בבית הדין הארצי לעבודה בירושלים

ע"ע 90/08
בר"ע 285/08

תיקים מאוחדים
קבועים ליום 28.5.08

בעניין: **טלי איסקוב ענבר ת.ז. 23770696**
ע"י ב"כ עו"ד פנינה זיידנברג
מרח' קפלן 17, תל-אביב, 64734
טל': 03-6096625/9050, פקס': 03-6952225 **המערערת**

- נ ג ד -

1. הממונה על חוק עבודת נשים במשרד התעשייה, המחר והתעסוקה – מדינת ישראל
2. פאנאיה בע"מ ח.פ. 513772707
3. יוסי כהן ת.ז. 22581755
4. אבי לזר ת.ז. 22284871
משיבים 4-2 ע"י ב"כ עו"ד ט. ספיר
מדרך השרון 104, הוד-השרון
טל': 09-7406985, פקס': 09-7406986 **המשיבים**

1. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה, המחלקה לענייני עבודה
רח' מח"ל 7, ת"ד 94123, ירושלים 97765
טל': 02-5419638, פקס': 02-5419660 **מתייצב בהליך**

2. הסתדרות העובדים הכללית החדשה
3. לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים **מוזמנים להתייצב בהליך**

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. קו לעובד
ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ואח'
מרח' נחלת בנימין 75, תל-אביב, 65154
טל': 03-5608185, פקס': 03-5608165 **ידידי בית הדין**

ובעניין: **1. אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ**
2. אפיקי מים (1995) אגודה חקלאית שיתופית בע"מ,
ע"י עוה"ד יוסף משיח ו/או שרון סטולרו-כהן
מרח' ז'בוטינסקי 7, (מגדל משה אביב, קומה 54)
רמת גן 52520
טלפון: 03-6100705, פקס: 03-6127500 **המבקשות**

- נ ג ד -

רז פישר, ת.ז. 54157318
ע"י ב"כ עוה"ד ורד רם ו/או יעל פורת קוצר
מרח' ארלוזורוב 17, ת.ד. 2397 עפולה 1812
טל. 04-6405405, פקס: 04-6404000 **המשיב**

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מיום 20.3.08 בע"ע 90/08 **טלי איסקוב ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים ואח'**, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה בזאת להביא את עמדתו לעניין ערעור זה, כדלקמן:

א. פתח דבר

1. עניינו של ערעור זה (שהינו ערעור לאחר קבלת רשות) בהחלטת ביניים של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב (כב' השופטת ס' דוידוב-מוטולה ונציגת הציבור אורה אופנהיים-דוניו) (להלן: "**בית דין קמא**") מיום 19.7.07 בתיק עב' 10121/06 **טלי איסקוב ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים ואח'** (להלן: "**ההחלטה**"). בית דין קמא דחה את בקשת המערערת (להלן: "**איסקוב**"), שהוגשה על יסוד סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הפרטיות**"), לפסול כראיות הודעות דואר אלקטרוני (להלן: "**דוא"ל**") שנכתבו על ידה ונשלפו על ידי המשיבה 2, מעבידתה של איסקוב (להלן: "**החברה**"), ככל הנראה באמצעות המשיב 4, מתוך שרת החברה, והוגשו במסגרת התדיינות בין הצדדים בקשר לסיום העסקתה של איסקוב.

2. השאלה המתעוררת בהליך זה עניינה בהיקף זכותו של מעביד לחדור למחשב המועמד לרשות עובדו וכן לתיבת הדוא"ל המועמדת לרשותו, בנסיבות שונות, אל מול זכות העובד לפרטיות במקום העבודה כפי שהיא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "**חוק היסוד**") ובחוק הגנת הפרטיות.

3. היועץ המשפטי לממשלה ראה לנכון להתייצב בתיק זה בהתאם לסעיף 30(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969, המסמיכו להתייצב בהליך בו כרוך, בין השאר, עניין ציבורי, הואיל ובתיק זה מתעוררת שאלת היקף ההגנה על הזכות לפרטיות במקום העבודה. מאחר שהזכות לפרטיות הינה זכות אדם יסודית בעלת מעמד חוקתי על-חוקי, לפי סעיף 7 לחוק היסוד, ומאחר שמקום העבודה מהווה אחד המוקדים של החיים המודרניים בו מבלים בני אדם רבים חלק ניכר משעות היממה, הרי שהיקף ההגנה על הזכות לפרטיות במקום העבודה משליך על מעמדה של הזכות לפרטיות בחברה הישראלית בכללותה. מכאן החשיבות הציבורית של השאלה המתעוררת בהליך זה.

4. אשר על כן, החליט היועץ המשפטי לממשלה להתייצב להליך זה וליתן ביטוי לעמדתו לפיה, החלטת בית דין קמא בטעות יסודה וכי, בניגוד לקביעת בית דין קמא, חדירתו של המעביד לתיבת הדוא"ל של איסקוב לשם עיון בהודעות דוא"ל שנכתבו על ידי איסקוב, והשימוש בהן בהליך המשפטי המתנהל בבית הדין לעבודה עולה כדי פגיעה אסורה בזכותה לפרטיות כפי שזו מעוגנת בחוק הגנת הפרטיות, שכן לא ניתן לייחס לאיסקוב הסכמה מכללא לשליפת הודעות הדוא"ל שכתבה, משרת החברה, כפי שקבע בית הדין קמא.

5. בטרם נפנה לביאורה של עמדה זו, נציג למען הסדר הטוב את הרקע העובדתי לתיק זה ואת ההחלטה נשוא עמדתנו זו.

ב. הצגה תמציתית של עובדות המקרה

6. איסקוב החלה לעבוד בחברה בתאריך 8.1.06 ומילאה תפקיד של מנהלת אדמיניסטרטיבית.

7. ביום 14.9.06, הגישה איסקוב לבית דין קמא כתב תביעה (עב' 8556/06) נגד המשיבים 2-4 במסגרתו טענה, בין השאר, כי פוטרה מחמת הריונה, בניגוד לחוק עבודת נשים, התשי"ד – 1954.

8. מנגד, טענו המשיבים 2-4 כי איסקוב פוטרה כבר ביום 25.4.06, טרם היותה בהריון. בתמיכה לטענה זו, הגישה החברה תצהיר של המשיב 4 אליו צורף נספח 15 המכיל הודעות דוא"ל אשר נשלחו ע"י איסקוב מתוך תיבת דואר ומחשב השייכים לחברה (להלן: "**ההודעות**"). מההודעות עולה לכאורה, כי כבר במאי 2006 איסקוב חיפשה עבודה חלופית וכן עובד שיחליף אותה בתפקידה בחברה.

9. איסקוב הגישה בקשה לפסילת ההודעות ומחיקתן מן התצהיר מטעם החברה בנימוק שהן הושגו תוך פגיעה בפרטיותה ותוך ביצוע האזנת סתר אסורה, ועל כן מהוות ראיות פסולות לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות ולפי סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק האזנת סתר**").

10. לעומת זאת, החברה טענה כי משההודעות נשלחו מתיבת דואר אלקטרוני ומחשב השייכים לחברה אשר נועדו לצרכי העבודה בלבד, ההודעות מהוות קניין של החברה. הזכות הקניינית ואינטרס הציבור שבחשיפת האמת גוברים על פני הזכות לפרטיות של איסקוב, בייחוד לאור העובדה שהם חיוניים לבירור התביעה. נטען עוד כי החברה יידעה את כל עובדיה שהיא נוהגת לערוך ניטור של כל תיבות הדואר מתוך השרת לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים ועובדה זו לא הוכחשה ע"י איסקוב.

11. בית דין קמא דחה את בקשתה של איסקוב והתיר את השימוש בהודעות במסגרת ההליך העיקרי, זאת מנימוקים כפי שיובאו להלן בקצרה.

ג. החלטת בית דין קמא

12. בהחלטתו סקר בית דין קמא את המשפט המשווה בשאלת היקף הזכות לפרטיות במקום העבודה. בית דין קמא מצא כי בארה"ב קיימת מגמה לצמצום הזכות לפרטיות במקום העבודה, שכן החריגים להגנה על הפרטיות הורחבו בחקיקה באופן משמעותי. הגם שהפסיקה בארה"ב בוחנת האם לעובד הייתה ציפייה סבירה לפרטיות, עולה כי בפועל בתי המשפט האמריקאיים לא מוצאים במקרים רבים בסיס לציפייה סבירה לפרטיות במקום העבודה כפי שעולה מדוגמאות המובאות ע"י בית דין קמא בהחלטה. כך למשל, אף כאשר עובד נעל תיקיה פרטית שלו עם סיסמא, נמצא כי אין לו ציפייה סבירה לפרטיות מאחר שהדוא"ל עבר דרך שרת החברה המעסיקה ולמעביד זכות לקרוא דוא"ל מהשרת שלו. במקרה אחר, נמצא כי גם כאשר החברה המעסיקה נתנה התחייבות מפורשת לפיה אין ניטור של הדוא"ל של עובדיה, במקרה בו עובד שלח דוא"ל בעל תוכן בלתי ראוי, לא הייתה לעובד ציפייה סבירה לפרטיות וממילא לא הייתה פגיעה משמעותית בפרטיותו עת נעשה שימוש בדוא"ל בהליכי פיטוריו של העובד.

13. מהפסיקה באירופה לעומת זאת, הצטיירה תמונה מורכבת לפיה קיימים הבדלים משמעותיים בין המדינות השונות ביחס למדיניות המשפטית המועדפת בעניין פרטיות במקום העבודה. כך למשל בעוד שבצרפת, הולנד, ואוסטריה מוכרת זכותו של העובד לפרטיות גם במחשב השייך למעביד וגם במהלך שעות העבודה, בספרד ובאיטליה הדין מתיר למעביד לקרוא את כל מה שמאוחסן במחשב בו משתמש העובד אשר שייך למעביד (סעיף 21 להחלטה).

14. סקירה זו של המשפט המשווה הביאה את בית דין קמא לקבוע כי בהעדר הסכמה אחרת, כל עובד רשאי לבצע שימוש פרטי בהיקף סביר בדוא"ל שהועמד לרשותו ע"י המעסיק, שימוש אשר זוכה להגנה של חוק הגנת הפרטיות. עם זאת, הכיר בית דין קמא בזכות של המעביד לפקח על השימוש הפרטי שנעשה ע"י עובד בדוא"ל של מקום העבודה בזמן העבודה, וקבע כי ככלל מעביד רשאי לבדוק את היקף השימוש בדוא"ל אך לא את תוכן ההודעות.

15. לאור נקודת המוצא לפיה אין להתיר עיון של מעביד במזכרי דוא"ל פרטיים של עובד, בית דין קמא קבע כי זכותו של העובד לפרטיות בתוכן הודעות הדוא"ל תיסוג רק בפני -

> "אינטרס ספציפי משמעותי המצדיק זאת [הפגיעה, ס.ק.] לפי שלושת מבחני המידתיות, ובתלות בנסיבותיו הספציפיות של המקרה" (סעיף 23 להחלטה).

בית דין קמא קבע כי במסגרת בחינת נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה, יש לברר האם לעובד הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בדוא"ל שלו. בית דין קמא מנה רשימה של מבחני עזר לבחינה זו (פסקאות 24 ו – 25 להחלטה). בעניין זה ציין בית דין קמא כי הסדרה מפורשת של הנושא תקל על הבדיקה.

16. מכאן עבר בית דין קמא לניתוח הנסיבות הקונקרטיות של המקרה. בית דין קמא קבע כי ניתן לייחס לאיסקוב, על יסוד התנהגותה, הסכמה מכללא לשליפת ההודעות על ידי החברה. בית דין קמא ביסס קביעה זו על מספר ממצאים:

(1) הדוא"ל נועד לצרכי עבודה כלליים ללא כל מנגנון המאפשר אבחנה בין הודעות פרטיות להודעות הקשורות לעבודה;

(2) החברה הודיעה כי מתבצע ניטור של הודעות הדוא"ל המאוחסנות במחשביה מעת לעת, "לאור סוג החומר שמאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים" (ציטוט מתצהיר החברה, מובא בעמ' 4 להחלטה). על כן, איסקוב ידעה שאין מדובר במתחם פרטי ואם תשלח דוא"ל בעל אופי פרטי ממחשב העבודה, ייתכן והוא ייקרא על ידי אחר;

(3) ידיעתה זו של איסקוב, בעקבות הודעת החברה בדבר ניטור הודעות, כאמור לעיל, שללה את הבסיס לטענתה כי לא ניתן לייחס לה הסכמה אמיתית לאור יחסי הכוחות

הבלתי שוויוניים בינה לבין החברה, שכן ידיעה זו פתחה בפניה את האפשרות לכלכל את צעדיה ולהימנע משימוש פרטי בדוא"ל של החברה. וכך קבע בית דין קמא בפיסקה השנייה של סעיף 26.ג. להחלטה:

> "ההסכמה מכללא שנתנה התובעת אינה, לפיכך, לחדירה משמעותית לפרטיותה (לגביה היינו בודקים היטב אם אכן ניתן להסיקה), אלא לעיון בהודעות דואר אשר נכתבו על ידה בידיעה שהן עלולות להיחשף, וממילא לא כוללות עניינים פרטיים במיוחד מנקודת ראותה של התובעת."

במילים אחרות, ידיעתה של איסקוב בדבר מדיניות החברה, ובחירתה – על אף הידיעה האמורה – להשתמש בדוא"ל של החברה לצרכים אישיים, הן היסודות עליהם השתית בית דין קמא את ההסכמה מכללא אותה הסיק. כמו כן, בית דין קמא קבע כי אין צורך בבדיקה משמעותית ביחס להסכמה המוסקת כל עוד אין חדירה משמעותית לפרטיות.

(4) בחירתה של איסקוב לערב בהודעות מסוימות בין התחום הפרטי (חיפוש עבודה לעצמה) לבין התחום המקצועי (חיפוש אחר מי שיחליף אותה בחברה), נתפסה כ<u>ויתור</u> על הזכות לפרטיות בהודעות אלה.

(5) עוד ציין בית דין קמא כי "אין מדובר לפיכך בהודעות בעלות תוכן אישי שאנו חשים חוסר נוחות לעיין בו" (סעיף 26.ה. להחלטה).

17. בשלב זה, פנה בית דין קמא לבחינת מידתיות הפגיעה. הוא מצא כי היא הייתה מינימלית ולא חרגה מהדרוש לצורך השגת מטרה כשרה – היא התמודדות עם תביעתה של איסקוב.

18. בסיום ההחלטה התייחס בית דין קמא לשאלת תחולת חוק האזנת סתר ומצא את עצמו פטור מדיון מעמיק ביישומו במקרה דנן לאור קביעתו כי הייתה הסכמה מכללא לעיון של החברה בהודעות, שכן האזנת סתר מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"האזנה <u>ללא הסכמה</u> של אף אחת מבעלי ההסכמה".

19. כל הנימוקים דלעיל הביאו את בית דין קמא לפסוק ששליפת ההודעות על ידי החברה מהשרת, העיון בהן והשימוש בהן, היוו אמנם פגיעה בפרטיות, אולם זו נעשתה בהסכמתה של איסקוב (עמ' 13 להחלטה). בהתאם לכך, קבע בית דין קמא כי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות אינו חל בענייננו ודחה את בקשת איסקוב לפסילת ההודעות אשר התבססה על סעיף זה.

<u>ד. השאלות הטעונות הכרעה</u>

20. השאלות הטעונות הכרעה בערעור זה הן:

(1) האם צדק בית דין קמא בקובעו כי הפגיעה בפרטיותה של איסקוב, אשר נעשתה בשליפת ההודעות על ידי החברה, בעיון בהן ובשימוש בהן בהליך המשפטי, הייתה בהסכמתה?

(2) האם צדק בית דין קמא בקובעו כי שליפת ההודעות כאמור לא היוותה האזנת סתר האסורה לפי חוק האזנת סתר?

21. כאן המקום להזכיר כי מאחר שבית דין קמא קבע ששליפת ההודעות והעיון בהן לא עלו כדי פגיעה בפרטיות שלא בהסכמה, ממילא לא נדרש הוא לשאלה האם עמדה לחברה הגנה לפי סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות. אשר על כן, כתב עמדה זה לא יעסוק בפרשנותן של הגנות אלה ותחולתן במקרה זה, מעבר להערות אחדות, כפי שיובאו בהמשך.

ה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

22. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי קביעת בית דין קמא לפיה ניתן לייחס לאיסקוב הסכמה מכללא לפגיעה שנעשתה בפרטיותה, בטעות יסודה. להלן נפרט את עיקרי עמדתנו:

(i) האיסור הקבוע בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות הינו על פגיעה בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו. הסכמה לפגיעה בפרטיות צריכה למלא שני תנאים: עליה להיות הסכמה שניתנה מרצון חופשי, ועליה להיות הסכמה "מדעת", במובן זה שלאדם יהיה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי לגבש הסכמה תקפה לפגיעה בפרטיותו. הדרישה להסכמה "מדעת" עוגנה לאחרונה בחקיקה בתיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות (להלן: "**תיקון מס' 9**")[1], במסגרתה תוקנה הגדרת "הסכמה" שבסעיף 1 לחוק באופן שהוספה הדרישה כי הסכמה תהיה "מדעת" (כפי שיפורט בהמשך, עמדתנו היא כי התיקון האמור הוא תיקון מבהיר ולא שינוי של הדין הנוהג).

(ii) במסגרת המיוחדת של יחסי עבודה, המתאפיינים לעתים קרובות בפערי כוחות בין הצדדים, ועל רקע חובת תום הלב המוגברת החלה ביחסי עבודה, יש לבחון במשנה זהירות את הסכמתו של עובד בטרם ניתן להסיק כי התקיים בה יסוד החופשיות.

(iii) לשם גיבוש עמדה בשאלה האם ההסכמה המיוחסת לעובד ניתנה מרצון חופשי ניתן להיעזר באמות המידה שנקבעו בחוקי היסוד לפגיעה מוצדקת בזכות. סביר יהיה לייחס לעובד הסכמה חופשית לפגיעה בזכותו לפרטיות במסגרת יחסי העבודה אם הפגיעה נעשתה על ידי המעביד לתכלית ראויה, בהתחשב בנסיבות נתונות, ואם זו עומדת במבחני המידתיות, במובן זה שנקט האמצעי הפוגע באופן הפחות ביותר בפרטיות העובד לצורך הגשמת אותה תכלית (ראויה), ומתקיים יחס נאות בין התועלת למעביד לבין הפגיעה בפרטיות. אין מקום לייחס לעובד הסכמה לפגיעה בפרטיותו שלא לתכלית ראויה ושלא במידה הפחותה ביותר הנדרשת להגשמת אותה תכלית.

[1] חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז – 2007, ס"ח 2101 מיום 26.6.07, בעמ' 368.

זאת ועוד; ככלל, כדי שנכיר בהסכמתו של עובד כמתירה את הפגיעה בפרטיותו, עליה להינתן בזיקה לאופי ולדרך העיון הצפויה של המעסיק במסמכיו הפרטיים.

23. בענייננו לא היתה הסכמה מדעת של איסקוב לעיון של המעביד בתוכן הודעות הדוא"ל. כפי שיפורט בהמשך, הודעת החברה לעובדיה לעניין מדיניות הניטור של הודעות דוא"ל היתה כללית ועמומה בכל הנוגע למטרות הניטור, ועל כן לא ניתן לייחס לאיסקוב הסכמה מדעת לחדירה לתיבת הדוא"ל שלה לשם עיון מכוון בתוכן המיילים המאוחסנים בה. יתירה מזו; המהלכים בהם נקטה החברה בנסיבות העניין אינם עומדים באמות המידה של פיסקת ההגבלה בחוק היסוד, ובעיקר בדרישות המידתיות ומשכך לא יהיה זה סביר לייחס לאיסקוב הסכמה להם.

24. להלן נפרט את הנימוקים העומדים ביסוד עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

I. חוק הגנת הפרטיות והזכות החוקתית לפרטיות

(א) - כללי

25. הזכות לפרטיות הינה זכות חוקתית המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7 לחוק היסוד קובע:

> "(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
> (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
> (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
> (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

26. סעיף זה יש לקרוא יחד עם פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד שלפיה, אין לפגוע בזכויות אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת.

27. הגם שבעיגונה בחוק היסוד קיבלה הזכות לפרטיות מעמד חוקתי על-חוקי, הזכות לפרטיות הייתה בעלת מעמד של זכות יסוד המעוגנת בחקיקה פרטיקולרית (חוק הגנת הפרטיות) עוד בטרם הכללתה בחוק היסוד. יש הסוברים שעיגון הזכות לפרטיות בחוק היסוד הינו בעל אופי דקלרטיבי גרידא, וכי הדבר נעשה על רקע שכיחות הפרתה.[2]

28. המלומד בירנהק סבור כי עיגונה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית לפי חוק היסוד מצביע על כך שקיימות לה הצדקות המבוססות על הזכויות האחרות הקבועות בחוק היסוד, כמו האוטונומיה של הפרט (הזכות לחירות) וכבוד האדם.[3]

---

[2] ח' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט, ספר היובל** (תשנ"ג) 9, בעמ' 43.

[3] מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", **משפט וממשל** יא 9, 2007 (להלן: "**בירנהק**"), בעמ' 60.

29. כאמור, עוד לפני עיגונה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית בחוק היסוד, קבע חוק הגנת הפרטיות כי פגיעה בפרטיות תהווה עוולה אזרחית ובנסיבות מסויימות, אף עבירה פלילית (סעיפים 4-5 לחוק הגנת הפרטיות), ובכך קבע את הזכות לפרטיות כזכות מוכרת ומוגנת.

30. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע:

"לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו".

אין הגדרה אחידה לזכות לפרטיות,[4] ואולם קיימת הגדרה שאוזכרה בפסיקת בית המשפט העליון שראוי להביאה:

> "במישור העקרוני, בהגדרתה הרחבה ביותר, מגלמת הזכות לפרטיות את אינטרס היחיד שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי אחרים...מבחינה רעיונית מדובר באינטרס היחיד לשמור לעצמו מידה של אנונימיות ואינטימיות כך שענייניו הפרטיים יהיו חסויים מעין הזולת."[5]

31. הגם שחוק היסוד לא ייתר את חוק הגנת הפרטיות אשר קדם לו,[6] לחקיקת חוק היסוד השלכות על האופן בו יש לפרש את הזכות לפרטיות, לרבות הזכות לפרטיות במקום העבודה.[7]

32. בנוסף על כך, כחלק מהמגמה הכללית של ההכרה בנפקותן של זכויות האדם גם בתחומי המשפט הפרטי,[8] גם הזכות לפרטיות קיבלה משמעות חדשה, ביחסים המשפטיים בין בני

---

[4] בירנהק, לעיל הע"ש 3, בעמ' 74-75 על מדוע הזכות לפרטיות נשארה עמומה וצריכה להישאר עמומה. ראו גם את אלי הלם בספרו **דיני הגנת הפרטיות** (פרלשטיין-גינוסר בע"מ, 2003) (להלן: "**הלם**"), בעמ' 1-4. על הזכות לפרטיות באופן כללי, ראו את ספרו של דן חי, **ההגנה על הפרטיות בישראל** (מילגה הוצאה לאור בע"מ, 2006).

[5] ע"א 1211/96 **כהן מפרק אדאקום טכנולוגיות בע"מ נ' נשיונל קונסלטנטס (נטקונסלט) בע"מ**, פ"ד נב(1) 481, בעמ' 499.

[6] ראו למשל דיון בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ. מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 הדן בפרשנותו של סעיף 10 לחוק היסוד הקובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד").

[7] במאמר מוסגר יצוין כי ככל הנראה השאלה האם לחוק היסוד תחולה ישירה או עקיפה במקום העבודה הפרטי טרם הוכרעה, שכן מצאנו דעות לכאן ולכאן. במחנה בעד תחולה ישירה ניתן למצוא את כבוד השופטת (בדימ') אלישבע ברק-אוסוסקין למשל בפסק דינה בעס"ק (ארצי) 8/99 **ההסתדרות הכללית החדשה נ' אוניברסיטת תל-אביב**, פד"ע לט 791 (2004). גם כבוד השופטת ורדה וירט-ליבנה, במאמרה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" **ספר שמגר** חלק ג 775 (אהרן ברק יושב ראש המערכת, 2003) (להלן: "**וירט-ליבנה**") בעמ' 784, 805, תומכת בתחולה ישירה של מבחני פיסקת ההגבלה של חוק היסוד על חוק הגנת הפרטיות בתחום הפרטי, כאשר היא אף בדעה כי "ראוי שכוחו של מעביד – גם מהמגזר הפרטי, לא ישתרע על פעולות שיש בהן פגיעה בפרטיותו של העובד, אלא אם כן הדבר יוסדר בדבר חקיקה ראשית" כאשר שאלת המניע של המעביד אינה יכולה להיות רלבנטית, לטעמה (עמ' 8-807).
אחרים מציינים כי העניין נמצא בתקופה של שינוי, ראו למשל כבוד השופט (בדימ') מ' גולדברג, "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו, שנתון למשפט העבודה," **עבודה, חברה ומשפט** כרך ט(2002) 85 (להלן: "**גולדברג**") בעמ' 88. קימת גם ביקורת על ההתפתחות של תחולה ישירה, ראו למשל ג' מונדלק "זכויות חברתיות – כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממש החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** (תש"ס כרך ב) 183, בעמ' 183.

[8] ראו אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163 (יצחק זמיר עורך, 1993), וכן דפנה ברק-ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול ויחסי גומלין" **משפט וממשל** ה' 95. בפסיקה ראו: ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 וע"א 10419/03 **דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ** (טרם פורסם, ניתן ביום 5.9.2005). ראו עוד:
Dawn Oliver, **Common Values and the Public-Private Divide** (1999).

אדם, לאור עיגונה בחוק היסוד.[9] תופעה כללית זו אמנם החלה את דרכה בגופים דו-מהותיים אולם היום ניתן להצביע על חדירתם של עקרונות מהמשפט החוקתי, באמצעות מושגי שסתום כגון תקנת הציבור ותום לב, גם לתחום המשפט הפרטי.[10]

33. במקביל, בשנים האחרונות קיימת תופעה הולכת וגוברת לפיה מוחלות נורמות מן המשפט הציבורי על דיני העבודה – אף ביחסי עבודה במגזר הפרטי.[11] כך למשל נעשה בתחום של פיטורין שם ניתן היום לדבר על החובה לקיים שימוע לעובד טרם פיטוריו[12] וכן בתחום של חופש העיסוק,[13] שביתה והשבתה, ענישה משמעתית ושלילת פיצוי פיטורין.[14] אשר על כן, ניתן, במסגרת יחסי עובד ומעביד, להיעזר במבחני פיסקת ההגבלה בחוק היסוד, לשם בחינת קיומה של הצדקה לפגיעה בזכות לפרטיות של עובד, כפי שיפורט בהמשך.

34. ואולם, אין להתעלם מכך שהאיסור על פגיעה בפרטיותו של אדם חל כאשר הפגיעה היא שלא בהסכמתו של הנפגע. לפיכך, הגם שהזכות לפרטיות הינה זכות יסוד חוקתית, ניתן להסכים לפגיעה בה. עם זאת, וכפי שנאמר לעיל, לעיגונה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית יש השלכה פרשנית על חוק הגנת הפרטיות, ולענייננו – על התנאים בהם יהיה מקום להסיק קיומה של הסכמה לפגיעה בפרטיות. היות וכאמור לעיל יחסי עבודה הינם יחסים מיוחדים שמאופיינים בדרך כלל בפערי כוחות בולטים בין המעביד לעובדו, ובהיותם כאלה, עלולים הם לפגוע בחופשיות ההסכמה שיכול עובד לתת לפגיעה בפרטיותו, יש מקום ככלל לייחס לעובד הסכמה לפגיעה בפרטיותו רק אם נמצא כי דרישת המעביד לה הסכים העובד מבוססת על תכלית ראויה ועומדת במבחני המידתיות.

<u>(ב) עקרון צמידות המטרה</u>

35. עקרון חשוב שנקבע בחוק הגנת הפרטיות הינו עיקרון צמידות המטרה, לפיו במידע שנמסר למטרה מסוימת מותר להשתמש רק לאותה מטרה, ולא לשום מטרה אחרת.[15] עקרון זה עולה ישירות מהאמור בחוק הגנת הפרטיות, למשל בסעיף 2(9) לחוק המגדיר פגיעה בפרטיות, בין השאר כ -

---

[9] ת.א. (עכו) 2483/97 **סיגל שאלתיאל נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (לא פורסם), ניתן ביום 4.10.99.

[10] עלי בוקשפן, **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (מכון סאקר, 2007) וכן בפסיקה כגון ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת יהלומים (1965) בע"מ,** פ"ד מט(3) 196. ראו גם את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, התשס"א – 2001.

[11] ראו למשל: דב"ע (ארצי) נג/17-3 **טועמה נ' יבין,** פד"ע כה(1) 227, דב"ע (ארצי) שנ/108-3 **ליכט נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ,** פד"ע כב 201, עס"ק 1017/04 (ארצי) **שירותי בריאות כללית נ' הסתדרות העובדים החדשה** (טרם פורסם, ניתן ביום 16.5.2005). תופעה זו אינה מוגבלת למשפט הישראלי:

G. Ganz, "Public Law Principles Applicable to Dismissal from Employment," 30 Mod. L. Rev. 288 (1967), Clyde W. Summers, "The Privatization of Personal Freedoms and Enrichment of Democracy: Some Lessons from Labor Law," 1986 U. Ill. L. Rev. 689

[12] ראו למשל: ע"ע 415/06 **דני מלכה נ' שופרסל בע"מ** ([פורסם בנבו], ניתן ביום 15.7.2007), ע"ע (ארצי) 300353/98 **הרמן נ' סונול** , עבודה ארצי כרך לג (19) 35, עב (ת"א) 1037/03 **הנרי שוורצבאום נ' אפלייד מטריאלס ישראל בע"מ,** תק-עב 2006(4), 689, בש"א (י-ם) 15289/04 **קדמי נגד הקונגרס היהודי העולמי ישראל,** תק-עב 2004(1), 5835, בש"א (ת"א) 811/03 **דויד ויינטראוב נ' איבריה ליניאס,** תק-עב 2003(2), 7.

[13] ראו למשל: ע"א 6601/96 ***AES System Inc.* נ' סער,** פ"ד נד(3) 850, ע"ע (ארצי) 164/99 **פרומר נ' רדגרד בע"מ,** לד (1999) 294, ע"ע (ארצי) 1141/00 **הר זהב שירותי מזון בע"מ נ' פודליין בע"מ,** לח (2003) 72.

[14] לדיון אודות היקף החלתן של נורמות מהמשפט הציבורי על משפט העבודה – אף במגזר הפרטי – ראו ג' דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה," פורסם באתר האגודה למשפט העבודה והביטחון הסוציאלי - http://isllss.haifa.ac.il/articles.htm (להלן: "**דוידוב**").

[15] בירנהק, לעיל הע"ש 3, בעמ' 56.

"שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;"

כך גם בסעיף 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות, קיימת הוראה דומה ביחס למאגרי מידע:

"לא ישתמש אדם במידע שבמאגר מידע החייב ברישום לפי סעיף זה, אלא למטרה שלשמה הוקם המאגר."

בדומה, סעיף 23ה(ב) לחוק הגנת הפרטיות מורה גם על החובה להקים מנגנון להסדרת הטיפול במידע עודף, כדי למנוע שימוש בו שלא למטרה המוצהרת:

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

<u>(ג) הזכות לפרטיות במקום העבודה</u>

36. באשר לזכות לפרטיות במקום העבודה, היועץ המשפטי לממשלה מסכים לקביעת בית דין קמא לפיה לעובד יש מרחב אישי לגיטימי של פרטיות אשר מלווה אותו לכל מקום ואף בעבודתו, כאדם בעל זכות יסוד לפרטיות, בלא כל קשר לזכות הקניין של האדם במקום בו הוא נמצא (וראו לעניין זה סעיפים 12 ו – 23 להחלטה).[16]

37. עם זאת, ברי כי המדובר בזכות יחסית, אותה יש לאזן מול אינטרסים לגיטימיים אחרים העלולים להתנגש בה, כפי שאמר כב' הנשיא גולדברג בדב"ע נו65/-9 **דוד שר נ' המוסד לביטוח לאומי** (ניתן ביום 18.1.1996, טרם פורסם):

"הגנת הפרטיות, ככל זכות יסוד אחרת, היא זכות יחסית ולא מוחלטת, אותה יש לאזן עם זכויות יסוד אחרות".[17]

זאת ועוד, ישנן הוראות חקיקה המחייבות את העובד או המעסיק לגלות פרטים הפוגעים בפרטיותו של העובד.[18] הוראות אלו מבוססות על קיומה של תכלית שלשמה ראוי שתיסוג

---

[16] בהחלטה, מסתמך בית דין קמא על האמור בבג"צ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ואח'**, תק-על 2006(2), 1736.

[17] דב"ע נו/ 65-9 **שר נ' המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע כט 361 , 362. ראו עוד: דב"ע נו/3-293 **פלונית נ' חברה אלמונית בע"מ**, פד"ע לא 209, 219; ע"א 1928/93 **רשות ניירות ערך נ' גיבור סברינה בע"מ**, פ"ד מט(3) 177 , 193; בג"צ 3815/90 **גילת נ' מילוא – שר התחבורה**, פ"ד מה(3) 414, בעמ' 423 וכן את דב"ע נו/3-260 **אלפריח נ' המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע ל 543.

הזכות לפרטיות במקום העבודה. עניין זה מוביל אותנו לדון באינטרסים השונים המעורבים בסוגייה זו.

II. האינטרסים המעורבים בסוגיה

38. להלן רשימה של אינטרסים של מעבידים אשר יכולים להיחשב כלגיטימיים לפי נסיבות העניין, ואשר עלולים להתנגש בזכות לפרטיות של עובד במקום העבודה על רקע השימוש במערכות מחשב ובדואר אלקטרוני:

(1) למעביד אינטרס לפקח על אופן השימוש במשאביו (ציוד, זמן, כוח אדם) שלא לצרכי עבודה, ולמנוע כי זה לא ייעשה בהיקף החורג מן הסביר, מתוך חשש לפגיעה ביעילות העובד ובמטרות מקום העבודה;

(2) למעביד אינטרס לפקח על השימוש שנעשה במשאבי העבודה כדי למנוע פגיעה בהם וגרימת נזקים למפעלו, למשל ע"י גורמים חיצוניים כמו וירוסים הפוגעים במחשבים או ע"י גורמים פנימיים המבקשים לפגוע או לחבל ברווחי המפעל;

(3) למעביד אינטרס למנוע – בחלק מן המקרים אף באופן מוחלט - סוגים מסוימים של פעילות במקום העבודה אשר עלולים לפגוע בתפקוד צוות העובדים, בכללי המשמעת ולעיתים אף להטיל על המעביד אחריות נזיקית או פלילית. כך למשל, סעיף 7(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח – 1998 מטיל על מעביד אחריות בגין עוולה אזרחית של הטרדה מינית או התנכלות אשר ביצע עובד שלו, אם לא נקט אמצעים סבירים למניעת המעשים. כך גם, ייתכן קושי ראייתי למעביד המבקש להוכיח את חפותו מעבירות פליליות, למשל לפי חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995 או סעיף 214 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (פרסום והצגת תועבה), אשר בוצעו באמצעות מחשבי מקום העבודה;

(4) אין חולק כי למעביד זכות לפעול כדי להגן על הקניין הרוחני של מפעלו. כך לדוגמא, לפי סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט – 1999, על בעל סוד מסחרי לנקוט אמצעים לשמירת סודיותו של מידע כדי שהמידע יענה להגדרה של "סוד מסחרי".

(5) למעביד אינטרס שתהיה לו נגישות בלתי אמצעית לחומרים הקשורים לניהול עסקו באופן תקין;

39. באשר לרשימה זו יש להטעים שתי נקודות חשובות. <u>ראשית</u>, אין המדובר ברשימה סגורה של אינטרסים לגיטימיים של מעסיק.

---

[18] ראו למשל חוקים הקשורים לשירות המדינה, למשל עמידה בבדיקות רפואיות והצהרות על רכוש. במגזר הפרטי, החוקים קשורים לבטיחות בעבודה, תנאי תברואה והכנת מזון ומשקאות או למשל בקשר למקצועות מסוימים במטרה להגן על הציבור (ראו דיון בוירט-ליבנה, לעיל הע"ש 6, בעמ' 786 וכן גולדברג, לעיל הע"ש 6, בעמ' 90).

40. שנית, אין די בהוכחה כי פעולתו של המעביד נעשתה למימוש של אחד מאינטרסים אלה, כדי להכיר בלגיטימיות של הפגיעה בפרטיות של העובד. כדי לבחון את טיבה וחופשיותה של הסכמת העובד, אם וככל שניתנה, לצד הבחינה אם אינטרס מסוים לפגיעה בפרטיות הוא לגיטימי, יש להחיל את מבחן המידתיות על המדיניות. בסיומה של הבחינה ניתן יהיה לקבוע אם סביר לייחס לעובד הסכמה לפגיעה הקונקרטית בזכות לפרטיות.

41. את הבחינה האמורה יש לעשות בהתחשב עם מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות וחשיבותה לתפקודה התקין של הסביבה בה פועל האדם, בכך שהיא מקפידה על מרחק המאפשר ליחידים שונים אחד מהשני, להמשיך לשתף פעולה.[19] כך ככלל ולא כל שכן במקום העבודה. בספרות המשפטית הובעה דעה כי הזכות לפרטיות נחוצה ליצירת תנאים לפיתוח הכבוד ההדדי, אהבה, חברות ואמון בין בני אדם.[20] יחסים בעלי תכונות אלה חיוניים בחברה הכללית ובמקום העבודה בפרט וקיים אינטרס ציבורי לעידוד היווצרותם.

III. הסכמה לפגיעה בפרטיות

42. כאמור לעיל, במוקד ההחלטה עומדת קביעת בית דין קמא לפיה איסקוב הסכימה, מכללא, לפגיעה בפרטיותה ועל כן החברה לא הפרה את סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, וממילא אין תחולה לסעיף 32 לחוק.

43. ההסכמה מדעת הינה יסוד מרכזי בחוק הגנת הפרטיות. כפי שכבר הוזכר, מושג זה מורכב משני רכיבים: רכיב ההסכמה החופשית ורכיב ה"מדעת", כלומר ידיעתו של המסכים למה הוא מסכים. נשוב ונזכיר, כי כאשר עסקינן בבחינת קיומה של הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות במקום העבודה, יש להתחשב בפערי הכוחות הקיימים בדרך כלל ביחסי העבודה והשלכתם על חופשיות ההסכמה.

(א) מבחן "הציפייה הסבירה לפרטיות"

44. בדיקת ההסכמה של איסקוב לפגיעה בפרטיותה היא לב לבו של הליך זה. בית דין קמא ביסס את קביעתו לפיה איסקוב הסכימה מכללא לשליפת הודעות הדוא"ל על העדרה של ציפיה סבירה לפרטיות מצידה. לפי מבחן זה, בית המשפט אמור להיכנס לנעליו של העובד הסביר ולבחון אובייקטיבית האם הייתה לעובד ציפייה סבירה לפרטיות שהמעביד פגע בה. המדובר במבחן אשר נשאב מתוך המשפט האמריקאי[21] ואשר מתרכז בסביבת העבודה, נסיבותיו של העובד והמדיניות המוצהרת והמשתמעת של המעביד במקום העבודה.[22]

---

[19] ראו פירוט בעניין זה בבירנהק, לעיל הע"ש 3, בעמ' 68.

[20] Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale L.J. 475 (1968), at page 477.

[21] ראו דיון בעניין מבחן הציפייה הסבירה לפרטיות בהלם, לעיל הע"ש 4, בעמ' 433.

[22] על הקשיים שמבחן זה מעורר, ראו: מיכאל בירנהק, "מעקב בעבודה: טיילור, בנתה'אם והזכות לפרטיות" (טרם פורסם, טיוטת המאמר שמור אצל החת"מ ואף נמצאת באתר האגודה למשפט העבודה והביטחון הסוציאלי: http://isllss.haifa.ac.il/מעקב%20בעבודה.pdf).

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לא ניתן להסתפק במבחן זה כאמת מידה בלעדית לבחינת קיומה של פגיעה בפרטיות. כפי שהובהר לעיל, לצד מבחן זה מן הראוי לעשות שימוש בכלים נוספים אשר יש בהם כדי לסייע בהכרעה האם סביר לייחס בנסיבות העניין לעובד הסכמה מדעת לפגיעה זו. על אלה עוד נרחיב להלן.

(ב) "הסכמה" לפגיעה בפרטיות – מהי?

45. נפתח ונאמר כי על אף הפערים בכוח המיקוח המאפיינים בדרך כלל את יחסי העבודה, אנו סבורים כי בסוגיה זו, אם ייעשה שימוש במנגנונים המשפטיים הנכונים, ניתן יהיה להסתמך על הסכמתו – אף מכללא - של עובד לפגיעה בפרטיותו. ונפרט.

46. פסק הדין המוביל בעניין זה הינו בעניין נוני.[23] שם, נקבע כי עובדי המדינה קיבלו על עצמם חיוב, במסגרת חוזה העבודה שלהם - הוא הוראות התקשי"ר - להסכים להעמיד את עצמם לבדיקות רפואיות וסירובם לעשות כן מהווה הפרה של החיוב הזה. נקודת המוצא של פסק הדין היא שנדרשת הסכמה של העובד לפגיעה בחירות גופו, וכי הסכמה זו אפשרית במסגרת הבעת הסכמה לתנאי העבודה בשירות המדינה, כלומר התקשי"ר. עם זאת, יש לציין כי פסק הדין בעניין נוני ניתן טרם חקיקתו של חוק היסוד.

47. אנו סבורים כי ניתן להכיר במימד האוטונומי והחופשי שבהסכמת העובד שניתנה, בין מכללא בין מפורשות, מקום בו כמבחן מקדמי, ניתן יהיה לקבוע שמדיניות המעביד הייתה לתכלית ראויה, סבירה ומידתית.

48. ואכן, בעניין אוניברסיטת תל-אביב,[24] שם עמדו על הפרק מבחני התאמה שהונהגו באוניברסיטת תל-אביב במסגרת מכרזים פנימיים לתפקידים באוניברסיטה, הנשיא אדלר החיל את חוק היסוד על האוניברסיטה במישרין ובחן האם השימוש במבחנים אלה עומד במבחני פיסקת ההגבלה, קרי מבחן התכלית הראויה ומבחן המידתיות. הוא הגיע למסקנה שניתן להשתמש במבחני התאמה ובלבד שהם רלבנטיים לתפקיד ועומדים בתנאים של תקפות ומהימנות, וכן שהתוצאות ישמשו רק למטרה שלשמה יועדו וישמרו בסודיות.

49. מן האמור לעיל עולה כי הסכמתו של עובד לפגיעה בפרטיות יכולה להיות בעלת תוקף ולהיחשב כהסכמה אשר ניתנה באופן חופשי ומרצון, אף אם היא ניתנת מכללא, מקום בו מתקיימים המבחנים המנויים לעיל, דהיינו כאשר המדובר בהסכמתו לפגיעה ראויה ומידתית. ברם, ההסכמה הינה תנאי הכרחי אבל לא מספיק, שכן ההסכמה חייבת להיות "מדעת". נפנה עתה לליבון רכיב זה של "הסכמה מדעת".

---

[23] דב"ע מח/169-3 **הסתדרות עובדי המדינה ונוני נ' מדינת ישראל**, פד"ע כא 38, 45. התוצאה אושרה בבג"צ נוני 826/89 ההסתדרות הכללית ונוני נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(4) 745 , 748. לביקורת על פסק הדין ראו א' מיטל "החייב עובד להעמיד עצמו לבדיקה רפואית בניגוד לרצונו" **שנתון משפט העבודה** ב (תשנ"א) 121.

(ג) הסכמה "מדעת" – רקע עובדתי

50. המעקב אחר עובדים הינו נפוץ, כעולה מסקר שפורסם לאחרונה ע"י המרכז לחקר ארגונים וניהול המשאב האנושי שבאוניברסיטת חיפה[25] (להלן: "**הסקר**"). לצד היקף תופעת בדיקת הודעות הדוא"ל של עובדים ע"י מעסיקים, הסקר בדק את היקף השימוש באמצעים נוספים, כגון: שימוש בוידיאו למעקב אחר גניבות, אלימות או חבלות ולפיקוח על ביצועי עובדים, פיקוח על זמן השימוש במחשב, התכנים וההקשות על המקלדת של העובדים, אחסון ובדיקת קבצי המחשב של העובדים, פיקוח ובדיקת גלישה וכניסה לאתרי אינטרנט, שימוש בתוכנת חסימה למניעת כניסה לאתרים לא מורשים, שימוש בטכנולוגיית לווין על מנת לעקוב אחר כלי רכב, טלפונים ניידים, כרטיסי עובדים, מחשבים ניידים ומחשבי כף יד של החברה, פיקוח על זמני שיחות ומספרי היעד, הקלטת שיחות, בדיקת הודעות בתא הקולי של עובדים ועוד.

51. להלן נציג סקירה ראשונית של האמצעים הטכנולוגיים השונים, העומדים נכון להיום, לרשותו של מעביד המבקש לעקוב אחר השימוש שעושים עובדיו במחשבים המועמדים לרשותם, ובכך לממש את האינטרסים שלו, כפי שצוינו לעיל. נראה כי במיפוי זה יהיה כדי לסייע לבית הדין הנכבד להעריך את הצעדים שננקטו ע"י החברה בנוגע להודעות של איסקוב, הן ביחס למידתיותם והן ביחס לאופן שבו החברה יידעה את איסקוב אודותם. עם זאת ראוי לציין כי ההתפתחויות הטכנולוגיות מביאות לכך שאין לדעת עד כמה וכיצד יתפתחו האמצעים העומדים לרשות מעבידים בעתיד, דבר שעשוי להשפיע על בחינת נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה שיובא בפני בית הדין בעתיד.

52. <u>ראשית</u>, קיימת אפשרות לחשיפת מידע אקראי על בסיס יכולות תחזוקה ובקרה סטנדרטיות המובנות במערכות המחשב, לצורך ניהולן התקין. למשל היכולת לקבוע הגדרות לתיבת דוא"ל במסגרת תיפקודה השוטף, קיומו של יומן פעילות ממוחשב המתעד פעולות שבוצעו במחשב, ועוד. אלה תכונות מובנות שהינן חלק מתיפקוד ותחזוקה תקינים של מערכות מחשב. בנוגע לסוג זה של חשיפת מידע, תידרש הרמה הנמוכה ביותר של פירוט כדי לקיים את דרישת היידוע שבתיקון מס' 9. זאת, מכיוון שניתן להניח כי מי שמשתמש במערכות מחשוב במסגרת ארגונית, מודע לכך שמידע נצבר ומנוטר במערכות אלה, ולעתים יש גישה אליו לצורך פעילות שוטפת, הכל במטרה להבטיח את המשך תפקודה התקין והרצוף של מערכת המחשוב. מכאן, שבכלל, במקביל להכרה במרחב הפרטיות של העובד ביחס למערכות המחשב בארגון, ייתכן שניתן להניח הסכמה לביצוע הפעולות החיוניות לצורך התיפקוד התקין של מערכות המחשב גם ברמה יחסית נמוכה של יידוע.

53. <u>שנית</u>, קיימת אפשרות של שימוש בכלי בקרה ייעודיים, שמטרתם הגנה על מערכות המחשב של הארגון מפני פגיעה או תקיפה חיצונית. ארגון המתחבר לרשתות תקשורת ציבוריות, ובמרכזן רשת האינטרנט, נדרש להגן על עצמו מפני הסיכונים הכרוכים בכך לתשתיות שלו.

---

[24] דב"ע 4-70/97 **אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה**, פד"ע ל, 385

[25] תוצאות הסקר הרב-שנתי פורסמו באינטרנט - http://organizations.haifa.ac.il/html/html_eng/Monitoring-article.pdf (להלן: "**הסקר**"). תוצאות הסקר הובאו גם במאמרה של רותי סיני, "חצי מהמעסיקים בישראל עוקבים אחר עובדיהם באמצעות מצלמות", שפורסם בעיתון "הארץ" 24.3.08.

היקף ההגנה וחומרתה נגזרים ממידת הרגישות של מערכות המחשב, ומהנזק שיגרם לפגיעה בהן, למול העלות של קיום מערכות הגנה ובקרה. ניתן לומר כי ברמה זו ההגנה הינה הגנה תשתיתית כללית על מערכות הארגון במסגרתה נשמרת ברגיל האנונימיות של העובד-המשתמש אם כי קיימת כמובן אפשרות לחשוף את זהותו של העובד-המשתמש במקרה הצורך.

54. שלישית, ניתן לעשות שימוש בכלי בקרה ייעודיים שמטרתם מעקב או ניטור פעילות המבוצעת במחשבים. מערכות אלה מכוונות לביצוע מעקבים ושליחת דיווחים על פעילות, ומטרתו המוצהרת בקרה מהותית לא על התשתית אלא על אופן השימוש בה, בהתאם להגדרות הארגון. רמה זו תכלול כלים המאפשרים מעקב ובקרה אקטיביים אחר הפעילות של תשתיות הארגון וברמה של המשתמש הארגוני. כלי בקרה אלה מסוגלים לתעד, בהתאם להגדרות גמישות ביותר למשל מילת מפתח, צילומי מסך, הקלדות, "הקלקות" עכבר, תמונות ומידע שהמשתמש ניגש אליו, מידע שנשלח או התקבל, שיחות במסרים מיידיים או מידע בפורומים וכדומה. מעקבים אלה ניתן לבצע ברמת הארגון או בהתאם לעובד בודד. ככלל, ביצוע המעקב מוסתר ממשתמש הקצה וחלק מהמערכות מאפשרות העברת המידע לקריאה באתר מרוחק.

55. להשלמה יוער, כי בעמדת האגודה נדונה התועלת שבשימוש בכלי ניטור "אוטומטיים". אכן, התחקות וניטור יכולים להתבצע גם על ידי כלי בקרה אוטומטיים כגון תוכנות המוגדרות לפעול בנסיבות מסוימות. הגם ששימוש בתוכנות בקרה עשוי להתפרש כאילו לא מתבצע מעקב של אדם אחר תקשורת העובד באופן הפוגע בפרטיותו, כפי שניתן להבין מעמדת האגודה, בפועל תוכנות אלה מדווחות או אוגרות מידע בהתאם להגדרות שנקבעו להן. מידע זה יכול להיות זמין לאנשי האבטחה בארגון, למנהליו, או לגורם המפעיל את המעקב. העובדה כי המעקב נעשה באמצעות כלים אוטומטיים, אינו מבטיח פגיעה מופחתת בפרטיות.

(ד) הסכמה "מדעת" – מסגרת נורמטיבית

56. כפי שכבר צוין לעיל, תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות הוסיף דרישה מפורשת של ידיעה בדבר נושא ההסכמה וזאת בסעיף ההגדרות:

"הסכמה" – הסכמה מדעת, במפורש או מכללא;"

התיקון נכנס לתוקף ביום 26.6.07, קרי לאחר האירועים נשוא הליך זה. בהחלטה, אשר ניתנה ביום 19.7.07, לא נזכר התיקון לחוק.

57. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי תיקון מס' 9 הצהיר על מצב קיים ולא יצר מצב חדש. ראשית, מסקנה זו נובעת מדברי ההסבר, המציינים כי התיקון נעשה לשם "הבהרת" המצב לאור השינויים הטכנולוגיים התכופים ולא כדי ליצור מצב חדש:

"הצורך להבהיר שההסכמה חייבת להיות מדעת מקבל משנה תוקף בעידן האינטרנט, כאשר הסכמי הוויתור על הפרטיות לעתים אינם גלויים כלל לעין האדם אשר פרטיותו נפגעת".[26]

שנית, חובת היידוע המלא עולה מדיני החוזים החלים על ההסכמה הדרושה לפי חוק הגנת הפרטיות.[27] הדרישות לגמירות דעת ומסוימות וכן החובות לנהוג בתום לב, לא להטעות, העולות מחוק החוזים[28] אינן מאפשרות למעסיק לטעון להסכמת העובד מבלי שיידע אותו באופן מלא, אף בטרם כניסת תיקון מס' 9 לתוקף.

58. מכל מקום נראה כי תיקון מס' 9 בא להבטיח רמה גובהה של פירוט ביחס לפגיעה בפרטיות, הגם שדברי ההסבר התייחסו לנוסח שונה במעט מהנוסח שהתקבל בסופו של יום. תיקון מס' 9 אמנם לא כימת את היקף המידע אשר יש להעביר אל בעל הזכות כדי שתנאי ה"מדעת" יתקיים, אולם מכך שדברי ההסבר מפנים אל הדירקטיבה האירופאית לעיבוד מידע אישי ולהעברת מידע בין מדינות[29], עולה כי היה בתיקון מס' 9 כדי להתאים את החקיקה הישראלית לסטנדרט היידוע הנדרש באיחוד האירופאי במסגרת יחסי עבודה. במסמכים שונים באירופה העוסקים בהגנת הפרטיות במקומות עבודה[30] – ואף בהמלצות ארגון העבודה העולמי[31] - הובהר כי כדי לקיים את התנאי של "מדעת" יש לוודא יידוע מלא באשר לאופי המעקב, תדירותו, השלכותיו, הטכניקות אשר ישמשו את המעסיק לצורך המעקב וכמובן בנוגע למידע שייאסף. ככל שהמידע צפוי לעבור עיבוד, יש לידע את העובד על כך וכן כיצד המידע יעובד.

59. מבלי לקבוע מסמרות באשר לכל אחד מהפרטים שעל מעביד לציין בבואו לקבל הסכמת עובדו למעשים הפוגעים בפרטיות, עמדתנו הינה כי על נושא זה להיות מוסדר באופן נקודתי על ידי כל מעסיק ומעסיק בהתאם לצרכיו ותחומי פעולתו. עם זאת יודגש כי כוונת המחוקק הישראלי הייתה להבטיח רמה גבוהה של יידוע , אשר ככל הנראה תצריך גיבוש של מדיניות מפורטת בעניין פעולות התחקות של מעסיק אחר שימוש עובדיו במחשביהם במקום העבודה.

60. במסגרת חובותיו כלפי העובדים, על המעסיק להביא את עיקרי מדיניותו לידיעת העובדים, הכוללים הגדרה של יעדי הבקרה, תיאור מפורט של אופי הניטור (אלקטרוני או אנושי,

---

[26] דברי הסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו – 2005 להלן ולעיל: "**דברי ההסבר**").

[27] דעה המחילה את דיני החוזים על ההסכמה בחוק הגנת הפרטיות, זו הוצגה ע"י בירנהק, לעיל הע"ש 3 בעמ' 53, כמו גם ע"י הלם, לעיל הע"ש 4, בעמ' 45.

[28] ראו סעיפים 12, 14, 15, 17 ו – 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973, ס"ח 118.

[29] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

[30] Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2001on the Processing of Personal Data in the Employment Context, (adopted 13 sept. 2001), at 20 (Hereinafter: "**Opinion 8/2001**"). See also Article 29 – Data Protection Working Party Working Document on the Surveillance of Electronic Communications in the Workplace 5401/01/EN/Final (Adopted on 29 May 2002) at 26) (Hereinafter: "**Working Document 29.5.02**").

[31] International Labor Office, 10.2 Conditions of Work Digest: Workers' Privacy Part 1: Protection of Workers' Personal Data (1991) available at: www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/english [hereinafter: "**ILO Opinion**"].

אקראי או מכוון, חודר לתוכנים או לא וכיו"ב), נסיבות בהן יעשה שימוש בכלי הבקרה, אופן האישור הפנימי של הבקרה, הכשרת כוח אדם מתאים לניהול אמצעי הבקרה ובדיקת מהימנותו, אופן שימוש במידע ואופן מחיקת המידע העודף אשר יצטבר. כמו כן, יהיה על המעסיק לתזכר מעת לעת את העובד בדבר פרטי מדיניות הבקרה הנוהגת במקום העבודה.[32]

61. חובת היידוע ברמה גבוהה של פירוט באשר לטיב פגיעה הצפויה בזכות לפרטיות, אשר מוטלת על המעסיק, נלמדת גם מהסטנדרטים הדרושים בהקשרים דומים בחוקים ישראליים אחרים.[33] כך למשל גם סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996, דורש הסכמה מדעת, כאשר הגדרת "הסכמה מדעת" מובאת בס"ק העוקב:

> "(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
> (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות - ..."

דוגמא נוספת לחוק העושה שימוש בדרישת "הסכמה מדעת" הינו חוק מידע גנטי, התשס"א – 2000.

<u>(ה) מבחני התכלית הראויה והמידתיות</u>

62. כפי שכבר צוין לעיל, הזכות לפרטיות הייתה במעמד של זכות יסוד עוד בטרם חוקק חוק היסוד. ההשלכות של חוק היסוד מתמקדות בעיקר באופן בו יש לפרש את הזכויות הפרטיקולריות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות. השאלה האם לחוק היסוד תחולה ישירה או עקיפה במקום העבודה הפרטי טרם הוכרעה. עם זאת, אף מבלי להידרש לשאלה זו, ניתן להיעזר במבחני פסקת ההגבלה, בשינויים המחויבים, ככלי עזר לבחינת הסכמתו של עובד לפגיעה בפרטיותו, אם במסגרת מדיניות המעביד ואם במסגרת מעשה הגורם לפגיעה קונקרטית. כך בכלל, וכך אף בתיק זה.

63. לאור פערי הכוחות המאפיינים, בדרך כלל, יחסי עבודה, עליהם כבר עמדנו לעיל, לא ניתן להסתפק בבחינה סובייקטיבית של קיומה או העדרה של הסכמת העובד לפגיעה בפרטיותו – בין מפורשת בין מכללא – ויש ליתן את הדעת האם סביר להניח, מבחינה אובייקטיבית, כי העובד נתן הסכמתו לפגיעה בזכות יסוד אף חובת תום הלב המוגברת שחב מעסיק לעובדו לפי הפסיקה[34] הינה מקור לאימוץ מבחן התכלית הראויה ומבחן המידתיות לתוך היחסים המשפטיים שבין המעביד לעובד, ככלי עזר משפטיים לבחינת המדיניות לה הסכים

---

[32] המלצה זו מובאת גם ב - Opinion 8/2001 וגם Working Document 29.5.02, לעיל הע"ש 30.

[33] יצוין כי הקבלה זו מובאת לעניין היקף המידע הדרוש בלבד על אף השוני העמוק בין שני ההסדרים.

[34] ראו למשל: דב"ע (ארצי) מב/3-74 **ורדי נ' עיריית נתניה**, פד"ע יד 59, מנחם גולדברג "תום לב במשפט העבודה" **ספר בר-ניב** 139 (אהרון ברק ואח' עורכים, 1987), אלישבע ברק, "עקרון תום הלב במשפט העבודה" **ספר ברנזון** כרך שני, 499 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

העובד, על פי הטענה.[35] מבחנים אלה יש בהם כדי לאזן בין האינטרסים השונים, כפי שהותוו לעיל.

64. יצוין כי מבחני התכלית הראויה והמידתיות נבחנים באופן דו-שלבי, שכן מבחנים אלה, הנובעים מחובת תום הלב המוגברת של המעסיק כלפי העובד, רלוונטיים לשלב בדיקת קיומה מלכתחילה של הסכמה חופשית ומדעת, למדיניות או לאמצעים הפוגעניים של המעביד. ואולם מבחנים אלה רלוונטיים גם לשלב שבו נבחנת טענה לקיומה של הגנה לפי סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, בדיעבד, ובהנחה שנשללה קיומה של הסכמה לפגיעה.

65. בדיקת התכלית הראויה תיושם ביחס לתכלית המעשה שביצע המעסיק אשר פגע בזכות לפרטיות העובד או ביחס למדיניות המוצעת, לפי השלב בו הבדיקה מתבצעת. לא ניתן לקבוע מסמרות ביחס לשאלה איזו תכלית תהיה ראויה שכן העניין תלוי נסיבות אולם ניתן לומר כי האינטרסים של מעסיקים כפי שהותוו לעיל (סעיף 38), ייחשבו לרוב כראויים.

66. המסגרת של מבחן המידתיות מורכבת ממספר תתי-מבחנים:

(1) הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה;

(2) האמצעי הפוגע בצורה המינימאלית בזכות המוגנת;

(3) איזון הנזק מול התועלת.

השלב הראשון של המבחן נועד, בין השאר, לחשוף תכליות נסתרות, שכן אם האמצעי שנבחר אינו מסוגל לקדם את המטרה המוצהרת, עולה חשש למטרה סמויה.[36]
הכוונה בשלב השני של המבחן הוא לוודא שאי-אפשר להשיג את המטרה - במלואה - באמצעים אשר פוגעים פחות בזכויות הפרט.
השלב השלישי של מבחן המידתיות נועד למנוע מצבים של פגיעה קשה בזכויות הפרט לטובת מטרות שאינן מצדיקות זאת, כאשר במקור, הוא נולד כדי להבטיח שהמדינה תיתן משקל ראוי לזכויות הפרט ושהפגיעה בזכויות אלה תיעשה רק לטובת מטרות המצדיקות זאת.[37]

67. יצויין כי לאחרונה נעשה שימוש במבחן המידתיות בתחום דיני העבודה בהקשרים שונים כגון שביתה והשבתה, הגבלת חופש העיסוק, שוויון הזדמנויות בעבודה, ענישה משמעתית ושלילת פיצויי פיטורים, פיטורים בכלל ופררוגטיבת הניהול של המעסיק.[38] אף בהקשר של הזכות לפרטיות, נעשה שימוש במבחן המידתיות.[39]

68. בנוסף על כך, אין להתעלם מהעובדה כי ארגון העבודה הבינלאומי אימץ את מבחן המידתיות בהקשר של פרטיות במקום העבודה,[40] כפי שגם עשו מערכות משפטיות זרות רבות.[41]

---

[35] עמדה דומה מובאת ע"י דוידוב לעיל הע"ש 14, בעמ' 34.
[36] ראו דוידוב, לעיל הע"ש 14, בעמ' 6.
[37] בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.06).
[38] ראו פירוט בדוידוב, לעיל הע"ש 14, בעמ' 27-10.
[39] עניין **אוניברסיטת תל-אביב**, לעיל הע"ש 24 ודיון שם.
[40] See ILO Opinion, supra note 31, at sec. 6.14.
[41] See for example: Catherine Delbar, Marinette Mormont & Marie Schots, "New Technology and Respect for Privacy at the Workplace," Eur. Indus. Rel. Observatory (2003); Christophe Vigneau,

IV. מן הכלל אל הפרט

(א) הסכמה "מדעת"

69. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה כי ככל שביקשה החברה להצדיק פגיעתה בגב' איסקוב בטענה כי הפגיעה בפרטיותה נעשתה בהסכמתה, הרי שחובת היידוע אשר הייתה מוטלת על החברה, תחילה מכוח דיני חוזים והיום מכוח תיקון מס' 9, לא קוימה כדבעי כלפי איסקוב ואין להסיק הסכמה של איסקוב לעיון של המעבידה בתוכנן של הודעות הדוא"ל של איסקוב ולשימוש שעשתה החברה בהודעות אלה לצורך ההליך המשפטי. נזכיר כי החברה טענה בבית דין קמא בתצהירו של המשיב 4 כי ההודעות הושגו באמצעות פעולות ניטור בהתאם למדיניות שהובאה לידיעת העובדים, לפיה החברה –

> "נוהגת לערוך ניטור של כל תיבות הדואר מתוך השרת לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים."

עמדתנו היא שקיימת עמימות ואי בהירות לגבי מהות המטרות שהוצגו על ידי החברה בפני העובדים בכל הנוגע לניטור שהיא מבצעת בתיבות הדוא"ל. המילים "לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו" אינן מבהירות את המטרות לשמן מבוצע הניטור.

70. לא זו אף זו; הצגה זו מכוונת, על פני הדברים, לפעולות שתכליתן לאבטח את המידע המצוי על שרתיה של החברה מפני סכנה של וירוסים וזאת ע"י ביצוע גבוי על שרתיה. ברם, נראה כי החברה "העמיסה" על המונח 'ניטור' (בפרשנות שלאחר מעשה) לכל הפחות שלוש פעולות שונות: גיבוי של כל הדוא"ל של עובדי החברה בשרתיה, קריאת כל הדוא"ל בשרתיה וכן בילוש אחר הדוא"ל של איסקוב, לצרכי הגנה בהליך משפטי. אי התאמה זו בין מה שהחברה הודיעה לעובדיה לבין מה שעשתה בפועל, עומדת בבסיס הטענה כי לא ניתן היה לראות בגב' איסקוב כמי שנתנה הסכמתה לפגיעה בפרטיותה. עמדתנו הינה כי אילו רצתה החברה לקבל את הסכמתה של איסקוב, הרי שהיא לא עמדה בדרישת תיקון מס' 9, בשתי צורות עיקריות.

71. ראשית, מדיניות החברה לא הייתה ברורה ומפורטת דיה. לא הוגשה מטעם החברה כל הודעה בכתב בה הודיעה לעובדיה את מדיניות הניטור, אלא צויין רק שהיא "הודיעה לעובדיה" על כך שהיא עורכת מפעם לפעם ניטור של תיבות הדוא"ל בחברה – ראה סעיף 9 לתצהירו של המשיב 4 בבית דין קמא. מכל מקום, המידע שהחברה בחרה למסור לעובדיה, כאמור בתצהיר המשיב 4, לא היה מפורט שכן, מדובר באמרה כללית וחסרה. כמו כן, לא הייתה כל אינדיקציה לרמת הפולשניות הצפויה בפעולות הניטור של החברה (האם מדובר בבדיקת כמות הדוא"ל הפרטי מבלי לבדוק את תוכן ההודעות או שמא מדובר גם בעיון בתוכן) ולא הייתה התייחסות לשאלה אם הניטור ייעשה ע"י תוכנה או ע"י אדם.

"Information Technology and Workers' Privacy: The French Law," 23 Comp. Lab. L. & Pol. J. 351 (2001); Salvador del Rey Guanter, "New Technologies and Labor Relations in Spain: Some General

72. שנית, לא היה כל קשר בין המדיניות המוצהרת של החברה לבין מה שנעשה בפועל. איסקוב לא הייתה יכולה לצפות, נוכח מדיניות החברה כפי שהוצגה בפני העובדים, את הניטור הממוקד, התוכני והאנושי, שנעשה בפועל על ידי החברה. החברה לא טענה, לא בכתבי הטענות ולא בתצהיר שלה כי איסקוב הסכימה לשליפת ההודעות מהשרת, עיון בתוכנן ושימוש בהן נגדה בתביעתה. טענתה של החברה התמצתה בכך שלאיסקוב הייתה ידיעה בדבר פעולות הניטור אשר בוצעו "לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותן ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים." ממהלך הטיעון של החברה אנו למדים כי די היה, לטעמה, בהסכמה ראשונית וכללית זאת של איסקוב, כדי להקנות לחברה זכות לנטר את החומר המאוחסן במחשביה בכל דרך ולכל צורך שהוא בהמשך.

73. במאמר מוסגר יצוין כי אם ניתן לומר שאיסקוב נתנה הסכמה מדעת לפעולה כלשהי, אזי הסכמה זו התייחסה <u>לפגיעה בפרטיות שהיא נלוות וטפלה לפעילות של מניעת חדירת וירוסים הא ותו לא</u>, ודאי לא לפעולת חדירה אקטיבית לתיקיותיה או פעולותיה הפרטיות של איסקוב.

74. די היה בקביעה כי לא קוימה דרישת ה"מדעת" שבחוק הגנת הפרטיות, כדי לאיין את הסכמתה מכללא כביכול של איסקוב ולקבוע כי פרטיותה של איסקוב נפגעה באופן המחייב התייחסות לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. עם זאת, ולשלמות התמונה, נמשיך ונפרט את האופן בו יש ליישם את מבחני פסקת ההגבלה במקרים כגון דא.

<u>(ב) מבחני התכלית הראויה והמידתיות</u>

75. כפי שכבר צויין, השאלה למה איסקוב הסכימה תלויה בשאלה מה היא ידעה. מהדיון שנערך לעיל ביחס להיקף ידיעתה של איסקוב בעניין מדיניות ופעולות החברה, ברי שלא הייתה הסכמה מדעת מצידה, כי בפועל איסקוב לא ידעה מספיק אודותן. עם זאת, לאור הדרך בה בית דין קמא הסיק את ההסכמה מכללא של איסקוב, כביכול, ראוי היה כי ייעזר לצורך קביעת ממצא בשאלת הסכמתה של איסקוב אף במבחני פסקת ההגבלה בהקשר זה כאמות מידה לאורן יש לבחון אם סביר לייחס לה הסכמה מכללא בנסיבות העניין.

76. בהחלטה נקבע כי מכך שאיסקוב בחרה להשתמש בדוא"ל של עבודתה תחת האפשרות של שליחת ההודעות באמצעות חשבון דוא"ל באינטרנט כגון yahoo, hotmail, gmail וכד', ניתן להסיק שהיא נתנה את הסכמתה לקריאת ההודעות מהשרת ואף להגשתן במסגרת הליך משפטי. מקובל אף עלינו, כי ניתן היה להסיק את הסכמתה מכללא של איסקוב אילו הסתפקה החברה במדיניות גיבוי וניטור של הדוא"ל מן הסוג הראשון הנזכר בסעיף 52 לעיל, פעולות הקשורות בתחזוקה שוטפת של מערכות מחשב. פעולות מסוג זה הינן פעולות סבירות - בהתחשב באופיו של מקום העבודה - ולפיכך ניתן בקלות יחסית לייחס לעובד הסכמה לפעולות שנועדו לתכלית ראויה זו תוך עמידה בשלושת מבחני המידתיות.

Issues," 24 Comp. Lab. L. & Pol. J. 243 (2002).

77. ברם, הפעולות בהן נקטה החברה אינן מתמצות בניטור במובן הצר גרידא. פעולות החברה העומדות לבחינה בהליך זה הינן כניסתה לדוא"ל של איסקוב בשרת וקריאת תוכן ההודעות השמורות שם. פעולות אלה נעשו בלא כל קשר למדיניות החברה ושלא למטרות עליהן הצהירה. ולכן לא ניתן לייחס לה הסכמה מדעת לפעולות.

78. מעבר לנדרש, נציין כי אף אם מעשים אלה היו בגדר מדיניות אשר הובאה לידיעתה של איסקוב מלכתחילה, עמדתנו היא כי לא ניתן היה לייחס לאיסקוב הסכמה למדיניות כאמור (אף אילו ניתנה). בהתחשב בפערי הכוחות המובנים בין עובד למעביד, אין מקום לייחס לאיסקוב הסכמה לפעולת ניטור כה מרחיקת לכת בתיבת הדוא"ל שלה שכן פעולה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. נוכח מהותם של יחסי עובד ומעביד וחובת תום הלב המוגברת ביחסי עבודה, נדרש המעביד להימנע מהתניית תנאים בלתי סבירים ובלתי מידתיים ביחסיו עם עובדיו, ודרישה לויתור גורף על פרטיות עובדים איננה דרישה סבירה או מידתית, אשר ראוי לייחס לעובד הסכמה לה.

79. לסיכום, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ששגה בית דין קמא משייחס לאיסקוב הסכמה לעיון החברה במזכרי הדוא"ל ששלחה שהיו מאוחסנים על שרת החברה. לא היה בעצם יידועם של עובדי החברה בדבר מדיניות הניטור של החברה (שלא הובהר די הצורך כיצד בדיוק היא הובאה לידיעתם) כדי להעמידם על האפשרות של עיון בתוכן דוא"ל בדרכים החורגות מן הדרוש לשם הגנה בפני וירוסים. לפיכך, לא ניתן להסיק הסכמה, ודאי לא הסכמה מדעת וחופשית כנדרש בחוק הגנת הפרטיות, לפגיעה בפרטיותה של איסקוב בדרך של עיון במזכרי דוא"ל שכתבה.

V. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות

80. אם בית הדין הנכבד יקבע כעמדת המערערת כי הייתה פגיעה בפרטיותה בהעדר הסכמתה וכי ההגנות המנויות בסעיף 18 (2) לחוק הגנת הפרטיות אינן חלות, יוטל עליו להפעיל את סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, אשר קובע כי:

> "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מהווה אחד מכללי הפסילה החקיקתיים (בדומה לסעיף 13 לחוק האזנת סתר) על פיו נפסלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין. קביעת כלל פסילה לראיות שהושגו שלא כדין מהווה חריג בדיני הראיות בישראל, בהם לא קיים עקרון לפיו פגם או פסול בדרך השגתן של ראיות יש בהם כדי לפגוע בקבילותן של ראיות, וזאת להבדיל מפגיעה אפשרית במשקלן (לעניין זה ראו: ע"פ 5121/98 **טור' (מיל') יששכרוב נ. התובע הצבאי הראשי ואח'**, תק-על 2006 (2) 1093 (להלן: "עניין יששכרוב").

81. מטרתם של כללים הפוסלים ראיות שהושגו שלא כדין הינה להגן על מטרות וערכים חברתיים שונים, אשר בנסיבות מסויימות עלולים להתנגש עם התכלית העיקרית של ההליך השיפוטי שהיא גילוי האמת. כללי הפסילה מגלמים את התפיסה שהערך של גילוי האמת והבאתה לידיעת בית המשפט על מנת שיקבע את האמת העובדתית במסגרת הליך משפטי, הגם שהינו ערך עיקרי, הינו ערך יחסי, ושיש להגבילו ולאזנו אל מול ערכים מתנגשים, ובענייננו – עם הזכות החוקתית לפרטיות (עניין יששכרוב, סעיפים 49-39 לפסק הדין).

82. כלל הפסילה שנקבע בסעיף 32 אינו מוחלט והוא מותיר לערכאה השיפוטית סמכות לקבל ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות מטעמים שיירשמו או אם לפוגע היו הגנה או פטור לפי החוק.

83. בית דין קמא קבע שאיסקוב נתנה את הסכמתה ומשכך לא החיל את סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. כאמור עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שבית דין קמא שגה משקבע שאיסקוב הסכימה לכך שהחברה תשלוף את הודעות הדוא"ל מהשרת. לפיכך שומה היה על בית דין קמא להחיל את סעיף 32 ולהחליט אם מתקיים בענייננו החריג לכלל הפסילה.

VI. חוק האזנת סתר

84. בית דין קמא פטר את עצמו מהצורך לדון בתחולת חוק האזנת סתר לאחר שמצא שאיסקוב הסכימה לשליפת ההודעות מתוך הדוא"ל שלה. עם זאת, בית דין קמא ציין, באמרת אגב, כי ממילא נראה כי חוק האזנת סתר כלל אינו חל מהסיבה שנסיבות העניין דומות יותר, לדידו, "לעיון בקלסר מסמכים אישיים שהשאירה התובעת בטעות בחברה (עליו יחול חוק הגנת הפרטיות), מאשר להאזנה עליה יחול גם חוק האזנת סתר" (פיסקה 30 להחלטה).

85. כפי שיפורט להלן, אנו בדעה כי הפרשנות של בית דין קמא בדבר תחולת חוק האזנת סתר הינה נכונה וראויה, הגם שייחוס ההסכמה לא הייתה נכונה לאחר שהיא נמצאה פגומה כפי שהובהר לעיל.

86. בקליפת האגוז, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הודעות הדוא"ל של איסקוב נצפו בהיותן מגובשות כ"חפץ", כמשמעותו של מונח זה בסעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט – 1969, המגדיר "חפץ" ככולל גם "חומר מחשב", ולא בהיותן בגדר "שיחה", המוגדרת בין השאר כ"תקשורת בין מחשבים" בסעיף 1 לחוק האזנת סתר. הודעות הדוא"ל האמורות לא יורטו בהיותן בתהליך העברה לנמען התכתובת, כחלק מהאזנה לתקשורת בין מחשבים, אלא הן נפתחו כחלק מגישה ל"חפץ" שנמצא במחשבי החברה.

87. ראשית, נתייחס לטענת איסקוב בסיכומיה, לפיה מכיוון שלפי חוק האזנת סתר, הגדרת המונח "האזנה" כוללת "קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר" (סעיף 1 לחוק), הרי שעצם יצירת הגיבוי של דוא"ל העובדים בשרת החברה, ללא הסכמתה, היוותה האזנת סתר אסורה.

88. אכן, הקלטה יכולה להוות האזנה. אם ההקלטה נעשית בצורה סימולטאנית ובאמצעות מכשיר, לכאורה יש האזנה. עם זאת, אם מדובר בגיבוי המתבצע כחלק אינטגראלי מתהליך העבודה במחשב, ברי כי לא ראוי, מבחינת מדיניות משפטית, כי הדבר ייחשב להאזנת סתר. אם לא כן, משמעות הדברים הינה הטלת אחריות פלילית לפי סעיף 2 לחוק האזנת סתר על מרבית המעסיקים במשק, בגין מעשים אשר יש לציבור אינטרס לעודד, קרי הגנה על מידע שימושי.

89. שליחת הדוא"ל ע"י איסקוב, מתוך מחשבי החברה, הנה פעולה המותירה עקבות ובענייננו החברה ביצעה "גישה מאוחרת" לחומר המחשב שכלל כאמור את הגיבוי האינטגראלי של תכתובות הדוא"ל. גיבוי זה נועד לצרכים לגיטימיים של החברה, כגון אבטחת מידע וכד' וזאת במנותק מעניינה האישי של איסקוב .

90. במקרה הספציפי, נראה כי גם אם גיבוי נכנס בגדר הקלטה, קרי האזנה, הרי שהיה סביר להסיק הסכמה מכללא לפעולה זו באופן המוציא את חוק האזנת סתר מתחולה.[42] ההסכמה מכללא היחידה של איסקוב אותה ניתן להסיק באופן סביר מעובדות המקרה, היא לפעולת הגיבוי שנעשתה ע"י החברה שכן פעולה זו גם נודעה לאיסקוב מראש וגם מחייבת, כאמור, את רמת הפירוט הנמוכה ביותר מצד המעסיק.

91. כאן המקום להתייחס בקצרה לנטען בעמדת האגודה, אשר מתחלק לשני חלקים עיקריים. ראשית טוענת האגודה כי דרישת הסימולטאניות בוטלה ושנית, כי יש לראות בעניין בדיר[43] הלכה מנחה החלה במקרה זה. היועץ המשפטי לממשלה חולק על עמדת האגודה בעניין זה מהנימוקים שלהלן.

92. ראשית, לא ניתן לקבל את הטיעון כאילו דרישת הסימולטאניות בוטלה כשמדובר בתקשורת בין מחשבים שכן אין מנוס מלהכיר בכך שחומר מחשב יכול להיות גם חפץ וגם תקשורת בין מחשבים.[44] מסיבה זו, סעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "**פסד"פ**") מגדיר 'חפץ' ככולל חומר מחשב. מאידך, לפי סעיף 1 לחוק האזנת סתר, הגדרת המונח 'שיחה' גם כוללת 'תקשורת בין מחשבים'. הכיצד?

93. בעידן האינטרנט ורשתות המחשב, כל 'חומר מחשב' יכול שיימצא חלק מהזמן אגור (Stored Communication) וחלק מהזמן בתנועה (In Transit Communication). מהפרשנות המוצעת ע"י האגודה נובע כי 'חומר מחשב' תמיד יהיה בחזקת "שיחה", ומכאן שכל פעולת חיפוש במחשב לעולם תהיה בחזקת האזנת סתר. תוצאה זו אינה ראויה מבחינת מדיניות משפטית, ביוצרה "אפקט מצנן" מוגזם על רשויות אכיפת החוק. מעבר לכך, התוצאה סותרת את הוראות החוק, אשר ייחדו הוראה מיוחדת לצו חדירה ל'חומר מחשב'

---

[42] על כך שניתן להסתפק בהסכמה מכללא בחוק האזנת סתר, ראו למשל את (ת"א) ע"פ 1770/97 **מדינת ישראל נ' זאב לאופר** דינים מחוזי, כרך כו (10), 3, המאזכר את (ע"פ (ת"א) 58/96 **דב טל נ. מדינת ישראל**, לא פורסם).

[43] ת"פ (ת"א) 40250/99 **מ"י נ' בדיר**, תק-מח 2000 (3) 11236.

[44] ראו למשל הלם, לעיל הע"ש 4, בעמ' 439 המחזיק בעמדה זו ומחזקה תוך שימת דגש על ההבדלים בין הודעות דוא"ל, הדומות יותר למונולוג, לבין שימוש בתוכנות כמו ICQ הדומות יותר לשיחה.

הקרובה לצו החיפוש ולא הותירו את העניין בגדרו של חוק האזנת סתר.[45] ואכן, נימוק זה הופיע בהחלטת השופט כבוב השנייה לדחות את בקשת ההגנה לפסול את הודעות דוא"ל שלא נקראו ואשר נתפסו במחשבי הנאשמים באמצעות צו חיפוש ולא באמצעות צו המתיר האזנת סתר.[46]

94. לא ניתן לקבל את עמדת האגודה כי דרישת הסימולטאניות בוטלה שכן אחרת לא ניתן להסביר מדוע קיימת הוראת סעיף 23א(ג) לפסד"פ, שם כתוב:

> "קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט–1979."

סעיף זה קובע כי אם במהלך חיפוש במחשב מתקבל מידע מתקשורת בין מחשבים, באותו רגע שבו מתבצע החיפוש (למשל הודעה בתוכנה להעברת מסרים מיידיים כדוגמת תוכנת ה – Messenger, שמתקבלת ברגע שהשוטר מעיין במחשב), הרי לא ייחשב הדבר כהאזנת סתר. כלומר, <u>המחוקק מניח שאלמלא הוראתו, היה מדובר בהאזנת סתר</u>, ומוצא לנכון לקבוע הוראה מיוחדת נגד עניין זה. אלמלא הוראתו המיוחדת של סעיף 23א(ג) לפסד"פ, הרי שמה שהיה הופך את זה להאזנת סתר, הוא העובדה <u>שבו-זמנית</u> התקבל המידע מתקשורת בין מחשבים.

95. עניינה של דרישת הסימולטאניות בהאזנת סתר נדון לאחרונה בעניין שידורי קשת.[47] באותו מקרה, ביקשה המשטרה לתפוס קלטות של ראיון עיתונאי מוקלט שנערך בין גב' אילנה דיין, מנחת תוכנית התחקירים בטלוויזיה "עובדה" לבין חשודה, לפני שנחקרה ע"י משטרת ישראל. בין היתר, טענו עורכי-דינם של המשיבים כי תפיסת הקלטות כאמור ע"י המשטרה, מחייבת הצטיידות בצו האזנת סתר, שכן המדובר בהאזנה לשיחות מוקלטות, אשר המשטרה אל שימשה צד להן. בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו כי "תיעוד שיחה שנתפס כחפץ ע"י רשות חוקרת או כל גורם אחר, אינו עונה על הגדרת המחוקק ואינו בבחינת 'האזנת סתר' כמשמעות החוק'.[48]

96. עתה נפנה לטענת האגודה בדבר תחולתו של עניין בדיר במקרה דנן. בעניין בדיר, קבע בית המשפט המחוזי כי פעולה של משיכת הודעות קוליות ממזכירה אלקטרונית הינן בגדר האזנת סתר. עם זאת, יש לזכור, כי הנאשם בתיק זה ערער על הרשעתו לבית המשפט העליון ובהסכמת המדינה בבית-המשפט העליון, בוטלה ההרשעה בעבירות על חוק האזנת סתר.[49] משמע, שהקביעה של בית המשפט המחוזי כי משיכת ההודעות בתא-הקולי מהווה האזנת סתר הנה קביעה שנהפכה בהסכמה בערכאת הערעור ואינה בבחינת הלכה או החלטה מנחה.

---

[45] ראו סעיף 23א לפסד"פ, אשר הוסף עם חקיקתו של חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995, בתיקון עקיף וזו לשונה: "חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו ע"י בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור..."

[46] מחוזי (ת"א) ת"פ 40206/05 **מ"י נ' אליעזר פילוסוף ואח'** (טרם פורסם, ניתן ביום 18.9.07) (להלן: "**החלטת השופט כבוב השנייה**").

[47] ב"ש (ת"א) **שידורי קשת ואח' נ' משטרת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 2.2.06).

[48] שם, עמ' 3, ס' 8-6 להחלטה.

[49] ע"פ 10343/01 **בדיר נ' מ"י**, תק-על 03(2) 649

97. למעשה, הקביעה השיפוטית היחידה לפיה קריאת הודעות דוא"ל מהווה האזנות סתר, נמצאת בהחלטת השופט כבוב הראשונה, בעניין פילוסוף, אשר אוזכרה בהחלטה נשוא הליך זה.[50] כדי לסבר את האוזן, נזכיר כי בהחלטתו השנייה דובר בדוא"ל אשר טרם נקרא ואשר נתפס במחשבי הנאשמים ובהחלטתו הראשונה דובר בדוא"ל אשר נתפס בשרתי ספק האינטרנט, כאשר השופט קובע כי ההודעות היו בדרכן אל הנמען וכי הימצאותן בשרתי ספק האינטרנט הייתה כתוצאה מ"אתנחתא" קלה בדרכה לנמען, טרם שהסתיימה ה"שיחה".

98. לא זו בלבד שאיננו מסכימים עם החלטת השופט כבוב הראשונה, אלא שזו אינה יכולה להוות תקדים מחייב שכן מדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי, שלא יכולה להיהפך בערעור, זאת משהנאשמים הרלוונטיים להחלטה זו הודו מאוחר יותר והורשעו במסגרת הסדר טיעון. כמו כן, קביעת השופט כבוב הראשונה התייחסה לדוא"ל שלא נקרא והועתק אצל ספק השירות בדרכו לנמען כאשר במקרה דנן מדובר בשיחה שהסתיימה מזמן, כאשר ההודעות כבר הגיעו אל הנמען ואחסונן בשרת נבע מפעולה אינטגראלית לתקשורת.

99. אשר על כן, היועץ המשפטי לממשלה בדעה כי יש לדחות את עמדת האגודה בעניין זה ולקבל את תוצאת ההחלטה באשר לאי-תחולת חוק האזנת סתר.

VII. עניין אפיקי מים

100. בשולי הדברים ולאור החלטת בית הדין נכבד זה מיום 6.5.08 אשר הומצאה לפרקליטות המדינה ביום 15.5.08, נתייחס בקצרה לבר"ע 285/08 **אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ ואח' נ' רן פישר** (לעיל ולהלן: "**עניין אפיקי מים**").

101. המדובר בערעור על החלטת כבוד השופט ח' ארמון מיום 9.4.08 בבית הדין האזורי לעבודה בנצרת[51] (להלן: "**בית הדין בנצרת**"), בה התקבלה בקשתו של המשיב בעניין אפיקי מים (להלן: "**פישר**") להוצאת הודעות דוא"ל אשר צורפו לתצהיר שהוגש מטעם המבקשות בעניין אפיקי מים (להלן: "**האגודה החקלאית**"), מתיק בית הדין וזאת בהסתמך על סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, בטענה שאלה הושגו תוך פגיעה בפרטיותו.

102. מהחומר שהוגש לבית הדין נכבד זה, עולה כי פישר כיהן באגודה החקלאית כמהנדס במשך שנים רבות. בשלב מסוים עלה חשד כי פישר מפעיל עסק פרטי המתחרה בעסק של האגודה החקלאית, מתוך משרדה ותוך שימוש בציוד של האגודה החקלאית. יחסי העובד-מעביד בין הצדדים נותקו והוגשו תביעות הדדיות לבית הדין בנצרת. כנספח לתצהיר מטעם האגודה השיתופית, צורפו הודעות דוא"ל אשר היה בהן, לכאורה, כדי לתמוך בטענות האגודה החקלאית.

---

[50] מחוזי (ת"א) ת"פ 40206/05 **מדינת ישראל נ. פילוסוף ואח'** (טרם פורסם, ניתן ביום 5.2.07) (להלן: "**החלטת השופט כבוב הראשונה**").

[51] עב' 1027/06, 1158/06 **אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' פישר רן**

103. בתגובה לטענת פישר כי מדובר בפגיעה בפרטיותו, טענה האגודה החקלאית ראשית כי היא לא חדרה לתיבת הדוא"ל של פישר אלא שהודעות הדוא"ל נשלפו מתוך מחשביה, ככל הנראה לאחר שנשמרו על השרת של האגודה החקלאית ומכיוון שאלה נמצאים בבעלותה, לא הייתה פגיעה בפרטיותו של פישר. שנית, טענה האגודה החקלאית כי בחלק מהמקרים פישר הותיר אחריו בפחי האשפה מסמכים מודפסים המתעדים תכתובות שלו.

104. בית הדין בנצרת קבע כי עצם ידיעתו של פישר כי הודעות הדוא"ל שלו נשמרות בשרתה של האגודה החקלאית, אינה יכולה להספיק כדי ללמד שפישר הסכים מכללא לעיון בהן וכי הייתה דרושה הסכמה מפורשת לויתור זה. עוד נקבע שם כי לא ניתן היה להסיק הסכמה מכללא לקריאת הודעות הדוא"ל כאשר אלה הושלכו לפח האשפה ע"י פישר. קביעות אלה הובילה את בית הדין בנצרת לקבוע כי אכן האגודה החקלאית פגעה בפרטיותו של פישר ומכאן עבר הוא ליישומו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לשם כך, בחן בית הדין בנצרת את קיומה של תכלית ראויה ומצא כי היא התקיימה שכן, כאמור, לאגודה החקלאית היה חשד ספציפי לכך שפישר פעל כנגד האינטרסים שלה. כמו כן, בחן הוא את היחס בין מידת התועלת שתופק למשיבות משימוש בתכתובת הדואל לעומת מידת הפגיעה בפרטיותו של המבקש. לעניין זה קבע בית הדין בנצרת כי כניסה לתוכן התכתובת מהווה פגיעה חמורה בפרטיות, ואילו הפגיעה הדיונית במשיבות מכך שהבקשה תתקבל לא צפויה להיות מכרעת, שכן היא הגישה ראיות רבות אחרות והזמינה עדים רבים כדי לבסס את טענותיה, כולל חלק מהנמענים של התכתובות שפישר היה צד להן. אשר על כן החליט בית הדין בנצרת לקבל את בקשתו של פישר והורה על הוצאת הודעות הדוא"ל מתיק בית הדין.

105. הגם שהתוצאה אליה הגיע בית הדין בנצרת נראית על פני הדברים נכונה, הקביעה כי עובדים אינם יכולים לוותר על זכותם לפרטיות אלא בהסכמה מפורשת אינה מקובלת עלינו מהנימוקים שהובאו בעמדה זו.

ו. סוף דבר

106. למעלה מן הצורך, לתשומת בית הדין הנכבד כי בפני החברה עמדה אפשרות לפעול בדרך אחרת משבחרה בפועל. על פני הדברים נראה כי החברה לא מיצתה את הליך הגילוי והעיון במסמכים לפי תקנה 46(א) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב – 1991, אותן יש לקרוא ביחד עם תקנה 112 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 (להלן: "**תקסד"א**"), אשר אומצה ע"י בתי הדין לעבודה לאור האמור בסעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט – 1969 (ראו למשל: ע"ע (ארצי) 490/06 **טסקום בדיקות מערכות תוכנה בע"מ נ' טלמור** (טרם פורסם, ניתן ביום 4.2.07, סעיף 9(א) לפסק הדין).[52]

107. תקנה 112 בתקסד"א מורה כי לפי צו לגילוי מסמכים, על בעל דין לגלות בתצהיר -

[52] יצוין כי ייתכן ואף עמדו לחברה אפשרויות דיוניות נוספות להעמדת שאלת חוקיות שליפת ההודעות לביקורת שיפוטית מראש, באופן שניתן היה ללבן את הסוגיה ולהכריע בה תוך שמיעת עמדתה של איסקוב.

"מה הם המסמכים הנוגעים לעניין הנדון המצויים, <u>או שהיו מצויים</u> ברשותו או בשליטתו ושאותרו על ידו לאחר <u>חקירה ודרישה</u>..." [ההדגשה שלי, ס.ק].

במילים אחרות, מוטל על בעל דין להצהיר גם על מסמכים אשר <u>היו ברשותו</u> וזאת לאחר חקירה ודרישה. החברה לא הייתה חייבת להסתפק בהצהרה בעלמא של איסקוב על כי ההודעות אינן עוד ברשותה, כעולה מסעיף 4.ב. להחלטה. תחת זאת, יכלה החברה להזמין את איסקוב אל משרדיה כדי שהיא תמלא אחר חובתה לחקור ולדרוש וזאת ע"י כניסה לדוא"ל שלה בשרת החברה.

108. היועץ המשפטי לממשלה סבור שדין הערעור להתקבל ודין החלטת בית דין קמא להתבטל. הותרת החלטת בית דין קמא על כנה עלולה להביא לפגיעה במעמדה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית ובכך לפגוע בזכות יסוד שהינה "מהחשובות בזכויות האדם"[53] וכן "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקראטי."[54]

109. הליך זה מעורר שאלה בעלת השלכות רחבות הנוגעות לאיכות השמירה על הזכות לפרטיות במקום העבודה, וממילא יש לו השלכה ישירה על "איכות החיים" של עובדים רבים בישראל, וכנגזר מכך, על מעמדה של הזכות לפרטיות במשפט הישראלי ובחברה הישראלית בכללותה.

היום: כ' אייר, תשס"ח
25 מאי, 2008

סימה קרמר
סגנית לפרקליט המדינה

[53] ע"פ 1302/02 **מ"י נ' נחמיא**, פ"ד מט(3) 309, 352.
[54] ע"פ 5026/97 **גלעם נ' מ"י** (לא פורסם).