

הפרטיות היא לא חזות הכל

בתי הדין לעבודה בעניין איסקוב ובעניין בלוך קיבלו החלטות בדבר קבילותן של ראיות על בסיס גישה המחמיצה את מטרתן של ההליך המשפטי. אם הראיה לא נוצרה מלכתחילה תוך פגיעה בפרטיות, יש לאפשר את הצגת הראיות, שממילא הייתה חובה לגלותן בהליך גילוי המסמכים

יצחק שרגאי, חגי ורד

בין זכויותיו הקנייניות של המעסיק במקום העבודה והפרטיות הניהולית הנתונה לו, ובין זכותו של העובד לפרטיות במקום העבודה אגב שימוש במחשב בכלל ובדוא"ל בפרט.

פרסומו של פסק הדין בעניין איסקוב בא בשל הכללים המקיפים שנקבעו בו ביחס ליכולתו של מעסיק לעיין בתכתובות דוא"ל של עובדיו. עניינה של רשימה זו אינו בתשתית הנורמטיבית שנקבעה ובכללים שהתווה בית הדין הארצי בפסק הדין בעניין איסקוב. תשתית נורמטיבית זו היא שצריכה להנחות כיום מעסיקים ועובדים בהתנהלותם, והיא עשויה לבוא לידי ביטוי במגוון מקרים, לאו דווקא בזיקה ישירה לקיומו של הליך משפטי. ואולם לדעתנו, תשתית זו הייתה אמורה להוביל לתוצאה שונה

טלי איסקוב פנתה לבית הדין לעבודה לאחר של טענתה פוטרה שלא כדין, בהיותה בהיריון. החברה שבה הועסקה טענה שבעת הודעתה על הפיטורים לא הייתה בהיריון, ושלאחר מועד זה ועד לסיום עבודתה בפועל עסקה העובדת בחיפוש מקום עבודה חלופי. לביסוס טענה זו צירפה החברה תדפיס של 48 הודעות דוא"ל ששלחה איסקוב מתיבת הדוא"ל שהועמדה לרשותה.

עניינה של איסקוב התגלגל בשתי ערכאות. פסק דינו המקיף של בית הדין הארצי לעבודה בעניין (עע 8/90 איסקוב ענבר - הממונה על חוק עבודת נשים, 8.2.2011), בו נקבע כי תדפיסי הדוא"ל שביקש המעסיק לצרף פסוים לים מלשמש כראיה, זכה לתגובות רבות. אלה התמקדו בשאלות המהותיות שנדרו בו בפסק הדין בנוגע לאיזון



עו"ד יצחק שרגאי, שותף במחלקת מסחר אלקטרוני ואינטרנט, משרד הרצוג פוקס נאמן



עו"ד חגי ורד, שותף במחלקת דיני עבודה, משרד הרצוג פוקס נאמן

הקביעה כי נפגעה פרטיותו של עובד או של מעסיק אינה אמורה בהכרח לחרוץ את ההכרעה אם יש מקום לאפשר שימוש בראיה. יש לבחון את קבילותן של ראיות מעין אלה לפי טיבן ולפי אופי השימוש בהן ועיתויו

בעניין איסקוב נקבע כי
תדפיסי הדוא"ל שביקש
המעסיק לצרף פסולים
כראיה. בעניין בלוך נקבע כי
אין לפסול את התכתובת
שהגישה העובדת מתוך
הדוא"ל של הממונה עליה



על ראיות מחשב, שהושגו תוך פגיעה בפרטיותו של אדם, ולהציע מודל לבחינת קבילותן של ראיות מעין אלה לפי טיבן ולפי אופי השימוש בהן ועיתויו. על פי מודל זה, התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית הדין הארצי לעבודה בעניין איסקוב הייתה שגויה. בנסיבות העניין, על פי הניתוח שיובא להלן, לא היה מקום להורות על פסילת קבילותה של תכתובת הדוא"ל ועל הוצאתה מתיק בית הדין, אף אם הושגה תוך פגיעה בפרטיות. לעומת זאת, התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בעניין בלוך, שהתיר את תכתובת הדוא"ל שצירפה העובדת למרות הטענה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, היא לדעתנו תוצאה נכונה,

בכל הנוגע לקבילות הראיות בהליך. באחרונה עלו שאלות דומות במסגרת הליך המ־תנהל בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, בעניין בלוך (סע"ש 14-05-4394 בלוך – סינאל מלל פיוויי בע"מ, 2.12.2014). במקרה זה טענה העובדת שפוטרה מחמת הורות. לתביעתה צירפה תדפיסים של תכתובת דוא"ל שהשיגה לאחר שנכנסה לתיבת הדוא"ל של הממונה עליה, משום שבעת עבודתה קיבלה גישה אליה. בית הדין האזורי קבע כי אין לפסול את אותה תכתובת דוא"ל מלשמש כראיה. בשנים לב לתוצאה השונה בשני המקרים האמורים – בעניין איסקוב נפסלו הראיות ובעניין בלוך לא – נבקש ברשימה זו לדון בקבילותן של ראיות, בדגש

אם כי מטעמים שונים מאלה שעליהם התבסס בית הדין.

הבסיס הנורמטיבי לפסילת הראיות

פסילת קבילותה של תכתובת הדוא"ל בעניין איסקוב התבססה על סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, הקובע כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

לצורך ההחלטה שהביאה לפסילת הראיות בחן בית הדין הארצי בעניין איסקוב אם הראיות הושגו תוך פגיעה בפרטיות, ומשהגיע למסקנה שאמנם כן, בחן אם קיימים "טעמים שיירשמו להשתמש בחומר", כדרישת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. בית הדין הארצי הגיע למסקנה כי לא התקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים שימוש בראיות, ועל כן הורה על אי קבילות תכתובת הדוא"ל.

בדרך דומה הלך גם בית הדין האזורי לעבודה בעניין בלוך. ראשית בחן בית הדין האזורי אם תכתובת הדוא"ל

הושגה תוך פגיעה בפרטיות, ולאחר מכן בחן אם מתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים שימוש בראיות. משהגיע בית הדין למסקנה כי בנסיבות העניין מתקיימים אותם טעמים מיוחדים, התיר את השימוש בתכתובת הדוא"ל כראיה.

הבעייתיות בנייתוח הקיים

בית הדין הארצי בעניין איסקוב, ובעקבותיו גם בית הדין האזורי בעניין בלוך, הלכו לכאורה בדרך שהותוותה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות; בתי הדין בחנו אם הראיות "הושגו תוך פגיעה בפרטיות" ולאחר מכן בחנו אם התקיימו "טעמים שיירשמו", המצדיקים את קבלת הראיות למרות הפגיעה בפרטיות.

אלא שפסק הדין בעניין איסקוב (ובמידה פחותה

מאוד גם ההחלטה בעניין בלוך) לא העניקו משקל מספק לשיקולים אחרים, חיצוניים לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, שעשויים לאיין את תחולת הסעיף האמור במקרים אלה. מדובר בכללים ביחס לגילוי מסמכים ולעיון במסמכים, שהם מאבני היסוד של ההליך המשפטי.

בית המשפט העליון עמד לא אחת על כך שכלל היסוד לעניין גילוי ועיון במסמכים הוא "משחק בק" לפים גלויים". במסגרת זו נדרשים בעלי הדין לגילוי מרבי של המסמכים שברשותם. כלל זה נועד להניח לפני הצדדים, כמו גם לפני בית המשפט, את מלוא התשתית הראייתית הרלוונטית לשם הכרעה בסכסוך. בכך משרת הכלל האמור תכלית כפולה – חקר האמת ויעילות דינונית. כלל זה אף מגן על זכותו של בעל דין להליך ראוי, הנגזר

רת מזכות הגישה לערכאות (רע"א 4776/13 Milgerd Nominees Pty Limited נ' Max Donnelly, 29.9.2013).

לדעתנו, בית הדין הארצי צי נמנע בפסק הדין בעניין איסקוב מלהעניק לכלל יסוד זה משקל (ולכל היותר העניק לו משקל מועט). לו העניק בית הדין הארצי לכלל זה את המשקל הנדרש, הוא היה

מגיע לתוצאה אופרטיבית שונה. גם בית הדין האזורי, שנדרש בעניין בלוך להיבט זה, נמנע מלהעניק לו משקל מספק, שהיה בו כדי לייתר חלק מהדיון ביחס לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

מלאכת האיזון הנדרשת בהקשר זה אינה מתמצה בבחינת הזכות החוקתית לפרטיות אל מול קיומם של טעמים מיוחדים המצדיקים פגיעה בה. מלאכת האיזון צריכה להיעשות בין הזכות החוקתית לפרטיות ובין עקרון המשחק בקלפים פתוחים, שהוא נגזרת של זכות הגישה לערכאות.

לדעתנו אין מקום לטעון כי איזון זה כבר נעשה על ידי המחוקק במסגרת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, שכן את סעיף 32 לחוק יש לפרש כך שיחול באופן דווקני רק מקום שבו לא קמה חובת גילוי על פי דין ואין תחולה לעקרון המשחק בקלפים פתוחים.

פסק הדין בעניין איסקוב (ובמידה פחותה מאוד גם ההחלטה בעניין בלוך) לא העניקו משקל מספק לשיקולים חיצוניים לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, שעשויים לאיין את תחולת הסעיף במקרים אלה



הדבר מתחייב גם מן העובדה שככלל נמנע המ־חוקק מלקבוע כללי פסילת ראיות בחקיקה, ולפיכך גם מקום שבו נקבע כלל כזה אין לתת לו פרשנות נרחבת, שאינה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בחקיקה הישראלית.

המודל המוצע

את תחולתו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לבחון לפי סוג הראיות שנטען כי הן פוגעות בפרטיות, וכן לפי אופי ההליך המשפטי ועיתוי השימוש בראיות. בהקשר זה נבקש ראשית להבחין בין ראיות שנוצרו בדרך של פגיעה בפרטיות ובין ראיות שהיו קיימות ללא תלות בפגיעה בפרטיות, אך הגיעו לידי של בעל דין בעקבות מעשה שיש בו משום פגיעה בפרטיות.

ראיות שנוצרו תוך פגיעה בפרטיות אכן צריכות להיבחן בגדרי דל"ת האמות של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לדוגמה, תמונות שצילם בעל ובהן נראית אשתו מקיימת יחסי מין עם אחר, שצולמו שעה שנ־כנס עם אחרים לדירה שבה התגוררה האישה בלא ידיעתה ובלא הסכמתה (המקרה שעליו התבסס פסק דינו של בית המשפט העליון, בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006)). תמונות אלה לא היו באות לעולם אל־מלא הפגיעה בפרטיות וממילא לא היה אפשר לגל־תן בהליך המשפטי אלמלא הפגיעה בפרטיות. לפי־כך הורה בצדק בית המשפט העליון על אי קבילותן כראיות לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

הבחנה זו עולה בקנה אחד עם כלל הפסילה ש־קבע בסעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, שלפיו "דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה... לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט", כל־מר רק ראיה שנוצרה באופן פסול אינה קבילה.

דברים אלה יהיו נכונים על פי רוב גם ביחס לראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות בהליכים פליליים, שבהם לא נוהגים כללי המשחק בקלפים

פתוחים. בהליכים אלה אין זכות חוקתית רלוונטית שיש בכוחה לגבור על הזכות לפרטיות (ראו בהקשר זה: ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988)).

לעומת זאת, בעת בחינת קבילותן של ראיות שלא נוצרו לכתחילה תוך פגיעה בפרטיות – הנמצאות ברשותו של אחד מבעלי הדין, ועל פי כללי הגילוי והעיון הנוהגים הייתה מוטלת עליו חובה לגלותם לבעל הדין השני – יש להע־ניק משקל רב לעקרון המש־חק בקלפים פתוחים ולהתיר ככלל את השימוש בהן. זאת כיוון שממילא הייתה חובה לגלותן על פי כללי הגילוי והעיון.

ניקח את המקרה שנדון בעניין בל־ן. אין חולק כי תכתובת הדוא"ל הנוגעת להורות של התובעת רל־וונטית למחלוקת, והייתה חובה על הנתבעת לגלותה

כאשר עקרון "המשחק בקלפים פתוחים" מצדיק שהראיה תוגש לבית הדין, מן הראוי שלפני בית הדין יעמוד גם האופן שבו הושגה, אך לא כדי להביא לפסילתה אלא כדי לשקול פסיקת פיצוי בגין הפגיעה בפרטיות

שית, בקשות אלה מוגשות על פי רוב בראשיתו של ההליך המשפטי, עוד לפני שלב הגילוי והעיון במסמכים; ושנית, יש בסיס לטעון כי אין מקום להעניק סעדים שמקורם בדיני היושר למי שנהג בניגוד להוראות הדין ופגע בפרטיות.

כמו כן יהיה מקום להגביל את השימוש בראיות אלה על פי העקרונות הכלליים שנקבעו ביחס לגילוי ועיון במסמכים ובשים לב להוראות חוק הגנת הפרטיות, לרבות שקילת עוצמת הפגיעה בפרטיות בעקבות גילויים של מסמכים אלה, בשים לב לתוכנם ולדרך השגתם, תוך איזון בין הזכות לפרטיות ובין הזכות להליך הוגן וזכות הגישה לערכאות.

לצד זאת, כאמור, יוכל בית המשפט להטיל סניציות מסוגים שונים על מי שהפר את הוראות חוק הגנת הפרטיות (הפרה העלולה להיחשב לעבירה פלילית), וזאת בלי לפגוע באינטרסים של גילוי האמת ויעילות הדיון. כך יוכל בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק לצד הנפגע ולהביא בחשבון את הפגיעה בפרטיות במסגרת פסק הדין, ובמיוחד בעת פסיקת הוצאות המשפט.

סיכום

בצד הניתוח העקרוני של זכות העובד לפרטיות במקום

העבודה בכלל, ובעת שימוש במחשב ובדוא"ל בפרט, קיבל בית הדין לעבודה בעניין איסקוב ובעניין בלוך החלטות בנושא קבילותן של ראיות על בסיס גישה שלדעתנו מחמיצה את מטרתו של ההליך המשפטי. הקביעה כי נפגעה פרטיותו של עובד (או של המעסיק) אינה אמורה בהכרח לחרוץ את ההכרעה אם לאפשר שימוש בראיה. אם הראיה לא נוצרה לכתחילה תוך פגיעה בפרטיות יש מקום לאפשר להציג אותה, כי ממילא חובה לגלותה בהליך גילוי המסמכים. בדרך זו יוכל בית המשפט להגיע לחקר האמת ולתוצאה צודקת. בצד זאת יוכל בית המשפט לפסוק פיצוי לצד שפרטיותו נפגעה בעקבות השימוש בראיה.

בהליך גילוי המסמכים. לכן אין מקום לפסול ראיה זו, שצורפה על ידי התובעת. עקרון המשחק בקלפים פתוחים מצדיק שהראיה בהקשר זה תהיה לפני בית הדין בבואו לעשות משפט. בצד זאת, מן הראוי שלפני בית הדין יעמוד גם האופן שבו הושגה הראיה – לא כדי להביא לפסילתה, אלא כדי לשקול פסיקת פיצוי בגין הפגיעה בפרטיות.

בה במידה לא היה מקום להורות על פסילת הראיות שהוצגו בעניין איסקוב. מדובר בראיות שלא היה חולק בדבר הרלוונטיות שלהן. לו היו בידי התובעת, הייתה מוטלת עליה החובה לגלותן בשלב גילוי המסמכים. גם ראיות אלה, שלא נוצרו לכתחילה תוך פגיעה בפרטיות, היו צריכות לעמוד לפני בית הדין, בצד אפשרות לפסוק פיצוי בגין דרך השגתן.

מסקנה זו מתבקשת לאור סעיף שמירת הדינים שנכלל בחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי "הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין אחר". בהתאמה לכך כבר פסק בית המשפט העליון כי אין הוראות החוק גורעות מהוראות כל דין אחר, וממילא גם לא מחובותיו של בעל דין לפי התקנות העוסקות בגילוי מסמכים (רע"א 7264/95 **ראש קש מסחר 88 בע"מ נ' רוכביץ**, פ"ד מט(5) 793 (1996)).

הכוונה העומדת ביסוד פסק הדין בעניין איסקוב נכונה – למנוע מצב שבו חוטא יוצא נשכר. ואולם במקרים מעין אלה יש שני חוטאים פוטנציאליים, הראשון הוא הפוגע בפרטיות, והשני הוא זה שנמנע מלגלות מסמכים רלוונטיים בהליך הגילוי והעיון. אין מקום להעדיף חוטא אחד על פני האחר וכך לפגוע בכללי היסוד של ההליך המשפטי.

בהחלט ייתכנו מקרים שבהם יהיה מקום להגביל את השימוש בראיות שהגיעו לידי בעל הדין תוך פגיעה בפרטיות, גם כאשר דינן של ראיות אלה היה להימסר לו בהליכי הגילוי והעיון. לדוגמה, אפשר שיהיה מקום להגביל את השימוש בראיות אלה בבקשות לסעדים זמניים, וזאת משני טעמים: רא-

מלאכת האיזון צריכה להיעשות בין הזכות החוקתית לפרטיות ובין עקרון "המשחק בקלפים פתוחים", שהוא נגזרת של זכות הגישה לערכאות. יש להבחין בין ראיות שנוצרו בדרך של פגיעה בפרטיות ובין ראיות שהיו קיימות ללא תלות בפגיעה בפרטיות