, מהטעמים שהובהרו קודם. בנוסף, גם כאשר יש ויתור מפורש, הרי מחמת פערי הכוח המובנים ברוב מערכות העבודה, יש לבחון ויתור מפורש כזה בחשדנות ובהירות.

ה. לקראת פתרון?

הדיון עד כה מעלה כי את העימות החוקתי שבין זכות העובד לפרטיות, שאיננה מתבטלת מאליה במקום העבודה, יש לאזן עם זכות היתר של המעסיק, באופן שמשלב עקרונות של דיני הגנת הפרטיות, עם עקרונות מתחום המשפט המנהלי והחוקתי, וממשפט העבודה. כל עוד אין חקיקה קונקרטית לכך, הרי הדרך להתמודד עם הנושא היא בפיתוח פסיקתי. את האיזון יש לפרוט לכללים מעשיים לפי עקרון השליטה של האדם בעצמו ובמידע אודותיו, עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה שנגזרים ממנו, ולצידם להפעיל את עקרון התכלית הראויה ואת עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו. את הכללים יש לגבות בסנקציות ברורות בדבר משמעות הפגיעה בפרטיות, הן במישור הנזיקי והן במישור יחסי העבודה.¹⁴² פרק זה קושר את הקצוות, ומציג מתווה לבירור סוגיית הפרטיות במקום העבודה. בסיומו של הפרק אציע כי לצד הפתרון המשפטי, יש לפתח פתרונות פנים-ארגוניים, למשל מינויו של "נאמן פרטיות", שיכול לתווך בין העובדים למעסיקים במקרים המתאימים.

זהו בתמצית, המתווה הראוי. בדיקת חוקיות המעקבים האלקטרוניים צריכה להתחיל באיתור המסגרת המשפטית שקובעת מהם האיסורים שחלים על המעסיק והסדרים אחרים שמגבילים את פעולתו. לאחר איתור הפגיעה בפרטיות, יש לבחון אם אין היא מתייתרת מתוך עצמה, על ידי הסכמתו של העובד למעקב. את ההסכמה יש לפרש תוך יישום עקרון השליטה מדיני הפרטיות, כאשר הוא מחוזק בעקרון תום הלב שתוחם ומגביל את זכות היתר של המעסיק. במקרים שבהם אותרה פגיעה בפרטיות ולא נמצאה הסכמה מספקת של העובד, יכול המעסיק לבקש לחסות בצל אחת ההגנות שבחוק. עקרון התכלית הראויה, עקרון המידתיות בשילוב עם עקרון תום הלב מדיני העבודה מגבילים לא רק את האמצעים שיכול המעסיק לנקוט, אלא גם את המטרה: לא כל מטרה של מעקב לגיטימית. בפרשנות ההגנות יש להחיל את עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה

¹⁴¹ עניין *אפיקי מים*, לעיל ה"ש 22, בפסקה 11.

¹⁴² הדברים אמורים במעקב במקום העבודה, כלומר במקום ו/או בזמן שבו העובד נמצא במסגרת העבודה. מחוץ לשעות העבודה, ומחוץ לשטח המפעל כאשר מדובר בעובד שעבודתו איננה עבודת-שטח, חלים דיני הפרטיות הרגילים, בשינוי משמעותי: זכות היתר של המעסיק אינה רלוונטית כלל בדיון. ראו למשל עניין *צוקרמן*, לעיל ה"ש 100, שם דובר במעקב אחרי העובד, מחוץ לשעות העבודה.

שלו (הקשר הרציונאלי של האמצעי למטרה, נקיטת אמצעי שפגיעתו בפרטיות פחותה, ואיזון הנזק מול התועלת).¹⁴³

1. איתור הפגיעה בפרטיות

ההגבלה על מעקבים שונים של המעסיק אחרי העובדים במקום העבודה נמצאת בשתי מסגרות של החוק. הראשונה, קובעת מעשים שהם בחזקת פגיעה בפרטיות, אלא אם יש לגביהם הסכמה של הצד הנעקב או שיש הגנה מפורשת בדין. המסגרת השנייה היא של ההסדר בדבר מאגרי מידע.

א. מעקב אחרי עובדים

באופן קונקרטי, נקודת המוצא צריכה להיות שכלל, מעקב סמוי אחרי עובדים פוגע בפרטיות, גם אם יש למעסיק אינטרס לגיטימי בכך. את הבדיקה יש לפתוח באיתור וזיהוי הפגיעה בפרטיות. המסגרת הראשונה לבדיקה היא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולצידו חוק הגנת הפרטיות המונים יחדיו שורה של מצבים שהם פגיעה בפרטיות או חוקים ספציפיים אחרים. עד לחקיקת חוק היסוד, פורשה רשימת הפגיעות בפרטיות שבחוק הגנת הפרטיות כרשימה סגורה, חוק היסוד קובע זכות כללית ויש לפרשו באופן שמרחיב את היקף ההגנה על הזכות לפרטיות. במקרים המתאימים ניתן לגזור את הפגיעה בזכות החוקתית ישירות מחוק היסוד, ובמיוחד מהוראתו הכללית, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".¹⁴⁴ לעיתים פעולת המעסיק אינה באה במדויק בתוך ההגדרות של חוק היסוד או של החוק, או שיש בהם, כבכל חוק, ביטויים הטעונים פרשנות. את מונחי השסתום השונים, כמו "רשות היחיד", "רשות הרבים", "ענייניו הפרטיים של אדם", יש לפרש על רקע הבנת הפרטיות, הצדקותיה המבוססות על הגנת הפרט, ומתוך נקודת מוצא חוקתית, שמדובר בזכות יסוד של האדם שמכתיבה פרשנות רחבה.

כך למשל, ברוב המקרים, צילום וידיאו, מעקב אחרי הרגלי הגלישה, שימוש באמצעי איכון או נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים ללא הסכמה הם בגדר בילוש או התחקות אחרי אדם, כלשון סעיף 1(2) לחוק הגנת הפרטיות. מעקב אחרי תוכן הודעות דואל, שיחות אינטרנט אחרות (צ'אט, שיחה בפורום, באמצעות תוכנה למסרים מידיים וכדומה) תוך כדי השיחה (כלומר סימולטניות) הוא בגדר האזנת סתר – ולעניין זה אין לראות את המעסיק כצד לשיחה, שאסורה הן לפי חוק האזנת סתר והן לפי חוק הגנת הפרטיות (סעיף 2(2) לחוק).¹⁴⁵ בעלותו של המעסיק בקו הטלפון אינה הופכת אותו לצד לשיחה. גם איסוף נתוני תקשורת "בלבד", הגם שאיננו הופך את המעקב להאזנת סתר (סעיף 2(2) לחוק) או ל"העתקת תוכן של כתב" (סעיף 5(2)), הרי הם בגדר "סוד שיח" של אדם (סעיף 7(ד) לחוק היסוד), מונח שאותו יש לפרש בהרחבה. כך פירש גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, שדן בפרשנות הוראת סעיף 8 לאמנת זכויות האדם (ECHR), הקובעת כי "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and

¹⁴³ בכמה מקרים מיהרו בתי הדין להפעיל את עקרון המידתיות עוד לפני שאיתרו בכלל את הפגיעה בפרטיות. מבחינה אנליטית, הפעלה כזו מוקדמת מדי, ואין מקום לבחון את מידתיות הפגיעה של האמצעי שנקט המעסיק, אם האמצעי כלל אינו פוגע בפרטיות.

¹⁴⁴ בעניין בית הדין הרבני האזורי נתניה, לעיל ה"ש 65, בפסקה 9, ציין הנשיא ברק כי הזכות החוקתית לפרטיות רחבה מהזכות המפורטת בחוק.

¹⁴⁵ בתי משפט במדינות אירופה חלוקים בשאלה זו. לדיון, ראו Wallach, לעיל ה"ש 11, בעמ' 215.

"correspondence".¹⁴⁶ בית הדין קבע כי הביטויים private life ו-correspondence כוללים גם שיחות טלפון, הודעות דואל וגלישה באינטרנט במקום העבודה.¹⁴⁷ במקום שבו הייתה לעובדת ציפייה לפרטיות, בהיעדר ידיעה או הסכמה למעקב של המעסיק אחרי העובדת, ראה בכך בית הדין האירופי פגיעה בפרטיות. העובדה כי נתוני התקשורת (מועד שיחות הטלפון, אורך השיחות ויעדן, באותו מקרה) הוא תוצר לוואי של חשבון הטלפון שנשלח למעסיק, אינה מאיינת את הפגיעה בפרטיות העובד.¹⁴⁸ מעקב מצולם יכול להיחשב לצילום אדם ברשות היחיד הגם שהיא נעשית בשטח שבבעלות המעסיק (סעיף 2(3) לחוק) וזאת אם יש פגיעה ביחידה האוטונומית של האדם (לפי פסק הדין בעניין פלוגיט נ' בית הדין הרבני בנתניה); קריאת הודעות דואל שכתב העובד או שקיבל (הודעות שכבר נשלחו או נתקבלו) היא בגדר שימוש בתוכנו של מכתב ללא רשות מהנמען או מהכותב (סעיף 2(5) לחוק, שלאחר תיקון תשס"ז מתייחס במפורש גם למסר אלקטרוני). גם לעניין זה, אין לראות במעסיק את "הכותב" או את "הנמען".

חשוב להדגיש, כי גם אם פעולה של המעסיק איננה באה בגדר האיסורים שבחוק, ואיננה בגדר פגיעה בפרטיות, הרי אין משמעות הדבר בהכרח כי הפעולה מותרת. כאמור, זכות היתר של המעסיק לנהל את עיסקו כראות עיניו אינה מוחלטת, והיא כפופה למגבלות אחרות בדין, לעקרון תום הלב, ולאזון עם אינטרסים אחרים של העובדים, גם אם אינם מגיעים לכדי "זכות".

ב. הסדר מאגרי מידע

לצד כל אלה, המעסיק יהיה כפוף במקרים רבים גם להסדר של מאגרי מידע שבחוק הגנת הפרטיות. פרק ב לחוק מתיר לקיים מאגרי מידע, בכפוף למשטר רגולטורי המפורט שם.¹⁴⁹ תמצית ההסדר היא כי על בעלי המאגרים (או מחזיקיהם) מוטלות חובות שונות, כמו רישום המאגר אצל רשם מאגרי המידע במקרים מסוימים (סעיף 8), כפיפות לסמכויות פיקוח של הרשם (סעיף 10), חובה ליידיע את מושא המידע אודות איסוף המידע והשימוש בו (סעיף 11), חובת סודיות (סעיף 16) וחובת אבטחת מידע (סעיף 17). לצד החובות, ולפיהן, למושאי המידע עומדות זכויות, ובכלל זה לעיין במידע (סעיף 13) ולדרוש את תיקונו (סעיף 14). לבד מחובת היידוע, שחלה אם לפני

¹⁴⁶ Copland v. The United Kingdom, Application no. 62617/00, Judgment of the European Court of Human Rights, 4th Section (3 April 2007).

¹⁴⁷ שם, בפסקה 41.

¹⁴⁸ שם, בפסקה 43. הגישה האמריקנית שונה עד מאוד. בהיעדר זכות כללית לפרטיות, החוק הפדרלי המרכזי שקשור לנושא המעקב הוא ה Electronic Communications Privacy Act (ECPA). החוק קודד בשני חלקים. 18 U.S.C. §§2510-2521 (העוסק בהאזנת סתר) ו-18 U.S.C. §§ 2701-2711 (העוסק בגישה למידע מאוחסן). לדיון, ראו Matthew W. Finkin, *Information Technology and Workers' Privacy: The United States Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 471, 478-485 (2002). לסקירה עדכנית של פסיקה לפי החוק, בהקשר של פרטיות במקום העבודה, ראו אוואנס, לעיל הי"ש 121, בעמ' 1124 – 1126. החוק קובע איסור, על האזנת סתר, אולם יש בו גם מספר הגנות, מהן רלוונטיות להקשר של מקום העבודה שתיים: הסכמה, והיתר כאשר ההאזנה נעשית במסגרת הרגילה של העסקים (ordinary course of business). החריגים פורשו בפועל בנדיבות כך שהם מאפשרים כל סוג של מעקב במקום העבודה. כאמור, הגישה האמריקנית אינה מתאימה לבחירה המשפטית והערכית של ישראל שבחרה בגישה רחבה בהרבה בקשר להגנת הפרטיות ובקשר לאופיו של מקום העבודה, גם יחד.

¹⁴⁹ החוק עומד לפני שינוי, לפי המלצות דוח ועדת שופמן, לעיל הי"ש 70. גם במדינות האיחוד האירופי קיים משטר משפטי דומה. ראו למשל באנגליה, את ההנחיות למעסיקים: Information Commissioner, The Employment Practices Code (2005), נמצא ב: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/employme nt_practices_code.pdf

שקיים מאגר מידע כהגדרתו בחוק, שאר החובות והזכויות תקפות רק כאשר מדובר במאגר כזה. החוק מגדיר מאגר מידע (סעיף 7) כך שהוא משתרע על אוסף נתוני מידע ששמור באמצעים אלקטרוניים, ומידע מוגדר שם בדרך מדגימה, כ"נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו". מידע רגיש מוגדר באופן דומה, למעט מידע על מעמד אישי והכשרה מקצועית.¹⁵⁰

פריטי מידע רבים שברשות המעסיק נופלים לגדר הגדרת מידע כאמור. מידע שמקורו במבחני התאמה שנערכו לפני הקבלה לעבודה כולל נתונים על אישיותו של אדם. מידע שנאסף תוך כדי ההעסקה, למשל מידע שנחוץ לצורך תשלום משכורת ובקשר לתשלומים בכלל, הוא בגדר נתונים על מצבו הכלכלי של אדם. מידע שנאסף מהמועמד לעבודה על כישוריו הוא בגדר נתונים על הכשרתו המקצועית. לפי סעיף 8(ג) לחוק, ככל שמדובר במידע על למעלה מעשרת אלפים עובדים (במקומות עבודה מעטים בארץ), או מידע רגיש (ובשל הכללת נתונים על מצבו הכלכלי של אדם, הרי מדובר בכל מקום עבודה ששומר את המידע בצורה אלקטרונית), ובכל מקרה, כאשר מדובר בגוף ציבורי, קמה חובת רישום מאגר המידע ומעריך החובות והזכויות נכנס לפעולה.

אני סבור שמידע על תפוקת העובד, שנאסף במסגרת מעקב אלקטרוני, צריך להיחשב כמידע על "הכשרתו המקצועית" של אדם. כך נקבע גם באירופה,¹⁵¹ ובכל מקרה, מדובר במידע אישי שמפעיל את כללי הגנת המידע. הטעם לכך הוא משמעות המידע. דמו תיקייה ממוחשבת שבה נצבר לאורך תקופה מידע על תפוקת העובד. המידע הזה עשוי לשמש את המעסיק לניהול יעיל יותר של העסק, אבל יש חשש שהמידע ידלוף ויועבר למעסיקים פוטנציאליים אחרים. מבחינת יעילות כלכלית, יאמרו מצדדי השוק החופשי כי יש בכך להבטיח זרימה חופשית של מידע שחיוני לתפקודו האופטימלי של השוק. אולם, זרימה של מידע כזה תאלץ את העובד להסביר, למשל, שהירידה בתפוקה בתקופה מסוימת נבעה ממחלה שחלה בה, או מהצורך שלו לסעוד בני משפחה חולים, או בכלל מטעות באיסוף המידע. שמירה של מידע כזה מקבעת את האדם לסטטוס מסוים, שבו הוא נמדד אך ורק לפי תפוקה כמותית-טכנית, ולא (גם) לפי מדדים אנושיים. תיקיית מידע כזה תרדוף את האדם בכל אשר ילך בשוק העבודה, במצב קפקאי ותחסום את האפשרות שלו לשינוי. ההסדר של מאגרי מידע בחוק נועד למנוע בדיוק את המצב הקפקאי הזה.¹⁵² בכל מקרה,

¹⁵⁰ לשוני אין הסבר משכנע, ואכן, ועדת שופמן, הציעה בשנת 2007 שבמקום המונח "מידע", יוגדר "מידע אישי", על בסיס זיהוי או אפשרות לזיהוי. ראו דוח ועדת שופמן, שם, בעמ' 20. בחוק הקיים, לשוני יש נפקות לעניין חובת רישום מאגרי המידע. סעיף 8(ג)2 קובע כי מאגר שיש בו מידע רגיש חייב ברישום, ומשתמע, כי חובת הרישום חלה ללא קשר למספר האנשים שעליהם המידע.

¹⁵¹ ראו Council of Europe, Recommendation No. R. 89(2) of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes (1989), נמצא ב: <http://tinyurl.com/39km7x>. סעיף 3 מבהיר כי ההחלטה חלה גם על אמצעי מעקב אלקטרוניים. ההחלטה מטילה חובה על מעסיקים להודיע לעובדים מראש, באופן מלא, על שימוש באמצעי מעקב ואיסוף מידע בכלל, או להתייעץ עם העובדים (סעיף 3.1), לבקש את הסכמתם המוקדמת (סעיף 3.2). בכל מקרה, איסוף המידע צריך להיות רלוונטי ומותאם למטרת איסופו (סעיפים 4.1, 4.2). ההחלטה מגבילה את שמירת המידע (סעיף 5), וקובעת עיקרון של צמידות-מטרה (סעיף 6), כמו גם חובות אבטחת מידע (סעיף 13) וזכויות למושאי המידע לעיין במידע ולדרוש את תיקונו (סעיף 12).

¹⁵² למטאפורה הקפקאית (בניגוד למטאפורה הארווליאנית הרווחת) בקשר למאגרי מידע, ראו DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 27 (New York, 2004).

כאשר מדובר במידע על אדם, שלא נמסר על ידו, מטעמו או בהסכמתו, הרי קמה חובת רישום של המאגר לפי החוק.¹⁵³

דווקא חובת הרישום מלמדת על פתרונות פנים-ארגוניים שונים, שיכולים להשביע את רצון המעסיק לדעת עוד על התנהלות המפעל, תוך צמצום הפגיעה בפרטיות העובדים. למשל, איסוף מידע על תפוקת העובדים באופן שאינו מזהה אותם באופן אישי, אלא רק מפיק נתונים כלליים, יכול לסייע למעסיק לאתר קשיים בתפקוד מחלקות מסוימות או שינויים לאורך תקופה. (מובן, שאנונימיזציה כזו צריכה להיות תמת לב ואמיתית, ואין בה טעם במפעל קטן של עובדים ספורים, אולם במפעל קטן, ממילא המעסיק אינו זקוק למעקב אלקטרוני, שכן הוא רואה במו עיניו את התפוקה של העובדים.) פתרון כזה לא יספק את הצורך של המעסיק לדעת מידע מדויק על כל עובד ועובד, אבל במסגרת ההירארכית של הארגון, אפשר לשפר את היעילות הכלל-ארגונית. המעסיק שיהיה מחלקה איטית יותר במפעל ידרוש הסברים ממנהלת המחלקה, או יציב לה יעדים להשגה וכיוצא בזה פתרונות ניהוליים. פתרון כזה ירחיק את המעסיק מחובותיו לפי ההסדר של מאגרי מידע שבחוק, ויגן על פרטיות העובדים טוב יותר.

2. הודעה והסכמה

כאשר פעולת המעקב פוגעת לכאורה בפרטיות, הרי דרך אחת להכשיר את הפגיעה היא לשכנע את העובד להסכים לפעולה. לפני קבלת הסכמת האמת החופשית של העובד, המעסיק חייב להודיע על עצם איסוף המידע, השימושים שיעשו בו, ובכלל זה אם יועבר לצדדים שלישיים. מסירת המידע היא תנאי לקיומה של ההסכמה המודעת ויש לה חשיבות עצמאית. חובת ההודעה מוטלת על מי שאוסף מידע לפי סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, שכן המידע הנאסף על עובדים במעקב הוא ברוב המקרים מידע שמיועד להיכלל ב"מאגר מידע" כהגדרתו בחוק.¹⁵⁴ ההודעה חשובה גם לאחר קבלת ההסכמה הראשונית של העובדים, ודווקא משום שמקום העבודה הוא דינאמי, וצרכי המעסיק עשויים להשתנות במשך הזמן, כדי להזכיר לעובדים את "כללי המשחק" ולהזהירם. כאשר הפעולה שהמעסיק מבקש לנקוט פוגעת בפרטיות העובדים, יכול המעסיק לבקש את הסכמתם לפעולה, ובכך להכשיר אותה.¹⁵⁵

אולם הודעה לבדה אינה מספיקה. נדרשת בנוסף קבלת הסכמה. ההסכמה צריכה להיות הסכמה מדעת, כדרישת החוק לאחר תיקונו בתשס"ז, ויש לוודא כי היא הסכמת-אמת.¹⁵⁶ יש לוודא שהעובד ידע מהו המעקב שננקט, הבין אותו, והסכים לכך מתוך הבנת משמעות המעקב לגבי

¹⁵³ סעיף 8(ג)(3) לחוק.

¹⁵⁴ במדינת קונטיקט בארצות הברית יש חובה חריגה בנוף האמריקני, המוטלת על מעסיקים המפעילים אמצעי מעקב אלקטרוניים להודיע לעובדיהם בכתב, ולפני השימוש באמצעים, על הכוונה הזו. לצד החובה יש חריג למקרים שבהם חושד המעסיק בעובד בחשד ספציפי של הפרת החוק, זכויות המעסיק או עובדים אחרים, או שהעובד יוצר סביבת עבודה עוינת. ראו Connecticut General Statutes Annotated, §31-48d.

¹⁵⁵ בדין האמריקני אין דרישה להסכמה, אלא רק כחריג אפשרי מפני תביעה לפי חוק האזנת הסתר האמריקני. להצעה לבסס דרישה של הסכמה בדיני הפרטיות בארצות הברית, ראו Steven L. Willborn, *Consenting Employees: Workplace Privacy and the Role of Consent*, 66 LA. L. REV. 975 (2006).

¹⁵⁶ השופטת וירט-ליבנה הציעה עוד לפני התיקון לחוק כי רק הסכמה מפורשת תתקבל, ראו לעיל הי"ש 5, בעמ' 814. אומנם, לאחר תיקון החוק בתשס"ז קשה לתאר מצב שבו יש הסכמה מכללית שעומדת בתנאי ההסכמה מדעת, אולם אם יימצא מצב עובדתי כזה, הרי מחיקת אפשרות ההסכמה המשתמעת שמופיעה בחוק צריכה להיות ממקור כבד משקל. עקרון תום הלב בדיני העבודה יכול להיות מקור מתאים כזה.

עבודתו השוטפת במהלך העבודה היומיומית ולגבי החלטות שעשוי המעסיק לקבל לגבי בעתיד על סמך המידע שייאסף. קבלת הסכמה או מתן הסכמה בקשר לאיסוף מידע ושימוש בו מאופיינת בשורה של כשלים קוגניטיביים, כמו הקושי של האדם מושא המידע (והדברים אמורים בכל הקשר, צרכני ותעסוקתי) להעריך את משמעותו של איסוף מידע בעתיד, את ההסתברות שיעשה שימוש לרעה במידע, או את הנזק שעלול להיגרם לו מכך, וכל זה, במיוחד לעומת יתרונות מוחשיים ומידיים שמוצגים לו.¹⁵⁷ קושי זה מחייב יחס מיוחד להסכמה בהקשר של ויתור על זכות אדם, בכלל, ובענייננו, ויתור על הזכות לפרטיות. אין לפרשה כהסכמה חוזית בלבד, אלא יש לקבוע רף גבוה, שמשקף את משמעותה ואת השלכתה על זכויות האדם.¹⁵⁸ תיקון תשס"ז הוא צעד חשוב בכיוון זה. כעת נדרשת פרשנות יסוד ההסכמה על ידי בית המשפט כדי להקשות על הוויתור הלא-מודע שלה.

לכשלים הקוגניטיביים הרגילים, מצטרף בהקשר של מקום העבודה הנתון בדבר פערי הכוח בין המעסיק לעובד. פערי כוח גדולים מקשים על קיומה של הסכמת-אמת כזו. המעסיק יודע מהם אמצעי המעקב שהוא מפעיל (או שבכוונתו להפעיל), איזה סוגי מידע ייאספו, על מי, מתי, איך, לפי אילו אמות מידה וכיוצא בזה הכרעות טכניות – שכולן משקפות הכרעות ערכיות. לפיכך, יש פה אסימטריה במידע, ובמיוחד כאשר מדובר באמצעי מעקב שפעולתם סמויה. דרך אחת להתגבר על הקושי היא להשיג הסכמה באמצעות משא ומתן קיבוצי עם ארגון העובדים במקום שבו יש כזה. במקרים שבהם אין ארגון עובדים שיכול לגשר על פערי הכוח, יש לוודא כי ההסכמה הנדרשת נתקבלה בנקודה שבה לעובד הייתה ברירה אמיתית לסרב, כלומר, שההסכמה נתקבלה לפני הפעלת אמצעי המעקב, ולא נכרכה בדבר אחר. למשל, הסכמה שהושגה (ואפילו מפורשת ואפילו היא הסכמה מדעת) לצד איום, למשל שסירוב יגרור פיטורין או ישלול הטבה, איננה ראויה להיחשב להסכמה. הסכמה שנתקבלה מהעובד לפני תחילת ההעסקה חשודה במיוחד, שכן ברור כי לעובד אין יכולת מיקוח בשלב זה, כאשר החלופה היחידה שלו היא לוותר על העבודה. בתנאי שוק העבודה והאבטלה, הסכמה שניתנת כתנאי לקבלה לעבודה אינה משקפת הסכמת-אמת.

גם במקום שבו נתקבלה הסכמת-אמת מדעת, הרי היא צריכה להיות מותאמת ומוגבלת למטרה שלשמה נתבקשה מלכתחילה. למשל, מכשיר איתור שמותקן ברכב כדי למנוע גניבות או כדי לאפשר סיוע במצב מצוקה לנהגים, לא מיועד להפיק מידע שיעשה בו שימוש אחר, כמו מעקב אחרי מקום הימצאם של העובדים. אם בהתקנת המיכשור יש גם כוונה כזו, הרי ההסכמה הראשונית צריכה להתייחס גם אליה. דוגמה נוספת, בעקבות עניין *איסקוב-ענבר*, היא הסכמה לניטור אוטומטי של תיבות דואל – אם נתבקשה הסכמה לכך ונתקבלה, הרי אין היא משתרעת על קריאת תוכן ההודעות. זהו יישום של עקרון צמידות-המטרה מדיני הגנת הפרטיות, שמגביל את השימוש במידע למטרה שלשמה נאסף.

¹⁵⁷ בהקשר הצרכני, ראו A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy*, 52 STAN. L. REV. 1461, 1502 (2000)

¹⁵⁸ לטיעון על חולשתה של הסכמה בהקשר של הגנת הפרטיות, ראו Ian Kerr, Jennifer Barrigar, Jacquelyn Burkell and Katie Black, *Soft Surveillance, Hard Consent*, 6 PERSONALLY YOURS 1 (2006); נמצא כאן: <http://idtrail.org/files/SoftSurveillanceHardConsent.pdf>

3. תכלית ראויה

במקרים אחרים, שבהם המעסיק בכל זאת מפעיל אמצעי מעקב שמהווים פגיעה בפרטיות, הרי הוא נוטל סיכון שיימצא אחראי לפגיעה כזו, על ההשלכות שיש לכך. ככל שמדובר בהגנת עניין אישי כשר של המעסיק, ופעולתו ננקטה בתום לב, הרי ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות יעמדו לצידו.¹⁵⁹ כשם שאיסורי החוק חלים במקום העבודה, כך גם להגנות יש תחולה, וכרגיל, הנטל להוכיחן הוא על הטוען להן. העניין האישי הכשר של המעסיק הוא האינטרס שלו בשימוש באמצעי המעקב. יש לבחון את המטרה כשלעצמה, עוד לפני איזונה עם זכות העובד לפרטיות. לא כל מטרה היא עניין כשר. מובן שמטרות שאסורות על פי החוק – פסולות.¹⁶⁰ למשל, חשד מבוסס בדבר עובד שמועל בכספי המעביד הם טעם שיצדיק מעקב מצולם אחרי אותו עובד (ורק אחריו), לפרק זמן מוגבל.

לפי עקרון התכלית הראויה, המעסיק אינו יכול להסתפק בהצהרה כי מטרת המעקב שהוא נוקט אחרי עובדיו היא "ניהול העסק ופיקוח על העובדים", ותחת הכותרת הזו לאפשר לו כל פעולת מעקב. את המטרה המוצהרת יש לבחון: האם היא ראויה? האם היא רלוונטית לסוג העסק ולמודל העסקי שלו? האם היא צורך אמיתי, או צורך שהומצא בדיעבד בקשר להליך משפטי? טיב העסק, סוג המוצר או השירות שהוא מייצר, גודלו, אופן ניהולו, רגישות המידע שבארגון, היקף השימוש בטכנולוגיות מידע – כל אלה הם דוגמאות לשיקולים שיש לשקול כדי להעריך את האינטרס של המעסיק ולהעבירו במסגרת של דיני הגנת הפרטיות, עקרון המידתיות ועקרון תום הלב. למשל, מעסיק שאין בעיסקו מידע שהוא בחזקת סודות מסחריים לא יוכל לטעון כי מעקב אחרי הודעות דואל למניעת דליפה של מידע הוא אינטרס לגיטימי. בעסק קטן, שבו יש עובדים בודדים שכולם נמצאים ועובדים בחדר אחד, אין אינטרס אמיתי לעקוב אחרי תוכן שיחות הטלפון, שממילא נשמעות בחלל המשרד.

4. מידתיות

לאחר זיהוי האינטרס של המעסיק ובחינתו במסגרת התכלית הראויה, תעלה שאלת המידתיות (וזאת בהנחה שהאמצעי עלול לפגוע בפרטיות העובדים). כאן, יש לבחון אם יש קשר בין האמצעי למטרה, האם היה אמצעי אחר שמידת פגיעתו בפרטיות פחותה, ואת האיזון עצמו בין האמצעי למטרה. אלה הם שלושת מבחני המידתיות, השאובים מהמשפט המינהלי והחוקתי, וכפי שכבר הוחלו בדיני העבודה בישראל בהקשרים אחדים, ובכלל זה בהקשר של פרטיות במקום העבודה.¹⁶¹

למשל, כדי למנוע דליפה של סודות מסחריים מהעסק החוצה, אפשר להפעיל אמצעים טכנולוגיים שמונעים צירוף קבצים הודעות דואל, או אמצעים שמנטרים את הקבצים באופן אוטומטי, לפי חיפוש מילות מפתח מסוימות. הטכנולוגיה פה גמישה מאוד, ואין שום מניעה טכנולוגית ליצור

¹⁵⁹ ראו סעיף 18(2)(ד) לחוק הגנת הפרטיות. דברי ההסבר לחוק הביאו כדוגמה את המקרה שבו [מעסיק מתחקה אחרי עובדו] הצ"ח תש"ס 206, 209 [לבדוק].

¹⁶⁰ למשל אפליית עובדים על בסיס דת, גזע, מין, נטייה מינית וכיוצא באלה נתונים אישיים. איסוף נתונים כאלה טעון הסבר והצדקה משכנעים במיוחד, שאחרת הם מחשידים את המעסיק באפליה או כוונה להפלות.

¹⁶¹ ראו ברק, לעיל ה"ש 5, דוידוב, לעיל ה"ש 25.

טכנולוגיה מותאמת לצרכי העסק. ניטור אוטומטי, להבדיל מעין אנושית שקוראת את הודעות הדואל, פוגע פחות בפרטיות העובדים. את האינטרס של הגבלת שימוש במשאבי המעסיק (רוחב הפס), האינטרס במניעת אחריות שילוחית של המעסיק להפרות זכויות יוצרים והאינטרס בצמצום גישה לאתרים פורנוגרפיים, ניתן להשיג על ידי שימוש בתוכנות סינון שחוסמות מראש את הגישה לאתרים מסוימים, במקום ניטור הגלישה של העובדים.¹⁶² מטרתם של אמצעי המעקב מכתובה גם אם הם גלויים או סמויים. אם למשל, המטרה היא למנוע גניבה על ידי לקוחות, הרי עדיף אמצעי מעקב גלוי, שעשוי להרתיע חלק מהגנבים הפוטנציאליים, על פני מעקב סמוי, שאולי יספק ראיות לגניבה אבל לא ימנע אותה מראש, ובו בזמן יחשוף את העובדים לעין המצלמה הסמויה, גם כאשר הם מבצעים פעולה פרטית, למשל סידור בגדיהם או הצצה במראה. ההכרעה אם המעקב גלוי או סמוי משליכה על מידת ההסכמה של העובדים. ועוד. מעסיק שהאינטרס שלו הוא לצמצם סיכון משפטי לאחריות בקשר ליצירת סביבת עבודה עוינת במובן של הטרדה מינית, יכול להתקין מראש תוכנה לחסימת גלישה באתרים פורנוגרפיים, במקום לבחון את מחוזות הגלישה של עובדיו בעת הגלישה או בדיעבד.

במקרים כאלה, ניתן להציע מנגנון חדש, שיהיה מעין מקבילה אזרחית לאמצעים שעומדים לרשות רשויות אכיפת החוק. כשם שהמשטרה יכולה לפנות לבית המשפט מראש בבקשה לצו האזנת סתר, צו חיפוש ותפיסה וצו לקבלת נתוני תקשורת, יש לאפשר אפיק מקביל למעסיקים. במקרים מסוימים הדין האזרחי עשוי לאפשר להם צו חיפוש, למשל צו במסגרת דיני הסודות המסחריים,¹⁶³ אולם הוא לא בהכרח מתאים לכל מצב. במצבים השיוריים, ראוי לשקול אפשרות פנייה מוקדמת של המעסיק לבית משפט, בהליך חד-צדדי שבו ישקול בית המשפט את הצורך של המעסיק מול הזכות לפרטיות של העובד, ובמקרים המתאימים, לזמן נציג מטעם העובד, למשל נציג של ארגון העובדים, כדי למזער את נזקיו המוכרים של הליך חד-צדדי. מובן ששינוי כזה מחייב עיגון בחוק והסמכה של בתי משפט.¹⁶⁴

5. נאמן פרטיות

הליך של בקשה מוקדמת כמו זו שהוצעה זה עתה, אפשר לבצע לא רק בבית משפט, אלא גם אצל גורמים בלתי תלויים שיהיו מוסכמים על העובדים והמעסיק גם יחד. המעסיק והעובדים יכולים למשל להסכים על מינוי בורר במקרים של סכסוך, שפעילותו תוסדר לפי החוק המתאים, או למנות גורם פנים-ארגוני מוסכם על שני הצדדים, שימלא תפקיד של "נאמן פרטיות" של העובדים. היתר שיפוטי או היתר של נאמן פרטיות יעידו על תום ליבו של המעסיק, ויגבירו מאוד

¹⁶² תוכנות הסינון מעוררות קשיים אחרים, מאחר שהן אינן מדויקות, וההכרעה שמגולמת בהן, אם תוכן אתר הוא פורנוגרפי אם לאו, היא הכרעה גסה ומוטה משיקולים מסחריים ותרבותיים. משום כך, התוכנות מעוררות קשיים בקשר לחופש הביטוי, אולם פחות מזה בקשר לפרטיות עובדים. לדיון בהיבטים של תוכנות סינון וחופש הביטוי, ראו מיכאל בירנהק "חורים ברשת", "חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע, ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית" פוליטיקה 101, 13 (תשס"ה)

¹⁶³ ראו סעיף 16 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 שמאפשר מינוי כונס נכסים עם סמכויות כניסה לחצרים חיפוש ותפיסת נכסים במקרים המפורטים שם.

¹⁶⁴ בחוק שבמדינת ניו-סאות' ווילס באוסטרליה נקבע מנגנון שמאפשר פניה לשופט שלום בבקשה לאשר מעקב סמוי. ראו לעיל ה"ש 17, במיוחד בסעיפים 19 – 20, 25 – 27. לפי החוק האוסטרלי, אם וכאשר מאשר בית המשפט את המעקב, עליו למנות מפקח מיוחד לעניין, שאיננו המעסיק, ושיעביר למעסיק רק ראיות מפלילות, אם יימצאו כאלה.

את הוודאות שלו בדבר קיומה של הגנה שתעמוד לזכותו, במידה שהעובד יטען בדיעבד שפרטיותו נפגעה. פעולה ללא אישור הנאמן או בניגוד לעמדתו תקים חזקה של פגיעה בפרטיות.

"נאמן פרטיות" יכול לסייע גם למעסיק במקרים מסוימים. למשל, כאשר מעסיק מבקש גישה לתיבת דואל של עובד שפרש מעבודתו או נפטר. המעסיק עשוי להאמין כי לקוחות או ספקים ממשיכים לשלוח הודעות עסקיות לתיבת הדואל של העובד, או שהוא נזקק לתכתובת-עבר בין עובד לשעבר לבין לקוח או ספק מחמת צורך בהמשך טיפול או מחמת סכסוך עם הלקוח שמצריך בירור. ככל שהעובד לשעבר זמין, הרי ניתן לבקש ממנו רשות, עם סיום עבודתו, לגישה לתכתובות כאלה. במקרים אחרים, שבהם העובד לשעבר אינו זמין או אינו משתף פעולה, הרי נאמן הפרטיות יכול להיות גורם מתווך: הוא יבחן את תיבת הדואל, ויפריד בין הודעות פרטיות להודעות שבהן יש למעסיק עניין אישי כשר.

יצירת מוסד ארגוני של "נאמן פרטיות" מחייבת מטבע הדברים פירוט, שיכול לבוא בהסדר פרטני במקום העבודה או במסגרת הסכם קיבוצי. אם נתקבל ההצעה, הרי שתקנות שקובעות את סמכות הנאמן, יכולה לחסוך לצדדים (המעסיק והעובדים) עלויות משא ומתן וקשיים צפויים בגיבוש פרטי המוסד הנ"ל. ההצעה למנות נאמן פרטיות, שיהיה מוסכם על העובדים והמעסיק גם יחד, היא רק דוגמה אחת לפתרונות יצירתיים שניתן להגיע אליהם גם ללא שינויי חקיקה. המסגרת המתאימה ביותר לפתרונות כאלה היא בהידברות של המעסיק עם העובדים. ככל שיש הסכמים קיבוציים, הרי ראוי שהם יעסקו גם בהגנת הפרטיות של העובדים. השיתוף יכול לתרום לאווירה נעימה יותר במקום העבודה, להסיר חשד ולהפיג חוסר אמון, לתועלת העובדים והמעסיקים גם יחד.

6. משמעות הפגיעה בפרטיות

במקרים שבהם נפגעת פרטיות העובד, שלא נתקבלה הסכמתו המודעת לפגיעה, והיא חורגת מגדר העניין הלגיטימי (עניין אישי כשר) של המעסיק או שלא עומדת לו הגנה אחרת, הרי יש לתת לכך משמעות הן במשפט האזרחי, בסעד המתאים לפי חוק הגנת הפרטיות, והן במישור דיני העבודה. חוק הגנת הפרטיות תוקן בשנת תשס"ז כך שיש בו כיום פיצוי ללא הוכחת נזק.¹⁶⁵ במקרים המתאימים, יש לראות בהפעלת אמצעי המעקב משום שינוי מהותי חד-צדדי אסור של חוזה העבודה, כלומר, התפטרות של עובדים בעקבות זאת תהיה בחזקת התפטרות שדינה כפיטורים,¹⁶⁶ וודאי שאין לראות בפעולה מצד העובד שנועדה להתנגד למעקב באופן לא אלים משום עבירת משמעות. ראיות שמבוססות על השגת ראיות בדרך כזו צריכות להיפסל, כמצוות סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. ככל שיש הפרה של פרק ב, לחוק, שעוסק במאגרי מידע, הרי יש לרשם מאגרי המידע סמכויות אכיפה מסוימות.

ו. סוף דבר: איכות חיים במקום העבודה?

הזכות לפרטיות, כמו זכויות משפטיות אחרות, אינה מתקיימת בחלל ריק. היא תלויה בחברה ובקהילה ובערכים של חברי הקהילה כיחידים וכקבוצה. היחס בין המשפט, ולענייננו בין הזכות

¹⁶⁵ סעיף 29א לחוק.

¹⁶⁶ ראו סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. ברוח דומה פסק גם בית הדין בעניין אייזנר, לעיל ה"ש 104.

לפרטיות, לבין החברה הוא יחס דינאמי ומורכב. גם דיני העבודה נמצאים בדיאלוג מתמיד עם החברה, על מוסדותיה החברתיים בכלל.¹⁶⁷ לכן, בעת דיון בשאלת הגנת הפרטיות במקום העבודה אך טבעי ומתבקש לשלב את דיני הגנת הפרטיות ואת דיני העבודה. זו הייתה מטרתי במאמר זה. לאחר שעמדתי על האינטרסים של המעסיק, וניסחתי אותם כמקובל בדיני העבודה כחלק מזכות היתר של המעסיק, בחנתי את הזכויות של העובדים בקשר לפרטיותם. הדיון הזה הדגיש כמה עקרונות יסוד של הגנת הפרטיות, ובהם עקרון השליטה של אדם בעצמו ובמידע אודותיו, עקרון ההסכמה שנגזר מקודמו, ועקרון צמידות המטרה. לצד אלה, עמדתי על עקרון התכלית הראויה, שבוחן את כשרות האינטרסים של המעסיק. בדיני העבודה, עיקרון זה עולה מעל לפני השטח, בזכות שילוב של עקרון תום הלב, ושל עקרון המידתיות שמחלחל לדיני העבודה מהמשפט הציבורי. שילוב התובנות מענפי המשפט השונים איפשר בחינה ביקורתית של מעט הפסיקה שיש בנושא בישראל, בשלב זה, ולהציע מתווה משולב לדיון משפטי.

למרות הדיון המשפטי, הפתרון לצרכים הנוגדים של המעסיקים ושל העובדים אינו נמצא רק בסל הכלים המשפטי. ככל שתגבר מודעות של העובדים לאפשרויות המעקב של המעסיקים אחריהם, הם ילמדו לכלכל את צעדיהם בהתאם, והטכנולוגיה מאפשרת להם זאת ותאפשר זאת ביתר שאת בעתיד למשל, העובד שיבקש לשלוח קורות חיים למעסיק אחר, יעשה זאת באמצעות חיבור האינטרנט בטלפון הסלולארי הפרטי שלו, באמצעות גלישה במחשב הנייד וחיבור לרשת אלחוטית שאינה של המעסיק, או פשוט, מחשבון דואר פרטי, במחשב פרטי, בבית. במובן הזה, אנחנו נמצאים בעיצומה של תקופת מעבר ושינויים משמעותיים בסביבת העבודה. אולם, אין להמתין עד שתקופת המעבר תסתיים, שכן נראה שתמיד יהיו חידושים טכנולוגיים ושינויים בדפוסי העבודה. פתרונות פנים-ארגוניים שיציע המעסיק יכולים גם הם לסייע, כמו הקצאת שתי תיבות דואר, האחת לשימושי העבודה ונגישה למעסיק, והשנייה לשימושי פרטיים של העובד, שחסינה ממבטו העוקב של המעסיק. פתרון ארגוני אחר, כולל יותר, הוא שיתוף העובדים בקביעת מדיניות המעקב במקום העבודה.¹⁶⁸ מובן, ששיתוף העובדים באופן קיבוצי מסייע לצמצם את פערי הכוחות המובנים שבין המעסיק לבין כל עובד בנפרד.

בסופו של יום העבודה, סוגיית הפרטיות במקום העבודה חשובה לא רק לאיכות החיים של העובדים בזמן העבודה. היא חשובה גם כאשר העובדים שבים לבתיהם ופונים לעיסוקיהם האחרים, בשקט ובשלווה, ללא מבט עוקב, ונושאים עימם את הביטחון שהמדינה הדמוקרטית חייבת לאזרחיה, הביטחון שלא המעסיק או המדינה או כל גורם אחר קובע את גורלם, אלא הם עצמם.

¹⁶⁷ גיא מונדלק כותב כי דיני העבודה הם טקסט חברתי ("labor law is also a social text"), לעיל הי"ש 46, בעמ' 5.

¹⁶⁸ אדור מפרט כמה צעדים אפשריים כאלה, ומציע שיתוף של העובדים בתכנון מערכת המעקב, ובכלל זה בקביעת אמות המידה למעקב (מה ייבדק, איך, מתי, מה ייעשה במידע שייאסף), יידוע עובדים חדשים וותיקים, משוב אנושי ולא אוטומטי (למשל, בקשר לתפוקת העובד), ומשוב שצריך להיות דיאלוגי, ולא עונשי או מאיים. ראו לעיל הי"ש 12, בעמ' 737 – 740.