

שאלה של פרטיות? הקלטה ללא ידיעת הצד המוקלט ביחסי עבודה

א. מבוא

בשנים האחרונות אנו עדים יותר ויותר לפרקטיקה שבה עובדים מקליטים את מעסיקהם ללא ידיעתם. הקלטות מסוג זה תופסות מקום מרכזי גם בפרשיות ציבוריות. האם הקלטה כזו חוקית? האם היא ראויה? מה משמעויותיה מבחינת הפרטיות מצד אחד ומבחינת יחסי העבודה מצד שני?

באמרת אגב בפסק דין בשנת 2015, בעניין בר"ש 4550/15 **חיה עופרה שמואלי נ' מדינת ישראל**, ותוך רחיית בקשה לרשות ערעור, התייחס בית המשפט העליון לפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי עבודה, וציין: "הקלטת אדם שלא בידעתו נגועה ככלל בפגם מוסרי [...] ויחשוב כל אחד מאיתנו מה היה הוא חש אילו נודע לו שהוקלט על-ידי פלוני מחבריו לעבודה בלא ידיעתו".¹ בית המשפט העליון נימק את עמדתו בטעם ערכי, המתייחס להקלטה כזו כאל אקט לא מוסרי הפוגע באווירה ובמרקם היחסים בעבודה. בזמן שחלף מאז מתן ההחלטה אוזכרה אמרת אגב זו בשורה של פסקי דין בבתי הדין האזוריים לעבודה; ברובם ככולם, כפי שיפורט בהמשך הדברים, אוזכרו הדברים כדי להצדיק יחס שלילי כלפי הקלטה במקום העבודה כמו גם כלפי שימוש בה כראיה בהליך המשפטי. במאמר זה אטען כי יחס שלילי זה מצד בתי הדין הוא שגוי, וכמוהו שגויה גם המסגרת המושגית – קרי אתיקה ומוסר – שבה השתמש בית המשפט העליון. לטענתי, המסגרת המשפטית המתאימה לדיון בפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה

* עורכת-דין, מנחה בקליניקה לזכויות עובדים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. אני מבקשת להודות לפרופ' איסי רוזן-צבי, המנהל האקדמי של מערך הקליניקות המשפטיות, על זריקת העידוד כמו גם על הערותיו לטיטת המאמר. תודה מיוחדת לפרופ' ארנה בן נפתלי, לד"ר אבינעם כהן, לד"ר גליה שניביום ולחברי/ות המחזור הראשון של סדנת הכתיבה לעורכיות דין ומשפטים/יות העוסקים בזכויות אדם ובשינוי חברתי במכללה למנהל. בסדנה זו צעדתי את צעדי הראשונים בכתיבת המאמר וקיבלתי כלים מצוינים להמשך הדרך. תודה לפרופ' מיכאל בירנקה, לד"ר הילה שמיר ולעו"ד שלומית שליט על הערות לטיטה מוקדמת של המאמר ועל דיונים בנושאי. גרסה מוקדמת של המאמר זכתה בפרס להנצחת זכרו של נשיא בית הדין הארצי לעבודה השופט מנחם גולדברג ז"ל לשנת 2018 מטעם האגודה הישראלית למשפט העבודה ולביטחון סוציאלי. תודה לאורי בן-ציון, שאותו ייצגתי בתיק שעסק, בין היתר, בנושא המאמר, שאומץ לבו ונחישותו אפשרו לי לטעון חלק מהטענות המופיעות במאמר גם בבית הדין הארצי לעבודה; לחברות המערכת יעל אפרים, יובל לנדאו ונעה שמואלי ולעורכות המשנה סתיו כרמל ונעם פיינסטון, שהערותיהם סייעו לי בחידוד של טיעוני המאמר ותרמו רבות לשיפורו. לבסוף, תודה לעדי, על הזמן לכתוב.

1 בר"ש 4550/15 **שמואלי נ' מדינת ישראל**, פס' ח להחלטת המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2015) (להלן: עניין שמואלי).

והגשתה כראיה היא דיני הגנת הפרטיות ומשפט העבודה, במשולב. במסגרת משולבת זו יש לבחון אם שיחות שמתקיימות במקום העבודה עשויות לחסות, מטעמים שונים, תחת ההגנה המשפטית של הזכות לפרטיות – באופן שעשוי להצדיק איסור הקלטה או שימוש בהקלטה כראיה בבית המשפט. המשגת הטענה באופן זה מאפשרת דיון משפטי ענייני בסוגיה; כמו כן היא חושפת את ייחודו של הדיון הנוכחי בהשוואה לדיונים שהתקיימו עד כה בישראל לגבי פרטיות במקום העבודה, ועסקו בשאלת זכותם של עובדים לפרטיות מפני מעקב של המעסיק, המחזיק במרביתם המוחלטת של אמצעי המעקב ואיסוף המידע במקום העבודה.² הגישה השיפוטית שנטועה באמרת האגב ובפסקי הדין שאימצו אותה נעדרת התייחסות לשאלות בנוגע לזהות המקליט ולטיבה להקלטה, והיא מתמקדת לכאורה רק בזירת ההקלטה – מקום העבודה. אולם, לזהות המקליט ולטעמיו צריך להיות מקום מרכזי בדיון והשפעה מכרעת על תוצאותיו. ראשית, המעסיק הוא שמבצע את עיקר המעקב ואיסוף המידע במקום העבודה. ההתפתחויות הטכנולוגיות שהובילו לשימוש נרחב בטלפונים חכמים, המשמשים גם מכשירי הקלטה ניידים, העניקה לעובדים לראשונה כוח מעקב-נגד זמין ופשוט בתוך מערכת יחסים שפערי הידע והכוחות בה – לטובת המעסיק – הם ממאפייניה המרכזיים. שנית, ספציפית לעניין הקלטות במקום העבודה, בדיקה של פסקי הדין מעלה שברוב המוחלט של המקרים המגיעים לבתי הדין לעבודה המקליט הוא העובד. גם מטעם זה הדיון הקיים בפסיקה אינו עוסק בשאלה ניטרלית של הקלטת אדם את חברו במקום העבודה, אלא במידה רבה בפרטיות המעסיק וביכולתו להתגונן מפני הקלטות שעובדיו מבצעים.³

2 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 40711-04-17 פישר תעשיות פרמצבטיות בערכון מוגבל נ' שטרר (פורסם בנבו, 4.3.2018). (דיון בדרישת המעסיק לקבל דוחות איכון למכשיר טלפון נייד שניתן לעובד על ידי המעסיקה אל מול זכותו של העובד לפרטיות); עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה (פורסם בנבו, 15.3.2017). (דיון בפגיעה בזכותם של עובדים לפרטיות ולאוטונומיה על גופם אל מול דרישת המעסיק לחייבם להשתמש בשעון נוכחות ביומטרי ולמסור לצורך זה את טביעות אצבעותיהם); ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 8.2.2011). (דיון בזכות הפרטיות של העובד בכל הנוגע לשימוש שנעשה במחשב, בטכנולוגיית מידע ובתכתובות דואר אלקטרוני במקום העבודה); סע"ש (ת"א) 45564-12-17 כהן נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.3.2018). (שימוש במצלמות מעקב שהתקין מעסיק במקום העבודה למטרות ביטחוניות, לשמירה על שלום העובדים ולמטרות ניהול ומשמעת של העובדים); ס"ע (חי) 15540-09-09 מלול נ' רוני עמר שרותי הנהלת חשבונות בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2013). (דיון בשאלה אם התקנת מצלמות אבטחה במשרדי המעסיק מהווה הרעה מוחשית בתנאי העבודה בשל הפגיעה בפרטיות העובד).

3 בין פסקי הדין שדנו בפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה אפשר למנות את סע"ש (ת"א) 33100-09-13 אלמלם נ' ב.י.ג. ל.ק. למערכות בע"מ (פורסם בנבו, 30.7.2017), סע"ש (ת"א) 6151-04-14 דהן נ' טבעות שלובות בע"מ (פורסם בנבו, 22.6.2017), סע"ש (נצ') 48785-07-14 קודין נ' עיריית עפולה (פורסם בנבו, 9.10.2016), סע"ש (ת"א) 12846-04-14 בן ציון נ' האגודה לקידום החינוך (פורסם בנבו, 7.8.2016). (להלן: עניין בן ציון (אזורי)); סע"ש (ת"א) 36793-10-12 מועלם נ' יאסקוזה אירופה טכנולוגיות בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2016); סע"ש (נצ') 14277-10-14 לוי נ' עיריית צפת (פורסם בנבו, 4.7.2016). דיון מפורט בפסיקה ייערך בחלק הבא.

שלישית, פעמים רבות הקלטות אלה הן ראייה יחידה להתנהגויות פסולות שנעשו מאחורי דלתיים סגורות שקשה עד בלתי-אפשרי להוכיח אותן בראיות חיצוניות: אפליה, הטרדות מיניות, פגיעה בהתארגנויות עובדים, הפרת הוראות בטיחות בעבודה וכיוצא באלה.

במאמר זה, המתמקד במצבים שבהם העובד הוא שמקליט במקום העבודה, אטען כי על אף הפגיעה האפשרית המסוימת באווירה במקום העבודה או במרקם היחסים השורר בו, ניתוח המצב המשפטי בנוגע לזכות לפרטיות במקום העבודה, ועמו שיקולים שביחסי עבודה ובמרוכזם פערי הכוחות בין העובד למעסיק, מובילים למסקנה שככלל יש לאפשר הקלטות במקום העבודה ואת הגשתן כראיות בהליך המשפטי. זאת, בכפוף לשמירה על תום הלב המוגבר החל על הצדדים ביחסי עבודה,⁴ שאותו אפשר לבחון בעזרת עקרון המידתיות, המציע פתרון מספק להגנה על האינטרסים הרלוונטיים של הצדדים ליחסי העבודה בהקשר זה.

בחלק השני של המאמר אציג את הרקע להחלטת בית המשפט העליון בעניין שמואלי, שם הופיעה אמרת האגב של השופט רובינשטיין בעניין המוסריות של הקלטת אדם שלא בידיעתו במקום העבודה; בהמשך אראה מדוע הקביעות שנקבעו בהחלטה לא יצרו כלל משפטי מחייב. לאחר מכן אסקור את פסיקת בתי הדין המאזכרת את ההחלטה ואת הקשיים העולים ממנה, שעיקרם הרחבה של אמרת האגב בלי דיון עצמאי במשמעותה וכלי להבחין בין המרחבים השונים שבהם עולה סוגיית ההקלטה ללא ידיעת המוקלט: מקום העבודה עצמו, שאליו התייחס השופט רובינשטיין בהחלטתו, ומרחב ההליך המשפטי, המעלה לדיון שאלות נפרדות של קבילות ומשקל במסגרת שאלת השימוש בהקלטה כראיה.

בחלק השלישי אמקם את הפרקטיקה של הקלטה במסגרת יחסי עבודה במסגרת תאורטית – קו התפר שבין משפט העבודה לדיני הגנת הפרטיות. תחילה אבחן את ההקלטה בהשוואה לאמצעי מעקב אחרים במקום העבודה, את הנורמה החברתית כלפי הקלטה ואת ההתפתחויות הטכנולוגיות הרלוונטיות לה. בהמשך אציג את הדין הישראלי הרלוונטי לסוגיה ואת המאפיינים של מקום עבודה ושל השיחות המתקיימות בו. על רקע זה – ובהתאם לדיון התאורטי במהות הזכות לפרטיות, בהצדקותיה ובפערי הכוחות בשוק העבודה – אבחן את השאלה אם הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה אכן פוגעת בפרטיות המוקלט. בחלק הרביעי, ונוכח המסקנה שיש להתיר ככלל ביצוע הקלטות במקום העבודה, אציע שיטה סדורה לבחינת מקרים של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי עבודה. לטענתי המרכזית, על בתי הדין לעבודה לבחון את הסוגיה באמצעות מבחני המידתיות: אדגים טענה זו ואציע דרכים לניתוח משפטי של הסוגיה באמצעות כמה מקרים שיאירו זוויות שונות זו מזו של סוגיית ההקלטה ביחסי עבודה ושל השימוש שנעשה בה.

4 לחוזה העבודה שני מאפיינים עיקריים המובילים לדרישת תום הלב המוגברת החלה על הצדדים ליחסי העבודה, בשונה מצדדים לחוזה רגיל: היותם של יחסי עבודה יחסים מתמשכים, בדומה ליחסים משפחתיים או ליחסי שותפות, והיותם יחסים היררכיים. ראו, למשל, אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 499, 506 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). עוד בהקשר זה ראו בחלק העוסק בתחולה של עקרון המידתיות.

ב. אמרת האגב בעניין שמואלי והפסיקה שניתנה בעקבותיה

1. המקרה של חיה שמואלי

חיה שמואלי כיהנה כראש ענף גבייה ואכיפה בלשכת הממונה האזורי של מע"מ באר שבע. בשל סכסוך עם הממונים עליה וטענות להתנכלות מצדם סירבה שמואלי לציית להוראותיהם, יצאה לחופשות מחלה של חודשים רבים, דרשה מהממונים עליה לפנות אליה בכתב או באמצעות עורך-דינה וסירבה לפעול בהתאם להחלטת ועדה רפואית בנוגע לאופי העבודה שיוטל עליה. תחת זאת – כך נקבע בפסק הדין בעניינה – היא התיישבה בשולחן ריק במזכירות והייתה ממלאת את ימיה בעזרת מחשב נייד שהביאה מביתה ובקריאת עיתון, כשרגליה מונחות על השולחן. במסגרת אותו סכסוך, ובניסיון להוכיח שהיא סובלת מהתנכלות, הקליטה שמואלי את הממונה עליה.⁵ בתום הליך משמעותי הורה בית הדין למשמעת של עובדי המדינה על פיטוריה, על פסילתה משירות המדינה למשך חצי שנה, על פסילתה מלשרת ברשות המסים עד הגיעה לגיל 67 ועל נזיפה חמורה. אשר להקלטת הממונה קבע בית הדין כי מדובר בהתנהגות שאינה הולמת עובד מדינה. קביעה זו התבססה על פסיקת בית המשפט העליון בעניין אהרוני נ' נציבות שירות המדינה,⁶ שבו נקבע כי הקלטה של ועדת בוחנים במרכז היא התנהגות שאינה הולמת עובדי מדינה לפי סעיף 17(3) לחוק שירות המדינה (משמעת).⁷ הנימוק המרכזי בעניין אהרוני היה שהקלטה של עובד המדינה את חבריו לעבודה מנוגדת לחובת ההגיינות שעובד מדינה חב בה כלפי שירות המדינה והיא עלולה לזרוע חוסר אמון בין העובדים, לשבש את היחסים בקרב שירות המדינה ובסופו של דבר אף לפגוע בשירות הניתן לציבור.

בערעור על פסק הדין ביטל בית המשפט המחוזי את הרשעתה של שמואלי בהתנהגות שאינה הולמת עובד מדינה שהתבססה, כאמור, על הקלטת הממונה עליה. בית המשפט קבע כי ההכרעה של בית הדין למשמעת – אף שהיא יכולה להתיישב עם פרשנות סעיף 17(3) לחוק ועם הלכת אהרוני – אינה מתחשבת דיה בנסיבות המקרה הנדון, שאותן תיאר כנסיבות של "עובדת בודדת, לא מוערכת, המחפשת נואשות ראיות או עדים אשר יוכלו לתמוך בעמדתה. עובדת הנאבקת לשמור על מקום עבודתה, עת שהיא מסוכסכת עם הממונים עליה ולאחר שהועברה כבר מתפקיד אחד לאחר". בית המשפט הוסיף וקבע: "כאשר עובד

5 עמ"מ (י-ם) 14-02-30543 שמואלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.6.2015) (להלן: עניין שמואלי (מחוזי)).

6 עש"מ 5246/99 אהרוני נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נ(1) 481 (1999). לעומת 19 מקרים שבהם צוטטה אמרת האגב בעניין שמואלי בפסיקת בתי הדין לעבודה בתקופה של שלוש שנים בלבד, כפי שיפורט להלן בהרחבה, עניין אהרוני צוטט בבתי הדין לעבודה (במישרין ולא במסגרת ציטוט של עניין שמואלי, המפנה אליו) רק עשר פעמים במשך 19 השנים שחלפו מאז ניתן, שמונה מהן במקרים שבהם אכן היה המעסיק חלק מהשירות הציבורי, כולם בהקשר של פגיעה נטענת ביחסי האמון בין הצדדים ליחסי העבודה עקב מעשה ההקלטה.

7 חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 50. ס' 17 קובע כי עובד מדינה שעשה בישראל או בחוץ לארץ אחת מאלה אשם בעבירה משמעת: ס' 17(3) התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה.

כלשהו – וגם עובד מדינה – מצוי במלחמה על מקום עבודתו, וכאשר יש לו יסוד להאמין שחבריו לעבודה 'יסגרו שורות' ויסרבו להעיד למענו, מתוך חשש לעבודתם שלהם, סבור אני כי אין למנוע ממנו לפעול למען שימור פרנסתו.⁸ במצב דברים כזה, וכל עוד פעל במסגרת החוק, סבר בית המשפט שאין בהקלטה לצורך הבאת ראיות להליך משפטי משום התנהגות בלתי-הולמת, גם אם היינו רואים אותה ככזו במנותק מנסיבות המקרה. בית המשפט ציין שהוא ער לכך שהוא מבחין את המקרה הנדון מהלכת אהרוני ואולי אף מצמצם אותה, אולם לפי העקרונות העולים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לאפשר לעובדת מדינה לאסוף ראיות בדרך של הקלטת חבר לעבודה, כדי לאזן את פער הכוחות בין העובד היחיד לבין המערכת של נציבות שירות המדינה והמשרד המעסיק.⁹

שמואלי הגישה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על העונש שנגזר עליה בשני האישומים המשמעותיים שבהם הורשעה. השופט רובינשטיין דן בבקשה כדן יחיד ודחה אותה מהטעם שהיא אינה מעלה טעם משפטי החורג מעניינה הקונקרטי של המבקשת. אף שאפשר היה לחתום בכך את ההחלטה, הוסיף רובינשטיין והתייחס גם לאישום בעניין הקלטת הממונה, שלא היה כלול בבקשת הערעור. רובינשטיין ציטט בהרחבה את הלכת אהרוני, קבע כי ההלכה שנקבעה בו ראויה לחיזוק ולאישוש והוסיף:

הקלטת אדם שלא ביריעתו נגועה ככלל בפגם מוסרי, שלמותר להכביר עליו מלים; הרי שיחה בין אדם לחברו אינה ככלל מיועדת להקפדה "משפטנית" על כל מלה, בידיעה שהיא תשמש חומר ראיתי בהליך כזה או אחר. המקלטי ועושה בכך שימוש, הריהו עושה ככלל מעשה אשר לא יעשה "ברשות התורה" להבריל, ויחשוב כל אחד מאיתנו מה היה הוא חש אילו נודע לו שהוקלט עליי פלוני מחבריו לעבודה בלא ידיעתו.¹⁰

כאמור, הלכת אהרוני עוסקת בהקלטה של עובדי המדינה ללא ידיעתם, והיא מושתתת על הוראות חוק שירות המדינה (משמעת) ועל הנימוק שהקלטה ללא ידיעה עשויה להוביל, בין היתר, לפגיעה בשירות הניתן לציבור על ידי עובדי המדינה. על כן, כלפי עובדים שאינם עובדי מדינה, שחוק שירות המדינה לא חל לגביהם, אמרת האגב של השופט רובינשטיין מהווה לא יותר מביקורת ערכית שאינה מגובה בנורמה משפטית ספציפית, ועל כן לכאורה היא חסרת נפקות משפטית.¹¹ מבחינה פורמלית, הדברים נאמרו במסגרת החלטה של דן יחיד, שדחתה בקשה למתן רשות ערעור על אישום שאינו כלול בבקשת רשות הערעור,

8 עניין שמואלי (מחוזי), לעיל ה"ש 5, בפס' 172.

9 שם, בפס' 174.

10 עניין שמואלי, לעיל ה"ש 1.

11 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993). כפי שיפורט בהמשך, מתוך 19 המקרים שבהם אוזכרה אמרת האגב בעניין שמואלי בפסיקת בתי הדין לעבודה, רק חמישה עסקו בעובדי השירות הציבורי; הרוב המוחלט של המקרים דנו בעניינם של עובדים מהמגזר הפרטי.

ועל כן מובן שלא היו בגדר טעם ההכרעה בהחלטה אלא הערת אגב שאינה מחייבת את הערכאות הנמוכות.¹²

כשנה וחצי מאוחר יותר חזר השופט רובינשטיין על אמרת האגב בעניין מעמדה המוסרי של הקלטה ללא ידיעת המוקלט, שוב אגב דחיית בקשה לרשות ערעור. הוא התייחס להקלטות שנערכו ללא ידיעת המוקלט (בסכסוך אזרחי ולא במסגרת יחסי עבודה) וקבע שקבלת ההקלטות כראיה "מעלה חשש מסוים בדבר קבילותן, או למצער אי נוחות, נוכח חוסר הבהירות האופף את הנסיבות בהן הוקלטו השיחות, ובפרט בנוגע למודעותם (וכן, מכללא, הסכמתם) של הצדדים לדבר הקלטתן".¹³ השופט רובינשטיין הוסיף והפנה לפסיקה העוסקת בהגשה של ראיה כשמדובר בחומר ראיות שהושג תוך פגיעה בפרטיות,¹⁴ אך לא דן בשאלה אם במקרה שבנדון אכן מדובר בהקלטות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות. כמו כן אין בהחלטה הסבר בדבר החשש לקבילות ההקלטות כראיה בבית המשפט ובדבר המשמעות המשפטית של "אי-הנחות" המדוברת. משכך, שוב נותר הדיון במישור המוסרי-הערכי.

2. אימוץ אמרת האגב בעניין שמואלי על ידי בתי הדין האזוריים לעבודה

בשלוש השנים שאחרי מתן ההחלטה בעניין שמואלי, ונכון למועד כתיבת שורות אלה, אוזכרה ההחלטה בערכאות 25 פעמים.¹⁵ ככלל, השופטים שהתייחסו להחלטה אימצו את

- 12 ראו רע"א 7152/94 שידלוב נ' קיהן, פ"ד מט(5) 309, 313 (1996); רע"א 6494/01 כראם נ' מסארווה (פורסם בנבו, 15.10.2001); מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 228 (2004).
- 13 בע"מ 9935/16 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.1.2017).
- 14 ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 450, 441 (1995).
- 15 ראו פ"ה (אזורי נצ') 18-04-33198 גבארין נ' עיריית נצרת (פורסם בנבו, 9.8.2018); ת"א (שלום הרצ') 16-11-27481 יחזקאל נ' שרעבי (פורסם בנבו, 8.8.2018); סע"ש (אזורי ת"א) 15-08-2139 כהן דיויד נ' אלי וכן אסולין קרמיקה בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2018) (להלן: עניין כהן דיויד); על"ח (ת"א) 17-11-49247 חברת מוסדות חנוך תרבות והתחדשות שכונות בקדימה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.5.2018); ועדת התעסוקה בעניין פיטורי חיילי מילואים (ת"א) 60/15 פלוני נ' נר סוכנויות ופרויקטים 2000 בע"מ (פורסם בנבו, 12.4.2016); סע"ש (ת"א) 14-05-15110 נבעה נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.2018); סע"ש (ת"א) 15-07-16042 סלע נ' מירון (פורסם בנבו, 6.3.2018); עניין אלמלם, לעיל ה"ש 3; עניין דהן, לעיל ה"ש 3; עניין קודין, לעיל ה"ש 3; עניין בן ציון (אזורי), לעיל ה"ש 3; עניין מועלם, לעיל ה"ש 3; עניין לוי, לעיל ה"ש 3; סע"ש (ת"א) 12-11-25652 אנקרי נ' א.א.ס אדוונס בע"מ (פורסם בנבו, 16.5.2016) (להלן: עניין אנקרי (אזורי)); סע"ש (ב"ש) 13-04-56669 רבינוביץ נ' עמותת יחדיו באר שבע והדרום (פורסם בנבו, 19.4.2016); ת"א (אזורי טב') 13-05-60956 חיאל נ' דוכובנה (פורסם בנבו, 21.3.2016); ר"ע 8/15 חזי נ' הרמטכ"ל (פורסם בנבו, 28.2.2016); תא"מ (אשרד') 12-12-39937 ביטון נ' לביא (פורסם בנבו, 1.2.2016); ס"ע (ת"א) 11-12-37174 סמייה נ' פוליס בע"מ (פורסם בנבו, 21.7.2014); ס"ע (ת"א) 12-05-20662 שפיצר נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 15.7.2014); תא (אש') 12-10-25734 ברק נ' טויל (פורסם בנבו, 13.1.2016); סע"ש (ת"א) 12-12-49018 גיילי נ' קוד אואזיס בע"מ (פורסם בנבו, 27.12.2015); סע"ש (ת"א) 13-06-36109 אסולין נ' עיתון המודיע בע"מ (פורסם בנבו, 25.11.2015) (להלן: עניין אסולין); סע"ש (ת"א) 13-08-7806

אמרת האגב, הסתמכו עליה והרחיבו אותה, הן בנוגע להתנהלות ראויה במקום העבודה והן בנוגע לאפשרות להשתמש בהקלטה במסגרת הליך משפטי. רק בחמישה מפסקי דין אלה דובר בהקלטה שביצע עובד בשירות הציבורי; בשניים מהם הזכיר בית הדין את העובדה שמדובר בעובד ציבור כחזוק לפגם שבהתנהלות העובד, אך בכל חמשת המקרים הסתמך בית הדין על אמרת האגב בעניין שמואלי ולא על פסק הדין המפורט בעניין אהרוני. באף אחד מהמקרים שבהם דובר בעובדים מהמגזר הפרטי לא הייתה התייחסות לעובדה שההחלטה בעניין שמואלי ופסק הדין בעניין אהרוני לפניה עוסקים שניהם בעובדי ציבור, או לכך שפסק הדין בעניין אהרוני נימק במפורש את קביעותיו בנוגע להקלטה ללא ידיעת המוקלט בכך שמדובר בשירות הציבורי. למעט שני פסקי דין של בית משפט השלום שבהם ציינו השופטים שמדובר באמרת אגב,¹⁶ אין רמז לכך ביתר פסקי הדין, לרבות כל פסקי הדין שניתנו בבתי הדין לעבודה; הדברים הובאו, ככלל, ככאלו שמציגים את "משמעות ההקלטה במהלך תקופת העבודה" על פי בית המשפט העליון.¹⁷

עיון בפסקי הדין מלמד על מדרג מסוים של הסתמכות על אמרת האגב של השופט רובינשטיין. במדרגה הראשונה כלולים פסקי הדין שבהם אזכור ההחלטה נעשה לגבי פעולת ההקלטה עצמה ומרחב יחסי העבודה, בדרך כלל כחלק מדיון בטענה לפגיעה ביחסי האמון בין

Mergie Lauron נ' דורות (פורסם בנבו, 17.11.2015); סע"ש (ת"א) 13961-01-14 אגסי מיימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.10.15). הבדיקה נעשתה על ידי המחברת באמצעות עיון באתר נבו, לאחרונה ביום 17.9.2018.

16 שם, בעניין ביטון ועניין חילא.

17 ראו, למשל, עניין אסולין, לעיל ה"ש 15, בפס' 63. למסקנה דומה עשויים להגיע הקוראים את כותרת הידיעה שפורסמה בגלובס לאחר פרסום פסק הדין בעניין שמואלי: גור מגידו "שופט העליון רובינשטיין יוצא נגד תופעת הקלטות הסתר" גלובס – דין וחשבון 13.7.2015. goo.gl/pRmcKS. במשך השנים הובעו בפסיקה ובספרות עמדות מנוגדות בשאלה אם ראוי לשופט להביע עמדתו בעניינים שאינם דרושים להכרעה במסגרת ההליך המשפטי. בין היתר נטען כי המנהג שלא להבחין בין הרציו לבין האוביטר קשור לשינוי בתפיסת בית המשפט את עצמו, "כמי שמחזיק בתפקיד 'מעין חקיקתי' או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה", וכי אחת הבעיות הנובעות מתופעה זו היא כי חידושי הלכה נקבעים בעניינים שבהם הם אינם נדרשים להכרעה, על כל המשתמע מכך לגבי מידת האחריות שהשופט לוקח על עצמו במסגרת הדיון, לעומת מקרה שבו מונחת בפניו בעיה קונקרטית, ואלה משמשים לאחר מכן בסיס להחלטות עתידיות כאילו מקורם בעקרונות מקובלים מימים ימימה. ראו בכלליות רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים 21 כח (1997). לשיטת גביון, על בית המשפט ועל הקהילה המשפטית מוטלת אחריות שלא לתת תוקף משפטי מחייב לאמרות אגב במקרים חדשים המובאים לפני בית המשפט. רות גביון "הידוען המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים (2) 27 (1996); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג 681 (1996). הלכה למעשה היטשטשה ההבחנה בין הרציו לבין האוביטר משזו הפכה לעניין שבאינטואיציה של השופט המאוחר, המאמץ בפסק דינו את החלקים שהוא מסכים להם ודוחה את אלו שלא, משום ששופטים בערכאות הדיוניות נוהגים לתת משקל רב לדבריהם של שופטים בערכאות הגבוהות, בין שנאמרו כאוביטר ובין שלא. חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2000).

הצדדים או מנזיפה כללית בעובד על בחירתו להקליט עובד או ממונה ללא ידיעתו. לפחות בגלוי, לנזיפות כאלה אין השלכה מעשית על תוצאות פסק הדין, בין משום שבית הדין מצא נסיבות אחרות שעולות מההקלטה כדי לדחות טענות המבקשות להסתמך עליה ובין משום שבסופו של דבר, כשבחן בית הדין את ההקלטה, הוא לא מצא סיבה שלא לקבלה כראיה.¹⁸ במדרגה השנייה נמצאים פסקי הדין שיצאו ממרחב מקום העבודה וגזרו מאמרת האגב כללים של קבילות ומשקל. כך נקבע – באופן כללי ולא בהתייחס לנסיבות של מקרה מסוים – כי יש להתייחס בזהירות לדברים המוקלטים ללא ידיעת המוקלט, גם אם הם עומדים בתנאי הקבילות, "הואיל והשיחה המוקלטת מנותבת על ידי המקליט בהיעדר ידיעה של הצד שכנגד, לנושאים ולאמירות הנוחים למקליט", וכן "בשים לב לדברי כב' השופט רובינשטיין (ב"פרשת חיה שמואלי נ' מד"י)", אז המשקל הראיתי של הקלטות שבידי הצדדים (הקלטות שהוקלטו כאשר הצד השני ליחסי העבודה אינו יודע על קיומם), הוא נמוך למדי.¹⁹ עוד נקבע כי במקרים כאלה אין "כוונה של המוקלט לדבוק במה שאמר כשהוא "משיח לפי תומו",²⁰ שהרי "אין זו דרכם של הצדדים ליחסי עבודה להתנסח התנסחות משפטית".²¹ במקרה נוסף נקבע ש"ככל שמדובר באמירות והנשמעות בהקלטה; ע' צ' אשר לדעת המקליט תומכות בגרסתו, יש ליתן להן משקל מועט ביותר או לא ליתן להן משקל כלל".²²

במקרה שעסק בעניינה של עובדת מדינה שהקליטה את הממונה עליה ללא ידיעתה קבע בית הדין שלא נדרשת הכרעה לעניין קבילות הראיה רק משום שהמדינה לא ביקשה לפסול אותה.²³ במקרה אחר אוזכרה אמרת האגב של השופט רובינשטיין במפורש כנימוק לפסילת הקלטה מלשמש ראיה בהליך המשפטי;²⁴ מאוחר יותר נקבע בנוגע להקלטות שהוצגו

- 18 ראו, למשל, עניין גבארין, לעיל ה"ש 15; עניין חברת מוסדות חנוך תרבות, לעיל ה"ש 15; עניין סלע, לעיל ה"ש 15; עניין דורות, לעיל ה"ש 15; להתייחסות דומה ראו גם עניין סמייה, לעיל ה"ש 15; עניין רבינוביץ, לעיל ה"ש 15; עניין לוי, לעיל ה"ש 3; עניין אלמלם, לעיל ה"ש 3; עניין קודין, לעיל ה"ש 3. הקושי העיקרי במקרים אלו עולה מחשש להרתעת-יתר של עובדים משימוש בהקלטה ללא ידיעת המוקלט בנסיבות שאין מניעה חוקית לעשות כן, ואף בכאלו שהיינו רוצים לעודד בהם הקלטה כעניין של מדיניות שיפוטית, למשל כשיש בה כדי להציג ראיות לעוולות שקשה עד בלתי-אפשרי להוכיח בלי הקלטה.
- 19 ראו עניין אסולין, ועניין כהן דיויד, לעיל ה"ש 15.
- 20 ראו עניין שפיצר, לעיל ה"ש 15.
- 21 ראו עניין מועלם, לעיל ה"ש 3. דעה דומה אפשר למצוא גם בפסק דינו של בית משפט השלום, שקבע כי "לא ניתן לזקוף" לרעת המוקלט דברים שאמר כשלא ידע שהוא מוקלט, עניין חיאל, לעיל ה"ש 15.
- 22 ראו עניין בן ציון (אזורי), לעיל ה"ש 3. על פסק הדין הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה. הערעור נדחה בפסק הדין ע"ע (ארצי) 16-10-2152 בן ציון נ' האגודה לקידום החינוך (פורסם בנבו, 10.12.2017) (להלן: עניין בן ציון (ארצי)). המערער יוצג בשתי הערכאות על ידי כותבת המאמר.
- 23 ראו עניין אגסי מיימון, לעיל ה"ש 15.
- 24 ראו עניין אנקרי (אזורי), לעיל ה"ש 15.

בהליך כי "על פי פסק הדין בעניין שמואלי משקלן הראייתי נמוך אם בכלל".²⁵ במקרה אחר בלבד הסתייג בית הדין מאמרת האגב, וקבע שעצם העובדה שעובד בחר להקליט את מעסיקו לא תמיד תפעל לחובתו כך שאי־אפשר יהיה להציג את התמלול, ושהדבר ייקבע לפי הנסיבות.²⁶ למרות ההסתייגות, יש בפסק הדין נכונות להכיר בטענה שבחירה של עובד להקליט את מעסיקו ללא ידיעה עשויה להוביל לכך שההקלטה לא תהיה קבילה כראיה, כך שבפועל גם פסק דין זה מרחיב את התחולה של אמרת האגב.

במדרגה השלישית נמצאים פסקי הדין שהרחיבו את אמרת האגב מחוץ ליחסי העבודה. כך נקבע שיש להחיל את הגישה השיפוטית שהותוותה בעניין שמואלי גם על עורך־דין המקליט צד שכנגד לצורך שימוש בהקלטה כדי ליזום הליך משפטי,²⁷ וכי הגיונם של הדברים חל גם על הקלטה שזים תובע במטרה ליצור ראיות להגשת תביעה כספית שאין בינה לבין יחסי עבודה כל דבר ועניין.²⁸ במקרה אחר הושארה בצריך עיון השאלה אם יש לדחות על הסף פונה לוועדת הערר לפי חוק שירות הקבע בשל הקלטת פקוד את מפקדו ללא ידיעתו ומפאת חוסר תום הלב שבפרקטיקה זו.²⁹ במקרה שעסק בפרשנות של סעיף 9 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (הודאה בקיום זכות), קבע בית משפט השלום – בין היתר, בהסתמך על אמרת האגב בעניין שמואלי – כי התכלית של מוסד ההתיישנות בדבר ויתור, מחילה ושיקום היחסים תומכת בפרשנות של דרישת הכתב בסעיף 9 האמור ככזו שאינה כוללת הקלטת שיחה על פה.

בכך הרחיבו בתי הדין האזוריים את האמירה המוסרית־ערכית של השופט רובינשטיין בלי דיון עצמאי בשאלה של משמעות ההקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה, וכלי להבחין בין המרחבים שבהם עולה סוגיית ההקלטה ללא ידיעת המוקלט: מקום העבודה עצמו, שאליו התייחס רובינשטיין בהחלטתו וכך גם הלכת אהרוני שקדמה לו – ואל מולו מרחב ההליך המשפטי, המעלה לדיון שאלות נפרדות של קבילות ומשקל כחלק משאלת השימוש בהקלטה כראיה. העובדה שאפשר ליחס פגם כלשהו – מוסרי או משפטי – לפעולת ההקלטה עצמה אין פירושה בהכרח שההקלטה לא תתקבל כראיה. במובן זה נדמה שבתי הדין מיהרו מדי, וללא הנמקה החילו את הפגם המוסרי שמצא בית המשפט העליון בהקלטה ביחסי עבודה גם על שאלת הקבילות והמשקל שיינתן להקלטות בהליך השיפוטי.

בה בעת עם הפסיקה המתוארת ניתן ביולי 2016 פסק דינו של בית הדין הארצי בעניין ברנס.³⁰ באותו מקרה נדונה החלטת מוסד אקדמי לפטר מרצה עקב "התנהגות בלתי הולמת מרצה במוסד אקדמי", לרבות בגין הקלטת נציגי המוסד ללא ידיעתם. בית הדין הארצי קבע, בלי להתייחס כלל לעניין שמואלי, שלא בכל מקרה שבו עובד מקליט את הממונים או את עמיתיו לעבודה יש בכך כדי להוות עילה מוצדקת לסיום עבודתו. בית הדין הוסיף והצביע על מקרים שבהם בלי הקלטת מעסיק או עמיתים למקום העבודה לא יוכל עובד

25 ראו עניין דהן, לעיל ה"ש 3.

26 ראו עניין גוילי, לעיל ה"ש 15.

27 ראו עניין ברק, לעיל ה"ש 15.

28 ראו עניין ביטון, לעיל ה"ש 15.

29 ראו עניין חזי, לעיל ה"ש 15.

30 ע"ע (ארצי) 11-11-14184 ברנס נ' המרכז האקדמי כרמל (פורסם בנבו, 14.7.2016).

לעמוד בנטל ההוכחה של תביעתו, וסיכם כי ככל שהקלטה בוצעה בתום לב, ונועדה לאפשר לעובד להוכיח פגיעה בו שלא כדין או לחשוף מעשה לא תקין שנעשה במקום העבודה, עצם ההקלטה אינו פסול ולא יכול להוות עילה מוצדקת לסיום העסקתו.³¹ כפי שעולה מפסקי הדין שנדרונו לעיל, גם לאחר מועד מתן פסד הדין בעניין ברנס המשיכו בתי הדין האזוריים להסתמך על עניין שמואלי.

הם המשיכו לעשות כן גם לאחר מתן פסק דין נוסף בערעור של בית הדין הארצי בעניין **בן ציון**.³² באותו עניין הוסיף בית הדין הארצי על קביעותיו בעניין ברנס – תוך אזכור מפורש של ההחלטה בעניין שמואלי, לאחר שהצדדים להליך טענו בפניו בהרחבה בנוגע אליה – וקבע כי עצם ההקלטה של מעסיק או של עמית לעבודה אינם מלמדים בהכרח על חוסר תום לב של המקליט. בסוגיה זו, קבע בית הדין, אין מקום לקביעות גורפות וכל מקרה צריך להיבחן בהתאם לנסיבותיו. עוד הוסיף בית הדין הארצי כי על תום לבו של מקליט אפשר ללמוד מהנסיבות האופפות את ההקלטה, אך גם מנסיבות מאוחרות ובהן התנהלותו בנוגע להקלטות במהלך הדיון. לבסוף הבהיר בית הדין כי שאלת המשקל של ההקלטות היא שאלה נפרדת וכי גם לגביה אין לקבוע מסמרות ויש לבחון כל מקרה לנסיבותיו.

לבסוף, בעניין אחר, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי אין בהקלטה יזומה של מועמד לעבודה, שנועדה להוכיח הפליה בקבלה לעבודה, כדי להוות חוסר תום לב המצדיק את הפחתת הפיצוי שייפסק לעובד בשל ההפליה.³³

הנה כי כן, אפשר לראות בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה נסיגה מאמרת האגב של בית המשפט העליון בעניין שמואלי, אם כי עמדתו טרם אומצה במלואה על ידי בתי הדין האזוריים. עם זאת, הדיון עדיין נעדר בסיס נורמטיבי משפטי מספק וכלים להכרעה בתיקים עתידיים. על כל אלה אבקש להרחיב בחלק הבא.

ג. הקלטה ללא ידיעת מוקלט במסגרת יחסי עבודה והיקף ההגנה הראוי על הזכות לפרטיות

את קביעותיו בעניין שמואלי, בנוגע להקלטה ללא ידיעת המוקלט, נימק בית המשפט העליון בטעם ערכי, הרואה את ההקלטה כאקט לא מוסרי הפוגע באווירה ובמרקם היחסים בעבודה. אמרת האגב הורחבה על ידי בתי הדין האזוריים לעבודה והוחלה על עובדים מהמגזר הפרטי – במישור יחסי העבודה אך גם במישור ההליך המשפטי – בשאלות של קבילות ומשקל.

31 שם, בפס' 42.

32 עניין **בן ציון** (ארצי), לעיל ה"ש 22, וכן בסמוך לאחר מכן בע"ע (ארצי) 16-06-20357 אנקרי נ' א.א.ס אדוונס בע"מ (פורסם בנבו, 30.1.2018). ראו, למשל, עניין **חברת מוסדות חנוך תרבות**, לעיל ה"ש 15; עניין **סלע**, לעיל ה"ש 15; עניין **אלמלם**, לעיל ה"ש 3. מנגד, עד יום 17.9.2018 ניתנו בבתי הדין לעבודה שני פסקי דין המצביעים על הקושי בהסתמכות על עניין שמואלי כמו גם על פסיקת בית הדין הארצי בנושא, השונה ממנו. ראו סע"ש (אזורי ת"א) 15-05-13942 מחשבים אי.די.פי בע"מ נ' יעקב כהן (פורסם בנבו, 16.8.2018); עניין **נבעה**, לעיל ה"ש 15.

33 ע"ע (ארצי) 17-09-63913 שחל נ' ג.ח אורבן קיטשן בע"מ (פורסם בנבו, 16.10.2018).

לטענתי, המסגרת המשפטית הנכונה לדיון בפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה אינה כשאלה של מוסר. מאחר שהפרקטיקה היא אמצעי מעקב, המסגרת המתאימה לדיון היא מסגרת משולבת של דיני הגנת הפרטיות ושל משפט העבודה.³⁴ בהתאם, יש לבחון אם שיחות שמתקיימות במקום העבודה עשויות לחסות, מטעמים שונים, תחת ההגנה המשפטית של הזכות לפרטיות, באופן שעשוי להצדיק איסור על ביצוע ההקלטה או על שימוש בהקלטות כראיה בבית המשפט. המשגת הטענה באופן זה – על רקע הדיון במעקב במקום העבודה, בנומרות החברתיות ובהתפתחויות טכנולוגיות רלוונטיות, במעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות ובעקרונות ייחודיים ליחסי העבודה – מאפשרת לקיים דיון משפטי בשאלת ההקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה, ולהחליף את הדיון האינטואיטיבי-ערכי שהתקיים עד כה.

1. פרטיות ומעקב במסגרת יחסי עבודה

בתי הדין דנו בכמה סוגי מקרים של פגיעה פרטיות במקום העבודה: (1) מקרים הנוגעים למידע שנאסף על מועמדים לעבודה (למשל מבחני התאמה, בדיקות רפואיות, פוליגרף, גרפולוגיה וכדומה); (2) מקרים הקשורים במידע שנאסף על העובד תוך כדי עבודתו (למשל היסטוריה תעסוקתית, הערכות תפקודיות ויתר המידע שבתיק האישי); (3) אמצעי מעקב אחר עובדים כגון בדיקות תפוקה, ניטור של אמצעי תקשורת, שאילתות ממנועי חיפוש, תוכן הודעות דוא"ל שניתנות לשחזור משרת המחשב של המעסיק, מצלמות וידאו נסתרות או גלויות, איכון גאוגרפי ואמצעי זיהוי ביומטריים.³⁵ מרבית המידע לגבי העובדים, המופק מאמצעי מעקב במקום העבודה, אינו נמחק מעצמו ויכול להישמר במשך כל תקופת העבודה ואף אחריה, אפשר לנתח אותו ולהצליבו עם נתונים אחרים והוא תקף גם מחוץ לשטח הפיזי של מקום העבודה ומחוץ לשעות העבודה. בנסיבות אלה מובן כי המידע הרב הנאסף על

34 המסגרת המשפטית המוצעת רלוונטית גם כשמדובר בעניינים של עובדי ציבור, בין שמדובר בהליך משמעותי בבית הדין למשמעת של עובדי המדינה ובין שמדובר בהליך בבית הדין לעבודה הדין בהקלטה על ידי עובד ציבור, בלי קשר לשאלת קיומה של עברת משמעת. אמנם, בכל הנוגע לעובדי ציבור חלה ההלכה שנקבע בעניין אהרוני, אולם הנימוק של בית המשפט שם קרוב במידה רבה לנימוקי השופט רובינשטיין בעניין שמואלי, על טעמיהם המוסריים-ערכיים: בית המשפט דיבר על הפרה של חובת הגינות, על פגיעה באמון, על שיבוש יחסים בשירות המדינה ואף על פגיעה בשירות הניתן לציבור. התבוננות במאפיינים הרלוונטיים של מקום העבודה, בהתפתחויות הטכנולוגיות וכשימוש האפשרי בהקלטות במקום העבודה, כמפורט בהמשך, מובילה למסקנה שלא כל הקלטה תוביל בהכרח לפגיעות המתוארות בעניין אהרוני, ושבמקרים רבים האינטרס הציבורי הוא דווקא לאפשר את ההקלטה. ממילא, במקרים רבים המדינה כמעסיקה היא שעלולה להפר את חובת הגינות כלפי עובדיה. לפיכך, בית הדין עשוי להגיע למסקנה שראוי לאפשר גם הקלטה על ידי עובד בשירות הציבורי, בכפוף למבחני המידתיות המוצעים שאציע בהמשך, ואף לקבוע כי אין מדובר בעברת משמעת, בדומה לקביעות בית המשפט המחוזי בעניין שמואלי.

35 ראו, למשל, מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 414-416 (2010).

עובד עשוי, בין היתר, לאפשר למעסיק לגבש נגדו טענות ולהוכיחן בבית הדין לעבודה, בין כתובע ובין כנתבע.

(א) הקלטה ללא ידיעת המוקלט כאמצעי מעקב במקום העבודה

הקלטה ללא ידיעת המוקלט היא אמצעי מעקב לקבלת מידע – אחד מני רבים המופעלים במקומות עבודה – כשרק צד אחד מודע לעצם קיומו של המעקב. להבריל מיתר אופני המעקב המנויים לעיל, הקלטה של שיחה ללא ידיעת המוקלט היא כלי הנתון גם בידי העובדים ולא רק בידי המעסיק. הדיון המשפטי שנערך עד כה בישראל בסוגיה זו לא נעשה במסגרת המושגית של הגנת הפרטיות, בשונה מהדיון הנרחב בספרות ובפסיקה בנוגע לאמצעי מעקב אחרים שמעסיקים נוקטים.³⁶ דיון זה התמקד בשאלת הפגיעה בפרטיות העובד עקב שימוש המעסיק באמצעי מעקב, ובאיוון בין הזכויות לאינטרסים של המעסיק לבין זכות העובד לפרטיות, תוך התחשבות בפערי הידע והכוח המאפיינים את שוק העבודה. ההצדקה המסורתית לביצוע המעקב היא פיקוח שהמעסיק מפקח על עובדיו, כדי לוודא שזמנם וכוח העבודה שלהם מנוצל ביעילות. המעקב יכול לשמש גם כאמצעי אכיפה משמעתית או פלילי, לשיפור השירות ולניהול סיכונים כמו הגנה על סודות מסחריים, מניעת ריגול תעשייתי והימנעות מאחריות בנזיקין לעוולות של עובדים. במדינות שונות בעולם יש פתרונות והסדרים שונים בנוגע למעקב אחר עובדים, אך ככלל אפשר למצוא ככולם התייחסות לשלושה מבחנים המסייעים בסוגיות של מעקב: קיומה של תכלית ראויה למעקב, היותו מידתי והיותו שקוף לעובדים.³⁷

(ב) הקלטה ללא ידיעת המוקלט: הנורמה החברתית וההתפתחות הטכנולוגית

בתקופה שבה נחקקו חוק האזנת הסתר וחוק הגנת הפרטיות, שהם דברי החקיקה הרלוונטיים לפרקטיקה של הקלטת שיחות, הייתה זו פרקטיקה מורכבת יחסית. היא דרשה ציוד הקלטה ייעודי ולכן גם השקעה כלכלית מסוימת, ובעיקר – תכנון מראש. היום, בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות, אין צורך במכשיר הקלטה מיוחד או בתכנון מדוקדק של המעשה; אפשר להקליט שותף לשיחה בלחיצת כפתור בטלפון נייד חכם. בשנים האחרונות גם יש לטלפונים הסלולריים יישומונים המאפשרים הקלטה של כל שיחה טלפונית – יוצאת או מתקבלת – במכשיר, ועשויים להפוך את ההקלטה של כלל השיחות לבררת מחדל בלחיצת כפתור. בד בבד הובילו התפתחויות טכנולוגיות נוספות לשינוי מרחיק-לכת בשימוש האפשרי בתוצרי ההקלטה: אם בעבר אפשר היה להשמיע את ההקלטה ולתמלל אותה, להגישה כראיה בבית המשפט, ובמקרים בעלי עניין מיוחד לציבור – להעביר אותה לתקשורת, כיום בלחיצת כפתור אפשר להעביר אותה לאינ-ספור נמענים בטלפון הנייד או ברשתות החברתיות. קלות הביצוע הובילה לעלייה בשימוש בהקלטות והן נהפכו לפרקטיקה ידועה ורווחת בציבור הישראלי. כך, אתר לשכת עורכי-הדין ממליץ על הקלטה ללא ידיעת המוקלט כדרך

36 שם, בעמ' 436-452.

37 ראו שלי ולך "מישהו מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 473 (ס' אדלר ואח' עורכים, 2012); הנחיית רשם מאגרי מידע 5/17 "שימוש במצלמות מעקב במקום העבודה ובמסגרת יחסי עבודה" (17.10.2017) goo.gl/b2LFUb

טובה להתכונן לתביעות משפטית;³⁸ חיפוש פשוט ברשת מעלה עשרות כתבות והסברים משפטיים, במידות שונות של העמקה, המדריכים את הציבור מתי וכיצד מותר להקליט ללא ידיעת המוקלט.³⁹ יתרה מזו, ריבוי היישומונים הסלולריים המאפשרים הקלטה של שיחות מלמד על דרישה רבה למאפיין טכנולוגי זה. נראה שהקלטת שיחות ללא ידיעת המוקלט נהפכה לעניין יום-יומי כמעט עבור הציבור הישראלי – לא רק מבחינת היקף השימוש, אלא גם בכך שלא קודמים לה בהכרח תכנון ומחשבה מרובה, ושהיא יכולה לעלות כתגובה כמעט ספונטנית להתנהלות מסוימת במקום העבודה, או אפילו כברירת מחדל שכל הצדדים אמורים להיות מודעים לאפשרות היתכנותה. אם כן, לא ייפלא שיש עלייה חדה בשימוש בהקלטות ללא ידיעת המוקלט בהליכים משפטיים בבית הדין לעבודה.⁴⁰ אכן, הקלטות של שיחה ללא ידיעת המוקלט היוו ראיה מרכזית בכמה פרשיות ציבוריות שבלטו בכותרות בשנים האחרונות.⁴¹ אין בתיאור זה כדי לטעון שעלינו להשלים עם המציאות הנובעת מהנורמה החברתית או מההתפתחויות הטכנולוגיות, אם נמצא שהיא לא ראויה; אבל אי-

- 38 ראו תומר ריטרסקי "מתי ניתן להקליט אדם שלא בידיעתו" אתר לשכת עורכי הדין בישראל <https://goo.gl/rDuTxn> 28.3.2005. נבדק לאחרונה ביום 4.10.2018.
- 39 ראו, למשל, תומר ריטרסקי "מתי ניתן להקליט אדם שלא בידיעתו" Ynet <https://9.2.2005> <https://goo.gl/5pnfvK>; גדי בר אלי "האזנות: באילו מקרים אסור לכם להקליט שיחות בהשתתפותכם?" <https://goo.gl/FK7WcM> 3.9.2015. **גלובס**
- 40 חיפוש משפטי זהיר ומצומצם באתר נבו, בפסיקת בתי הדין לעבודה בלבד, באמצעות מילות החיפוש "הקלטה", "שיחה מוקלטת" ו"הקליט", ללא מורפולוגיה, מלמד כי בשנים 1988-2004 אוזכרו הביטויים המדויקים הנ"ל 26 פעמים בלבד בפסיקת בתי הדין לעבודה; בשנים 2004-2012 הם אוזכרו 110 פעמים; בשנים 2012-2016 הן אוזכרו 175 פעמים ובשנים 2016 עד 4.10.2018 הן אוזכרו 189 פעמים.
- 41 למשל ההקלטות שהקליטה שולה זקן את אהוד אולמרט והוגשו כראיות במסגרת תיק הולילנד. ראו רויטל חובל "הקלטות אולמרט נחשפות: השיחות שהפכו את שולה זקן לעדת מדינה" **הארץ** <https://goo.gl/UboudP> 18.12.2014. במסגרת פרשת נתניהו-מוזס, המכונה תיק 2000, נחשפו הקלטות של שיחות בין ראש הממשלה נתניהו לבין מו"ל ידיעות אחרונות נוני מוזס, ראו גיא פלג "תיק 2000: בידי המשטרה הקלטה מפגישה נוספת" **חדשות מאקו** 9.1.2017. <https://goo.gl/TdDqnc>. באוגוסט 2016 נודע כי ראש הממשלה נתניהו שוקל לקדם הצעת חוק שתאסור הקלטת שיחה ללא ידיעת המוקלט. נוכח ביקורת ציבורית שהושמעה נגד כוונה זו הודיע נתניהו כי אין מדובר בהצעת חוק כי אם בהבעת דעה על כך שהמצב החוקי אינו ראוי. ראו יהונתן ליס ושרון פולבר "נתניהו שוקל לקדם חוק שיאסור על הקלטת שיחות ללא הסכמת הצדדים" **הארץ** <https://goo.gl/VFLczq> 10.8.2016. בינואר 2018 פורסמה הקלטה של יאיר נתניהו, בנו של ראש הממשלה, שבה הוא נשמע במהלך נסיעה בין מועדוני חשפנות בתל אביב, בליווי מאבטח ונהג מטעם המדינה, משוחח עם בנו של טייקון הגז קובי מימון. ראו "הקלטת יאיר נתניהו – התמליל המלא" **הארץ** <https://goo.gl/VFLczq> 10.1.2018. בפברואר 2018 פורסם כי ניר חפץ, לשעבר דובר ויועץ התקשורת של ראש הממשלה נתניהו, ואחד החשודים בפרשת בזק-וואלה המכונה תיק 4000, הקליט גם הוא שיחות ללא ידיעת המוקלטים, ואלו משמשות חלק מחומר הראיות שהוצג לחוקרי המשטרה בפרשה. ראו נתי טוקר "קלטת ניר חפץ: ידיעה ב-TheMarker הרסה תוכנית להקמת ערוץ טלוויזיה חדש" **TheMarker** <https://goo.gl/LZb47p> 18.2.2018.

אפשר להתעלם ממנה ויש להביאה בחשבון בקביעת ההסדר המשפטי הראוי לגבי הקלטה ללא ידיעת המוקלט.⁴²

2. הקלטה ללא ידיעת המוקלט והזכות לפרטיות: הדין הישראלי הקיים

(א) חוק האזנת סתר

חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 מגדיר האזנת סתר כ"האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה" (סעיף 1). בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי החוק נועד להגן מפני התערבות בצנעת הפרט של אדם בדרך של האזנה לשיחה ללא ידיעתו, תוך איזון עם שיקולים של ביטחון המדינה או מניעה וגילוי של עבריינות וברוך של איסור פלילי.⁴³ עוד נקבע בדברי ההסבר במפורש כי לא נאסרת האזנה לשיחה כשאחד המשווחים הסכים לה. כלומר, די בכך שהמקליט הוא צד לשיחה או אחד מהשותפים לשיחה – ולו בתור מאזין (גלוי) – כדי שהאזנה והקלטה של השיחה לא ייחשבו האזנת סתר. לפי הנימוק המופיע בדברי ההסבר, האזנה לשיחה על ידי מי שהוא צד לה מוציאה את השיחה מגדר שיחה שהייתה כוונה שתהיה אישית, ו"כשם שאדם עשוי להפעיל את זכרונו ולשחזר שיחה ששוחח עם אחר, כך יכול הוא להקליטה ואף יכול לבקש מאחר לעשות זאת".⁴⁴

42 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 37-54.

43 אורי רוזן "על האזנת סתר ועל פגיעה בפרטיות בהאזנת סתר" משפטים יז 146, 149 (1987);

הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר) התשל"ח-1978, ה"ח 1361.

44 שם, בדברי ההסבר להצעת החוק, ס' 1. בשנת 2000 הציע חבר הכנסת אמנון רובינשטיין לתקן את חוק האזנת סתר כך שתאסר האזנה לשיחה שלא בהסכמת כל הצדדים לשיחה, למעט האזנה שבוצעה על ידי המשטרה או רשות בטחון לשם מניעת עבירות או הגנה על ביטחון המדינה; האזנה שבוצעה לשם איסוף ראיות לצורך תובענה תלויה ועומדת או צפויה, על ידי בעל עניין באותו הליך או על ידי אדם הפועל מטעמו; והאזנה שבוצעה לשם מניעת מעשה פלילי או לשם קידום הליכי חקירה פליליים. עוד הוצע, כחריג, כי אם שוכנע בית המשפט כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות, הוא רשאי לקבל כראיה האזנה שנאסרה לפי החוק. בדברי ההסבר להצעה נאמר שהמצב הנוכחי – שבו האזנה לשיחה המתבצעת באישורו של אחד מן הדוברים לפחות, אך בלא ידיעתם של בעלי השיחה האחרים, איננה נחשבת "האזנת סתר", ואדם המשווח עם אחר ומקליט את דבריו בלא ידיעתו או מתיר לצד שלישי להקליט את שיחתם בחשאי איננו פועל בניגוד לחוק – אינה עומדת בקנה אחד עם מטרתו היסודית של החוק להגן על הזכות לפרטיות. התפיסה העומדת ביסוד ההצעה היא שכל אדם רשאי לדעת מראש כי דבריו מתועדים במכשיר האזנה ועלולים לשמש נגדו. כל עוד לא הסכים להאזנה במפורש, התיקון מבטיח כי יוכל להתבטא באורח חופשי וללא מורא שמא דבריו המוקלטים יופצו ברבים בניגוד לרצונו. לכן, לפי התיקון שהוצע, האזנה לדבריו של אדם תותנה בהסכמתו. בלא הסכמה, יהא הכלל שהאזנה היא עוולה אזרחית והיא תיפסל מלשמש ראיה בבית משפט. ראו הצעת חוק האזנת סתר (תיקון) – סייגים להאזנה מותרת), התש"ס-2000, פ' 1382.

(ב) חוק הגנת הפרטיות

חוק האזנת סתר מסדיר סוגיה ספציפית של הגנה על פרטיותו של אדם. ההסדר החוקי המקיף בנוגע לזכות לפרטיות נקבע בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הקובע בעיקרו עוולה אזרחית.⁴⁵ על פי דברי ההסבר לחוק, הוא נועד לאזן בין ההגנה על פרטיות האזרח לבין הזכות של אמצעי התקשורת לאסוף ולפרסם ידיעות. מפאת הקושי להגדיר את הזכות לפרטיות החוק אינו מציע לה הגדרה, וקביעת תחומיה המדויקים של הפרטיות הושארה לפסיקה שתקבע במרוצת השנים בכתי המשפט לאור נסיבות קונקרטיות. בהקשר זה הבהיר המחוקק כי יש אפשרות לפגיעה בפרטיות בדרכים שלא הוזכרו בחוק, בין היתר מאחר שההתפתחות הטכנולוגית עלולה ליצור בעתיד אפשרויות פגיעה שלא הייתה אפשרות לחזותן.⁴⁶ סעיף 1 לחוק קובע איסור כללי על פגיעה בפרטיות: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". הביטוי "הסכמה" הוגדר בעבר באופן לקוני כ"הסכמה, במפורש או מכללא", ובתיקון 9 לחוק הוספה דרישת ה"מדעת": "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא". נוסף על הדרישה היסודית להיעדר הסכמה כדי לקבוע שהייתה פגיעה בפרטיות, החוק קובע שורה של הגנות במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות, לרבות כשהפגיעה בפרטיות נעשתה בנסיבות שבהן חלה על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה.⁴⁷ בסעיף 2 לחוק מפורטת רשימה של מקרים המהווים פגיעה בפרטיות ובהם, למשל, צילום אדם ברשות היחיד (סעיף 2(3)), הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי ענייניו הפרטיים של אדם (סעיף 2(7)), ולעניינו – סעיף 2(2) הקובע כי האזנת סתר היא פגיעה בפרטיות. בכל הנוגע להיבט הראיתי נקבע בסעיף 32 לחוק כי מידע שהושג אגב פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש ראיה בבית המשפט ללא הסכמת הנפגע, זולת אם התייר זאת בית המשפט מטעמים שיירשמו.

(ג) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 מתייחס ישירות לזכות לפרטיות בקובעו, בין היתר, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" (סעיף 7(א)). עם חקיקת חוק היסוד הועלתה הזכות לפרטיות למעמד של זכות חוקתית, ומכאן שפרשנות דברי החקיקה

45 אם נעשתה הפגיעה במזיד, אזי לפי ס' 5 ו-6 לחוק, לגבי חלק מדרכי הפגיעה המפורטות בחוק תהיה זו עברה פלילית, כל עוד מדובר בפגיעה שיש בה ממש.

46 הצעת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1980, ה"ח 1453. בעניין עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 2, בפס' 86, ציין בית הדין הארצי כי "נראה שהפגיעה הפוטנציאלית העיקרית בזכות לפרטיות שראו מנסחי החוק לנגד עיניהם היא מצד אמצעי התקשורת ורשויות השלטון. יתכן שעל רקע זה, המענה שניתן לפגיעות פוטנציאליות בפרטיות מצד גורמים אחרים, דוגמת מעסיקים, במסגרת חוק הגנת הפרטיות הוא מענה חלקי בלבד ואולי הגיעה השעה להשלימו".

47 ס' 2(18)(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128; פרסום המוגן לפי ס' 13 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240; פגיעה שנגרמה בתום לב באחת הנסיבות המצוינות, שם, בס' 2(18) להצעת החוק; ורשימה של פטורים מאחריות לפי הצעת החוק, שם, בס' 19.

המגנים עליה צריכה להיעשות באופן רחב יותר, תוך מתן משקל גדול יותר לזכויות שקיבלו מעמד חוקתי על-חוקי בהשוואה לזכויות ואינטרסים שלא זכו למעמד שכזה.⁴⁸

(ד) הזכות לפרטיות בפסיקה

בית המשפט העליון קבע בעבר, כחלק מתפיסה מושגית צרה של הזכות לפרטיות, כי החוק מבקש להסדיר במלואם את המקרים שייחשבו לפגיעה בפרטיות. רשימת המקרים המנויים בסעיף 2 לחוק היא רשימה סגורה ויש לגרוע ממנה מצבים המוסדרים בדבר חקיקה אחר.⁴⁹ פרשנות זו השתנתה לאחר החקיקה של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם למעמד החוקתי החדש של הזכות לפרטיות החל בית המשפט העליון לפרשה במבט רחב ובנדיבות. כך, בעניין פלונית נ' בית הדין הרבני נתניה,⁵⁰ קבע הנשיא ברק כי "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל", וכי בניגוד לפסיקה קודמת שלו עצמו, סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות אינו מכסה את כל המקרים שבהם הפרטיות נפגעת.⁵¹ בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות במקרים שאינם מוזכרים בחוק יוסיף לחול המשפט המקובל הישראלי, שבמסגרתו הוכרה זה מכבר הזכות לפרטיות כזכות יסוד חוקתית בעלת היקף רחב יותר מהיקף הפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות.⁵² ספציפית נדונה באותו עניין שאלת הפגיעה בפרטיות של אשה שבעלה, החי בנפרד ממנה, צילם אותה מקיימת יחסי מין עם אחר בדירה שבבעלותם המשותפת שבה התגוררה לבד. בית המשפט העליון נדרש, בין היתר, לפרשנות המונח "רשות היחיד" המופיע בסעיף 2(3) לחוק,⁵³ וקבע שאין לקבל את הפרשנות המצמצמת שהציע הבעל המצלם – שאין מדובר ברשות היחיד מכיוון שבית העותרת שייך גם לו. פסק הדין קבע שנסיונות המקרה נכללות בהוראת סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות.

פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין עיריית קלנסווה⁵⁴ הציע הגנה משפטית רחבה אף יותר על הזכות לפרטיות, בהתאם לדרך שהותוותה בעניין פלונית. בפסק דין זה

48 לדיון כללי בנושא ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

49 ראו, למשל, בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 62-66; זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" **עיוני משפט** ט 175, 184 (1983); עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" **קריית המשפט** ח 39, 46 (2009).

50 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006).

51 ס' 2(2) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי האזנה שאינה חוקית היא פגיעה בפרטיות. אפשר לטעון שבכך נקבע בחוק הסדר שלילי, שלפיו האזנה שאינה בלתי-חוקית לפי חוק האזנת סתר לא יכולה להיות כזו הפוגעת בפרטיות. פרשנות זו אינה מתיישבת עם מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות כמתואר לעיל וממילא אינה הולמת את ההבדל המשמעותי בין המטרות של שני החוקים. בעיקר אין היא מתיישבת עם כך שחוק האזנת סתר הוא חוק פלילי ועם העובדה ששני החוקים נחקקו לפני זמן רב וביקשו להותיר מקום להסדיר התפתחויות טכנולוגיות שקשה היה לחזות או לדמיין באותה עת.

52 ראו, למשל, בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 322, 453; טנא, לעיל ה"ש 49, בעמ' 46.

53 "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה: (3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד".

54 עניין עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 2.

נדון עניינה של רשות מקומית שחייבה את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בעבודה בשעות נוכחות ביומטרי. בית הדין הארצי בדק אם טביעת אצבע היא בגדר מידע פרטי על אודותיו של אדם, ומשמצא כי התשובה לשאלה זו חיובית – קבע כי חלות על המקרה הוראות החקיקה והפסיקה הרלוונטיות לזכות לפרטיות, לרבות הוראת סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות שלפיה "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". זאת, נוסף על סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל יתר הנורמות המתייחסות לזכות לפרטיות המוכרות במשפט המקובל הישראלי. אם כן, אף שטביעת אצבע ביומטרית כלל אינה מנויה ברשימת המקרים המנויים בסעיף 2(2) לחוק, בית הדין קרא לתוכו מקרה נוסף, בלי לנסות לכלול אותו באמצעות פרשנות מרחיבה באחד מסעיפי המשנה של סעיף 2 לחוק. מהמפורט לעיל עולה שהקלטה הנעשית ללא ידיעת המוקלט אינה אסורה במפורש בדין בישראל, אך ככל שיימצא בה משום פגיעה בפרטיות המוקלט – אפשר להחיל עליה את חוק הגנת הפרטיות ואת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵⁵

55 בהשוואה להסדר הישראלי, בדיקת ההסדרים המשפטיים במדינות אחרות מלמדת על מגוון פתרונות משפטיים אפשריים. כך, למשל, בבריטניה קובע ה־Regulation of Investigatory Powers Act, 2000, כי האזנה חוקית היא כזו המתבצעת בהסכמת כל הצדדים לשיחה; חוק העונשין הגרמני [STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] section 201] קובע איסור פלילי על הקלטת שיחה פרטית ללא הסכמת כלל הצדדים; בחוק העונשין של קנדה (ה־Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. C-46), בפרק העוסק בפרטיות, נקבע כי די בהסכמה של צד אחד לתקשורת כדי שהאזנה תהיה מותרת. בארצות־הברית, Federal Wiretap Act – FWA (Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub L No 90-351, 82 Stat 212,223 (1968), codified at 18 U.S.C § 2510 et seq (1994 & Supp 1998)) קובע כי די בהסכמה של צד אחד לשיחה כדי להקליט אותה, ואותו צד אף יכול להתיר לצד שלישי מטעמו לבצע את ההקלטה. מרבית המדינות בארצות־הברית אימצו הסדר זה; שמונה מדינות קבעו הסדר מדינתי הדורש הסכמה של כל הצדדים לשיחה לצורך הקלטתה ושמונה מדינות אחרות קבעו הסדר "מעורב" המשתנה בהתאם לנסיבות. ראו, למשל, Haley A. Smith, *Off the Record: Recording Conversation in the Workplace*, 43 EMPLOYMENT RELATIONS TODAY, 69, 69-84 (2016). גם באוסטרליה הדין שונה ממדינה למדינה וממחוז למחוז: בחלקם משתתף בשיחה רשאי להקליט אותה ללא ידיעת יתר המשתתפים ובחלקם נדרשת ההסכמה של כלל המשתתפים בשיחה. לדיון כללי בנושא ראו 6 SECT SURVEILLANCE DEVICES ACT 1999 – SECT 6 Regulation of installation, use and maintenance of listening devices, <https://goo.gl/6D7NQo>; Invasion of Privacy Act 1971 – SECT 43 Prohibition on use of listening devices, <https://goo.gl/FsFPZa>; SURVEILLANCE DEVICES ACT 2007 (No 19 OF 2007) – SECT 11 Installation, use ;and maintenance of listening devices, <https://goo.gl/rK2X7r>; LISTENING DEVICES ACT 1991 ;and maintenance of listening devices, <https://goo.gl/rK2X7r>; SURVEILLANCE DEVICES ACT 2007 – SECT 7 Prohibition on ;– SECT 5, <https://goo.gl/zbjMys>; LISTENING AND ;installation, use and maintenance of listening devices, <https://goo.gl/RNjkge>; SURVEILLANCE DEVICES ;SURVEILLANCE DEVICES ACT 1972 – SECT 4, <https://goo.gl/TJeg1S>; LISTENING DEVICES ACT 1992 – SECT 4 Use of ;ACT 1998 – SECT 5, <https://goo.gl/uas4bP>; .listening devices, <https://goo.gl/eWN87d>.

3. האם הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי עבודה היא פגיעה בפרטיות המוקלט?

אם כן, יש מקרים של פגיעה בפרטיות המנויים במפורש בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, יש מקרים שכבר הוכרו בפסיקה ככאלו שחוק הגנת הפרטיות חל עליהם, ויש מקרים שאינם נכנסים בקטגוריות אלה אך נחשדים כפגיעה בפרטיות. במקרים אלה ייפתח הניתוח המשפטי בשאלה אם אכן מדובר במעשה הפוגע בפרטיות של אדם ללא הסכמתו⁵⁶ – ולענייננו, האם הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי עבודה פוגעת בפרטיותו.

תחושת הפגיעה בפרטיות היא במידה רבה אינטואיטיבית. השופט רובינשטיין הציע לחשוב כיצד היינו מרגישים אילו עמית לעבודה היה מקליט אותנו ללא ידיעתנו. אצל רוב בני האדם יוביל התרגיל המחשבתי הזה לתחושה לא נעימה: כעס, עלבון, אכזבה, שילוב של תחושות אלו, בהלה מסוימת ואולי אף חרדה בנוגע לדברים שנאמרו ולהשפעה של חשיפתם לגורמים נוספים – אולם באינטואיציה לא די;⁵⁷ גם לא די בעובדה שההקלטה נעשתה במקום העבודה, שכן הפרטיות אינה של מקומות אלא של האנשים הפועלים בהם.⁵⁸ מאחר שאין בחוק הישראלי הגדרה לפרטיות, מענה לשאלה שבכותרת החלק מחייב דיון במהותה של הזכות לפרטיות ובהיקפה במשפט הישראלי.

(א) מהות הזכות לפרטיות

מיכאל בירנהק הציע לאמץ את הבנת הפרטיות כ"שליטה". לדיו, הגדרה זו מסבירה את ההסדר החוקי הישראלי של הגנה על פרטיות ומאפשרת לנו לפרוט את הזכות עצמה לכללים שיבטיחו את אותה שליטה.⁵⁹ השליטה מתקיימת בכל סוג של מרחב פרטי – במקומות שבשליטתנו, בתקשורת שלנו, במידע שלנו ובהחלטותינו. היא מתמקדת במצבים שבהם קשה לאדם לשלוט במצב בעצמו ומבקשת להפקיד בידיו שליטה אפקטיבית. השליטה במידע היא במוכן הרחב והיא כוללת כל פעולה הקשורה במידע: איסוף, העברתו לצדדים שלישיים, שמירתו, עיבודו, הצלבתו עם מידע אחר וקבלת החלטות בהסתמך עליו.⁶⁰ עם זאת, לא כל פגיעה בשליטה שלנו, בכל סוג של מידע, מהווה פגיעה בפרטיות. על כן, וכדי להמשיג את ההבנה ולתרגם אותה למונחים משפטיים, יש לשאול מי בעל הזכות לפרטיות, מה היקפה, היכן גבולותיה ומה ההצדקות לקיומה. לצורך דיון זה הציע בירנהק להבין את הזכות לפרטיות כזכות הפועלת באופן שונה במעגלים חברתיים, תרבותיים וכלכליים

הסיבות שהובילו להבדלים בין ההסדרים והאופן שבו פירשו בתי המשפט במדינות את ההסדרים חורגים ממאמר זה. עם זאת, ההבדלים הגדולים בהסדרה המשפטית בין המדינות ודאי מצביעים על מורכבות השאלה ועל היעדרו של פתרון אפשרי יחיד.

56 ראו, למשל, עניין עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 2, בפס' 90, 99-96.

57 ראו, למשל, בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 37.

58 שם, בעמ' 70.

59 העמדה המבקשת להבין את הפרטיות כשליטה אומצה על ידי בית הדין הארצי לעבודה בשני פסקי הדין המרכזיים שניתנו בעת האחרונה בנושא פרטיות במקום העבודה: עניין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, בפס' 11, 23; כן בעניין עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 2, בפס' 104.

60 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 91.

שוניים; התוכן של כל מעגל מעוצב בהתאם להקשר החברתי הנתון ולסביבה הטכנולוגית. בכל מעגל יש כמה הצדקות המסבירות את הצורך בהגנה על פרטיות, ולכל המעגלים ציר משותף והוא הבנת הפרטיות כשליטת האדם ביחידה האוטונומית שלו.⁶¹ במעגל הפנימי נמצא האדם, המעגלים שסביבו מוסיפים אינטראקציות חברתיות כגון קשרים בין-אישיים, קהילה, והמעגל החיצוני מייצג את המדינה.

הבנת הזכות לפרטיות וההצדקות לה באופן זה – על רקע הנורמות החברתיות הקיימות וההתפתחויות הטכנולוגיות הרלוונטיות, מעמדה החוקתי של הזכות ועקרונות ייחודיים ליחסי העבודה – מאפשרת לקיים דיון משפטי בהקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה, והיא מתאימה להחליף את הדיון האינטואיטיבי-ערכי שהתקיים בשאלה זו עד כה.

(ב) ההצדקות לזכות לפרטיות ויישומן על הפרקטיקה שבנדון

כאמור, כדי לקבוע אם הקלטה ללא ידיעת המוקלט פוגעת בפרטיות עלינו לבחון את ההצדקות לזכות, בהתאם למעגלים החברתיים, התרבותיים והכלכליים, ולקבוע מי בעליה, מה היקפה והיכן גבולותיה. המאפיינים של מקום העבודה ושל השיחות המתקיימות בו יסייעו לדיון זה. כמו לכל אדם, לעובדים, למנהלים ולמעסיקים יש צורך במרחב מוגן של שליטה. במקום העבודה הזכות לפרטיות מצומצמת בהשוואה לבית, ונכון לדבר עליה במונחים של עוצמה והיקף ולא במונחים של קיום או היעדר. הצמצום בפרטיות במקום העבודה נובע מנורמות חברתיות ומאמצעים טכנולוגיים הפוגעים בפרטיות.⁶² כפי שראינו, הקלטה של שיחה היא רק אמצעי טכנולוגי אחד מני רבים המשמשים למעקב במקום העבודה, ויש לדון בה על רקע קיומם והשימוש בהם. מאפיינים ייחודיים נוספים של מקום עבודה הם ריבוי השעות שאנו מבלים בו ותרומתו הגדולה למימוש העצמי ולהתפתחות האישית שלנו – ובצדם תלותנו הכלכלית בו וטשטוש ההפרדה בין בית לעבודה. עוד רלוונטיים הקשרים האישיים הממושכים הנוצרים תדיר במקום העבודה וכמובן – פערי הכוח והידע המובנים בו.⁶³ את מאפייני השיחות המתקיימות במקום העבודה אציע לבחון לפי שתי אמות-מידה עיקריות:

(1) זהות המשווחחים: לענייננו רלוונטיות שיחות המתקיימות במקום העבודה בין עובדים, בין עובד למנהל (לרבות מנהל שהוא עובד בעצמו), ובין עובד לבין לקוח, ספק או נותן שירותים של החברה. נוסף על אלה יכולות להתקיים שיחות של עובד עם אנשים שאינם קשורים למקום העבודה כגון בני משפחה או חברים, הן בטלפון הן פנים אל מול פנים בעת ביקור במקום העבודה. במקומות עבודה מסוימים ייתכנו שיחות עם גורמים נוספים כגון תלמידים, סטודנטים, אסירים, מטופלים ועוד.

61 מיכאל בירנהק "מעגלים של פרטיות" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 195, 200 (מוגשטרן ואח' עורכים, 2016); כמו כן ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 50, בפס' 21, שטבע את המונח "יחידה אוטונומית" שלפיו סביב כל אדם יש מרחב שנע עם האדם עצמו. היקפו נגזר מהצורך להגן על האוטונומיה של הפרט ובתוכו הפרט זכאי להיות עצמו.

62 ראו, למשל, בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 429-432.

63 גיא דוידוב "העסקה עקיפה" עבודה, חברה ומשפט יב 191 (2010).

(2) נסיבות השיחה: ייתכנו שיחות מקצועיות־רשמיות כגון ריאיון קבלה לעבודה, שיחת שימוע, משוב מקצועי, ישיבת צוות, שיחת נזיפה ואף שיחות מסדרון העוסקות בעניינים מקצועיים יום־יומיים. ייתכנו שיחות אישיות שאינן עוסקות בענייני עבודה כגון רכילות משרדית, דיונים אישיים על בני משפחה וחברים, בריאות, פוליטיקה וכל אינטראקציה אנושית בין בני אדם החולקים לעתים חלל מצומצם במשך זמן רב ומפתחים יחסים קרובים. ייתכנו כמובן גם שיחות מעורבות (מקצועיות ואישיות גם יחד), שיחות הכוללות מידע על צד שלישי ושיחות הכוללות מידע סודי או מסחרי. חלק מהשיחות יכולות לכלול מידע העולה כדי עוולה אזרחית או עברה פלילית, חלקן ייחודיות למקום עבודה ספציפי כגון הטרדה מינית, התעמרות, פגיעה בהתארגנות, אפליה, גזל סוד מסחרי וכדומה.

הפרטיות של חלק מהשיחות במקום העבודה מוגנת לפי חקיקה ספציפית. כך לגבי כללי אתיקה של בעלי מקצועות מסוימים כגון פסיכולוגים ועורכי־דין, וכך לגבי תוכן שיחה הכולל, למשל, מידע הנוגע לצנעת הפרט של אדם ופרסומו אסור לפי סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות. בבתי חולים, למשל, מצופה מהצוות הרפואי שלא לדון במצבו הרפואי של מטופל בפומבי. היבט נוסף של משטור השיחות במקום העבודה מתבטא באיסורים על איסוף מידע מסוים מחד גיסא, וחובה לשמר מידע על אודות שיחה שהתקיימה מאידך גיסא. כך, למשל, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר על מעסיק לברר את הפרופיל הצבאי של מועמד לעבודה, ומעביר אל המעסיק את נטל ההוכחה שלא הפלה עובד או דורש עבודה, אם זה הוכיח שדרש ממנו במישרין או בעקיפין מידע בנושאים שאפליה בגינם אסורה.⁶⁴ הפסיקה בנוגע לחובת השימוע קבעה חובה לשמור פרוטוקול משיחה זו ואף להעבירו לעובד כדי שיעיר את הערותיו.⁶⁵

על רקע המאפיינים של מקום העבודה ושל השיחות המתקיימות בו אבחן את ההצדקות להגנה על הפרטיות בהתאם למעגלי הפרטיות. במעגל הפנימי ביותר, מעגל הפרט, יש שלוש הצדקות מרכזיות להגנה על הפרטיות, הנובעות מההבנה הפילוסופית־פסיכולוגית של האדם. הצדקה הנגזרת מהזכות לכבוד ולאוטונומיה, הצדקה פסיכולוגית והצדקה הנובעת מהצורך לשמור על הדימוי החיצוני שלנו.⁶⁶

ההצדקה הראשונה, נגזרת כאמור מהזכות לכבוד ולאוטונומיה ומבקשת לאפשר לאדם מרחב אוטונומי נטול התערבות חיצונית לקבלת החלטות עבור עצמו. בהקלטה ללא ידיעת המוקלט, ובעיקר בשימוש האפשרי בהקלטות כאלו, יש משום קבלת החלטה עבור אדם באשר לשימוש שיעשה בדברים שאמר ובאשר לקהל שיאזין להם. למרות הפגיעה המסוימת באוטונומיה של המשוחח־המוקלט בהקשרים הללו, איני סבורה שנכון למתוח את גבולות ההצדקה הזו ולהחילה על השימוש שיעשה בדברים שאדם אומר בשיחות בכלל ובשיחות המתקיימות במקום העבודה בפרט. הבנה של זהות המשוחחים, של אופי הקשרים, של השיחות המתקיימות במקום העבודה ושל הנורמות החברתיות החלות בו, כמפורט לעיל, מדגימה מדוע הפגיעה באוטונומיה אינה מצדיקה הגנה משפטית תחת הזכות לפרטיות.

64 ס' 9(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

65 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 11-10-27600 אהרונוב נ' המרכז האוניברסיטאי אריאל בשומרון (פורסם בנבו, 22.12.2015).

66 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 109.

כאשר מדובר בשיחות מקצועיות כגון שיחת שימוע, ריאיון קבלה, שיחת נזיפה וכיוצא בזה, הנערכות על ידי בעלי תפקידים במקום העבודה, מדובר בשיחות בעלות אופי רשמי. במקרים רבים חל איסור על אמירת דברים מסוימים או על איסוף מידע מסוג מסוים; במקרים אחרים אף חלה חובה לניהול פרוטוקול.⁶⁷ משטור זה של השיחות ממילא פוגע באוטונומיה של הצדדים בניהולן, מכתוב אופי מקצועי ולא אישי לשיחות אלה ולשימושים שאפשר יהיה לעשות בתוכנן (פיטורים, התגוננות בהליך משפטי, שינוי ארגוני בחברה וכיוצא באלה). מקל וחומר שאין להגן על האוטונומיה של הדוברים בשיחות שהן עצמן חלק מהתנהגות לא חוקית כגון אפליה או התעמרות בעבודה.

גם שיחות אחרות – שאינן בלתי-חוקיות ואינן מוסדרות במפורש בחוק או בפסיקה, אך מתקיימות כחלק מביצוע העבודה ולצורך ביצועה – כפופות בדרך כלל לפיקוח כלשהו ונתונות לעין בוחנת. למנהל ולעובד הסביר ברור שתוכן שיחותיו המקצועיות הוא חלק מעבודתו, מייצג אותו כמנהל או כעובד, ובהתאם – ברור גם שלא יכולה להיות לו שליטה מוחלטת בשימוש שיעשה בו ובקהל שייחשף אליו. בהקשר זה יש לציין כי שיחות המתקיימות במקום העבודה כן מוגנות מפני פרסום שיש בו כדי לפגוע בצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, מצב בריאותו או התנהגותו ברשות היחיד, בהתאם לסעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות.

מנגד אפשר לטעון – ונראה שהדברים עולים מאמרת האגב בעניין שמואלי – שלמוקלט יש ציפייה סבירה לפרטיות, המבוססת על יחסי האמון שצריכים להתקיים במקום העבודה, וציפייה זו עשויה להצדיק הגנה על המרחב האוטונומי שלו. מבחן הציפייה הסבירה מקובל במשפט האמריקני אולם טמון בו קושי רב באשר לאופן שבו תיקבע אותה ציפייה סבירה לפרטיות. בנוגע לסוגי מידע מסוימים יש מידה גבוהה של הסכמה בחברה שמדובר במידע פרטי (למשל מידע רפואי או מידע על חיי המין), אך במקרים רבים אין באמת ציפייה סבירה אובייקטיבית; הציפייה היא זו של השופט היושב בדיון והוא לבדו קובע אותה בדיעבד.⁶⁸ ההצדקות הנוספות במעגל הפרטי הן הצדקות פסיכולוגיות. הצורך במרחב אישי המגן מפני מבט זר, מרחב שבו נוכל לפתח את הזהות האישית, ואף לטעות, בלי מבט עוקב ומצנן.⁶⁹ כאשר נודע לנו שהוקלטנו ללא ידיעה אנחנו מרגישים היטב את המבט הזר. המעקב יוצר תחושה של כפיפות ואווירה של חשד, ותחושת המעקב אינה רק תחושה כללית ועלול להיות לה מחיר של חרדות ודיכאון.⁷⁰ עובדים ומעסיקים עלולים לטעות, ככל בני האדם; הם עלולים לומר דברים שלא היה מקום לומר אותם כלל או שבדיעבד היו בוחרים לנסחם אחרת. יש מחיר גם לכך שנדע שמותר להקליט אותנו במקום העבודה: ייתכן שנהיה זהירים יתר על המידה בלשונו, נחשוש לפתח קשרים חברתיים, להתבטא בחופשיות בשיבות עבודה, להעלות רעיונות שאולי בדיעבד יתברר שהם שגויים או שגרמו לנו לנזק בהליכים

67 מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה, חברה ומשפט ט 85 (2002).

68 ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 411.

69 שם, בעמ' 117.

70 G. Stoney Alder, *Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: A Consideration of Deontological and Teleological Perspectives*, 17 J. Bus. ETHICS 729 (1998)

משפטיים. עם זאת, גם משקלה של הצדקה זו אינו מכריע, בשל מאפייניו של מקום העבודה והשיחות המתקיימות בו. כאשר מדובר במקרים המערבים אינטראקציות חברתיות כגון שיחה בין שני עובדים או יותר, המרחב האישי נהפך במידה רבה למרחב משותף ושותפים לו, ברשות, אנשים נוספים. הידיעה שהמרחב המשותף הזה מתקיים במקום העבודה, ושותפים לו בעלי תפקידים כפופים לנו או קולגות שלנו, מבדילה (וצריכה להבדיל) בין ההתנהלות והתחושות שלנו בחיים הפרטיים לבין התנהלותנו במקום העבודה. כאמור לעיל, שיחות במקום העבודה נתונות כמעט מתוקף הגדרתן למידה מסוימת של פיקוח ולעין בוחנת. המבט הזר אינהרנטי להן.

ההצדקה השלישית במעגל הפרטי עוסקת בצורך לשמור על הדימוי החיצוני שלנו. ניסיון לפרוט לפרטים את הגורם המדויק לתחושות הלא-נעימות שעולות בנו בעקבות מחשבה על הקלטה ללא ידיעתנו מלמד שהפגיעה נובעת בעיקר מחשש – חשש מפני פוטנציאל השימוש בהקלטה, שהרי מלכתחילה הסכמנו שכלל השותפים לשיחה ישמעו וידעו את הנאמר. להקלטות עשויה להיות השפעה על מעמדו של המוקלט במקום העבודה, חברתית או מקצועית; אם נעשה שימוש בראיה בהליך משפטי היא עלולה לגרום פגיעה כספית במוקלט או במקום העבודה, ועלולה להיות לה חשיפה במסגרת פסק הדין – גם לעצם ביצוע ההקלטה וגם לתוכן הדברים המובאים בה. בצד זאת, דווקא במקום העבודה אנחנו נוטים להתנהל בצורה חופשית. אנחנו מבליים שעות רבות במקום העבודה, מוקפים באנשים המוכרים לנו היטב, וגם אם אנחנו "בתפקיד" לא תמיד אנחנו שומרים על החזות שהיינו רוצים להציג בציבור. לפיכך, החשש הוא גם מכך שהופקעה השליטה שלכאורה הייתה לנו בדברים שנאמרו – באופן שונה מאוד מהאופן שבו הם מופקעים מאיתנו כשהמאזין רק שומע אותם. הקלטה במסגרת יחסי עבודה מתמשכים היא כמעט הוצאה של דברים מהקשרם; היא בחירה של שיחה אחת או של כמה שיחות שלכאורה מוכיחות טענה מסוימת על רקע מערכת יחסים ממושכת, שהיכרות אמתית עמה עשויה להוביל למסקנות אחרות לגבי הדברים הנשמעים בהקלטה. מובן נוסף שבו דברים עשויים לצאת מהקשרם נובע מההבדלים המהותיים בין המאפיינים של שיחה בין אנשים לבין מאפייני ההקלטה, במיוחד הקלטת שמע (אודיו). שיחה אנושית, בעיקר כזו המתנהלת פנים מול פנים, כוללת שימוש באמצעי הבעה ותקשורת נוספים שאין להם ביטוי בהקלטה כגון שפת גוף, מימיקה, מבט וניואנסים מסוימים בקול. היא עשויה לכלול אמצעים רטוריים שעשויים לא לעבור היטב בהקלטה כגון סרקזם וציניקות, מטאפורות ולשון סגי נהור. מאפיינים אלה אינם באים לידי ביטוי מלא בהקלטה ובחלופה הזמן אי-אפשר לשחזר אותם.

אף שלדעתי הצדקה זו היא החזקה ביותר מההצדקות של המעגל הפרטי, גם בה לא די כדי להצדיק הגנה משפטית מפני הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה. גם בהקשר זה קשה לומר שהופקעה מידי האדם היכולת לשלוט בדימויו העצמי עת מדובר בשיחה שהמקליט האזין לה ברשות מלאה. ידיעת המוקלט על כך שהמקליט נוכח בשיחה או מאזין לה משמעותה מודעות לאפשרות שהוא יעשה שימוש בדברים ששמע באופן שלמוקלט אין יכולת לחזות או לשלוט עליו, גם אם היה רוצה להאמין אחרת. קשה גם להצדיק הגנה משפטית מפני הקלטת שיחות כדי להגן על הדימוי העצמי בהינתן פערי הכוחות שיפורטו להלן בין עובדים למעסיקים ובהינתן סוג השיחות המתקיימות במקום העבודה וזהות

המשוחחים. במסגרת יחסי העבודה אנו נושאים באחריות ובחובות אמן מוגברות שאינן מאפשרות לנו להסתיר את הדברים שאנחנו אומרים במסגרת תפקידנו.

במעגל החיצוני – דהיינו כשמדובר במערכת חברתית, כמו מקום עבודה – ההצדקה המקובלת להגנה על הפרטיות היא שמערכות יחסים זקוקות לפרטיות כדי להגיע למימוש מיטבי.⁷¹ בהלכת אהרוני נעשה שימוש בנימוק דומה, למרות היעדרה של התייחסות ישירה לזכות לפרטיות. נקבע כי הקלטה ללא ידיעת המוקלט בשירות המדינה עלולה "לזרוע חוסר אמן בין העובדים לבין עצמם, לשבש את היחסים בקרב שירות המדינה, ובסופו של דבר אף לפגוע בשירות שהוא נותן לציבור".⁷² בניגוד למערכות יחסים אחרות כגון זוגיות או קשרים רפואיים ומקצועיים, כאשר מדובר ביחסי עבודה יש מקום להטיל ספק רב במשקל שאפשר לייחס להצדקה זו בשל פערי הכוחות בין העובד למעסיק, כמו גם בשל שליטתו המוחלטת של המעסיק בעובד – שליטה המבוססת במידה רבה על פרקטיקות הפוגעות בפרטיות העובד, לרבות באמצעות אמצעי מעקב.

פערי הכוחות בין מעסיק לעובד, ובמיוחד עמדת המיקוח החלשה של העובד בהשוואה לזו של המעסיק, הם מהנחות היסוד של משפט העבודה.⁷³ מקומות העבודה מבססים שליטה של המעסיק בעובדים בכל זווית של חיי העבודה ובאמצעים רבים, חלקם מוסתרים מעין ורבים מהם מבוססים על מעקב.⁷⁴ במצב דברים זה, הטענה שיש להגן על פרטיות המעסיקים בשיחות במקום העבודה דווקא במקרים שבהם המקליט הוא העובד המוחלש ואילו המוקלט הוא המעביד החזק, וזאת כדי להגיע למימוש מיטבי של מערכות היחסים במקום העבודה – הרי זו טענה שובת לב וכמעט אבסורדית; לכל הפחות היא נשענת על תפיסה רומנטית ולא מציאותית של יחסי העבודה. מקום העבודה הוא זירת שליטה ומעקב אחר העובד. פרטיות העובד נפגעת כבר בטרם דרכה כף רגלו במקום העבודה, ומוכן שגם במהלכה, כשהמעסיק שולט כמעט בכל צעד ושעל שלו.⁷⁵ מדוע דווקא הקלטת שיחות ללא ידיעת המוקלט היא שתפגע ביכולת למימוש מיטבי של היחסים במקום העבודה?

אכן, אפשר להניח שהקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה תוביל לפגיעה מסוימת באמן בין עובדים למעבידים ותעכיר במידה מסוימת את האווירה. אולם, כפי שאראה להלן, במצב הדברים השורר כיום – שבו יחסי העבודה מבוססים ממילא על שליטה ומעקב מצד המעביד על עובדיו – מתן הגנה משפטית לפרטיות דווקא במקרה של הקלטת שיחות, שהיא לעתים הכלי היחיד שעומד לרשות עובד המבקש להגן על זכויותיו במקום העבודה, לא

71 ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 120.

72 עניין אהרוני, לעיל ה"ש 6, בפס' 7.

73 ברק "עקרון תום הלב המשפט העבודה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 506.

74 טל גולן "העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה" משפט, חברה ותרבות – מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 515, 518 (ישי בלנך ואח' עורכים, 2016). גולן מפרט חמישה ממדים לתיאור השליטה של המעסיק בעובד, המקיפה כל אספקט של חיי העבודה: (1) ממד רעיוני-ניהולי, העוסק בטשטוש בין חיי העבודה לחיים הפרטיים ובשיטת ניהול "שטוח"; (2) ממד ארגוני-ביורוקרטי של ניהול משאבי האנוש ושליטה בעובדים; (3) ממד טכנולוגי של מעקב וניטור אחר העובדים; (4) ממד פיזי של עיצוב המרחב במקום העבודה; (5) הממד המשפטי שמשמעו הפרווגטיבה הניהולית ותפקיד המשפט בעיצוב של שגרת העבודה.

75 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 411-412.

תגרום למימוש מיטבי של יחסי העבודה אלא תפגע בהם. היא תעצים את שליטת המעבידים בעובדיהם ותאפשר להם לפגוע בזכויות בלי לתת את הדין על כך.

(ג) פרטיות כשאלה של כוח

כפי שראינו, הקלטת שיחות ללא ידיעת המוקלט היא אמצעי מעקב יוצא דופן בהשוואה למעקבים אחרים במקום העבודה: הוא יכול להתבצע – ומתבצע בפועל – בקלות רבה גם על ידי עובדים ולא רק על ידי המעסיק. לצורך המאמר ערכתי בדיקה מספרית של פסקי הדין וההחלטות של בתי הדין האזוריים לעבודה ב־38 החודשים שחלפו מההחלטה בעניין שמואלי ועד למועד כתיבת שורות אלה. במקרים שנסקרו הוגשה כראיה בהליך המשפטי הקלטה שבוצעה ללא ידיעת המוקלט או נדונה הפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה. הסקירה מעלה במובהק כי מרבית מקרי ההקלטה שהגיעו לדיון בבית המשפט בוצעו על ידי העובדים.⁷⁶ מתוך 553 החלטות ופסקי דין רלוונטיים, ב־442 מקרים (79.9% מהמקרים) המקליט היה העובד.⁷⁷ המשמעות של נתונים אלה היא שבפועל, הטלת איסור על הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי העבודה משמעותה שימור יחסי הכוח בעבודה ושרטוט גבולות הפרטיות באופן המיטיב עם בעלי הכוח.⁷⁸

הטענה שההקלטה היא מעשה פגום מוסרית משרתת בהקשר הזה את השמירה על כוחם העודף של המעסיקים; בה במידה היא משרתת גם את החלשת העובדים ובכך מצטרפת להחלשה של החלש ממילא.⁷⁹ עלינו להיות ערים לכך שעל אף השימוש של בית המשפט בלשון ניטרלית – היוצאת נגד הפרקטיקה של הקלטה במקום העבודה בלי תלות בזוהות המקליט או המוקלט – התוצאה אינה ניטרלית כלל ועיקר; היא מוטה בכיור לטובת צד אחד – המעסיק. האמירה ששיחות במקום העבודה אינן מיועדות להקפדה משפטית משמעותה בחירה: במקום שהמוקלט יצטרך להסביר מדוע אמר את הדברים שהוקלטו, המקליט – שהוא לרוב העובד – יצטרך להוכיח שהדברים אכן נאמרו. משמעותה של העמדה השיפוטית שמגנה על פרטיות המוקלטים היא מתן הגנה למעסיק מפני שימוש בהקלטה להוכחת טענות שפעמים רבות יש לעובדים קושי ראייתי עצום להוכיח, שכן הן

76 רוב התביעות בבית הדין הם של עובדים נגד מעבידים, שכן למעבידים יש מנגנונים אחרים שבאמצעותם הם יכולים לכפות את רצונם על העובדים שלא באמצעות תביעה בבית הדין.

77 הבדיקה נעשתה באמצעות אתר נבו. תקופת הבדיקה מיום 7.7.2015 (מועד מתן ההחלטה בעניין שמואלי) ועד יום 17.9.2018 (מועד ביצוע הבדיקה). החיפוש כלל את מילות החיפוש "הקליט" או "שיחה מוקלטת" או "הקלטה", בחיפוש מורפולוגי, ולמעט תיקים של המוסד לכיטוח לאומי או שירות התעסוקה ותיקים שבהם התברר מעובדות המקרה שההקלטה הייתה בידיעת כל הצדדים לשיחה. החלטות או פסקי דין שניתנו במסגרת תיק אחד (לרבות בהליך ערעור) נספרו כהחלטה אחת. מובן כי יש לסייג נתונים אלה ולהדגיש כי יש בהם כדי להעיד רק על המקרים שהגיעו לדיון משפטי, אך ייתכן שמקרים רבים אחרים של הקלטות הובילו לפשרה שייתרה את הצורך בהליך משפטי ולחלופין לא הניבו ראיות שהצדיקו חשיפה של ביצוע ההקלטה.

78 Rosa Ehrenreich, *Privacy and Power*, 89 Geo. L.J 2047 (2001)

79 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 146.

נאמרות בחדר סגור שבו נוכחים רק העובד והמעסיק.⁸⁰ מסקנה זו מתחזקת עקב הקשיים הרבים המוטלים על עובדים במסגרת ההליך המשפטי בבית הדין, למשל: קושי אינהרנטי להביא עדויות של חברים לעבודה החוששים להעיד נגד המעסיק פן יבולע להם, העלויות הגבוהות של ההליך והחשש שתביעה בבית הדין תטיל על העובד כתם שיקשה עליו למצוא מקום עבודה אחר. הדבר נכון לגבי כל עובד והוא נכון במיוחד בנוגע לקבוצות עובדים מוחלשות בשוק העבודה, שנחיתותם מול המעסיק גדולה במיוחד (עובדים זרים, עולים חדשים, עובדים עניים ועוד).⁸¹

לדעתי, דווקא לכלל משפטי שיתיר הקלטות במקום העבודה תהיה השפעה חיובית לא רק על תיקים המגיעים לבית המשפט בדיעבד אלא על יחסי העבודה בכלל ומלכתחילה. מעסיק שידע כי הוא עשוי להיות מוקלט על ידי עובד וכי ההקלטה תהיה קבילה כראיה נגדו בבית הדין ייזהר יותר מביצוע מעשים אסורים כגון הפליה אסורה, הטרדה מינית או התעמרות. לפיכך, קבלת ההקלטה כלגיטימית וקבילה במסגרת יחסי עבודה ובבית הדין לעבודה מהווה ביטוי של העצמה, חיזוק העבודה המאורגנת, מיגור תופעות של אפליה בעבודה, הטרדות מיניות ועוד.

אם כך, הקלטה עשויה להיות אמצעי של העצמת העובדים וכלי לתיקון של יחסי הכוח באמצעות מתן עוצמה לפרטים שבדרך כלל חסרים אותה.⁸² הכרה בלגיטימיות של הקלטת שיחות במקום העבודה תאפשר לחולל שינוי במאזן הכוחות ולתת מענה לכשלים רווחים בשוק העבודה ובהליך המשפטי, במיוחד מצבים של אפליה והתעמרות בעובדים, פגיעה בהתארגנות וכדומה. במקרים מסוג זה, חשיפה באמצעות הקלטה של התנהגות מעולת, מפלה או כזו שפוגעת בחופש ההתארגנות עולה בקנה אחד גם עם האינטרס הציבורי במיגור התנהגויות אלה בשוק העבודה (ומחוץ לו).

התבוננות בסוגיית ההקלטה כסוגיה של כוח מאפשרת להבחין בקלות בהשפעה הפוטנציאלית של איסור על הקלטה על יחסי הכוח בין הצדדים ליחסי העבודה. על כן, בכל דרך שבה נבחר בסופו של דבר לקיים את הדיון בשאלת ההקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה, עלינו להישאר מודעים להיבט הכוח שהסוגיה מייצגת. פרטיות וכוח אינם רק דרכים שונות ונפרדות המתאימות למסגור הסוגיה של הקלטה במקום העבודה. מי שמחזיק בידו את הכוח מחזיק גם בפריבילגיה לקביעת הגבולות של הזכות לפרטיות, להגן על פרטיותו שלו ולפגוע בפרטיות של מחוסרי הכוח.⁸³ אמנם, עצם העובדה שצד אחד למערכת יחסים עשוי לכאורה ליהנות יותר מהגנת הפרטיות אינה סיבה לשלול הגנה על הפרטיות כשהיא דרושה;⁸⁴ אולם במקרה הנדון – שבו מלכתחילה ההצדקות להגנה על

80 מעסיק שמודע לאפשרות שהוא מוקלט יישמר, אולי – לפחות בחלק מהמקרים – מהתנהגויות מעולות.

81 ראו שרון רבין מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529, 529-573 (1999).

82 ראו מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק "העצמה במשפט" העצמה במשפט 9, 14 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

83 Ehrenreich, *Privacy and Power*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2060.

84 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 148.

הפרטיות חלשות יחסית, ושליטת היכולת להקליט לא רק מגנה על המעסיק אלא גם שוללת כוח חשוב מהעובד – התשובה לביקורת אינה מספקת מענה הולם. לסיכום עד כאן, בחינת ההצדקות להגנה על הזכות לפרטיות בהקשר של הקלטה ללא ידיעת המוקלט מלמדת כי על אף הפגיעה המסוימת בפרטיות של אדם המוקלט ללא ידיעתו במקום העבודה, הבנת המאפיינים המיוחדים של מקום העבודה ושל יחסי העבודה מטה את הכף: אין הצדקה למתן הגנה משפטית גורפת מפני הקלטות של שיחות ללא קבלת הסכמת כל הצדדים לשיחה ביחסי עבודה.

ד. הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה: שאלה של מידתיות

היעדר הצדקה למתן הגנה משפטית גורפת מפני הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה, כחלק מהזכות לפרטיות, אין פירושה שראוי להתיר את ההקלטה בכל מצב. הדבר תלוי בנסיבות של כל מקרה, וככל פעולותיהם של הצדדים ליחסי העבודה, היא תהיה כפופה לחובת תום הלב המוגברת המוטלת על הצדדים. בחלק זה אציע כי הדרך הראויה לבחינת סוגיות של הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה, כמייצגות הפעלת כוח על ידי המקליט, היא מבחני המידתיות.

1. עקרון המידתיות ביחסי העבודה

כמערכת יחסים חוזית, יחסי העבודה כפופים בין היתר להוראות של דיני החוזים, לרבות חובת תום לב בשלב הטרם-חוזי ובמשך התקופה החוזית.⁸⁵ בצד דיני החוזים קבעו בתי הדין לעבודה חובה מוגברת לנהוג בתום לב, מכוח האמון המיוחד המאפיין יחסי עבודה ומכוח מאפייניו של חוזה עבודה כחוזה יחס, היוצר יחסים מעין היררכיים.⁸⁶ המשמעות של חובה זו אינה רק "לא לפגוע" באינטרסים של הצד האחר אלא גם לדאוג להם פוזיטיבית. כידוע, מושג תום הלב הוא מושג שסתום המשתנה בהתאם לנסיבות, אינו מוגדר בחוק ובית המשפט הוא היוצק לתוכו ערך.⁸⁷ על כן, גיא דוידוב הציע לקרוא את עקרון המידתיות כתנאי משתמע בחוזה העבודה וליישמו בהקשרים שונים ביחסי העבודה כקונקרטיזציה של עקרון תום הלב.⁸⁸

המידתיות היא עקרון יסודי במשפט הציבורי. כמכשיר משפטי המסייע לקבוע את גבולות השימוש בכוח, היא מתאימה במיוחד ליחסי עבודה ולקביעת גבולות להפעלת כוחו של המעסיק (ושל העובד במידת הצורך). המידתיות פועלת באמצעות מבחנים קונקרטיים הפרוצים להשפעות סובייקטיביות פחות מדיון המסתמך על שאלת תום הלב בלבד.⁸⁹ בה בעת, מבחן

85 ס' 12(א) ר"ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

86 ראו, למשל, שרון רבין מרגליות "השפעת עקרון תום הלב על משפט העבודה האישי: מפיקוח מהותי לפיקוח פרוצדוראלי" **עבודה חברה ומשפט** יג 139 (2012).

87 ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 503.

88 גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדני העבודה" **עיוני משפט** לא 5 (2008).

89 חוק הגנת הפרטיות מתייחס לשאלת תום הלב של אדם הפוגע בפרטיות ולסבירות הפגיעה בפרטיות במסגרת ס' 18(2) ר"ס' 20 לחוק, העוסקים בהגנות במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות. מסעיפים אלה עולה כי גם אילו היינו מגיעים למסקנה שהקלטה ללא ידיעת המוקלט

המידתיות קובע סטנדרט התנהגות שיכול להיות רלוונטי למגוון רחב של נסיבות, וככזה יכול לסייע לבתי הדין להתמודד עם סוגיות שאינן מוסדרות בחקיקה ומוכנסות תחת המטריה של חובת תום הלב.⁹⁰ מבחן המידתיות כולל שלושה מבחני־משנה שמטרתם לבחון את האמצעים שנבחרו לצורך הפעלת הכוח: (1) קיום של קשר בין האמצעי למטרה, כך שהאמצעי הנבחר אכן עשוי לקדם את המטרה הנטענת; (2) נבחר האמצעי ההכרחי להשגת המטרה שהשפעתו הקטנה ביותר ואינה פוגענית יותר מהדרוש; (3) בהתאם למבחן ה"מידתיות במובן הצר", יש יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות או באינטרסים בשל הפעלת הכוח לבין התועלת שתושג בהפעלתו. בפועל, בתי הדין לעבודה עושים שימוש רב במבחני המידתיות – גם להגבלה של כוח העובדים (למשל בהפעלה של זכות השביתה) ומטבע הדברים בעיקר להגבלת כוחו של המעסיק. כך, מבחני המידתיות משמשים את בתי הדין לבחינת יכולת המעסיק להגביל את חופש העיסוק של העובד, לקביעת עונשו של עובד שנמצא אשם בדין משמעתי ולשלילת פיצויי פיטורים, לבחינת לגיטימיות ההבחנה בין עובדים בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, להגבלת פעולות של המעסיק הפוגעות בפרטיות העובדים במקום העבודה ואף לקביעת מגבלות על הפרוגטיבה הניהולית של המעסיק.⁹¹

כאמור, אין מניעה להחיל את מבחני המידתיות לגבי כל אחד מהצדדים ליחסי העבודה. אמנם, הצדקה להגבלת השימוש בכוח לגבי עובדים אינה מבוססת על פערי כוחות, אולם כשניתן לעובד כוח ספציפי יש הצדקה לדרוש את הפעלתו באחריות.⁹² בה בעת, אין לשכוח שהתמונה הכוללת של יחסי הכוחות במקום העבודה איננה משתנה גם אם במקרה נקודתי העובד מפעיל כוח על המעסיק, ועל כן יש להיזהר במיוחד מפגיעה בעובדים וביכולתם להשתמש – באופן ראוי – בהקלטות. על בתי הדין להביא בחשבון שיקוליהם כי מופע זה של כוח הוא אחד היחידים בתוך מערכת שיחסי הכוחות בה נוטים באופן מוחלט, במקרים רבים, לטובת המעסיק, וכי חובות האמון המוטלות על הצדדים ליחסי עבודה לא בהכרח צריכות להיות הדדיות.⁹³

במקום העבודה פוגעת בפרטיות המוקלט, עדיין – לצורך תחולת הגנות מכוח החוק – הייתה רלוונטיות לבריקה של מטרת ההקלטה ושל תום הלב בכיצועה. סעיפים אלו מדגימים את הקושי בשימוש במבחני סתם כמו תום לב וסבירות בהשוואה למבחני המידתיות המוצעים.

90 דירוב "עקרון המידתיות", לעיל ה"ש 88.

91 שם, בפרק ג.

92 שם, בעמ' 42.

93 מרגליות "השפעת עקרון תום הלב על משפט העבודה האישי", לעיל ה"ש 86, בעמ' 145. בהקשר זה, מובן שגם ההשלכות של ביצוע הקלטות במקום העבודה אינן זהות לגבי העובד ולגבי המעסיק. עובד שחושף את העובדה שהקליט את חבריו או את הממונים עליו ללא ידיעה יתקשה כנראה לשמור על מקום עבודתו, וככל שיבקש להשתמש בהקלטות בהליכים משפטיים, עובדה זו עלולה להתגלות לכול – במיוחד למעסיקים פוטנציאליים – בפסק הדין שיינתן בעניינו. נתון זה עצמו עשוי להבטיח זהירות מצד העובדים בשימוש בהקלטה ללא ידיעת המוקלט.

2. יישום של מבחני המידתיות

בחלק זה אבקש להגים, על רקע הדיון המשפטי שלעיל ובאמצעות מקרי מבחן, את השימוש האפשרי במבחני המידתיות לניתוח מקרים של הקלטה ללא ידיעת המוקלט במסגרת יחסי עבודה, כמו גם את המדיניות האפשרית של מעסיקים לאסור הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה.

(א) הקלטה ללא ידיעת המוקלט כהתגוננות מפני אפליה ופיטורים

נניח מקרה שבו עובדת הרה מקבלת מכתב זימון לשימוע לפני פיטורים בטרם דיווחה למעסיקה על דבר ההיריון, אולם יש לה חשד שהמעסיק יודע על ההיריון וזו הסיבה האמתית לפיטוריה. באותה נקודת זמן העובדת מתחילה להקליט כל שיחה שהיא מקיימת במקום העבודה, ומאחת השיחות אכן עולה שהמעסיק ידע על ההיריון קודם לתחילת הליך הפיטורים. העובדת מפרסמת את השיחה המוקלטת בעמוד הפייסבוק שלה, בצירוף פוסט זועם על התנהלות המעסיק, שמקבל מאות שיתופים. הקלטה של שיחות באופן גורף וללא הבחנה ודאי גורמת לתחושה חזקה של מעקב, בהלה וחשש מהדברים שנאמרו וכעת קשה לזכור מה היו ולהסביר את הקשרם. פרסומם ברבים באופן חד-צדדי מעצים את הפגיעה עשרות מונים.

ניתוח של התנהלות העובדת באמצעות מבחני המידתיות יעלה כי האמצעי שבחרה – הקלטת השיחות במקום העבודה – אכן עשוי לקדם את מטרת ההוכחה של המניע האמתי לפיטוריה. אם אכן זומנה לשימוע לפני פיטורים בשל הידיעה על דבר ההיריון, מדובר במעסיק שמודע היטב לכך שנאסר עליו לפטר עובדת הרה והוא מנסה לשפר את סיכוייו לקבל היתר לפיטורי העובדת מאת הממונה על חוק עבודת נשים, בטענה שהזימון לפיטורים לפני קבלת ההודעה על ההיריון מעיד על היעדר קשר בין הפיטורים לבין ההיריון. המעסיק ודאי לא יודה מיוזמתו כי ידע על ההיריון, ועובדים אחרים שאולי יודעים על כך, אם יש כאלה, עשויים לחשוש להעיד נגדו ולסכן את מעמדם. במקרה כזה, הקלטה ללא ידיעה עשויה להיות אחת הדרכים היחידות להשיג ראיות לאפליה הנטענת.⁹⁴ האם האמצעי שנבחר הוא האמצעי שפגיעתו פחותה? תלוי בנסיבות. אם היה לעובדת חשד מסוים לגבי מי שסיפר למעסיק, מוטב היה להקליט רק את השיחות שלה עמו ועם המעסיק ולא את כל השיחות שקיימה ושלפחות לגבי חלקן ידעה מלכתחילה כי לא יהיו רלוונטיות. עם זאת, נוכח המוטל על הכף – משרתה של העובדת, והעובדה שמלכתחילה מדובר באמצעי שפגיעתו בפרטיות פחותה (לפי הניתוח לעיל), נראה שגם את המבחן הזה העובדת יכולה לעבור בהצלחה. לדעתי, באותו אופן, בהתאם למבחן המידתיות הצר, מתקיים יחס סביר בין הפגיעה בפרטיות המוקלטים, האינטרס שלהם שלא להימצא במעקב (בסביבה רוויית מעקבים מלכתחילה) ויכולתם לשלוט על האופן בו דבריהם יוצגו בעולם, לבין האינטרס של העובדת לשמור על מקום עבודתה ועל פרנסתה בתקופה קריטית מבחינה תעסוקתית

94 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 8230-11-13 נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה נ' הומטק שירותי כח אדם בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2013) (עמדת הנציבות כידיד בית המשפט); עניין ברנס, לעיל ה"ש 30.

של היריון, במיוחד על רקע המועד שבו נעשו ההקלטות – לאחר שכבר נאמר לעובדת כי יש כוונה לסיים את העסקתה.

על רקע זה, ברור כיצד החלק השני של פעולת העובדת – השימוש שלה בתוצרי ההקלטה – אינו מידתי. שימוש זה אינו הדרך הטובה ביותר לקדם את המטרה של מניעת פיטוריה, מכיוון שהגורם המשפטי המתאים למטרה זו הוא הממונה על חוק עבודת נשים. פנייה לממונה על חוק עבודת נשים היא דרך המלך של העובדת לתיקון העוול שנגרם לה, והיא אמצעי פוגעני במידה פחותה בהרבה. אפיק זה עשוי לאפשר פתרון של המחלוקת בלי שיימינג של המעסיק בטרם התבררה עמדתו לאשורה. זאת ועוד: האמצעי שבחרה העובדת בדוגמה זו לא רק גורם נזק רב למעסיק, אלא גם עשוי להוסיף עילת פיטורים עצמאית נגדה בשל פגיעה באמון וביכולת לקיים יחסי עבודה תקינים.

אל מול דוגמה זו אפשר להציב מקרה שנדון בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין לוי.⁹⁵ במקרה זה, נהג אישי של ראש עירייה, שהועסק במשרת אמון, הקליט את הממונה עליו לאחר שזומן לשימוע לפני פיטורים. בנסיבות המקרה שפורטו בפסק הדין הוביל יישום של מבחני המידתיות לתוצאה שונה לגמרי. העובד הגיש תביעה לבית הדין לעבודה נגד פיטוריו, בין היתר בטענה שלא התקיים הליך שימוע כנדרש בחוק. מפסק הדין עולה שהעובד ביצע הקלטות רבות – של הממונה הישיר עליו, של ראש העירייה וגם של נציגים אחרים בעירייה. ההקלטות הוגשו לבית הדין לאחר שנערכו באופן מגמתי ובלי שהקלטות הרבות נחשפו במלואן. מפסק הדין עולה שההקלטות שהוגשו לבית הדין לא היו קשורות לעניינים שבמחלוקת בין הצדדים. אפשר להניח שההקלטות שלא הוגשו לבית הדין רלוונטיות אפילו פחות מאלו שהוגשו; כלומר: נראה שהעובד לא הקליט כדי שיתאפשר לו להתגונן מפני טענה מסוימת של המעסיק או מפני התנהגות מעוולת שכוונה כלפיו, אלא ניסה לדוג ראיות לא ידועות במועד ההקלטה שאולי יאפשרו לו לטעון טענה כלשהי נגד המעסיק. נסיבות אלה – של ריבוי הקלטות שלא מכוונות להשגת תכלית ידועה וראויה – אינן עומדות בדרישת הקשר בין האמצעי הנבחר (ההקלטות) לבין המטרה (הגנה על זכויותיו של העובד והוכחת הגנתו בבית הדין). הקלטות בנסיבות כאלה הן ודאי לא האמצעי שפגיעתו פחותה להשגת המטרה. נוסף על כל אלה, בהיות המשרה משרת אמון – הדורשת שהות של שעות רבות בחלל אינטימי של מכונית, תוך חשיפת העובד לשיחות אישיות ומקצועיות של הממונה עליו – אין במקרה זה גם יחס ראוי בין הפגיעה הקשה בזכותו של ראש העירייה לפרטיות לבין התועלת שביקש הנהג להשיג בהקלטות אלה. נראה כי מקרה זה לא עומד באף אחד ממבחני המידתיות.

(ב) הקלטה ללא ידיעת המוקלט כעילה לפיטורי העובד המקליט

בית הדין הארצי אישר פיטורים של עובד שהקליט את הממונים עליו ללא ידיעתם ופוטרו, בין היתר מסיבה זו, בטענה שפעל בחוסר תום לב, הפר את חובות האמון המוטלות עליו וגרם לאבדן היכולת לעבודה משותפת.⁹⁶ בית הדין התייחס בקצרה לסוגיה של הקלטה ללא

95 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 3. בכל הנוגע לתחולת המסגרת המשפטית המוצעת בעניינים של עובדי ציבור, ראו לעיל ה"ש 34.

96 עניין ברנס, לעיל ה"ש 30, בפס' 42.

ידיעת המוקלט ביחסי עבודה. נקבע שככל שהקלטה בוצעה בתום לב ונועדה לאפשר לעובד להוכיח כי נעשתה בו פגיעה שלא כדין, או לחשוף מעשה לא תקין במקום העבודה – עצם מעשה ההקלטה אינו פסול ואין בו כדי להוביל לפיטורי העובד. עם זאת, בנסיבות המקרה קבע בית הדין כי מהשימוש שבחר העובד לעשות בהקלטות עולה כי הן לא הוקלטו כדי להוכיח טענות לגבי מדיניות גזענית במקום העבודה, כפי שטען העובד, אלא כדי להלך אימים על המעסיק וכאמצעי להשיג תנאי עבודה והטבות אחרות, ועל כן נעשו בחוסר תום לב.

עיון בעובדות שפורטו בפסק הדין מעורר ספק: האם מעצם השימוש הלא ראוי שעשה העובד בהקלטה שהקליט עולה שמלכתחילה נעשתה ההקלטה בחוסר תום לב? שימוש במבחני המידתיות היה מאפשר להגיע לתוצאה שאליה הגיע בית הדין וגם לחדר את המסר שאין פגם בהקלטה כשלעצמה, כל עוד היא נעשית בתום לב ועומדת במבחני המידתיות – אך על המקליט לוודא שהוא מבצע אותה כראוי. כך, עצם הבחירה להקליט שיחה שבה עולות טענות שהעובד תפס כגזעניות בהחלט עומדת במבחני המידתיות, באופן דומה למתואר בדוגמה הראשונה לעיל. הבעיה עולה רק מהאופן שבו בחר העובד להשתמש בסופו של דבר בהקלטה, הכושל כבר במבחן המידתיות הראשון. בניגוד לטענה שמטרת ההקלטה הייתה לאפשר פעולה נגד האמירות הגזעניות ששמע, בפועל השתמש בה העובד כדי לנסות ולהשיג לעצמו הטבות כספיות ותנאי עבודה משופרים. אמנם, באותו מקרה אין להבחנה זו נפקות לתוצאה של פסק הדין, משום שדי בעצם השימוש הלא ראוי בהקלטה כדי להצדיק את הליך הפיטורים (עם הסיבות הנוספות, כפי שקבע בית הדין); עם זאת ייתכן שבמקרים אחרים כן תהיה חשיבות להבחנה בין הסיבה להקלטה לבין אופן השימוש בה. בכל מקרה יש להבחנה זו חשיבות – למנוע הרתעת יתר משימוש בהקלטה באמצעות ההבהרה שהפגם נובע מהשימוש בהקלטה ולא מעצם הבחירה להקליט.

(ג) מדיניות של איסור הקלטה במקום העבודה

במקרה שנדרן בשנת 2017 בארצות-הברית ביקשה רשת סופרמרקטים אמריקנית להחיל על עובדיה כללי התנהגות שלפיהם הקלטה וצילום של שיחות, שיחות טלפון ופגישות הנערכות בחברה אסורה ומנוגדת למדיניות החברה, אלא אם התקבל לכך אישור מוקדם מאחד הגורמים המוסמכים לכך או בהסכמה של כלל השותפים לשיחה. עוד קבעה החברה כי פעולה בניגוד להנחיות הללו תוביל לתגובה משמעותית, לרבות פיטורים. מדיניות זו הוצדקה מטעמים המבקשים לכאורה להיטיב עם העובדים: שמירה על תקשורת פתוחה, החלפת דעות חופשית, ספונטניות, דו-שיח ואווירה של אמון במקום העבודה. המדיניות הובאה לבחינת ה-NLRB (National Labor Relations Board) ⁹⁷. פסל את המדיניות בנימוק שהיא גורפת ושהאיסור על ההקלטה מפר את החוק שמסדיר יחסי עבודה – National

97 NLRB היא סוכנות פדרלית עצמאית האמונה על הגנת חופש התארגנות וזכויות העובדים בארצות-הברית מכוח הוראות (NLRA) National Labor Relations Act. בין סמכויותיה: ניהול בחירות לארגוני עובדים וקביעת יציגות, חקירת טענות להפרת זכויות של עובדים, מעסיקים ונציגי ארגוני עובדים מכוח NLRA, יישוב סכסוכים, הכרעה בתביעות מכוח NLRA, אכיפת צווים של הסוכנות בבתי משפט לערעורים אם לא כוברו על ידי הצדדים. לפירוט נוסף ראו <https://goo.gl/xgtWBg>.

Labor Relations Act (NLRA). בהחלטה נקבעה רשימה של נושאים ומקרים שבהם תיחשב הקלטה כמוגנת בהתאם ל-NLRA, לרבות תיעוד של הפרות בטיחות או סכנות במקום העבודה, שיחות על תנאי שכר והעסקה, תיעוד של יישום לא עקבי של תנאי עבודה, תיעוד של יישום לא עקבי של כללי התנהלות בעבודה ותיעוד ראיות לשימוש מאוחר יותר בהליך מנהלי/משפטי לגבי תנאי עבודה. בהתאם, נקבע בהחלטה שמדיניות אי-ההקלטה של המעסיק עשויה להתפרש על ידי העובדים ככזו שאוסרת עליהם להקליט גם במקרים המוגנים בחוק – ועל כן היא פסולה. ערעור על החלטה זו נדחה וכמוהו נדחתה גם בקשה לעיון חוזר בהחלטה.⁹⁸

מה היה עולה בגורלה של מדיניות דומה – איסור גורף על הקלטה – אילו נקבעה על ידי מעסיק ישראלי? שאלה זו מצריכה דיון לפי דיני הגנת הפרטיות, שיתמקד במשקל שיש לתת להסכמת העובדים למדיניות כאמור, ככל שתינתן,⁹⁹ ויש לקיים את הדיון לפי המסגרת של דיני העבודה בצירוף עקרון המידתיות. החלטת המעסיק להגביל את התנהלות העובדים באמצעות איסור גורף על הקלטה תיבחן ביחס למטרות המוצגות ביסוד המדיניות, השאלה אם המדיניות מקדמת מטרות אלה, האם אפשר להשיגה באמצעים שפגיעתם בעובדים פחותה ומה היחס בין התועלת שתשיג המדיניות לבין הנזק שתגרום לזכויות העובדים ולאינטרסים שלהם במקום העבודה. נראה כי איסור גורף על הקלטה יהיה לא מידתי – ודאי כל עוד הוא מונע מהעובדים לתעד הפרות חוק, פגיעה בזכויותיהם ובתנאי עבודתם ומצבים נוספים, בדומה לאלו שאוזכרו במקרה האמריקני. במקרה כזה יהיה צורך להבחין בין עצם האיסור על ההקלטה, כמדיניות פנימית של מעסיק, לבין האפשרות להשתמש בה כראיה בהליך משפטי במקרה הצורך, גם אם נעשתה בניגוד למדיניות המעסיק. נראה כי הדרך הנכונה לעצב מלכתחילה מדיניות לגבי הקלטות במקום העבודה צריכה להיות הסכם קיבוצי שישמור על עקרון המידתיות מתוך מנגנון שמקטין את פערי הכוחות ויש בו ייצוג הולם לעובדים. עד כה עסק הדיון במישור של יחסי העבודה, שבו עסקה הערת האגב בעניין שמואלי. שאלת השימוש בהקלטה ללא ידיעת המוקלט כראיה בהליך המשפטי היא שאלה שונה ונפרדת, שכן העובדה שאפשר ליחס פגם כלשהו לעצם ביצוע ההקלטה ללא ידיעת המוקלט אין פירושו בהכרח השפעה על קבילות ההקלטה כראיה או על המשקל שיש לתת לה בהליך המשפטי.

3. שימוש בהקלטה ללא ידיעת המוקלט בהליך המשפטי

למרות הפער בין מאפייני שיחה המתקיימת פנים מול פנים לבין מידע בהקלטה, להקלטה של שיחה עשויה להיות משמעות ראייתית עצומה. כאשר מוגשת הקלטה כראיה, בית המשפט יכול להתרשם מהמילים המדויקות שנאמרו, מההקשר שבו נאמרו הדברים ומהאינטונציה שבה השתמש הדובר – כמעט כאילו האזין לדברים בהיאמרם. הקלטה מאפשרת למאזין

Whole Foods Market Group, Inc. v. National Labor Relations Board, No. 16-0002-ag 98
(2d Cir. June 1, 2017), <https://goo.gl/Gb1pfs>.

99 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 457.

לדעת, למשל, כיצד נשמעת פעולה של מעסיק לפירוק התארגנות של עובדים¹⁰⁰ או כיצד מגיבה מנהלת לידיעה לגבי היריון של עובדת.¹⁰¹ הקלטה יכולה לסייע למקליט לשכנע את בית המשפט שהדברים נאמרו, כפי שנאמרו, בזמן שנאמרו ועל ידי מי שנאמרו; היא עשויה להפחית את היכולת של מי שהוקלט להתכחש לדברים ולהאשים את המקליט בסילוף או באי־הבנה. ככזו, הקלטה עשויה להוות אמצעי לחיזוק כוחו של המקליט במקום העבודה ובהליך המשפטי, ולקדם את המטרה של גילוי האמת במשפט.

בתי המשפט קבעו שלושה תנאים שהקלטה צריכה לעמוד בהם כדי להתקבל כראיה בהליך המשפטי. (1) תנאי טכני, הבוחן את המהימנות והאמינות של סרט ההקלטה, כדי שאפשר יהיה לסמוך על פענוח ההקלטה כתמונה אמינה של מה שנאמר בפועל;¹⁰² (2) תנאי פורמלי, המוודא שההקלטה אינה סותרת את חוק האזנת סתר, שאז היא אינה קבילה לשמש כראיה בהליך משפטי אלא לפי סעיף 13 לאותו חוק;¹⁰³ (3) תנאי מהותי של קבילות, הבודק

100 ראו סק (ת"א) 32475-01-11 הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף להתאגדות עובדים נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ (פורסם בנבו, 4.4.2013).

101 הדס סילברנינג שמש פוטרה מעבודתה לאחר שישה חודשי עבודה, פחות כמה ימים, בהיותה בהיריון. לטענת המעסיקה היא פוטרה בשל התנהלות לקויה. בית הדין לעבודה קבע שהוכח באופן פוזיטיבי ובלי כל ספק שהעובדת פוטרה בשל ההיריון, וזאת על יסוד השיחה שתובא להלן מתוך סע (ת"א) 19943-10-11 סילברנינג נ' ג. הלגה בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2015):

הלגה: עכשיו, אם את תמשיכי להיות מועסקת פה... זאת אומרת שהתקיימו בינינו יחסי עובד מעביד וכשאת תלדי את יכולה לבקש פיצויים... זכותך לשבת בתור אישה שילדה, להחליט שאת לא רוצה לחזור לעבודה כי את רוצה לגדל את הילד ולקבל פיצויים, ואני לא מוכנה להעמיס את ה... הדבר הזה על החברה... אני לא מוכנה שתבקשי פיצויים אח"כ... אם החוק לא היה כזה מזדיין שיכול לאפשר לך לדרוש ממני אח"כ פיצויים, אני הייתי מעסיקה אותך... את מבינה? תביני, זה הדיכוי, כי אני כמעסיק תמיד מסתכלת איפה אני יכולה לצאת בשן ועין, כי כל החוקים במדינה זאת הם נגד המעסיקים... תקשיבי, אני רואה את הצד שלך, אבל אני גם חייבת לראות את החברה. אם אני לא אגן על החברה הזאת... תקשיבי, זה הכי קל והכי מסריח שיכול להיות, אבל אם אני לא אגן על החברה גם החברה לא תהיה, את מבינה? אני חייבת לראות... זה התפקיד שלי כמנהלת.

הדס: אני רואה את הנזק לי...

הלגה: את צודקת, את צודקת. אני אומרת לך, אם לא היה את החוק, כאילו חלק מהעניין זה החוקים המדכאים של מדינת ישראל, כי בייסיקלי הייתי מוכנה להמשיך ולהעסיק אותך עד תום התקופה ואחרי זה להתראות לא קרה כלום. את מבינה? [דיבור לא ברור] אבל החוק מאפשר לך את חופשת הלידה שלך לצבור כימי וותק לצורך תביעת פיצויים. למה? את מבינה?

הדס: כדי שלא ידפקו נשים בהריון.

הלגה: אבל אני לא דופקת. מאמי, תקשיבי לי, אני בייסיקלי נדפקתי מזה שאת בהריון.

102 יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1321 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009).

103 ס' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118, קובע כי דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר, בניגוד להוראות חוק האזנת סתר או בניגוד להוראת ס' 2 לחוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 – לא יהיו קבילים כראיה בבית המשפט אלא באחד

אם התמלאו תנאי הקבילות של התוכן המוקלט בהתאם לאופיו של אותו תוכן.¹⁰⁴ לצורך עמידה בתנאים אלה יש להגיש את ההקלטה לבית הדין באמצעות המדיה הדיגיטלית שבה בוצעה, עם תצהיר של מבצע ההקלטה המעיד על זהות המקלט, על ביצוע ההקלטה לרבות סוג המכשיר ואם פעל במשך כל זמן השיחה, מועד השיחה שהוקלטה, זהות המשתתפים בה וכיצד נשמרה בזמן שחלף. אי-עמידה בתנאי הקבילות עשויה להביא לפסילת ההקלטה כראיה בהליך המשפטי, אף שיש לבית הדין לעבודה שיקול דעת לקבל הקלטות כראיה גם אם לא הוגשו בדרך המלך ולא עמדו בתנאים אלו במלואם, תוך שמירה על העקרונות הבסיסיים של דיני הראיות בהתאמה לסוג ההליכים המתנהלים בבתי הדין לעבודה, ולשם השגת התכלית של חשיפת האמת ועשיית צדק.¹⁰⁵ לאחר שהקלטה או תמליל התקבלו לתיק בית הדין כראיה – עדיין יש לבית הדין שיקול דעת איזה משקל להעניק להם, בהתחשב בכלל הנסיבות. בשנים האחרונות מגמת הפסיקה היא להעביר את מרכז הכובד לשאלת המשקל ולא לשאלת הקבילות.¹⁰⁶ בהתאם לכלל שלפיו ההסדר לקבילות ראיות קבוע בפקודת הראיות, ההנחה היא שכל ראיה שקבילותה לא נאסרה בהוראות הפקודה, בפסיקה או בעקרונות כלליים של דיני הראיות היא חלק מחומר הראיות הקביל במשפט.¹⁰⁷ מהאמור עולה שגם אם ההקלטה עצמה או השימוש בה היו לא מידתיים, אין בכך כדי לפגוע בקבילותה כראיה בהליך המשפטי. כל עוד ההקלטה עומדת בתנאי הקבילות הפסיקטיים, על בית הדין לקבלה כראיה בהליך.

שאלת המשקל היא שאלה נפרדת. הקלטה או תמליל שעמדו בשלושת תנאי הקבילות מתקבלים לתיק בית הדין כראיה. המשקל שיינתן להם במסגרת פסק הדין ייקבע על ידי

משני מקרים: (1) בהליך פלילי בשל עברה לפי חוק האונת סתר; (2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם הורה בית המשפט על קבילות הראיה לאחר ששוכנע מטעמים מיוחדים שיפרט כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. עוד נקבע בסעיף זה כי האונת סתר שנעשתה שלא כדין, בידי מי שרשאי לקבל היתר להאונת סתר, לא תהיה קבילה כראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית. ראו ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פד(4) 169 (1984); סע"ש(ת"א) 52607-10-14 קובלסקי נ' וקסלר (פורסם בנבו, 10.8.2016); ס"ע(חי) 40239-06-11 לוי נ' פייטלוביץ-אריאלי רואי חשבון (פורסם בנבו, 20.8.2013). (משמעות השימוש בטלפון של צד ג' לצורך ביצוע הקלטה ללא ידיעת המוקלט); תע"א(ת"א) 8911/09 בויס נ' רשת הגנים של אגודת ישראל (פורסם בנבו, 27.4.2014). (חוק האונת סתר והכלל הפורמלי לקבילות הקלטה).
104 קרמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1322. למשל, במקרה שבו התוכן המוקלט הוא הודיית-חוץ של נאשם, צריכים להתקיים כללי הקבילות הקבועים בס' 12 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971. בכל מקרה נקבע בפסיקה כי בשורה התחתונה, המבחן – גם בהליכים פליליים ומקל וחומר בהליכים אזרחיים – הוא תמיד מהותי ולא טכני: "השאלה העיקרית היא תמיד זו, אם ההקלטה משקפת נאמנה את האירוע, ואם התשובה על כך היא בחיוב, כי אז הונח היסוד לקבילותה". ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד(לד) 3(3) 561, 572 (1980).
105 ראו, למשל, ע"ע(ארצי) 36076-06-10 קל-לי תעשיות בע"מ נ' מלי (פורסם בנבו, 9.12.2010).

106 שם.

107 ראו, למשל, כ"פ 5620/09 קורולק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.8.2009).

בית הדין או בית המשפט בהתאם לנסיבותיהם ותוכנם. כך, למשל, אם בית הדין מוצא שההקלטה נעשתה תוך הטעיית המוקלט בנוגע למידע מסוים או מתוך משיכת המוקלט בלשונו, באופן שהשפיע על תוכן דבריו – ודאי שיש בכך כדי להשפיע על המשקל שיינתן לדברים שנשמעים בה. עצם העובדה שמדובר בהקלטה ללא ידיעת המוקלט, בין שאפשר לראות בה פגם מוסרי כדברי השופט רובינשטיין ובין שמדובר בנסיבות שבהן המקליט כשל במבחני המידתיות (משום שיכול היה להשיג את מטרותו באמצעי פוגעני פחות או כשל השימוש שעשה בהקלטה), לא משפיעה על המשקל שאפשר לייחס לדברים שנשמעים בהקלטה. לעניין המשקל, רלוונטיים השיקולים המשפיעים על המהימנות שאפשר לייחס להקלטה ולמידה שבה היא משקפת את האירוע המוקלט.¹⁰⁸ קביעת המשקל אינה ענישה על עצם מעשה ההקלטה והאופן שבו בוצעה.

ה. סוף דבר

אמרת האגב של בית המשפט העליון – שהקלטת אדם ללא ידיעתו נגועה בפגם מוסרי – אומצה בבתי הדין האזוריים לעבודה. אלה הרחיבו את תחולתה ממישור יחסי העבודה למישור ההליך המשפטי, ואף לסוגיות של משקל ושל קבילות ההקלטות כראיות. במאמר זה הצעתי לקרוא את החלטת בית המשפט העליון כעמדה ערכית בלבד, שאיננה משנה את מעמדה החוקי של ההקלטה ללא ידיעת המוקלט או את הדין לגבי קבילותה או המשקל שאפשר לייחס לה כראיה בהליך המשפטי. על רקע זה, הצעתי להחליף את הדין האינטואיטיבי ערכי שהתקיים עד כה בפסיקה בדיון משפטי בשאלה אם הקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה פוגעת בזכותו של המוקלט לפרטיות. הצעתי לקיים את הדין תוך אימוץ של גישת הפרטיות כשליטה והבנת ההצדקות לזכות לפרטיות, על רקע הנורמות החברתיות וההתפתחויות הטכנולוגיות הרלוונטיות, כמו גם עקרונות ומאפיינים ייחודיים ליחסי עבודה ולשיחות המתקיימות במסגרתם.

נקודת המוצא לדין היא שלבני אדם יש זכות לפרטיות ולמרחב אישי מוגן גם במקום העבודה. בישראל הקלטת שיחה ללא ידיעת המוקלט איננה עולה כדי האזנת סתר, אך הפרשנות המרחיבה שניתנה בשנים האחרונות לזכות החוקתית לפרטיות מאפשרת לכלול הקלטה ללא ידיעת המוקלט תחת הגנת הזכות לפרטיות, בין באמצעות חוק הגנת הפרטיות ובין ישירות דרך חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, ניתוח ההצדקות להגנה על הפרטיות מלמד שגם אם אין מדובר בהכרעה פשוטה או אינטואיטיבית, עדיין הפגיעה המסוימת שעשויה להיגרם לפרטיות המוקלט לא מצדיקה קביעה של הגבלה משפטית גורפת על האפשרות לבצע הקלטות ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה. שיקולים מעולם יחסי העבודה – בעיקר פערי הכוחות בין מעסיקים לעובדים, כשהאחרונים הם אלו שמבצעים את מרבית ההקלטות במקום העבודה – תומכים גם הם במסקנה שאין ולא צריך להיקבע פסול אינהרנטי במעשה ההקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה, או באפשרות להגיש הקלטות כאלו כראיה בהליך המשפטי. הבנת הפרטיות כשאלה של כוח מחזקת את הביקורת על היחס השלילי להקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה, ומאפשרת לראות שבמקרים רבים עשויה

108 עמדה זו התקבלה על ידי בית הדין הארצי לעבודה בעניין בן ציון (ארצי), לעיל ה"ש 22.

להיות לה השפעה טובה על יחסי הכוחות במקום העבודה ובהליך המשפטי. הקלטה כזו מעניקה לעובדים כוח לחשוף עוולות שנגרמות להם ולהוכיחן בבית הדין, והיא מטילה איום על מעורלים במקום העבודה להיזהר מפני חשיפתם באמצעות הקלטה.

גם בהיעדר הצדקה לאיסור משפטי גורף על הקלטה ללא ידיעת המוקלט, משמעות הדבר אינה שראוי להתיר אותה בכל מצב. הדבר תלוי בנסיבות של כל מקרה. ככל פעולותיהם של הצדדים ליחסי העבודה, גם בעניין זה תהא התנהלותם כפופה לחובת תום לב מוגברת. הצעתי כי הדרך הראויה לכחינת סוגיות של הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי העבודה, כמייצגות הפעלה של כוח על ידי המקליט, היא מבחני המידתיות. יתרונם של אלה טמון בהיותם קונקרטיים ופחות פרוצים להשפעות סובייקטיביות מדרישה כללית לתום לב; הדגמתי את יישומם האפשרי בסוגיות רלוונטיות. הדגשתי כי ככל שנפל פגם בפעולת ההקלטה, אין בכך כדי להשפיע בהכרח על המשקל שיש לתת להקלטה ולקבילותה בהליך המשפטי, והקלטה העומדת בכללי הקבילות הפסיקטיים תהיה קבילה כראיה; בית הדין יקבע בכל מקרה לגופו את המשקל הראייתי שאפשר לייחס להקלטה, בהתאם לנסיבות שבהן נערכה, ככל שיש בהן כדי להשפיע על המהימנות שאפשר לייחס לה.

הדיון התמקד בסביבת יחסי העבודה בכלל ובמצבים שבהם העובד הוא שמבצע את ההקלטה בפרט. השיקולים שבגינם טענתי כי אין מקום להגנה משפטית גורפת מפני הקלטה ללא ידיעת המוקלט – במיוחד שיקולים הנוגעים לפערי כוחות ולזוהות הגורמים שהאיסור על הקלטה ללא ידיעת המוקלט ישרת – מתקיימים במידות מסוימות ובשינויים מסוימים גם בהקשרים ובמקומות אחרים, שאינם יחסי עבודה. ייתכן כי הניתוח המוצע במאמר זה יוכל לשמש מצע לדיון בהצעות (שהועלו בינתיים רק בתקשורת, ובעתיד אולי גם בהצעות חוק) להגביל את האפשרות לביצוע הקלטות מסוג זה.

