

פרק טו

מעקב בעבודה

א. מבוא

האחים ג'רמי וסמיואל בנת'האם, פרדריק טיילור והנרי פורד אחראים במידה רבה לכך שמקומות עבודה רבים בחברה הקפיטליסטית של המאה העשרים ואחת הן זירות של מעקב מקיף, רציף, מדויק וארוך טווח של מעסיקים אחרי עובדיהם.¹ סמיואל בנת'האם הגה את הרעיון של מבנה אדריכלי שמאפשר שליטה קלה בעובדים ביצירת רושם שהם נתונים למעקב מתמיד ואין הם יודעים בכל רגע נתון אם הם נתונים להשגחה אם לאו. אחיו, ג'רמי בנת'האם, אימץ את הרעיון ופרסם אותו בשם פן-אופטיקון (panopticon) כהצעה לבניית כלא שמבוסס על השגת משמעת בקרב האסירים באמצעות הטמעת תחושה של מעקב מתמיד בקרבם.² טיילור פיתח את הניהול המדעי של מקומות העבודה כדי להשיג יעילות מרבית, שיטה שמבוססת בין היתר על הפרדה בין פונקציית הניהול לבין העבודה עצמה, ועל העיקרון של בקרה ניהולית שוטפת על תפקודו של כל עובד.³ פורד הוסיף את פס הייצור שמקצה לכל עובד תפקיד מוגדר ונקודתי ומאפשר ייצור המוני של מוצרים מורכבים. הגדרת התפקיד הנקודתית יוצרת בסיס נוח למעקב ולמדירה של תפקוד העובד והערכת

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

2 ראו את התרשים כאן: en.wikipedia.org/wiki/File:Panopticon.jpg, ודיון אצל Catherine Pease-Watkin, *Jeremy and Samuel Bentham – The Private and the Public* (2002), available at www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/journal/cpwsam.htm.

3 עם זאת טיילור הדגיש שטובת המעסיק וטובת העובדים כרוכות זו בזו. ראו FREDERICK WINSLOW TAYLOR, THE PRINCIPLES OF SCIENTIFIC MANAGEMENT (1911) (2007). ראו דיון אצל Lyon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119; CHRISTIAN PARENTI, THE SOFT CAGE: SURVEILLANCE ; IN AMERICA FROM SLAVERY TO THE WAR ON TERROR 133-137 (2003). טיילור לא היה הראשון להנהיג שיטות מדעיות במקום העבודה. לדיון ראו DAVID LYON, SURVEILLANCE STUDIES – AN OVERVIEW 34 (2007).

שער רביעי: פרטיות בעבודה

תפוקתו. מאז הגו הארבעה את רעיונותיהם, השתנו מקומות העבודה במובנים רבים, ואנו מכירים כיום מגוון של מקומות עבודה שלכל אחד מאפיינים ייחודיים משלו ומנוהלים לפי שיטות מתוחכמות. אבל המעקב שהיה אצל בנת'האם כלי להשגת משמעת ואצל טיילור כלי לניהול יעיל יותר של מקום העבודה על גבי המצע של חלוקת העבודה הפורדיסטית, הפך לחלק בלתי נפרד של סביבת העבודה המודרנית.⁴

האם מותר למעסיק לעקוב אחרי עובדיו? דיני הגנת הפרטיות הקיימים בישראל אינם דנים במישרין במעקב אחרי עובדים. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע קביעה כללית, ש"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", ומוסיף עוד איסורים כלליים.⁵ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו"⁶ ומפרט מצבים שונים של פגיעה בפרטיות,⁷ אולם אינו דן באופן מיוחד במקום העבודה.⁸ חוקים שונים מגבילים את יכולתו של מעסיק לאסוף פרטי מידע מסוימים על עובדים,⁹ אולם גם בהם אין הסדרה כללית של המעקב. בתי המשפט (ובתי הדין לעבודה בכלל זה) דנו עד כה במקרים בודדים יחסית של פרטיות במקום העבודה, ומתוכם מקרים ספורים של מעקב.¹⁰ ככל

- 4 על הקשר שבין מעקב למקום העבודה ראו LYON, שם, בעמ' 33-36.
- 5 ראו סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האיסורים הם על כניסה לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו, על חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו, ועל פגיעה בסוד שיחו של אדם, במכתביו וברשומותיו.
- 6 סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות או החוק). יסוד ההסכמה מרכזי לסוגיית הפרטיות, ואשוב אליו בהמשך הדברים.
- 7 החוק אינו מגדיר מהי פרטיות אלא מפרט בסעיף 2, על דרך השלילה, מהי הפגיעה בפרטיות. חלק זה של החוק הוא תוצאה של דוח ועדת כהן: משרד המשפטים, **דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט** (יצחק כהן י"ר, 1976). הדוח לא דן בשאלת הפרטיות בעבודה.
- 8 כך גם ברוב מדינות העולם שבהן אין חקיקה ייחודית בנוגע לפרטיות במקום העבודה. חריגים בולטים לעניין זה הם ניו-סאות' ווילס באוסטרליה (ראו Workplace Surveillance Act, 2005), ופינלנד (Act 759/2004 Act on the Protection of Privacy in Working Life, available at www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040759.pdf). בשנת 2009 תוקן החוק שם והתיר למעסיקים לבדוק נתוני תקשורת של הודעות דוא"ל של עובדים. ראו Pertti Jokivuori, *Nokia Wins Company Right to Monitor Employee Emails*, EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE (31.3.2009), available at www.eurofound.europa.eu/eiro/2009/02/articles/0902059i.htm. בשנת 2009 חוקקה נורווגיה חוק שמסדיר את גישת המעסיקים לדוא"ל של עובדים; ראו Kristin Alsos, *Employer Access to Employee Emails Curtailed*, EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE (24.3.2009), available at www.eurofound.europa.eu/eiro/2009/02/articles/0902029i.htm.
- 9 ראו למשל סעיף 2א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (איסור דרישת פרופיל צבאי) (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה). תיקון לחוק משנת 2010 קובע חזקה משפטית כנגד מעסיק שביקש פרטי מידע שבגינם אסור להפלות. ראו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מ' 15), התש"ע-2010; סעיף 29 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (איסור דרישת מידע גנטי).
- 10 ראו להלן, פרק טז.

שאפשר לאפיין את הפסיקה המועטה, היא נוטה להמשיג את הסוגיה כאיזון בין זכות העובדים לפרטיות לבין זכות-היתר של המעסיק לנהל את מפעלו כראות עיניו (הפררוגטיבה של המעסיק), בהדגישה כי הזכות לפרטיות היא זכות יחסית ותוך ספקנות באשר לתקפות הסכמתם של העובדים במקרים שבהם הייתה הסכמה כלשהי. לימוד פסקי הדין מעלה שבתי המשפט מתייחסים בדרך כלל לזכות לפרטיות כאל נתון חשוב במערך החוקתי, אולם נראה שחסרה בפסיקה הבנה מעמיקה של הזכות. הדיון השיפוטי הקיים מיישם תובנות ועקרונות מדיני העבודה ובראשם העיקרון של תום הלב, ובמידה גוברת עקרונות מהמשפט החוקתי, ובראשם עקרון המידתיות,¹¹ אולם נעדרים מהדיון עקרונות דיני הפרטיות.

חסר זה בא לידי ביטוי בפסק דין שנפסק בשנת 2007 בעניין איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים, שבו קיבל בית הדין האזורי לעבודה את בקשת המעסיק להגיש כראיות הודעות דואר אלקטרוני (דוא"ל) שכתבה העובדת.¹² זהו מקרה ראשון מסוגו שנדון בבית משפט בישראל של מעקב אלקטרוני אחרי עובדים. פסק הדין משקף ניסיון כן להבין את מורכבותם של יחסי העבודה ואת צורכיהם של הצדדים, אולם הוא בוחר ליישם, במידה רבה, גישה אמריקנית, שהיא צרה מאוד וזרה לדיני הגנת הפרטיות בישראל. מול עניין איסקוב-ענבר ניצבת פסיקה הפוכה, ובייחוד בולט מקרה שבו ביקשה עיריית טבריה במסגרת הליך משמעותי נגד מבקר העירייה להגיש כראיה נתונים מתוך תיבת הדואר האלקטרוני של המבקר.¹³ בית הדין המשמעותי קיבל את הבקשה, אולם בית המשפט המחוזי, שאליו הוגש ערעור על ההחלטה, פסל את הראיה. במקרה אחר נענה בית הדין

11 ליישום העיקרון בתחום דיני העבודה ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008), הטוען כי בתי הדין כבר מפעילים את עקרון המידתיות גם אם לא תמיד באופן מפורש, וכי ראוי ליישם את העיקרון בצורה מפורשת וברורה יותר.

12 עב' (אזורי ת"א) 10121/06 איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 2007). סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מאפשר לבית המשפט לפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, ומכאן עולה השאלה המקדמית, אם מדובר בפגיעה בפרטיות. בית הדין הארצי לעבודה נענה לבקשת רשות ערעור ואף התיר לאגודה לזכויות האזרח ולעמותת קו לעובד להצטרף כידידי בית המשפט. כן התייצב גם היועץ המשפטי לממשלה. ראו בר"ע 570/07 איסקוב-ענבר נ' משרד התמ"ת (פורסם בנבו, 2008). במועד כתיבת שורות אלה הערעור תלוי ועומד; ע"ע 90/08 איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים.

13 ראו ת"מ 46/06 עיריית טבריה נ' אליהו (פורסם בנבו, 2007); עמר"מ (מחוזי ת"א) 13028-04-09 אליהו נ' עיריית טבריה (פורסם בנבו, 2010). בין לבין הוגשה עתירה לבג"ץ נגד החלטת בית הדין למשמעות, שהתמקדה בהקשר של ביקורת הפנים ברשות המקומית, אך בג"ץ דחה אותה משום שההליך המתאים הוא מיצוי ההליכים בבית הדין המשמעותי. בג"ץ 655/08 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בית הדין למשמעות של עובדי הרשויות המקומיות (פורסם בנבו, 2008).

לעבודה בנצרת לבקשת העובד להוציא מתיק הראיות הודעות דוא"ל שמצא המעסיק בתא הדואר של העובד.¹⁴

מעקב אחרי עובדים הוא מקרה קונקרטי של סוגיה רחבה יותר של פרטיות במקום העבודה. סוגי מקרים אחרים של פרטיות בעבודה עולים בשלב שלפני ההעסקה: מעסיקים מפנים מועמדים לעבודה למבחני התאמה מסוגים שונים (פסיכולוגיים, פסיכומטריים וכדומה),¹⁵ אחרים דורשים בדיקות רפואיות, בדיקות סמים, מבדק גרפולוגי¹⁶ או בדיקת פוליגרף¹⁷ ומתעניינים במידע על אודות המועמדים, ובכלל זה מידע רפואי ומידע על אורח

14 עב' (אזורי נצ') 1158/06 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' פישור (פורסם בנבו, 2008). ערעור על פסק הדין צורף לערעור בעניין איסקוב-ענבר.

15 בית הדין הארצי לעבודה דן בסוגיית מבחני ההתאמה הפסיכולוגיים וקבע שלגבי כל מבחן יש לקבוע את תוקפו ומהימנותו בזיקה לתפקיד שבו מדובר. מידת הדיק, לפי בית הדין, צריכה להיות כזו שתצדיק את הפגיעה בפרטיות האדם גם אם הסכים לבדיקה. דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב נ' ההסדרות הכללית החדשה, פד"ע ל(1) 385, 400-399, 410-409 (1998); עס"ק 8/99 ההסדרות הכללית החדשה נ' אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו, 2004). לדיון ראו מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה חברה ומשפט ט 85 (2002); ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר 775 (חלק ג, אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון 499, 510-515 (כרך ב, אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). בכנסת הוגשה הצעת חוק בנושא. ראו פ/1205/18 הצעת חוק בדיקות התאמה לעבודה, התשס"ט-2009 (חה"כ שלי יחימוביץ' וחיים כץ). לסיפור מקרה של מאבק בשאלונים חודרניים בארצות הברית ראו ELLEN ALDERMAN & CAROLINE KENNEDY, THE RIGHT TO PRIVACY 277 (1995).

16 שופטי בית הדין הארצי לעבודה נחלקו בשאלת ההפניה של מועמדים לעבודה למבחן גרפולוגי: דב"ע נו/129-3 פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג(1) 481 (1997). השופטת ברק קבעה כי ההפניה למבחן כזה חודרת לפרטיות מעבר לדרוש (שם, בעמ' 497), ואילו הנשיא דאז גולדברג סבר שאין פסול בכך, וכי יש חזקה שמועמד לעבודה שמתבקש להגיש קורות חיים בכתב יד מסכים לבדיקה כזו (שם, בעמ' 504). בעניין אוניברסיטת תל-אביב, שם, בעמ' 401-403, הושארה שאלת המבחן הגרפולוגי בצריך עיון. כפי שיובהר בהמשך, אני סבור שגם אם אפשר לאתר הסכמה, הרי שאין היא הסכמה מדעת ולכן אינה יכולה להיות תקפה.

17 בנוגע לבדיקת פוליגרף נראה כי בתי הדין מאמצים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהנחייתו בעניין (מס' 3.1102, מיום 9.1.2003, נמצאת ב-tinyurl.com/25gduy), תוך החלת מבחן מידתיות. ראו ע"ע 300228/95 ויטראול נ' אבא מרגלית יצור ושיווק דברי מאפה בע"מ (פורסם בנבו, 2006), שם העירה סגנית הנשיא ברק, בהערת אגב ובהסכמת השופטת ארד, כי יש להחיל על בדיקות פוליגרף את מבחן המידתיות, על מרכיביו: אם יש קשר להשגת המטרה, אם אין אמצעי פוגעני פחות, ומידתיות במונח הצר. פגיעת הפוליגרף בפרטיות מחד גיסא והספקות בנוגע למהימנות הבדיקה מאידך גיסא הביאו אותה למסקנה כי הבדיקה נכשלת במבחן השלישי של המידתיות. הנשיא אדלר ונציגי הציבור סברו כי אין להכריע באופן גורף בנושא, אלא בכל מקרה ומקרה לגופו. גם בית הדין האזורי אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה והחיל אותה במקום עבודה פרטי, הפעם תוך יישום עקרון תום הלב, וקבע כי

חייהם או על עברם הפלילי.¹⁸ נוסף על כך הנורמות החברתיות בקשר לכתיבת קורות חיים ולהמלצות עשויות גם הן לעורר שאלות של פרטיות לפני תחילת ההעסקה. סוג שני של פרטיות בעבודה דן במידע שנאסף על העובד תוך כדי עבודתו, מעצם עבודתו, כמו הערכות תקופתיות, תרשומת של שיחות עם הממונים, היסטוריה תעסוקתית בתוך הארגון או מידע שמתבקש מטעם זה או אחר, כמו בדיקה רפואית תוך כדי העבודה.¹⁹ כדי לשלם משכורת ולציית לחוקי מס, דיני ביטוח ודיני עבודה שונים למשל נדרש המעסיק לדעת פרטים רבים על אודות העובד. אילו שימושים מותר למעסיק לעשות במידע הזה?²⁰

פיטורין שהסתמכו על בדיקת פוליגרף שנערכה לעובד שנחשד בעברה פלילית ונדרש להסכים לבדיקה, לא היו כדין. ראו עב' (אזורי ת"א) 005789/01 בנג'י נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 2005), ובעניין אחר דחה בית הדין בקשה של מעסיק לחייב עובד לבצע בדיקת פוליגרף אף שבעת קבלתו לעבודה חתם העובד על הסכמה לבדיקה כזו. ראו בש"א (אזורי חי') 66/05 חברה ליבוא וייצוא מוצרי ואביזרי טבק בע"מ נ' אברפיר (פורסם בנבו, 2005). בארצות הברית נאסר על מעסיקים לדרוש מעובדיהם להיבדק בפוליגרף או להשתמש בתוצאות בדיקה כזו; ראו U.S.C. §2002 29.

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

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

20 סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "שימוש בידעיה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נמסרה" הוא פגיעה בפרטיות. האיסור מופיע גם בסעיף 8(ב) לחוק בנוגע למאגרי מידע.

סוג שלישי, ובו מתמקד פרק זה, הוא מעקב אחרי העובדים.²¹ הנחת המוצא של הדיון היא כי למעסיקים יש אינטרסים מגוונים ולגיטימיים כשלעצמם לעקוב אחרי עובדיהם, וכי לעובדים יש זכות לפרטיות שאיננה נשאת בשערי המפעל. המשגת העימות בדרך זו, בין שיקולים מכשירניים לשיקולים דאונטולוגיים,²² מסבירה את הקשר העמוק שבין דפוסי מעקב במקום העבודה לבין אופיים הקפיטליסטי של מקומות עבודה בעולם המערבי ואת המתח שביסוד הדיון. הנחת יסוד אחרת של הדיון פה היא כי קיימים פערי ידע וכוח מובנים במקום העבודה, שאינם מאפשרים לשוק להתנהל בעצמו. במילים אחרות, במקרים רבים יש כשל שוק בכל הקשור למעקב אחרי עובדים, וכמעט שאין ביכולתם של העובדים להתנגד. מובן שיש מצבים שבהם הנחה זו אינה מתקיימת, למשל כאשר ארגון העובדים חזק דיו וכוחו משתווה לכוחו של המעסיק. לא כל פער בכוחם של הצדדים הוא כשל שוק, אולם כאשר המחיר הוא פגיעה בזכויות יסוד, אני סבור שאין להשאיר את השוק ללא בקרה.²³ מכאן נגזר שיש להבין מהי הפגיעה בפרטיות שיש במעקב, אם בכלל, ולנסות לאתר את המקומות שבהם השוק נכשל, אם נכשל, ולפי זה לבחון פתרונות מתאימים.

פרק זה מצביע תחילה על השינויים שחלים בדפוסי המעקב במקום העבודה, מתמקד במאפייניו של המעקב האלקטרוני, ולאחר מכן בוחן את האינטרסים של המעסיק בנוגע למעקב ואת האינטרסים של העובדים בנוגע לפרטיותם. אעיר גם על הסיווג של מקום העבודה כרשות היחיד או רשות הרבים. המטרה כאן היא להדגיש את חשיבות הפרטיות והבנתה בטרם שלב האיזונים. זה יגיע בפרק הבא.

ב. ממבט עיניים לתיעוד ממוחשב

מקום העבודה שינה את פניו במאה התשע-עשרה ובמאה העשרים בהיבטים רבים שלו, אולם מרכיב אחד נותר ללא שינוי: רצונו של המעסיק לפקח על עובדיו, בראש ובראשונה כדי לוודא שזמן העבודה וכוח העבודה שעבורם הוא משלם מנוצלים בדרך היעילה ביותר,

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

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

23 נוסף על כך שוק העבודה עצמו אינו "טבעי". הוא אפשרי משום קיומן של קטגוריות משפטיות של "עובד", "מעסיק", זכויות קניין ודיני חוזים, תאגידים, ולמעשה המשפט כולו.

לפי שיקול דעתו. הפיקוח על ניצול זמן כוח העבודה לבש צורות רבות. דרך פיקוח אחת היא המבנה הפיזי של המפעל שבו למשל משרדו של המנהל נמצא בקומה גבוהה מ"רצפת המפעל", וכך הוא יכול לצפות בעובדים מלמעלה, ואילו הם צריכים להרים את ראשם מהמכונה כדי לראות אותו. במפעל המודרני, המשרד, אחת הדרכים לפיקוח היא יצירת חלל משרדי אחד שבו נמצאים העובדים (open space).²⁴ צורות אלה הן יישום חלקי של הפן-אופטיקון: העובדים חשופים לבקרה של המנהלים או של עמיתיהם לעבודה, יודעים שאם יאטו את עבודתם או יפסיקו אותה לזמן מה יהיה עליהם להסביר או לשלם על הפחתת התפוקה, בין בכסף ובין במשרתם. הטמעת משמעת וציותנות על ידי עיצוב פיזי היא רק דרך אחת להשגת בקרה. הטכנולוגיה מאפשרת דרכים שונות לבדיקת ניצול זמן העבודה על ידי בדיקת התפוקה: כמה עמודים מדפיס הכתבן בשעה, מתי הגיעה העובדת למפעל ומתי יצאה, כמה ארגזים מילאה בזמן הזה. איסוף המידע, השוואתו לתפוקת העובדת בימים אחרים, השוואה לעובדים אחרים ושאר ניתוחים סטטיסטיים מאפשרים גם הם בקרה אפקטיבית.

כיום טכנולוגיות המידע (Information Technology – IT) חודרות יותר ויותר למקום העבודה. המחשב המחובר בחיבור מהיר וקבוע לרשת האינטרנט הוא כלי עבודה הכרחי במשרדים ובמפעלים רבים. בצד היותה כלי עבודה אותה טכנולוגיה יכולה לשמש גם אמצעי מעקב אלקטרוני שממלא תפקיד שדומה לעינה הצופייה של ההנהלה: בדיקת תפוקת העובד. בצד זה כלי העבודה מאפשר גם שימושים שאינם קשורים בעבודה, כמו גלישה חופשית ברשת, שיחות באמצעות תוכנות למסרים מיידיים (Instant Messaging – IM), צ'אט, משלוח דוא"ל פרטי. יוצא שאותם השינויים הטכנולוגיים שמייעלים את העבודה ומציעים כלים מתוחכמים יותר, הם בו בזמן איום על יעילות העבודה.²⁵ אמצעי המעקב האלקטרוניים שמופעלים בצד או כחלק מכלי העבודה האלקטרוניים, מאפשרים לבדוק מה

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

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

שער רביעי: פרטיות בעבודה

עשה העובד בזמן שעבד וגם מה עשה בזמן שלא עבד. נוסף על כך אמצעי המעקב מאפשרים ניטור מלא ומדויק של פעולות שונות: איסוף מידע על נתוני התקשורת, כלומר מי שוחח עם מי או שלח מסר למי, מתי, מה היה אורך השיחה או נפח ההודעה, כותרת המסר, האם צורף אליה קובץ וכיוצא באלה, בצד מידע על תוכן המסרים, מידע על האתרים שבהם גלשה העובדת, שאילתות ששאלה במנועי חיפוש, ואפילו הקלדת מקשים במקלדת, שמאפשרת לשחזר ססמאות.²⁶ במילים אחרות, המידע הוא הן של נתוני תקשורת והן של תוכן התקשורת. בחלק מהמקרים התייעוד אפשרי בגלל הארכיטקטורה של הטכנולוגיה, כלומר הצורה שבה היא בנויה. למשל, את שירותי הדוא"ל מספק, במקרים רבים, מקום העבודה עצמו, ולכן ההודעות עוברות דרך שרת מרכזי. במקרה כזה המעסיק איננו צריך להתאמץ במיוחד כדי להניח ידו על הדוא"ל.²⁷ במקרים אחרים נדרשת פעולה יזומה של המעסיק להתקין ולהפעיל מערכות מעקב. השוק מציע מוצרי מעקב רבים במחיר שווה לכל אדם ותאגיד.²⁸ מחקר אמריקני משנת 2001 טוען כי המחיר הנמוך של אמצעי המעקב גורם, יותר מכל גורם אחר, להגברת המעקב במקום העבודה.²⁹ על אלה יש להוסיף גם את מצלמות הווידאו, נסתרות או גלויים, אמצעי מעקב גאוגרפיים (איכון) ואמצעי זיהוי שונים, כמו זיהוי ביומטרי של העין, טביעות אצבע או כף יד וכיוצא באלה נתונים פיזיולוגיים שמאפשרים זיהוי של העובד, או שבבים אלקטרוניים דוגמת RFID,³⁰ שנעשה בהם שימוש בעיקר בנוגע לכניסה למקומות פיזיים או לחומר מחשב.

מבטו הנוקב של מפקח העבודה במפעל עשוי להיות מאיים ומרתיע, אבל כוחו של אמצעי המעקב האלקטרוני חזק פי כמה. התייעוד האלקטרוני מדויק; הוא אינו סובייקטיבי כמו מראה עיניו של המפקח שעשוי לטעות. דוח של American Management Association

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

27 ראו עניין עיריית טבריה, לעיל ה"ש 13.

28 כך למשל יצרני תוכנה בשם Spector CNE מסבירים כי אפשר להתקין אותה בכל נקודה ברשת המחשבים. התוכנה מאפשרת למעסיק לראות את כל הודעות הדוא"ל הנכנסות והיוצאות של העובד, שיחות רשת, קבצים שהורדו מהרשת, יישומים שהופעלו והקלדות שהוקלדו, רשימת אתרים שנגלשו, כמו גם תצוגה ויזואלית של האתרים. המחיר הוא כ-700 דולר עבור עשרה רישיונות, כלומר פחות משבעים דולר למעקב אחרי עובד. ראו www.eblaster.com/docs/employee-web-tracking.html.

29 ראו Andrew Schulman, *The Extent of Systematic Monitoring of Employee E-mail and Internet Use*, PRIVACY FOUNDATION (2001), available at www.sonic.net/~undoc/extent.htm.

30 RFID (Radio Frequency Identification) הוא שבב אלקטרוני שיש לו יכולת לשדר מידע שנאגר בו ככל שהוא תוכנת לאסוף מידע כזה. במקסימום הושתלו שבבים כאלה בגופם של שמונה-עשר עובדי ממשל, בהסכמתם, כאמצעי לזיהוי לשם כניסה למקומות מוגבלים. ראו דיווח ב: *RFID and Surveillance in the Workplace*, 59 WORLD OF WORK (ILO), 16, ראו דיווח ב: tinyurl.com/dz4meq (2007), available at .17

(AMA) תיאר את הדיוק של אמצעי המעקב כמקבילה האלקטרונית לראיות DNA.³¹ המעקב האלקטרוני מתמיד, יציב ורציף. שלא כמו המפקח, תוכנת המעקב אינה מתעייפת לעולם. שלא כמו זיכרונו האנושי של המפקח, המידע הנצבר אינו נמחק מעצמו והתייעוד האלקטרוני יכול להישמר לכל תקופת עבודתו של העובד במפעל (ואף לאחר מכן). המידע הדיגיטלי מאפשר עיבוד קל ופשוט, ניתוחים שונים והצלבה עם נתונים של עובדים אחרים, השוואה למפעלים אחרים, ככל שהמידע זמין, ושאר פעולות של כריית מידע, וכל זאת בצורה קלה, פשוטה, זולה ומדויקת לעומת עיבוד נתונים ידני.

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

מאפיין מרכזי אחר של המעקב האלקטרוני, חשוב במיוחד לדיון בזכות הפרטיות, הוא שהמעקב אינו בהכרח גלוי. במפעל היה העובד יכול להרים את ראשו ולראות אם המנהל משגיח. אמנם לאחר שהעובד הפנים את היותו נתון לצפייה, הרמת הראש אינה פעולה טריוויאלית. משמעת העבודה הקשיחה הוטמעה אצלו. אבל במקרה של מעקב אלקטרוני העובד אינו יודע אם פעולתו מתועדת באותו רגע אם לאו. הנחת העבודה של העובד שמודע לאפשרות המעקב היא שהוא מתועד כל הזמן. בנת'האם וטיילור חברו יחדיו להשגחה טוטלית. לכן אין זה מפתיע כי בארצות הברית, שם כמעט שאין מגבלות משפטיות על מעקב אחרי עובדים.³² השימוש באמצעי המעקב נמצא בעלייה מתמדת.³³ מחקר ישראלי

31 ראו AMA, 2007 Electronic Monitoring & Surveillance Survey, available at press.amanet.org/press-releases/177/2007-electronic-monitoring-surveillance-survey/

32 בפרק הבא אדון בפסק הדין המרכזי בסוגיה זו בארצות הברית, O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987).

33 לפי סקר AMA לשנת 2007, 66% מהמעסיקים האמריקנים עוקבים אחרי גלישת העובדים באינטרנט, 65% חוסמים גישה לאתרים מסוימים, 45% עוקבים אחרי תוכן האתרים הנגלשים, הקלדות במחשב וזמן עבודה במחשב, 43% בוחנים קובצי מחשב של העובדים, ו-43% מהמעסיקים עוקבים אחרי תוכן הודעות דוא"ל של עובדים, ו-73% נעזרים בתוכנות ניטור אוטומטיות לשם כך. עם זאת מבין המעסיקים העוקבים, כ-83% מיידעים את העובדים על מעקב ו-71% מיידעים על בדיקת תוכן הדוא"ל.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

שנערך בשנת 2007 מצא שלמעלה ממחצית מהמשיבים לסקר דיווחו שהארגון שבו הם עובדים משתמש בווידאו למעקב אחרי כלל העובדים.³⁴ מאפייניו של המעקב האלקטרוני מבדילים את שאלת המעקב ממצבים אחרים שבהם פרטיות העובד נתקלת בקשיים במקום העבודה, כלומר מבחני ההתאמה למועמדים ואיסוף יזום של מידע בזמן העבודה (למשל בדיקות סמים) או איסוף מידע כללי אחר על העובד. אמנם בכל שלושת המצבים – מבחני התאמה, שימוש במידע ומעקב – יש מאפיינים דומים, ובעיקר פערי הכוחות המוכנים שבין המועמד לעבודה/העובד לבין המעסיק, אבל ההבדלים חשובים ומשמעותיים. לעומת מבחני ההתאמה הגלויים למועמד לעבודה, השימוש במידע ובמעקב איננו בהכרח ידוע לעובד. מבחני ההתאמה נקודתיים, צופים פני עבר ומשקפים פרטים שנכונים לנקודת זמן אחת (חלקם עשוי לשקף מצב קבוע, כמו בעיה רפואית), ואילו המעקב מתמיד, רציף וממשמע את העובד מאותה נקודה ולהבא. בכל המקרים יש חשש שהמידע שנאסף למטרה מסוימת, כמו בדיקת ההתאמה לעבודה או תפוקת העובד, ישמש למטרות אחרות.

ג. המעסיק: ניהול יעיל וניהול סיכונים

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

1. ניהול יעיל

תחת האינטרסים של הניהול היעיל של המפעל נמצא בראש ובראשונה הרצון להגביר את תפוקת העובדים ולהוזיל עלויות ייצור.³⁵ האינטרס של המעסיק הוא אישי, אך הוא גם

34 ורד פטרר-אלון, יצחק הרפז, שי צפריר ואילן משולם ניטור / פיקוח בארגונים (2008), נמצא ב: www.hrisrael.co.il/home/doc.aspx?mCatID=19792. לפי המחקר, ב-61% מהארגונים אין הארגון מיידע את העובדים בנוגע למדיניותו בנושא.

חב חובת נאמנות לציבור (כאשר מדובר בארגון ממשלתי או ציבורי) או לבעלי המניות. לאינטרס היעילות הזה פן חיובי ופן שלילי. בפן החיובי המעסיק מבקש להגביר את התפוקה של כל עובד במשך זמן העבודה בלי לפגוע באיכות המוצר או השירות הרצויה בעיניו. עובד שמייצר 100 מוצרים בשעה יעיל יותר מעובד שמייצר 60 מוצרים זהים באיכותם בשעה. מעקב יכול לסייע בבירור כישוריהם ומיומנויותיהם של העובדים, בירור שלפיו אפשר להעניק תמריצים חיוביים לעובדים היעילים יותר (ולכן שיקול זה פועל לטובת מי שיוודעים כי הם עובדים יעילים) ותמריצים שליליים לעובדים היעילים פחות. בפן השלילי המעסיק מבקש לצמצם את א־היעילות של העובדים. עובד שבזמן העבודה עסוק בענייניו האישיים, גולש באינטרנט ללא קשר לתפקידו³⁶ גורם למעסיק להוצאה כספית שאינה מניבה תמורה מספקת בעיניו.³⁷ נוסף על כך בפן השלילי העובד שאינו עובד מבזבז, בעיני המעסיק כמוכן, משאבי מערכת, כמו שיחות טלפון פרטיות או רוחב פס של חיבור לרשת המחשבים. נוסף על כך המעקב יכול לשמש אמצעי אכיפה פלילי/משמעתי, וכאן הכוונה למעקב שנועד לתעד גנבות על ידי לקוחות או על ידי עובדים. במקרה כזה המעקב יכול להיות סמוי – במקרה של חשד ספציפי – או גלוי, שאז תפקידו הוא למשמע את הלקוחות/עובדים (במקרים רבים די בשלט "שימו לב! במקום זה מותקנות מצלמות אבטחה!", וכל עוד לא ייוודע הדבר, די בשלט ואין אפילו צורך במצלמות עצמן). זהו יישום של רעיון הפן-אופטיקון: המעקב מפנים אצל החשופים לו את עובדת המעקב מתוך כוונה שירסנו את עצמם ויימנעו מפעילות בלתי חוקית, כמו גנבה או מעילה.

המעקב אחרי הלקוחות כאמצעי אבטחה למנוע גנבות הוא אינטרס חוץ-ארגוני של המעסיק אם כי הוא עשוי להקיף גם את העובדים, שהרי בחנות נמצאים לא רק הלקוחות אלא גם המוכרים. אינטרסים אחרים מכוונים כלפי חוץ אבל משליכים כלפי פנים, למשל הקלטת שיחות טלפון של סוכני מכירות או מוקדני שירות טלפוני. השיחה מוקלטת כאמצעי

35 ראו Kirsten Martin & R. Edward Freeman, *Some Problems with Employee Monitoring*, Alder ; 43 J. OF BUSINESS ETHICS 353 (2003), לעיל ה"ש 22, בעמ' 731.

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

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

להטמיע אצל המוקדנים את הצורך בשירות אדיב ויעיל וגם לשם תיעוד הפרטים שנמסרים בין הצדדים או ההתחייבויות שבין העסק ללקוחותיו. כך או כך, יש להקלטה אפקט פן-אופטי: הצדדים מודעים להקלטת השיחה במקרים רבים ("שימו לב, השיחה מוקלטת כדי לשפר את השירות ללקוח"), גורם שעשוי להביא לריסון התבטאויות, הקפדה על נימוס וכדומה.

2. ניהול סיכונים

בצד האינטרס של ניהול יעיל אנו עדים למעקב שמטרתו למזער סיכונים שונים של המעסיק, כלכליים ו/או משפטיים. מעסיקים שבמערכות המחשב שלהם מצוי מידע שהוא בגדר סוד מסחרי כמו רשימות לקוחות או מידע טכנולוגי, יבקשו להגן על המערכות מפני דליפת מידע מתוך הארגון החוצה.³⁸ החשש פה הוא למשל שעובד יעביר קבצים ממערכת המחשב של הארגון למתחרים. לעובדים יש גישה קלה ונוחה בדרך כלל לסודות המסחריים, והניסיון מעלה כי במקרים רבים העובדים הם מקור ההדלפה של הסוד. המעסיקים יבקשו גם למנוע חדירה מבחוץ פנימה, כלומר ריגול תעשייתי. מערכות אבטחת מידע הן צורך כלכלי שחשיבותו גדלה ככל שעסקים לומדים שמלבד הנכסים המוחשיים שיש להם, יש להם גם ידע וקניין רוחני מסוגים שונים שחיוניים לעסק. האינטרס למנוע זליגה של מידע וחדירה לא מורשית לחומר המחשב יתבטא במערכות אבטחת מידע, שמתעדות למשל כניסה ושימוש במאגרים מסוימים, מערכות של הרשאת גישה, מגבלות על העברת קבצים וניטור של תכנים כמו דוא"ל.

אינטרס אחר של ניהול סיכונים הוא רצון המעסיק להימנע מאחריות (ישירה או שילוחית) לעוללות או עברות שביצעו העובדים, בין שהנזק הוא בתוך המפעל ובין שמחוצה לו. מקרה אחד הוא מניעת הטרדה מינית.³⁹ המקרה הנפוץ בהקשר הזה הוא גלישה של עובדים לאתרים פורנוגרפיים באינטרנט בדרך שעובדים ועובדות אחרים נחשפים אליהם, למשל כאשר צג המחשב ממוקם באופן גלוי, או שהם משתמשים באותו מחשב. מקרה אחר

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

הוא רצונו של המעסיק להימנע מאחריות להפרות זכויות יוצרים על ידי העובדים. עובד שמתחף או משתתף בהעברת יצירות מוגנות שלא כדין, למשל של מוזיקה או סרטי קולנוע, עלול להיתבע וכך גם מעסיקו.⁴⁰ במקרה כזה, ולפחות בטכנולוגיה הנוכחית, להורדת קבצים גדולים יש גם השפעה על שימוש רוחב הפס. מקרה שלישי הוא העוולה שמוכרת בדין האמריקני שמטילה אחריות על מעסיק בגין בחירה רשלנית של עובדים, למשל חברת אוטובוס ששוכרת נהג לא מיומן שגורם לתאונות.⁴¹ מצב אחר של ניהול סיכונים כרוך בפרקטיקה הגוברת במסגרת הליכים משפטיים, לדרוש גילוי מסמכים שכולל גם חומר מחשב, כולל כזה שנמחק אבל נוצר לו גיבוי אוטומטי בשרת הרשת. הודעות דוא"ל שנכתבו באופן "פרטי" על ידי עובד שימשו בכמה מקרים ראיות ניצחות שהעובד ו/או המעסיק ידעו כי פעולה או מחדל שלהם הם הפרה של החוק.⁴² המעסיק יעדיף שהודעות כאלה לא יכתבו מלכתחילה.

הסיכונים שנמנו עד כה עוסקים במקום העבודה התאגידי. בצד זה יש מקומות עבודה פרטיים: בעל הבית המבקש לוודא שהמנקה אינו גונב מחפצי הבית, הורים שחרדים לילדיהם ומבקשים לעקוב אחרי המטפלת, או ילדים שמבקשים לוודא כי העובד הסיעודי אינו פוגע בהוריהם הקשישים. מבחינת המעסיקים מדובר בביתם-מבצרם. מבחינת המנקה, המטפלת והעובד הסיעודי, מדובר במקום העבודה שלהם, ולפעמים גם בביתם שלהם.

3. זכות המעסיק

סקירת האינטרסים של המעסיק ממחישה את מורכבות הצד של המעסיק בסוגיה זו. מקצתם אינו רלוונטי למקומות עבודה מסוימים (סיכול דליפה של סוד מסחרי אינה רלוונטית לעסק שאין בו סודות כאלה, מעקב אחרי שירות לקוחות אינו רלוונטי לעסק שאין בו שירות כזה), וברור שבמקרים רבים יש למעסיקים כמה אינטרסים מסוגים שונים. אבל למרות השוני רבים מהם מתנקזים בפועל למעקב מסוגים שונים אחרי העובדים. האינטרסים של המעסיק לבושם לבוש משפטי של זכות הקניין של המעסיק בעסקו, וזו מעוגנת כיום ומוגנת במסגרת הזכות החוקתית לקניין. עם זאת חשוב לזכור שההמשגה

40 ראו Martin & Freeman, לעיל ה"ש 35.

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

42 בהקשרים מסוימים יש חובה שלא למחוק הודעות כאלה. ראו למשל Sarbanes-Oxley Act, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, §802, codified as 18 U.S.C. §1519 שנוחקק בארצות הברית בעקבות פרשת אנרון. מרטין ופרימן מעירים בצדק כי מעקב אחרי עובדים כדי למנוע מראש היווצרות ראיות שימשו בדיעבד בהליכים משפטיים אינו מסכל את הפעילות הבעייתית שאותה הדין מבקש למנוע (נניח הונאת לקוחות על ידי העסק), אלא רק יקשה על השגת ראיות. לעיל ה"ש 35, בעמ' 355.

המשפטית של האינטרסים כזכות קניין איננה בבחינת סוף פסוק. כפי שבתי הדין הבהירו, זכות הקניין של המעסיק משתרעת על המפעל, אבל לא על העובדים. בני אדם אינם עוד מושא להגנה קניינית של אחר. לכל היותר, העובדים משכירים את כוח העבודה שלהם לרשות המעסיק.⁴³ יתרה מכך, בתי הדין קבעו שגם לעובדים זכות קניינית במפעל.⁴⁴ אין הכוונה למפעל הפיזי, למקרקעין ולמכונות שבמפעל אלא לישות הכלכלית של העסק כולו. לפיכך מול זכות הקניין של המעסיק ניצבת זכות הקניין של העובדים. ואפילו אם נכיר בזכות הקניין של המעסיק, הרי שהכרה זו איננה קובעת כפיפות מלאה של העובד למעסיק, שכן הזכות מוגבלת בעקרונות שונים, בין מתוכה ובין מחוצה לה.⁴⁵

בדיני העבודה, ועוד קודם למהפכה החוקתית שהביאה לניסוח הזכות של המעסיק כקניין, הוכרו האינטרסים של המעסיק וזכו להגנה תחת הכותרת של "זכות-היתר (הפרווגטיבה) של המעסיק",⁴⁶ ובהמשך הומשגו כזכות קניינית תחת חוק היסוד.⁴⁷ כמו

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

44 המקרה הראשון שבו הופיעה הקביעה הוא דב"ע לג/9-3 צרי חברה לתעשייה פרצמבטית וכימית בע"מ – ד"ר ריקס, פד"ע ד 477 (1973). בשנים האחרונות חזר בית הדין על הקביעה. ראו למשל עס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97, פסקה 17 (2000). אני סבור שהקביעה השיפוטית שלעובדים זכות קניין במפעל היא מהלך משפטי מחושב של בית הדין, שנובע משימוש (יתר?) במתודולוגיה החוקתית של איזונים שמקובלת במשפט הישראלי, ונדרשה בשל חלקיותה של המהפכה החוקתית, שרוממה את זכות הקניין (של המעסיק) אבל לא זכויות חברתיות (של העובדים). כדי להתגבר על העליונות הפתאומית של זכות הקניין של המעסיק שבאה בעקבות המהפכה החוקתית ולהישאר במסגרת שיח האיזונים, נדרש בית הדין להבהיר שגם לעובדים זכות שקולה, לכל הפחות. לדיון ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות אדם" שנתון משפט העבודה 142, 65 (התשנ"ט); Israel's Labor – Guy Mundlak, Fading Corporatism – Law and Industrial Relations in Transition 162-164 (2007).

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

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

הקניין גם ההכרה בזכות-היתר של המעסיק אינה סוף פסוק. זכות-היתר מאפשרת למעסיק להחליט באופן חד-צדדי בעניינים מסוימים, ואילו בעניינים אחרים הוא מוגבל מכוח הדין, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה אישי.⁴⁸ למשל, זכות המעסיק כפופה לעקרונות של תום לב,⁴⁹ עקרונות של המשפט הציבורי וזכויות העובדים.⁵⁰

ד. הזכות לפרטיות במקום העבודה

מול זכותו של המעסיק ניצבת הזכות לפרטיות של העובד. בשער הראשון דנתי במהותה של הזכות לפרטיות והצבעתי על עקרונות היסוד שלה: עקרון השליטה של האדם בעצמו ובמידע על אודותיו, עקרון ההסכמה והעיקרון של צמידות המטרה. אלה קיימים בדין הישראלי. עיקרון משלים שיוצג פה ושנדון גם בשער השני – בנושא הפרטיות במידע – הוא "העיקרון של התכלית הראויה". על בסיס זה מתכנס הדיון בפרק הנוכחי לבחון את היקפה של הפרטיות במקום העבודה.

חשוב להצביע על חולשתו של עקרון ההסכמה. הגם שהוא עיקרון מרכזי שנגזר מעמדת הפרטיות כשליטה, הרי שעקרון ההסכמה מאותגר כאשר הצדדים אינם שווים בכוחם, ובכוחו של האחד לדרוש "הסכמה" של הצד החלש יותר. זהו המצב במקום העבודה הטיפוסי, ומכאן שורש הקושי הייחודי לסוגיית המעקב במקום העבודה. כאשר המעסיק מציב בפני העובד בררה: הסכמה או פיטורין, אין פה הסכמה של ממש. בדרך כלל גם אין צורך באיום, שהרי הוא ברור לעובד שמתקשה וחושש, ובצדק, לצאת נגד מעסיקו. לפיכך יש להפעיל את עקרון ההסכמה בזהירות ובחשדנות. עקרון ההסכמה מתחזק בעזרת העיקרון של צמידות המטרה, שמגביל את השימושים שאפשר לעשות במידע לפי המטרה המוסכמת הראשונית. לשני אלה מצטרף עוד עיקרון, שמגביל את תכלית איסוף המידע מלכתחילה. בעקרון ההסכמה ובעיקרון של צמידות המטרה אין די כוח לבדם. אין טעם בהגנת המידע אם אפשר לרוקנה מתוכן באמצעות קביעת מטרה כוללנית ורחבה עד אין קץ לשם

47 ראו בג"ץ הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 546.

48 לדיון ראו בן-ישראל, לעיל ה"ש 46, שמתמקדת במערכת האינדיווידואלית של יחסי העבודה.

49 לדיון בהכפפת זכות-היתר של המעסיק לחובת תום לב אובייקטיבית ראו אלישבע ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 527.

50 ראו למשל עניין צים, לעיל ה"ש 44, בעמ' 124, שם הכפיף בית הדין את זכות-היתר של המעסיק לעקרון שוויון ההזדמנויות, לתום לב, לעקרונות המשפט הציבורי ואף לזכויות הקנייניות של העובדים במקום עבודתם. בן-ישראל מצביעה על כרסומים בזכות-היתר, למשל בדמות הטלת חובת נאמנות על המעביד, חיובו של המעביד לספק עבודה, ולענייננו – חובה שלא לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות. היא ממחישה את הדברים בנוגע להבטחת זכות לקיום בכבוד אנושי (שם, בעמ' 726) ובנוגע לחופש ההתארגנות (שם, בעמ' 728).

איסוף המידע.⁵¹ הרי אם כל מטרה מוצהרת כשרה, יצהיר אוסף המידע (בין שמדובר בעסק מול לקוחותיו או מעסיק מול עובדיו) כי בכוונתו לאסוף כל מידע שהוא ולעשות בו כל שימוש שהוא, ובכלל זה העברה לצדדים שלישיים ללא הגבלה. אם יזכה בהסכמה מדעת של מושא המידע, יצא אוסף המידע ידי חובתו מבחינת חובת ההודעה שחלה עליו ויחסן את עצמו מפני טענות על הפרת העיקרון של צמידות המטרה – שהרי כל שימוש שיעשה במידע כלול במטרה הראשונית המוצהרת. לפיכך כדי שלא לרוקן את חובת ההודעה ואת העיקרון של צמידות המטרה מתוכנם, מתבקש גם עיקרון של הגבלת המטרה הראשונית של איסוף המידע. היעדרו של עיקרון כזה הוא פרצה משמעותית באפשרות של האדם לשלוט במידע על אודותיו ומקור לרוקן את עיקרון השליטה מתוכן.

שלא כמו עקרון ההסכמה או העיקרון של צמידות המטרה, חוק הגנת הפרטיות אינו קובע במפורש עיקרון שמגביל את תכלית איסוף המידע והשימושים בו. החוק אמנם קובע חובות שונות שמוטלות על בעל מאגר המידע בנוגע למאגר המידע, אולם אין חובות מקדמיות, חוץ מחובת ההודעה, קבלת ההסכמה והרישום במקרים המתאימים.⁵² לעומת זאת עיקרון כזה מופיע במפורש בדין האירופי והוא מעקרונות היסוד שם בנוגע למידע. לפי עיקרון זה, מותר לעבד מידע רק באופן הוגן, שאינו חורג מהדרוש.⁵³ משמעות הדבר היא בין היתר כי אוסף המידע יכול לאסוף ולעבד רק מידע שקשור בתכלית אמת, כזו שיש לו בה אינטרס אמתי ולגיטימי. זו מגבלה של איסוף מידע לתכלית ראויה. היה ראוי לאמץ בחוק הגנת הפרטיות הישראלי, ובמפורש, עיקרון של "תכלית ראויה", אולם גם בהיעדר אימוץ כזה אני סבור שהעיקרון קיים בדין הישראלי מכוחם של שלושה מקורות: עקרונות כלליים במשפט, עקרונות חוקתיים ומנהליים שמחלחלים למשפט הפרטי, ומכוח דיני הגנת הפרטיות בישראל.

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

52 ועדה שבחנה את ההסדר דחתה הצעה מפורשת להוסיף מגבלה כזו, על חודו של קול. ראו משרד המשפטים, דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע 37 (יהושע שופמן י"ר, 2007) (להלן: דוח ועדת שופמן).

53 ראו סעיף 6(c) לדירקטיבת הגנת המידע: Council Directive 95/46/EC, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (24 October, 1995). הסעיף קובע בין היתר שמידע אישי צריך להיות "adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed". עיקרון זה אומץ גם על ידי ארגון העבודה העולמי, (ILO) בקוד שהציע בנוגע לפרטיות במקום העבודה. ראו International Labour Office, *Protection of Worker's Personal Data* (Geneva, 1997), בסעיף 5.1. החוק בפנינלנד שמסדיר את סוגיית המעקב במקום העבודה קובע איסור על עיבוד מידע אישי של העובדים החורג ממטרת ניהול יחסי העבודה. החוק קוגנטי וקובע כי הזכות אינה ניתנת לוותר, גם לא בהסכמת העובד. ראו סעיף 3 לחוק, לעיל ה"ש 8.

העקרונות הכלליים של המשפט שמהם אפשר לגזור את הגבלת תכלית האיסוף של המידע לתכלית ראויה הם הסבירות ותום הלב. הראשון מוכר בעיקר במשפט הציבורי ויחול בנוגע לאיסוף מידע על ידי רשויות ציבוריות, והשני חל במשפט הפרטי כעקרון-על. המשפט המנהלי והחוקתי מפעילים גם הם מסננות, שמגבילות מראש את טווח האפשרויות של מי שמבקשים לפגוע בזכויות אדם. הכוונה היא לעקרונות שבפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, שדורשים כי תנאי מוקדם הוא שתכליתו של הפוגע בזכויות היא תכלית ראויה. בהמשך נבחן האמצעי שננקט ביחס למטרה במסגרת מבחן המידתיות. עקרונות חוקתיים ומנהליים אלו מקבילים לעקרונות שבהם דובר כאן: איסוף המידע מפקיע את שליטתו של האדם מעצמו בנוגע לאותו מידע, ולכן בהיעדר הסכמה מדעת איסוף המידע והשימוש בו פוגעים בפרטיותו של האדם מושא המידע. לפיכך מותר לאסוף מידע רק אם תכלית האיסוף ראויה ורק אם איסוף המידע והשימוש בו מידתיים. העקרונות החוקתיים חלים במישורן כאשר מדובר בגופים ציבוריים או בגופים דו-מהותיים, ובצורה עקיפה כאשר מדובר בגופים פרטיים, מכוח "מודל התחולה העקיפה"⁵⁴.

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

כמובן נותר לקבוע בכל מקרה ומקרה מהי תכלית ראויה. הנטל לכך צריך להיות על המעסיק, שצריך להסביר כל פריט מידע שהוא מבקש: מדוע הוא נאסף, איזו תכלית (לגיטימית) פריט המידע אמור לשרת. אפשר להיעזר בהצהרותיו של אוסף המידע, אבל יש להעבירן בכמה מסננות שנועדו להפריד בין מטרות לגיטימיות לכאלו שאינן. למשל, מטרה שאינה חוקית פסולה (ולכך עיגון גם במצב החוקי הקיים כיום). בנוגע ליחסי העבודה, שיקול שאין להתחשב בו בעת קבלת החלטות העסקה שונות בנוגע לעובד צריך לקבוע איסור איסוף של המידע מלכתחילה, לפחות כל עוד אין לו מטרות לגיטימיות אחרות. למשל, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 יש איסורים על אפליה מחמת מין, נטייה מינית, מעמד אישי, היריון, טיפולי פוריות או הפריה חוץ-גופית, גיל, גזע, דת,

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

לאומיות, ארץ מוצא, השקפה, השתייכות מפלגתית, שירות מילואים.⁵⁵ לפי תיקון לחוק משנת 2010, מעסיק שדרש מעובד, במישרין או בעקיפין, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה, הוא שיצטרך להוכיח כי פעל כשורה וכדין.⁵⁶ האיסור להפלות לפי כל אלה קובע כי אין לאסוף מידע על עניינים אלה אלא אם יש למידע תכלית אחרת (למשל הטבות מס שונות). אבל גם כאשר יש מטרה לגיטימית לאיסוף המידע, העיקרון של צמידות המטרה יגביל את השימוש במידע שנאסף למטרת האמת הלגיטימית ויאסור שימוש למטרה אחרת. דוגמה אחרת לתיחומה של התכלית הראויה לפי המוצע כאן היא איסור על מטרה כוללת. מטרה שאין קשר בינה לבין המודל העסקי של המעסיק אוסף המידע – פסולה. למשל, העיקרון יקבע איסור על מעסיק לשאול עובדים (או מועמדים לעבודה) על הרגלים שונים שלהם או נתונים אחרים שאין להם קשר למקום העבודה, למשל עיסוקם של בני משפחה.

ה. פרטיות של עובדים

מצוידים בהבנה של הזכות לפרטיות כשליטה על העקרונות הנגזרים מכך, אפשר לבחון את זכותם לפרטיות של העובדים במקום העבודה. נקודת המוצא של הדיון היא שלעובדים, כמו כל אדם, יש צורך במרחב אישי מוגן, שבו הם שולטים בעצמם ולא המעסיק שלהם. הדבר נכון באשר לאיסוף המידע, ובכלל בנוגע לעצמם. לעובד זכות ליחס אנושי מתוך הכרת כבודו כאדם. עובדים (ובני אדם בכלל) בדרך כלל אינם אוהבים להיות במעקב. המעקב יוצר תחושה חזקה של כפיפות. העובדת יודעת כמובן כי היא כפופה למעסיק בכל מיני מובנים, אבל המצלמה המכוונת אליה (או במקרים מסוימים, גם אליה), התוכנה שקוראת את הודעות הדוא"ל שלה, התוכנה שמתעדת את גלישתה באינטרנט, המכשיר שמדווח על מיקומה ושאר אמצעי המעקב מעצימים את התחושה הזו. הכפיפות למעסיק הופכת להיות בכל נקודת זמן, בכל מקום פיזי או וירטואלי בעבודה (וכאמור, במקרים מסוימים, גם מחוצה לו), בכל פעולה. כאשר אנו נמצאים יותר שעות במקום העבודה, ובתעשיות מסוימות אנו מבלים את מרבית שעות הערות שלנו במקום העבודה, מתעצמת משמעותו של המעקב. מעקב רציף עלול ליצור אווירה של חשד: מדוע בוחנים את צעדיו? גם אם העובדת מודעת לכך שאמצעי המעקב אינו מכוון כלפיה אלא מופעל כלפי כלל

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

56 ראו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 15), התש"ע-2010, שהוסיף את סעיף 9(ג) לחוק העיקרי.

העובדים ואולי כלפי הלקוחות, היא מוגבלת בפעולותיה. כל פעולה עלולה לדרוש הסבר בדיעבד גם אם היא תמימה. האם עובדת שסובלת מבעיה רפואית זמנית ונאלצת לקום משולחנה פעמים רבות יחסית כדי לגשת לשירותים, צריכה להסביר למעסיק ממה בדיוק היא סובלת? הצורך כאן הוא, בתמצית, בפרטיות מסוימת.⁵⁷

הצורך בפרטיות במקום העבודה מיתרגם בפועל לצורך בזמן פנוי, כלומר הפסקה בעבודה, לאפשרות לעסוק גם בעניינים שאינם קשורים בעבודה ובצורך שלא להיות נתון לתצפיות ויזואליות או אלקטרוניות. כוחו של הפן־אופטיקון הוא בכך שהוא מטמיע אצל הגורם הנצפה, בין שמדובר באסיר או בעובד, את התחושה שפעולותיו נתונות למבחן מתמיד. העובד אינו יודע אם הוא נצפה בכל רגע נתון או לא, אבל יודע שהאפשרות קיימת. כאשר אנו מרגישים נתונים במעקב, אנו מתנהגים אחרת ו"מצנזרים" את התנהגותנו. כמוכן, העין הברחנית והעוקבת עשויה להביא אותנו להימנע מעברות פליליות או משמעותיות, או מהתנהגויות פסולות אחרות, אבל היא גם גורמת לנו לתחושת אבדן שליטה בעצמנו: מישהו אחר, לא ידוע, מושך בחוטים שאליהם אנו קשורים ושולט בגורלנו. במובן הזה המבט הפן־אופטי איננו רק מצנזר, הוא מקפיא. מחקרים אחדים מצאו כי תחושת המעקב איננה רק תלונה כללית, אלא יש לה מחיר רפואי ממש, של חרדות, דיכאון, דבר שגם הוא בתורו משפיע על המעסיק מחמת ריבוי ימי מחלה.⁵⁸

הטענה כי לעובדים יש צורך בפרטיות במקום העבודה אינה גורפת ואינה מקיפה כל פעילות. רחוק מזה. כעניין מצוי הפרטיות במקום העבודה כבר מצומצמת לעומת הפרטיות שיש לנו במקומות אחרים, למשל בבית. במובן הזה נכון יותר לדבר על הפרטיות במונחים של עצמה והיקף, ולא במונחים דיכוטומיים של קיומה/היעדרה. ההיקף המצומצם יותר נובע מכך שבצד הכללים המשפטיים פועלים נורמות חברתיות וגורמים טכנולוגיים. הנורמות החברתיות גורמות לנו להתנהג בצורה שונה במקומות שונים, לפי ההקשר. למשל, מקובל להתלבש (בכלל או בדרך מסוימת) במקום העבודה לעומת לבוש (או עירום) בבית. במקום העבודה אנו עובדים, ולכן איננו עוסקים בפעילויות אחרות שנחשבות לפרטיות. המבנה האדריכלי של מקום העבודה (וזהו גורם טכנולוגי) מגביל בדרך כלל את ההתנהגות שלנו. עובד שיפּר את הנורמות החברתיות צפוי לגינוי חברתי או לסנקציות מצד המעסיק. טענה של העובד בדבר הגנת הפרטיות לא תועיל לו משום שבמצבים האלה הוא עצמו לא שמר על פרטיותו וחשף עצמו ברבים.⁵⁹

57 בעקבות עתירה של ארגוני זכויות אדם לבג"ץ הודיעה הממשלה על כוונתה לתקן את תקנות דמי המחלה באופן שהודעה של עובד למעסיקו על מחלה לא תכלול את אבחון המחלה.

58 ראו ריכוז ממצאים אצל Alder, לעיל ה"ש 22, בעמ' 735-736.

59 החשיפה העצמית מייתרת טענה על פגיעה בפרטיות, אבל לא טענות על אפליה, אם יש כזו בעקבות חשיפת המידע האישי. למשל, חשיפת נטייה מינית של עובד לפני חבריו לעבודה אינה צריכה להיות שיקול כלשהו בהעסקתו ואינה עילה לפיטוריו. הדין הישראלי אף מקנה במפורש הגנה לעובדים מפני סנקציות במקרים כאלה. ראו סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות

הטענה כאן רחבה יותר. הפרטיות איננה, כטענת כלכלנים שמרנים, מחסה למי שאינם מוכנים ליטול אחריות למעשיהם ומבקשים להסתתר ולהסתיר.⁶⁰ הטענה השמרנית היא שרק מי שיש לו מה להסתיר מבקש את הגנת הפרטיות.⁶¹ אבל הפרטיות הדרושה לנו היא פעמים רבות בפרטים קטנים של היום-יום. בעיה רפואית קטנה שאינה מונעת מאתנו לתפקד בעבודה באופן רגיל, אבל מציקה לנו; צורך לשוחח עם אדם אהוב; עניין שדורש הסדרה כמו קביעת תור לטיפול פסיכולוגי או קביעת שיעור עזר בחשבון לילדינו. גם בירור מחירו של מוצר שמעניין אותנו, בדיקת יעדים לחופשה או מעקב אחרי החדשות או שוק המניות. כל אלה הן פעולות שרובנו איננו מתביישים בהן ושברוב המקרים אין סנקצייה חברתית נגדן. סוג המידע אינו בהכרח רגיש (אם כי הוא עשוי להיות כזה, למשל בקביעת תור לטיפול רפואי), אבל הצורך של האדם בו הוא שחשוב. כמובן אין פירושו של דבר שעובד יכול להגיע למקום העבודה, לעסוק כל היום בענייניו, לא לעבוד ולעמוד על זכותו לעשות זאת בנימוק של הזכות לפרטיות. במקרה כזה המעסיק רשאי בהחלט לדרוש מהעובד הסבר מדוע לא מילא את מטלותיו. הזכות לפרטיות איננה מגנה על התחמקותו של אדם ממטלותיו, אבל היא כן מאפשרת לנו לעשות פעולות שקשורות בנו בלי לדווח עליהן. הצורך בפעולות פרטיות יכול לנבוע מסיבות שונות, ובכלל זה צורך בהפסקה והפוגה בעבודה. כאן, אגב, הצורך איננו רק של העובד אלא גם של המעסיק. מידת האפקטיביות של העבודה פוחתת ככל שהיא רציפה, בין שזו עבודה פיזית או מנטלית, והפסקות ריענון מחדשות את היעילות.⁶² הפסקת הריענון יכולה להיות יציאה מהמשרד לארוחת צהריים, אבל יכולה להיות גם הפסקה בעיסוק השוטף והפניית המחשבה לכיוונים אחרים. הצורך

בעבודה. לעומת זאת בארצות הברית דווח למשל מקרה שבו עורכת דין שהתקבלה לעבודה במשרד התובע הכללי של מדינת ג'ורג'יה פוטרה (או ליתר דיוק קיבלה הודעת ביטול על העסקתה הצפויה) בטרם התחילה בעבודה לאחר שחשפה את היותה לסבית. לסיפור המקרה ראו Alderman & Kennedy, לעיל ה"ש 15, בעמ' 294. המחלוקת כאן איננה על פגיעה בפרטיות העובד אלא על התגובה למידע שלא נשמר באופן פרטי.

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

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

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

הזה מתגבר ככל שהעבודה עצמה מונוטונית ושגרתית, ככפס הייצור הפורדיסטי. נוסף על כך לא תמיד יש לעובד שליטה על המידע שמגיע אליו בדואר האלקטרוני או בטלפון. למשל, מצב שבו העובד מקבל לתיבת הדוא"ל שלו שמתופעלת על ידי מחשבי מקום העבודה, הודעה מבין משפחה או רופא שכוללת מידע אישי על העובד. עצם העבודה שההודעה נמצאת על שרת שבבעלות המעסיק אינה מייתרת את פרטיות העובד.

האינטרסים השונים של העובדים בפרטיות שתוארו עד כה מדגישים את הצורך בפרטיות כשלעצמה. הפרטיות חשובה גם כמחסום מפני פגיעה בזכויות אחרות, ובעיקר הכוונה היא לאפליה מטעמים פסולים או לפגיעה בחופש הדת והמצפון. כאשר יש איסור לשאול אדם למצבו הרפואי, ככל שזה אינו קשור לתפקודו הצפוי בעבודה, הרי דלתות מקום העבודה נפתחות, או לכל הפחות אינן נסגרות בפני אדם הסובל ממוגבלות פיזית או נפשית, או אדם שסובל ממחלה מסוימת שיש לה דימוי חברתי שלילי, כמו למשל נשא HIV.⁶³ כאשר יש איסור לשאול אדם על נטייתו המינית, מוצאו האתני, אמונותיו הדתיות, דעותיו הפוליטיות ושאר פרטי מידע אישי, מתאפשר לאדם מרחב מוגן של פרטיות בנוגע לאלה ויש בכך מעין משוכה נוספת, מוקדמת, שיכולה למנוע לאחר מכן שימוש לרעה במידע הפרטי.

ההצדקה לאיסור על שאלות מראש כדי להגן מפני פגיעה בדיעבד נכונה גם בנוגע למעקב. במסגרת מעקב אלקטרוני, למשל אחרי גלישה של עובד באינטרנט, אפשר לשרטט פרופיל של העובד שקשור בחייו האישיים. חשבו למשל על גלישה באתרי אינטרנט שמציעים מידע רפואי, סיוע נפשי, דיון בשאלות דת או דיווח על פעילויות לקהילה ההומו-לסבית. רשימת האתרים שבהם גלש עובד (ככל אדם) עשויה לחשוף את תחומי העניין שלו. נתיבי הגלישה משקפים את זהותו. כפי שראינו בשער השני, המעקב ממיין אותנו לקטגוריות שרירותיות ומגביל את צעדינו.⁶⁴ הכרה בזכות לפרטיות שמטילה הגבלה על המעסיק ביכולתו לעקוב אחרי העובדים משמשת אמצעי הגנה מפני אפליה על בסיס דת, גזע, נטייה מינית וכיוצא באלה שיקולים שהחברה והקהילה החליטו כי אינם רלוונטיים. יוצא שלפרטיות יש גם תפקיד מכשירני, להגן מפני פגיעה בזכויות אחרות. לוקאס אינטרונה (Introna) ממשיג את הזכות לפרטיות במונחי תאוריית הצדק של רולס (Rawls), כאמצעי הגנה מפני בחירות ערכיות שכרוכות במעקב.⁶⁵ בכל מעקב, הוא מסביר, יש אוסף בחירות ערכיות: איזה מידע לאסוף, לפי אילו אמות מידה, וחשוב לא פחות, איזה מידע לא לאסוף.

63 איסור מפורש על שאילת שאלות קיים בדין הישראלי בנוגע לפרופיל הצבאי. ראו סעיף 2א(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

64 ראו בייחוד OSCAR H. GANDY, THE PANOPTIC SORT: A POLITICAL ECONOMY OF PERSONAL INFORMATION (1993).

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

במובן הזה הפרטיות היא החירות מפני שרירותיותן של החלטות ומפני הוצאה כפויה מן ההקשר.⁶⁶ כל זה תקף גם כלפי עובדים.

ו. מקום העבודה: רשות היחיד או רשות הרבים?

קטגוריית הפרטיות במקומות מבחינה בין רשות היחיד לרשות הרבים ובדין קיימת הטיה חזקה להגנה על רשות היחיד, והתוצאה היא שכל מה שאינו "רשות היחיד" זוכה להגנה מופחתת. החוק הישראלי למשל אוסר צילום אדם ברשות היחיד, אולם מתיר, במשתמע, צילום ברשות הרבים ומסתפק באיסור של פרסום צילום ברשות הרבים אם הצילום משפיל ומבוזה, תנאי שגם הוא פורש בצמצום.⁶⁷ בראש ובראשונה הבית מוגן כמקום הפרטי ביותר שיש לאדם, ומשם מדרג מקומות שמידת הפרטיות בו פוחתת והולכת. מדרג זה משקף את הציפיות של מרבית האנשים, ברוב המקרים. עם זאת הקטגוריה אינה חדה. גם בבית יש קשת מצבים שבהם מידת הפרטיות שלנו פחותה ותלויה בגורמים שונים, כמו עיצוב הבית (חלונות, וילונות, מרחק בין בתים) או הפעילות שבה מדובר, למשל תקשורת שראשיתה בבית והמשכה מחוצה לו. עם זאת גם מחוץ לבית אנו מצפים לפרטיות ונהנים ממנה במצבים מסוימים, למשל מלתחות בברכה או שירותים ציבוריים. אבל כפי שכתתי המשפט בארצות הברית ובישראל הבהירו, הפרטיות איננה של המקום אלא של בני האדם הנמצאים שם.⁶⁸ הפרטיות המוגנת נודדת עם כל אדם לכל מקום שבו הוא נמצא. זו "היחידה האוטונומית" של האדם.⁶⁹

מקום העבודה מאתגר את ההבחנה שבין רשות היחיד לרשות הרבים, שבין הפרטי לציבורי. מבחינה קניינית המפעל והציוד שיש בו, ובכלל זה ציוד תקשורת ומחשב, שייך למעסיק ולא לעובדים. אבל מבחינה מעשית העובדים נמצאים במקום העבודה חלק ניכר משעות היום. יש בעלי מקצוע שעיסוקם מחייב חשיפה מלאה ומתמידה לציבור, למשל מוכרים ונותני שירותים בחנויות, נהגי אוטובוסים או מורים. אולם עובדים רבים, וגם אלה במקצועות שזכרו, זקוקים למרחב פרטי גם במקום העבודה. הצורך במרחב כזה איננו רק במקום פיזי שבו יוכלו להיות לבדם (אם כי גם זה), אלא מרחב וירטואלי, שבו לא יהיו

66 Intron, שם, בעמ' 35-36. בנוגע להסבר הזכות לפרטיות ככלי מנע מפני הוצאה מן ההקשר ראו רוזן, לעיל ה"ש 39.

67 ראו סעיף 2(3) (רשות היחיד), וסעיף 2(4) לחוק ופרשנותו ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

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

69 הביטוי "יחידה אוטונומית" הוא ביטוי של הנשיא ברק. ראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פסקה 21 (פורסם בנבו, 2006).

חשופים לשאלות, לא יידרשו לתת הסברים, יוכלו לפעול בחופשיות ללא תחושה שהם נצפים, ולעסוק בעניינים שלהם, שלגביהם אינם צריכים לתת דין וחשבון.⁷⁰ נוסף על זה דפוסי העבודה והטכנולוגיות, שהן גם כלי עבודה וגם אמצעי מעקב, משתנים. עובדים רבים יותר עובדים בביתם, בין שהם שכירים או עצמאים,⁷¹ משתמשים בציוד המשרד גם מחוץ לבית, כמו למשל במחשב נייד, חיבור לרשת האינטרנט שמספק המעסיק,⁷² טלפון נייד⁷³ או כלי רכב של מקום העבודה. השימוש בציוד זה הוא לצורכי העבודה ובצד זה לצרכים פרטיים. שינויים אלה מטשטשים עוד יותר את ההבחנה בין רשות היחיד של העובד לרשות היחיד של המעסיק, או לרשות הרבים. לפיכך העובדה שפעילות מסוימת של העובד התרחשה באזור הנמצא בבעלות המעסיק או בשליטתו האפקטיבית אינה צריכה להשליך על עצם קיומה של הזכות הפרטיות. הזכות צריכה להיקבע לפי האדם, לפי ההכרה בצרכים האנושיים בדבר מידה של פרטיות שאיננה תלויה-מקום.⁷⁴ השילוב של השינויים האלה במקום העבודה מטשטש את ההבחנה שבין העולם הפרטי לעולם המקצועי, בין רשות היחיד לרשות הרבים, בדרך שפועלת לרעת העובדים והופכת את מקום

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

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

72 לדיון בנקודה זו ראו Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age* 167 (2004).

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

74 המשפט האמריקני נוהג בדווקנות כדי לתחום אזורים פרטיים לעומת ציבוריים. בעניין *O'Connor*, לעיל ה"ש 32 למשל, הציעה דעת רוב של ארבעה שופטים להגדיר מסדרונות, קפיטריה, משרדים, שולחנות ומגירות בבית חולים כאזור העבודה, גם אם העובד הניח במקומות אלה חפצים אישיים כמו תמונה על שולחן העבודה. רק תוכנה של מזוודה או תיק סגורים שהביא העובד נותר אזור פרטי שלו. שם, בעמ' 716.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

העבודה למרחב של שליטה טוטלית (a space of total disciplinary control)⁷⁵. כדי לשמר את האנושיות של העובדים, הזכות לפרטיות צריכה לחול גם במרחב התעסוקתי.

ז. סיכום

המעקב האלקטרוני במקום העבודה הוא עובדה קיימת. השימוש בטכנולוגיות דיגיטליות ככלי עבודה והזמינות של טכנולוגיות המעקב היו הזמנה פתוחה למעסיקים להשתמש באמצעי מעקב שונים אחרי העובדים. למעסיקים יש כמה אינטרסים לגיטימיים במעקב. הם מבקשים לנהל את העסק בצורה יעילה יותר ולהגן על עצמם מפני סיכונים מיותרים, כמו הדלפת סודות מסחריים, יצירת סביבת עבודה עוינת במובן של דיני ההטרדה המינית ורצון להימנע מאחריות שילוחית לפעולות רשלניות של עובדים. הדיון כאן הציג את מקום העבודה העוקב של ראשית המאה העשרים ואחת בצד מיפוי של האינטרסים של המעסיק. מולם ניצבת הזכות של העובד לפרטיות, שחלה גם במקום העבודה. הצורך בפרטיות במקום העבודה אינו בא במקום החובה לעבוד. הוא בא כדי לאפשר את העבודה בצורה אפקטיבית יותר, נעימה יותר ואנושית יותר.

הדיון כאן ממחיש, כמו בנושאים קודמים שנדונו בספר זה, את הצורך בבירור מעמיק של הזכות לפרטיות לפני שהמשפט ממהר לאיזונים חוקתיים וערכיים. הדיון מבהיר כי סביבת העבודה, הטכנולוגיה והזכות לפרטיות יוצרות תמונה מורכבת בהרבה מהעמדה דו-צדדית של זכות של העובד מכאן מול זכות של המעסיק מכאן. הגיעה העת לתרגם את ההבנה הזו לשפה המשפטית, ובכך עוסק הפרק הבא.

Roberto Fragale Filho & Joaquim Leonel de Rezende Alvin, *Information Technology* 75
and Workers' Privacy: Old and New Paradigms, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y 569, 571
(2002).