

המבקשות:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל

2. קו לעובד

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסראת דקואר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

בעניין:

המבקשת:

טלי איסקוב

ע"י ב"כ עו"ד פנינה זיידנברג

מרחוב קפלן 17, תל אביב 64734

טלפון: 03-6099050; פקס: 03-6952225

- נ ג ד -

המשיבים:

1. הממונה על חוק עבודת נשים – מדינת ישראל, משרד התמ"ת

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז תל אביב – אזרחי

רחוב הנריטה סולד 1, ת"ד 33475 תל אביב 64924

טלפון: 03-6970222; פקס: 03-6918541

2. פאניניה בע"מ

3. יוסי כהן

4. אבי לזר

ע"י ב"כ עוה"ד ט. ספיר ו/או ש. גדנר

מדרך השלום 53, מגדל הורד גבעתיים 53454

טלפון: 03-7331505; פקס: 03-7331516

בקשה להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשות להצטרף כידידי בית המשפט לדיון בבקשת רשות הערעור שבכותרת.

ואלה נימוקי הבקשה:

ההחלטה נשוא הבר"ע וחשיבותה הציבורית

1. ההחלטה נשוא הבר"ע¹ עניינה בזכות לפרטיות במקומות עבודה. המבקשת הגישה תביעה בגין פיטורים בתקופת הריון. המשיבים התגוננו בטענה, כי ההחלטה לפטרה קדמה למועד שבו הודיעה על הריונה. כדי לנסות ולהוכיח טענה זו הביאו המשיבים עדויות אך לא הסתפקו בהן. הם נכנסו לתיבת הדואר האלקטרוני (דוא"ל) של המבקשת, עברו על ההודעות שנכללו בה, ומצאו הודעות דוא"ל, שלטענתם מחזקות את גרסתם. המבקשת ביקשה מבית הדין קמא לפסול את ההודעות הדוא"ל שהגישו המשיבים, בטענה שהושגו באמצעות האזנת סתר אסורה ופגיעות נוספות בזכותה לפרטיות.
2. בית הדין הנכבד דחה את הבקשה, וזאת הגם שקבע, שעובד רשאי לבצע שימוש פרטי בהיקף סביר בתא הדואר האלקטרוני, שהועמד לרשותו על ידי המעביד, ואף זכאי "ככלל, לפרטיות בכל הנוגע לתכתובות אלו". לצד זה התיר בית הדין למעביד, כעניין של מדיניות, לנטר הודעות דוא"ל של העובדים, אך בכפוף לכך, שהדבר נעשה כדי לשרת "אינטרס ספציפי משמעותי המצדיק זאת לפי שלושת מבחני המידתיות, ובתלות בנסיבות הספציפיות של המקרה"².
3. אלא שקביעות אלו לא הועילו למבקשת כיוון, שבית הדין קבע, כי בנסיבות העניין "יש לראות את התובעת כמי שהסכימה מכללא לעיון החברה בהודעות הדואר האלקטרוני שהוגשו כראיה"³, ולפיכך לא נפגעה פרטיותה. למסקנה זו הגיע בית הדין בהסתמכו על כך שתיבת הדואר האלקטרוני ניתנה לתובעת ככלל לצרכי עבודה ולא היתה תיבה פרטית, ועל כך שהחברה הבהירה לעובדים "כי היא עורכת מעת לעת ניטור של תיבות הדואר האלקטרוני המאוחסנות על גבי שרת החברה, כך שהתובעת ידעה שאין מדובר בתיבת דואר אלקטרוני המיועדת לעניינים אישיים או אינטימיים אלא קיימת אפשרות כי תוכן ההודעות יגיע לצדדים שלישיים (כולל החברה עצמה)"⁴.
4. בית הדין הנכבד דחה את טענת המבקשת, כי בהתחשב ביחסי הכוחות שאינם שוויוניים לא ניתן לייחס לה הסכמה אמיתית, שכן היא "ידעה מראש שאין מדובר במתחם פרטי שמובטח שלא יחדרו אליו", ההסכמה מכללא שנתנה לא התי יחסה "לחדירה משמעותית לפרטיותה" (שאז, "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 מבטה של התובעת"⁵.
5. להלן נטען ונבקש לשכנע, כי החלטתו זו של בית הדין הנכבד היא בכל הכבוד שגויה, וקובעת הלכה וכללים, שמאיינים כמעט לחלוטין את זכותם של עובדות ועובדים לפרטיות. לרגע העניק בית הדין

¹ החלטה בע"ב (תל אביב) 10121/06 ו-2493/07 (כב' השופטת סיגל דוידוב מוטולה) מיום 15.7.2007.

² פסקה 23 להחלטה.

³ פסקה 26 להחלטה.

⁴ פסקה 26 להחלטה.

⁵ פסקה 26 להחלטה.

את הזכות לפרטיות במקום העבודה ובמשנהו נטל אותה כהרף עין, או למצער סלל את הדרך בפני מעסיקים לעשות זאת בהבל פה של "הודעה", כי בכוונת המעסיק להאזין לשיחותיו של העובד בטלפון או בדוא"ל.

6. זוהי החלטה ראשונה בישראל, שמתייחסת לסוגיית הזכות לפרטיות בתקשורת דוא"ל במקום העבודה, ובהתאם לזאת היא זכתה לחשיפה ולתפוצה גדולות ביותר. לשם ההמחשה, וכיוון שבענייני אינטרנט עסקינן, נציין כי הערך "טלי איסקוב" מעלה בחיפוש באתר [Google](#) 262 מופעים (נכון ל-7.9.2007), וחיפוש באנגלית מגלה, שדבר ההחלטה דווח גם באתרים בינלאומיים⁶. כאש בשדה קוצים פשטה הידיעה אודות ההחלטה: עיתוני העסקים מיהרו לספר לקוראיהם, ועורכי דין חרוצים לבשר ללקוחותיהם המעסיקים, ואף להמליץ בפניהם כיצד ניתן, לאור ההחלטה, לצמצם עוד יותר את הזכות לפרטיות של העובדים.

כך, למשל, תחת כותרת "עדיף לעובד לחשוב שאין לו פרטיות" ([הארץ](#) 31.7.2007) מצוטטים מומחים לפרטיות האומרים, כי "כיום עדיף לעובד להתנהג כאילו אין לו פרטיות במקום העבודה... כשיש מדיניות מוצהרת במקום העבודה שלפיה למעסיק זכות לעיין במיילים ולהאזין לטלפונים של העובדים, אז העובד צריך לצפות חזירה לפרטיותו.", וכי "כיום עובד חייב להביא בחשבון שהמעסיק יכול לעיין בתיבת הדואר שלו או אפילו במחשב שלו, וזאת כמובן בתנאי שהמעסיק נתן לו איזושהי הודעה על כך - אם זה בהסכם העבודה או בנו הלי העבודה המפורסמים." (וראו גם: "בית המשפט קבע כי למעסיק מותר לחטט בתכתובות דואר אישיות" [הארץ](#) 30.7.2007).

7. שעה שמדובר ביחסי עבודה יש למסרים המשפטיים והציבוריים, שהופצו בעקבות ההחלטה משמעות מיוחדת, גם אם בעתיד, כפי שניתן לקוות, תדון ערכאה אחרת של בית הדין לעבודה בסוגיה ותתקן את ההלכות והעקרונות שנקבעו בהחלטה, או לכל הפחות תעמיד אותן על דיוקם.

כאמור לעיל, ניתן להניח כי מאז פרסומה מתורגמים המסרים הגורפים והשגויים של ההחלטה, לצעדים ממשיים, שעושים מעסיקים על מנת לצמצם את זכות הפרטיות של עובדיהם. רוצה לומר, להחלטה יש השפעה ישירה על זכויותיהם וכבודם של רבבות עובדים.

זאת ועוד, מאז ומתמיד מקבלות המבקשות פניות רבות ובקשות לעצה ולסיוע מעובדים שפרטיותם נפגעת במקום העבודה. ניסיון הפרקטיקה מלמד, כי אי בהירות של הדין, לא כל שכן קביעות מהסוג שנכללו בהחלטת בית הדין קמא, פועלות לרעת העובדים. עובדים אינם ממהרים לתבוע את מעסיקיהם, לבטח לא על כל פגיעה בזכות או כל השפלה, ועל כן המשען היחיד שיכול לסייע להם אל מול פעולה חד צדדית ושרירותית של המעסיק, הוא הפנייתו להוראת דין, האוסרת זאת עליו, רצוי בלוויית סנקציה.

⁶ ראו למשל דיווח מיום 8.8.2007 באתר [ibls.com](#) העוסק בדיני אינטרנט ברחבי העולם.

8. כאשר בזכות לפרטיות עסקינן, נודעת חשיבות מיוחדת לפרקטיקה שתיווצר בעקבות ההחלטה נשוא הבקשה. אישור משפטי לפרקטיקה של פגיעה בפרטיות מחמיר את המצב הקשה ממילא, שקיים בנקודת ההשקה בין משפט לבין טכנולוגיה. כפי שמוסבר בפרסום של [המרכז למשפט וטכנולוגיה](#) :

" בעוד ש הקדמה ה טכנולוגית שינתה את כללי המ שחק לחלוטין , נמצאת המ ערכת המשפטית ה רחק מאחור . שעה שה משפטנים ע דיין מתחבטים בשאלה מהו סוג הה סדרה הראוי ומהם גבולות הה סדרה הראויים , מפרי הפרטיות צוברים ידע , עוצמה ומידע ומשליטים נורמות התנהגות שכמעט בלתי אפשרי יהיה לשרשן."⁷

9. אישור משפטי, שהוא בכל הכבוד שגוי, למקרים של פגיעה בפרטיות תורם תרומה קשה לתהליך זה. במיוחד נכון הדבר, אם נלך לשיטתו של בית הדין קמא (ובהמשך אנו נבקש שלא לעשות זאת) ונעמיד כ"שאלה המרכזית" לקיומה של הזכות לפרטיות במקום העבודה את השאלה: **"אם העובד ציפה לפרטיות בדואר האלקטרוני שלו, או שמא ידע, במפורש או מכללא, כי מדובר בתכתובות שיתכן ותגענה לידיעת הנהלת המעסיק"**⁸. קביעה זו מתאימה לגישת המשפט האמריקאי לזכות לפרטיות (או נכון יותר – להעדרה של הזכות), וזאת בניגוד למגמה הכללית של הדין הישראלי. היא תולה את קיומה של הזכות המוסרית והמשפטית לפרטיות ב"ציפייה סבירה", דהיינו – במה שעובדת "סבירה" יכולה לצפות לאור הדרך שבה נוהגים מעסיקה בפרטיותה ובכבודה. במצב דברים זה, תשפיע החלטה (וכאמור כבר החלה להשפיע) על הפרקטיקה במקומות העבודה – על מה שהמעסיקים יעזו לעשות באורח חד צדדי בעקבותיה – ועקב כך גם על מה שייתפס בעתיד על ידי ערכאות שיפוטיות כציפייה סבירה.

10. פרקטיקה מעין זו מסוכנת במיוחד, בשים לב לכך, שחידושי הטכנולוגיה מאפשרים למי ששולט בה – מעבידים, בענייננו – חדירה לצנעת הפרט בהיקף ובחומרה שלא הכרנו בעבר. כבר בתחילת העשור הקודם הזהיר ארגון העבודה הבינלאומי, שהמחשב מציב איום משמעותי לפרטיות העובדים⁹. ואכן, כפי שכותב Jefery¹⁰, המחשב הפך את המעקב אחר עובדים לעניין של מה בכך – המידע נגיש וזמין לאיתור ועיבוד יעילים, מהירים, וחמור מכל – סמויים וקשים לפיקוח. בנסיבות אלו קיימת חשיבות עצומה לבחינה חוזרת של ההחלטה נשוא הבר"ע.

צירוף המבקשות כ"ידיד בית המשפט"

11. המבקשת 1, [האגודה לזכויות האזרח בישראל](#), היא עמותה רשומה, הפועלת מזה למעלה משלושים שנים לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה.

⁷ יעל און ואח' [פרטיות בסביבה דיגיטלית \(המרכז למשפט וטכנולוגיה\)](#), עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, (2005 (להלן: "פרטיות בסביבה דיגיטלית") vii.

⁸ פסקה 23 להחלטה.

⁹ International Labor Office, 10.2 Conditions of work digest: workers' privacy part I: Protection of personal data (1991).

¹⁰ Mark Jeffery "Information Technology and Workers' Privacy: Introduction" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002)("Jeffery Introduction") 251.

12. המבקשת 2, [קו לעובד](#), הינה עמותה רשומה, אשר נוסדה בשנת 1991 במטרה לסייע לעובדים מקופחים במשק הישראלי, וכדי להגן על זכויות האדם ועל זכויות העובד שלהם.
13. במסגרת פעילותן המשפטית הופיעו המבקשות בערכאות שיפוטיות שונות כעותרות ציבוריות וכדיד בית המשפט. כך, למשל, ניהלה המבקשת 1 התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה בעניין העברת נתונים ממאגרי מידע ציבוריים¹¹. המבקשת 2 צורפה במעמד של "ידיד בית משפט" להליכים בפני בית הדין הארצי לעבודה ובפני בית המשפט העליון¹². שתי המבקשות נמנו על הארגונים אשר פנו לבית המשפט הגבוה לצדק בעתירה (שנתקבלה), כי יורה על בטלות "הסדר הכבילה" – ההסדר המקובל להעסקת עובדים זרים בישראל – נוכח אי חוקיותו¹³. לאחרונה התייצבו המבקשות בבית הדין הארצי לעבודה, שעה שהוא דן בשאלת הצורך לאפשר לעובד קבלן, שתובע את מעסיקו שהפר את זכויותיו, לעיין בתנאי ההתקשרות שבין המעסיק לבין ה"משתמש בפועל"¹⁴.
14. המבקשות גם מקבלות פניות, ומטפלות במקרים רבים של פגיעה בזכויות אדם במקומות עבודה, ניסיון שאיפשר להן לצבור ידע רחב בדבר הדרכים המגוונות שבהן נעשות הפגיעות, בדבר התוצאות הקשות שנגרמות, ובדבר הדרכים האפשרויות למנוע פגיעות אלו.
15. כפי שהוסבר לעיל, לסכסוך הקונקרטי בתיק זה יש היבטים כלליים ומהותיים יותר, הנוגעים לזכויותיהן של רבבות עובדות ועובדים. בפרשת כולל הכיר בית המשפט העליון בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את השיקולים לצירוף המבקש להצטרף לדיון במעמד זה.

" בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי ... מצווה בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם ... כך, מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר, לו יש נגיעה אישית או ישירה לעניין. ... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו"¹⁵.

16. האמור לעיל אינו נכון רק לגבי בית המשפט העליון אלא לכל ערכאה שיפוטית שהיא. בית הדין הארצי לעבודה קבע, כי שעריו "אינם נעולים, ופתוחים הם בפני העותר הציבורי", וכי אמות המידה

¹¹ בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' [משרד הפנים](#), פ"ד נח(4) 842.

¹² ע"ב 2595/01 גינדר קומר – התאחדות המלונות בישראל; ע"ע 453/06 דאטקו ניקולא – שומרוני בע"מ; בג"צ 155/97 [ע.ג.ע. אלונים נ' שר הפנים](#).

¹³ בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' [ממשלת ישראל](#) (טרם פורסם, 2006).

¹⁴ בר"ע 806/06 [אייר פינטו נ' חברת השמירה](#), (החלטה מיום 4.3.2007).

¹⁵ מ"ח 7929/96 [כוזלי נ' מ"י](#), פ"ד נג(1) 529, 554.

בכל הנוגע לזכות העמידה של העותר הציבורי בבית-הדין לעבודה, כמוהן כאלה החלות בבית- המשפט העליון, כפי שנקבעו זה מכבר.¹⁶

17. להכרעה בתיק דנן עשויות להיות השלכות חשובות על זכויות יסוד חוקתיות ועל אינטרסים ציבוריים, המעוגנים אף הם בחוקי היסוד ובשיטת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל. צירופו של צד "ציבורי" מתחייב במיוחד במקרים, שבהם מועלית שאלה קונסטיטוציונית חשובה.¹⁷

18. לאור ההלכה, שנפסקה בעניין כולל, מתאים המקרה הנדון לצרוף המבקשות כ"ידידות בית המשפט". המבקשות משמשות לא אחת כ"עותרות ציבוריות" "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי".¹⁸

19. כאמור, המבקשות הן גופים העוסקים באופן וולנטרי, מזה שנים, בקידום זכויות אדם, ומטפלים במקרים רבים של פגיעה בזכות לפרטיות ובזכויות אדם אחרות – בכלל ובמקומות עבודה בפרט.

20. צירוף ידיד בית משפט, שלא כצירוף צד, אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי, מכמה טעמים. ראשית, המבקשות חפצות להצטרף "כידדי בית המשפט" לצורך צירוף חוות דעת מטעמן בלבד; מעבר לזאת, מעמדן ומידת מעורבותן של המבקשות בהליך ייקבעו על ידי בית המשפט כפי שיראה לנכון. כיוון שהמבקשות לא תתערבנה בבירור השאלות העובדתיות שבין הצדדים, ומעורבותן תוגבל בהגשת חוות דעת בשאלות העקרוניות העומדות על הפרק, הרי שצירופן לא יפגע ביעילות הדיון.¹⁹ בנוסף, מוגשת הבקשה בשלב מוקדם, טרם הדיון לגופו של עניין, על מנת שלא יגרם נזק למי מהצדדים או עיכוב בהתנהלות הדיון.

21. אשר על כן, בענייננו מתקיימים המבחנים הדרושים לצירוף המבקשות כידדי בית המשפט.

22. אך מעבר לזאת, התייצבות גופים ציבוריים דוגמת המבקשות בבית הדין לשם סגור על הזכות לפרטיות חשובה במיוחד לאור העובדה, שבדרך כלל עובדים נרתעים מלהתלונן, לא כל שכן להתדיין עם מעסיקים, בגין פגיעות בפרטיותם. זאת במיוחד כיוון, שבדרך כלל הנזק הכלכלי לעובד הבודד הוא בלתי ניתן לכימות או קטן יחסית, ואינו מתמרץ הגשת תובענות, ובוודאי שאנו שקול לאפשרות של נשיאה בנטל הוצאות במקרה של "הפסד" התיק.²⁰

¹⁶ ע"ע 1233/01 אוריאלי נ' עיריית הרצליה, פד"ע לז 508, 513. למקרים נוספים, שבהם התירו בתי הדין לעבודה התייצבות של טוען ציבורי, ראו, למשל: ע"ע 1415/01 לשכת עורכי הדין – הורן נ' הביטוח הלאומי, פס"ד מיום 18.1.2001 ("אין כל מניעה להצטרפותו של 'עותר ציבורי' בפני בית הדין לעבודה, בה במידה שאין מניעה שכזו להצטרפותו של 'עותר לציבורי' להליך המתקיים בבית הדין הגבוה לצדק"); בש"א (ת"א) 3415/00 נעמת - כלל חברה לביטוח בע"מ ("מכאן שביסוד הסכסוך עומדים, בין השאר, שיקולים חוקתיים הנוגעים לביטחון הסוציאלי של נשים לעומת גברים, ולשימושו של עקרון השוויון - שהוא עקרון יסוד מרכזי בשיטת המשפט הישראלי"); (ע"ב (ת"א) 3616/03 הסתדרות רופאי ישראל - ד"ר ריינר (פס"ד מיום 16.3.2005); בש"א (א-ים) 2137/05 "הגיוחן" מפעלי מים וביוב בירושלים בע"מ - וכסלר עוזיאל (פס"ד מיום 15.12.2005).

¹⁷ ראו: דב"ע נז/4-16 מרכז השלטון המקומי בישראל - הסתדרות העובדים הכללית, פד"ע לב 1, 35.

¹⁸ בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 69.

¹⁹ בש"א (ת"א) 1013/01 ההסתדרות הכללית החדשה - ארגון שחקני הכדורסל - מכבי אשדוד (25.1.2002).

²⁰ ראו: פרטיות בסביבה דיגיטלית 157.

הזכות החוקתית לפרטיות

23. הזכות לפרטיות היא זכות אדם נעלה, "מהחשובות שבזכויות האדם בישראל"²¹, שאף זכתה למעמד חוקתי על חוקי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
24. הזכות לפרטיות היא זכות צעירה יחסית. צידוקיה וביסוסיה מגוונים ומורכבים הם, ולעיתים נדרש מאמץ כדי לשרטט את גבולותיה המדויקים²². ניתן להצביע על שתי גישות מרכזיות לזכות לפרטיות. בארצות הברית, התפתחה הזכות לפרטיות באופן מוגבל וצר. היא מזוהה עם חירות מפני התערבות השלטון, ואפילו ב חוקה – שמתמקדת ב היבט "השלילי" של זכויות האדם (במובן של הגבלת התערבות השלטון בחירות האנשים) היא זכתה לביטוי חלקי בלבד.
25. כפי שמסביר טנא, בעוד שהגישה האמריקאית שמה הדגש על היבט החירות (Liberty) – בעיקר חירות מהתערבות השלטון – של הזכות לפרטיות, שמה התפיסה האירופית של הזכות דגש על היותה חלק מכבוד האדם (dignity), ומתפיסה זו גזרה חובות רבות המוטלות על שלטון ועל פרטים – לכבד את פרטיותם של זולתם²³. שלא כמו בארה"ב זכתה הזכות לפרטיות לעיגון חוקתי, עובדה שהשפיעה על ההגנה המשפטית שניתנה לה.
26. לתפיסת הזכות לפרטיות כנגזרת של כבוד האדם יש משמעות מיוחדת כאשר דנים בפרטיות המידע. כפי שמסביר בירנהק:

"שליטה של אדם במידע אודותיו מתיישבת היטב עם רעיונות בדבר אוטונומיה וכבוד האדם... אנו חיים בעידן בו החלטות של המדינה, החלטות בשוק והחלטות במעגלים חברתיים שונים מתקבלות על בסיס מידע מוקדם לגבינו... בסביבה טכנולוגית שבה קל לשמור מידע לתקופה ממושכת, ולמעשה אינסופית, אין גורלנו נתון לחסדי הזיכרון והשכחה האנושיים, אין עוד התיישנות של מידע. המידע אודותינו שנאסף, נשמר, מעובד, מוצלב ומנותח במאגרי מידע, משקף אותנו. יש זהות בין האדם לבין המידע אודותיו. לפיכך, שליטה של האחד (המדינה, המעסיק, התאגיד) במידע אודות אדם שקולה לשליטה של האחר באדם עצמו."²⁴

²¹ ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353.

²² "הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע" (בג"ץ 1435/03 פלוגית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539).

²³ עומר טנא הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי (טרם פורסם);

See also: Shelley Wallach, "Who's Info is it Anyway? Employees' Rights to Privacy and Protection of Personal Data in the Workplace" 23 (2) The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (July 2007) 195, 197-200.

²⁴ מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" (עתיד להתפרסם, 2007), טקסט לה"ש 99 ואילך.

27. שיטת המשפט הישראלית בחרה במודל האירופי של הזכות לפרטיות על פני המודל האמריקאי המצומצם, כבר במהלך הדיונים וההליכים שהסתיימו בעיגונה של הזכות בחוק החרות²⁵. הכרעה ערכית זו באה לידי ביטוי בחקיקת חוק הגנת הפרטיות, אך מימושה והנחלתה בפסיקה החלו צוברים תאוצה רק לאחר חקיקתו של חוק היסוד²⁶.

28. כפי שכותב טנא:

"המחוקק הישראלי הציב את 'כבוד האדם' כאבן היסוד של מגילת זכויות האזרח. הוא העמיד ערך זה בראש פירמידת הערכים של שיטת המשפט, והעניק לזכות לפרטיות עוגן חוקתי, כאחת הזכויות הנגזרות מכבוד האדם. בכך ניצבת ישראל לצידן של מדינות הקונטיננט, המשתיתות את מגילת זכויותיהן על ערך של כבוד האדם, אל מול הגישה החוקתית האמריקנית, המבוססת על הערך של חירות מפני התערובת שלטונית. אבחנה זאת אינה הצהרתית או תיאורטית בלבד. יש לה השלכות מהותיות על יישומן של זכויות היסוד, ולענייננו, הזכות לפרטיות, בחקיקה, רגולציה ופסיקה בישראל."

29. בשיח המשפטי משפיע מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות על כלל הפרשנות, ובכלל זה על אופן פירושם של חוק הגנת הפרטיות²⁷ ושל חוק האזנות סתר. היקפה של הזכות החוקתית לפרטיות רחב יותר מזה שנקבע בחוק הגנת הפרטיות²⁸. זאת ועוד, "הוראת סעיף 11 לחוק היסוד, המטילה על רשויות המדינה את החובה לכבד את הזכויות המעוגנות בו, אשר אף מחייבת את בית-המשפט לתת פירוש דווקני לחוקים הפוגעים בפרטיות, לרבות לחוקים שתוקפם נשמר מכוח סעיף 10 לחוק היסוד"²⁹.

הזכות לפרטיות במקום העבודה

30. זה מכבר נקבע, ואף בית הדין קמא הזכיר זאת בהחלטתו, כי עובד אינו מאבד את זכותו לפרטיות שעה שהוא נכנס בשעריו של מקום העבודה³⁰. החובה לכבד ולקיים את זכויות האדם החוקתיות חלה על כל אדם ולא רק על השלטון. דומה שלפחות בכל הנוגע ליחסי עבודה, אין עוד מחלוקת על כך, שקיימת תחולה ישירה של הוראות חוק היסוד על המעסיק. כך, למשל, בדונו בסוגיית מבחני התאמה ומיון, קבע בית הדין הארצי:

²⁵ ועדת גלס, שהכינה את פרק מאגרי המידע בהצעת חוק הגנת הפרטיות, המליצה במפורש לאמץ בישראל את המודל האירופאי - **דין וחשבון הוועדה למניעת פגיעה באזרח באמצעות מידע המרוכז במחשבים** (1981); ראו גם: חיים קלוגמן "הגנת הפרטיות בחקיקה הישראלית – תקווה שטרם התגשמה" דברים בפתיחת יום עיון של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בנושא הגנת הפרטיות בעידן המידע (**פרוטוקול 11.4.2005**).

²⁶ טנא (ה"ש 23 לעיל); לביטוי חשוב של צמיחתה של הזכות לפרטיות בשנים האחרונות ראו: משרד המשפטים, **דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע** (2007) בראשות המשנה ליועמ"ש יהושע שופמן (להלן: "**דוח שופמן**"). לעניין אימוץ התפיסה האירופית הרחבה, הקושרת בין הזכות לפרטיות לבין כבוד האדם ראו: "עניינה של זכות הפרטיות הוא... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות" (ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 347).

²⁷ בג"צ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נב(4) 842, 848.

²⁸ בג"צ 6650/04 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האיזורי בתנניה** (פס"ד מיום 14.5.2006), פסקה 9 לפסקה הדין.

²⁹ בשי"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 375.

³⁰ מי גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" **עבודה חברה ומשפט** (ט') (2002) 85.

"בנו שאים הפוגעים בפרטיותם של העובד או של המועמד לעבודה, רשאי המעסיק להציג שאלות רק לצורך תכלית ראויה ו' במידה שאינה עולה על הנדרש'. שכן, הזכות לפרטיות המעוגנת, כאמור, גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגבילה את המעסיק בבואו לחייב מועמד לעבודה או עובד לעמוד במבחני התאמה."³¹

31. ואילו השופטת וירט-ליבנה משלימה את הדרישה החוקתית ומתנה פגיעה בזכות לפרטיות בקיומה של סמכות חוקית מפורשת:

"מעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד וכן אופייה המיוחד, מחייבים, לדעתי, כי פגיעה בפרטיות העובד תיעשה רק אם קיימת למעביד סמכות מפורשת לנהוג כך, ואין די בהסתמכות על כוחו של המעביד לנהל את המפעל על פי מיטב שיקול דעתו."³²

32. בדרך זו נהג גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, שקבע כי החובה החוקתית לכבד את צנעת הפרט, כאמור באמנה האירופית לזכויות אדם, חלה גם במקום העבודה:

"Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of 'private life' should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that... it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not."³³

33. בהתייחס לשיחות אינטרנט וטלפון, הגוף המופקד באיחוד האירופי על יישום הדרכתובה בדבר הגנת הפרטיות במאגרי מידע ([The Article 29 Working Party](#)) קבע כבר בתחילת העשור:

"[T]here should no longer be any doubt that data protection requirements apply to the monitoring and surveillance of workers whether in terms of email use, internet access, video cameras or location data."³⁴

³¹ דב"ע (ארצי) 70-4/97 [אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה](#), פד"ע ל 385, 411.

³² ורדה וירט-לבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיזם מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" [ספר שמגר](#) (חלק ג', 2003) 775, 805.

³³ Niemitz v. Germany (1993) 16 EHRR 97, par. 29

34. וכך אכן קבע לאחרונה גם בית הדין האירופי בעניין Copland :

"According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are *prima facie* covered by the notions of 'private life' and 'correspondence' for the purposes of Article 8 §1 ... It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage.³⁵

35. לעומת זאת, בשיח המשפטי האמריקני אין כמעט מקום לפרטיות במקום העבודה. התפיסה החוקתית של זכויות האדם בארה"ב מתמקדת, כאמור, בחירות אל מול השלטון. על כן, חובה לכבד את הפרטיות של העובד מוכרת רק כאשר המעסיק הוא הממשל, וגם אז - בצורה מוגבלת ביותר. לעומת זאת, כאשר מדובר בסקטור הפרטי השיח הדומיננטי הוא זה של זכות הקניין של המעסיק, מה ש-Finkin³⁶ מכנה "the 'property fetish' of the Common Law", שבעטיו, כל הגנה משפטית על פרטיות העובד נתפסת כהפרת זכות הקניין של המעסיק. כיוון שהעובד נתפס כמי ש"מתארח" בחצרו של המעסיק, הגיעו בתי המשפט למסקנה, כי אין לו ציפייה סבירה לפרטיות וממילא גם אין לו שום זכות לפרטיות.

36. המשפט הישראלי בחר בתפיסה האירופית, ואינו רואה בזכות לפרטיות כעניין הנקבע על פי דיני הנכסים³⁷: "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם ולא של המקום"³⁸. ברוח זו אף פותח בית הדין קמא את החלטתו וקובע, חוזה העבודה כולל תנאי מכללא שעובד זכאי לפרטיות בתקשורת הדוא"ל שלו. אלא שבהמשך הדרך משתבשים הדברים, ובית הדין הנכבד מגיע למסקנה, כי המשיבים שללו כדין מהמשיבה כל ציפייה סבירה לפרטיות בשיחות האינטרט שלה, ואף קיבלו כביכול את הסכמתה לכך, שיצותתו לשיחות אלו.

הזכות לפרטיות אינה מותנית בקיומה של "ציפייה סבירה"

37. בהחלטתו נשוא הבקשה דנן, בבואו לדון באיזון הראוי בין זכותה של המבקשת לפרטיות לבין אינטרסים של מעסיקה, המשיבים דנן, פותח בית הדין הנכבד וקובע:

"במסגרת נסיבותיו הספציפיות של המקרה עלינו לברר, כשאלה מרכזית, אם העובד ציפה לפרטיות בדואר האלקטרוני שלו או שמא ידע, במפורש או מכללא, כי מדובר בתכתובות שיתכן ותגענה לידיעת הנהלת המעסיק או עובדים אחרים ..."³⁹

³⁴ Article 29 Data Protection Working Party, [Opinion 8/2001 on the Processing of Personal Data in the Employment Context](#), (adopted 13 Sept. 2001), at 24.

³⁵ [Copland v. United Kingdom](#), 62617/00 [2007] ECHR 253 (3 April 2007), Par. 41.

³⁶ Matthew W. Finkin "Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002) 577, 634.

³⁷ בג"צ 6650/04 [פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בתנניה](#) (פס"ד מיום 14.5.2006), פסקה 21 לפסקה הדין.

³⁸ אלי הלם, [דיני הגנת הפרטיות](#) 85 (2003).

³⁹ פסקה 24 להחלטה.

38. בהתאם לכך, נסמכת דחייתה של הבקשה לפסילת הראיה, על הנחה לפיה לא יכלה המבקשת לצפות לפרטיות בתוכן הודעות הדוא"ל שלה:

"החברה הבהירה לעובדים... כי היא עורכת מעת לעת ניטור של תיבות הדואר האלקטרוני... כך שהתובעת ידעה שאין מדובר בתיבת דואר אלקטרוני המי ועדת לעניינים אישיים או אינטימיים אלא קיימת אפשרות כי תוכן ההודעות יגיע לצדדים שלישיים (כולל החברה עצמה)"⁴⁰.

39. מבחן הציפייה הסבירה רווח במשפט האמריקאי. ציפיותו של העובד לפרטיות נבחנת בעיקר על פי המדיניות המוצהרת והמשתמעת של המעביד במקום העבודה⁴¹: המבחן כולל יסוד סובייקטיבי ויסוד אובייקטיבי - העובד המבקש לטעון בשם זכותו לפרטיות צריך להוכיח, כי אכן האמין כי פרטיותו תשמר וגם לשכנע, כי אדם סביר אכן היה מצפה לפרטיות בנסיבות העניין.

40. הצבתו של מבחן הציפייה הסבירה במרכז כתנאי לקיומה של הזכות לפרטיות אינו נותן הגנה ראויה לזכות, והוא עלול להוביל לאיונה. זהו מבחן נסיבתי, שאינו מתמקד ברצוי אלא במצוי. או ליתר דיוק במה שאנו סבורים כ"מצוי". כפי שמסביר בירנהק:

"המבחן האמריקני מאפשר גמישות, אבל יש בו, באופן אינהרנטי, גם עמימות וחוסר וודאות. זה קוצר ידו: בתי המשפט אינם עורכים סקרים בקרב הציבור בדבר סבירות של מצבים שונים. הם משליכים את ניסיון חייהם על המקרה, את "השכל הישר" שלהם, ולא תמיד יש קירבה בין ניסיון חייהם של השופטים לזה של רוב האזרחים. במקרים רבים, עד אשר בית המשפט אינו קובע מה סביר מבחינה חברתית, קשה להשיב לשאלה זו. המבחן, במילים אחרות, מעגלי בחלקו וטאוטולוגי בחציו: פרטיות היא מה שנקבע (בדיעבד, על ידי בית המשפט) שהוא פרטי."⁴²

41. בירנהק ממשיך ומסביר, שתהליך הסקת המסקנות לגבי מה ניתן היה לצפות בנסיבות מסוימות הוא קשה במיוחד כאשר מדובר בטכנולוגיות חדשות, משום שחידושי הטכנולוגיה והאתגרים שהיא מציבה לפרטיות אינם מוכרים לציבור ועל כן "קשה בכלל לדבר על סבירות הציפיות של האזרח הטוען לפרטיותו מפני טכנולוגיות חדשות". מסיבה זו פסל בית המשפט העליון בארה"ב ראיות שנאספו באמצעות גלאי תרמי המשקף ו"מצלם" מן הרחוב את מה שמרחש בתוך הבית, וזאת לנוכח אי-ההיכרות עם הטכנולוגיה⁴³. בירנהק מקשה ושואל, שמא עתה, לאחר שפסק הדין התפרסם, ניתן יהיה לטעון כי עובדת השימוש בגלאי תרמי ידועה לכל, ולכן יהיה קשה לקבל כסבירה טענה של אדם שציפה לפרטיות בביתו.

42. זו בעצם הדרך שבה הולך בית הדין קמא, ששלל את האפשרות שלמבקשת היתה ציפייה סבירה לפרטיות בתקשורת האינטרנט שלה, כיוון שהמעסיקה הודיעו לה, על פי טענתם, כי הם בודקים את

⁴⁰ סעיף 26(ב) להחלטה.

⁴¹ ראו [פרטיות בסביבה הדיגיטלית](#), 147 (10th Cir. 1979); 581 (10th Cir. 1979); 591 F. 2d 579, 581 (James v. Newspaper Crop.).

⁴² בירנהק, ה"ש 72.

⁴³ בירנהק מפנה ל- (Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)).

תיבת הדוא"ל שלה. בהמשך נראה שמהדברים שאמרו כביכול המשיבים למבקשת, לא ניתן להבין דבר וחצי דבר לגבי האופן שבו הפרו בפועל את פרטיותה. אבל גם בהתעלם מכך - לא די בהבל פיו של מעביד לשמוט הקרקע מתחת ל"כלל היסוד", שהציב בית הדין כנקודת מוצא, ואשר לפיו אין לאפשר למעסיק לעיין בתוכן התכתובות "נוכח הפגיעה בזכות הפרטיות של העובד"⁴⁴.

43. הטכנולוגיה מאפשרת פלישה בלתי מוגבלת כמעט לצנעת הפרט של המשתמש במחשב. כפי שמזכיר, למשל, Jeffery, מי שחולש על השרת המרכז של מערכת המחשב במקום העבודה, יכול לעיין אפילו בהודעות דוא"ל שנמחקו מהתיבה, אפילו משפטים שכתב העובד ומחק עוד בטרם נשמר עותק סופי של המסמך⁴⁵. ובאופן דומה יכול המעסיק גם לגלות את תוכן שיחות האינטרנט, שניהל העובד באמצעות תיבת הדוא"ל "הפרטית" שלו שפתח ברשת (gmail, hotmail). לכן, לו היינו מתרכזים במה שיכול המעביד לעשות כמי ששולט במערכות המחשב והתקשורת, לא יכולנו לצפות לפרטיות בכלל.

44. קצב ההתפתחות של הטכנולוגיה גם אינו מאפשר לנו לדבר על "אדם סביר" שלפיו נקבע את סבירות הציפייה לפרטיות. היקף המידע בתחום הוא כה רב, ויש פערים ניכרים בין המשתמשים במחשב מבחינת ההיכרות עם הטכנולוגיה, ומבחינת ההבנה של כל המשמעויות של פרקטיקה כזו או אחרת שמבוצעת על ידי המעביד באמצעותה. יתר על כן, ציפיותיהם של אנשים רבים – גם כאלה שמשתמשים במחשב כעניין שבשגרה - עלולות להיות מנותקות מהמציאות הן בשל הבנה מוגבלת של רזי הטכנולוגיה, והן בשל הפסיכולוגיה של השימוש במחשב, שמתאפיינת בתחושה של אינטימיות ובדידות. ככלות הכול, גם במקום הומה אדם – בבית הקפה או במרחב עבודה פתוח – יושב אדם לבדו מול "המחשב האישי" וצולל אל תוך עולם ומלואו, המנותק מההמולה והאנשים הסובבים אותו.

45. אכן, כפי שאומר בירנהק, ההחלטה בדבר סבירות הציפייה לפרטיות אינה רק נתון חברתי "אובייקטיבי" בדבר הציפיות בפועל. במידה רבה היא גם פרי של מערכה, שמנהלים מי שמבקשים להשיג ולהשתמש במידע רב ככל האפשר אודות זולתם, ולכן האתגר הוא לוודא שההחלטה תהיה גם ערכית⁴⁶.

46. כפי שמיטיב לנסח זאת Hazel, מי שמציב במרכז את מבחן הציפייה הסבירה מאפשר למעסיק לקבוע את היקף הזכות לפרטיות של עובדיו, דבר שאינו עולה בקנה אחד עם תפיסת הפרטיות כנגזרת של כבוד האדם, וכ"זכותו של האדם ולא של המקום"⁴⁷:

"If workplace privacy standards can generally be set by employers, the danger is that these standards will invariably favour the employer

⁴⁴ פסקה 23 להחלטה.

⁴⁵ Jeffery, p.256.

⁴⁶ בירנהק, ה"ש 72.

⁴⁷ אלי הלם, דיני הגנת הפרטיות 85 (2003).

interests over individual privacy, and will also become the norm to be expected in workplaces which do not have explicit privacy-related policies. This hardly seems appropriate for a right which protects, among other values, human dignity. The danger of such approach is exposed further when one considers arguments such as those claiming that a real threat to privacy does not arise if an individual is aware that potentially private activities might be being observed. This is not in accord with the conception of privacy as pertaining to persons and not to places. To give an extreme example: would employees stop visiting the toilets at the workplace because they know it is surveilled by CCTV? It can also be argued that if knowledge of surveillance results in privacy expectations being lost, then privacy rights themselves will diminish as people become more and more aware of surveillance capabilities and practice."⁴⁸

47. כפי שסיכמו זאת מומחים אירופאים בדו"ח המסכם כנס שנערך בנושא בשנת 2001 :

"The Experts point to the dangers of the concept of 'privacy expectations'. An employee cannot waive his right to privacy. There should always remain a core of privacy which cannot be contracted away. Privacy expectations may be explicated, e.g. in the employment contract or in a company policy, but they cannot replace the essential and substantial level of protection."⁴⁹

48. הגוף המופקד על ביצוע הדירקטיבה האירופית דחה במפורש את התפיסה שלפיה :

"... [I]f a worker is warned in advance by an employer about the possibility of their communications being intercepted, then he may lose his expectation of privacy and interception will not constitute a violation of Article 8 of the Convention. The Working Party would not be of the opinion that advance warning to the worker is sufficient to justify any infringement of their data protection rights."⁵⁰

⁴⁸ Oliver Hazel "Email and Internet Monitoring In the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out" (2002) 31(4) *Industrial Law Journal* 321, 329.

⁴⁹ [Protection of workers' personal data in the european union: the case of surveillance and monitoring](#) - final report - (12 october 2001; vc/2001/0159) p. 36.

⁵⁰ 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) 8.

49. מן הראוי ללכת בדרכן של מדינות אירופאיות ולהניח בצד את מבחן הציפייה הסבירה. השאלה אינה מה יכולה המבקשת לצפות מעובדיה אלא כיצד על מעבידה לנהוג⁵¹.
50. כעניין שבמדיניות, כאשר ביחסי עבודה עסקיני, אין להתכחש לקיומה של הפגיעה בפרטיות בעזרת קונסטרוקציות של סבירות או "הסכמה" (ראו בהמשך). תחת זאת, יש להודות בקיומה של הפגיעה בפרטיות ולבחון האם היא נעשתה מטעמים ובאופן שמצדיקים בדרך כלל פגיעה בזכות חוקתית, והאם יש בכל אלה כדי להקנות למעביד הגנה חוקתית, ולייחס לו תום לב.
51. נעבור לבחון להלן האם יכלו המשיבים להצביע על מטרה לגיטימית, שתצדיק את הפגיעה בפרטיות שנגרמה כתוצאה מעיון ומהעתקת תוכן שיחות האינטרנט של המבקשת, ונשיב על כך בשלילה. אך אגב כך גם ניווכח, למעלה מן הדרוש, כי אפילו היינו שמים דגש על מבחן הציפייה, עדיין, בנסיבות המקרה שלפנינו המשיבים לא הוכיחו העדר ציפייה סבירה ולגיטימית של המבקשת לפרטיות בהודעות הדוא"ל שלה.

מטרות לגיטימיות לניטור ומידתיות הפגיעה בפרטיות

52. כב' בית הדין קמא החליט לאשר את הראיות שהגישו המשיבים, בשל שורת קביעות, המצמצמות את הזכות לפרטיות במקום העבודה, ואשר כולן מתבססות על טענת המשיבים, לפיה:
- "החברה יידעה את עובדיה, לרבות התובעת, כי היא עורכת מעת לעת ניטור של כל תיבות הדואר האלקטרוני של החברה המאוחסנות על גבי שרת החברה וזאת לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים."⁵²
53. קביעה זו טעונה בחינה בכמה שלבים. ראשית, ננסה לבחון את הפגיעה בפרטיותה של המבקשת על רקע המטרות המוצהרות שבגינן בדקו המשיבים, על פי טענתם, את תוכן הודעות הדוא"ל שלה. נראה, כי אין התאמה בין המטרות לבין האמצעים ולבטח שהפגיעה בפרטיות אינה מידתית. לאחר מכן נבקש לבחון מה עשו המשיבים כדי ליידע את המבקשת על הפרקטיקה שבה הם נוקטים ומה היתה המבקשת צריכה להסיק מכך לגבי מרחב הפרטיות שיש לה במקום העבודה. נראה, שהמשיבים לא מלאו את חובתם ליידע את המבקשת על הפלישה לצנעת הפרט שלה. לבסוף נראה שבנסיבות אלו לא רק שלא ניתן לייחס למבקשת "הסכמה" או ויתור על זכותה לפרטיות, אלא שהמשיבים גם נהגו שלא בתום לב וממילא אינם יכולים ליהנות מהגנות משפטיות כלשהן.
54. כפי שהטעים בית הדין קמא, על המעסיק להצביע על אינטרסים חיוניים כבדי משקל, שלא ניתן לשמור עליהם אלא על דרך של ציתות לתוכן התקשורת האלקטרונית של העובדים, וגם אז בכפוף לכך שהפגיעה תהיה מידתית.
55. זו הגישה המקובלת גם במשפט האיחוד האירופי:

⁵¹ See: M. Ford "Two Conceptions of Worker Privacy" (2002)31 *Industrial Law Journal* 135, 142.

⁵² פסקה 4 להחלטה.

"The employer must check if any form of monitoring is absolutely necessary for a specified purpose before proceeding to engage in any such activity. Traditional methods of supervision, less intrusive for the privacy of individuals, should be carefully considered and where appropriate implemented before engaging in any monitoring of electronic communications.... The proportionality principle therefore rules out blanket monitoring of individual e-mails and Internet use of all staff other than where necessary for the purpose of ensuring the security of the system. Where the objective identified can be achieved in a less intrusive way the employer should consider this option."⁵³

56. וכך גם בקנדה, כפי שמציין Geist בהתייחס לסעיף 5(3) לחוק PIPEDA (Personal Information and Electronic Documents Act):

"First and foremost, the statute features an "appropriate purposes" provision ... This reasonableness clause creates a critical limitation on workplace surveillance since mere employee consent to surveillance is no longer sufficient to justify unlimited surveillance activities."⁵⁴

57. ההכרה בעקרון לפיו על המעביד להתאמץ ולנקוט באמצעים שפגיעתם פחותה חדרה אפילו למערכת המשפט האמריקאית חרף גישתה הכללית כפי שתוארה לעיל. זאת, לכל הפחות שעה שמדובר באפשרות של ניטור פעולותיהם של העובדים במערכת בתי המשפט. כאשר נדונה סוגיית המעקב הממוחשב בבתי המשפט כתבה השופטת Mary M. Schroeder נשיאת ה-9th Circuit:

"Many judges believe that less intrusive methods of administering an Internet policy ought to be pursued before actually conducting surveillance on employee Internet activity. Most court units have only just begun to educate and inform court staff about Internet concerns... [s]ome judges believe we ought to give court units the opportunity to address this in the first instance before monitoring."⁵⁵

⁵³ 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) 13, 17.

⁵⁴ Michael Geis, [Computer and e-mail workplace surveillance in Canada: the shift from reasonable expectation of privacy to reasonable surveillance](#) (Prepared for Canadian Judicial Council, 2002) 22.

⁵⁵ Chief Judge Mary M. Schroeder, "Clarification of AO Correspondence on Intrusion Detection System Shutdown" Memorandum of 11 July 2001 at page 4, cited by: Michael Geis, [Computer and e-mail workplace surveillance in Canada: the shift from reasonable expectation of privacy to reasonable surveillance](#) (Prepared for Canadian Judicial Council, 2002) 33.

58. ומה בענייננו? על פי טענת המשיבים, נהגה החברה, לערוך "מעט לעת ניטור של כל תיבות הדואר האלקטרוני של החברה המאוחסנות על גבי שרת החברה וזאת לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים."⁵⁶

59. לא ברור כיצד בדיוק בוצע הניטור לאור מטרותיו הנטענות. מה שידוע הוא, שכדי לחסום חדירת וירוסים למערכת אין המעביד צריך לעבור על מאות הודעות הדוא"ל שבתיבות האלקטרוניות של העובדים, לבטח שאין צורך לקרוא אותם. כפי שמציין בירנהק: "ניטור לאיתור וירוסים נעשה על ידי תוכנה ולא על ידי עין אנושית, והוא מתייחס לנתונים טכניים (הימצאות וירוסים) ולא לתוכן המידע."⁵⁷ יתר על כן, גם לו היו מנהלי החברה יושבים יומם ולילה, ולא רק "מעט לעת" כפי שטענו, וקוראים את כל הודעות הדוא"ל, עדיין לא היו מונעים בכך "חדירת וירוסים מזיקים".

60. ואילו Jeffery מסביר⁵⁸:

"... [O]ne may question the extent to which these new problems may justify some of the possible responses. The operation of computer systems may be protected automatically by anti-virus software and by configurations that do not allow for the storage or installation of certain forms of data, so solutions that involve intrusions upon the privacy of employees may not be necessary."

61. ואכן, אמצעים טכנולוגיים הם האמצעים המקובלים להגנה על מערכות מחשב מפני וירוסים. כך, למשל, במערכת המחשבים בבתי הדין לעבודה בישראל מתגוננים מפני וירוסים מבלי לפגוע בפרטיות העובדים:

"... [T]he judges /magistrates and high administrative officials allowing almost full Internet access... Access is controlled and modified using a firewall by the system administrator. All employees have use of internal e-mail and there is a general monitoring of the volume of e-mail in the system but no individual e-mail is ever intercepted or read."⁵⁹

62. הנה כי כן, אמצעים טכנולוגיים שאינם כרוכים בפגיעה קשה בפרטיות (לא כל שכן שאינם מחייבים לכניסה לתיבת הדוא"ל) מאפשרים לבדוק את היקף הפעילות של העובדת בתיבת הדוא"ל, על ידי בדיקת נפח התיבה. פתרונות טכנולוגיים דומים קיימים וישימים גם לצורך השגת מטרות נוספות, כמו, למשל לצורך מניעת הדלפת סודות מסחריים. תוכנות "חכמות" רבות משמשות כדי לסרוק את המידע שבמחשב החברה, ותרות אחר הודעות דוא"ל, המכילות מילות מפתח, שמהוות בהסתברות

⁵⁶ פסקה 4 להחלטה.

⁵⁷ בירנהק, טקסט לה"ש 130.

⁵⁸ Jeffery, Introduction, 275.

⁵⁹ Shelley Wallach, "Who's Info is it Anyway? Employees' Rights to Privacy and Protection of Personal Data in the Workplace" 23 (2) The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (July 2007) 195, 217 f.62.

גבוהה, חלק מסודות מסחריים שיש להגן עליהם. גם כאן, השימוש בתוכנות מעין אלה הוא יעיל הרבה יותר מכל מחיטוט אקראי "מעט לעת" בתיבות הדואר האלקטרוני של העובדים. והעיקר לענייננו, מלבד היותם יעילים, יש באמצעים הטכנולוגיים המוכרים והרווחים הללו, כדי לצמצם עד מאוד את הצורך בפגיעה בפרטיות העובדים.

63. אם להשתמש בכלים שמציע בית הדין קמא לבחינת הסוגיה⁶⁰: חיטוט בתיבות הדוא"ל של העובדים במקרה הנדון אינו עומד במבחן המידתיות. במקרה של מניעת חדירת וירוסים לא מתקיים אפילו מבחן המשנה ראשון בין האמצעי והמטרה: עינה של המנהלת, העוברת בחמדה על תיבת הדוא"ל של העובדת, לא תבחין בוורוס המרושע שחדר אליה וממילא אין "הפגיעה בפרטיות משרתת תכלית עסקית אמיתית"⁶¹. ובמקרה של חשש מדליפת סודות מקצועיים, יש לאמצעים הטכנולוגיים יתרון בולט על פני חיטוט בתיבות הדוא"ל של העובדת, לבטח שעה שהחיטוט נעשה "מעט לעת" כפי שהיה אצל המשיבה בעוד שהתוכנה "החכמה" יכולה לרוץ בכל עת ועל כל בדל ונתון. בכך נופל גם מבחן המשנה השני של מבחן המידתיות – הפגיעה בפרטיות העובדים אינה האמצעי היעיל ביותר להשגת המטרה וניתן להשיגה באמצעי פוגע פחות.

64. בנסיבות אלו הפגיעה בפרטיות, הכרוכה בניטור של כל תיבות הדואר האלקטרוני של העובדים, אינה מתבקשת ואינה הכרחית לצורך המטרות המוצהרות שלשמן כביכול היא נעשתה. זוהי פגיעה שהמעט שניתן לומר עליה היא שאינה מידתית ואינה חוקית. לבטח שהיא שוללת מהמשיבים את ההגנות המותנות בקיומו של תום לב. אלא שחוסר האפקטיביות הזועק של האמצעים הננקטים אל מול המטרות הנטענות מקשה עד מאוד לקבל את גרסת המשיבים, כאילו בזבוז את עיתותיהם בעיון בהודעות דוא"ל, מנעו בדרך זו חדירת וירוסים למערכת, ואף הצהירו על רעיון עוועים שכזה בפני העובדים.

65. אבל החמור ביותר בענייננו, הוא שהודעות הדוא"ל שהגישו המשיבים כראייה, הושגו תוך פגיעה בפרטיות של המבקשת, בנסיבות שאין ולא כלום בינן לבין המטרות המוצהרות של המשיבים, והפרקטיקה עליה הצהירו. אין מדובר בהודעות דוא"ל שנמצאו באקראי, אגב הניטור שעושים המשיבים לטענתם במחשבים של העובדים "מעט לעת... על מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים"⁶². בית הדין קמא בעצמו אומר, ש"החברה לא עיינה בתוכן של ההודעות כדבר שבשגרה... " אלא עשתה זאת כדי להכין ראיות למשפט⁶³ – הראיות, שאותן התבקש בית הדין לפסול בשל העובדה שהושגו אגב פגיעה בפרטיות והאזנת סתר.

⁶⁰ בפסקה 22 להחלטה. מפנה אל: גיא דוידוב, עקרון המידתיות בדיני העבודה, (עתיד להתפרסם) עיוני משפט לא (2007); [הטייטה פורסמה](#) באתר [האגודה למשפט העבודה](#) (להלן: "דוידוב").

⁶¹ שם, שם.

⁶² פסקה 4 להחלטה.

⁶³ פסקה 26(ו) להחלטה. בית המשפט העליון קבע, כי הנטל להוכיח את הנסיבות המדויקות שבהן הגיעה הראייה לידינו מוטלת על הצד שמבקש להגישה - רע"א 8873/05 [בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דני אלחדף](#) (החלטה מיום 20.9.2005) פסקה 8.

66. למה דומה הדבר? תבוא המשטרה ותבקש מבית המשפט להכשיר ראיות פסולות, שהושגו באמצעות האזנת סתר, או פגיעה אחרת בפרטיות, ותטען, כי אין פגיעה בפרטיות משום שהראיות הושגו כדי להשיג ראיות להרשעת הנאשם.

67. כאמור, בעניין Copland שהוכרע לאחרונה, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם נקבע כי המעקב והאיסוף של נתוני תקשורת של התובעת הפרה את זכותה לפרטיות. קביעה זו נעשתה תוך דחיית טענתה של התובעת, לפיה לא נעשה בנתונים שימוש בהליך בהליכים משמעותיים או אחרים נגד התובעת.⁶⁴

68. ובארץ, בעניין מולטילוק דחה בית המשפט המחוזי את הטענה, כאילו פגיעה בפרטיות שבוצעה במטרה להשיג ראיות בהליך משפטי, נעשית כדי להגן על "אינטרס שלהם בהליך המשפטי", שחלה עליו ההגנה הקבועה בסעיף 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות, שכן, "**הסכמה עם טענה זו תאיין את הוראת סעיף 32 לחוק באשר כל ראיה כזו, המובאת במסגרת הליך משפטי, נועדה לכאורה להגנה על אינטרס של מי שהביא את הראיה.**"⁶⁵

69. כפי שציין בית המשפט העליון בפרשת גלנץ⁶⁶ בהקשר של חוקר פרטי: "איסוף ראיות הוא אכן חלק מהחובה המקצועית המוטלת על חוקר פרטי, אולם גם חובה זו אסור שתיעשה באמצעים פסולים, כגון קבלת עזרה משוטר בתפקיד בטענות שווא".

70. בעניין אלחוף⁶⁷, ביקש בנק לשים ידו על נכס של ערב לחוב ולצורך כך הציג ראיות בדבר בעלותו באותו נכס. המשיב, בעל הנכס, טען כי אין לקבל את הראיות משום שהן נתקבלו על ידי הבנק מלקוח אחר "שלא מסר אותו לצורך השימוש שעשה בו הבנק בתביעתו נגד המשיב". הבנק הגיב, כי "רשאי הוא לעשות כל שימוש שירצה במידע המגיע לידי מלקוח, פרט לשימוש במסגרת הליכים המתנהלים בינו לבין אותו לקוח" (ההדגשה שלי – א"פ). ודוקו, לא היתה אפילו מחלוקת, כי בהליכים המתנהלים בין הבנק לבין הלקוח, אין הבנק יכול לעשות שימוש במידע שנמסר לו על ידי הלקוח למטרה אחרת – ניהול חשבוננו. ובכל זאת, בית המשפט דחה את הטענה וציין, כי מתן הרשאה לבנק לנצל את המידע, שנאגר אצלו במהלך הקשר עם לקוחותיו בעת שהוא מתדיין עם הלקוחות – גם אם, כדברי הבנק בענייננו, המידע לא הגיע לידי הבנק מהלקוח עמו מתנהל ההליך, היתה מקנה יתרון בלתי הוגן לבנק, ומעוררת שאלות קשות בסוגיית הזכות לפרטיות". יחסי עבודה, כמו יחסי בנק ולקוח, מחייבים העברת מידע או פגיעה מסויימת בפרטיות למטרות מוגדרות ומסוימות ואין לתת לצד שנהנה ממידע שהושג בנסיבות מיוחדות אלו, לעשות בו שימוש למטרה אחרת – ודאי לא לשם השגת ראיות למשפט.

71. נסכם נציין, כי הפגיעה בפרטיות על דרך של עיון בתיבת הדוא"ל של המבקשת לא נעשתה במסגרת מהלך העסקים הרגיל של המשיבה, לא במסגרת "המדיניות" הכללית שלה, ככל שהיתה כזו, בנוגע

⁶⁴ [Copland v. United Kingdom](#), 62617/00 [2007] ECHR 253 (3 April 2007), par. 43.

⁶⁵ בשי"א (ת"א) 1614/02 מולטילוק בע"מ נ' רב-ברית השקעות בע"מ (החלטה מיום 7.2.2002).

⁶⁶ ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פדאור (לא פורסם) 1999 (2) 191, 11.

⁶⁷ רע"א 8873/05 [בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דני אלחוף](#) (החלטה מיום 20.9.2005).

לניטור הודעות דוא"ל, ולבטח לא בהתאם למדיניות המוצהרת, ככל שהיתה כזו, אלא למטרה חריגה שאינה לגיטימית. המשיבה לא ראתה כלל צורך להסביר את הסתירה הזו, ולנסות להצדיק את הפעולה החריגה, וממילא אין אנו נדרשים לדון בהסברים או הצדקות מעין אלה, ככל שבכלל ישנם כאלה.

72. ודוקו, בענייננו מציין בית הדין, כי לדעתו כלל לא היתה פגיעה בפרטיות ולפיכך, אין מגיע לדון אפילו באפשרות שהשגת ראיות נגד המבקשת מהווה "עניין אישי כשר", שפגיעה בפרטיות בעטיו עשויה לזכות בהגנה לפי סעיף 18(2)ג) לחוק הגנת הפרטיות⁶⁸. ואולם לאור הדברים שלעיל ברור שהמשיבים גם לא יכלו ליהנות מההגנה האמורה, מה גם, שהחדירה שביצעו לתיבת הדוא"ל של המבקשת חרגה אף מ"המדיניות" המוצהרת, שלטענתם היתה ידועה בחברה. ממילא, אם כן, לא נהגו בתום לב, ועל כן אינם זכאים להסתופף בצילן של ההגנות שבחוק.

מה ידעה העובדת על ניטור הודעות הדוא"ל?

73. אפילו היינו סבורים, שההודעות הדוא"ל נשוא הבקשה דן הושגו במהלך הפעילות הרגילה שעליה הצהירו המשיבים לטענתם – ניטור הודעות דוא"ל לשם חסימת וירוסים – ואפילו היינו מתעלמים מכך שקיימים אמצעים אחרים להשגת אותה מטרה שפגיעתם בפרטיות פחותה, עדיין היינו קובעים, כי מדובר בפגיעה בלתי מידתית ואסורה בזכות לפרטיות. עקרון המידתיות, כמו גם חובת תום הלב של מעסיק, מחייבים את המעסיק ליידע את העובדים באופן שוטף ולספק להם מידע מפורט אודות הפרקטיקה הפולשנית שבכוונתו לבצע, מטרתיה, היקפה, עיתותיה ולוודא שהם מבינים את ההשלכות שיהיו לפרקטיקה זו על צנעת הפרט שלהם.

74. אכן, בית הדין קמא מציין, שהמשיבים הצהירו "החברה יידעה את עובדיה, לרבות התובעת, כי היא עורכת מעת לעת ניטור של כל תיבות הדואר האלקטרוני של החברה המאוחסנות על גבי שרת החברה וזאת לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים." ובהמשך נאמר כי "הליך גיבוי שכזה הנו הליך שגרתי בחברות היי-טק וכאשר הוא מתבצע, הוא חל על כל מחשבי החברה באופן גורף וזאת לצורך הגנה על נכסי החברה"⁶⁹.

75. כיוון שהמבקשת לא כפרה בטענה זו של המשיבה, קיבל אותה בית הדין הנכבד כאמת לאמיתה, וכמסד מרכזי לקביעות מרכזיות, ובראשן, שהמבקשת ידעה כי אין כל הגנה על פרטיות הודעות הדוא"ל שלה, והלכה למעשה אף הסכימה לכך. אכן, לעיתים ניתן לראות בהעדר תגובה של צד למשפט משום הודאה בפרט כזה או אחר שנכלל בתצהיר יריבו. אפשר שבנסיבות ההתדיינות שבפנינו ניתן היה לנהוג אחרת, במיוחד בשים לכך שמדובר בהחלטה תקדימית, ולכך שרק בחוכמה שלאחר מעשה יכול בעל הדין להעריך את המרכזיות שמייחס בית הדין לטענה כזו או אחרת. מכל מקום, בטענתם האמורה של המשיבים לא היה דבר שהצריך תגובה כלשהי, בהיותה לאקונית,

⁶⁸ בית הדין מציין במפורש, שהוא אינו דן באפשרות זו כיוון שלידו לא היתה כאן כלל פגיעה בפרטיות (סעיף 32 להחלטה).

⁶⁹ פסקה 4 להחלטה.

סתו מה ובלתי מפורטת. זאת מעבר לקושי שהיא מעוררת, כפי שכבר ראינו, לגבי סבירותה ואמיתותה.

76. גם אם נניח שהמשיבים אכן יידעו את המבקשת על מדיניות הניטור שלהם עדיין יש חשיבות מכרעת לשאלה מה בדיוק כלל המידע שנמסר לה ומה ניתן להבין ממנו. אם בחזקות עובדתיות וראייתיות עסקינן, כי אז אין בטענה בדרך שהועלתה על ידי המשיבים, כדי להרים את נטל השכנוע הרובץ עליהם בעניין זה. ודוקו, בית הדין קבע כי ברירת המחל היא שהמעביד אינו רשאי לחדור לתיבת הדוא"ל של העובדים, ומכאן שכדי להצדיק פגיעה בזכות, שהיא זכות יסוד חוקתית, חייב המעביד לעמול ולהוכיח את טענותיו כדבעי.

77. תחילה נפריד את המוץ מהתבן ונציין, כי "הליך שגרתי בחברות היי טק" גם לו היו המשיבים מוכיחים אותו, אינו מהווה תחליף ליידוע העובד ואינו רלבנטי לענייננו. אך גם יתר הדברים הכלליים אינם יכולים ללמד על מה שהודיעה החברה, כביכול, לעובדיה, לבטח לא על מה שידעו העובדים על ניטור הודעות הדוא"ל שלהם. לא יתכן שזכותה של עובדת לפרטיות תקום או תיפול על מלמול עמום וחסר פשר שכזה, בדבר מה שהודיעו כביכול לעובדים.

78. ואפילו ידעו העובדים שהחברה מנטרת את תיבות הדוא"ל "לאור סוג החומר המאוחסן במחשביה, חשיבותו ורגישותו, ועל מנת למנוע חדירת וירוסים מזיקים" (לטענת המשיבים) עדיין, לא ניתן היה להסיק מכך, שהמשיבים ישבו ויקראו את תוכן הודעות הדוא"ל של העובדים. כפי שראינו לעיל, פרקטיקה מעין זו היא בלתי סבירה בעליל להשגת המטרה המוצהרת.

79. לחלופין, אם ניטה חסד למשיבים, נוכל להניח שניטור תיבות הדוא"ל שעשו כדי להשיג את מטרותיהם המוצהרות, נעשה באמצעים המידתיים (והאפקטיביים), דהיינו – אמצעים טכנולוגיים שאינם כרוכים בעיון בתוכן ההודעות. ודוקו, המשיבים על פי טענתם אמרו לעובדים רק זאת: שהחברה "עורכת מעת לעת ניטור של כל תיבות הדואר האלקטרוני" פעולה שמשום מה מוגדרת בהמשך על ידי המשיבים גם כ"פעולת גיבוי". האם יש בדברים אלה משום רמז, שהמשיבים יקראו את תוכן של ההודעות, או אפילו את נתוני התנועה של תקשורת המחשבים?

80. בנוסף לכך הזכרנו לעיל, שעה שדנו בעניין "הציפייה הסבירה", את הכשלים האובייקטיביים והסובייקטיביים, שמקשים עלינו להבין את השלכות הרוח הגורל שיכולות להביא פרוצדורות כאלו ואחרות. מדוע אם כן עלינו להחזיק את המבקשת כמי שידעה בדיוק מה עושים המשיבים בתיבת הדוא"ל שלה, ועוד יש ליחס לה הסכמה לדברים, שאפילו לא נטענו בפני בית הדין?

81. מעבר לנדרש, נוסיף ונציין, כי אין מעביד יוצא כדי חובתו, ביידוע חד פעמי ומתן הסברים סתמיים ולא ממצים. אכן, גם בית הדין קמא מציין, כי -

"מובן כי ככל שהנושא יוסדר באופן מפורש בהסכם אישי, בנהלים כתובים וברורים, או בהסכם קיבוצי רלוונטי – יקל הדבר על ביצוע הבדיקה ויקנה ודאות רבה יותר לצדדים." (ההדגשה הוספה)⁷⁰

⁷⁰ פסקה 25 להחלטה.

82. אלא שכיוון שבית הדין הנכבד שם משקל כה כבד על מה שיודע העובד, היה זה נכון להתנות נקיטת צעדים כאמור כתנאי למחילה שיקבל המעסיק שפגע בפרטיות. אין למחול על דרישה זו למעסיק שמבקש לחרוג מ"כלל היסוד" לפיו אין להתיר "עיון בתוכן התכתובות". ואין זה נכון, בכל הכבוד, לבסס קביעה של העדר ציפייה סבירה לפרטיות, או אפילו הסכמה לפגיעה בזכות, בשאלה האם העובד... :

"ידע במפורש או מכללא, כי מדובר בתכתובות שיתכן ותגענה לידיעת הנהלת המעסיק או עובדים אחרים" (ההדגשות הוספו)⁷¹.

83. כדוגמא למה שעל מעביד לבצע על מנת שיוכל להצדיק פלישת לתיבות הדוא"ל, ניתן להביא הצעת חוק אמריקנית, שנמצאת בשלבי חקיקה, ושאותה מזכיר בית הדין קמא (Notice of Electronic Monitoring Act):

"הצעת החוק מחייבת מעסיקים להודיע לעובדיהם מראש על כל מעקב/ניטור של תקשורת אלקטרונית או שימוש במחשב כתנאי לביצוע המעקב/ניטור, כאשר על ההודעה להיות ברורה ולהינתן אחת לשנה או כל פעם שחל שינוי במדיניות המעסיק. על ההודעה להתייחס לתדירות המעקב/ניטור, סוגי המידע לגביהם מבוצע מעקב/ניטור, כיצד הדבר יבוצע, כיצד המידע שיאוותר יישמר ואיזה שימוש ייעשה בו".⁷²

84. מדובר בדרישה מרכזית, שעוגנה זה מכבר גם בקוד של ארגון העבודה העולמי.⁷³ האיחוד האירופי אימץ אף הוא המלצות מפורטות בעניין זה⁷⁴, ובכלל זה:

"The employer has to provide his workers with a readily accessible, clear and accurate statement of his policy with regard to e-mail and Internet monitoring. Workers need to be provided with full information as to what specific circumstances would justify such an exceptional measure and as to the breadth and scope of such monitoring. Elements of this information should be: ... Reasons and purposes for which surveillance, if any, is being carried out. Where the employer has allowed the use of the company's communication facilities for express private purposes, such private communications may under very limited circumstances be subject to surveillance... The details of surveillance measures taken, i.e. who? what? how? when?...Details of any

⁷¹ פסקה 23 להחלטה.

⁷² פסקה 16 להחלטה.

⁷³ Monitoring of workers is addressed in Article 6 (14) of the *International labour office (ilo) code on protection of workers data (1997)* that workers should be informed in advance of reasons for monitoring, time schedule, methods and techniques used and data to be collected.

⁷⁴ 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) 14.

enforcement procedures outlining how and when workers will be notified of breaches of internal policies and be given the opportunity to respond to any such claims against them. "

85. ברוח זו גם מונחים מעבידים לנהוג במדינות רבות, כמו, למשל, בבריטניה⁷⁵ ובאוסטרליה⁷⁶.

86. סיכומו של דבר, המשיבים לא טרחו, ולמצער לא טענו ולא הוכיח שטרחו, ליידע את המבקשת על פרקטיקות מפרות פרטיות שבהן נקטו, או שבהן רצו לנקוט, ודאי לא באופן שבו הדבר דרוש על מנת לספק להם הגנה חוקית. קל וחומר שאין לומר שהמבקשת ויתרה על זכותה לפרטיות, או היתה נעדרת ציפייה סבירה לפרטיות על סמך מה שאמרו לה המשיבים, ככל שבכלל אמרו. בוודאי שאין לעשות זאת שעה שההודעות נשוא הבקשה כלל לא הושגו במהלך ביצוע "ניטור מעת לעת" כפי שנאמר לעובדים. כדבריהם של Filho and Jeffery:

"Moreover, once notice has been given - once the employees have been led to expect that surveillance and processing might occur in the circumstances stated in the notice, but not in any others - it could well seem unfair and unreasonable for the employer to exceed these limits. So any practices that go beyond what was set out in the employer's notice may also be held to be unlawful."⁷⁷

87. למצער, יש בכל הדברים שלעיל כדי לשלול את תום ליבם של המשיבים, ובהתאם לזאת – את האפשרות ליהנות מההגנות המעטות שקיימות בחוק.

האמנם יש לראות את המבקשת כמי שהסכימה לציתות להודעות הדוא"ל?

88. בתחילת ההחלטה מציין בית הדין הנכבד, כי לנוכח מעמדה החוקתי של הזכות עולה שגם במקום העבודה קיימת זכות לפרטיות, ואולם הוא מסייג זאת בציינו, שזכות זו נסוגה במקרה של "הסכמה אמיתית" לוותר עליה⁷⁸. אלא שבבואו להכריע במקרה שלפניו קובע בית הדין, כי "יש לראות את התובעת כמי שהסכימה לעיון החברה בהודעות הדואר האלקטרוני שהוגשו כראיה"⁷⁹.

89. בית הדין משתית את קיומה של "הסכמה מכללא"⁸⁰ על קונסטרוקציה חוזית של הסכמה בהתנהגות: המבקשת ידעה שהמשיבים יבצעו ניטור של תיבת הדוא"ל שלה, וכיוון שעשתה בה שימוש גם לצרכים פרטיים, יש לראות אותה כמי שהסכימה לכך שמעסיקה, יפשפש בהודעות,

⁷⁵ [Supplementary guidance](#) of the Information Commissioner's 'Employment Practices Data Protection Code'.

⁷⁶ Australian Office of the Privacy Commissioner [Guidelines on Workplace E-mail, Web Browsing and Privacy](#) (2000, online).

⁷⁷ Roberto Fragale Filho and Mark Jeffery "Information Technology and Workers' Privacy: Notice and Consent" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002) 551, 559.

⁷⁸ פסקה 6 להחלטה.

⁷⁹ פסקה 26 להחלטה.

⁸⁰ "ההסכמה מכללא שנתנה התובעת" – פסקה 26(ג) להחלטה.

יקראו בהן ויעשו בהן שימוש. כך אומר בית הדין, שעה שהוא דוחה את הטענה לקיומה של הסכמה כפויה – פועל יוצא של פערי הכוח בין מעביד לעובד:

"... ככל שהתובעת ידעה מראש שאין מדובר במתחם פרטי שמובטח שלא יחדרו אליו – יכולה היתה לתכנן את צעדיה בהתאם, ולא לכלול בהודעות נושאים אישיים שאינה מעוניינת שייחשפו.

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.⁸¹

90. קביעה זו, ועוד יותר ממנה – הדרך שבה הגיע אליה בית הדין הנכבד, הן קשות ביותר, ומצמצמות את המתחם המוגבל ממילא, שבו יכול עובד ליהנות מהזכות לפרטיות. גם כאן, הבסיס לקביעה מרחיקת לכת זו היא האמירה לפיה החברה יידעה את כל העובדים "לרבות התובעת", שלפעמים היא מנקה וירוסים מתיבות הדוא"ל שלהם⁸². אמירה כללית ובלתי מפורטת זו שימשה קודם כדי לשלול מהעובדת את "הציפייה הסבירה" לפרטיות, וכפועל יוצא מכך – גם את זכותה לפרטיות. אותה "ידיעה" גם משמשת להקל ראש בפוטנציאל הפגיעה בפרטיות, שכן כיוון ש"ידעה" ל שלה "לכלכל את צעדיה בהתאם", ומשלא עשתה זאת, חזקה עליה שלא כללה בתיבת הדוא"ל שלה "עניינים פרטיים במיוחד מנקודת ראותה". עתה משמשת אותה "ידיעה" גם כדי ליצור "הסכמה" – ויותר על הזכות (או מה שיותר ממנה). לבסוף, כיוון שהמידע נשוא הזכות – מה שנכלל בתיבת הדוא"ל – אינו עוסק ב"עניינים פרטיים במיוחד" ממילא גם נדחית טענת המבקשת, כי בהתחשב ביחסי הכוחות שאינם שוויוניים – לא ניתן לייחס לה הסכמה "אמיתית".

91. אין להתיר למעבידים לשלול מעובדיהם זכויות אדם בקלות שכזו.

92. גם לו ניתן היה להניח שהמבקשת קיבלה הודעה ברורה ומפורטת לגבי עיון בתוכן התקשורת האלקטרונית שהיא מנהלת – וכפי שראינו לא זה המקרה – עדיין יהיה זה מרחיק לכת לראות בהתנהגותה הסכמה. אכן, כפי שמציינים Filho and Jeffery קיימת נטייה לחבר ולעיתים אף לבלבל בין שני המושגים – "הסכמה" ו"הודעה". מקורו של החיבור הזה בהקשר של יחסי עבודה בתפיסה ה"ליבראלית" הקלאסית של חוזה העבודה, המתעלמת לחלוטין ממבנה שוק העבודה ומהיתרונות האדירים שמהם נהנים מעסיקים⁸³.

93. גישה זו זרה למשפט הישראלי. כפי שהטעים בית המשפט המחוזי בעניין צוקרמן:

"לא מצאתי לנכון לתלות את יהבי על הפסיקה הליברלית בעניין זה בארצות-הברית של אמריקה, וסבורני כי למרות הפסיקה המעטה בארץ בעניין זה, עדין אין מקום

⁸¹ פסקה 26(ג) להחלטה.

⁸² סעיף 12 להחלטה.

⁸³ Roberto Fragale Filho and Mark Jeffery "Information Technology and Workers' Privacy: Notice and Consent" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002) 551.

להכשיר פגיעה בפרטיותו של אדם, כפי שנעשה במקרה דנן, באצטלה של הסכמה מכללא נוכח יחסי עובד-מעביד. דומני, כי מאזן הזכויות בין זכותו של המעביד לקניין, כזכות חוקתית, לזכותו של העובד לפרטיות, כזכות חוקתית אף היא – הינו לכל הפחות מאוין, אם לא נוטה לצד העובד⁸⁴.

94. ל"הסכמה" שמייחס בית הדין למבקשת יש משמעות של ויתור על זכות יסוד. כפי מטעים Oliver יש להיזהר במתן תוקף לויתור על זכות יסוד שנתן, כביכול, עובד⁸⁵.

95. ואכן, ויתור של עובד על זכויותיו – אף אם אין זו זכות יסוד חוקתית – נחשב אפריורית לעניין מפקפק, שיש להתייחס אליו בחשדנות רבה:

"זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו אינה ניתנת לויתור, לא ויתור מפורש ובוודאי לא ויתור מכללא. התפישא, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם החופשי של המעביד והעובד, חרף העדר שוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה, המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו שלל 'רצון הצדדים', ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת הוראות חוק והסכמים שתורמו לתקנת הציבור... מכאן שוויתור עובד על זכות מעין זו מהווה פגיעה בסדר הציבורי, ואין לו תוקף מחייב. וכשם שידו לא היתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יוכל העובד למחוק אותה במחי יד⁸⁶."

96. ובעניין אוניברסיטת תל אביב התייחס כב' הנשיא אדלר לאפשרות של הסכמת עובד לחדירה לרשות היחיד שלו על דרך של חיובו בביצוע מבחני התאמה ושלל אפשרות זו:

"אשר ל'הסכמתו' של העובד לפי סעיף 7(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אדם יכול להסכים לעמוד במבחני התאמה מרצונו החופשי ולוותר על זכותו לפרטיות. אולם, משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על-מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד, 'הסכמתו' של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי. אפילו אם ההנהלה אינה מטילה על העובד חובה לעמוד במבחני התאמה על-מנת שמועמדותו תובא לפני ועדת המכרזים, והדבר נתון לבחירתו, הרי שאם העובד מודע לכך שהנהלה מאמינה בתועלת של מבחני ההתאמה, למעשה מופעל עליו לחץ כן להיבחן. יחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווים כוחות; מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק. לכן, החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ'רצונו החופשי'⁸⁷."

⁸⁴ ת"א (ת"א) 1285/89 צוקרמן נ' מורגנשטרן, פ"מ תשנ"ט, חלק ראשון, 385, 421.

⁸⁵ Hazel Oliver "Email and Internet Monitoring In the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out" 31(4) *Industrial Law Journal* 321 (2002) 327.

⁸⁶ דבי"ע (ארצי) לח/3-59 סילשי - ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י' 32.

⁸⁷ דבי"ע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל' 385, 411.

97. כפי שמציינים Filho and Jeffery :

"In questions such as those relating to surveillance at work, and to the processing of employees' personal data, the law might do well to maintain this distinction, given that the privacy and human dignity of citizens may be at stake."⁸⁸

98. די בפערי העצמה המוכרים בין עובדים למעבידים, כדי שנדקדק ונקמץ במתן תוקף ל"הסכמה" ולויתור על הזכות לפרטיות. ואולם בסביבה הדיגיטלית קיימים טעמים נוספים לעשות זאת גם שלא בהקשר של מערכת יחסי עבודה. אימוץ מודל ההסכמה "מדעת" בדומה למה שמקובל בהקשר הרפואי חשוב גם בגלל פערים שקיימים במידע וביכולת הטכנולוגית. "הבסיס הרעיוני העומד ביצירת מודל ההסכמה מדעת הוא העברת נטל האחריות למסירת המידע לבעלי הכוח, הגם שמדובר במערכת שביסודה היא חוזית"⁸⁹.

99. זאת ועוד, הסכמה לפגיעה בפרטיות, בין שהיא מפורשת ובוודאי כשהיא מכללא, צריכה להינתן "מדעת", דהיינו, לאחר שהפרט קיבל הסבר מפורט ובהיר, על היקף הזכות העומדת לו, טיב הפגיעה שהוא מתבקש לאשר, התוצאות האפשריות של פגיעה מעין זה וכיו"ב פרטים. לאחרונה אף תוקן חוק הגנת הפרטיות ודרישת ההסכמה "מדעת" עוגנה בו במפורש.⁹⁰ משמעותה של ההסכמה מדעת היא זו :

"שבידי האדם שנתונה לו זכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע, לשימושים שייעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים... את הביטוי "ההסכמה מדעת" יש לקרוא ולפרש על רקע הבנת הפרטיות כשליטה. מימוש שליטתו של אדם ביחידה האוטונומית שלו אפשרי רק כאשר האדם יודע ומבין את משמעות הפעולה המבוקשת."⁹¹

100. ואפילו אם התיקון לחוק הגנת הפרטיות נכנס לתוקף לאחר האירועים נשוא ההחלטה, עדיין יש לראות בו משום תיקון שבה לעגן מצב משפטי קיים, במיוחד בשים לב למעמד החוקתי של הזכות. במיוחד כך הוא המצב כאשר ביחסי עבודה עסקינן, וזאת הן מכוח חובת תום הלב, והן בשל כך, שזה מכבר הותנה תוקפו של ויתור על של עובד על זכותו, בשורה של תנאים המקבילים לאלה שנגזרים מדרישת ההסכמה "מדעת"⁹² ובכך שהמעביד מספק "ראיות חזקות לכך"⁹³.

⁸⁸ Roberto Fragale Filho and Mark Jeffery "Information Technology and Workers' Privacy: Notice and Consent" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002) 551, 552.

⁸⁹ ראו: פרטיות בסביבה דיגיטלית, 49.

⁹⁰ ראו [חוק הגנת הפרטיות \(תיקון מס. 9\)](#), התשס"ז-2007.

⁹¹ בירנהק, טקסט לה"ש 118.

⁹² ראו למשל: דב"ע נז/3-229, נז/3-247-3 חמת ארמטורות בע"מ – ישראל נעים, פד"ע לג 260 ("אין גם תוקף לכתב ויתור, אשר תוכנו לא הוסבר לעובד, או שהעובד לא הבין את משמעותו"); ע"ע (ארצי) 1459/02 [בוצימן - בסט ייזום ובניה בע"מ](#), פד"ע לח 824.

⁹³ דב"ע 98/3-63 גלי בובליל - א.א.צ. שירותים משפטיים בע"מ, פד"ע לב 91.

101. בכל מקרה, אין ההסכמה שיוחסה למבקשת על ידי בית הדין הנכבד, כדי לסייע למשיבים, כיוון שביצעו "האזנת סתר" אסורה.

עניין של מה בכך?

102. כב' בית הדין קמא קבע, כי המבקשת הסכימה כביכול לפגיעה שנעשתה בפרטיותה, תוך שהוא נסמך בין היתר על הערכה לפיה אין מדובר ב"חדירה משמעותית לפרטיות":

"ההסכמה מכללא שנתנה התובעת אינה, לפיכך, לחדירה משמעותית לפרטיותה (לגביה היינו בודקים היטב אם אכן ניתן להסיקה), אלא לעיון בהודעות דואר אשר נכתבו על ידי **בידיעה שהן עלולות להיחשף**, וממילא לא כוללות עניינים פרטיים במיוחד מנקודת ראותה של התובעת."⁹⁴

103. בהמשך נאמר, כי הודעות הדוא"ל נשוא ההחלטה, אינן כוללות מלל פרטי או אישי, אלא רק העברה "טכנית" של קורות החיים:

"גם מבחינה מהותית אין מדובר לפיכך בהודעות בעלות תוכן אישי שאנו חשים חוסר נוחות לעיין בו; למעשה אין הבדל משמעותי בין עיון בהודעה מסוג זה – הכוללת את שם הנמען, הנושא ועצם קיומו של מסמך נלווה (ללא המסמך עצמו) – לבין רשימה טכנית של 'פריטים שנשלחו', שהמעסיק יכול היה להוציא בדומה לפלט שיחות טלפון יוצאות."⁹⁵

104. הנמקה זו בכל הכבוד אינה יכולה לעמוד באשר היא מעגלית – מסיקה שהמבקשת הסכימה לפגיעה בפרטיותה משום שאין בהודעות "עניינים פרטיים במיוחד" ובמקביל מסיקה שאין בהודעות "עניינים פרטיים במיוחד מנקודת ראותה", כיוון שהסכימה מכללא שיחשפו.

105. בית הדין הנכבד נתפס לכלל טעות, שעה שבחן את חומרת הפגיעה בדיעבד, ורק אגב בחינה של הודעות הדוא"ל שהובאו בפניו. את הפגיעה בפרטיות יש לבחון נכון למועד ביצועה ולא בדיעבד.

106. אכן, קיימת הבחנה בין תוכן שיחה או הודעת דוא"ל לבין **נתוני תקשורת**, כלומר – "מי שוחח עם מי ומתי, כמה זמן נמשכה השיחה, ובהקשר לשיחות אינטרנט, את סוג השיחה, וניפחה, וכל זה בנפרד מתוכנה של השיחה. אבחנה זו מועלית כטעם להגנה פחותה של הדין על נתוני התקשורת...". אלא, שכפי שכותב בירנהק, גישה זו אינה ראויה. "בעידן שבו יכולות עיבוד מידע ממוחשבות אינן בדיניות אלא כלי יומיומי זמין וקל לשימוש, הרי ניתן ללמוד מתוך נתוני התקשורת על תוכן השיחה ועל המשוחחים. למשל, שיחות טלפון יומיומיות בין אדם למוקד תמיכה נפשי מעידים על תוכן השיחה. גלישה באתר אינטרנט שעוסק בבעיה רפואית מסוימת מלמד הרבה מאוד על הגולש. מנותני התקשורת של אדם אפשר ללמוד על קשריו החברתיים, עסקיים ואחרים, ומהם ללמוד על האדם."⁹⁶

⁹⁴ פסקה 26(ג) להחלטה.

⁹⁵ פסקה 26(ה) להחלטה.

⁹⁶ בירנהק, טקסט לה"ש 77.

107. גם מי שהדברים שלעיל אינם מולכים אותו למסקנה, כי עיון בנתוני תקשורת שקול לעיון בתוכן השיחה ועל כן דינו כהאזנת סתר אסורה, עדיין יודה, כי זהו רציונאל המצדיק לסווג עיון בנתוני תקשורת כסוג חמור יותר של פגיעה בפרטיות. כך, למשל, בימים אלה דנה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בהצעת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)(מס' 13)(קבלת נתוני תקשורת וקבצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), תשס"ו-2006⁹⁷. בחוות דעת שהונחה על שולחן הוועדה אומרת המועצה להגנת הפרטיות (הממונה על ידי שר המשפטים בהתאם לחוק הגנת הפרטיות):

" החלת סט נדרט מקל על קבלת נתוני תקשורת, הכוללים מרכיבים תוכניים מובהקים (כגון רשימת הגלישה של גולשת באינטרנט – שלכאורה הם נתוני תנועה, אך למעשה חשיפת תוכן), עלולה להרחיב מאוד את פרקטיקות האזנות הסתר של רשויות אכיפת החוק. יש להחיל סטנדרט בקרה גבוה."⁹⁸

108. גישה זו אף עולה בקנה אחד עם פסק הדין, שנתן לאחרונה בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Copland, שבו הגישה עובדת תביעה נגד מעסיקתה, לאחר שזו ניהלה מעקב ורישום "רק" של שיחות הטלפון והדואר האלקטרוני שקיימה במקום העבודה:

"The Court recalls that the use of information relating to the date and length of telephone conversations and in particular the numbers dialled can give rise to an issue under Article 8 as such information constitutes an 'integral element of the communications made by telephone'... The mere fact that these data may have been legitimately obtained by the College, in the form of telephone bills, is no bar to finding an interference with rights guaranteed under Article 8."⁹⁹

109. מכל מקום בענייננו אין מדובר בנתוני תקשורת בלבד אלא גם בתוכן. גם ציתות לשיחה בת שניות ספורות עלול לגלות מידע אישי רב, ודומה שכך סבורים המשיבים במקרה דנן שעה שביקשו להגיש את ההודעות כראיה. אלא שבמקרה דנן, גם אין זה נכון לומר שהודעות הדוא"ל אינן כוללות מידע רגיש ואישי. לא די בכך שלדעתנו ההודעות אינן "בעלות תוכן אישי שאנו חשים חוסר נוחות לעיון בו". השאלה הרלבנטית היא, כמובן, כיצד חשה המבקשת כשגילתה שמאן דהוא, ובמי וחד – מעסיקה, פשפשו בתיבת הדוא"ל שלה, צותתו להודעות הדוא"ל שללחה או קיבלה, ובפרט להודעות נשוא ההחלטה. וביתר הכללה – יש להניח שעובד יחוש אי נוחות גדולה אם יסתבר לו שמעסקיו צותתו לשיחה או להודעה אלקטרונית, שמתוכנן עלול להשתמע, כי הוא שוקל למצוא

⁹⁷ ס"ח 253 11.7.2006.

⁹⁸ הערות המועצה הציבורית להגנת הפרטיות להצעת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)(מס' 13)(קבלת נתוני תקשורת וקבצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), תשס"ו-2006. יצוין, כי הגם שהליכי החקיקה טרם הסתיימו, טיוטת הצעת החוק שמונחת על שולחן הוועדה שופרה בניסיון להבטיח את חוקתיותו של ההסדר החדש: אמנם התנאים לקבלת היתר לעיון בנתוני תקשורת לא יהיו דומים לתנאים הנדרשים בעת קבלת היתר לביצוע האזנת סתר, אך עדיין יהיה על המשטרה לעבור רף גבוה יותר מזה הנדרש בעת הוצאת צו חיפוש רגיל.

⁹⁹ [Copland v. United Kingdom](#), 62617/00 [2007] ECHR 253 (3 April 2007), par. 43.

עבודה חדשה. ניתן להשוות את הדבר לפרשה, שבה עקבה הנהלת בתי המשפט בניו זילנד "רק" אחר נתוני הגלישה של עובדיה וגילתה, שנעשו תנועות לאתרים פורנוגרפיים מכמה לשכות של שופטים. בסופו של דבר התברר, שרק שופט אחד הגיע לאתרים מהסוג האמור ואף זאת לצרכי עבודתו¹⁰⁰, אך קשה להפריז בהערכת המבוכה, או אם תרצו "אי הנוחות", שחשו העובדים שנתוני התקשורת שלהם הודלפו.

110. אפילו היינו סבורים כי הפגיעה בפרטיות שנעשתה במקרה דנן היא קלה, עדיין לא נכון להסיק מכך שהעובדת הסכימה או היתה שוות נפש ביחס אליה, ואין לפטור את המעסיק מאחריותו לפגיעה בזכות היסוד. יש לאמץ בעניין זה את הגישה שבה נקט בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין העברת נתונים ממרשם האוכלוסין שעה שהתייחס לטענה לפיה הפגיעה הנטענת בפרטיות אינה משמעותית. בית המשפט קבע, כי אין לקבל גישה, "הפוטרת פגיעות קלות בזכויות-אדם מתחולת פסקת ההגבלה... ההגנה על זכויות-האדם מחייבת להקפיד ביישומן של הלכות אלה. סטייה מהן – גם במקרים הנראים קלים – עלולה להביא לפיחות במעמד הזכויות, ולהוביל להחלשה לא חוקית ולא ראויה של ההגנה עליהן."¹⁰¹

צמידות המטרה, מידע עודף ושימוש חורג

111. למעלה מן הצורך, נציין, כי אפילו היו הודעות הדוא"ל נשוא ההחלטה מושגות באקראי, למשל, אגב ניטור שיגרתי שנעשה למטרות לגיטימיות – וזכור, המטרות שפרטו המשיבים נמצאו כבלתי מצדיקות בעליל את ניטור הדוא"ל של העובדים – גם אז, שומה היה עלינו להתייחס אליהן כאל ראיות פסולות, שהושגו אגב פגיעה בפרטיות.

112. כלל "צמידות המטרה" מחייב שפגיעה בפרטיות תעשה אך ורק למטרות הלגיטימיות שפורטו והוצהרו על ידי המעסיק. מסביר בירנהק:

"עקרון צמידות-המטרה מבהיר כי מה שלא הוסכם (במפורש או במשתמע), אסור על הגורם שאוסף את המידע. הוסיפו לכך שלאחר תיקון תשס"ז, ההסכמה הנדרשת של מושא המידע לשימוש במידע היא הסכמה מדעת, ועקרון צמידות-המטרה מתחזק עוד יותר. כך למשל, כאשר מעסיק מודיע לעובדים כי הוא מנטר את תיבות הדואר האלקטרוני שלהם כדי למנוע חדירת וירוסים מזיקים, או לם בפועל הוא מעיין בתוכנה של תיבת הדואר של העובדים: ראוי להגביל את ההיתר של המעסיק לניטור ההודעות בלבד לצורכי איתור וירוסים, ולא להתיר עיון כולל בתוכן ההודעה (או אם כבר התרחשה, יש לראות בכך פגיעה בפרטיות שנעשתה ללא הסכמה). ניטור לאיתור וירוסים נעשה על ידי תוכנה ולא על ידי עין אנושית, והוא מתייחס לנתונים טכניים (הימצאות וירוסים) ולא לתוכן המידע. לפיכך, אי אפשר גם לומר שהייתה הסכמה מכללא לעיון בתוכן ההודעות."¹⁰²

¹⁰⁰ Michael Geis, [Computer and e-mail workplace surveillance in Canada: the shift from reasonable expectation of privacy to reasonable surveillance](#) (Prepared for Canadian Judicial Council, 2002) 3.

¹⁰¹ בג"צ 8070/98 [האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים](#), פ"ד נח (4) 842, פסקה 9.

¹⁰² בירנהק, טקסט לפני הפניה לה"ש 130.

113. עקרון זה עוגן גם בדירקטיבה האירופית. לפי סעיף 6(1)(c), מידע אישי שנאסף במאגרי מידע, חייב להיות... :

"adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;"

114. בהתאם לזאת קבע הגוף המופקד על ביצוע הדירקטיבה את עקרון הסופיות (FINALITY) :

"This principle means that data must be collected for a specified, explicit and legitimate purpose and not further processed in a way incompatible with those purposes. In this context the "compatibility" principle means, to use an example, that if the processing of data is justified on the basis of the security of the system, this data could not then be processed for another purpose such as for monitoring the behaviour of the worker."¹⁰³

115. לעקרון צמידות-המטרה ביטויים רבים גם בדין הישראלי. ביטוי מרכזי נמצא בסעיף 2(9) לחוק, שמגדיר כפגיעה בפרטיות את השימוש בידעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה". באותו חוק, בפרק שדן בהעברת מידע בין גורמים ציבוריים, קובע סעיף 23(א) שהעברת מידע כאמור מותנית "בקביעת נוהלים שיבטיחו מניעת שימוש כלשהו במידע עודף שנתקבל". חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, המאפשר פגיעה בפרטיות על דרך של יצירת מאגר מידע רגיש לצורך מטרה של מלחמה בהלבנת הון, קובע בסעיף 30(ז) כלל שלפיו מידע שהועבר למשטרת ישראל או לשב"כ בהתאם לחוק לא ישמש אלא לשם ביצועו של החוק, בכפוף למספר חריגים של עבירות חמורות. חוק מידע גנטי, תשס"א-2000 אוסר (בסעיף 18) לעשות שימוש במידע גנטי אלא בהסכמת הנבדק; סעיף 29 לחוק שירות נתוני אשראי, תשס"ב-2002 אוסר על מי שקיבל דו"ח אשראי למטרה מסוימת, לעשות במידע שימוש "אלא לצורך קבלת החלטה בענין שעליו הוא מסר הצהרה".

האזנת סתר אסורה

116. לקראת סוף ההחלטה דוחה בית הדין קמא גם את הטענה, לפיה העיון וההעתקה של ההודעות הדואר האלקטרוני של המבקשת, מהווה האזנת סתר אסורה. תחילה מפנה בית הדין אל הלכה שנקבעה בעניין צוברי¹⁰⁴, שלפיה "על מנת שתתרחש האזנת סתר יש צורך ב'בו זמניות', היינו כי ההאזנה תתבצע תוך כדי השיחה" – ובענייננו העברת הודעת הדואר האלקטרוני – מתבצעת"¹⁰⁵. בית הדין מציין כי אפשר שהלכה זו כבר אינה רלבנטית כיום (שם), אבל לא מכריע בנקודה זו.

¹⁰³ 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) 14.

¹⁰⁴ ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז (4) 177.

¹⁰⁵ פסקה 29 להחלטה.

117. בהמשך הדברים מציין בית הדין כי במקרה דנן "אין מדובר ביירוט או בניטור של הודעות הדואר האלקטרוני בעת מסען הוירטואלי, אלא בהעתקה של הודעות דואר שונות במחשב לאחר הגעתן ועל כן, "מטעם זה ניתן לקבוע כי מדובר ב'האזנה' רק ככל שדרישת ה'סימולטאניות', כפי שנקבעה על ידי בית המשפט העליון, אינה רלוונטית עוד לאחר התיקון לחוק."¹⁰⁶
118. בית הדין מחזק את הקביעה, כי מדובר בהאזנת סתר האסורה בדין, בהפנתו לקביעותיהם של בתי המשפט המחוזיים: בית הדין מציין, כי בעניין בד"ר¹⁰⁷ נקבע, זה מכבר, כי לאחר התיקון האמור, אין עוד צורך בסימולטאניות "אך זאת לא לגבי הודעות דואר אלקטרוני אלא בנוגע לחדירה לתא קולי והאזנה להודעות שהושארו בו. בעניין פילוסוף¹⁰⁸ נטה כב' השופט כבוב לאותה דעה אך בסופו של דבר הגיע לתוצאה בדרך שונה, וקבע כי העתקת הודעת דואר אלקטרוני בעודה בשרת ספק האינטרנט בדרכה אל הנמען ממילא עונה על דרישת הסימולטאניות, שכן זו 'אתנחתא' קלה בדרכה לנמען, טרם שהסתיימה ה'שיחה'."¹⁰⁹
119. לכאורה כל מה שמפריד בין מעשי המעסיקים לבין האזנת סתר אסורה בדין, הוא אימוץ של עמדותיהם של בתי המשפט המחוזיים, בשתי הפרשות האמורות. אלא שכאן עוצר בית הדין את הדיון על סף הקביעה המתבקשת, כי בוצעה בענייננו האזנת סתר, וממלט את מבצעה, המעסיקים, בנתיב צדדי: בית הדין חוזר אל קביעתו בדבר "הסכמה" כביכול של המבקשת, וכך נוטל את יסוד של העדר הסכמה המהווה תנאי להשתכללות "האזנת סתר" על פי הגדרתה בחוק ("האזנת סתר - האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה" – סעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979).
120. כאמור, בנסיבות המקרה שלפנינו לא ניתן לייחס למבקשת הסכמה לפגיעה בפרטיותה. קל וחומר שאין לייחס לה הסכמה לביצוע האזנת סתר – פגיעה חמורה פי עשרת מונים בזכות פרטיות, שביצועה כדין מותנה בחוק האזנת סתר בתנאים מחמירים וקשים הרבה יותר מאלה הנדרשים לפגיעה לגיטימית אחרת בפרטיות.
121. יש להשלים את הדרך שעשה בית הדין קמא ולקבוע כי ההודעות נשוא ההחלטה הושגו תוך ביצוע האזנת סתר אסורה ולפיכך פסולות. אין הבדל רלבנטי בין תא המכיל הודעות קוליות, לבין תא המכיל הודעות דוא"ל, ולפיכך יש לראות בהילכת בד"ר, כחלה גם על מקרה כמו זה שלפנינו של ציתות ל הודעות הדוא"ל של המבקשת. לאור פסקי הדין האמורים, ובהתחשב בשינויים הטכנולוגיים האדירים שמחייבים זאת, אין טעם עוד בדרישת הסימולטאניות על מנת לקבוע, כי עניין לנו בהאזנת סתר.

¹⁰⁶ פסקה 30 להחלטה.

¹⁰⁷ ת"פ (ת"א) 40250/99 מדינת ישראל נ' בד"ר, תק-מח 2000(3) 11286.

¹⁰⁸ ת"פ (ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (החלטה מיום 5.2.2007).

¹⁰⁹ פסקה 29 להחלטה.

122. הטכנולוגיה מאפשרת כיום שהאזנת הסתר לא תעשה בזמן אמת. מציאות טכנולוגית זו נותנת למעסיק יכולת לעקוב אחרי עובדיו, שגם "האח הגדול" של אורוול יכול היה רק לחלום על אודותיה. כפי שמטעים Jefery :

"... [A]most any employer who has a computer system - even those in relatively small organizations—is now much better equipped to conduct surveillance than were the 'Thought Police' in 1984. At the beginning of that novel, Orwell describes how the 'telescreen', the principal means of surveillance, allowed the state authorities to see and hear almost everything that people did. But unlike modern employers, if the Oceanan authorities did not wish to risk missing something, they had to keep watching all the time."¹¹⁰

123. בוודאי שיש לדחות את טענות המשיבים כאילו :

"אין ללמוד מעניין פילוסוף גזירה שווה שכן באותו מקרה דובר בצד שלישי (רשויות החקירה) אשר ביקש לקלוט מידע המאוחסן על גבי שרת שאין לו כל זיקה אליו וללא הסכמת יוצר המידע, בעוד שבענייננו מי שמבקש לעשות שימוש במידע הוא מעבידו של יוצר המידע, שהוא גם בעל השרת עליו מאוחסן המידע."¹¹¹

124. טענה זו מתבססת על הנחה כאילו יש בבעלות המעסיק על השרת כדי להעניק לו אפריורית כוח לפלוש לצנעת הפרט של העובד – הנחה שנדחתה על ידי בית הדין הנכבד כבר בפתח החלטתו. אם תתקבל הטענה, כי אז יוכלו גם ספקי שירותי אינטרנט לטעון, כי מותר להם לצותת להודעות דוא"ל של לקוחותיהם באשר גם הם "בעל השרת עליו מאוחסן המידע". הנחה זו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת הזכות לפרטיות כזכות של אנשים ולא של מקומות.

לכלל הפסלות תחולה זהה בכל ערכאות השיפוט

125. בית הדין קמא לא קבע, כי הודעות הדוא"ל נשוא הדיון הושגו באמצעות האזנת סתר או פגיעה אחרת בפרטיות. כיוון שכך לא נזקק בית הדין לדון בשאלת פסלותן מלשמש כראייה במשפט, בהתאם למצוות סעיף 13 לחוק האזנת סתר, ובהתאם לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לעניין זה נתייחס עתה.

126. המקרה של האזנת סתר הוא פשוט: כפי שציין בית הדין הקמא "ככל שהיינו סוברים כי דובר ב'האזנת סתר' המשמעות היא כי ההודעות לא יכולות היו להתקבל כראיה, לאור הוראתו המפורשת של סעיף 13 לחוק האזנת סתר". אלא שכאן מעלות חברות המותב הנכבדות הסתייגות אחת ולפיה :

¹¹⁰ Mark Jeffery "Information Technology and Workers' Privacy: Introduction" 23(2) [Comparative Labor Law and Policy Journal](#) (2002), 260.

¹¹¹ סעיף 4(ד) להחלטה.

"... היה צורך לדון האם משאיר הוא שיקול דעת לבית הדין לעבודה בהתחשב בהוראת סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה."¹¹² הסתייגות זו נוגעת כמובן להוראת סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה הקובע, כי בית הדין "לא יהיה קשור בדיני הראיות".

127. הוראת דין זו, נזכרת לעיתים גם כסייג לכלל הפסלות שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. כך, למשל, נאמר לאחרונה, בפרשת יניב טכנולוגיות¹¹³, כי גם במקרה שייקבע, שראיה הושגה תוך פגיעה בפרטיות, עדיין יש מקום לדון בפסלותה לאור "מדיניות מקלה" שאימצו בתי הדין לעבודה "בשונה מבית המשפט האזרחי... בכל הנוגע להתרת הצגת ראיות בהתאם להוראות סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה"¹¹⁴. זאת תוך הפניה לפסיקת בית הדין הארצי בעניין דאדא¹¹⁵.

128. דא עקא, שפסק הדין בעניין דאדא אינו דן בפסלות ראיה שהושגה אגב האזנת סתר או אגב פגיעה אסורה אחרת בפרטיות, ואין ללמוד ממנו על פסלות ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות יסוד חוקתית. ככלל, יש לפרש בצמצום הוראות חוק באופן שמתיישב עם מעמדן הנורמטיבי המיוחד של זכויות חוקתיות.

129. כפי שקבע לאחרונה בית המשפט העליון בעניין פלזני¹¹⁶, כי הדיבר "בית משפט" שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות חל על -

"... כל גוף המוסמך, מכוח דין, להכריע בסכסוך. הדיבור 'בית משפט' אין הוא מוגבל אך לבתי המשפט 'הרגילים'... הוא משתרע גם על בתי משפט 'מיוחדים', כגון בית דין צבאי ובית דין לעבודה... דבר זה מתבקש מהתכלית המונחת ביסודו, שעניינה הגנה על זכות הפרטיות. זכות זו צריכה לקבל אותה מידת הגנה בערכאות השיפוטיות השונות... אין לאפשר מצב דברים שבו פגיעה בפרטיות תהא קבילה בערכאה שיפוטית אחת ובלתי קבילה באחרת... בוודאי שגישה זו... ראויה היא לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."

130. על בית הדין הנכבד דכאן לקבוע, כי לסעיף 13 לחוק האזנת סתר ולסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות יש תחולה מלאה בבתי הדין לעבודה.

תוצאת הפגיעה בפרטיות – פסלות הראיות שהגישו המשיבים

131. כיוון שהעיון הלא מורשה בהודעות הדוא"ל של המשיבה מנוגד לאיסור החוקי על האזנת סתר, חל סעיף 13 לחוק האזנת סתר, ובהתאם לזאת יש לפסול את ההודעות נשוא הבקשה.

¹¹² סיפא לפסקה 30 להחלטה.

¹¹³ עב (ת"א) 7002/04 יניב טכנולוגיות מדיה בע"מ נ' חברת דאטה פול בע"מ (החלטה מיום 25.4.2007).

¹¹⁴ פסקה 5.2 להחלטה. מדובר באמרת אגב – באשר בית הדין קבע, כי הראיה לא הושגה אגב פגיעה בפרטיות.

¹¹⁵ דב"ע נז/268-3 ראדא תעשיות אלקטרוניות - אורי תדמור עבודה ארצי, פד"ע ל (9) 245; ראו פסקה 16 לפסק הדין.

¹¹⁶ בג"צ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה (פס"ד מיום 14.5.2006), פסקה 16 לפסק הדין.

132. לחלופין, ככל שבית הדין הנכבד יקבע כי השגת ההודעות נשוא הבקשה נעשתה באמצעות פגיעה אחרת בפרטיות, עליו למנוע את הגשתן כראייה מכוח סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. אין בנסיבות שלפנינו "טעמים מיוחדים" מהסוג, שמאפשר למחול על הפגיעה בפרטיות של העובדת.

133. חריג כשמו כן הוא ויש להקפיד שכך גם יישאר. בוודאי שכך הוא הדבר לאחר שהזכות לפרטיות הפכה לזכות חוקתית על חוקית. פרשנות חוקתית ראוי הנותנת ביטוי למעמדה הרם של הזכות לפרטיות, מחיבת לקמץ בחריגים שיכשירו את הפרתה.

134. בעבר הרחוק טושטשה כוונת החקיקה והתרבו המקרים שבהם נסוג כלל הפסלות מפני אינטרסים אחרים. ואולם "בהשראתם של חוקי היסוד נדרשת בחינה מחודשת של שאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין והתאמתן למציאתו הנורמטיבית החדשה שנוצרה"¹¹⁷. כך, למשל, ראה בית המשפט העליון "ליתן משקל רב מבעבר להגנה על הזכות החוקתית לפרטיות, על-אף שדרך פרשנית זו הובילה להרחבת היקפו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 13 לחוק האזנת סתר". "המגמה הפרשנית האמורה תשפיע בעתיד גם על פרשנותו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות"¹¹⁸.

135. מגמה פרשנית מעין זו עולה בקנה אחד גם עם חובתה של כל ערכאה שיפוטית "לתת פירוש דווקני לחוקים הפוגעים בפרטיות" לרבות דבר חקיקה מוקדם¹¹⁹.

136. אכן, גם זכויות אדם אינן מוחלטות ויש לעיתים לאזן אל מול אינטרסים סותרים. ועדיין, "המעמד שניתן לזכויות היסוד של האדם מאז הוחקו חוקי היסוד ... נתן משקל רב יותר לחובה להתחשב בזכויות האדם המוגנות, ובנסיבות מתאימות אף גדל המשקל שיש לייחס להן לעומת ערכים ואינטרסים מתחרים"¹²⁰.

137. בענייננו עומד מאחורי החריג של כלל הפסלות, אינטרס ציבורי חשוב של קיום הליך הוגן ושל גילוי האמת. "יחד עם זאת, הליך הוגן הוא גם הליך הנוקק לחומרים שהושגו כדין. הליך הוגן הוא הליך המכבד זכויות יסוד. הליך הוגן הוא הליך השולל מבעל-דין יתרונות שצמחו לו עקב הפרת זכויות יסוד. שימוש בחומר שהושג תוך כדי הפרת הזכות לפרטיות עשוי לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי, ובאמון הציבור בבתי המשפט."¹²¹

138. "בית המשפט אינו רשאי לומר כי מכיוון שהחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות רלבנטי לקביעת האמת, לכן הוא יוכל לשמש ראיה בבית המשפט, יהיו נסיבות השגתו אשר יהיו."¹²² במיוחד נכון

¹¹⁷ ע"פ 5121/98 [יששכרוב נ' התובע הצבאי](#) (פס"ד מיום 4.5.2006); בית הדין קמא מפנה אליו בפסקה 49 להחלטה.

¹¹⁸ שם, שם.

¹¹⁹ בש"פ 537/95 [גנימאת נ' מדינת ישראל](#), פ"ד מט(3) 375, 355.

¹²⁰ [יששכרוב](#) פסקה 46.

¹²¹ [פלונית](#) (2006), פסקה 30 לפסק הדין.

¹²² [פלונית](#) (2006), פסקה 32.

הדבר כאשר ניתן להגיש ראיות כשרות להוכחת אותה טענה עובדתית¹²³, כפי שנעשה בענייננו, בהגשת שני תצהירים, שמעידים על גרסתה של המעסיקה, כאילו במשך חודשים ארוכים היתה כוונה או נטייה לפטר את המבקשת, ואף ניתן ביטוי חיצוני למחשבה זו, בטרם הופסקה העסקתה באחת מייד לאחר שהודיעה שהיא בהריון.

139. **הקפדה על כלל פסלות הראייה חשוב במיוחד במקרה של פגיעה בפרטיותם של עובדים.** הפרסום הרב שלה זכתה ההחלטה נשוא הבר"ע, כמו גם התהודה הרבה שזכו מסריו הגורפים ותרגומן להמלצות קונקרטיות למעסיקים – כיצד לאיין את מעט הפרטיות שיש לעובדים – כל אלו מחדדים את החשיבות העצומה שיש לשמירה על כלל הפסלות במקרה של ראייה שהושגה אגב פגיעה בפרטיות.

140. דווקא במערכת יחסי עבודה, שבה נזקקים אנו לאיזון כה עדין ורגיש בין האינטרסים של המעסיק, לבין זכויות היסוד של העובדים, הנתונות, במידה לא מעטה, למרותו, יש להקפיד על כלל הפסלות, ולא לחבל באיזון העדין מייד לאחר שבדי עמל עלה בידנינו לבצעו. החיכוך האינטנסיבי במקום העבודה, החשיפה שנכפית על העובד, בשעות הארוכות שהוא נמצא במקום העבודה, עד כי נדמה שמדובר ב"בית שני" – בנסיבות אלו דק הוא הגבול בין פגיעה הכרחית ומוגבלת בפרטיות ובזכויות אדם אחרות, לבין פלישה מיותרת ומשפילה לפרטיות. שמירה על גבול דק זה מחייבת הקפדה על כלל הפסלות ועל בית הדין הנכבד ליתן לו נפקות מירבית במקרה שלפנינו.

סיכום

141. לעיל פרשנו, הגם שבאופן חלקי, את קשת השיקולים כבדי המשקל, המחייבים בחינה מחדש של ההחלטה נשוא הבר"ע, את קבלת הבקשה והערעור, וקביעת הגנות ברורות ונוקשות לפרטיות במקום העבודה בכלל, ובסביבת עבודה דיגיטלית בפרט.

142. זה מכבר הזהיר בית המשפט העליון, כי "חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול בדבר 'האח הגדול' עלול על נקלה להפוך למציאות חיים אם לא ייושמו הגבולות לנגישות למאגרים ולשימוש בהם מעבר למטרה המוגבלת שלשמה ניתנה הסמכות למופקדים על מאגרי המידע."¹²⁴ ההכרח בהצבת הגבולות ובביצור מעמדה של הזכות פרטיות גדול שבעתיים אם נזכור, את האמור לעיל, דהיינו, שיכולתו של מעסיק, המחזיק רשת מחשבים בסיסית, לפלוש לצנעת הפרט של עובדיו, גדולה עוד יותר מזה שהיתה "לאח הגדול" של ג'ורג' אורוול¹²⁵.

143. דרוש אפוא מענה נמרץ והחלטי של השיח המשפטי על מנת למנוע "קביעת עובדות בשטח" ולהבטיח את זכותם של עובדים לפרטיות ולכבוד. על בית הדין הנכבד לקבל את הבקשה ואת הערעור ולפסול את ההודעות נשוא הדיון מלשמש כראייה.

¹²³ פלונית (2006), פסקה 33.

¹²⁴ עש"מ 6843/01 בן דוד נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(2) 918, 923.

¹²⁵ Jeffery s.n. 10, at 260.

144. בטרם נסיים, נבקש מבית הדין הנכבד, ליתן דעתו על החשיבות הציבורית העצומה שיש לדיון בסוגיות כמו זו שהעלתה המבקשת בפניו, ולנוכח זאת – לוודא שאופן פסיקת ההוצאות יעודד ולא ירתיע עובדים לנהוג כמוה בעתיד. ככלל, מעסיקים נהנים מעדיפות כלכלית לעומת עובדיהם ועובדה זו משליכה גם על יכולתם להשקיע משאבים ולערער על החלטות עקרוניות שאינן לרוחם, ואף להסתכן בפסיקת הוצאות במקרה שערעורם ידחה. יתר על כן, מבחינת המעביד, שבמפעלו עובדים רבים, יש להחלטה בסוגיה עקרונית כמו זו שלפנינו, חשיבות רבה – מעבר לתוצאות ההתדיינות הקונקרטית שהוא מנהל, ועקב כך – גם תמריץ גדול יותר לסכן משאבים ולערער. במצב שבו מרבית החלטות שיגיעו לערעור, ואולי אף יהפכו, יהיו ההחלטות שהגנו על הזכות לפרטיות, עלולה להישחק ההגנה שמספקת ההלכה הפסוקה לזכות. לנוכח זאת, לפחות כאשר נדונה סוגיה כה חשובה לזכויות יסוד של עובדים, מתבקש בית הדין הנכבד לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת ולפסוק הוצאות לזכות העובדים ולא לחובתם – בלא קשר לתוצאות הערעור.