

ספר אליקה ברק-אוסוסקין

ספר אליקה ברק-אוסוסקין

לכבודה של השופטת אלישבע (אליקה) ברק-אוסוסקין
סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה בשנים 2000–2006

עורכים לפי סדר א–ב:

הנשיא (בדימוס) סטפן אדלר
סגן הנשיא (בדימוס) יצחק אליאסוף
הנשיאה נילי ארד
פרופ' גיא דוידוב
השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
השופט (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר
עו"ד ארנה לין
פרופ' גיא מונדלק



המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים



ESSAYS IN HONOUR OF ELIKA BARAK-USSOSKIN

הפקה: ענת זקון
עריכת לשון: יהודית ידלין

מסת"ב 978-965-442-095-2 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות
תשע"ב-2012
נבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il



תוכן העניינים

9.....	דברי ברכה – נילי ארד
11.....	שיר לכבודה של אליקה ברק – עדינה פורת
15.....	מבוא

חלק ראשון – פתיחה

25.....	זאת האמת שלי – ראיון אישי – מראיינים: ארנה לין וגיא מונדלק
59.....	הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב – אלישבע ברק־אוסוסקין

חלק שני – בתי הדין לעבודה – היבטים מוסדיים

139.....	בית הדין לעבודה – פעמי ראשית – שלמה נוימן
185.....	נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: תפקידם ותרומתם הלכה למעשה – גיא דוידוב ורעות בגס שמר
207.....	גישור פנימי בבתי הדין לעבודה – אמירה גלין

חלק שלישי – חוזה עבודה וזכויות העובד במישור האישי

233.....	היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה – שלומית יניסקי־רביד
281.....	חוזה עבודה כחוזה יחסים – הדרה בר־מור
327.....	היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה – חיים ברנזון

חלק רביעי – זכויות עובדים מזווית חוקתית

- 363..... זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה – אהרן ברק
- שינוי חוזה העבודה: מפרדיגמה חוזית לפרדיגמה חוקתית –
427..... חני אופק-גנדלר
- מישהו מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות –
473..... שלי ולך

חלק חמישי – משפט עבודה קיבוצי

- התארגנות עובדים בישראל: מגמות, היבטים משפטיים ומדיניות –
517..... סטפן אדלר
- יחידת המיקוח – הגדרתה, עיצובה, והתאמתה למצבים משתנים ביחסי עבודה –
563..... מרדכי (מוטי) מירוני
- תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל
597..... מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי – מורן סבוראי
- פיטורים קולקטיביים – אייל אברהמי
655.....

חלק שישי – עבודה ורווחה: היבטים ציבוריים

- מעורבות רשויות המדינה ביחסי העבודה בישראל – יצחק אליאסוף
711.....
- מינוי למשרה בשירות הציבורי – יצחק זמיר
731.....
- שלושת הממדים החוזיים של תכניות רווחה לעבודה – אמיר פז-פוקס
757.....
- הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבין-לאומיים – פאינה מילמן-סיוון
803.....

דברי ברכה

מאת

נילי ארד

לסגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין, חברתי היקרה
"אליקה".

אליקה נפש גדולה, אוהבת אדם באשר הוא. אוספת לביתה קרובים, רחוקים, מכרים
לשעה וזרים שפגשה ברחוב, במטוס, בדרך. חברה מסורה ונאמנה, ברוחה הצעירה התוססת
מובילה למחוזות קרובים ורחוקים. בת בלי גיל שהכל נוהים אחריה, מתמחים, עוזרים
משפטיים, סטודנטים, וחברים. מלוא העולם חברים. והבית של אליקה ואהרן אהוב נפשה,
פתוח לרווחה, סביב שולחן ערוך במיטב המאכלים, שיח מלומדים וחברים, עניני דיומא
ועניינים ברומו של עולם, ומעל לכל אוירה חופשית של ידידות ואהבה.

אליקה, האמא הגדולה של המשפחה המפוארת שהקמת עם אהרן האחד והיחיד, שהוא
לנו מורה דרך בעולם המשפט ובהליכות חיינו.

אליקה המשפטנית, הסקרנית תמיד, ללמוד, לשמוע וליישם. בעלת אנרגיות בלתי נדלות,
לחקור ולגלות אנשים, מצבים אנושיים, שיטות משפט, תיאוריות ותיזות מרחיקות לכת.
בפסיקתך המקורית והענפה הנחת אבני יסוד בבניין משפט העבודה הפרטי והקיבוצי,
והבטחון הסוציאלי, והעשרת את ההלכה בשיטות משפט מעבר לים. פתחת את דוקטרינת
תום הלב כחלק בלתי נפרד מהוויית החיים וכפי ביטויה במשפט העבודה והבטחון
הסוציאלי. עמדת על משמר זכויות האדם והשוויון, תוך איזון הזכויות והחובות, בין גבר
ואשה, בין העובד למעסיקו, וביחסים עם הרשות. כל זאת, בשים לב לקשר בין מציאות
החיים והשתנות העיתים, לבין עולם המשפט, הלכה ולמעשה. בהתנהלותך בחיך
ובפסיקתך מתקיימים כך דבריו של רבי נחמן מקוצק:

אם תחפש באדם מלאך,

לא תמצא בו אפילו אדם.

אם תחפש באדם אדם,

יש ואפילו מלאך תמצא בו.

אליקה יקרה, לנו השופטים והעובדים, המתמחים והעוזרים המשפטיים לדורותיהם שעבדו בהנחייתך, לכולנו במערכת בתי הדין לעבודה, היית חברת נפש וכזו את ממשיכה ותמשיכי להיות כל העת. זכות גדולה היא לכולנו, להמשיך לחיות, לעבוד וליצור במחיצתך, בשנים שחלפו ובכל השנים הטובות שיבואו.

שאי תודה וברכה, שלך בהוקרה
נילי ארד, נשיאת בית הדין הארצי לעבודה
ירושלים, תשע"ב–2012.

שיר לכבודה של אליקה ברק

מאת

עדינה פורת*

באחד הימים, בהיותי שופטת בבית הדין לעבודה בתל-אביב, נשמעה דפיקה קלה על דלת לשכתי.

פתחתי את הדלת ובפתח ניצבה אישה תכולת עיניים וחיוך לבכי נסוך על פניה. "שמי אליקה", היא אמרה, "אני הרשמת החדשה. האם אוכל לשבת ליד אחת הרשמות וללמוד על עבודתן?" באותו הרגע חלף בי הרהור אגואיסטי: הן גם אני הייתי רשמת. מדוע לא אהיה אני המלמדת? ואז הזמנתי לביתי. על הרהור שחלף במוחי ברגע ההוא אני אסירת תודה, ועל היתר כתבתי בשיר.

ביום בהיר אחד ישבנו שתינו יחד,
היא רשמת מתחילה ובלבה קצת פחד.
כמה הייתה ללמוד ולהוטה לדעת,
נועם, חן וחמימות אישיותה שופעת.

דיברנו על חוקים, דינים של עבודה
וגם שוחחנו קצת על הא וגם על דא
ומאותה פגישה, הריני מתוודה,
הוקסמתי מאישה מאוד מיוחדת.

כשאליקה הייתה עוד בראשית דרכה
היה זה כבר ברור כי באמתחתה
מונח שרביט שפיטה ורק יחלוף זמן מה,

* שופטת בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס). הוקרא במסיבה שנערכה לכבודם של אליקה ואהרן ברק ביום 26.9.2006 עם צאתם לגמלאות.

היא תעלה לכס ותעטה גלימה.
כהרף־עין התחלפו העידנים,
היא התערתה בחוק ובדינים
ובירדן זרמו להם המים...
והיא הפכה שופטת בינתיים.
למתדיינים אצלה הובטח מראש
אורך רוח, לב חנון, ואהבת אנוש,
עומק מחשבה, צדק בלי פשרות
רוחב המבט ואומץ לשנות.

גם איש אז לא חלק וזה היה מוסכם :
היא הכוהנת הגדולה של כל זכויות אדם
והן, זכויות אדם, חולשות בתפארתן
על פסיקותיה לאורכן ולרוחבן,
ותום הלב על כל גונוני כנר הוא לרגליה,
הוא לה מצפן ולה מצפון, ובראש מעייניה.

ושוב נקפו ימים וביום אחד קיצי
היא התמנתה להיות שופטת בארצי.
ולא הייתה דרכה סוגה בשושנים,
היו קוראי־תיגר, היו גם רינונים
היו גם שחלקו על דעותיה
היו שלא קלטו אמתותיה,
סברו שהיא הקדימה את זמנה בדור או שניים
שמשתה החדשנית לא נקלטה עדיין
ואף אני את חטאי היום הזה אזכיר
שלא תמיד הסכמתי הייתה מקיר לקיר.

אך היא הלכה לה בדרכה ללא מורא,
שבירת המוסכמות הייתה כמעט שגרה.
במצח נחושה עמדה מול מתנגדיה
וכלביאה לחמה על דעותיה.
דעה שונה אמנם לא נחשבה לחטא
וגם כבר־פלוגתא, אתה השיח מרתק.

שיר לכבודה של אליקה ברק

ושוב עבר הזמן, מלכת לא עמד
ואליקה החליפה מעמד.
היא הרקיעה ועלתה כמעט לשיא:
והרשמת הנבוכה אשר הכרתי, הנה היא סגן נשיא !

בצאתך יקירתי לגמלאות באושר ובנחת,
אזכור ימים יפים בהם בילינו יחד,
איך לי הראית את מכמני ירושלים,
טיילת אתי ברחובותיה בין ערביים
וכטובה במדריכי התיירים
הובלת אותי בסמטאות, באתרים.

ועוד כהנה וכהנה, ותקצר היריעה,
לתאר אפילו בקצרה,
איך בכ חברו יחדיו לתפארה
רעות ונדיבות בלי שמץ יוהרה.
איך מעולם לבך לא גבה,
ולא ידעתי איך אגמול, זולת באהבה.

ספר אליקה ברק־אוסוסקין

מבוא

השופטת (בדימוס) אלישבע ברק-אוסוסקין – אליקה כפי כול – כיהנה במערכת בתי הדין לעבודה תקופה בת 19 שנים: תחילה כרשמת בבית הדין האזורי, לאחר מכן כשופטת – בבית דין אזורי ובבית הדין הארצי – ובין השנים 2000 ו-2006 כסגנית הנשיא. לאורך כל השנים האלה התאפיינה פסיקתה במקוריות, ביצירתיות ובאומץ רב לחדש. תרומתה לפיתוח דיני העבודה הייתה רבה. ספר זה מקבץ מאמרים שנכתבו לכבודה.

לספר שישה חלקים. החלק הראשון עוסק באופן הישיר ביותר בתפיסתה הייחודית של השופטת ברק-אוסוסקין (כמובן קיימת התייחסות רבה לפסיקתה גם בשאר פרקי הספר). הוא כולל ריאיון שערכו עו"ד ארנה לין ופרופ' גיא מונדלק עם השופטת. הריאיון חושף את תפיסותיה במגוון סוגיות, לרבות ניסיון להתמודד עם דברי ביקורת, ומשלב קטעים מתוך פסקי דין נבחרים שלה. מהריאיון עולה גם הקשר שבין האישי – הבא לידי ביטוי בביוגרפיה של השופטת – לבין המשפטי והציבורי – העולים מתוך פסקי הדין שכתבה. בצד הריאיון מופיע מאמר פרי עטה של השופטת ברק-אוסוסקין, העוסק בנושא גבולותיה של הקוגנטיות בדיני העבודה: השאלה שמעלה השופטת היא אם דיני העבודה הם "לעולם קוגנטיים" או שאפשר וצריך לעתים להימנע מאכיפתם – או לסטות מהם בדרך אחרת – למשל כאשר תביעתו של עובד נעשית בחוסר תום לב. גישתה של השופטת בתחום זה, כפי שבאה לידי ביטוי גם בפסיקתה, היא מקורית ובלתי שגרתית. היא משקפת את השאיפה שלה – שאפשר לזהותה גם בהקשרן של סוגיות אחרות – להגיע לתוצאה צודקת, תוך שימוש רחב בשיקול דעת שיפוטי ובמושגי סתום משפטיים. על כן אפשר לומר כי מאמר זה מבטא במידה רבה את גרעין תפיסת העולם השיפוטית של השופטת ברק-אוסוסקין. במאמר מרחיבה השופטת את הבסיס התאורטי לפסיקתה הרחבה ניכרת, ומציגה אותה (תוך קישור למגמות עכשוויות בספרות ובדין הנוהג באירופה) כנקודת איזון בין ביטחון לגמישות. היא מבקשת להראות כי בית הדין כבר נוהג, הלכה למעשה, לסטות מהכללים הקוגנטיים במקרים המתאימים, אך מדגישה כי הגמשת עקרון הקוגנטיות חייבת להיעשות באופן מוגבל ומבוקר.

בתי הדין לעבודה – היבטים מוסדיים

שאר המאמרים שבספר מסודרים לפי נושאים. החלק השני עוסק בבתי הדין לעבודה עצמם, ברמה המוסדית, וכולל שלושה פרקים. הוא פותח במאמרו של עו"ד שלמה נוימן, שעוסק בהקמתה של מערכת בתי הדין לעבודה כמו גם במאפיינים המייחדים אותה. מחקרו של

עו"ד נוימן מתבסס בין השאר על ניסיונו רב השנים בלשכת התיאום של הארגונים הכלכליים וכן כחבר הוועדה למינוי נציגי ציבור. המאמר עומד על יתרונותיה של ערכאה מתמחה ועל מקומה במסגרת מערכת המשפט הכללית, ומנסה להעריך את המידה שבה הצליחו בתי הדין להשיג את מטרותם.

פרופ' גיא דוידוב ועו"ד (ותלמידת מחקר) רעות בגס מתמקדים במאמר הבא באופן ספציפי בבחינת אחד המרכיבים המרכזיים המייחדים את בתי הדין לעבודה: נציגי הציבור. בחלקו התאורטי סוקר המאמר את ההצדקות לשילוב נציגי ציבור בערכאות שיפוטיות, ובבית דין לעבודה בפרט. בחלקו האמפירי המאמר מבקש לבחון, על סמך תצפיות, שאלונים ובחינת מדגם של פסקי דין, באיזו מידה מוגשמות ההצדקות הלכה למעשה. מסקנת המאמר היא כי מוסד נציגי הציבור הוא בעל פוטנציאל רב, אך זה אינו ממומש באופן מספק.

חותם את החלק השני מאמרה של פרופ' אמירה גלין, שעוסק בהליכי הגישור המתנהלים בין כותלי בית הדין לעבודה. המאמר מדווח על תוצאותיו של מחקר אמפירי שבחן הליכי גישור שקיימו נציגי ציבור בבית הדין האזורי בתל אביב. המחברת שיערה כי אופיו הכופה של ההליך – המתבטא בלחץ מצד בית הדין על הצדדים לפתור את הסכסוך בהליך גישור – יביא למידת הצלחת נמוכה, אולם היא מדווחת כי השערתה התבדתה: המחקר מעיד שהצדדים אינם נוקטים טקטיקות המקשות על הגישור, וכי שיעור ההסכמים גבוה יחסית (50%). פרופ' גלין בוחנת תוצאה זו בחינה ביקורתית ושואלת אם שיעור סיום התיקים בהסכם משקף בהכרח הצלחה. אך המחקר מעיד ששביעות רצונם של הצדדים מהמגשר ומההסכם שגובש הייתה גבוהה יחסית. נתונים אלה מחזקים את ההערכה החיובית של ההליך. שלושת המאמרים חוברים אפוא יחדיו לתיאור מערכת בתי הדין לעבודה כמערכת ייחודית אשר מנסה להתאים את ההליך לאופי הייחודי של סכסוכי עבודה.

חוזה עבודה וזכויות העובד במישור האישי

חלקו השלישי של הספר מתמקד במשפט העבודה האינדיווידואלי. ד"ר שלומית יניסקי-רביד עוסקת במאמרה ביחסים פסיכולוגיים במקום העבודה. המאמר פותח בסקירת גישות פסיכולוגיות אשר עוסקות באישיות האדם ככלל ובחשיבותם של יחסים חברתיים להתפתחות האישית בפרט. לטענת המחברת, המשפט – ודיני העבודה בפרט – צריכים לקדם התפתחותם של יחסים בין-אישיים, שכן אלה הם צורך אנושי בסיסי. לגישת המחברת, יש לפרש את דיני העבודה גם על פי מטרה זו. המאמר קושר גישה זו עם הספרות בנושא "חוזה יחס" ו"קניין יחסים" ומצביע על פסיקה שהדגישה את חשיבות היחסים הבין-אישיים בעבודה. המחברת מפרטת דוגמאות קונקרטיות שבהן גישה זו צריכה להשפיע

על הפסיקה באופן שדורש מהצדדים לכבד את מערכת היחסים ביניהם ומגן על הצד הפגיע יותר במערכת היחסים שהסתמך על יחסים אלה.

המשך ישיר למאמר זה מצוי במאמרה של פרופ' הדרה בר-מור, אשר מתמקדת בתאוריה של חוזה היחס – או "חוזה יחסים" כפי שהמחברת מעדיפה לכנותו – ומצביעה על חשיבותה בתחום העבודה. פרופ' בר-מור מדגישה את תרומתה הרבה של השופטת ברק-אוסוסקין לאימוץ התפיסה בדבר חוזה העבודה כ"חוזה יחסים". המאמר פותח בסקירת מגמות ביחסי העבודה אשר מחייבות את התאמתם של דיני העבודה. התאוריה של "חוזה יחסים" – אשר המחברת סוקרת אותה בהרחבה – היא אחד הכלים אשר מאפשרים התאמה שכזו. המאמר עומד על השוני שבין דוקטרינה שמכירה בחוזה עבודה כ"חוזה יחסים" לבין שימוש בעקרון תום הלב, ומגיע למסקנה כי החלופה הראשונה עדיפה. המחברת רואה זאת כאקטיביזם שיפוטי ראוי.

את החלק השלישי חותם מאמרו של עו"ד חיים ברנזון, אשר עוסק בחובת השימוע, שבשנים האחרונות הורחבה מאוד בפסיקה הן מבחינת היקף תחולתה (אף על המגזר הפרטי) והן מבחינת הפיזיו שניתן על הפרתה. המאמר סוקר את הפסיקה – הן במשפט המנהלי והן בתחום העבודה – אשר מבהירה כיצד יש לבצע את חובת השימוע הלכה למעשה. המחבר מתמקד בעיקר בחובה המוטלת על המעביד להשמיע בפני העובד את טענותיו ולחשוף בפניו מידע ומסמכים רלוונטיים.

חובת השימוע פותחה כחלק ממדיניות שיפוטית לכונן ולעצב את מערכת היחסים המתמשכת בין הצדדים לקשר העבודה. שלושת המאמרים מציינים שהמשפט בהכרח מעצב את אופייה של מערכת יחסים זו ומציעים דרכים שונות לאתר את האופן שבו המשפט יכול להשפיע על הצדדים. עם זאת גם עולה מהמאמרים המסקנה כי לא תמיד ההלכה המשפטית מצליחה לנתב את הצדדים לשיתוף פעולה והכרה הדדית של האחד בצורכי האחר.

זכויות עובדים מזווית חוקתית

חלקו הרביעי של הספר עוסק אף הוא ברובו במשפט העבודה האינדיווידואלי, אך מתייחד בבחינה החוקתית של משפט העבודה. במאמר הפותח של החלק הזה פורס הנשיא (בדימוס) פרופ' אהרן ברק יריעה רחבה, כאשר הוא דן באופן כללי בשאלת תחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. לאחר דיון תאורטי מעמיק – המעדיכן כתיבה קודמת שלו בנושא זה – נותר המחבר עם המסקנה כי הפתרון הראוי הוא תחולה עקיפה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. תחולה עקיפה נעשית בעיקר בדרך של פרשנות, ובפרט דרך מושגי סתום כמו "תום לב" ו"תקנת הציבור", אך גם בדרך של פיתוח המשפט המקובל. המאמר סוקר

בהרחבה את אופן היישום של עקרונות אלה בפסיקת בית המשפט העליון (בתחום המשפט הפרטי), ולאחר מכן פונה לבחינת היישום בתחום משפט העבודה. מאמרה של ד"ר חני אופק-גנדלר, אשר בא בעקבותיו, בוחן באופן ספציפי את הסוגיה של שינוי חוזה עבודה. מאחר שיחסי עבודה הם בדרך כלל יחסים מתמשכים, אך מחייבים שינויים מעת לעת, שאלה החוזרת בפסיקה היא באיזו מידה רשאי מעביד לבצע שינויים באופן חד-צדדי – או בלשון אחרת, מהם גבולות הפררוגטיבה הניהולית. המחברת עומדת על מגבלותיה של הפרדיגמה החוזית לניתוח סוגיה זו, בפרט לנוכח כשלי השוק השכיחים ביחסי עבודה. היא סבורה כי גם הפסיקה העדכנית שחייבה מעבידים להפנים במידה מסוימת את עלויות השינוי אינה פותרת את הקושי. המאמר טוען כי יש להעדיף פרדיגמה חוקתית, אשר לפיה תנאי העסקת העובד וסדרי עבודתו הם חלק מזכות הקניין שלו. לפי גישה זו יש לבחון שינוי בסדרי העבודה כפגיעה בזכות חוקתית, אשר על המעביד להצדיקה לפי כללי המשפט החוקתי.

חותם את החלק הרביעי מאמרה של הרשמת שלי ולך מבית הדין האזורי בתל-אביב בנושא של מעקב אחר עובדים במקום העבודה. המאמר בוחן את הסוגיה דרך המסגרת החוקתית של התנגשות – או צורך באיזון – בין זכותו של העובד לפרטיות לבין זכות הקניין של המעביד (שממנה נובעת גם זכותו לנהל את מקום העבודה לפי שיקול דעתו). המחברת עורכת סקירה השוואתית מקיפה, אשר עומדת על הפתרונות שנבחרו בסוגיה זו במדינות שונות (בחקיקה ובפסיקה), תוך התמקדות במעקב אחר תקשורת אלקטרונית, האזנה לטלפונים, מעקב באמצעות מצלמות וידאו, בדיקות בשער המפעל ומעקב אחר עובדי שטח באמצעות איכון.

שלושת הפרקים הדנים בממד החוקתי תורמים להפנמת קשר העבודה לתוך מסכת משפטית רחבה יותר. בכל המאמרים יש ביטוי לייחוד של קשר העבודה, כפי שגם הודגם בפרק הקודם, לאור ההיבטים החוקתיים ותחולתם על דיני העבודה. זאת ועוד, הפתרון החוקתי מדגיש את ההיבט הערכי הטמון ביסוד בחירת הכלי המשפטי המתאים, כמו גם באופן הפעלתו על דרך של סימון הזכויות הרלוונטיות ועריכת איזון ביניהן.

משפט עבודה קיבוצי

חלקו החמישי של הספר מתמקד במשפט העבודה הקיבוצי. פותח אותו מאמרו של הנשיא (בדימוס) סטפן אדלר על התארגנות עובדים בישראל. המאמר סוקר בהרחבה את מה שהוא מכנה "ביצור מעמדה של הזכות לחופש התארגנות". המחבר עומד על התפתחויות בחקיקה ובפסיקה, אשר מחזקות את ההגנה על עובדים המבקשים להתאגד ולנהל משא ומתן במשותף עם המעביד. דגש מיוחד מושם בכללים שפותחו כדי למנוע התנכלות (במישרין או

בעקיפין) מצד מעבידים, וכן בנושא של התארגנות ראשונית. פרק נוסף מוקדש לנושא של הגדרת יחידת המיקוח, אשר גם בו חלו התפתחויות רבות בשנים האחרונות. המאמר מסכם את החידושים בתחום זה ומעמיד אותם בהקשר רחב יותר תוך הצבעה גם על הסוגיות שעדיין ממתונות להכרעה.

הנושא של יחידת המיקוח זוכה גם למאמר נפרד, פרי עטו של פרופ' מרדכי (מוטי) מירוני, שכולל ניתוח תאורטי והשוואתי של סוגיית הגדרת יחידת המיקוח. המאמר מתמקד בעיקר בדרכים לעיצוב יחידת המיקוח או שינויה – תוך התייחסות למאבק ארגוני מחד ולהכרעה שיפוטית מאידך – ולאמות המידה המשפטיות להכרעה בנושא זה. בהקשר זה מבקר המחבר את הפסיקה הנוכחית ומציע מסגרת חשיבה חדשה לנושא, אשר מבקשת לתת ביטוי לרשימה מוגדרת של צרכים וערכים, כמו גם להקשר שבו מתעוררת השאלה (למשל, אם מדובר בסכסוך בין מעביד לארגון או בין שני ארגונים; אם מדובר בשלב של הגדרת יחידת מיקוח ראשונית או של פיצול או איחוד יחידות). בסופו של דבר, השאיפה צריכה להיות, לגישתו של פרופ' מירוני, מציאת איזון נכון בין יעילות כלכלית, הוגנות והשפעה/קול (Voice).

במאמר הבא בוחנת עו"ד (וד"ר לפילוסופיה) מורן סבוראי את השימוש בתובענות ייצוגיות בדיני העבודה, ומעמתת כלי חדש זה עם הדרך המסורתית והמקובלת לייצוג בתחום העבודה – באמצעות ארגוני עובדים. המחברת עומדת על נקודות הדמיון שבשני המנגנונים ועל ההבדלים שביניהם, וסוקרת סקירה ביקורתית את המודלים השונים שעולים מהפסיקה באשר ליחס ביניהם. היא מציעה מודל אשר נותן עדיפות לארגון העובדים במקרה של תחרות עם תובענה ייצוגית, כדי לשמר את כוחם ומעמדם של ארגונים אלה, אולם זאת רק בתנאי שמדובר בארגון אמתי ופעיל. כאשר מדובר בארגון "מתחזה" או "נכשל", יש מקום, לגישת המחברת, לאשר תובענה ייצוגית. המאמר ממשיך ובוחר את פרטי המודל ואת האופן שבו ייושם הלכה למעשה, ואף מציע תקנות סדר דין לתובענות ייצוגיות בבתי הדין לעבודה.

השופט אייל אברהמי, סגן נשיא בית הדין האזורי בירושלים, חותם את החלק הקיבוצי בדיונו בנושא פיטורים קולקטיביים – כלומר פיטורים קבוצתיים שנובעים מסיבות כלכליות או ארגוניות. המאמר עומד על הזכויות המתנגשות בפיטורים כאלה וטוען כי האיזון ביניהן צריך להשיג הן צדק מהותי והן צדק הליכי. בהמשך מבחין המחבר בין המישור הקולקטיבי לבין המישור האינדיווידואלי בהליך הפיטורים. הוא עורך דיון נרחב בחובת ההיוועצות עם ארגון העובדים, ובוחר כיצד אפשר לבצע היוועצות במישור הקולקטיבי גם כאשר אין ארגון עובדים במקום העבודה, וכיצד יש לקבוע את אמות המידה לפיטורים. במישור האינדיווידואלי המאמר עורך דיון באופן ביצוע חובת השימוע לעובד, לרבות חובת גילוי מידע וחובת הנמקה. לבסוף בוחן המאמר את היקף התערבותו של בית הדין בהחלטות בנושא פיטורים קולקטיביים.

התחום הקיבוצי צמח והתפתח בשנים האחרונות על אף התחזית לירידה ביחסי העבודה הקיבוציים. המעבר מתפיסת הצדק האישי לקיבוצי מורכבת, ולכן התחום הקיבוצי מציב אתגרים רבים למשפט. את כל המאמרים בחלק זה מלווה שאלת מהות הקבוצה והיחס שבין הקבוצה לפרט ולתתי-קבוצות. ההחלטות בשאלות העולות בפרק זה – את מי לפטר, מי יוכל לתבוע, מי יוכל לקבל קול נפרד ומי יקבל את כוח הייצוג – מצריכות מסגרת מושגית מורכבת מזו האישית, וביחד המאמרים מצביעים על אפשרויות שונות של פירוק והרכבת הקבוצה.

עבודה ורווחה: היבטים ציבוריים

החלק השישי והאחרון של הספר כולל כמה מאמרים שעוסקים בהיבטים מגוונים של עבודה ורווחה המדגימים את רוחב היריעה של התחום כמו גם את מרכיביו הייחודיים. את רוחב היריעה מיטיב לתאר השופט (בדימוס) יצחק אליאסוף, לשעבר סגן נשיא בית הדין הארצי, במאמרו שעוסק במעורבות רשויות המדינה ביחסי העבודה בישראל. על אף ההנחה שיחסי עבודה הם תחום אוטונומי, המאמר מצביע על מעורבות רשויות השלטון השונות ביחסי עבודה: הממשלה (תוך בחינה נפרדת של מעורבותה ביחסי עבודה בשירות הציבורי ובמגזר הפרטי), הכנסת, מבקר המדינה, ולבסוף גם בתי הדין לעבודה. הדוגמאות הרבות המלוות את הסקירה, בעיקר מדברי חקיקה, מצביעות על יחסי גומלין מורכבים בין המדינה לבין המרחב האוטונומי של יחסי עבודה.

המדינה נמצאת גם במרכז הדיון שעורך השופט (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר, אם כי הוא מתמקד במדינה כמעסיק. מאמרו עוסק במינוי למשרה בשירות הציבורי. הוא בוחן תחילה את הליך הקבלה לעבודה (ובפרט את שיטת המכרז ויתרונותיה), ולאחר מכן את המינוי למשרה ציבורית והדינים החלים עליו. כן עומד המאמר על ההבחנה בין מינוי לתפקיד לבין בחירה לתפקיד מסוים (נבחרי ציבור) והשלכותיה. לבסוף בוחן המאמר מקרים של פגמים במינוי. כל זאת תוך התבססות על פסיקה רבה של בית המשפט העליון בתחום המשפט המנהלי לצד פסיקה של בתי הדין לעבודה.

לעומת המדינה כבעלים והמדינה כמעסיק מתמקדים שני המאמרים האחרונים במדינה כרגולטור בהקשרים ייחודיים של הליכי הפרטה. ד"ר אמיר פז-פוקס מתמקד בתכניות "מרווחה לעבודה", המוכרות בדרך כלל כ"תכניות ויסקונסין" (ונקראו בישראל תחילה "תכנית מהל"ב" ולאחר מכן "אורות לתעסוקה"). המטרה המוצהרת של תכניות אלה היא להוציא אנשים ממצב של תלות בקצבת הבטחת הכנסה ולשלב אותם בשוק העבודה. אולם המחבר בוחן את מטרת התכנית, כמו גם את אופן הפעלתה בישראל, בחינה ביקורתית. טענת המחבר היא כי תכניות אלה מבוססות על תפיסה של הדדיות – שבאה לידי ביטוי

בממד פילוסופי, בממד מוסדי ובממד עבודת השטח – וכי בכך קיימת חריגה רבה מהתפיסה המסורתית של מדינת הרווחה שמקנה זכויות באופן בלתי מותנה. המאמר מבקר את "הפרדיגמה החוזית", שלפיה הענקת זכויות מותנית במילוי חובות, דבר שלגישת המחבר מוביל את האוכלוסייה הענייה להדרה עמוקה יותר. בד בבד הוא גם בוחן בביקורתיות את סוגיית ההפרטה של שירותי רווחה.

סוגיית ההפרטה נמצאת גם בבסיס מאמרה של ד"ר פאינה מילמן-סיון. גרעין המאמר עוסק בנושא העברת אסירים על ידי גופים פרטיים ומתמקד בבחינת היחס שבין ההסדר הישראלי לעמדת המשפט הבין-לאומי בנושא זה, ובעיקר באמנה למיגור עבודה כפויה ופרשנותה. המתח בין ההסדר המקומי לבין-לאומי מתחדד עוד יותר על רקע הניסיון להפריט את מערכת בתי הסוהר. המאמר מבקש להוסיף לפסק הדין של בג"ץ, אשר מנע את הפרטת בתי הסוהר, נדבך חשוב אשר לא נידון בו.

כובעיה השונים של המדינה והמורכבות שבפיענוח תפקיד המדינה מקשרים את המאמרים בחלק זה, וקשורים בקשר הדוק להתלבטויות שעלו בחלקים הקודמים – היחס בין הספרה הציבורית לפרטית, האופן שבו דיני המדינה מעצבים מערכות יחסים ויחסים בין קבוצות וקהילות. בד בבד חלק זה חוזר ומצביע על התשתית הערכית עליה מושתתות ההכרעות המשפטיות – בחקיקה ובפסיקה – וחושף הנחות יסוד אשר ראוי להכיר בקיומן ולהתווכח על נכונותן.

תחום של חדשנות מתמשכת

בשנים האחרונות מתאפיינים דיני העבודה – אולי יותר מכל תחום משפטי אחר – בדינמיות ובהתחדשות מתמשכת. הלכות חדשות בנושאים עקרוניים הן תופעה יום-יומית כמעט. אפשר לומר כי חידושים אלה מתחייבים לאור השינויים הדרמטיים במציאות החיים המתחוללים בשוק העבודה – בישראל ובעולם כולו – אשר מחייבים התאמה של הדין. אולם בכך לא די; יש מדינות שבהן המערכת המשפטית איננה משכילה לפתח את דיני העבודה, והתוצאה היא הוצאת עובדים רבים אל מחוץ למעגל ההגנה, במידה כזו או אחרת. ואילו בישראל קיימת נכונות רבה לשקול חידושים. למציאות זו תרמה רבות השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין, אשר בלטה בנכונותה לבחון מחדש הלכות ומוסכמות ותיקות, ולא היססה לפסוק גם באופן בלתי שגרתי ומפתיע. לחדשנות בפסיקת בית הדין לעבודה תורמת גם נכונותם של השופטים להסתייע בספרות אקדמית ולהתבסס עליה. המאמרים הכלולים בספר זה עוסקים כולם בסוגיות עכשוויות ועדכניות, אשר עולות באופן כזה או אחר בפני בתי הדין לעבודה ובפני המחוקק. אין לנו ספק כי תהיה להם תרומה רבה להעשרת הדין בנושאים אלה ולהמשך פיתוחם של דיני העבודה והרווחה.

חלק ראשון – פתיחה

זאת האמת שלי – ריאיון אישי

מראיינים

ארנה לין* וגיא מונדלק**

א. מבוא

סגנית נשיא בית הדין לעבודה (בדימוס) אלישבע ברק אוסוסקין; זה תוארה הרשמי. כפי כול – אליקה. מעטים השופטים אשר מזוהים בקהילה המקצועית באופן זה – בשילוב של קבלת המרות השיפוטית ואימוץ הדמות שמאחורי השופט. לאחר פרישתה שוחחנו עם אליקה כדי להבין את דרכה השיפוטית. ההתייחסות הכפולה אל השופטת ואל האדם הייתה כל הזמן ברקע השיחה. דמותה מדלגת בין הפרטי לציבורי ומזמינה התייחסות מורכבת זו, וכך גם הריאיון שערכנו – מנסה לספר בד בבד את סיפורה האישי ואת דרכה הציבורית ועל עמדתה השיפוטית. ביוגרפיות של שופטים מעניינות משום שרבים סבורים שאת משנתו המשפטית של שופט יש לאתר ברקע האישי.¹ על אחת כמה וכמה עניין אותנו קשר זה בשיחה שהתנהלה בד בבד עם סגנית הנשיא (בדימוס) ועם אליקה; שני תארים לאותו האדם הנשזרים זה בזה ומספרים סיפור אחד שגוונים לו רבים. זאת ועוד, יש המריעים ויש המבקרים, אך אין אדישים לפסיקתה של המשנה לנשיא.

הריאיון המוצג כאן עבר עריכה ניכרת. השיחה התארכה, תפקידי המראיין והמראיין התחלפו, שכן גם בשיחה זו הביאה עמה אליקה לא רק תשובות אלא גם שאלות. כדי להקל עם הקוראים תמצתנו את השיחה הארוכה והפרדנו בין הרקע האישי לבין תפיסת העולם השיפוטית. בסוף הריאיון נחזור להאיר את מה שעולה בבירור – שבין שני מרכיבי הריאיון אכן קיים קשר הדוק. עם זאת את הבכורה ניתן למשנה לנשיא (בדימוס) השופטת ברק אוסוסקין... לאליקה, ואת עיקר העבודה של חיבור מרכיבי הריאיון נשאיר לפרשנות הקוראים.

* ארנה לין ושות' משרד עורכות דין.

** הפקולטה למשפטים והחוג ללימודי עבודה, אוניברסיטת תל אביב.

1 וראו לדוגמה פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית 16 (1999). לדבריה: "הביוגרפיה השיפוטית עושה למשפט את מה שעושה האגדה להלכה – מנערת אותו מן האדיקות המאובנת, מזרימה רגש אל השכל, ממירה את מידת הדין במידת הרחמים".

ב. ביוגרפיה אישית

אומרים ששופט מביא אתו החוויות שעמן צמח במשך השנים. קחי אותנו אחורה לשנות ילדותך ולמשפחה שבה גדלת.

רבות נכנס לפסיקה מהמטען הרגשי והתרבותי שקיבלתי בביתי, בעיקר מהפעילות הציבורית של הוריי ומדאגתם לחברה ולמדינה. זו אינה קלישאה. לכך הם הקדישו את כל מאווייהם. זו הייתה האווירה בבית.

שמנו לב שבשנות השיפוט שלך בבית הדין הארצי הוספת את שם נעוריך – אוסוסקין.

אני בת יחידה, ואימא שלי במשך שנים ביקשה שאוסיף את שם המשפחה הקודם לשמי כדי שיישאר זכר למשפחה וכדי שאם מישהו מהמשפחה יחפש קרובים, שיוכל למצואם. ברישיון של לשכת עורכי הדין ביקשתי שיתווסף שם משפחתי מנעורים, אך משום מה השם לא הוסף. כך לא זכתה אמי לראות את שם נעורי מצורף לשם משפחתי. שנים רציתי לשנות את שמי ברוח זו, אבל הדבר נראה לי מסובך לאחר שנים שבהן הופעתי בשמי מנישואין בלבד. לבסוף אזרתי עוז. לא שיניתי את הסדר של השמות מפני שהשם ברק כבר היה שגור. אבל אני כל הזמן נלחמת שיישאר משהו לזכרם של הוריי. הם היו אנשים מיוחדים מאוד. הם פעלו תמיד למען הכלל לפני שהם פעלו למען עצמם. ולכן היה לי חשוב לשמר משהו, ולו את שם המשפחה.

הוריי שניהם נולדו ברוסיה, אמי באודסה ואבי בבסרביה – כיום מולדובה. אני נולדתי ברומניה עקב עבודתו של אבי, מנהל הג'וינט בארצות הבלקן. אבי, משה אוסוסקין, התייתם בהיותו בן 19 וגדל אצל דודו. הוא היה ציוני בכל נפשו. אבי הצטרף לתנועת הנוער הציוני בגיל צעיר והיה מהמייסדים של "צעירי ציון" בסורוקי־בסרביה ומחברי הנשיאות. בגלל המצב לא היה יכול לסיים את לימודיו, והוא ניגש מאוחר יותר לבחינות בגרות אקסטרניות. דודו היה מנהל בנק גדול במולדובה ואבי עבד איתו. לאחר מכן היה מנהל סניף הבנק ומבקר הסניפים במושב הראשי בבוקרשט. לימים עבד אבי בקרן העזר ליהודים, הג'וינט והפאונדיישן. הוא מונה למנהל הג'וינט בהונגריה, תורכיה וכל ארצות הבלקן. בשנים 1933–1940 היה אבי גם מנהל "הבנק המרכזי לקואופרטיבים יהודיים ברומניה הגדולה". בשל תפקידיו של אבי בג'וינט עברו הוריי לבוקרשט, רומניה. כך קרה שנולדתי בבוקרשט. אבי היה פעיל מאוד בהקמת קואופרטיבים להעסקת יהודים. הרעיון היה לא לתת ליהודים מתת חסד אלא לספק להם עבודות למען פרנסתם. על מפעל הקואופרציה ליהודים כתב אבי ספר – "מאבק לקיום". הספר מקיף ביותר ומספר על כל הקואופרטיבים היהודיים שהוקמו במדינות האזור. הספר לא הוצא למכירה אלא נשלח לספריות רבות בעיקר יהודיות. אבי כתב במבוא לספר:

“...בבואי לתאר את דברי התנועות הקואופרטיביות בין יהודי בסרביה –
 רומניה הישנה, טרנסילבניה ובוקובינה, ממלא אני חובה קדושה כלפי כל
 אלה אשר השתייכו למשפחה עממית זו בת רבבות ואשר עשו למען קיומה
 ושגשוגה.”

הוריי נפגשו בברלין. לכן החלו לדבר ביניהם גרמנית. הם רצו שאדע שפות מספר. על כן
 דיברתי גרמנית עם הוריי ורוסית עם סבתותיי. אחת הסבתות נפטרה מוקדם, אך השנייה
 התגוררה עמי בחדר והייתה לי כאחות עד שמלאו לי תשע שנים, אז נפטרה. כך דיברתי
 בשתי שפות אלו, ולימים למדתי אצל מורים פרטיים אנגלית וצרפתית. בחופשת הקיץ לאחר
 כיתה יא שלחוני הוריי לבני דודים בגרנובל שבצרפת כדי ללמוד שם בקורס קיץ צרפתית.
 רומנית לא דיברתי כלל.

מלחמת העולם השנייה החלה ברומניה במחצית השנייה של שנת 1940. מאחר שאבי
 ניהל מוסד יהודי, הוא היה מהיהודים הראשונים שהשלטונות חיפשו אחריהם. באותה עת
 טלפנו לסבתא שלי ממשדרו של אבי ואמרו לה להודיע לאבי שלא יחזור למשרד. פרצו
 למשרד שלו, הפכוהו ולקחו מסמכים. הוא היה מהיהודים הראשונים שנעצרו. מאחר ששם
 משפחתו היה כשל דודו שניהל בנק ענק בבסרביה, סברו השלטונות שהוא הוא מנהל הסניף
 הראשי של הבנק. על כן שחררוהו תוך הבטחה שהוא ישוב להמשך החקירה. לא שבנו עוד
 הביתה. התחבאנו אצל חברים בבוקרשט. התריסים היו מוגפים כל הזמן וזכור לי שלא
 ידעתי אם יום או לילה. כמו ילדה יהודייה רגילה, לא הייתי מורגלת לכלבים. הוריי פחדו
 מכלבים והם העבירו אליי את פחדם. בבית החברים היה כלבלב קטן. זכור לי שהחלטתי
 לאזור עוז וללטפו. ליטפתיו בכיוון הפוך לכיוון שערותיו, והוא קפץ על פניי ושרט את אפי.
 מאחר שהפצע היה בראש לא רצו לסכן אותי וביקשו לתת לי זריקות נגד כלבת בטרם ייבדק
 הכלב. אלא שאף רופא יהודי אחד לא רצה לקבל אותנו. זכור לי כיצד הלכתי עם אמי
 בהיחבא בסמטאות בוקרשט, חבושה על אפי סביב ראשי; רופא יהודי עמד בחלון בקומה
 השנייה וסירב לקבלנו מתוך פחד. לבסוף נמצא רופא שבא לבית חברינו בכל יום וקיבלתי
 עשר זריקות בבטן.

הגוינט רצה שאבי יבוא לעבוד בגוינט בארצות הברית, שם ציפתה לו משרה בעלת
 הכנסה גבוהה וכספי פיצויים. אבל הוא היה ציוני בכל לבו ועמד על כך שניסע לפלשתינה.
 ברחנו באנייה לאיסטנבול. גם שם יעצו לאבי לא להישאר יותר מדי זמן. לאחר יומיים נסענו
 ברכבת דרך דמשק, לבנון, ראש הנקרה והגענו לתל אביב. הגענו חסרי כול. הוריי לא הביאו
 דבר מהבית מאחר שהיה ברור להם שנתגורר בצריף. אבי עמד על כך שנגור בירושלים.
 אבי מיד אושפז לניתוח בתל אביב. התגוררנו אז במלון בתל אביב, ואמי ואני, בת קצת
 יותר מארבע, נסענו לירושלים לחפש צריף למגורים. זכורות לי ההסתובבויות ברחובות
 ירושלים תוך חיפושי מקום מגורים. באותה עת הגיע רומל למצרים, ורבים פחדו שיגיע

לפלשתינה. משכך ברחו משפחות שלמות לארצות הברית. כך מצאנו בדרך מקרה דירה של משפחה שברחה לאמריקה. הם היו בעלי הבית שבו התגוררנו לבסוף. קנינו את דירתם בדמי מפתח ברחוב אוסישקין בירושלים. קנינו גם את כל רהיטיהם, רהיטים מעץ עתיק. עד היום יש לי ולחלק מילדיי רהיטים שקנינו מהם.

אבי היה מוכן לעבוד בכל עבודה אף על פי שהיו לו כישורים רבים. הוא אכן קיבל עבודה כמנהל חשבונות במה שהיה אז חנות "כל בו שוורץ", שלימים היא נמכרה והפכה לחנות קרביץ הראשונה. את קרביץ ניהל בעלה של העוזרת שלנו, שאמי דאגה לו למשרה. לאחר זמן קצר מצאו מעסיקיו בחנות "כל בו שוורץ" כי אבי מוכשר מדי בשבילם והציעו לו לחפש עבודה מאתגרת יותר. אבי קיבל משרה בכירה בחברת הביטוח "מגדל", ואמי "ירשה" את משרתו ב"כל בו שוורץ". היא ניהלה למעשה את משרדי החנות עם בעלת החנות עד לפרישתה.

ביום 11 במרס 1948 נכנס נהג מונית ערבי שנהג להביא עבודות, לחצר בניין המוסדות הלאומיים – הסוכנות היהודית, קרן היסוד וקרן קיימת. אפשרו לו להיכנס משום שהכירו אותו כמי שמביא למוסדות הלאומיים

דברים שונים. הנהג השאיר את המכונית ויצא. התברר שבמכונית היה מטען נפץ רב. המכונית התפוצצה ליד קרן היסוד. מנהל קרן היסוד, לייב יפה, נהרג. אתו נהרגו עוד 11 איש ו־44 נפצעו. בין הפצועים קשה היה אליצור, שהיה גזבר קרן היסוד. אז פנו לאבי והציעו לו להתמנות לתפקיד גזבר קרן היסוד. הוא קיבל את ההצעה. לימים הוא מונה למנהל הכללי הראשון של קרן היסוד. הוא תרם הרבה מאוד למוסד זה. בנוסף היה אבי חבר בדירקטוריונים רבים וייצג את קרן היסוד ואת הסוכנות בוועידות. זו האווירה שבה גדלתי.

בפרשנו חוק עלינו להתאים את עצמנו למציאות החיים ולפרשו באופן שיגן על זכויות אדם. אין לאנוס את המילים על מצבים שאינם מציאותיים ואינם תואמים את מילות החוק. בענייננו מדובר בזכות של עובד, העובד בדרך לא מקובלת ולא שגרתית. אין פירוש הדבר שעובד בתפקיד סיעודי הנמצא 24 שעות אצל מטופל יקבל שכר מינימום מבלי להתחשב בתוספת העבודה המוטלת עליו. עובדים בכלל, ועובדים זרים שהם קבוצה חלשה בפרט, זכאים לזכויות ויש להגן על זכויותיהם אלו. הם זכאים לזכויות אדם בכלל, כגון הזכות שלא להיות מופלים, הזכות לשוויון. הם זכאים לזכויות מכוח משפט העבודה המגן. לזכויות רבות זכאים גם עובדים בלתי חוקיים שמספרם הולך וגדל בעולם ובארץ.

ע"ע 1267/04 זכריה – עזבון קימלמן (פורסם בנבו, 31.1.2006).

אני למדתי בגימנסיה העברית, שהייתה באותו רחוב שבו מצויים המוסדות הלאומיים. אני זוכרת היטב את הפצצה. מיד המורה אמר לנו לשכב על הרצפה. ילדה אחת לא ירדה לרצפה. היא ישבה כמו מאובנת. הילדה הזו גרה קודם לכן ברחוב בן יהודה בירושלים. רחוב זה פוצץ זמן מה לפני זה על ידי מכונית תופת. היא נקברה מתחת לחורבות הבית. הדבר כל כך השפיע עליה שהיא ישבה כמו מאובנת כששמעה את הפצצה בקרן היסוד.

בשל תפקידו של אבי התיידדו הוריי עם גדולי התורמים לקרן היסוד – המגבית המאוחדת בעולם. בכל פעם שמי מהם ביקר בישראל היה אבי מתקשר לאמי, והיא, בדרכה מהעבודה הביתה, הייתה קונה מצרכים ומיד מבשלת ארוחת צהריים בבית לכבודם. היא עבדה חצי יום. לא היה אז אוכל מוכן ומכשור כמו היום. אך לא היו לה אף פעם ספקות שהיא צריכה לארח את אורחי קרן היסוד – המגבית, ולקרבם. אגב עד היום חברים שלי מספרים שתמיד כשהיו באים לבקרני, מיד היה שולחן ערוך ואוכל מוכן. אני זוכרת אווירה כללית של ציונות והתנדבות, של ידידות אמת עם חברים ובית פתוח מאוד. אף על פי שהייתי בת יחידה, השאירתני אמי ימים שלמים לבד בבית והתנדבה למפעלים שונים. אמי שאפה ללמוד רפואה, אך הנסיבות לא אפשרו זאת. בהיותה כבת שבע-עשרה היא ניסתה להבריח את הגבול עם סבתי מרוסיה לגרמניה. הם נתפסו וישבו במעצר (צ'קה) ברוסיה, שכבר הייתה אז קומוניסטית. זאת מאחר שמישהו הלשין עליהן. לבסוף עלה בידן להגיע לברלין. אמי בלית בררה למדה הנהלת חשבונות ועבדה בכך בברלין. כשהגיע זמני להחליט מה אני רוצה ללמוד, התנגדה אמי בכל תוקף כי אלמד רפואה. לדבריה זה לא מקצוע לאישה מאחר שמזעיקים אותה בכל שעות היום והלילה.

הייתה לי ילדות טובה, צופים וחברים, הבית תמיד היה מלא חברים שלי. אמי הייתה מחד ליברלית מאוד, במובן זה שהרשו לי לצאת לכל הטיולים, מחנות ומחנות עבודה וכל הפעולות והפעילויות, ומאידך החזיקה אותי במשמעת חזקה מאוד.

למדתי בגימנסיה העברית. עד כיתה ד הייתי תלמידה טובה ואהבתי את בית הספר. מכיתה ה עד ח שנאתי את האווירה בגימנסיה. הרגשתי עצורה בבית הספר. היו שני מחנות אויבים, האחד של מורים והשני של תלמידים. למעשה היו שלושה מחנות – המנהל, המורים והתלמידים. אמי אמרה תמיד שהיא שמעה את המנהל צועק על המורים בפני הורים ותלמידים. ברור שהדבר גורר צעקות של מורים על תלמידים.

אלו זיכרונותיי מבית הספר בכיתות ה עד ח. אז עברתי לתיכון בית הכרם, כיום התיכון שליד האוניברסיטה. למעשה העבירו אותי, זו לא הייתה ההחלטה שלי, אבל לימים בירכתי על כך מאוד. תיכון בית הכרם היה סנובי במובן זה שהיו שתי כיתות חדשות – האחת של יוצאי בתי ספר תיכוניים, דוגמת הגימנסיה העברית, והשני – יוצאי בתי ספר יסודיים. הוכנסתי לכיתה של יוצאי התיכוניים, אך חברתי הטובה מכיתה א, אורה לחובר, למדה בשנים האחרונות בבית ספר יסודי בתל אביב. היא הוכנסה לכיתה של "פשוטי העם" – יוצאי בתי ספר יסודיים – הכיתה של הלא סנובים. ביקשתי לעבור לכיתה. זו הייתה ההחלטה המוצלחת ביותר. אני הייתי בכיתה עם אווירה מקסימה. המחנך שלנו שמואל קנלר אך החל את עבודתו כמורה צעיר. היינו חטיבה אחת – מורים ותלמידים – שמטרתה משותפת. אנחנו בקשר עד היום. מחנכנו דאז, שלימים היה למנהל בית הספר, מטלפן אל כל אחד מאתנו ביום הולדתו. הוא היה מספר כיצד כאשר כעס על תלמידים, הרגיע אותו המנהל, מאיר שפירא, והסביר לו שילדים לא יכולים להיות אכזריים. מיד השתפר מצב

רוחו. גם מחנכינו הבאים היו מאוד מאוד קרובים אלינו ושמרנו עמם ועם משפחותיהם על קשרים הדוקים לאחר סיום הלימודים. זו הייתה תקופה מופלאה. היו לנו מורים מיוחדים במינם. עד היום כמה מחברינו הטובים הם מכיתתנו בבית הספר.

הייתי בצופים החל מכיתה ה', בשבט מצדה, שהיה קשור לגימנסיה העברית. מיד עם מעברי לתיכון בית הכרם עברתי לשבט מודיעין שהיה קשור לתיכון בית הכרם. מיד לאחר מכן כל הגדוד שלנו בשבט מצדה התפרק וכולם עברו לשבט שבו הייתי, שבט מודיעין.

בכיתה ט אהרן ואני למדנו בכיתות מקבילות, אך הכרנו באוטובוס המיוחד שהובילנו לבית הספר בכל בוקר. החל מכיתה י' למדנו באותה כיתה והיינו כמו כן יחד בצופים. היינו חלק מקבוצת ילדים שלמדו יחד לכל המבחנים, בדרך כלל בביתי. שנה אחרי זה היינו ל"חברים". אמו רצתה שילך לעתודה האקדמית, על כן עזב את הגרעין בכיתה יב, ואני עזבתי בעקבותיו. לימים התחרטנו ורצינו לחזור לגרעין, אך הוריי לא הרשו לי ללכת לנח"ל. הסיבה הייתה שבאותה עת בן-גוריון הכריז על החלטתו שגודרי הנח"ל יקימו יישובים על הגבולות, ביישובי ספר. הייתי בת יחידה והוריי לא הסכימו לשירות כזה. במשך כל השמינית (כיתה יב) רבתי עם הוריי על כך ובכיתי רבות. לבסוף נכנעתי והקשבתי להם. הצטערת על כך מאוד, אם כי ימי הצבא שלי היו מוצלחים מאוד. שירתי במפקדת קצין הנדסה ראשי. הייתי מועמדת לקורס שרטוט אך תחילת הקורס נדחתה. הוצבתי לתקופת הביניים כמזכירה של מדור. לא שחררו אותי לקורס כשזה החל. המשכתי בתפקיד זה וכן הייתי לסמלת ח"ן (חיל נשים) וסעד (מה שנקרא כיום סמלת ת"ש). אהבתי מאוד את התפקיד של סמלת ח"ן וסעד, ואת עבודתי כמזכירה אהבתי משום שזכיתי לחברים בלתי רגילים. עד היום אני רואה את חלקם.

לאחר שחרורי היה עלי להחליט במהירות מה אני רוצה ללמוד. לא היה נהוג לעשות הפסקה. זכורות לי שיחות ארוכות עם אבי. חלומי היה ללמוד רפואה. מאז ומתמיד רציתי להיות רופאת ילדים. כאמור אימא שלי אמרה שזה לא מקצוע לאישה מאחר שמזעיקים רופאים בשעות לא סבירות והדבר פוגע בחיי המשפחה. מעבר לכך ממש לא ידעתי לאיזה כיוון אני רוצה ללכת. אהבתי תחומים מגוונים מאוד. בשיחות עם אבי, זכור לי כי הצעתי תנ"ך, ספרות, מתמטיקה, פיזיקה ועוד ועוד. ממש מגוון. לבסוף החלטתי להירשם לביולוגיה. הנימוק – שזה היה קרוב קצת לרפואה והיה לנו מורה מצוין במקצוע. שיקולים לא ענייניים לחלוטין. הקבלה לביולוגיה הייתה קשה ומשהתקבלתי לא רציתי לוותר על כך. כשהייתי כבת 21 פגשתי ידיד משפחה, הצייר יצחק פוגץ', שהזמין אותי לקורס ציור שפתח עם הצייר יונה מך. בבית הספר קיבלתי לדעתי לא מספיק בציור. לא הייתי חולמת מיזמתי ללמוד ציור. המורים נתנו לנו לצייר בובה. ציירתי מה שחשבתי לנכון ולא מה שראיתי. המורים הסבירו לי כיצד לבדוק את הפרופורציות של הבובה. יצא לי רישום נפלא ושנים המורים הזכירו לי אותו. מעולם לא היה לי כישרון טבעי, אבל תמיד הבנתי את ההסברים והפנמתי אותם. כך גם לאחר מכן כשלמדתי לצייר. הקורס של יצחק פוגץ' ויונה

ממך נמשך שנה והתפרק. היה מוצלח מאוד, אבל התביישתי לפנות למורה אחר אף על פי שציירים טובים היו ידידי הוריי, כגון הצייר אייזנשר.

בשנת 1970 נסענו לשבתון של אהרן. התגוררנו בברוקלין שבניו יורק. ידעתי ששם אף אחד לא מכיר אותי, הייתי פסיק קטן בהמון הזר. לכן גברתי על המעצורים שלי. נרשמתי לקורס במוזאון ברוקלין. היה לי מורה שדיבר מעט מאוד, אבל במספר המילים שאמר הסביר יפה מאוד. עד היום זכורים לי הסבריו. לימים ביקשו ממנו להגיש ציורים טובים לתחרות כדי לבחור מהן תמונות לתערוכה של מורים ותלמידים במוזאון. המורה בחר בציור שלי. לי היה ברור שהתמונה לא תיבחר לתערוכה. נסחבתי עם מיכל, בתי בת השלוש, לקחת את התמונה שציירתי הביתה. לא פקפקתי בכך שהיא לא נבחרה, אך לא מצאתיה בין התמונות שלא נבחרו לתערוכה. לא חיפשתי כלל על הקיר בתצוגה. היה ברור לי שהיא נפסלה. נדהמתי כשלפתע ראיתי שהיא נבחרה לתערוכה. זה היה המפנה שבו קיבלתי יותר ביטחון.

מה נשאר לך מתקופת ילדותך ונעוריך אשר יכול לסייע לנו לקרוא את פסקי הדין שלך? קשה לי להגיד.

מה בעניין תפיסתך את מעמד האישה?

חשיבות הדוקטרינה שאין להפלות בין עובדים בגלל מין, בעבודה כמו גם בעת הקבלה לעבודה, מחייבת החדרת הנורמה לציבור המעבידים. התנהגות לא שוויונית די בה כדי להצביע על התנהגות לא ראויה. ראשית לכול משום שקשה מאוד למתלוננת להוכיח הפליה מסיבות מין, וכוונה וקיום התנהגות כזו כשהיא מכוונת קשה הוכחתה פי כמה. זה מההיבט הדיוני. אך חשוב מכך, חשיבותה של ההלכה, כי אין להפלות בעבודה ובקבלה לעבודה הוא בכך, שהתנהגות כזו תהא פסולה, תהא כוונתו של המעביד אשר תהיה. בכך נותנת החברה ביטוי לסלידתה מיצירת סטנדרטאופים.

דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פר"ע לג 481 (1997).

יכול להיות. בית הוריי היה בית פתוח מאוד וליברלי. אמי תמיד התנדבה בארגונים שונים, לרבות בארגוני נשים. היא הייתה פעילה בארגונים אלו כדי לקדם עקרונות חברתיים. כשהוריי שניהם פרשו מהעבודה, החלה אותה עת העלייה המסיבית מברית המועצות לשעבר. הוריי החליטו לקדם אקדמאים עולים ולעזור להם למצוא עבודה. הם ניצלו את שפת האם שלהם ואת קשריהם, בעיקר אלו של אבי. אמי הייתה נוסעת למרכזי קליטה, עוברת מבית לבית ומחפשת עולים אקדמאים, ובאמצעות הקשרים של אבי הם מצאו לרבים מהם עבודה. באותה עת היה ביתנו תמיד מלא עולים חדשים. הוריי קלטו אותם והתיידדו עמם.

בעת הכתיבה אני רואה לנגד עיני את שני הוריי, את הסובלנות שלהם לאנשים ואת המאמץ לעזור לאחרים.

אני אכן פמיניסטית, אך משתדלת לא להיות קיצונית, לאזן. גדלתי בבית ליברלי אך עם חינוך נוקשה. קיבלתי תמיכה רבה בבית אבל לא אהבתי להיות ממושמעת ונכנעת. לכן דווקא הצבא היה בשבילי שלב של מעבר אל החירות; יציאה ממסגרת, כולל בית הספר ובחינות הבגרות, אל החירות לעשות כרצוני, לא לדווח לאיש.

אחרי בחינות הבגרות ומגורים בבית לפתע הייתי חופשייה להחליט בכל רגע מה שאני רוצה לעשות. בזמן שירותי הצבאי, כשלא הייתי בתורנות, הלכתי לגלריות, חיפשתי כל מיני גלריות קטנות, קולנוע, הצגות. ירושלים אז הייתה משעממת מאוד. הצגה הגיעה פעם בכמה חודשים וצריך היה להזמין כרטיסים מבעוד מועד, שעה שאז בתל אביב היה קל מאוד לגשת לקופה ולהשיג כרטיסים. זו הייתה תחושת חירות, חופש.

אל מול חירות זו אפשר להציב את כל הבוסים שלי, שתמיד היו קשים: בצבא, בלימודי

הגנטיקה. היה לי בוס בצבא שהיה בשנות הארבעים לחייו, דבר שנחשב בעיניי אז למבוגר מאוד. הוא היה אדם עם עקרונות, לא אדם קל, אך הוא היה אישיות מיוחדת ונהניתי מאוד לעבוד אתו. גם כשעבדתי במחלקה לגנטיקה עבדתי עם בוסית שנחשבה לקשה, פרופסור אלישבע גולדשמידט, אבל אני אהבתי אותה מאוד וגם אתה הסתדרתי מצוין. היא הייתה אישיות מיוחדת ומאוד מאוד מוכשרת. עבדתי אתה גם כמסטרנטית וגם כאסיסטנטית במחקריה. בין השאר חקרנו נישואי קרבה במשפחות יוצאות כורדיסטן. לדעתי עבודה זו דחפה אותי לרצות

בעניינינו הוכרה הבת כנכה בשיעור של 100 אחוזי נכות. בתה של המערכת אינה הולכת, אינה מדברת, אינה אוכלת בכוחות עצמה, ואינה יכולה להזעיק עזרה. ברוב שעות היום נמצאת הבת מחוץ לבית, בבית ספר לטיפול מיוחד. זאת ועוד. המוסד לביטוח לאומי הכיר בזכאותה של הבת לשירותים מיוחדים. מכאן שהיא עצמה זקוקה לעזרה. כיצד ניתן לראות בבת זו כמי שמתגוררת עם האם ומסוגלת לעזור לה. ההפך הוא הנכון. הבת זקוקה לשירותים מיוחדים. ברי על כן שהמערכת היא בודדת. הנוכחות של בת הדורשת עצמה עזרה אינה נוכחות המשפיעה על היות האם "בודדת". ברי שיש לראות את האם כ"בודדת" ועל כן זכאית לגמלת סיעוד כבודדת.

עב"ל 1165/04 בן דוד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.10.2005).

לעבוד עם אנשים. לכן החלטתי ללמוד משפטים.

אין ספק שהאווירה בבית שבו גדלתי השפיעה עליי. זה היה בית פתוח שתמיד היו בו אורחים. בית פתוח גם לחברים שלי, הן בתקופת בית הספר והן בתקופת הצבא. בית שאופייני בעזרה הדדית. היחס שלי היה של קבלת המסגרת הביתית, אבל גם למדתי מהשגיאות של הוריי. אמי הייתה כאמור ליברלית מצד אחד ותובענית מאוד מצד שני. היא כעסה עליי שאני לא משתפת אותם בקורותיי. לעומת זאת אני כאם שואלת פחות מדי; פחות

מתערבת. אני נזהרת לא להיכנס לעניינים של ילדיי. במידה מסוימת זו טעות, משום שאני יודעת מעט מדי על קורותיהם, אבל אני נזהרת שלא להיות תובענית עם ילדיי.

זה לא טוד שילדייך כולם למדו משפטים. האם לא היה לחץ מבית?

אני בוודאי לא לחצתי. אהרן אומר שהוא לא השפיע עליהם, אך אני חושבת שהייתה לו השפעה על הבחירה שלהם. לא היה להם קל. אני משווה את זה לחוויה שלי כתלמידת משפטים בגיל מאוחר. כשאני התחלתי ללמוד משפטים היה לי היתרון שלא ידעו מי אני. אף אחד מהתלמידים אז לא הכיר את אהרן. התיידדתי מאוד עם כל הצעירים שלמדו אתי. לאחר שהתיידדנו, לאחר חודשים מספר, נודע להם שיש גם איזה שהוא פרופסור ברק ושנחנו קרובים. אבל אז כבר היינו כולנו מיודדים מאוד. רק מאוחר יותר היו לי בעיות. מנחם גולדברג אמר תמיד שיש לי "אנטי-פרוטקציה". וכך אכן היה.

המשפט נוכח אצלכם בבית?

בהחלט. היינו משוחחים על פסקי דין חשובים, גם כשהילדים היו קטנים.

מה הביא אותך ללמוד משפטים? סיפרת על בחירתך בתחום הביולוגיה. עשית תזה בלימודי התואר השני שלך. מדוע עזבת את זה ופנית לתחום המשפט?

אהבתי את עבודתי בתחום הגנטיקה. עבדתי על הגנטיקה של האדם, ורציתי והתעניינתי להמשיך ולעבוד עם בני אדם. שנתיים גם למדתי פסיכולוגיה כדי לשלב גנטיקה ופסיכולוגיה.

כשבני הבכור נולד החלטתי להוריד את המתח. גם לימודי הפסיכולוגיה לא היו כפי שציפיתי. אהבתי לעבוד עם בני אדם, אבל לא נהניתי לשבת במעבדה ולספור שוב ושוב פסים על כרומוזומים. מה שאהבתי בגנטיקה כשעבדתי במשכורת זה מחקרים על משפחות כורדיות. הייתי חברה של כל המשפחות. אהבתי לעבוד עם בני אדם, אבל לשבת במעבדה לא התאים לי.

לא רציתי להתחיל את הדוקטורט אף על פי שהייתי יכולה בקלות לפתח את עבודת המסטר לדוקטורט. בנוסף באותה תקופה הבוסית שלי התאבדה. היא עבדה סביב השעון ולא הקדישה זמן לביתה. על כך היא הצרה. היא חשבה שהגיע לה להיות "מלך העולם" בתחומה (ובאמת הגיע לה), אבל היא לא מימשה את שאיפותיה ולא זכתה להוקרה שהגיעה לה. בסך הכול זה לא היה המודל שרציתי לעצמי בהמשך, לאחר לידת הילדים.

החלטתי שאני רוצה לעשות הסבה. הייתה לי התלבטות בין תחומים שונים – מצד אחד תחומים בין-אישיים כמו עבודה סוציאלית ומהצד השני משפטים. לא היה לי רקע במשפטים מילדות. נכון, היה בבית, אבל זה לא היה חלק ממני עד אז. ההחלטה על

משפטים נפלה כמעט במקרה. יומיים לפני סיום הרישום למשפטים ראיתי מודעה בעיתון, ובעידוד המשפחה נרשמתי. אהרן אמר לי – "אני אקדמאי, אני אהיה עם הילדים". התחלתי את לימודי המשפטים ב־1973. באותה עת רק מעטים היו מתקבלים ללימודי משפטים, ואני התקבלתי על סמך הצלחתי בעבודת המסטר. על אף החששות מהתחלת לימודי משפטים בגיל מאוחר, נהניתי מהלימודים מאוד. זו הייתה התחדשות, משהו שונה לגמרי. זה לא היה פשוט. בקיץ לפני תחילת הלימודים התחלתי לקרוא חוברות של הרצאות במשפטים ולא הבנתי כלום. אהרן עזר לי מאוד ועודד אותי. שנה לאחר מכן הוא התמנה לתפקיד דיקאן הפקולטה ולאחר מכן לתפקיד היועץ המשפטי. בשלב זה הוא כבר שכח להיות בבית, אבל אני כבר הייתי עמוק בתוך המסגרת הלימודית. למזלי שני זוגות ההורים שלנו פרשו לגמלאות והם עזרו לי הרבה בשמירה על הילדים.

לא נכנסתי ללימודים עם ידיעה מה ארצה לעשות לאחר מכן. כל שידעתי זה שאני רוצה הסבה, משהו אחר. לאחר הלימודים התמחיתי אצל השופט, לימים נשיא, זוסמן במשך שנה וחצי (ההתמחות הייתה אז שנתיים). מחצית השנה התמחיתי בפרקליטות המחוז. עבדתי בפרקליטות המחוז בין השאר עם עוזי חסון, אוסיקה פלגי ומיכאל קירש. לאחר חצי שנה בפרקליטות, לאחר ההתמחות, חזרתי לבית המשפט העליון. הנשיא זוסמן ביקש מאוד שאשמש עוזרת משפטית שלו. מובן שלא חשבתי באותה תקופה על שיפוט. במשך עשר שנים המשכתי לעבוד בבית המשפט העליון, עם – בין היתר – הנשיאים זוסמן, לנדוי, כהן ושמגר. בתקופה זו השופטים כהן – בבית המשפט העליון – ובר־ניב – בבית הדין הארצי לעבודה – הציעו לי להיות רשמת, אבל סירבתי. לא היה לי אומץ לעבור מהמעמד של עוזרת משפטית לשופטים לתפקיד השיפוטי עצמו.

אבל אחרי עשר שנים של עבודה כעוזרת משפטית הלכתי לנשיא בר־ניב והתעניינתי בתפקיד הרשמת. הפנייה לבית הדין הארצי נבעה דווקא מכך שמצאתי עניין בתיקים שעסקו בדיני עבודה. ואכן ב־1987 קיבלתי מינוי לתפקיד רשמת. כיהנתי בתפקיד זה במשך חמש שנים, ובאותה עת נדרתי בין בתי דין, לרבות ימי דיונים באילת. רק משנכנסתי לתפקיד הבנתי שהשיפוט מתאים לי. גישה זו נשארה אתי בכל שנות עבודתי כשופטת. זו הייתה תקופה מצוינת. השופט אליאסוף הנהיג באותה העת את השיטה שרשמים יושבים בדיונים מוקדמים, וכך התאפשר לי להשתתף בעבודה המהותית, ובין השאר להיכנס לעובי הקורה ולנסות ולקדם פשרות בין הצדדים; או כפי שזוה נקרא כיום – גישור. אהבתי מאוד את המגע היום־יומי עם הצדדים. ישבתי אתם המון. זה לא היה גישור מהיר – הצדדים היו חוזרים שוב ושוב עד שהתיק היה מסתיים בהסכמה. כך למשל אני זוכרת מקרים שבהם היו מריבות בתוך המשפחה – והגישור הצליח להביא את הצדדים להסכמות שאפשרו לבני המשפחה להמשיך הלאה יחדיו.

בעת המעבר מהרשמות לשיפוט מוניתתי למינוי משותף בבתי הדין האזוריים לעבודה בירושלים ובבאר שבע. לאחר מכן מוניתתי לבית הדין הארצי.

ג. הדרך השיפוטית

הבאת אותנו בביוגרפיה שלך עד לשלב התפקיד השיפוטי. נעבור בשלב זה מהאישי למשפטי; מתפקידיך כחוקרת, כאם, כתלמידה וכעוזרת משפטית – לתפקיד של מי שפוסקת ומחדשת במשפט. נבקש להתמקד בכמה נושאי רוחב שבהם היינו רוצים לשמוע את התייחסותך לאותם מאפיינים מובהקים של פסיקתך. נרצה להתייחס לכמה נושאים – יישום ופיתוח הדין, תוכני משפט העבודה שבהם עסקת, תפיסתך את התפקיד השיפוטי ואת תפקיד בית הדין לעבודה. נרצה לשמוע על האופן שבו פעלת כשופטת, אך גם על האופן שבו את רואה את בית הדין לעבודה לאחר כעשרים שנות שיפוט במערכת.

1. הגמשת הדין ועקרון תום הלב

יש פסקי דין שבהם את סוטה מכלים רגילים ומיישום דווקא של הדין ועוסקת בפיתוח יצירתי. דוגמאות מובהקות כוללות למשל את פרשת פלוטקין, שם פסקת פיצוי ללא הוכחת הנזק – יצירה שהייתה "יש מאין". פיתוח זה אומץ לאחר מכן על ידי המחוקק בכמה חוקים;² לעומת זאת הפסיקה שבה קבעת תוספת 30% מעל המינימום לעובדות משק בית לא זכתה לפיתוח ואף בוקרה על ידי בית המשפט העליון.³ אלה כמובן אינן הדוגמאות היחידות. בפרשת גרינשפן התייחסת לאפשרות לפצל בין מרכיבי ההעסקה והעלית את השאלה של קוגנטיות יחסית,⁴ ובפרשת משעני פתחת דיון עם השופט פליטמן באשר לפרשנות חוק הביטוח הלאומי בעניין גמלת שמירת היריון.⁵

מה שמאפיין פסקי דין אלה ואחרים היא הנכונות שלך לא לדבוק באופן דווקאני בלשון החוק וליישמה, אלא לייצר פתרונות שאינם מבוססים על הוראה מפורשת בחוק, על דרך

- 2 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג (1999) 481 (1997); ראו גם ס' 10(א) (1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 13 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.
- 3 ע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – מעיין, פד"ע לט 409 (2004); בעניין זה ראה הביקורת של השופט ריבלין בבג"ץ 1678/07 גלוטן נ' פרומלי בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009).
- 4 ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה – גרינשפן (פורסם בנבו, 24.4.2006).
- 5 עב"ל (ארצי) 289/05 המוסד לביטוח לאומי – משעני (פורסם בנבו, 31.12.2006). ההלכה שנקבעה במשעני נהפכה בעב"ל (ארצי) 746/08 המוסד לביטוח לאומי – סאיג'אבוקסיס (פורסם בנבו, 15.12.2009).

של פרשנות תכליתית של החוק. איך את רואה את התפקיד שלך כשופטת? מה מניע את היצירתיות המשפטית והאם יש לה גבולות?

יש מקרים שאני חושבת שזה ההפך. מה שמאפיין את גישתי זו הדבקות באמת. אני משתדלת להגיד את האמת ולדבוק במציאות. אני כותבת עכשיו מאמר על אפשרות ההגמשה בשוק העבודה לצד שמירה על זכויות. שם ברצוני לומר שקוגנטיות יכולה לפעמים לגרום לעוול איום. כל הכללים שמחילים אותם באופן דווקני עלולים ליפול למלכודת זו. בוא נסתכל על הדוגמאות שהצעתם.

נתחיל בעובדות הסיעוד.⁶ מוכרחים להגיד את האמת. יש מקרים שבהם חוק שעות עבודה ומנוחה לא יכול לחול. אם מחילים אותו זה מלאכותי. שופטי הרוב אמרו שהחוק חל – אבל גם הם הבינו שאי אפשר לתת 16 שעות נוספות לעובדות אלה. צריך לחשוב על התאמה. מהצד השני מצויים מעבידים נזקקים. גם בהם צריך להתחשב.

בפרשת נהרי־גרינשפן חשבתי שיש חוזה ושצריך לקיים אותו.⁷ נכון שזה יצר בעיות מסוימות ולגביהן טעיתי, אבל העיקרון היה חשוב – הצורך בהתאמה של הדין למציאות. אי לכך אם נחזור לדוגמה של חוק שעות עבודה ומנוחה, כשמתעקשים להגיד שהחוק קוגנטי ואסור לסטות, הרי שהלכה למעשה לא עושים את מצוות הדין. עדיף לומר את האמת, להכיר בכך שיש מצבים חדשים שמצריכים חשיבה והתאמה ולהתאים את עצמנו למציאות. אולי תקראו לזה יצירתיות, אבל דעתי היא שלא להתאים את עצמנו למציאות חרדה זה מלאכותי.

אבל השופטים צריכים לדבוק באמת המשפטית שמגודרת בגדרי החוק. והרי איפה עוצרים והיכן שמים את הגבול? האם גישה זו לא תכשיר גם העסקה סביב השענון של עורכי דין צעירים ושל קבוצות עובדים אחרות לפי עקרון כללי של "התאמה"?

אין מקום לטענה זו. המחוקק עצמו אמר שיש מקרים שבהם החוק לא יחול. המחוקק הבין ששוטרים עובדים לפעמים 24 שעות.⁸ לא נראה שהמחוקק העלה בדעתו את המצב של עובדי סיעוד אשר נמצאים במקום העבודה 24 שעות. המעבידים אינם יכולים לעמוד ביישום דווקני של החוק בעניינם של עובדי סיעוד. אפשר להבין שאיש איננו חושב שכוונת המחוקק הייתה להחיל את החוק באופן דווקני, משום שאין מטילים סנקציה פלילית על מעסיקי עובדי הסיעוד אף על פי שלכאורה העסקה של 24 שעות מחייבת סנקציה פלילית.

6 פרשת טודוראנג'אן, לעיל ה"ש 3.

7 פרשת גרינשפן, לעיל ה"ש 4.

8 ס' 30(א)(1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

מצב זה שונה ממצבם של עורכי דין.⁹ עורכי דין הם עובדים רגילים, ולכן החוק חל עליהם כמו על כל עובד. העבודה רגילה, ואין כל צורך לסטות מהנחות המחוקק באשר לזמן עבודה רגיל של 8 שעות. אין כל הסבר מדוע עורך דין צריך לעבוד 24 שעות. יש דרכים שונות לבצע התאמה של חקיקה. גם בחוק שכר מינימום למשל יש רשימה של מקרים שבעניינם אי אפשר להחיל את החוק. השופט זמיר קבע שאין להחיל את חוק שכר מינימום על אסירים.¹⁰ גם זו דרך לערוך התאמה ולהחיל את החוקים באופן סלקטיבי לפי אמות מידה של איוון והתאמה

טוענים הנתבעים... שאין כל חובה על המעביד לספק עבודה לעובד. די בכך שהוא מקיים את חובתו לשלם את שכרו של העובד. טיעון זה לא נראה לי כשמדובר בעובד כלשהו. טיעון זה בוודאי לא נראה לי... הזכות לעבוד אף היא אחת מזכויות היסוד של האדם, וכל עוד אין במדינת ישראל חוק יסוד: זכויות חברתיות, יש לראות את זכויות הפרט ככלולות בכבוד האדם. החירות לעבוד היא הזכות להתקיים בכבוד אנושי. הזכות מגלמת בחובה את הזכות לתעסוקה ולתנאי עבודה הוגנים. יחד עם זה, היא גם מגלמת בחובה את הזכות להיות חופשי מבטלה ולעסוק במקצוע בו אדם מיומן.

תב"ע (אזורי י-ם) נד/289-3 פרט – פרקש (פורסם בנבו, 9.1.1996).

למציאות. גישה זו נתמכת גם בגישתו של אהרן ברק בפרשות מור וסרוסי.¹¹ בהמשך עוד אתייחס לכך, אך לדעתי לא זו הדרך הנכונה לעשות את ההתאמה. במקום לומר שקביעת היותו של אדם עובד היא אך ורק לחוק אחד ולא לאחר, יש להעדיף גישה האומרת שהעובד הוא עובד לכל עניין ודבר אלא אם עקרון תום הלב מחייב לגבור על עקרון הקוגנטיות של החוק. גישה זו למעשה גם נתמכה בעמדת השופט זמיר בקשר לאסירים, שכן השופט זמיר קבע שהסכום ששולם להם הוא "סביר" (וזאת לאחר שמביאים בחשבון את העובדה שהאסירים מקבלים מזון וכיו"ב). השימוש במונח כמו סבירות או תום לב מאפשר התאמה טובה יותר מקביעה שאדם אינו עובד כלל לצורך חוק זה או אחר.

אבל כשאת מתייחסת לכל העילות הכלליות כמו תום לב וסבירות, עומדים מולן חוקי המגן – זו החקיקה הבסיסית של דיני העבודה. אלה הן אבני היסוד של דיני העבודה. אין את מחליטה מתי חקיקת המגן חלה ומתי לא? יש חשש גדול משינויים בחוקים אלה.

- 9 על תחולת החוק על עורכי דין באופן כללי ראו ע"ע (ארצי) 570/06 אגרון – כץ (פורסם בנבו, 14.10.2007).
- 10 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001).
- 11 בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי, פ"ד נ(4) 628 (1996); דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998).

אני אומרת שאך ורק במקרים הקיצוניים מאוד, והדגשתי עיקרון זה בפרשת בוכריס.¹² אנחנו מוכרחים להגיד שתום לב גובר על קוגנטיות. קחו למשל את פרשת רוט, שם עסק בית הדין לאחרונה בנושא של עובד עם מוגבלות.¹³ עובדים אלה באמת אינם עובדים באופן מלא, והעסקתם נעשית לטובתם הם. עם זאת להגיד שאין יחסי עובד-מעביד (כפי שאמר השופט פליטמן), או שיש יחסי עובד-מעסיק המוגבלים רק לחוקים מסוימים, אינה הדרך הרצויה. זו דרך שנראית לי עם תוצאות שאינן ראויות והיא גם אינה האמת. אותו עובד אינו עובד אך ורק לחוק שכר מינימום, אלא הוא עובד גם לצורך זכויות חברתיות ומגוון של זכויות בעבודה. זו מהותה של הזכות לעבודה. לומר שנותן השירות בבסיסו אינו עובד זה לומר שאין לו זכויות בעבודה למעט זכויות מוגבלות שבית הדין מוכן להכיר בהן. אבל על המעביד יש אחריות כללית ביחס לאותו עובד, ובין השאר שלא יטרידו אותו או יתנכלו לו. אלה הן חלק מזכויות העובד. גם בעניין שכר מינימום לא נכון לומר באופן פשוט שאין לעובד זכות לשכר מינימום, אלא יש מקום לומר שיש לתת לאותו עובד שכר סביר ביחס למה שהוא עושה.

בדומה לעמדתי בעניין עובדות הסיעוד, גם המקרה של קביעת השכר לאנשים עם מוגבלות העיד על חסר בחקיקת המגן. הנשיא אדלר ראה בכך הסדר שלילי, אך לא כך. ואכן נעשו לאחר מכן התאמות בחוק באמצעות תקנות. הפרשנות הנכונה במקרה זה היא שהתקנות שתוקנו מאוחר יותר מעידות שלא היה מדובר בהסדר שלילי אלא בחסר. זו הפרשנות הראויה. זו הפרשנות שתביא לאיזון הראוי בין האינטרס להעסיק אנשים עם מוגבלות ליכולות ואינטרסים של מעסיקים המוכנים להעסיקם.

האם תפקידו של בית המשפט הוא לגאול את הכנסת מייסוריה על שלא מצאה לנכון לתקן את חוק שעות עבודה ומנוחה מאז שנות החמישים, גם אם זה מטעמים פוליטיים (בשל סוגיית השבת)? לשאלה זו שני היבטים – היבט של הפרדת רשויות והיבט פרקטי. בכל הנוגע להפרדת רשויות – אם בית הדין היה מוציא הלכה שהיא בלתי סבירה בעליל, אך מחויבת מכוח הוראות הדין, המטילה עלויות בלתי סבירות על המעביד, סביר שזה היה מדרבן את הכנסת לתקן את החוק. אך על פי גישתך, בית הדין למעשה עושה את עבודתה של הכנסת. מהצד הפרקטי יש חשש ממדרון תלול. לך יש האמת שלך שתקבע כלל לכמה עשרות שופטים בבתי דין אזוריים בעלי אמיתות שונות ומגוונות, אך האם את בטוחה בכלי שהפקדת בידי אחרים?

12 דב"ע נה/145-3 מדינת ישראל – משרד השיכון – בוכריס, פר"ע לו 1 (1997).

13 ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2009).

מטעמים אלה צריך להשתמש בכלי זה בזהירות רבה. המחוקק כתב בחוק שעות עבודה ומנוחה שיש מקרים שבהם החוק לא חל. מדובר ברשימה של מקרים, אך אין כוונה שזו תהיה רשימה ממצה. דומה הדבר לרשימת העילות האסורות להפליה בתחום של דיני השוויון בתעסוקה. יש עיקרון כללי האומר שאסור להפלות, ויש רשימה המציינת ביחס למי, אך זו אינה רשימה סגורה. גישה זו היא מלאכותית פחות מהפתרונות האחרים שהוצעו באשר לאופן יישום החוק. זו לא מהפכה. ההפך הוא הנכון: הרבה יותר מהפכני זה לומר שהחוק כן חל אך אין אוכפים אותו; או לומר שאין מגישים כתבי אישום על העסקת עובדות סיעוד. האמת מחייבת למצוא את האיזון בין צורכי העובד לצורכי המעסיקים התלויים באותם עובדים.

אני תמיד כבולה במגבלות שהכנסת הטילה. אנחנו מדינה של common law, והשופטים לא רק מפרשים את החוק אלא גם יוצרים חוק מכוח עקרונות המשפט המקובל. אינני סוטה מהחוקים אלא מפתחת אותם במקום שהחוק מעניק רשימה של חריגים. גם הכנסת הכירה בקיומם של חריגים. כל שאר האפשרויות הן מלאכותיות. לא נכון להכניס עובדות סיעוד לתוך קטגוריות מלאכותיות כגון "שירות אישי". צריך להיזהר בקטגוריה כזו, שכן בכל עבודה יש מרכיב של שירות אישי. אני מעדיפה לפרש את החוק ישירות ולזהות מתי יש חסר.

[בתשובה לשאלה...] לא נתקלתי במקרה שבו נאלצתי לומר "אנוסה אני (לפסוק על פי החוק אך בניגוד ל...)" כפי שלעתים אומרים שופטים. אני תמיד הולכת לפי החוק. כך בהקשר של עובדות הסיעוד וכך בהקשר של אנשים עם מוגבלות. זו פשוט האמת. זו האמת החברתית.

נשאר הפן של בעיית המדרון התלול. אם נחזור לפסיקה אזורית, אין מנוס מלחזור לפרשת אבו עסא, שהייתה המקרה הראשון של הכפפת הקוגנטיות לעקרון תום לב.¹⁴

ידעתי שבמקרה זה הייתה רמאות. התביעה הייתה מוגזמת, לא ממשית. יכולתי לכתוב את פסק הדין אחרת. הוא [התובע] היה צריך להיות שם רק מ-17:00, אך הוא ביקש להיות שם כל היום והמעסיק הסכים. יכולתי לבחור את הדרך הקלה ולכתוב שהוא היה שם רק מהשעה 17:00, אך רציתי להדגיש את הטענה שתביעתו אינה בתום לב. המעסיק יכול היה להעסיק חברה פרטית. לו היה עושה כך – זה היה לו זול יותר. הוא עשה הכול בשביל הבחור הזה – העסיק אותו, סידר לו דירה. ולאחר מכן העובד בא ואומר שהעסיקו אותו 24 שעות. זו האמת, אלה היו העובדות.

14 תב"ע (ארצי) מט/3-555 אבו עסא – מדר את זינגר, חברה לבנין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.1990).

גם בפסק הדין הראשון של בית הדין לעבודה על מהותה של קוגנטיות נטען שהעובדת הייתה לא הוגנת כלפי המעסיק, שכן לא התלוננה במשך שנים על תנאי העסקתה.¹⁵ האם זה לא שכיח שאנשים אינם יכולים לעמוד על זכויותיהם בעת תקופת ההעסקה? כיצד מבחינים בין מקרים "דגילים" לבין מקרים שבהם העובד מנסה לנצל את המעסיק?

המפתח הוא שהמקרים דוגמת פרשת אבו עסא הם מקרים קיצוניים. הדגשתי קריטריון זה גם בפרשת בוכריס. אפשר לזהות מקרים קיצוניים. אנחנו שופטים, אנחנו מפעילים שיקול דעת, ולא מסמנים נתונים טכניים באופן לקוני (מסמנים "V"). הבעיה העיקרית היא במקרים קיצוניים המבטאים התנהגות אשר חורגת ממצב הדברים לאשורם. מקרים דוגמת אבו עסא מייצגים טיפוס אחד של קיצוניות. מנגד אני כועסת גם על מעסיקים שמחפשים לשלול מהעובדים את זכויותיהם. כך למשל אני כועסת על הנהלת עיתון "הארץ", אשר במקום לתת לעובדיה את התנאים המגיעים להם, בחרה לערוך אתם חוזים אישיים שמטרתם הייתה להפחית מתנאי ההעסקה. זו הייתה הפריצה של תהליכים בלתי רצויים בשוק העבודה הישראלי – חוזים קצובים, זמניים וגם שימוש בחוזים אישיים למטרות מלאכותיות. אני "משתוללת" כאשר אני רואה שמי מהצדדים עושה דברים מלאכותיים.

שופט צריך גם לומר את האמת וגם לנקוט ריסון עצמי. צריך לפעול על פי הכללים, אך במקרים קיצוניים כשאתה רואה עיוות של האמת, השופט מחמיר את העיוות עוד יותר אם הוא מפעיל את הכללים הקיימים באופן טכני.

איני מציעה לבטל את עקרון הקוגנטיות. כל עוד אנו רואים את העובד החלש מול עינינו, יש מקום לקוגנטיות. קוגנטיות זו מילה קדושה, אך קדושה בגבול מסוים. אנחנו מערכת של common law ואי אפשר לדבוק באופן טכני במשבצות משפטיות. מצד אחד צריך להגן על העובד כעובד, זה חלק מהזכות לעבוד, ומצד אחר להכיר בזכות הניהולית אך להיות מודעים שזו אינה זכות מוחלטת. כשהעולם מתגמש, חשוב לשמור על הכללים תוך הגמשה. הכול צריך להיות בריסון ובאיזון.

איך את מזהה את מקרי הקיצון? את מרגישה את זה בפנים כשיש חוסר צדק קיצוני? כשהעובד הוא רמאי?

מה שאני מבינה זה את המציאות. זה מה שמניע אותי. קחו למשל את פרשת אייזק, הוא היה עובד לפי הנסיבות, אך הוא לא רצה בסטטוס זה, ואילו דווקא המעסיק רצה בכך.¹⁶ לאחר מכן הוא שטען לקיומם של יחסי עובד-מעביד. אי אפשר להתייחס למקרה כזה על פי

15 דב"ע (ארצי) לג/3-12 צ'יבוטרו – אברהם, פד"ע ד 173 (1972).

16 ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2002).

משבצות משפטיות טכניות. חייבים להפעיל שיקול דעת במלאכת השיפוט. ברוב המקרים נדבק בחוקים, חשוב לקיים את החוקים, וחשוב להגן על העובדים. החוקים משקפים אינטרסים חברתיים, וחשוב לנו לקיים אותם. אך חשוב לאזן ולהביא בחשבון את האינטרסים של המעסיקים. ברגע שנלך עם הראש בקיר – נהפוך לטכנאים. דווקא הזהירות והגמישות יאפשרו להחיל את חוקי המגן. החלה טכנית תמנע את היכולת להחיל חוקים אלה.

2. משפט העבודה הקיבוצי

את אוהבת את המשפט הפרטי יותר מהקיבוצי?

יכול להיות. לא חשבתי על זה, אבל ייתכן שזה נכון. במחשבה שנייה אני אוהבת מאוד משפט קיבוצי ואת השילוב שבין אישי לקיבוצי, המצטבר למקשה אחת.

בואי נדבר על כמה מההלכות שפסקת בתחום משפט העבודה הקיבוצי. נתחיל בהבחנה בין הסכם קיבוצי להסדר קיבוצי. באמת כבר קשה להסביר מה ההבדל בין השניים. יש הבדל קטן מאוד בין שני אלה, אבל הוא חשוב. על זכות אישית בהסכם קיבוצי אי אפשר לוותר. לעומת זאת על זכות אישית בהסדר קיבוצי אפשר לוותר. לעמדתך, לא ברור שיש עוד מקום להבחנה זו.¹⁷

קודם כול ההבחנה אינה מדויקת. קחו למשל זכויות מכוח חוקות האוניברסיטאות. נראה די בברור שאי אפשר לוותר על זכויות המוקנות מכוח חוקות אלה, הגם שפורמלית הן הסדר קיבוצי. הדבר אינו ייחודי רק לאוניברסיטאות. חלק ניכר מהחוקות בארגונים הן אך ורק הסדרים קיבוציים. המציאות ככל הנראה מוכיחה שקשה מאוד לרשום חוקות שכאלה כהסכם קיבוצי. אין מקום להתייחס אל מסמכים אלה כפחותי ערך מהסכם קיבוצי. בהקשר זה יש להצביע גם על התפקיד המוגבל המסור לרשם (הממונה על יחסי העבודה) אשר אין לו סמכות לבדוק את התוכן והמהות של ההסכם הקיבוצי.¹⁸ אמנם קשה לי להבין מדוע מקנים לרשם תפקיד מוגבל כל כך, אבל אם כבר קבעו שתפקידו מוגבל כל כך אז על אחת כמה וכמה לא ברור מה החשיבות הגדולה שצריך לייחס לרישום הסכמים קיבוציים. יש מקום לתת תפקיד גדול יותר לרשם, אבל יש גם לשקול מחדש מה המעמד של

17 עס"ק (ארצי) 1002/04 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המהנדסים – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 13.9.2005).

18 עב' (ארצי) 11/06 הסתדרות העובדים הלאומית בארץ ישראל – מדינת ישראל – הממונה על יחסי עבודה (פורסם בנבו, 7.1.2007).

הסדר קיבוצי אשר היה יכול להיות הסכם קיבוצי אך פשוט לא נרשם, או של הסדר קיבוצי אשר קיים חלק ממרכיבי הכשירות של הסכם קיבוצי אך לא את כולם. באופן כללי, יש לבחון את הכללים שבחוק ההסכמים הקיבוציים באופן שמתאם למציאות. למשל, יש לאפשר לכל מי שרוצה לתקוף את כשירותו של הסכם קיבוצי להעלות טענה שכזו.¹⁹ לכן אני חושבת שמה שקרה לקטגוריה של הסדר קיבוצי הוא דוגמה נהדרת להתפתחות המשפט. הנשיא בר-ניב הדגיש בראשית הפסיקה את חשיבות ההסכם הקיבוצי והגדיר את ההסדר הקיבוצי כהסכם ג'נטלמני.²⁰ באותה עת היה חשוב לתת להסכם הקיבוצי את מעמד הבכורה. היום הבחנה זו כבר איבדה את חשיבותה.

אבל אם ההסכם הקיבוצי איבד מהחשיבות שלו, אז מכללא את אומרת שגם ארגון העובדים איבד מחשיבותו. הרי רק ארגון העובדים רשאי לחתום על הסכם.²¹ אם נכיר בהסדרים כבעלי משקל שווה להסכמים – נפחית מייחודו של ארגון העובדים. אם נאפשר לכל גורם לתקוף הסכמים קיבוציים, זה יכול להחליש את ארגוני העובדים. כך גם בהלכות אשר אימצו הסדרים שהיו קיימים בהסכמים קיבוציים והרחיבו אותם לכלל העובדים (לדוגמה – הסדרים אגב פיטורי צמצום)²² למעשה יתייתר באופן חלקי הצורך בארגון העובדים.

יכול להיות וצריך לתת על זה את הדעת. מצד אחד החקיקה ישנה וההסדרים בה נוקשים. צריכה להיות התאמה למציאות משתנה של יחסי עבודה. תפקידו של בית הדין חשוב מאוד, ואף חשוב מזה של המחוקק בהתאמת הדין. מצד אחר, אני מסכימה שצריך לחשוב על ההשלכות של פסיקה מסוג זה על ארגוני העובדים, ואכן יש חשיבות לכך שהמחוקק גם יקבע קריטריונים שיאזנו בין הצורך להעניק הגנה לעובדים רבים לבין הצורך שבשמירה על תפקידם של ארגוני העובדים. ייתכן שיש לשקול השוואת המעמד של הסדר לשל הסכם קיבוצי רק לגבי הסדרים קיבוציים שנחתמו על ידי ארגון עובדים.

19 עם זאת שאלה זו שעלתה לדיון מפורש לאחר תום כהונתה קיבלה מענה שונה, וראו למשל, בסק"כ (ארצי) 1539-08-10 מדינת ישראל, משרד החינוך – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות (פורסם בנבו, 23.8.2010).

20 דיון (ארצי) שם/4-2 הסתדרות עובדי המדינה, מועצת פועלי נצרת-עלית – מדינת ישראל, פד"ע יב 182 (1981).

21 ס' 2 בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; ראו למשל בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, ס' 25 לפסק דינו של השופט זמיר (1997).

22 עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי.סי.איי טלקום בע"מ, פד"ע לו 289 (2001).

בדומה לפטיקתך המטשטשת את ההבדל בין ההסכם הקיבוצי להסדר הקיבוצי פסקת גם שיש לבחון מחדש את ההבחנה בין אובליגטורי לנורמטיבי.²³ מדוע לדעתך אין הבדל בין שני הממדים של ההסכם הקיבוצי?

כל צד להסכם כלשהו מסתמך על ההסכם. הוא פועל לפיו. ביטול חד צדדי משנה את האיזון שנוצר בין הצדדים להסכם עם קיבולו וכריתתו, לאחר המשא ומתן. כשבהסכם קיבוצי עסקינן ההסתמכות רחבה עוד יותר. אנו דנים ביחסים מתמשכים וקרובים... אנו דנים בהסכמים קיבוציים שתכליתם ליצור ביטחון תעסוקתי לעובדים ולמעבידים. הסכמים והסדרים קיבוציים מגנים על זכות זו של העובדים לשמר את מקום העבודה ושל המעבידים לשקט תעשייתי ולשיתוף במקום העבודה. זכויות העובדים והמעבידים כאחד נובעת אם כן מאינטרס ההסתמכות של הארגונים ויחידיהם... הזכות לביטחון תעסוקתי נובעת גם מתאוריית הדמוקרטיה התעשייתית... לפי תאוריה זו רק שיתוף פעולה בין ההון הכלכלי של המעביד להון האנושי של העובד נותן מוצר מוגמר של עסק חי.

עס"ק 52/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף – עיריית קריית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005).

ואכן – מה ההבדל? אני לא רואה את ההבדל בין השניים. אם הצדדים להסכם הקיבוצי קובעים להיפגש אחת לשבוע ולדון בענייני העובדים וצד אחד אינו מוכן להידברות – הפגיעה היא בעובדים. ההשלכה היא בממד האובליגטורי והנורמטיבי כאחד, ואי אפשר לדאוג הבדל בין השניים. אם הצדדים קובעים להיפגש ולדבר על מזג האוויר, ממילא הדבר לא שייך להסכם קיבוצי, ואז ההבחנה שוב מאבדת מערכה. הדין במישור הנורמטיבי והאובליגטורי – אחד הוא.

את ההגנה של משפט העבודה הקיבוצי יש לתת גם לממד הנורמטיבי וגם לממד האובליגטורי, וגם להסכם הקיבוצי וגם להסדר הקיבוצי (ודאי כשמדובר בהסדר קיבוצי דו-צדדי, ואולי בכפוף לתנאים מסוימים). באופן

זה כל הזכויות והחובות הנקבעות גם בחלק הקרוי "נורמטיבי" תהווה חלק מההסכם האישי של כל עובד עם מעבידו, לפי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים. כך למשל החובה להיוועץ עם ארגון העובדים בעת תכנון שינויים מבניים, הפרטה ודומיה, תהיה גם זכות אישית של כל עובד ותהיה חלק מההסכם האישי של כל עובד עם מעבידו.

לנכונות ולרצון שאת מבטאת להקפיד פחות על כללי כשירות נוקשים, להעניק לרשם שיקול דעת רחב יותר, לאפשר טענות נגד תוקפם של הסכמים קיבוציים על ידי שחקנים רבים יותר, יש השלכה על תפקידו של בית הדין לעבודה בסכסוכי עבודה קיבוציים. אם

²³ עס"ק (ארצי) 52/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף – עיריית קריית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005).

מנכ"ל יהיה מוכן לחתום עם נציגות עובדים ולחלק הטבות לחלק מהעובדים ולא לאחרים, בית הדין יקרא להכריע בזכויות של כל המעורבים בדבר. הדבר הוא חלק מהעצמת בית הדין ביחסי עבודה. במקום העיקרון של אוטונומיה לצדדים מוגדרים מראש המנהלים משא ומתן קיבוצי על פי הכללים הנוקשים של החוק, יהיו שחקנים רבים שינהלו סוגים שונים של משאים ומתנים לקראת הסדרים והסכמים מגוונים, ובית הדין יצטרך לעמוד בתווך ולהכריע בזכויות הצדדים. הדבר מגדיל את מעמדו של בית הדין בסכסוכים קיבוציים, וקיים חשש שבית הדין ייכנס בנעלי הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים עצמם.

תפקידו של בית הדין להגן על יחסי העבודה. לכן ייתכן שיש לשקול להתייחס להסדרים קיבוציים שהארגון צד להם בלבד כשווים במעמד להסכם קיבוצי. אני בעד הגמשת הכללים, וכאשר צריך להתערב בסכסוך – אז מתערבים. תפקיד בית הדין ביחסים קיבוציים אף חשוב כיום מזה של המחוקק. יש גם לומר שגם אם לבית הדין תפקיד חשוב, הדבר החשוב ביותר הוא להגן על יחסי העבודה – לאפשר לצדדים להמשיך במשא ומתן קיבוצי ולעודד אותם לעשות זאת.

מקום שחששתי מאוד להשלכת הפסיקה על המשכיות יחסי העבודה היה בהקשר של פרשת קריית גת, שם מצאתי את עצמי בעמדת מיעוט.²⁴ לדעתי, הרצון של המעסיקים לפרוש מהמסגרת הקיבוצית היה משול לצד לחוזה אשר אומר לפתע שאינו רוצה לקיים עוד את החוזה. זה לא אפשרי בשום תחום משפטי אחר. חששתי שאם אסכים לעמדת הרוב, שאפשרה למעסיקים לפרוש בתנאיהם, תהיה לכך השפעה הרסנית על יחסי עבודה. זו דוגמה שבה לדעתי יש מקום חשוב לבית הדין. בית הדין צריך לכוון את הצדדים להגיע להסכמה ביניהם ולא לפעול באופן חד-צדדי.

דוגמה נוספת לתפקיד של בית הדין ביחסים קיבוציים היא של איזון בין אינטרסים נוגדים. כך למשל בהקשר של זכות השביתה. מצד אחד היה צריך להגן על זכויות של עובדים, ולדוגמה ההגנה על חופש ההפגנה והביטוי של העובדים בפרשת מכתשים.²⁵ מצד שני זכות השביתה אינה זכות מוחלטת. שביתה גורמת נזק, וכך צריך להיות. אך כפי שצינתי בפרשת משרד הפנים, השימוש בכלי השביתה צריך לעמוד באמות מידה של סבירות, ועל האמור בפסק הדין שם יש להוסיף גם את המידתיות.²⁶ המידתיות במונח הצר זו בעצם אותה אמת מידה כמו הסבירות. אי אפשר לתת "רצפטים" לאיזון; צריך לבדוק כל

24 ש.ס.

25 דב"ע (ארצי) נ/ז 41-27-ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449 (1997).

26 תב"ע (ארצי) נב/4-8 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י (פורסם בנבו, 25.5.1992); בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984).

אין משפט העבודה צריך לאפשר לו (לעובד) להיות עובד זמני לעד, לתקופה לא מוגבלת. עובד זמני כשמו כן הוא – הוא עובד לתקופה זמנית מוגבלת. בקונספציה של עובד זמני ללא הגבלת זמן יש סתירה מניה וביה. ... במקרה של המערערת לא היא היתה העובדת הזמנית שהחליפה משתמש מעת לעת, ושלצורך מקרים אלו נחשבת חברת כוח האדם כמעבידה, אלא חברות כוח האדם הן שהיו זמניות, הן שהתחלפו מעת לעת והמערערת היא שהייתה קבועה.

ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2000).

מקרה לגופו. גם כאן – יש להכיר בזכות השביתה, גם אם היא כואבת; כך הייתה פסיקתי בעניין משרד הפנים. לא אומרים שבכל מקרה שיש פגיעה אז יש להגביל את זכות השביתה. אך במקרים קיצוניים יש מקום להגבילה. למשל בשביתת המורים שהתארכה זמן רב הנזק למשק, לילדים ולהורים היה עצום.²⁷ נכון שזה יכול להגביל את כוחו של ארגון העובדים, אך גם כוחו של הארגון אינו בלתי מוגבל. לא צריך לחזור למצב שאמרו שביתה היא כלי

אבסולוטי וגם אין לומר ששביתה יכולה להתקיים על כל עניין ודבר, אך גם צריך לוודא שלא אומרים ששביתה צריכה להיפסק כל פעם שהיא גורמת לחוסר נוחות.

3. משפט העבודה האינדיווידואלי

אחד התחומים שעברו שינויים מהותיים ביותר בפסיקה בעת כהונתך בבית הדין הארצי הוא ההכרה ביחסי עובד-מעביד. עת התחיל התהליך, עם מתן פסיקת בית המשפט העליון בפרשת סרוסי,²⁸ היו שטענו כי הדבר יביא לבלבול רב בפסיקה. כיצד את רואה את השינוי שחל בגישת בית הדין לאחר מכן?

השינויים שחלו בדינים העוסקים בהגדרת מערכת היחסים של עובד ומעביד הם ככלל מבורכים. עם זאת הייתי מעדיפה גישה המרחיבה את הגדרת הסטטוס של עובד. משנקבע שאדם הוא עובד, יש לראות בו עובד לכל עניין ודבר, גם אם יש חוקים ספציפיים שיש להחריג. כך למשל לגבי אנשי קבע, או עובדים אשר מונו לתפקידם. ולכן הייתי מעדיפה לראות בסרוסי עובד לכל דבר, וככל שנדרש, להחריג אותו מזכויות מסוימות, וזאת במקום להחיל עליו זכויות מסוימות, במקום לומר שהוא עובד רק לצורך זכויות וחוקים מסוימים. גם צדקא היה עובד, הגם שאי אפשר היה לפקח בצורה ברורה על שעות העבודה שלו.²⁹ אין

27 ס"ק (ארצי) 20/07 מרכז השלטון המקומי ושלוש הערים הגדולות – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות (פורסם בנבו, 4.12.2007).

28 פרשת סרוסי, לעיל ה"ש 11.

29 ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001).

בכך בעיה לעצם ההכרה בו כעובד. בעיה זו קיימת ביחס לעובדים רבים. אי לכך יש להניח שהוא עובד לכל עניין ודבר, גם אם יש חוק ספציפי שאפשר להראות שאי אפשר ליישם את החוק בעניינו של עובד בצורה ראויה. גם שופטים הם לדעתי עובדים. אם יפטרו אותם – מדוע שלא יהיו זכאים לפיצויי פיטורים, לדמי אבטלה? כלומר, יש לפעול על דרך של החרגה סלקטיבית ולא בדרך של החלה סלקטיבית של זכויות. ההבדל בין גישתי לבין הגישה הרווחת אשר קוראת לבחון מחדש כל חוק וחוק הוא לאו דווקא במישור המעשי, אלא ברמת העיקרון – הזכות לעבוד אינה רק זכות לצורך חוק מסוים אלא זכות בעלת אופי כללי, גם אם על עובד מסוים אין חלים כל החוקים.

לעומת זאת כשעוסקים בשאלה מיהו המעסיק, אפשר להבחין בין מעסיק אחד לצורך זכות אחת ומעסיק אחר לצורך זכות אחרת. ההבדל בין שני המצבים נובע מכך שהזכות לעבוד היא זכות בסיסית, בעוד שלמעביד יש הזכות הניהולית – אך צורכי הניהול שונים כשמדובר במתווך ובמשתמש.

אך גם כאשר מקבלים הבחנה זו יש להיזהר מהכרה בהסדרי העסקה משולשים פיקטיביים. קחו למשל את פרשת שוואב.³⁰ מפרשה זו עולה שהשימוש בקבלנים הוא סוג של "ישראלולף". מחלקה שלמה מועסקת דרך קבלני כוח אדם או קבלני שירותים. ה"בוסי" היא המדינה, והזכות הניהולית מועברת לחברת כוח אדם. זה לא מיקור־חוץ. אף על פי שעמדתנו נגד תופעות כאלה, שהתקבלה בפסקי דין אחדים (לוינגר, שפיר, ופרשת מכון ויצמן),³¹ בפרשת שוואב נותרנו, השופטת ורדה וירט־לבנה ואני, בעמדת מיעוט. לדעתי ההסדר שעלה מעובדות המקרה היה שערורייתי, ולצערי הוא רווח בסקטור הציבורי כולו, לרבות בשירות המדינה וברשויות המקומיות. משרד האוצר רוצה בכך כדי להימנע ממוסד הקביעות. נכון שיש לאזן ולתת למעסיק הציבורי יותר גמישות בכל הנוגע למוסד הקביעות, אבל אין זה נכון לנתק את העובדים מהמעסיק האמיתי שלהם. אני מאמינה שאפשר בעזרת הלכות בית הדין לצמצם את התופעה. זה לא מתחייב שכך יהיו פני הדברים. אי לכך הייתי אומרת שהכרה אותנטית בחלוקת עבודה בין המעסיק המשתמש לבין מתווך עבודה בהחלט אפשרית, אך לא כך כאשר מדובר בחלוקת עבודה פיקטיבית.

30 ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2.11.2006).

31 ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל והסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2.10.2000); דב"ע (ארצי) נז/3-56 שפיר – נתיב ביצוע תעשייתי בע"מ, פד"ע לב 241 (1999); דב"ע (ארצי) נו/4-15 מועצת פועלי רחובות – מכון ויצמן למדע, פד"ע ל 163 (1997).

חלק ניכר מפסיקותייך בדבר חובות מעסיקים במערכות יחסים משולשות עוסק במקרים שבהם המדינה היא צד למערכת יחסים זאת. כיצד את רואה את המדינה כמעסיק?

המדינה צריכה לחשוב במונחים של מדיניות ציבורית, ובכלל זה גם מדיניות סוציאלית.

גישה שכזו צריכה לקבל ביטוי במדיניות העסקת העובדים, והרבה פעמים המדינה לא עושה את הדברים. בהקשרים רבים רואים את המדינה מתנהגת כמו "בוס קפיטליסט", מפריטים בלי לתת את הדעת על זכויות העובדים, עושים שימוש-יתר בקבלני כוח אדם, בחוזים אישיים, חוזי בכירים למיניהם ועוד. המדינה כמעסיקה היא מעסיק גדול מאוד, אך היא מעסיק שחייב להפנים את האיוון שאליו כפופים גם המעסיקים האחרים. אני לא חושבת שלמדינה יש יותר בעיות כספיות בהשוואה למעסיקים אחרים.

בהקשר זה אני תמיד נזכרת כיצד בעת עבודתי באוניברסיטה נדרשתי למלא טפסים לחוזה אישי קצוב מדי שנה. כך נדרשתי למלא טפסים במשך תשע שנים. לא הבנתי על מה מדובר, וכששאלתי על מה אנחנו חותמים אמרו לי: "זה כלום – זה למס הכנסה". את משמעות החתימה השנתית הזו הבנתי לאחר שהגיעו אליי המקרים של רות בליץ ובית התפוצות.³²

כאשר המדינה נוטלת חלק ביחסי העבודה, בפיתוחם, בהכנסת שינויים בם, בהחלת רפורמה במשק, על המדינה לקחת בחשבון את טובת הציבור הרחב, טובת המשתמשים בשירותים המושפעים מהרפורמה את טובת ציבור העובדים... בענייננו אמנם חלה חובה על המעסיקים לנהל משא ומתן עם ארגון העובדים על עתידם מכל האספקטים, כגון, פיטורין, הכשרה והסבה מקצועית, שמירת זכויות. אך מי שמבקש להביא לשינויים היא המדינה. על כן לא מקובלת עלי עמדת המדינה לפיה אין ההשלכות על העובדים בעקבות הרפורמה מעניינה. היא סומכת על כך שמדובר בגופים פרטיים. לעניין שבפנינו ברי שאין משמעות לעובדה שמדובר בגופים פרטיים. מדובר בגופים המשרתים את הציבור ובהשלכות שעשויות להיות נרחבות על ציבור העובדים. היה על המדינה... לקחת חלק בהיוועצות עם הצדדים ליחסי העבודה, ה-social parties. היא צד ליחסים משולשים. עליה להיות מעוניינת בטובת העובדים לצד טובת המשק והמעסיקים. על כן דווקא כיום, כאשר הגלובליזציה גוברת והנטייה לפלקסיביליות גדלה והולכת, המדינה היא צד חיוני הצריך לשקול את האינטרסים של כל הצדדים. הגישה הראויה היא גישה של ראיית המכלול כ-tripartite.

ס"ק (ארצי) 53/05 איגוד הבנקים בישראל ע"ר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 537 (2005).

32 דב"ע (ארצי) נג/212-3 בליץ – האוניברסיטה העברית (פורסם בנבו, 26.2.1993); ע"ע (ארצי) 300053/96 ניתאי – בית התפוצות על שם נחום גולדמן, פד"ע לז 311 (2002).

הרחבת הקטגוריה של עובדים נועדה בדרך כלל לסייע לעובדים. אך לעתים היא גם נוגעת בתחומים מעוררי מחלוקת, ולדוגמה – נשים העוסקות בזנות. האם בית הדין צדק בכך שהכיר בזונות והחיל עליהן את דיני העבודה?³³

כן. יש צורך להגן עליהן. על הסרסור לשלם. ברגע שהוא מעסיק אותה, הוא צריך לשלם לה. אבל זה לא רק לשלם לה, אלא לדאוג שלא יכו אותה. הוא מחויב לה. בעבר ערכו לנו סיור בתחנה המרכזית הישנה בתל-אביב עם אגף המשטרה. היינו שם בבית זונות המתנהל כעסק רגיל עם מעסיק. האם אין לדרוש מבעל בית הזונות שידאג לנשים, כשם שכל מעסיק נדרש לדאוג לעובדיו? כאשר הנשים עובדות יש להתייחס אליהן כאל עובדות ולהגן על זכויותיהן.

האם בית הדין אינו נותן בפסיקתו לגיטימציה לתופעה פסולה של זנות?

יש בעיה, אבל אי אפשר לחנך נגד התופעה על ידי התנערות מהחובה לדאוג לעובדות עצמן.

עד כמה בית דין יכול לעזור לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות בשוק העבודה? נשים, מהגרי עבודה, ערבים, עובדים בשכר נמוך.

בית הדין אינו יכול לשמש לשכה לשירותי רווחה. הוא כבול לסמכויותיו על פי דין. במסגרת סמכויותיו הוא יכול למנוע הפעלת קריטריונים וסיווגים מלאכותיים על העובדים. לומר שאין יחסי עובד-מעביד מקום שהקשר בין הצדדים מתמשך זו דוגמה לסיווג מלאכותי שאינו טוב.

שופטים יודעים מה קורה בשטח וכיצד "השטח" מגיב לפסיקותיו?

בית הדין איננו יכול לדעת ואף אסור לו לנהל מיזמתו בדיקות שכאלה לאחר מתן פסק הדין. אבל כאשר מגיעות לבית הדין עדויות על מה שקורה בשטח, הוא מגיב ומשנה את הכללים ככל שנדרש. כך היה למשל לגבי עובדים זרים. יש דיאלוג בין "השטח" לבית הדין. בית הדין יכול לטפל אך ורק במה שמגיע לפתחו. בכך גם מתממש תפקידו לחנך את הציבור, אבל תנאי מוקדם לתהליך כזה הוא שצדדים יגיעו לבית הדין.

33 ראו בהקשר זה את ע"ע (ארצי) 480/05 בן עמי – פלונית (פורסם בנבו, 8.7.2008); ע"ע (ארצי) 247/07 פלונית – קוצ'יק (פורסם בנבו, 12.10.2009).

אחד הנושאים שבהם עסקת ואף כתבת על כך מאמר הוא נושא המכרזים.³⁴ על אף פסיקתם של בית הדין ובתי המשפט בנושא זה, עדיין מתקבל הרושם שמכרזים רבים הם "תפורים". האם בית הדין עשה מספיק כדי לבער תופעה זו?

בית הדין פסק לא פעם בנושא מכרזים.³⁵ התייחסתי לכך שיש למנוע משוא פנים, וכי יש להרחיב את ההלכות שמקורן במשפט הציבורי על גופים דרמהוטיים, בהגדרה רחבה. החובה לנהוג לפי דיני המכרזים חלה לא רק על גוף המחויב במכרז על פי חוק, אלא גם על גוף שמיזמתו מתחייב לצאת במכרזים לקבלה לעבודה. בית הדין התייחס בשלילה למכרזים התפורים.

אך כמו בתביעת על הפליה בעבודה, ובעיקר הפליה בשכירה, על התובע להוכיח כל דבר מההתחלה, ונדרשת רמת ידיעה של מה שמתרחש מאחורי הקלעים. איך יוכיח אדם שדרישות המכרז "נתפרו" כדי להביא מישהו מבחון שעליו סוכם מדאש? אותו מועמד שרוצה להתחרות בתחרות הוגנת בדרך כלל לא ידע את כל הפרטים הנדרשים.

בית הדין קבע שיש להקפיד על ביצוע נאות של הליך המכרז, אך כפי שצינתי קודם – אין לבית הדין אלא מה שבא לפניו. אם אדם טוען כי מכרז תפור, יש להוכיח זאת. זו שאלה של ראיות. אם מעוררים ספק בבית הדין (ולדוגמה – אין קשר בין דרישות התפקיד במכרז לאופי התפקיד), אפשר לבדוק ולשאול שאלות קשות, אך הגם שבית הדין אינו כבול בדיני הראיות הפורמליים יש לעורר את אותו ספק. זה נכון שהדבר מקשה על מי שרוצה לתבוע, אבל בית הדין לא יכול להיות תחליף למערך בדיקה מסודר של נציבות שירות המדינה או של אחרים אחרים ליישום חובת המכרזים.

האם יש מקום למעבר לשיטה אינקוויזיטורית יותר, שבה לבית הדין סמכות גדולה יותר ליזום חקירה?

יכול להיות. השיטה הנוכחית כבר מזמן אינה תואמת באופן דווקני את הגישה האדוורסרית, שבה בית הדין הוא שחקן פסיבי. יש תהליך הדרגתי של אימוץ דפוסים אינקוויזיטוריים. כך למשל בית הדין מקבל על עצמו תפקיד פעיל יותר, לא פעם הוא מקבל על עצמו את ניהול הדיון, וגם אם צד יטען כי נושא מסוים אינו לעניין, בית הדין יכול

34 אלישבע ברק "יחודם של דיני מכרזים לקבלה לעבודה" שנתון משפט העבודה: בטאון האגודה למשפט ולביטחון סוציאלי 6, 145 (1996).

35 עב' (אזורי י-ם) 1332/05 גלעד – מדינת ישראל – משרד החוץ – ועדת המינויים (פורסם בנבו, 26.7.2005); בש"א (אזורי י-ם) 1529/07 גלילי – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.7.2007).

טען [המעסיק] כי עובדים ותיקים עולים למערכת הרבה יותר מעובד חדש וצער... החלטה גורפת הקובעת שיש לפטר את כל העובדים מעל גיל מסוים מבלי לבחון את נתוניו של כל אחד ואחד לגופו, פסולה היא. היא פוגעת בשוויון בהפעילה קריטריון קבוצתי סטראוטיפי תחת לבחון כל מקרה לגופו... הבדיקה אם כן צריכה להיות אינדיווידואלית ולא קבוצתית גם כשמדובר בפיטורי צמצום. התפיסה האינדיווידואלית בוחנת, לא את הגיל הביולוגי, אלא את הגיל התפקודי. כך תמנע תפיסה סטראוטיפית של קבוצה שלמה של עובדים.

ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע לט 646 (2004).

להורות על חקירה בנושא זה. על בית הדין להקפיד על אובייקטיביות וקידום האמת. לא על פורמליזם. גם אם בסופו של דבר התובע יעבור את משוכת הראיות ויראה שהמכרז פסול נותרה הבעיה של הסעד. האם יש מקום לתקן מכרז פסול על ידי הוראה למנות את המועמד המתאים ביותר במקום להסתפק בפיצויים?

שאלת הסעדים חשובה. ההשוואה לנושא ההפליה בקבלה לעבודה רלוונטית גם כאן, וראו את פסיקתי בפרשת פלוטקין, שם היה ברור כי יש

להגדיל את הסעד כדי לעודד, ולפחות שלא למנוע, תביעות על הפליה.³⁶ אני חושבת שמערכת בתי המשפט יכולה לסייע באופן חלקי לטפל בבעיה, ולדוגמה – הרחבת זכות העמידה בפסק דין צוקר לשם השגת צדק.³⁷ אך כפי שצינתי, בית הדין מוגבל בסמכויותיו ואינו יכול להיות תחליף למנגנוני בקרה אחרים.

מהצד האחר של בעיות בשכירה, קיימים האתגרים בפיתוח דיני הפיטורים. לך היה חלק בפיתוח דיני הפיטורים. בפסיקתך אפשר לראות גם את פיתוחן של הגבלות מהותיות על כוח המעסיק לפטר,³⁸ וגם מגבלות פרוצדורליות (כללי הצדק הטבעי בפיטורים).³⁹ גם כאן יש לשאול אם פסיקה זו אפקטיבית. גם כאן מתעוררות הבעיות של ראיות וסעדים.

מובן שגם כאן מתעוררות שאלות ראייתיות, אבל יש כאן גם התלבטויות מהותיות. יש דרישה להגמשה של שוק העבודה, וייתכן שצריך להגמיש. אבל אם נגמיש את הלכות הקביעות וההגנה בפני פיטורים, נוציא לשוק העבודה אנשים בני 50 שיתקשו למצוא עבודה חדשה. יש יתרונות בקביעות. לא מקובלת עליי ההנחה שתמיד צריך וכדאי "לחדש את

36 פרשת פלוטקין, לעיל ה"ש 2.
 37 בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד מט(1) 139 (1995).
 38 כך למשל בפרשת מכון וייצמן, לעיל ה"ש 31, שם היית בעמדת מיעוט שאחר כך התקבלה בפרשת ניתאי, לעיל ה"ש 32.
 39 ע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481 (2001).

השוורת", או שהשינוי הטכנולוגי מייתר את העובדים הוותיקים. מדוע שמעסיקים לא ישלחו את העובד להשתלמות, יעזרו לו להתקדם ולהתחדש? יש גם למצוא דרך אנושית יותר להליך הפיטורים. הליך השימוע הוא פורמלי, ולעתים עם עורכי דין. צריך למצוא דרך להבטיח שיקשיבו ויחשבו על מה טוב לעובדים. כך למשל אפשר לחשוב על גישור בעת פיטורים, ויכול להיות שצריך לשקול את האפשרות של חובת גישור בטרם פיטורים. כך למשל נקבע בדרום-אפריקה בחוק כי בכל סכסוך בענייני עבודה חייבים הצדדים לנסות פגישה אחת של גישור. זה כמובן לא מחייב אותם.⁴⁰ אי אפשר לחייב את הצדדים בבוררות משום שבוררות מתבצעת כאשר קיים הסכם בוררות מרצון, אך כן אפשר לנסות ולעודד אותם להגיע להבנה על דרך הגישור. אני ראיתי לא פעם את היתרונות של גישור בהליכים מסוג זה. כך למשל בעניין פרט,⁴¹ התיק הסתיים לאחר מעורבות מגשר בהליך גישור שנמשך כחצי שנה. לאחר סכסוך שנמשך כל כך הרבה זמן בכמה ערכאות הם סיימו את הפרשה בחוזה מצוין. ההצלחה של צדדים שהייתה ביניהם יריבות אישית קשה כל כך להגיע להסכם, מצביעה על הפוטנציאל הרב שיש בהליכי גישור בנסיבות של פיטורים. יש להדגיש כי אני מתייחסת לגישור של ממש ולא לפישור, כפי שזה מתבצע על ידי נציגי הציבור בבית הדין. אין להקל ערך בעבודה החשובה של נציגי הציבור אשר מסייעים לסיים את הטיפול בתיקים, אבל תהליך הגישור דורש עבודה נרחבת יותר. גישור שכזה אף יוכל להקל בשימוש בסעד האכיפה והשבת העובד לעבודה. לא צריך לפחד מלהחזיר אנשים לעבודה.

כמי שתומכת בגישה גישורית – מה דעתך על הסתייגותה של המדינה, במשך שנים, מלהיכנס לתהליכי גישור?

הגישור הוא כלי נהדר. גם למדינה צריך להיות עניין בתהליך זה. אפילו בתחום של עסקאות טיעון, שיש המתנגדים לו, יש יתרונות לפשרה. גם הביטוח הלאומי צריך להיות מוכן להשתתף בתהליך הגישור. האמירה המקובלת שאסור שהמוסד לביטוח לאומי יתפשר כי אז תהיה פגיעה בשוויון ממש אינה מקובלת עליו ואינה מובנת לי. גם במוסד לביטוח לאומי התגמשו קצת בנקודה זו עם השנים.

40 South Africa, Labour Relations Act No. 66 (1995) (Chapter 7 – Establishing the Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration)

41 לתחילתו של הסכסוך בעניין פרט ראו תב"ע (אזורי י-ם) נד/3-289 פרט – פרקש (פורסם בנבו, 9.1.1996); דב"ע (ארצי) נו/3-182 המרכז הרפואי שערי צדק – פרט (פורסם בנבו, 24.10.1996).

4. ייחודם של בית הדין לעבודה ושל שופטת בדיני עבודה

בית הדין איננו ככל ערכאה אחרת. כיצד תאפייני את הייחוד של בית הדין ואת השינויים שעבר במרוצת השנים?

בית הדין באמת שונה מבתי המשפט האחרים. הדבר בלט יותר בעבר, אך ההבדלים מתכהים עם הזמן.

כשהגעתי לבית הדין לעבודה היו בו מסורות שיפוטיות שונות מאלה הקיימות כיום. הגישה שהנהיג הנשיא בר-ניב ביטאה פורמליזם והיררכייה אירופאית. זה התחיל בדברים הקטנים, בסמלים ובטקסים, ולמשל בנוהג שהיה קיים שהשופטים לא נכנסים על פי סדר הישיבה, אלא הנשיא נכנס ראשון ורק אחריו נכנסו יתר השופטים. זה המשיך גם בדברים מהותיים יותר. כך למשל הקונספציה הייתה בעבר שהנשיא מנהל באופן בלעדי את הדיון, ורק הוא מפנה שאלות לצדדים. אפילו לא הייתה היועצות לפני הכניסה לאולם. כמו כן היה נהוג שלא מציינים את שמות השופטים בעמדות הרוב והמיעוט. הייתה חזות של בית דין שמדבר בקול כמעט אחד. בית הדין אפילו הקפיד לכתוב את כל הדעות בלשון זכר כדי להסוות את זהות השופטים.⁴²

בהדרגה הוכנסו שינויים באופן ניהול המשפט בבית הדין: השופטים התחילו להיכנס על פי סדר הישיבה, בוטלו סממני סטטוס שהפרידו בין הנשיא לשופטים האחרים ובין השופטים לנציגי הציבור; שופטי כל ההרכב כיום יכולים לשאול שאלות ולברר ישירות סוגיות עם הצדדים; שמות השופטים מופיעים בפסקי הדין ואפשר לדעת מי כתב את דעת הרוב ומי השופטים בעמדת המיעוט. כיום אופן ניהול הדיון בבית הדין הארצי דומה יותר לבית המשפט העליון. השינוי מתבטא גם במידת ההידברות בין השופטים, הניסיון להתפשר ולהגמיש עמדות כדי לייצר הלכה אחידה, אך גם הפלורליזם וקבלת עמדת המיעוט היא חיובית.

יש הטוענים שבית הדין לעבודה אקטיביסטי יותר מהעליון.⁴³ האם זה נראה לך נכון?

אני חושבת שפרשנות תכליתית מיושמת בשני המקומות. אנחנו לא סוטים מהדין ולא פועלים על פי כללי פרשנות שונים מאלה של בית המשפט העליון. אנחנו חלק מהמערכת. עצם העיסוק במטריה של עבודה ורווחה הוא ליברלי, אבל כשופטים אנחנו לא יותר או

42 דב"ע (ארצי) נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – רמת"א בע"מ והתעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כט 601 (1996)

43 בהקשר זה נא ראו את הטענה המועלית בספרם של זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה (2008).

פחות ליברלים. ייתכן שהתפיסה שלפיה יש פער בין הערכאות נובעת מכך שהמערכת הכללית הייתה בעבר נוקשה יותר בסדרי הדין, בדיני הראיות ובפרשנות הדין, ואילו בתי הדין היו פורמליים פחות. אך היום יש שינויים במערכת המשפט הכללית, וקשה לראות הבדלים ברורים בין גישת בתי הדין לגישת בתי המשפט.

סוג אחר של טענות על אקטיביזם בבתי הדין וירידה לכאורה בלגיטימציה הועלו בעת המעבר מתקופת הנשיאות של מנחם גולדברג לזו של הנשיא סטיב אדלר. הטענה הפשוטה הייתה שבית הדין לעבודה הפך מבית דין שהוא פרו-מעסיקים לפרו-עובדים. אך שני חלקי המשוואה לא היו נכונים – הנשיא גולדברג לא הנהיג בית דין שהיה פרו-מעסיקים, ודווקא הנשיא גולדברג היה מוכן לפעול באופן אקטיביסטי גם לטובת העובדים, ולדוגמה בכל הנוגע לסעד האכיפה בעת פיטורים שלא כדין;⁴⁴ והנשיא אדלר לא הנהיג בית דין הנושא את הדגל של "פרו-עובדים", ופסיקתו נתפסה כליברלית משום שהיה צריך להתמודד עם מצבים חדשים שבהם זכויות העובדים לא הובהרו בעבר (לדוגמה, בכל הקשור לזכויות עובדים ביחסי עבודה קיבוציים). גם בהיבט זה ההבחנה בין בית הדין לבית המשפט העליון הולכת ומיטשטשת, ולא מתחדדת.

לאור מה שאת אומרת, האם עוד יש מקום לשמור על הייחוד של בית הדין לעבודה או שאפשר אולי למזגו אל תוך מערכת המשפט הכללית?

לא הייתי מבטלת את ההפרדה בין בית הדין למערכת השיפוט הכללית. בסך הכול בית הדין מפתח את המומחיות שלו בתחומי העבודה והרווחה, ובג"ץ כמעט שאינו נוטה להתערב. יש הטוענים כי יש להפוך את בג"ץ לערכאת ערעור, האמת היא שאין לי בעיה עם ערכאת ערעור (ברשות) על בית הדין הארצי. לא יהיה הבדל בין זה לבין המצב הנוכחי. לא יהיה להערכת הבדל משמעותי בשיקולי בית המשפט העליון לעניין התערבות במומחיות בית הדין כאשר הדבר נעשה במסגרת עתירה על פסק דין של בית הדין הארצי או במסגרת ערעור ברשות. עם זאת יש הבדלים משמעותיים שנתרו בין בתי הדין והערכאות האזרחיות הרגילות שאותם יש לשאוף לשמר.

דוגמה להבדל שכזה הוא במוסד נציגי הציבור המייחד את בית הדין לעבודה. דווקא בשנים האחרונות לנציגי הציבור הייתה לעתים השפעה של ממש על תוצאות פסק הדין. יש מסורת של נציגי ציבור בבתי דין לעבודה ברחבי העולם. שופט מבית הדין הגרמני הדגיש בפנינו את היתרון שהם רואים באפשרות לחשוב יחד על התיקים עם נציגי הציבור. כך גם בארץ – נוכחותם של נציגי הציבור מחזירה את המשפט ל"שטח". הם מביאים את קולם של עובדים ושל המעסיקים. יש שופטים אשר אינם מקשיבים לנציגי הציבור, אחרים מפקים

44 דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996).

תועלת רבה מהחיבור עמם. במשך השנים עבדתי עם נציגי ציבור נהדרים, שהייתה להם תבונה, וגם יכולתי לחלוק אתם את הנטל, להתייעץ אתם. אני אהבתי להתייעץ אתם בכול. כך למשל בפרשת לויין – הייתי ברוב עם נציגי הציבור, והרגשתי שתחושת הצדק וההיגיון שלהם הם שהעניקו את המשקל לעמדת הרוב.⁴⁵ כך גם היה בתיק הראשון שעסק בנושא של שעות עבודה לעובדות הסיעוד.⁴⁶

כמובן יש גם חסרונות במוסד נציגי הציבור. כך למשל לעתים יש בעיה של חסר ברקע המשפטי. צריך לבחון כיצד אפשר לשפר את הרקע המשפטי ללא איבוד המומחיות ונקודת המבט החוץ־משפטית. גם היו מקרים שבהם שינויים בהרכב גרמו לכך שהלכה השתנתה לעתים תכופות ולא התייצבה. בעיות שכאלה ניתן לפתור על ידי הוספת המוסד של "דיון נוסף" בבית הדין הארצי. אני רואה את היתרונות והחסרונות ואני לא יודעת אם המוסד של נציגי ציבור ראוי או לא, אבל באופן אישי אני בהחלט אהבתי ונתרמתי מזה.

את חושבת שבית הדין עוד יצטרך להיאבק על הלגיטימיות שלו, או שיש הסכמה על חינויותו של מוסד זה?

אני לא חושבת שיהיו עוד מאבקים על לגיטימציה. אני חושבת שמכירים בייחוד של בית הדין, שכן תרומתו לפיתוח משפט העבודה ניכרת. קיומה של ערכאה נפרדת גם יצר אווירה אחרת בתחום דיני העבודה. יש תחושה של משפחה בקרב קהילת העוסקים בדיני העבודה. זה מתחיל בייחוד של הערכאה וממשיך בכנסים ובמפגשים רבים יותר מאשר בתחומי משפט אחרים. התחושה שעורכי הדין נהיו אדוורסריים יותר, כפי שקיימת בבתי המשפט הרגילים, אינה שכיחה בבתי הדין. יש עדיין משהו שונה בהתנהלות הצדדים בבית הדין.

התייחסת עד עכשיו לבית הדין ברמה המוסדית. אך דווקא אישיותך המשפטית היא שמדגימה היטב את ייחודו של בית הדין. יש אמירה שמסתובבת בשטח שלאליקה יש לב רחב ונשמה של עובדת סוציאלית. אחרים אומרים שאת שופטת של עובדים. כיצד את מתייחסת לאמירות אלה?

זה לא נכון כי אני תמיד מאזנת את זכויות המעסיקים עם זכויות עובדים. האם אמירה זו באה מההנחה שבגלל זה יש טעויות בפסיקה? זה בוודאי לא נכון שאני שופטת של עובדים, אלא שה־raison d'être של משפט העבודה הוא הגנה על העובדים שכוח המיקוח שלהם פחות מזה של המעבידים. אך לא תמיד זה כך. אני השתדלתי להיות עניינית, תוך התחשבות בתכלית משפט העבודה ובמהות יחסי העבודה.

45 תב"ע (ארצי) נה/02-109 לויין – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326 (1996).

46 פרשת טודוראנג'אן, לעיל ה"ש 3.

נניח את האמירה הפשטנית שגורסת שיש "שופט של (עובדים, מעסיקים)". בואי נבחן מה המשמעות של אפיון דרכך השיפוטית: אמירה זו מתייחסת לכמה מרכיבים השלובים זה בזה. החשש מקביעה אדוורסרית מוחלטת, נוסחאות גישור, גישות של איזונים ומידתיות. בלי הלכות חותכות, אלא תמיד לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. על כל אלה אפשר להוסיף את המרכיב של אמפתיה גדולה לעובדים. כשאת מתבוננת על מכלול המרכיבים – האם יש משהו שונה בסגנון השיפוטי שלך מזה של שאר עמיתייך? סגנון המאופיין בהבנת צרכים ומצב שמאפיינים את העובדת הסוציאלית? הכוונה לשיפוט עם לב; נטייה מאחה ומגשרת. כך היה כתוב בכותרות בעת הפרישה – "חום הלב של השופטת".

זה חוזר לעקרונות של משפט העבודה. משפט העבודה מדבר על יחסי עבודה, על יחסים בריאים. צריך להתחשב ברווחת העובד, וצריך להבין את חולשתו. צריך גם להתחשב ברווחתו של המעביד. זה חלק חשוב מאוד בדיני העבודה – להכניס את הלב ליחסי העבודה. עם הלב צריך להבין מה הצרכים של כל אחד. אני חושבת על הצד האנושי והמשפטי גם יחד. זה נותן קנה מידה לצד המשפטי. אני מודעת לכך שלא כל השופטים פועלים באופן דומה, אך זו דרכי.

כשאת שומעת את המקרה שבפנייך – כיצד את שומעת אותו? חשבי על שני שופטים שהכרת – חיים כהן והשופט יואל זוסמן – האם כל אחד מהם היה שומע אותו אחרת מששומע חברו?

חיים כהן לפעמים התחשב פחות בחוק ויותר בצדק. אני מאוד נזהרת מזה.

האם תחושת הצדק של חיים כהן לא אנלוגית לתחושת האמת שלך?

אני חושבת שאינני מתעלמת מהחוק. כשהשופט חיים כהן ראה את הצדק, הרי אם לדעתו תחושת הצדק נוגדת את החוק, הוא פסק על פי תחושת הצדק. צריך להתאים את החוק למציאות, אך זה לא עניין של גישת "עובדת סוציאלית" אלא הצורך המשפטי להתחשב בנסיבות. אנחנו לא טכנאים. לפעמים עובד חלש יותר או חזק יותר. גם החוקים התחשבו בנסיבות. הם נוצרו כדי לאזן לפי הנסיבות.

האם תיקים נוגעים לך באופן אישי? האם קשה לך להחליט ולפסוק? האם לעתים את מתחרטת על פסיקה קביעותיך בפסקי דין שכתבת?

תיקים בוודאי נוגעים לי באופן אישי. אני מתלבטת לגבי פסיקותיי, אבל כשטעיתי, לא פחדתי להודות בטעותי. זה לא צריך לקרות יותר מדי, אבל כשזה קורה הדבר נובע מכך שלא מתחשבים בכל הנסיבות, יש להודות בכך. כך למשל בפרשת נהרי, לא חששתי מלומר לאחר מכן שייתכן שטעיתי ולתמוך בגישת שופטים אחרים. זאת כשהתברר שמקרה נהרי

אינו בודד ויש רבים אחרים. הבנתי שיש להתחשב גם ביכולותיה של המעסיקה – המדינה.⁴⁷

מעבר לעניין האישי שאת מגלה בתיקים, יש לך גם כמה פסקי דין חשובים שבהם עמדתך היא עמדת מיעוט. האם המיצוב בעמדת מיעוט חשוב לך? האם עמדת מיעוט נתפסת כבעיה בבית הדין?

זה לא פשוט להיות בעמדת מיעוט, ותמיד יש ניסיון להגיע להסכמה. כך למשל בפרשת קריית גת,⁴⁸ שם עלתה לדין הסוגיה של סיומו חד־צדדית של הסכם קיבוצי כללי על ידי חלק מהמעבידים שהם צד לו, ביקשתי עוד כמה התייעצויות. הסכמתי לתוצאה כדי לעמוד על העיקרון. קיוויתי שהאחרים יצטרפו אליי לגבי העיקרון, אך כשהדבר לא צלח לא הפריע לי להיות בעמדת מיעוט. היו דברים שהייתי מוכנה להתפשר עליהם, אך לא כך בדברים שנראו לי עקרוניים במיוחד. כאשר הדבר לא היה לי עקרוני או חשוב במיוחד, לא היה אכפת לי להתפשר עם שופטי הרוב, אך במקרים אחרים בחרתי באפשרות של הצגת עמדת מיעוט. דווקא במקרים אלה אני יכולה להיות חדה בכתיבה ובמסרים שאני מעבירה.

ד. אחרית דבר – מאת המראיינים

מהם הדפוסים הבסיסיים העולים מהריאיון עם השופטת ברק? כמו בציוריה, יש בדבריה פרטים רבים וצבעים רבים, אך יש גם שיטה. בשני חלקי הריאיון – האישי והמשפטי – חוזרות המילים "האמת שלי". בשני חלקי הריאיון מבטאת השופטת ברק השתייכות למסגרת ואימוץ כלליה בד בבד עם חיפוש אחר חירות אישית ופריצת המסגרות. יש הבדל בין משמעות מושגים אלה בחיים האישיים ובפיתוח תורת המשפט, אך עת קראנו שוב ושוב את הריאיון וניסינו לראות מה למעשה סיפרה השופטת ברק, לא יכולנו שלא לשים לב לאותם קווים שעולים שוב ושוב, לעתים בנוסחים זהים.

ניגודים אלה מלווים גם בתורת האיזונים אשר השופטת ברק ידועה בהם. במסגרת הלכות תום הלב, הסבירות והמידתיות – חוזרת השופטת ברק שוב ושוב אל נוסחאות איזון. נוסחאות אלה מצביעות על תורת משפט סדורה מחד גיסא ועניין אנושי המחפש לתהות אחר מגוון ושוונות מאידך גיסא. אותו עניין בילדי המשפחות הכורדיות בעבודת המסטר

47 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000); פרשת גרינשפן, לעיל ה"ש 4.

48 פרשת קריית גת, לעיל ה"ש 23.

בגנטיקה שב ועולה גם בתפיסת התפקיד השיפוטי. המסגרת המשפטית שהשופטת ברק עיצבה מאפשרת לה מרחב גדול להתאמת הדין לכל מקרה ומקרה. נראה שגם בעבודתה המשפטית ממשיכה השופטת ברק להבין את הקוד הגנטי ולהכיר בשונות החברתית שבאה לאחריה. את עבודתה מלווה האמפטיה, וגם הביקורת; ההכרה בצרות המסגרות ויישורם של הסוטים מהן בחוסר תום לב.

הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב

מאת

אלישבע ברק-אוסוסקין*

מבוא ; 1. המצוי והרצוי בגישתה של מערכת המשפט ; 2. חשיבות ההגנה. א. התרת המוסרות : הסטייה מהכללים ; 1. חוזים אישיים ; 2. העסקה עקיפה באמצעות עובדים של קבלני כוח אדם ובדרכי תיווך אחרות ; סיכום ביניים : הגנה על זכויות עובדים לפי חוזים קצרי מועד המתחדשים מעת לעת ועובדים בצורות העסקה מורכבת. ב. מצבים המצדיקים סטייה מכללים קוגנטיים ; 1. מקרים שבהם חוק מגן ספציפי לא חל על עובד ; סיכום ביניים – עמדת הפסיקה שלפיה יכול שיהא אדם "עובד" רק לצורך חוק או חוקים מסוימים ; עמדתי : עובד משתלב הוא לעולם "עובד" בכפוף לעקרון תום הלב. ג. הלעולם חוקי מגן ביחסי עבודה ? התפתחות ההלכה שלפיה אין לחוקי המגן תחולה אוניברסלית. ד. הגמשת הגישה הדווקנית לסטטוס של עובד. ה. "מעביד" : לא לכל דבר ועניין. 1. תרופות ; 1. תום לב ; 2. סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ; 3. מילוי חסר ; 4. פרשנות. אחרית דבר.

מבוא

בשני העשורים האחרונים עולם העבודה הולך ומשתנה במהירות והסיבות לכך רבות: העולם נהפך לכפר גלובלי – גבולות נפתחו, מפעלים עוברים ממדינה למדינה – וגם עובדים עוברים ממדינה למדינה. אפשר לומר שהניידות מקלה ומכבירה כאחת. גם בתוך גבולות המדינה עובדים עוברים בתדירות גבוהה יחסית ממעביד למעביד, ממפעל למפעל ומתחום אחד לתחום אחר, תופעה שכמעט לא התקיימה בעבר ; המעבידים עצמם מעדיפים תחלופה

* סגנית הנשיא (בדימוס) של בית הדין הארצי לעבודה.

גבוהה של עובדים ומעודדים אותם לא לצפות לביטחון תעסוקתי;¹ עובדים רבים מעדיפים להתאים את תנאי העבודה לצורכיהם האישיים ובחרים לעבוד מהבית; נוצרו צורות העסקה חדשות שהיקפן הולך וגובר,² כגון עובדי סיעוד המתגוררים בבית המטופל ועובדים למעשה במשך כל היממה;³ התפתחה מודעות חברתית לצורך להעסיק אנשים עם מוגבלויות ולהכניסם למעגל העבודה;⁴ נוסף על כך, השינויים בכלכלה דורשים התאמה של משפט העבודה למציאות המשתנה כדי שמפעלים יוכלו להתקיים ולהתפתח.⁵ שינויים אלה בנסיבות עוררו אצל המעסיקים את הצורך להעביר חלק מהמפעלים לבעלות חדשה או להפריט מפעלים שלמים על ידי העברתם לבעלות אחרת.⁶ כל התופעות הללו טעונות התאמת משפט העבודה למציאות החיים, זו הקיימת וזו המשתנה מעת לעת.⁷ ברי שאין פירוש הדבר כי מעתה יש להשאיר, או להפקיר, את יחסי העבודה לכוחות השוק. אין לאפשר אנרכייה ביחסי העבודה. עלינו להמשיך ולהגן על העובדים, ואף ביתר שאת, אך יש להגביר גם את ההגנה על המעבידים ולתת בידיהם מרחב פעולה שיאפשר להם לשרוד ולהתפתח בעולם תחרותי. אין בכך סתירה. sir Bob Hepple QC, FBA ציין:⁸

- 1 Katherine V.W. Stone, *Legal Regulation of the Changing [Employment] Contract*, 13 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 563 (2003–2004); Efron Cardpva, *The Challenge of Flexibility in Latin America*, COMP. LAB. L.J. 314 (1996)
- 2 ראו דיון בנושא הגמשת הגישה הדווקנית לסטטוס של עובד להלן בסעיף ד; Cardpva, לעיל ה"ש 1.
- 3 בעבר התקיימה צורת ההעסקה הזאת, אם בכלל, כתופעה שולית. ראו להלן דיון בנושא החל בעמ' 92 ואילך ובעמ' 95 ואילך.
- 4 ראו להלן דיון בנושא בעמ' 99 ואילך ובעמ' 102 ואילך.
- 5 ראו לדוגמה, Martin Vranken, *Deregulating the Employment Relationship: Current Trends in Europe*, 7 COMP. LAB. L.J. 143 (1986)
- 6 ראו דב"ע (ארצי) נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – רמת"א בע"מ, פד"ע כט 601 (1996); דב"ע (ארצי) נד/3-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.4.1996); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 25.11.1998); בג"ץ 922/97 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל, פ"ד נח(6) 481 (2004). וראו מאמרם של פרנסס רדאי וגיל-עד נועם "זכויות עובדים בעת חילופי מעבידים – בעקבות בג"ץ הסתדרות העובדים החדשה נגד התעשייה האווירית לישראל בע"מ" המשפט יא 597 (2007).
- 7 Mark Jeffery, *Not Really Going to Work? Of the Directive on Part-Time Work, 'Atypical Work' and Attempts to Regulate it*, 27 INDUS. L.J. 193 (1998)
- 8 BOB A. HEPPLER, *RIGHTS AT WORK, GLOBAL, EUROPEAN AND BRITISH PERSPECTIVES* (2005).

Can rights at work be reconciled with global competitiveness? My answer is a qualified yes. The alternative would simply be to leave things to global market forces in the belief that the “invisible hand” will in the long run result in equilibrium.

כדי להתאים את המשפט למציאות המשתנה יש להגמיש את הכללים הנוקשים ולפתח מנגנון מבוקר ועקרוני שיאפשר סטייה מעקרונות קוגנטיים מבלי לזנוח כמוכן את ההגנה על העובדים, כדי שתיוותר להם תחושת ערך עצמי וביטחון תעסוקתי בעולם העבודה המשתנה.⁹ יש ליצור דרך עקרונית לאיזון בין האינטרסים. מגמה זו קיבלה את הכינוי Flexicurity: גמישות (Flexibility) תוך הגנה על זכויות העובדים (Security). למגמה זו חשיבות רבה בשיטות משפט כגון בארצות אירופה ובישראל, המפעילות כללים נוקשים להגנה על עובדים. המדיניות של הקהילייה האירופית היא “more flexible organisation of work in a way which fulfils both the wishes of employees and the requirements of competition”¹⁰.

כאמור, שיטות אלה מבקשות גישה אינטגרטיבית שתמזג שיקולים של מדיניות כלכלית בצד זכויות עובדים;¹¹ גישה שתביא בחשבון את הצורך בהגמשת התנאים ותתבסס על אמון הדדי ושיתוף כדי ששני הצדדים יצאו נשכרים, ועולם העבודה כולו יפעל כשהוא מתואם עם המציאות המשתנה. המשימה מוטלת על כתפי השותפים ליחסי עבודה, על ארגון העובדים ועל המעביד או על ארגון המעבידים – “social partners” – והערכאות השיפוטיות.

המתח האמור בין ביטחון בעבודה לגמישות בשוק העבודה הרצוי גרר חקיקה רבה באירופה של שנות השמונים המאוחרות ושנות התשעים. ארצות אירופה נקטו אמצעים כדי לרצות את כל המעורבים ביחסי עבודה – לספק הן את צורכי המעבידים והן את אלו של העובדים, תוך הגנה על זכויותיהם. מעצבי המדיניות ביקשו להקל על מפעלים ובד בבד להרחיב את האופציות לעובדים, לדאוג לזכויותיהם ולעזור למובטלים. בין השאר נעשה הדבר על ידי הבטחת מעבר עובדים ממעביד למעביד תוך הקלת התחרותיות בין המעבידים והגנה על המשכיות זכויותיהם של העובדים. השאיפה היא להקל על מעבידים לפטר עובדים על ידי דה-רגולציה: הדבר יקל העסקת עובדים ויקטין את האבטלה.¹² בדנמרק

9 ש.ם.

10 ראו The European Council [Essen Summit 1994].

11 ראו GREEN PAPER, PARTNERSHIP FOR A NEW ORGANIZATION OF WORK (1997).

12 Hoyte N. Wheeler, *Employment Security and Labor Market Behavior: Interdisciplinary Approaches and International Evidence*, 15 COMP. LAB. L.J. 283 (1994).

לדוגמה כשיש צורך בפיטורי צמצום, נהוג שהמעביד וארגון העובדים, שני השותפים ליחסי העבודה – ה־social partners – מנסים לפתור בצוותא את בעיית התעסוקה של המפוטרים תוך חיפוש משותף של עבודה חלופית. הדבר נכון, במידה פחותה, גם בבריטניה ובקנדה. שונה הדבר בארצות הברית, שבה קל למעביד לפטר אף עובדים קבועים במשרה מלאה. מתכונת ההעסקה של מרב העובדים בארצות הברית היא העסקה at will, כלומר: בכל דקה נכרת חוזה עבודה, ובכל סיום של דקה החוזה מסתיים. כך גם עובדים קבועים במשרה מלאה עלולים לעבוד תקופות קצרות ולהיות מפוטרים בהליך פיטורין קל. לכן בארצות הברית אין דרישה גדולה לגמישות בהעסקת עובדים זמניים או עובדים במשרה חלקית.¹³ בישראל ובארצות אירופה הקפידו מאז ראשית התפתחותו של משפט העבודה ועד שנות התשעים של המאה העשרים על גישה נוקשה, גישה הנותנת משקל לכללים קוגנטיים תוך התערבות בחוזה בין הצדדים. כיום השתנו הנסיבות. הנשיא סטיב אדלר עמד על חשיבות ההגמשה:¹⁴

אין מקום לפסילה גורפת של שיטת שעות עבודה גמישות, כפי שביקשה העובדת. יש לפרש את חוקי עבודה המגן בהתאם לתכליתם. משהסכימו הצדדים ביניהם בתום-לב על שיטת שעות עבודה גמישות, אין הדבר נוגד את תכליתם של חוקי עבודה המגן. יש לשמור על זכותם של הצדדים לחוזה עבודה אישי לקבוע תנאי עבודה התואמים את הנסיבות, את דרישות העבודה ואת נוחיותה של העובדת, וזאת בתנאי שהנקבע בחוזה העבודה אינו חורג מהוראות חוקי עבודה המגן. במקרה של קביעת שעות העבודה

- 13 לניתוח מעמיק של גישה זו ושל הגמשתה במשך השנים ראו במאמר מקיף על הגישה המשתנה באיטליה אצל Daniele van Jaarsveld, Hyunji Kwon & Ann C. Frost, *The Effects of Institutional and Organizational Characteristics on Work Force Organizational Characteristics on Work Force Flexibility: Evidence from Call Centers in three Liberal Market Economies*, 62 INDUS. & LAB. RELATIONS REV. 573 (2009). על השינויים המתרחשים באירופה בכלל ראו Bruno Caruso, *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian Case in the European Context*, WORKING PAPER C.S.D.L.E. "MASSIMO D'ANTONA" (2004); גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819 (1999). במאמרו מנתח מונדלק את המשמעות של סטייה מפיטורין at will, הפסיקה שנהגה בעבר, לאור כג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974).
- 14 דב"ע (ארצי) נו/91-3 פילוסוף – ב. שור ושות' מהנדסים ויועצים בע"מ, פד"ע לג 49, 53 – 54 (1997); עתירה לבג"ץ נדחתה בכג"ץ 5845/98 ב. שור ושות' מהנדסים ויועצים בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 17.1.1999).

של העובד יש לאפשר לצדדים לחוזה העבודה גמישות, תוך שמירה על תכלית החוק למנוע ניצול העובד והעסקתו שעות רבות, ועל-ידי כך לשלול ממנו את חייו הפרטיים וחירותו.

עוד ציין הנשיא אדלר, בדונו במעמדו של עיתונאי המדווח למעסיקו מארצות הים:¹⁵

עם זאת, ולצד הדאגה להגנה על עובדי ענף התקשורת, ראוי להדגיש כי ענף התקשורת הוא ענף דינמי המחייב שמירה על גמישות ניהולית. גמישות זו דרושה למעסיקים בענף התקשורת על-מנת שיוכלו להתמודד עם השינויים התדירים בהיקף העבודה, בהיקף התכניות ובדרישות ציבור הצרכנים. ענף התקשורת מצטיין בתחלופה גדולה של מבצעי עבודה. בנוסף, קיומם של "משתתפים חופשיים" מעניק למעסיקים את הגמישות הנחוצה להם כדי להתמודד בתחרות הקשה המאפיינת את הענף [...]

בתי-הדין לעבודה התקשו לא אחת ביישום המבחנים הקיימים, לרבות "המבחן המעורב".

[...]

טעם זה מתבסס על העובדה שהתרבו מספר העובדים המועסקים בענף התקשורת כתבניות העסקה בלתי שגרתיות, דוגמת: עבודה המבוצעת מחוץ לכותלי המפעל, לרבות עבודה בבית (telework), מיקור חוץ (outsourcing); עבודה חלקית (part time work); עבודה של עובד אחד המועסק במספר מקומות עבודה; עבודה ארעית או זמנית (casual work); עבודה בזמן גמיש (flextime); גמישות תפקודית (functional flexibility), היינו – מבצע עבודה אשר יכול לבצע מטלות ותפקידים שונים במפעל; העסקה באמצעות חברות כוח אדם; העסקת עובדים זרים; העסקה באמצעות חברת יחיד, ועוד.

המכשיר האובייקטיבי שמכוחו אפשר לגזור קנה מידה להגמשת הגישה הנוקשה הוא עקרון תום הלב. עקרון תום הלב תפס במשפט הישראלי את מקומם של השתק הבטחה (promissory estoppel), תניות מכללא וחווה נספח, שהיו חלק ממורשת המשפט הבריטי. זה היה משטר החוזים ערב חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. כמו בגרמניה, שבה הוכתר סעיף 242 ל-BGB (הקובע את העיקרון של Culpa in Contrahenda) בכינויים

15 ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 646, 641, 625 (2001) (להלן: עניין צדקא).

כמו "מלכת ההוראות" או "הסעיף החשוב ביותר בכל החקיקה", תום הלב במשפטנו הפך ל"מלך ההוראות". עיקרון זה מאפשר בחינה אובייקטיבית של התנהגות בין צדדים ליחסים משפטיים, התערבות בשל פגיעה באינטרס ההסתמכות או באינטרס הקיום – אף כשמדובר בעקרונות קוגנטיים. זהו עיקרון חיצוני לחוזה, ששיטת המשפט מחילה על החוזה כשהיא סבורה כי חוזה מסוים, כפי שנכרת בין הצדדים, אינו תואם את הסטנדרטים והערכים של החברה.¹⁶

שיטת המשפט האירופיות אימצו בדרכים שונים את דרישת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ובקיומו של חוזה. בישראל עיקרון זה מוחל על כל פעולה משפטית מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).¹⁷ לדעתי, עקרון תום לב יכול וראוי לשמש קנה מידה אובייקטיבי לבחינה והערכה של התנהגות מעבידים ועובדים כאחד. ודוק: דווקא משום שהמטריה שבה אנו דנים היא כופה, הכלים שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים דרושים כדי לאפשר למערכת המשפט להתערב בשמם של עקרונות כלליים, התנהגות הוגנת וצודקת והגנה על האינטרס הציבורי. כך באשר לכל התקשרות חוזית ופעולה משפטית, וכך ביתר שאת באשר לחוקים ולעקרונות קוגנטיים.¹⁸

1. המצוי והרצוי בגישתה של מערכת המשפט

במאמר זה אני מבקשת להתרכז בהיבט אחד, הוא ההיבט השיפוטי. ראשית אבחן את הסטיות שסטה בית הדין לעבודה ממשפט העבודה ומיחסי העבודה הקלאסיים, בין שעשה כן על דעת עצמו ובין שאישר סטיות ספורדיות שביצעו מעבידים. לאחר מכן אדון בתפקיד של הערכאות השיפוטיות – ובעיקר של בתי הדין לעבודה – בהגמשת הכללים הנוקשים הנוגעים לזכויות בעבודה; בהגמשת ההגדרות של "עובדים" ו"מעבידים" ושל היחסים ביניהם תוך התאמת היחסים למציאות; בהגדרת המצב לאשורו תחת דבקות בנוסחות והגמשת הגדרת הסטטוס של העוסק – כל זאת תוך איזונים בין צורכי העובדים לביטחון תעסוקתי וזכויות בעבודה לצורכי המעבידים. הגמשת הדין בד בבד עם שמירה על כללים

16 ראו אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך ב: בני סברה 499 (2000).

17 ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

18 בדומה התייחס בית המשפט העליון להוראות קוגנטיות כגון ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996); ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278, פסק דינו של השופט אהרן ברק (1988) (להלן: עניין זוננשטיין).

וזכויות תאפשר איזון בין האינטרס של המעבידים לנהל את מפעליהם בייעילות לבין הגנה על זכויות העובדים.

הנה כי כן אני מבקשת להתריע מפני שתי תופעות נוגדות – מחד התרת המושכות על ידי בית הדין בצורה ספורדית ולא עקרונית, ומאידך עמידה קפדנית על קוגנטיות שאינה הולמת את המציאות המשתנה. העמידה העיקשת על כללים נוקשים פוגעת במעבידים ובעובדים כאחד; לעתים קרובות היא גוררת עוול ואי-צדק ולעתים אף מצבים אבסורדיים. ראוי לזכור כי היחסים בין בני אדם הם דינמיים ומשתנים. בחלוף העתים נוצרים יחסים מסוגים חדשים שהמחוקק לא נתן דעתו עליהם ולא צפה אותם; יחסים אחרים מפסיקים להתקיים. על המערכת המשפטית להביא זאת בחשבון. עליה להתאים את עצמה למציאות החיים המשתנה תדיר ולא לבקש להתאים את מציאות החיים למשפט.

באילו מצבים התיר בית הדין העסקה ללא קביעת גבולות וכללים? הרפיית המוסרות החלה כאשר מעבידים – בעיקר המדינה וגופים ציבוריים – החלו להעסיק עובדים בצורות העסקה עקיפות ובכך נישלו אותם, ללא כל בקרה, מחלק מזכויותיהם. במקרים רבים נתן בית הדין את ברכתו לכך ללא קביעה עקרונית. עתים ראה בית הדין בהעסקה באמצעות קבלני משנה העסקה עקיפה לגיטימית, ולעתים ראה בה מיקור-חוץ – גם כשהלכה למעשה לא היה הבדל עקרוני בין צורות ההעסקה. בית הדין אישר לכרות חוזים אישיים בלי לקבוע כללים, וכך נוצר הנוהג של "חוזי בכירים"; כן התיר בית הדין בהמשך העסקה לפי חוזים אישיים לתקופות קצרות שהתחדשו מעת לעת והצטברו בסופו של יום לתקופות ארוכות, ללא הגנה של משפט העבודה הקיבוצי. חוזים מעין אלו נכרתו באופן שרירותי, לפי רצון המעבידים, או למצער ללא הוכחה לקיום הסכמת העובדים, ככל שיש לה משמעות במשפט העבודה. בית הדין לא התערב בכך, או אף נתן לגיטימציה לצורות העסקה עקיפות בכנותו אותן בכינויים שונים, וכך הלכו צורות ההעסקה האלה והתרחבו ללא בקרה, קביעת כללים והגנה על העובדים שהועסקו בהן.

לכן בצד העובדים, אך גם בצד המעבידים, התמונה אינה ורודה. לא נעשה די להגנת האינטרסים של המעבידים, שגם הם עברו תמורות עם שינויי העתים. הפסיקה, שלא הייתה גמישה דייה כדי להתמודד עם צורות העסקה חדשות, השאירה לעתים פרצה שבאמצעותה נוצלו לרעה עקרונות משפט העבודה, במכוון או במקרה.

עת התברר הפער בין משפט העבודה הנוהג לבין המציאות סברתי כי בראש וראשונה יש למנוע את הנוהג הנפסד של ההעסקות העקיפות שהביאו לפגיעה ספורדית, שרירותית ולא מבוקרת בהגנה על זכויות העובדים. סברתי כי יש להשיב לעובדים ה"זמניים" כביכול – כמו גם לאלה המועסקים בצורות העסקה פיקטיביות אחרות כגון חוזים אישיים או מיקור-חוץ – את ההגנה של משפט העבודה. סברתי כי במקרים המתאימים יש לראות במעבידים ככל דבר ועניין, להגן עליהם מפני פיטורין שלא כדין ולראותם כמוגנים גם על ידי ההסכמים וההסדרים הקיבוציים החלים במקום העבודה. בכמה מקרים, לאחר שבית הדין חזר והתריע

מפני העסקה פיקטיבית, המחוקק אכן התערב; כך נחקק לבסוף חוק קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.¹⁹ במקרים אחרים קביעת בית הדין שמדובר בעובדים שהם הלכה למעשה עובדי המעסיק בפועל, הביאה למשא ומתן קיבוצי שהסתיים בהסכם קיבוצי שהסדיר את היחסים; כך היה בעניין קלדני בתי המשפט.²⁰

מנגד דבק בית הדין לעתים בעקרונות הפורמליים ולא בחן את המצב לאמתו אף על פי שיחסי העבודה סטו מהיחסים הקונוונציונליים. לדוגמה, במשך זמן רב נמנע בית הדין מהקביעה שלפיה יכול שיחולו על יחסים מסוימים רק חלק מדיני העבודה. בגין גישה פורמלית זו נפגעו זכויות עובדים ומעבידים כאחד.²¹ כך נפגעו זכויות כגון זכויות מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, פיצויי הלנה וזכויות אחרות. עקב אותה נוקשות ראה בית הדין את זהות המעביד כקבועה: הוא נמנע מלראות את פלוני כמעביד לצורך עניינים מסוימים ואת אלמוני כמעביד לעניינים אחרים.²² דווקא משום שהמציאות ממציאה חדשות לבקרים צורות חדשות של יחסי עבודה, יש חשיבות בהתאמת המשפט לאמת, בהגדרת המצב לאשורו.

לא ייפלא אפוא שהנוקשות של בית הדין הביאה לידי כך שמעבידים החלו, כעניין שבנוהג, לעקוף את הגנות משפט העבודה – לעתים על דעת עצמם, לעתים על דעת בית הדין ולעתים ללא אישורו. להלן אבקש לבחון אם אפשר לקבוע קריטריונים להגמשה הן באשר לחלותם של חוקי מגן והן באשר להגדרות עובד ומעביד, תוך התאמה לשינויי העתים.²³

מאמר זה מחולק לשלושה חלקים: בחלק הראשון אעמוד על הסטיות מהכללים הן של המעבידים והן של בית הדין.

19 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.
 20 לאחר פסק דינה של השופטת הראשית של בית הדין האזורי בתל-אביב, השופטת ורדה וירט-לבנה, ופסק דינה של השופטת הראשית של בית הדין האזורי בירושלים, השופטת רונית רוזנפלד – שפסקו כי הקלדניות והקלדנים העובדים במשך תקופות ארוכות אך "מפוטרים" לאחר כל תקופה של כשמונה חודשים ומועסקים מחדש לאחר כמה חודשים, הם עובדי הנהלת בתי המשפט – חתמה המדינה עם ההסתדרות על הסכם קיבוצי שלפיו היא רואה בקלדנים ובקלדניות, שהיו במשך תקופות ארוכות עובדי קבלן, עובדי מדינה. בעניינים אחרים כרתה ההסתדרות החדשה הסכמים קיבוציים שלפיהם אפשר להעסיק עובדים מסוימים ללא קביעות. במקרים אלו שקלה ההסתדרות את העניין ולבסוף הוסדר הדבר בהסכם קיבוצי. ראו למשל, ע"ע (ארצי) 211/08 קרסנר – אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו, 4.10.2009); ע"ע (ארצי) 746/06 נקש – בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.11.2007) (להלן: עניין נקש).
 21 ראו להלן הפרק הדין בכך ש"עובד" הוא "עובד" גם אם חלק מהחוקים לא חל בעניינו.
 22 ראו להלן, בעמ' 129 ואילך.
 23 ראו להלן בעמ' 92 ואילך ובעמ' 99 ואילך.

בחלק השני אבחן מצבים שבם ראוי לסטות מהקוגנטיות והנוקשות כדי ליצור איזון בין עובדים למעבידים ולהתאים את המשפט למציאות החיים המשתנה. אבחן את הכלים העומדים לרשותנו לשם כך – הן אלה שמקורם בחוק כגון עקרון תום הלב וסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973,²⁴ המאפשר מתן סעד גם כשהפעולה המשפטית אינה חוקית,²⁵ והן אלה שמקורם בשיטת המשפט כגון מילוי חסר, בחינת הפרשנות הראויה לאור תיקוני חקיקה מאוחרים וסעדים מן הצדק.^{25א}

מסקנתי היא שסטיות מהכללים הנוקשים – כל עוד הן מבוקרות ועקרוניות – יחזקו בסופו של יום את ההגנה על זכויות העובדים. הגנה נוקשה ופורמליסטית לא תוכל להביא אלא להתפרקות טוטלית מהגנה על זכויות; מציאות החיים תביא לכך. אם כך, המטרה היא הגמשה מבוקרת, עקרונית ולא נקודתית, לא אד-הוקית, שתאפשר להמשיך ולהגן על זכויות העובדים תוך איזון עם האינטרסים של המעבידים.

2. חשיבות ההגנה על עקרוניותו הפטרנליסטיים של משפט העבודה בטרם הגמשתם המבוקרת

נשוב למושכלות ראשונים. מקום העבודה הוא חלק מרכזי בחיינו הכלכליים והסוציאליים. אנחנו – מעבידים ועובדים כאחד – מבלים בו חלק גדול מחיינו.²⁶ מציאות זו ויחסי הכוחות במקום העבודה הפכו את משפט העבודה לתחום משפטי רגולטורי מאוד, פטרנליסטי כלפי העובדים, בעיקר באמצעות חוקי מגן קוגנטיים, וכופה כלפי המעבידים. נעשו ניסיונות למצוא הצדקה לחקיקת המגן בהסברים כלכליים ובנימוקים של כשל שוק, אך בעיניי גם היום – ואולי יותר מבעבר – יש הכרח לראות בחקיקת המגן מגנה על חולשתם של

24 ס' 31 קובע: "תחולת הסעיף הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו". משמעותו של סעיף זה היא שגם אם ס' 30 חל באשר לחוזה פסול, גם אז יש למערכת המשפטית סמכות לתת סעד "אם ראה שמן הצדק לעשות כן". ס' 19 ו-21 דנים בתרופות – ביטול חלקי והשבה לאחר ביטול.

25 ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע: "(ב) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". מכאן שגוף שיפוטי רשאי ליתן בידי צד סעד גם כשהפעולה המשפטית אינה חוקית – למען עשיית צדק.

25א ראו דיון על כך להלן.

26 ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294, 313 (1999).

העובדים ועל זכויות האדם שלהם. עמד על כך גיא דוידוב בדונו בתכלית של חוק שכר מינימום:²⁷

This failure to internalise costs can simply be regarded as a market failure, causing the payment of wages less than what is necessary to ensure the health and continued productivity of workers. But the minimum wage is more appropriately understood as an attempt to ensure respect for human dignity – including taking into account the indirect costs of employment – than a much too crude attempt to correct market failures.

עלינו לשוב אפוא אל הגישה הראשונית, שלפיה תכליתו של משפט העבודה היא להביא לידי שוויון בכוח המיקוח בין השותפים ליחסי העבודה האישיים; עלינו להגן על העקרונות הפטרנליסטיים של משפט העבודה, המשקפים את גישתה ההומנית של החברה הדמוקרטית ליחסי העבודה.²⁸ גישה זו מבקשת לשמר את כבוד האדם של העובד. עמד על כך הוגו זינצהיימר (Hugo Sinzheimer),²⁹ מאבות משפט העבודה המודרני. כך הגדיר זינצהיימר בשנת 1926 את משפט העבודה:

The special task of employment law is to maintain human dignity. It embodies “real humanity”, which is a lot more than just ideological humanism.

Employment law is the law of today.

אוטו קהן-פרוינד³⁰ (Otto Kahn-Freund), תלמידו של זינצהיימר, הוסיף ואמר:

Guy Davidov, *A Purposive Interpretation of the National Minimum Wage Act*, 72 THE MODERN L. REV. 581, 594 (2009).

Frances Raday, *Status and Contract in the Employment Relationship*, 23 ISR.L.REV. 77, 80 (1989).

זינצהיימר (1875–1945) משפטן גרמני. אחד מהאקדמאים הראשונים שהתמחה בדיני עבודה, נחשב לאבי משפט העבודה בגרמניה. בתור עורך דין ייצג רבות ארגוני עובדים וקבוצות פוליטיות. בשנת 1914 הצטרף למפלגה הסוציאל-דמוקרטית. בשנת 1920 מונה פרופסור לדיני עבודה וסוציולוגיה של המשפט באוניברסיטת פרנקפורט. ב-1933 נאלץ זינצהיימר להימלט מגרמניה בשל יהדותו והגיע להולנד.

30 1979–1900. אוטו קאהן-פרוינד היה שופט בבית המשפט לעבודה בברלין. ב-1933 פוטר מהשיפוט בשל היותו יהודי ונאלץ לברוח ללונדון, שם עסק בהוראה באקדמיה. לקאהן-פרוינד היה תפקיד מרכזי בביסוס משפט העבודה כחוקר משפטי עצמאי. הוא הניח את התשתית

If there is any discipline that requires the sociologist's help, it is labour law.

הנשיא הראשון של בית הדין הארצי לעבודה צבי בר-ניב ביטא דברים אלה בראשית ימיו של בית הדין:³¹

בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם ה"חופשי" של המעביד והעובד, חרף העדר שיוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה, המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של "רצון הצדדים", ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת הוראות חוק והסכמים שתורמו לתקנת הציבור, שכן הוראות אלה היו גם לתועלת המעבידים, שראו בביצוען ערובה להתחרות הוגנת בינם לבין עצמם, ומשק המדינה אף הוא יצא נשכר מקיום תנאי עבודה משופרים ומתוקנים יותר.

נקודת המוצא שלפיה העובד היחיד נתון בעמדת מיקוח חלשה אל מול המעביד היא רֵאקצייה לגישה ש"הכול חוזה" – שיש לאפשר לצדדים להחליט על היחסים ביניהם ו"לחוקק" את תנאי היחסים. נוצר צורך לסטות מהעיקרון של חופש החוזים ומהעדפת האוטונומיה של הרצון הפרטי ולכפוף את משפט העבודה לרגולציה. בורה לסקין (Bora Laskin), שהיה הנשיא של בית המשפט העליון הקנדי, פיתח גישה זו בשנות השלושים של המאה הקודמת, כאשר הגישה הליברטיאנית ייחסה משקל-יתר להגנה על המעבידים. לסקין עמד על חשיבות ההגנה על עובדים, וכך כתב בשנת 1938:³²

The legislation therefore, in coming to the aid of the workman, widow, infant or lunatic, is lending its support to those who, in the opinion of the community as a whole, are incapable of self-care because of their greater susceptibility to exploitation, sharp practices, fraud or economic pressure, or because such near-helpless classes represent interests which the public policy of the state deems essential to preserve.

לגישה הפילוסופית למשפט העבודה ונחשב ל"זקן העדה" (doyen) של משפט העבודה הבריטי.

31 דיון (ארצי) לג/3-12 צ'יבוטרו – אברהם, פד"ע ד 173 (1972).

32 Bora Laskin, *The Protection of Interests by Statute and the Problem of "Contraction Out"*, 16 CANADIAN BAR REV. 669 (1938).

אנו דנים אפוא בעובד היחיד ובעמדת המיקוח שלו לעומת זו של המעביד. דרך זו משיגה צדק לא רק ליחיד אלא גם צדק קולקטיבי – לקולקטיב העובדים.³³ לזכויות האדם תפקיד מרכזי בחברה של היום, ובמשנה עצמה בחיי העבודה.³⁴ משפט העבודה פותח על יסוד חשיבה זו ומעגן בחובו את זכויות העובד. משפט העבודה בישראל, ובראשו בתי הדין לעבודה, הקפיד על זכויותיהם של "עובדים" לפי הקריטריונים שפיתחו בתי הדין ונקט גישה הומניטרית. עמדתו על כך באחד העניינים:³⁵

מכאן נובעת הקונספציה שיש לראות בעובד כבעל סטטוס באופן שהוא אינו חופשי לבחור לעצמו את תנאי החוזה; הוא כפוף לסטנדרטים שהחברה קבעה עבורו. אם נרצה נוכל לראות בחוזה המאפשר ויתור על זכויות יסוד חוזה הנוגד את תקנת הציבור. אם נרצה נוכל לראות בחוזה כזה כנוצר תוך משא ומתן שלא בתום-לב. מערכת המשפט ראתה חשיבות כה גדולה בהגנה על זכויות יסוד מינימליות אלו שהיא הפכה אותן לזכויות קוגנטיות, בדומה לסוגים מסוימים של הסכמים, כגון הסכם לעיסקה במקרקעין, דיירים מוגנים, צרכנים.

על חשיבותה של הגישה ההומניטרית לעומת ההיבט הכלכלי עמדה פרנסיס רדאי:³⁶

Thus a humanitarian concern for the well-being of employees led to a rejection of the concept of labour as a mere commodity which can be bought and sold on the free market as the going rate.

חוקי העבודה הסוציאליים הם אפוא קוגנטיים. הם קובעים כי האינטרס בהגנה על העובד המתקשר ביחסי עבודה גובר על הרצון החופשי, ועל כן הם מגבילים את רצונם החופשי של הצדדים המתקשרים. לאחרונה עמד על עיקרון זה הנשיא סטיב אדלר:³⁷

הוראה קוגנטית [...] לא יוכל מעביד לפטור עצמו מן החובות הקבועות בחוק, בטענה כי נענה לדרישות העובד. כך ובדומה, אפילו הייתה העובדת

33 חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים 63 (2007).

34 HEPPLER, לעיל ה"ש 8, בעמ' XII; Raday, לעיל ה"ש 28.

35 דב"ע (ארצי) נה/3-145 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1 (1997) (להלן: עניין בוכריס).

36 Raday, לעיל ה"ש 28, בעמ' 80.

37 ע"ע (ארצי) 1156/04 הומסנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ – גורן (פורסם בנבו, 20.11.2007).

מבקשת להשתכר שכר הנופל משכר המינימום, לא היה המעסיק רשאי להיענות לדרישתה. כשם שאין תוקף להסכמתה של עובדת לקבל שכר הפחות משכר המינימום שנקבע בחוק שכר מינימום ואין תוקף להסכמתה לקבל פחות ימי חופשה מאלה שנקבעו בחוק חופשה שנתית, כך לא יהא תוקף להסכמתה לקבל שכר פחות משל עובד המבצע את אותה עבודה אותה היא מבצעת [...]

ואני ציינתי: 38

[...] החברה חשה שפתרון זה, הרואה בהסכמה בין עובד למעביד חזות הכול, אינו צודק מבחינה חברתית. ישנם ערכים סוציאליים שעל החברה להגן עליהם. נקבעו סטנדרטים בינלאומיים שבאו להגן על תנאים מינימליים לעובדים. באופן זה הכתיבו לתוך חוזה העבודה תנאים סוציאליים מינימליים, שהיה אסור לרדת מהם בחוזה אישי או קיבוצי. במאה העשרים אומצה אפוא הגישה המתערבת שלפיה מערכת המשפט מגנה על העובד על ידי חקיקת חוקי מגן, שאין להתנות עליהם. בצורה זו, נטען, הפך מעמדו של העובד ממעמד של צד לחוזה שוב לסטטוס. מובן שאין זו חזרה לסטטוס של עבדות, אלא סטטוס כזה שהחברה אינה מתירה לצדדים לרדת מדרישות המינימום שהיא הציבה. הדבר נבע מדאגה הומניטרית לזכויותיהם של העובדים.

יש חשיבות רבה לביסוסו של בית הדין את העקרונות האלה והם אכן חדרו למודעות הציבור; כיום מדובר בהלכה מבוססת. עם זאת במקרים המתאימים יש מקום לסטות מהכללים הנוקשים. כפי שאראה להלן, עמדתי זו נשענת על הגישה הנוקשה שממנה צמח משפט העבודה המודרני.

א. התרת המוסרות: הסטייה מהכללים

להלן אסקור את החריגות הלא מבוקרות שחרגו מעבידים ועובדים מעקרונות דיני העבודה, בברכתו של בית הדין לעבודה. אבחן את האופן שבו התמודד בית הדין עם חריגות אלו, בין באי-התערבות ובין באישור ממש. יש משקל כבד לאי-ההתערבות של בית הדין בחריגות ולא-ההקפדה על ההגנה על זכויות העובדים, בעיקר כשלא חל על מקום העבודה הסכם או

38 רדאי ונועם, לעיל ה"ש 6.

הסדר קיבוצי שנעשה על ידי השותפים ליחסי העבודה. במקרים כאלה לגיטימי שבית הדין יניח כי חזקה על ארגון העובדים שנתן את דעתו על האיזון הראוי.³⁹ במקרים כאלה גם ראוי לבחון אם יש הסכם קיבוצי מאוחר הנותן לגיטימציה להסדרים או משנה אותם. עתים הפרשנות הראויה היא מתן פירוש להסכם הישן לאור השינויים שבהסכם החדש, וכך תנאיו יחולו בדרך פרשנית על ההסכם הישן. עתים הסכם חדש מצביע על טעות בחשיבה בהסכם הישן.⁴⁰ ברי שיש לבחון כל מקרה בדרך פרשנות תכליתית. עתים, כשהחריגה קיצונית, יש להתערב גם אם חל על מקום העבודה הסכם או הסדר קיבוצי.⁴¹

כל צורות ההעסקה החריגות מבוססות על הנחה של המעבידים שקל לסיים את עבודתם של עובדים המועסקים בדרכים לא קונבנציונליים ושפיטוריהם לא ייחשבו לפיטורין שלא כדין. הנחה זו מוטלת בספק. פעמים רבות פסקנו שאין לפטר עובד בפיטורין שרירותיים. המדינה וכל המעבידים הציבוריים והמעבידים בגופים דו-מהותיים – כמו כל מעביד בישראל – כפופים לעקרונות של הגנה על עובדים ושמירה על זכויותיהם; ודאי שהם כפופים לעיקרון שאין לפעול בשרירות כשמבקשים להשתחרר ממחויבויות, מהסכמים או מהסדרים קיבוציים, ובכלל זה התקשי"ר.

1. חוזים אישיים

משפט העבודה הקלאסי מבוסס על הרעיון שאין לתת משקל להסכמה בין השותפים ליחסי העבודה האישיים: זהו לב לבה של ההגנה על העובדים מפני עצמם. בשני העשורים האחרונים החלו מעבידים לכרות עם עובדיהם הסכמים אישיים משונים וזרים למשפט העבודה. בחלקם הסכמים אלו פוגעים בבירור בזכויות העובדים; חלקם נראים לכאורה חוזים המיטיבים עם העובדים, ברם תכליתם להקל על המעבידים לפטרם לאחר תום תקופת החוזה. עתים נעשה הדבר לבקשת עובדים המעדיפים לקבל שכר גבוה יותר בהווה ושאינם מביאים בחשבון שיקוליהם את הפגיעה העתידית שתיגרם להם; עתים הסכימו העובדים

39 עניין נקש, לעיל ה"ש 20.

40 זה היה בעיניי המצב בדב"ע (ארצי) נו/5-14 מועצת פועלי רחובות – מכון ויצמן למדע, פד"ע ל 163 (1997) (להלן: עניין מועצת פועלי רחובות), שם נדון עניינה של עובדת מחקר שעבדה לפי חוזים לתקופות קצרות במשך כשבע-עשרה שנים. החוזים הסירו ממנה חלק מהגנת משפט העבודה. סיום עבודתה נעשה כשפגה התקופה שנקבה באחד מאותם חוזים לתקופות קצרות. הסכם קיבוצי שנכרת לאחר תחילת העסקתה של עובדת המחקר קבע כי עובד כזה זכאי לקביעות לאחר חמש שנות עבודה.

41 כך התערב בית המשפט העליון בכמה הסכמים קיבוציים. ראו בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

להסכמים אלה נגד רצונם או אף בלי להיות מודעים לתוצאות. כריתת חוזים אישיים מכל הסוגים הביאה לפיטורין קלים יותר של העובדים שהם צד להם. עם הפיטורין עמדו עובדים אלה – "חזקים" ו"חלשים" כאחד – לפני שוקת שבורה. להלן אבחן כמה צורות העסקה לפי חוזים אישיים.

(א) חוזים אישיים במקום עבודה מאורגן: הלכת "הארץ"⁴²

בעניין הוצאת "הארץ" נקבע תקדים שיצר את אפקט המדרון התלול (או "כדור השלג"). בעניין זה נחתמו הסכמים אישיים במפעל מאורגן (הוצאת עיתון "הארץ") שחל בו הסכם קיבוצי. ההסכמים כללו תנאים שונים מאלו שחלו על יתר העובדים. חלקם נחזו כמיטיבים עם העובד, אם כי בצד תנאי העבודה המשופרים אפשרו החוזים האישיים למעביד לסיים את עבודת העובדים בתום תקופת החוזה.

השופט מנחם נחתומי מבית הדין האזורי סבר שסעיף השקט התעשייתי בהסכם הקיבוצי מונע מהמעביד לכרות הסכמים אישיים. בית הדין הארצי, מפי הנשיא מנחם גולדברג, הפך את פסק הדין ונתן הכשר לכריתת חוזים אישיים על ידי העיתון. בין השאר ציין הנשיא גולדברג כי לכל עובד יש חוזה עם מעבידו. הוא ניתח את חוק הסכמים קיבוציים⁴³ והגיע למסקנה שלשונו אינה מונעת כריתת הסכמים אישיים כל עוד אלה מקיימים את דרישות החוק. סעיף 22 לחוק הסכמים קיבוציים, שכותרתו חוזה עבודה והסכם קיבוצי, קובע:

הוראה בחוזה עבודה שהיא שונה מהוראה אישית שבהסכם קיבוצי החל על בעלי החוזה – ההוראה שבהסכם הקיבוצי עדיפה; היה השינוי לטובת העובד, עדיפה ההוראה בחוזה העבודה אם אין בהסכם הקיבוצי דבר המונע במפורש אותו שינוי.

אכן, לכל עובד יש הסכם אישי עם מעבידו. במקום עבודה שחל בו הסכם קיבוצי, תניותיו של ההסכם הקיבוצי, זכויות וחובות שבו, הופכות לחלק מההסכם האישי של כל עובד.⁴⁴ מבחינה פורמלית צדק הנשיא מנחם גולדברג – כריתת הסכמים אישיים מעבר למוסכם בהסכם קיבוצי לגיטימית, אם תניותיהם אינן סותרות את אלו שבהסכם הקיבוצי או שהן אכן תואמות את דרישותיו של חוק הסכמים קיבוציים. בעניין זה לא הוצגו כלל בפני בית הדין האזורי הסכמים קיבוציים. יותר מכך: גם אם התניות בחלקן מיטיבות עם העובדים בהווה,

42 דב"ע (ארצי) מט/4-16 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ – האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, פד"ע כ(1) 198, פסק דינו של הנשיא מנחם גולדברג (1989) (להלן: עניין "הארץ").

43 חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

44 שם, ס' 19.

לא נשקלה השאלה אם ההטבות לשעה אינן פוגעות בזכויות עתידיות. ייתכן כי באיזון כולל אי אפשר היה להסיק מהנסיבות שהסכם האישי מיטיב עם העובד. חשוב מכול: מבחינת המדיניות של משפט העבודה והצדק הקולקטיבי שעליו הוא אמון,⁴⁵ כריתת הסכמים אישיים בנסיבות המקרה פוגעת פגיעה קשה ביחסי העבודה במפעל ובסביבת העבודה בו עקב יצירת שני סוגים של עובדים. כדין טען ועד העיתונאים ב"הארץ" באותו עניין:

אם יפרץ הסכר ויחתמו הסכמים אישיים נוסח "הארץ", המאפשרים פיטורים, ירד המסך על יחסי העבודה הקיבוציים בעיתון, שכן ברגע שאין הגנה מפני פיטורים, אין משא ומתן קיבוצי, אין יצוג עובדים, אין חופש כתיבה עיתונאי ואין אתיקה עיתונאית.⁴⁶

דברים אלו נכוחים בעיניי. הסכר נפרץ כשנקבע העיקרון שלפיו הסכם אישי שאינו סותר על פני הדברים את הוראות ההסכם הקיבוצי הוא לגיטימי. מכאן החל כדור השלג להתגלגל. התאפשר למעבידים לכרות עם חלק מעובדיהם הסכמים אישיים, גם כאלה המוציאים את אותם עובדים מתחום ההגנה של ההסכם או ההסדר הקיבוצי. החלו להיווצר סוגים שונים של עובדים במקום עבודה אחד. חלקם של המועסקים לפי חוזה אישי היו לכאורה "עובדים חזקים" שהעדיפו לקבל תנאים מיטיבים ולוותר על ההגנה של משפט העבודה; חלקם חתמו על "חוזי בכירים".⁴⁷ אחרים היו דווקא "עובדים חלשים" שחתמו על הסכמים אישיים "זמניים" כביכול. אלה כאלה הודרו מתחום ההגנה של משפט העבודה.⁴⁸

(ב) חוזי בכירים

חוזי בכירים הם גרסה של החוזים האישיים שנדונו בעניין "הארץ", ולמעשה הם תוצאה ישירה של פסק הדין. המדינה, רשויות שלטון, גופים סטטוטוריים וגופים דרמהוטיים מגיעים להסכמה עם בעלי דרגות בכירות שלפיה תנאי העסקתם ועתים אף הסדרי הפנסיה שלהם יהיו טובים מאלה של עובד "רגיל" בדרגתם. ברם אליה וקוץ בה: תקופת החוזים קצובה, עם אפשרות הארכה לפי רצון המעביד. הנחת היסוד הייתה שההטבות שקולות כנגד חוסר הביטחון בעבודה. המעבידים סברו שלאחר תקופה קצובה זו הם חופשיים לפטר את העובדים בלי להיות כפופים לשאלה אם הפיטורין כדין אם לאו – וכך אכן נהגו במשך תקופה ארוכה. ההצדקה הנורמטיבית שהובאה לכך בפסיקה הייתה הסכמתם של הבכירים

45 עניין "הארץ", לעיל ה"ש 42.

46 שם, בעמ' 205.

47 ראו להלן סעיף קטן (ב) בפרק זה.

48 ראו להלן סעיף קטן (ג) בפרק זה.

לחווה אישי מיוחד, לעתים לאחר משא ומתן.⁴⁹ על הנימוקים לחתימה על "חוזי בכירים" מבחינתו של המעביד עמדה השופטת עדנה ארבל:⁵⁰

חווה הבכירים נועד, בין היתר, למקרים בהם נתקל שירות המדינה בגיוס עובדים בכירים טובים לתפקידים חיוניים, אשר השכר המשולם עבורם במגזר הפרטי גבוה מזה הניתן ככלל בשירות המדינה [...] על מנת לעודד עובדים אלו לעבור לשירות המדינה או להישאר בו, ניתנים להם חוזים מיוחדים המעניקים תנאים עדיפים על פני התנאים הרגילים בשירות המדינה. העובדים המועסקים בהתאם לחוזים אלו אינם עובדים קבועים, והחווה שלהם מוגבל לתקופה מסוימת, אשר לאחריה מחליט מנכ"ל המשרד הרלוונטי, בכפוף לאישור נציבות שירות המדינה, אם להאריך את החווה לתקופה נוספת.

השופטת עדנה ארבל עמדה על כך שתקופה זו היא למעשה תקופת ניסיון שאחריה המשרד קובע אם להמשיך בהעסקת העובד. גם אם נקבע שיש לעובדים בכירים כוח מיקוח, ספק אם הייתה בידם אפשרות בחירה. הלכה למעשה, במקרים רבים לא דובר באמת בתקופת ניסיון: עובדים המתבקשים לחתום על חוזי בכירים אינם עובדים חדשים שיש להעמידם בתקופת ניסיון; על פי רוב הם עובדים ותיקים ששימשו בתפקיד שאליו הם מועברים על פי החווה האישי במוסד שבו הם ממשיכים לעבוד, או באישיות משפטית חדשה לאחר הפרטת מפעלם. הניסיון מעיד שהם אכן ראויים להיחשב עובדים בכירים. כך קרה לדוגמה בעניינה של עובדת בכירה במשרד השיכון, רינה זמיר, שהייתה מנהלת מחוז. נכרת עמה "חווה בכירים" אם כי תפקידה לא השתנה. עת הסתיימה תקופתו של חווה הבכירים עמה הודע לה על אי-הארכתו. מבקרת המדינה וועדת השירות של נציבות שירות המדינה החליטו כי פיטורי העובדת הבכירה היו שרירותיים ונבעו מנימוקים פוליטיים ולא ענייניים. ועדת השירות של נציבות שירות המדינה הורתה לבטל את הפיטורין, וכך היה.

49 ראו למשל ע"ע (ארצי) 1219/01 עמירן – רשות הדואר, פד"ע לט 245 (2003) (להלן: עניין עמירן), שם ציין השופט שמואל צור כי עובדים אינם פיון על לוח שחמט. על עיקרון זה שלפיו עובדים אינם פיון על לוח שחמט עמדתי בכמה עניינים: ע"ע (ארצי) 360/99 כהן – מדינת ישראל, פד"ע לח 1 (2002) (להלן: עניין כהן); ע"ע (ארצי) 1363/02 חזין – תנופה שירותים כ"א ואחזקות 1991 בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2006) (להלן: עניין חזין); עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי.סי.איי. טלקום בע"מ, פד"ע לו 289 (2001) (להלן: עניין טלקום).

50 בג"ץ 2499/08 פוטרמן נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 24.6.2008).

עניין דומה נדון בבית הדין הארצי לעבודה כאשר הפך משרד הדואר לרשות סטטוטורית, רשות הדואר. בעת הזו נחתמו עם עובדים בכירים חוזים אישיים בלי שנבדק אם הם אכן עובדים חדשים. התוצאה הייתה שגם עובדים ותיקים החלו את עבודתם ברשות כעובדים בתקופת ניסיון. סביר להניח שלפחות רובם היו ותיקים משום שהועברו מתפקידים בכירים במשרד הדואר. השופט שמואל צור בחן את לגיטימיות הפיטורין של עובדי רשות הדואר שהיו חתומים על חוזה בכירים והגיע למסקנה שפיטורין אלה היו שרירותיים.⁵¹ השופט שמואל צור ביקש להגביל את הפררוגטיבה הניהולית תוך איזון בינה לבין זכויות העובדים. כך נקבע העיקרון שלפיו גם כשעובד מועסק לפי חוזה אישי בתנאים טובים יותר ("חוזה בכירים"), אין לפטרו בשרירות עם תום תקופת חוזה הבכירים. כדין ציין השופט שמואל צור בעניין רשות הדואר:

עובד אינו פיגורת משחק על לוח השחמט. עובד הוא בשר ודם, הוא צד לחוזה עבודה, הוא נשכר לביצוע תפקידיו בשרות המעסיק.

אני ציינתי כמה פעמים כי גם הזכות הניהולית אינה שרירות. עובד – הן בכיר והן זוטרי – אינו פיון על לוח שחמט שהמעביד יכול להעבירו בשרירות למעביד אחר או לפטרו; יש בכך סטייה חדה ביותר מעקרונות הבסיס של משפט העבודה.⁵² יש לאזן בין האינטרס של המעביד למוביליות עובדים ולריענון השורות במשרות בכירות לבין הגנה על עובדים אלה מפני פיטורין שרירותיים והוצאתם לשוק העבודה ללא הגנה. פיטורין ללא סיבה טובה פוגעים בעובדים זוטרים ובכירים כאחד; גם עובד החתום על חוזה בכירים אין לפטר בשרירות ללא סיבה העומדת במבחני הפסיקה שפותחו במשך השנים. גישה זו, שלפיה אפשר לפטר עובד בצורה שרירותית עת פג חוזה העבודה האישי שלו, גישה שהתבססה במקומותינו, צמחה מפסק הדין בעניין "הארץ".⁵³ כפי שקורה מעת לעת, למקרה יחיד הייתה השפעה ניכרת על קולקטיב העובדים במדינה.

בתקופה שבה ניתן פסק הדין בעניין "הארץ" כבר ניצבו יחסי העבודה הקונוונציונליים ועקרון ההגנה על זכויות העובדים על בסיס חזק. היה ראוי להתיר במידת מה את הרצועה

51 עניין עמירן, לעיל ה"ש 49, פסק דינו של השופט שמואל צור; ע"ע (ארצי) 281/07 רשות הדואר – קלפנר, פסק דינו של השופט שמואל צור (פורסם בנבו, 9.4.2008).

52 עניין חזין, לעיל ה"ש 49; ע"ע (ארצי) 701008/98 בנימין – שר האוצר, פד"ע לח 721 (2003), שם נדונו פיטוריו של נהג אישי של נשיא המדינה במשך כ-30 שנה שפוטר לאלתר עם בוא נשיא חדש; עניין כהן, לעיל ה"ש 49, שם נדונה העברה שרירותית של עובד בכיר בתפקיד מסוים, שבו זכה במכרז, לתפקיד אחר ברגע שהתחלף האחראי במשרד. ראו בעניין רמת"א, לעיל ה"ש 6, דעת המיעוט של השופטת אלישבע ברק ודעת הרוב פסק דינו של בית הדין הגבוה לצדק באותו עניין.

53 עניין "הארץ", לעיל ה"ש 42.

כדי להקל על מעבידים להעסיק עובדים ללא קביעות, אך היה צריך לעשות זאת באופן שיטתי. היה על בית הדין לקבוע קנה מידה עקרוני אובייקטיבי ולא לקבל החלטות אד הוק. כיום כבר השתנתה המציאות של יחסי העבודה בארץ, ואת הכללים המשפטיים יש לקבוע – באופן עקרוני ואובייקטיבי – לפי המציאות. כיום יש לדון בהגנה על זכויות עובדים שחתמו על חוזים אישיים. ראוי בעיניי הכיוון שאליו כיוון השופט צור בעניין רשות הדואר עת קבע שגם כשמדובר בחוזה בכירים יש לבקר את הפיטורין ואין לאפשר פיטורין שלא כדין. ודוק: הזכות הניהולית אינה שרירות ניהולית ואינה דיקטטורה ניהולית.⁵⁴

(ג) חוזים אישיים לתקופות קצרות המוארכים מעת לעת

בשני העשורים האחרונים התפתחה שיטה של כריתת חוזה עם עובד לתקופה קצובה, לכאורה מוגבלת וקצרה. כאשר חוזה נכרת לכאורה לתקופה מוגבלת לביצוע עבודה זמנית, הוא בדרך כלל כולל תניות של ויתור על חלות הסדרים והסכמים קיבוציים, ולמעשה על הזכות לא להיות מפוטר שלא כדין, שהרי החוזה הוא לתקופה קצובה, וממילא תסתיים ההעסקה לאחר תום התקופה. אולם אליה וקוץ בה – והקוץ הולך ומעמיק עם השנים – כי המעבידים מחדשים שוב ושוב את החוזה ה"זמני" כביכול בתום התקופה הקצובה, כך במשך שנים רבות. ההארכה בדרך כלל נעשית כל אימת שתם תוקפו של החוזה הקודם באמצעות מכתב לקוני – שעליו העובד חותם – המאריך את חוזה העבודה על פי תנאיו של החוזה הראשון. אין מדובר אפוא בהעסקה זמנית לתקופה קצובה אלא בהעסקה רבת שנים תוך הסרת ההגנה של משפט העבודה הקיבוצי – ובחלקו גם האישי – מהעובד. על פי רוב אין לכך קשר למהות העבודה; על פי רוב מדובר בעובד רגיל לתפקיד פקידותי שעל פי מהותו אמור להיות מתמשך,⁵⁵ או עובד מחקר במוסד שהמחקר הוא ייעודו ואין משמעות להגבלה של תקופת ההעסקה. כך נוהגים מוסדות מחקר המעסיקים עובדי מחקר למחקרים הממומנים על ידי גורמי חוץ וקרנות מחקר. החוקרים מתקבלים ל"תקופת ניסיון" וזו מוארכת מעת לעת.⁵⁶ באופן זה מוסרת מהעובד ההגנה מפני פיטורין גם לאחר שנים של מחקר; "תקופת ניסיון" כזו נמשכת לעתים יותר מחמש-עשרה שנה. קורה שעובד "מסיים" את תפקידו עם סיום תוקפו של החוזה האחרון שעליו חתם – חוזה לתקופה קצובה, כביכול

54 ראו להלן דיון על האיזון בין הזכות הניהולית לזכויות העובדים, בפרק "מעביד, לא לכל דבר ועניין".

55 תב"ע (אזורי י-ם) נג/212-3 בליץ – האוניברסיטה העברית בירושלים (פורסם בנבו, 26.2.1993) (להלן: עניין בליץ); ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2000) (להלן: עניין לוינגר).

56 עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40.

קצרה – מאחר שאין למעביד מקורות מימון או מאחר שהמעביד מבקש להימנע ממצב שבו יקבע בית הדין לעבודה שבפועל מדובר בעובד קבוע.⁵⁷ בכל המקרים הללו, או למצער ברובם, מדובר במוסדות ציבוריים או דו-מהותיים המשרתים את הציבור: המדינה,⁵⁸ רשות השידור,⁵⁹ אוניברסיטאות,⁶⁰ מכוני מחקר,⁶¹ מוזאונים⁶² – גופים שכל קיומם אינו אלא לשם מתן שירות לציבור.⁶³ בפסק דין שעסק בעניינה של עובדת במוזאון צינתי:⁶⁴

דרך זה של העסקת עובדים מעבר לתקופת הניסיון הקבועה בהסכם או בהסדר קיבוצי החל במקום העבודה או מעבר לתקופת ניסיון סבירה, אם לא חל על הצדדים הסכם או הסדר קיבוצי, אינו לגיטימי. דרך זה מאפשר העסקת עובד כביכול "זמני" לתקופה שכלל אינה זמנית. בדרך זה מסירים מעובד את ההגנה של משפט העבודה. על כן בעיני לאחר תקופה הקבועה בהסכם כתקופת ניסיון או לאחר תקופת ניסיון סבירה עובד כזה זמני המועסק בחוזים לתקופות קצרות, אם אינו מפוטר, הופך אוטומטית לעובד קבוע (ראה עע 359/99 לאה לויין – רשות השידור, טרם פורסם). מעבר לכך, גם אם הדבר אינו מאוזכר בהסכם קיבוצי או שפרשנותו של ההסכם הקיבוצי אינה אומרת שעובד זמני לאחר תקופה מסוימת הופך אוטומטית לעובד קבוע אם היחסים אינם מובאים לידי סיום, יש מכוח עקרון תום הלב לראות עובד מעין זה שאינו מפוטר לאחר תקופה סבירה, כעובד קבוע. תום לב זה מוגבר בהיות המשיבה גוף דו מהותי הנותן שירות לציבור.

בעניין מכוון ויצמן למדע עמדנו – נציגת הציבור ואנוכי בדעת מיעוט – על הפגיעה ששיטה זו פוגעת בעובדים. נציגת הציבור ד"ר הדרה בר-מור ציינה:⁶⁵

- 57 ראו למשל עניין לוינגר, לעיל ה"ש 55.
 58 שם.
 59 ע"ע (ארצי) 359/99 לויין – רשות השידור, פד"ע לו 400 (2001) (להלן: עניין לויין).
 60 עניין בליין, לעיל ה"ש 55.
 61 עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40.
 62 ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי – בית התפוצות על שם נחום גולדמן (פורסם בנבו, 24.4.2002) (להלן: עניין נתאי).
 63 לעניין היותן של האוניברסיטאות גופים דו-מהותיים ראו בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל אביב (פורסם בנבו, 5.10.2009).
 64 עניין נתאי, לעיל ה"ש 62; עניין לויין, לעיל ה"ש 59.
 65 עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40.

במסכת כזו של "כמעט" קביעות יש לדעתי לבחון את מערכת היחסים הכללית בין העובדת לבין המכון. בחינה כזו מוכיחה כי העובדת עבדה למעשה במכון במשך למעלה מ-15 שנה במסגרות העסקה שונות שהוכתבו לעובדת על פי צרכיו של המכון. אף אם ידעה העובדת על כך, דומה כי מבחינתה לא עמדה בפניה ברירה אחרת [...] בחינה מדוקדקת של מערכת יחסי העבודה בין העובדת למכון מלמדת כי בינה לבין המכון היה קשר אספקת עבודה רציף במשך תקופה ממושכת ביותר בו מסרה העובדת למעסיקה את מירב הונה האנושי. כנגד זכות כזו של המעסיק מוטלת עליו חובה. חובה זו קיימת הן כלפי העובדת והן כלפי שוק המעסיקים בכלל.

חובתו כלפי העובדת היא לנהוג בה במידה שווה לזו של וּבְדִים אחרים במעמדה. חובתו כלפי המעסיקים האחרים היא להמנע מלהשתמש בהוראות חוק מגינות (דוגמת סעיף 9 לחוק פיצויי פיטורים) בדרך לא ראויה. הנטל שנושאים מעסיקים מאורגנים אחרים המעמיסים על עצמם עלויות שכר של עובדים המועסקים במשך תקופה ארוכה כדי להתאים את תנאי העבודה של מועסקיהם לאקלים הסוציאלי והתרבותי של המדינה, חייב ליפול על המעסיק במקרה הנדון.

אמת המעבר ממעמד למעמד אינו אוטומטי, כפי שקבעה הפסיקה. עם זאת על המעביד לפעול על מנת לא להשאיר עובדים תקופה בלתי מוגבלת ללא כל מעמד. אך אין לנצל הכרח זה של פרוצדורה מסויימת על מנת לעבור למעמד של עובד קבוע, בדרך לא לגיטימית.

כאשר מעסיקים הבינו שהעסקת עובדים במשך תקופות ארוכות תוך שינוי תדיר במעמדם – עצמאים, עובדים לתקופות קצרות, עובדי קבלן וכדומה – לא תתקבל כלגיטימית על ידי בית הדין לעבודה, הם החלו לפטר עובדים שהועסקו כאמור. התוצאה היא שהוסרה מהעובדים הללו ההגנה מפני פיטורין שלא כדין.⁶⁶

הנה כי כן עובדים אינם יכולים להיות זמניים לעד, או למצער לתקופות ארוכות. יש בכך סתירה מניה וביה. תכליתו של משפט העבודה היא לספק הגנה לעובדים תוך מתן אפשרות למעבידים לבצע את זכותם הניהולית. שתי אלו – הזכות הניהולית והזכות לעבוד – הן זכויות חברתיות. לא בכדי נקבעו כללים נוקשים במשפט העבודה, ואין לעקוף אותם באמצעות צורות העסקה פיקטיביות. כאשר עובד "מועסק על פי חוזה מיוחד בעבודה בלתי

66 ראו למשל עניין לוינגר, לעיל ה"ש 55; עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40; עניין בליץ, לעיל ה"ש 55.

צמיתה", פירוש הדבר שהוא עובד "זמני". העסקה כזו לאורך זמן משמעה שהעבודה אינה זמנית אלא צמיתה והעובד אינו זמני אלא קבוע. במדינה ובכל הגופים שאימצו את התקשי"ר אפשר לקבוע את פרק הזמן שלאחריו ייחשב העובד קבוע על פי תקופת הניסיון הקבועה בתקשי"ר. היה והמעביד אינו מעוניין במתן קביעות לעובד, עליו לנהוג על פי המקובל. על פי התקשי"ר, עבודה זמנית או בלתי צמיתה אכן צריכה להיות זמנית ולא בלתי מוגבלת. בתקשי"ר הוראות מיוחדות באשר לעובדים זמניים. עלינו לאמץ את הרעיון הכללי הטמון בהוראות אלו. וכך קובע התקשי"ר:

02.242

במעמד של עובד זמני מועסקים העובדים הבאים:

עובד המתקבל לתקופה ארוכה משנים עשר חודש למילוי מקום, או שיש להאריך את העסקתו מעבר לתקופה של שנים עשר חודש שלא בהתאם לפסקה 16.212 או לפסקה 16.413;

עובד, המועסק במעמד ארעי או לפי חוזה מיוחד בעבודה הנובעת מלחץ עבודה (ראה פסקה 02.132), אשר השלים 12 חודשי עבודה, או בעבודה בביצוע משימה חולפת, שהשלים 24 או 36 חודשי עבודה;

עובד, שיועסק עד לגמר עבודה פלונית שלפי טיבה אינה צמיתה; במקרה זה מותרת ההעסקה רק במקרים יוצאים מן הכלל ובאישור נציבות שירות המדינה.

02.243

תקופת כהונתו של כל עובד זמני המועסק לפי סימנים (א) או (ב) של פסקה 02.242 לעיל, תסתיים לא יאוחר מתום שנת הכספים, בה מלאו שנתיים לתקופת כהונתו במעמד עובד זמני. (תקנות שירות המדינה (מינויים) (תקופת כהונתם של עובדים זמניים), תש"ך-1960, ת' 1).

02.244

עובד זמני, המועסק לפי סימן (ב) של פסקה 02.242, מועבר למעמד קבוע לאחר תקופה מסוימת של עבודה במעמד זמני (ראה סעיף 16.53).

עינינו רואות כי אף התקשי"ר אינו רואה העסקה בעבודה בלתי צמיתה כהעסקה היכולה להימשך ללא הגבלה. על כן לדעתי עובדים המועסקים במשך תקופה לא מוגבלת בעבודה

לא צמיתה הופכים לעובדים קבועים לאחר תקופה סבירה. אשר להעסקה על פי חוזה מיוחד
התקשי"ר קובע כדלהלן:

02.25 עובד על פי חוזה מיוחד

02.251

עובד על פי חוזה מיוחד מועסק בעבודה צמיתה או בעבודה שלפי טיבה
אינה צמיתה; סוגים מסוימים של עובדים על פי חוזה מיוחד מועסקים
במשורת בתקן, אולם משך העסקתם של כל העובדים על פי חוזה מיוחד
מוגבל בזמן.

התקשי"ר פועל אפוא על פי העקרונות הנוהגים בישראל ביחסי העבודה. ההסרה של הגנת
משפט העבודה באה לידי ביטוי בעיקר בחוסר הביטחון התעסוקתי בשל האפשרות לפטר
עובד המועסק בדרך זו ללא היועצות עם נציגות העובדים וללא בקרה כלשהי רק משום
שחוזה העבודה האחרון שלו – חוזה לתקופה קצרה של כמה חודשים עד שנה – הגיע
כביכול לסיום. סיום עבודה כזה אינו לגיטימי. בכל מקרה של פיטורין נדרשת בקרה ובדיקה
של תקינות הפיטורין ותקינות ההליך כולו. משפט העבודה בא לשריין זכויות עובדים לאחר
תקופות ניסיון שלא להיות מפותרים בשרירות.

העסקה זו של עובדים בחוזים "זמניים" במשך תקופות ארוכות דומה במהותה להעסקות
העקיפות באמצעות גורם שלישי, כגון באמצעות קבלני כוח אדם. אדון בתוצאה
האופרטיבית של כל ההעסקות הכביכול-זמניות בפרק על העסקה עקיפה.⁶⁷

(ד) סיכום ביניים: התקשרות בחוזים אישיים

בראשית ימיו החיל משפט העבודה על הצדדים ליחסי העבודה כללים נוקשים בלי לתת כל
משקל לרצון הצדדים. לכך הייתה חשיבות רבה ביציקת המסד של עקרונות משפט העבודה.
עם הזמן ושינויי העתים החלו חריגות מעקרונות אלו. החריגות נעשו באופן מקרי, ללא כל
הכוונה, פגעו קשות במעמד של עקרונות משפט העבודה ויצרו מעין אנרכייה בסדר שביקש
לכונן משפט העבודה. הדין לא העניק אז הגנה מפני פיטורין שלא כדין; לפי העיקרון
ששלט, סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)⁶⁸ אפשר, אליבא דמערכת
המשפט, כל פיטורין שהם דוגמת העסקה at will הנהוגה בארצות הברית. משכך לא בדקו

67 ראו להלן סעיף 2 בפרק זה.

68 ס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

בציציות המפטר ובנימוקיו.⁶⁹ היום כנראה לא הייתה מתקבלת פסיקה המאפשרת כריתת חוזים אישיים מכל הסוגים ללא התוויית כללים כלשהם; היום כנראה בית הדין היה זהיר יותר בהחלטותיו ולא היה מתיר עד כדי כך את רצועת האפשרויות של המעסיקים. היום כך נראה יש לפעול בכיוון ההפוך, למשל: לשלול העסקה בחוזים לתקופות קצרות ללא הגבלת זמן. ראוי שגם בעניין זה יפעל המחוקק כפי שפעל בעניין העסקה עקיפה באמצעות קבלנים ללא הגבלת זמן, היינו: קבע שהעסקה כזו אינה לגיטימית והגביל את פרק הזמן שבו היא מותרת.⁷⁰

אשר ל"חוזי בכירים", ועדת השירות בעניין זמיר סללה את הדרך.⁷¹ גם אם "חווה בכירים" הוא לתקופה קצובה, בדרך כלל כארבע שנים, אין פירושו סיום העבודה לאחר פקיעת התקופה ללא כל בקרה ונימוק; פיטורין שרירותיים כאלה אינם מתאפשרים עוד בשיטתנו. יש לשקול את הנימוקים לסיום העבודה ולאזנם עם העיקרון שאין להפסיק בשירות עבודת עובד כאשר הנימוק היחיד הוא השאיפה לרענן את השורות. שאיפה אחרונה זו בצורתה ה"ערומה" לא תוכל להיות נימוק לפיטורי עובד. צריך להיות נימוק סביר לסיום עבודתו של עובד כלשהו, כולל "עובד בכיר" או עובד לפי חווה אישי.⁷²

המחלוקת נבעה מרצון המערערת לחתום עם עיתונאים חוזים אישיים, ובהם הוראות המתירות לה לפטר אותם [...].

יש לחזור ולהפנים את העיקרון כי סיום עבודה אינו יכול להיעשות בשירות. אני ערה לכך שיהא קשה להחזיר את הגלגל לאחור, אך יש למצוא נוסחה מוסכמת – כפי שנמצאה בסופו של יום בדבר עובדי קבלן – להסדרת המצב.

2. העסקה עקיפה באמצעות עובדים של קבלני כוח אדם ובדרכי תיווך אחרים

ההעסקה העקיפה התפתחה בישראל בשני העשורים האחרונים באופן ספורדי. בעשור האחרון היא התרחבה לממדים שיצרו דור שלם של העסקות עקיפות. החלו בכך דווקא המדינה ומעסיקים ציבוריים אחרים, ואליהם הצטרפו מעסיקים דו-מהותיים. הדבר נבע כנראה משינויים בדפוסי העבודה בישראל כמו בארצות אחרות. המדינה ומעבידים ציבוריים אחרים ביקשו להשתחרר מהצורך להפוך עובדים לקבועים ונקטו לשם כך דרכים שונות

69 בג"ץ 254/73, לעיל ה"ש 13.

70 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.

71 החלטת ועדה השירות בנציבות המדינה בעניינה של גב' רינה זמיר (5.1.1998).

72 עניין "הארץ", לעיל ה"ש 42, בפס' 2.

ומשוניים. במשך תקופה ארוכה נמנע בית הדין מלהתערב, או שהביע הבנה לצורכי המעסיקים.⁷³ למשל, בית הדין כינה את ההעסקה באמצעות קבלנים בשם "מיקור-חוץ". הנשיא סטיב אדלר ציין את היתרונות הכרוכים, בעיניו, בהעסקה עקיפה:⁷⁴

המדינה, כמו מעסיקים אחרים, רשאית אף למסור עבודה למיקור חוץ (outsourcing) ולקבל לידיה את התוצרת המוגמרת.

ישנם יתרונות לא מעטים למעסיק המבצע עבודה באמצעות חברות כוח אדם: הקטנת כוח העבודה של המפעל; גמישות; הפחתת עלות העבודה ועוד. המעסיק הציבורי עשוי להפיק יתרונות נוספים מקבלת שירותים או עובדים באמצעות חברות כוח אדם, עליהם ניתן למנות את היתרונות הבאים: הקטנת המנגנון הציבורי, הפחתת תקנים וצמצומים בתקציב המדינה; הפחתה במצבת העובדים הקבועים, דבר המאפשר גמישות כאמור, וכתולדה הימנה אפשרות לבצע שינויים והתאמות ביתר קלות; ניהול חלק מתפקידי מנגנוני משאבי האנוש ביחידות השירות הציבורי על ידי חברות כוח האדם וחסכון כספי בהתאם.

אמת, עתים מדובר במיקור-חוץ אותנטי: מפעל אינו חייב לבצע את כל המשימות בעצמו. יכול שמפעל יעביר לגוף חיצוני חלק ממשימותיו כגון סיכומים סטטיסטיים או הנהלת חשבונות, אולם הפסיקה המצדדת במיקור-חוץ לא הבחינה כראוי באילו מקרים אכן דובר במיקור-חוץ אמתי, ובאילו מקרים היה זה אך כיסוי לרצון להשתחרר מהחובות כלפי העובדים.⁷⁵

בעקבות הפסיקה המצדדת במיקור-חוץ החלו מעבידים – בעיקר מעבידים ציבוריים – לשכור עובדים מחוץ לתקן באמצעות קבלני כוח אדם או מתווכים אחרים (כגון "ראיסים").⁷⁶ ברי כי אין לקבל את הפיקציה שלפיה יועסקו עובדים של המפעל בדרכים עקיפים. עמד על כך גיא דוידוב:⁷⁷

73 שם, בפס' 21.

74 ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2.11.2006) (להלן: עניין שוואב); גיא דוידוב "העסקה עקיפה" עבודה, חברה ומשפט יב 191 (2009).

75 שם.

76 דיון (ארצי) נב/142-3 אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כד 535 (1992) (להלן: עניין כפר רות).

77 דוידוב, לעיל ה"ש 74.

[...] קיימת מגמה משמעותית לא פחות להשתמש במנגנון של "העסקה עקיפה" – בין באמצעות קבלני כוח אדם ובין באמצעות קבלני שירותים – גם לצורך העסקת עובדים שמבחינה מהותית יש לראותם כ"פנימיים". במקרים אלה לא מדובר במיקור חוץ אותנטי אלא בניצול לרעה של מבנה משפטי או שימוש במבנה משפטי פיקטיבי, כדי להתחמק מאחריות של מעביד. שיטה זו נהפכה בשנים האחרונות לאמצעי המרכזי בקרב האמצעים שמעבידים יוזמים כדי להתחמק ממחויבויותיהם כלפי עובדים.

אחת הפיקציות היא שעובדים המבצעים את העבודות הרגילות של המפעל מוגדרים כעובדים המבצעים עבודות כביכול "זמניות". פיקציה אחרת נוצרת כשהמעסיק מחויב בפרסום מכרז לשם התקשרות עם קבלן כוח אדם, ובפועל ממשיך להעסיק את עובדיו של הקבלן הקודם תחת חסותו של קבלן כוח האדם החדש, זה שזכה במכרז. הדבר דומה להעסקה של עובדים בחוזים אישיים לתקופות קצרות וקצרות המוארכות מעת לעת.⁷⁸ אכן, בעולם העבודה עובדים המועסקים בעקיפין אינם אלא עובדים זמניים. למשל, בצרפת כאשר עובד קבוע נעדר באופן זמני מהעבודה, נשכר תחתיו עובד לצורך מילוי מידי של התקן הקבוע. הוא הדין כאשר עובד קבוע מפסיק לעבוד ועדיין לא מונה תחתיו עובד קבוע, או שיש הגדלה זמנית יוצאת דופן בעומס העבודה. לאחר הבחירות של 1981 ביקשה ממשלת צרפת להסדיר בתקנות העסקה בלתי סדירה של עובדים, בעיקר זמניים.⁷⁹ ההסדר אמנם התיר העסקת עובדים זמניים, אך התעורר החשש שהדבר יגרום להפרה של דיני העבודה. הממשלה התערבה וקבעה כללים להעסקת עובדים זמניים; נקבעו גם הזכויות שהמעבידים נדרשים לתת לעובדים הזמניים; נקבעו שעובדים זמניים יהיו זכאים לאותן זכויות סוציאליות של עובדים קבועים. הרשות להעסיק עובדים זמניים הוגבלה לכמה קטגוריות:

1. כאשר עובד קבוע נעדר או שחווה העבודה שלו מושעה, וזאת אך ורק לתקופת ההשעיה או ההיעדרות ולא יותר משישה חודשים.
2. כאשר מסתיים הסכם של עובד קבוע והעובד הזמני בא למלא את מקום העובד הקבוע שהפסיק לעבוד, וזאת רק עד שהמשרה תאויש על ידי עובד קבוע.
3. מצב של עבודה דחופה שביצועה המידי חיוני כדי למנוע תקלות ותאונות או צורך בארגון פעולות הצלה או תיקון של המוסד והמבנה שעשוי להיות מסוכן לעובדים.

78 ראו לעיל סעיף 1(ג) בפרק זה.

79 MICHEL DESPAX & JACQUES ROJOT, LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN FRANCE (1987).

בישראל לא נקבעו בעבר כל כללים. כאמור, מעסיקים אף הגדילו עשות והעבירו עובדים זמניים מקבלן כוח אדם אחד לאחר;⁸⁰ לעתים קרה שהעובדים המשיכו לעבוד גם בפרקי זמן שבם לא "שויכו" לקבלן כלשהו (למשל: עד שנבחר במכרז קבלן כוח אדם חדש);⁸¹ העובדים היו קבועים – קבלני כוח האדם הם שהתחלפו. התופעה של העסקת עובדים למשך תקופות ארוכות בלי שייחשבו "עובדים" הלכה והתפשטה וצברה תאוצה. אם בעבר הקפיד בית הדין הקפדה יתרה על כפיית הסטטוס של "עובד" – לאור מהות היחסים עם המעסיק – גם על מי שביקש לא להיחשב עובד, הנה נוצרה קבוצה גדולה והולכת של עובדים שלא נחשבו לכאלה רק משום שמעסיקהם ביקשו להתחמק מדיני העבודה.

אחד המקרים הקיצוניים שנדונו בפסיקה הוא עניין שוואב.⁸² במקרה זה יחידה לחקר שווקים במשרד החקלאות העסיקה את כל עובדיה באמצעות קבלני כוח אדם; רק ראש היחידה היה עובד מדינה. אפילו המנהלת האדמיניסטרטיבית הועסקה במשך עשר שנים באמצעות חברות כוח אדם שהתחלפו מעת לעת. על פי עדותה, המעבר מקבלן אחד למשנהו נעשה בלא הסכמתה או הסכמתם של יתר עובדי היחידה. כולם נשאו ונתנו עם המשרד הממשלתי, הוא המעסיק בפועל, ולאחר מכן הועסקו באמצעות קבלנים שלא פנו אליהם כלל ולא ביקשו לקשור עמם יחסי עבודה. לעובדי המחלקה גם לא היה כל קשר עם קבלני כוח האדם: כל האישורים, החופשות, אישורי המחלה וזכויות אחרות הניתנות מכוח הזכות הניהולית של המעביד – כולן ניתנו על ידי המנהלת המחלקה. קבלת העובדים ליחידה בוצעה על ידי ועדת מינויים ממשלתית שבה היו חברים חשב משרד החקלאות, הממונה על התקציבים של משרד החקלאות, נציג אגף התקציבים במשרד האוצר, מנהל חברת כוח אדם ומנהל היחידה, שהיה כזכור עובד המדינה היחיד ביחידה. פסק הדין כלל דעת רוב (הנשיא סטיב אדלר ונציגי הציבור, מר יצחק ברק ומר מיכאל הילב) ודעת מיעוט (של השופטת ורדה וירט-לבנה ושלי). על פי דעת הרוב, המדינה רשאית להוציא עבודות למיקור-חוץ. השופטת וירט-לבנה ואני לא חלקנו על זכותה זו של המדינה, ברם בעניין זה לא היה כל מיקור-חוץ. הייתה זו העסקה טיפוסית על ידי המדינה לאחר קבלה טיפוסית לעבודה; לא היה כל סממן של העסקה על ידי קבלני כוח אדם או על ידי מעסיקים במשותף, המדינה וקבלני כוח אדם.⁸³ על פי דוידוב, גישתו של הנשיא אדלר נבעה מאי-רצון לכפות על המדינה עובדים קבועים בדרך המינוי הקבועה בתקשי"ר.⁸⁴

80 עניין לויץ, לעיל ה"ש 59; עניין חזין, לעיל ה"ש 49.

81 עניין לוינגר, לעיל ה"ש 55; עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40.

82 עניין שוואב, לעיל ה"ש 74.

83 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 74.

84 ש.ם.

העסקת עובדים במשך תקופות ארוכות בהעסקה כביכול "זמנית" פוגעת בעקרונות של משפט העבודה ויוצרת כמו ידיה עובדים סוג ב. ודוק: נציב שירות המדינה לשעבר מאיר גבאי הורה להכניס לתקשי"ר הוראות מפורשות באשר להעסקה עקיפה מעין זו:

נוהל העסקת עובדים בעבודה בלתי צמיתה בשירות המדינה

בשנים האחרונות גברה הנטייה במשרדי הממשלה להיעזר בביצוע תפקידים מינהליים ומקצועיים שונים במי שאינם עובדי מדינה, כאשר צורת ההעסקה הפורמלית הינה חוזה קבלני או העסקה באמצעות חברה לאספקת שירותי כוח אדם. במקרים רבים צורת העסקה זו אינה מתיישבת עם החוק ויוצרת בעיות משפטיות, כספיות ומינהליות שונות.

הנוהל המובא לעיל מטרתו להסדיר את הבעיה ולמנוע את תופעת ההעסקה הקבלנית הבלתי תקינה ויחד עם זאת לאפשר העסקה קבלנית באותם מקרים שהדבר ניתן ואף רצוי.

הגדרות –

"קבלן" – גורם חיצוני למשרד שהינו בעל עסק עצמאי, והמבצע עבודות או מספק שירותים למשרד בנושא מוגדר ולתקופה קצובה, שאינו משולב במערך הפונקציונלי השיגורתי והקובע של המשרד ואינו נהנה משירותים מינהליים של המשרד כגון חדר, מזכירה טלפון ואמצעים אחרים לביצוע העבודה הניתנים לעובדים מן המניין. (לדוגמה: קבלני בנין, תחזוקה, ניקיון, שמירה, מחקר וסקרים חיצוניים, שירותי ענ"א חיצוניים, משרדי חשבון וכיו"ב).

"עובד חברת כוח אדם" – מי שמועסק במשרד באמצעות חברה שעיסוקה מתן שירותי כח אדם של עובדיה לשם עבודה אצל זולתה.

לא יועסק אדם במשרד בחוזה קבלני אלא אם הוא קבלן כהגדרתו בסעיף 1.

לא יועסק אדם כעובד חברת כ"א אלא במקרים הבאים:

ביצוע עבודות טכניות או מבצעים מיוחדים (כתבנות, קלדנות, תכנות, וכיו"ב),

מילוי מקום של עובד הנעדר באופן זמני ממשרתו ולתקופה שאינה עולה עשרה חודשים.

לא יועסק אדם במשרד בחוזה קבלני או כעובד חברת כ"א כאשר המשרה היא בעלת סמכויות סטטוטוריות (כגון רישוי, פיקוח וכדו').

יועץ או עוזר של שר או של סגן שר לא יועסק בחוזה קבלני או כעובד חברת כ"א.

קבלן או עובד חברת כ"א המועסק על ידי משרד לא יהיה מעורב בפעולות הביצוע הייעודיות של המשרד; הוא לא ישתלב בהיררכיה של המשרד ולא יעביר הוראות לעובדים אלא באמצעות הנהלת המשרד או על ידי עובד אחראי שנקבע לכך. מקום מושבו העיקרי לא יהיה בתוך המשרד ואין להקצות לו חדר, מזכירה ושירותים משרדיים אחרים הוא לא ייצוג את המשרד כלפי חוץ ולא ישתמש בניר הרשמי של המשרד לצרכי התכתבות.

משרד המבקש להעסיק אדם בתחומים ובמקרים שאינם מאפשרים העסקה בחוזה קבלני או באמצעות חברת כ"א, על פי נוהל זה – יעסיק אותו כעובד מן המניין לפי חוק שירות המדינה (מינויים), ה'תשי"ט–1959 או בחוזה מיוחד בהתאם לתקנות שירות המדינה (מינויים) (חוזה מיוחד), התש"ך–1960 (להלן – תקנות החוזים).

(א) כאשר מדובר בתפקיד שאין לו תקן אך נדרש למלא את הפונקציה באופן דחוף, יועסק העובד על פי תקנה 1(3) לתקנות החוזים המאפשרת, באישור נציב שירות המדינה, העסקה של עובדים חיוניים מחוץ לתקן ושלא במסגרת תנאי העבודה או השכר המקובלים בשירות המדינה.

(ב) עקרונות רמות השכר בחוזים המיוחדים כאמור בסעיף זה ייקבעו ע"י נציבות שירות המדינה על דעת הממונה על השכר, על פי רמת התפקיד וכישורי המועמד.

(ג) לא יועסק עובד בחוזה כאמור בסעיף זה אלא אם כן יש תקציב להעסקתו במסגרת תקציבי המשרד לעבודה בלתי צמיתה; חשב המשרד יאשר את קיום התקציב הנ"ל כתנאי לחתימה על החוזה ויחתום אף הוא עליו במקום שיועד לכך.

אין להשתמש למטרה זו בסעיפי תקציב שאינם מיועדים לכך כגון תקציב להעסקת יועצים וקניית שירותים.

חוזים קבלניים או חוזים של עובדי חברת כ"א הקיימים היום ואשר אינם עולים בקנה אחד עם נוהל זה יעמדו בתוקפם עד תום תקופת החוזה ולא

יחודשו או יוארכו מעבר לאותו מועד. אם יש צורך בהמשך ביצוע הפונקציות אשר לשמן מועסקים אותם עובדים בחוזה קבלני או בעובדי חברות כ"א, יועברו העובדים במסגרות אלו להעסקה תקינה על פי הנוהל כמפורט לעיל.

התיקונים הנ"ל יפורסמו בתקשי"ר בקרוב.

מאיר גבאי

נציב שירות המדינה

על הודעה זו, כמעט כלשונה, חזר נציב שירות המדינה פרופ' יצחק גל-נור בהודעה מס' נו/20 מיום ל' בשבט ה'תשנ"ו (20.2.96), שכותרתה – "נוהל העסקת עובדי חברות כוח אדם בשירות המדינה, חובת בחינות לעובדי חברת כוח אדם. הודעת ריענון וחידוש".

עינינו הרואות כי נציבי שירות המדינה לדורותיהם ראו בהעסקה זו צורת העסקה חריגה הנובעת מכורח המציאות. אף על פי כן יש לקבוע לה סייגים – והעיקרי הוא הזמניות – רק עד שיימצא תקן. מעבר לכך יש לחייב את המשתמש בפועל בהגנה על זכויות העובדים הללו. המשתמש בפועל הוא למעשה ה"מעביד" – מי שבחצריו מתבצעת העבודה, מי שמפקח על העבודה, מי שמספק את הכלים ואת מקום העבודה, מי שמחזיק בזכות הניהולית. על פי רוב חל על הקבלן איסור להתערב בדרך ההעסקה ולפקח על העובדים המועסקים באמצעותו.

מקובל עליי כי גם בקביעת זהות המעביד צריך שתהיה הגמשה.⁸⁴ יש להתאים את הכללים למציאות. המציאות היא שהמשתמש בפועל עושה שימוש בזכות הניהולית בעניינים רבים הנוגעים לעובדים של קבלן המשנה. אין ליצור פיקציות רק כדי להקל על מעסיקים בפועל ולמנוע מהם אחריות לזכויות של עובדיהם.⁸⁵ ודוק: העובדים המועסקים בפועל במשך תקופות ארוכות אצל משתמש אחד הופכים לחלק בלתי נפרד ממפעלו; עתים הם מבצעים תורניות ומשתתפים בישיבות ובהחלטות.⁸⁶ פרופ' מוטי מירוני עמד על כך

84 ראו עמ' 129 ואילך.

85 על מהות הזכות הניהולית, ועל כך שייתכן מצב שבו תהא לשני מעבידים זכות ניהולית כלפי עובד אחד, כשלכל אחד מהם חובות וזכויות אחרות, אעמוד להלן, בפרק ה.

86 עניין לויץ, לעיל ה"ש 59; תב"ע (ארצי) נה/02-109 אסנת דפנה לויץ – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326 (1996) (להלן: עניין אסנת דפנה לויץ).

שיש "פער גדל והולך בין התשובה לשאלה היכן אדם עובד, לבין השאלה מיהו מעבידו".⁸⁷ אם כן, במקרים רבים יש לראות במועסקים באמצעות קבלני כוח אדם עובדי המעסיק בפועל, או למצער עובדי שני מעסיקים, וכל אחד מהמעסיקים אחראי לעניינים אחרים במסגרת יחסי העבודה. כך תבוטל הפיקציה. חוק קבלני כוח אדם אמנם פעל בכיוון זה, אך אין בו פתרונות לכל המצבים. למשל, החוק אינו נותן מענה לאדם המועסק על ידי קבלנים המתחלפים מעת לעת.⁸⁸

3. סיכום ביניים: הגנה על זכויות עובדים לפי חוזים קצרי מועד המתחדשים מעת לעת ועובדים בצורות העסקה מורכבת

אתיחס להעסקה עקיפה ולהעסקה לפי חוזים קצרי מועד המתחדשים מעת לעת, כאשר המשפט החל עליהם צריך שיהיה דומה. הפסיקה אכן קיבלה את הפרופוזיציה שיש לראות בעובדים המועסקים בצורות עקיפות ולפי חוזים לתקופות קצרות עובדים בעלי זכויות של עובדים קבועים. אין לאפשר להם להיות "זמניים" לעד. על כך לא היה חולק בין השופטים. חילוקי הדעות התעוררו אך בשאלת מעמדם של עובדים אלו בשירות המדינה. השאלה היא אם עובד שהועסק כאמור במשך שנים נדרש כעת לעבור הליכי מינוי, כנדרש בשירות המדינה באשר לעובדים קבועים, או העסקתו הפיקטיבית כ"זמני" במשך תקופה ארוכה כופה על המעסיקים להעסיק עובדים אלו כקבועים. הנשיא סטיב אדלר והשופטת נילי ארד סברו כי על עובדים אלה לעבור הליכי מינוי כדי לעמוד בדרישות המינוי, כולל מכרז. השופטת נילי ארד סבורה כי עליהם לעבור הליכי מינוי, אך בגין תקופת העסקתם הממושכת די אם ייגשו למכרז פנימי. נכונים בעיני דברי הנשיא אדלר שלפיהם מינוי מכוח חוק המינויים אינו דקלרטיבי אלא קונסטטיטויטיבי.⁸⁹ "המעבר מעובד ארעי או זמני לעובד 'קבוע' אינו אוטומטי",⁹⁰ ועל העובד למלא אחר התנאים שנקבעו בחוק המינויים

87 מוטי מירוני "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולאריות" עיוני משפט ט 505, 508 (1983).

88 עניין לוינגר, לעיל ה"ש 55. ראו דב"ע (ארצי) מה/25-3 קיפניס – "אגד" בע"מ, פד"ע יז 14 (1985); דב"ע (ארצי) נז/56-3 שפיר – נתיב ביצוע תעשיית בע"מ, פד"ע לב 241 (1999). ראו פרנסס רדאי "מדיניות העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם: המחוקק, בתי המשפט וההסתדרות" הסתדרות העובדים הכללית החדשה, המכון למחקר כלכלי חברתי 2 (1998).

89 דב"ע (ארצי) לב/44-9 קרואני – מדינת ישראל, פד"ע ה 11, 16 (1973).

90 דב"ע (ארצי) נג/224-3 דרזון – מדינת ישראל, משרד הבריאות (פורסם בנבו, 24.3.1994); דב"ע (ארצי) מד/7-3 גיא – עיריית תל-אביב-יפו, פד"ע טו 409, 415 (1984); דב"ע (ארצי) נה/23-4 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – ההסתדרות הכללית – מועצת פועלי ירושלים, פד"ע כח 446 (1995); ע"ע (ארצי) 300235/98 סולטאן – עיריית רהט, פד"ע לז 337 (2002); ע"ע (ארצי) 158/99 מילמן – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לז 673 (2002).

ובתקשי"ר ולעבור את הליך הקבלה לעבודה שנקבע בס, לרבות מכרז ומבחנים. אני ערה לגישתם של חבריי, שלפיה יש חשיבות להליך המינוי של עובדי מדינה ואין לוותר עליו, ברם בעיניי יש במציאות של העסקה "זמנית" במשך שנים משום העסקה בחוסר תום לב. במקרים אלו עקרון תום הלב צריך לגבור.

הנשיא אדלר אף סבור כי יש לאפשר למדינה להעסיק עובדים ללא קביעות.⁹¹ אני סבורה כי כל רשות צריכה לפעול על פי הוראות התקשי"ר.⁹² עמדה זו באה לידי ביטוי בדבריו של נציג הציבור מטעם המעבידים, מר צבי עמית, בעניין חסון:⁹³

נראה לי כי התקשי"ר, המגביל את התקופה שבה ניתן להעסיק עובדים בשירות המדינה בתנאים זמניים, נועד בעיקרו להגן על העובדים ולמנוע מן המעסיק – המדינה – להעסיק עובדים לתקופות ארוכות מבלי לתת להם את הזכויות הכלולות במעמד של עובד מדינה קבוע. העסקת עובדים במשך שנים רבות, מבלי לאפשר להם לעבור למעמד של קבע, נראית בעיניי, כמו בעיניה של סגנית הנשיא ברק, נגועה בחוסר תום-לב ומן הראוי שבית-הדין הארצי לעבודה יצא כנגד התופעה, תוך מתן הגנה נאותה לעובדים.

חוק שירות המדינה (מינויים) מגדיר את הכללים לקבלת עובדים לשירות המדינה. זאת, בעיקר כדי להבטיח שלא יתקבלו לעבודה עובדים שאינם ראויים לתפקיד. העובדה שהעובדים בערעור זה הועסקו שוב ושוב על-ידי המדינה, מצביעה כי הם נמצאו על-ידי המעסיק ראויים ומתאימים. על-כן, אין לדעתי מקום להעביר אותם כל הליכים נוספים, ומן הראוי שמעמד זה של עובד קבוע, יינתן להם רטרואקטיבית למועד שבו פגה התקופה הקצובה בחוק להעסקת עובדים זמניים בשירות המדינה.

מי שהעסיק עובדים כאמור צריך לשאת בנטל קביעותם. אין להותיר בידי מעבידים את האופציה לקבוע בשירות מתי עובד ייחשב "רגיל" וזכויותיו (כגון קביעות לאחר תקופת ניסיון) ינוהלו לפי האמור בתקשי"ר, ומתי ייחשב עובד "זמני" לעד.

המדינה ויתר הגופים הציבוריים משמשים שלטון ומעבידים כאחד, ומכאן הצורך שלהם בהגמשת הכללים הנוגעים למתן קביעות לעובדים. לשם כך יש להגיע להסכמה טריפטיטית שתקל על המעבידים אך גם תבטיח שהדבר לא ייעשה בשירות כפי

91 ע"ע (ארצי) 389/99 חסון – מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, פד"ע לט, 358, 370, דעת המיעוט של נציג המעבידים צבי עמית (2003) (להלן: עניין חסון).

92 עניין לוי, לעיל ה"ש 59.

93 עניין חסון, לעיל ה"ש 91.

שמתרחש היום. הסכמה כזו תביא בחשבון את הצורך של מעבידים בהעסקת עובדים ללא קביעות אך גם תגן על זכויותיהם של עובדים אלה ותקבע גבולות להעסקה הלא קונוונציונלית. ברי שדברים אלו נכוחים אף באשר למעסיקים פרטיים באופן שלא יתאפשר להם לסיים בשרירות את עבודתם של עובדים "זמניים" במשך תקופות ארוכות, דוגמת עובדת המחקר במכון ויצמן למדע במשך 17 שנה לפי חוזים לתקופות קצרות קצרות שהתחדשו מעת לעת.⁹⁴ חזקה על עובד במשך שנים שהוא עבר את כל שלבי המבחן ונמצא ראוי לעבוד בתפקידו.

צורות העסקה מורכבות, באמצעות גוף שלישי שאינו המעסיק בפועל – קבלן כוח אדם, ראיס או כל גוף אחר – כמו גם העסקה לפי חוזים אישיים לתקופות קצרות המתחדשות מעת לעת למשך שנים רבות⁹⁵ באות להסיר מהעובד את ההגנה שמשפט העבודה נותן לעובדים קבועים במקום עבודה. העסקה זו מבקשת להקל על מעבידים ולא לכבול אותם לעובדים הללו, אולם זו בדיוק תכליתו של משפט העבודה – להגן על עובדים מפני מצב שבו המעביד אינו אחראי להם וקשור אליהם, ועל כן יכול להשתחרר מהעסקתם בכל עת. עמד על כך סגן הנשיא סטיב אדלר:⁹⁶

בהיעדר חקיקה המגינה על עובדים – המועסקים ביחסי עבודה מורכבים, אשר כוללים מספר גופים משפטיים – מחובתה של הפסיקה להשתחרר מגישה פורמלית, לשאוף להבטחת הזכויות המובטחות לעובדים בחוקי המגן של משפט העבודה ולקדם את מטרותיהם של חוקים אלה.

בית הדין אינו צריך להמתין לחקיקה או לחקיקת משנה לפתור את הבעיה של עובד המועסק ביחסי עבודה מורכבים. על בית הדין מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה, אפילו כרוך הדבר בחיפוש פתרונות חדשים לבעיות חדשות. על בית הדין לסייע הן לאכיפתם של חוקי המגן במשפט העבודה והן להשגת מטרותיהם, ואל לו לתת יד להפרתם או לעקיפתם.

השופטת עדינה פורת פנתה לאותה דרך חשיבה בעניין כפר רות⁹⁷ וקבעה שכאשר הראיס – או כל גוף מתווך אחר – נעלם מהארץ, האחריות נופלת על כתפי המעסיק בפועל.

94 עניין מועצת פועלי רחובות, לעיל ה"ש 40.

95 ראו לעיל הפרק על חוזים אישיים לתקופות קצרות המוארכים מעת לעת.

96 דב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – עאבד, פד"ע כט(1) 151,

161 ס' 22 (1995) (להלן: עניין מחלקת הבנייה).

97 עניין כפר רות, לעיל ה"ש 76.

הנה כי כן, בית הדין הגמיש את ההגדרות הנוקשות כדי להתאים את הדין לשינויי העתים ולמציאות החיים המשתנה, ולהגדיר במדויק את מהותם של יחסי העבודה במקרים מסוימים. אולם כפי שהראיתי, הפסיקה לא הייתה עקיבה. בסופו של דבר, לאחר פסקי דין רבים שבהם ביקש בית הדין מהמחוקק לפתור בחוק את נושא ההעסקה המורכבת, חוקקה הכנסת את חוק קבלני כוח אדם והכניסה מידה של סדר בכאוס ששרר.

ב. מצבים המצדיקים סטייה מכללים קוגנטיים

1. מקרים שבהם חוק מגן ספציפי לא חל על עובד

נקודת המוצא של בית הדין לעבודה הייתה כי יחסי עובד-מעביד מתקיימים רק כשהיחסים בין הצדדים כפופים לכל חוקי העבודה. מכאן נבעה ההלכה שנבחרי ציבור, חברי כנסת, חיילים בשירות קבע, שופטים ודומיהם אינם נחשבים "עובדים"⁹⁸. הלכה זו הלכה והתגמשה. הפסיקה התאימה את עצמה למציאות החיים המשתנה. נזכור: משפט העבודה מבקש להגן על עובדים באמצעות חוקי המגן ויתר החוקים וההלכות הסוציאליות של המשפט המקובל נוסח ישראל בעניינים הדורשים הגנה. הפורמליזם שביקש להגן על זכויות העובדים השיג את ההפך, כפי שקורה לעתים קרובות עם פורמליזם. לעתים דבקות בגישה פורמלית אינה ראלית; לעתים היא פוגעת בזכויות המעביד או בזכויות העובד מעבר למידה הנדרשת.

על הצורך להגמיש את הנוקשות של חוקי המגן עמד המלומד Bob Hepple⁹⁹:

We need a new concept which can match the underlying purposes of labour legislation.

The contract of service should be replaced by a broad definition of an "employment relationship" between the worker and the undertaking by which he is employed.

98 כך פסק השופט משה לנדוי בעניין חייל בשירות קבע ששירותו הופסק על ידי שלטונות הצבא; בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 169 (1972). לביקורת על גישה זו ראו רות בן ישראל "ה'נבחר' ו'בעל התפקיד על-פי דין' – האומנם עובדים הם?" שנתון משפט העבודה ב 67 (1991).

99 Bob Hepple, *Restructuring Employment Rights*, 15 INDUS. L.J. 69 (1986).

ההגנה על יחסי העבודה מעוררת שאלות רבות. כאשר הנסיבות מצביעות על יחסי עובד-מעביד ואנו מעוניינים לשמר יחסים אלו – את הזכות לעבוד ואת הזכות הניהולית – האם לעולם יחולו על הצדדים כל חוקי המגן? האם ייתכן שחוקי מגן מסוימים לא יחולו בנסיבות מסוימות? ואם חוקי מגן מסוימים לא יחולו במלואם משום שהחלתם תביא לעיוות המציאות – האם עדיין יש לומר שיחסי עובד-מעביד חלים אלא שחוקים מסוימים לא חלים עליהם? או שמא נכון יותר לומר שאין מתקיימים יחסי עובד-מעביד לעניין חוקים אלו. האם יש בכלל משמעות מעשית להבחנה זו? האם מי שמועסק מכוח חוק ולא מכוח חוזה יכול להיחשב "עובד"? האם לעולם נאמר שסטטוס של עובד אינו ניתן להתניה? להלן אבחן כמה דוגמאות המצדיקות אי-החלה של חוקי מגן מסוימים על עובדים ספציפיים.

(א) חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951

חוק שעות עבודה ומנוחה בא להגן על העובדים מפני חוזים הגורמים להם לעבוד שעות לא סבירות גם אם החוזים נכרתו מרצונם החופשי. המחוקק אף הטיל סנקציה פלילית על מי שמפר חוק זה. עם זאת בסעיף 30 לחוק המחוקק עצמו הוציא עובדים מסוימים מגדרי החוק;¹⁰⁰ הגדרתם כ"עובדים" אינה מוטלת בספק:

- (1) שוטרים במשטרת ישראל, וכן כל מי שנמנה עם שירות בתי הסוהר;
- (2) עובדי המדינה שתפקידם מחייב לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות;
- (3) יורדי ים ועובדי דיג;
- (4) אנשי צוות אויר;
- (5) עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי;
- (6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.

ברי שהמחוקק הכיר בכך שעל סוגי עבודות מסוימים אין להחיל את החוק. בדברי ההסבר להצעת החוק מיום 21.5.1950 נאמר:¹⁰¹

100 ס' 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.
101 הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1950, ה"ח 43, בעמ' 163.

3. על ששה סוגי עובדים המנויים בסעיף 27 [הוא הסעיף בהצעת החוק המקביל לסעיף 30 של החוק] אין החוק חל. על שני הסוגים הראשונים – (שוטרים, פקידי מכס ועובדי המדינה שתפקידם מחייב כי יעמדו לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות) – אין החוק חל בגלל תפקידם המיוחד שאינו מאפשר להניסם לתחום החוק ושעות עבודתם מוסדרות בדרך אחרת; על שני הסוגים שאחריהם – (יורדי-ים, עובדי דיג ואנשי צוות אויר) – בגלל תנאי עבודתם המיוחדים, והסדר שעות עבודתם יבוא בחוק מיוחד בדבר יורדי-ים; על שני הסוגים האחרונים – בגלל היותם נתונים לרוב, במצב מיוחד, ואין הם נזקקים להגנת החוק בדבר שעות עבודה, ולעתים אין כלל אפשרות מעשית לבצע ביחס אליהם את הפיקוח על שעות העבודה.

הנה כי כן, יש עובדים שתפקידם המיוחד דורש כי יעמדו לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות.

בעיניי רשימה זו אינה סגורה. עם שינוי העתים נוצרים סוגי עבודה וצורות העסקה שלא היו קיימים בעבר, או שהיו קיימים במקרים ספורדיים, מקרים שלא חייבו התייחסות כללית. סוגי העבודה שהפכו עם עבור הזמן לנפוצים דורשים התייחסות מיוחדת. הם דורשים הגמשת הכללים הנוקשים של תחולת החוק, שאם לא כן ייווצר חוסר איזון בולט בין המעבידים לעובדים ותיווצר הלכה למעשה אנרכייה משום שהחוק כלשונו לא יכול שיחול.¹⁰²

אני מבקשת ללמוד מדוגמה זו כי יש במקרים המתאימים להרחיב את החריגים לחוק בדרך פרשנית. ודוק: נוסף על סעיף 30, המחריג חלק מהעובדים מתחולת החוק, מאפשרים סעיפים 4 ו-5 לחוק לשר העבודה להתקין תקנות בנוגע לעובדים בצורות העסקה מיוחדות.¹⁰³ הדבר מובן מאליו. נהיר למחוקק שעשויות להיווצר סיטואציות וצורות העסקה שלא היו קיימות קודם לכן, ושאינן להחיל עליהן את החוק כלשונו. בעיניי אפוא על בית

102 ראוי לציין כי באשר להוכחת מספר השעות הנוספות הגמיש בית הדין בפסיקתו את הדרישה להוכחת שעות העבודה בדרך של רישום מדויק.

103 סעיף 4 לחוק מסמיך את שר העבודה לקבוע בתקנות, לעבודות מסוימות, יום עבודה שתחמומו יתר על הקבוע בסעיף 2 ושכובע עבודה שתחמומו יתר על הקבוע בסעיף 3, אם ראה צורך בכך מטעמים שבבריאות העובד או שבנסיבות העבודה; סעיף 4(א)(2) מאפשר קביעת יום עבודה ארוך מהקבוע בחוק בעבודות האלה: במקום שמתפללים בו בחולים, בבתי מרקחת, במוסדות החלמה, במוסדות לטיפול בזקנים או בילדים; עבודות בבתי אוכל, בבתי מלון ובתי קפה; עבודות שמירה; עבודה בשירות המדינה או בשירות רשות מקומית וכיוצא בהן עבודות שלדעת השר חיוניות לציבור ושפורטו בתקנות.

הדין לקבוע כי החוק כלשונו אינו חל על עובדי סיעוד. שני דרכים פתוחים לפני בית הדין לקביעה זו: הראשונה היא דרך פרשנית, על ידי הקביעה כי הרשימה שבסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה אינה רשימה סגורה. הדרך השנייה היא דרך של מילוי חסר מאוחר באמצעותו של עקרון תום הלב. עיקרון אובייקטיבי זה מחייב את השופט להתאים את עצמו למציאות של סוג מיוחד זה של עובדים, סוג שנתעצם לאחר חקיקתו של החוק. לאור גישתו של המחוקק בחוק ולאור דברי ההסבר ברי שאין מדובר בהסדר שלילי. המחוקק ביקש להתאים את החוק למציאות החיים. מדובר אפוא בחסר. זהו חסר מאוחר הנובע מכך שלאחר חקיקת החוק נוצר ציבור עובדים מסוג חדש. אהרן ברק מגדיר חסר מאוחר להבדיל מחסר ראשוני:¹⁰⁴

חסר ראשוני וחסר מאוחר

הבחנה מקובלת בין סוגים של חסר, נעשית על-פי מבחן של זמן. כאן מבחינים בין חסר ראשוני לחסר משני או מאוחר. חסר ראשוני קיים כאשר, עם יצירתה של נורמה, טמון בה חסר [...]

חסר מאוחר קיים מקום שהנורמה היתה שלמה בעת יצירתה, והחסר "נוסף" עליה מאוחר יותר, בשל שינויים שונים שהתרחשו. שינויים אלה יכול שיהיו בחקיקה, במציאות החברתית, או בתפישות יסוד ערכיות.

ראה השופט שנוצרה מציאות חדשה שאינה מוזכרת בחוק כאשר היא מאוחרת לחוק – אין לראות בכך הסדר שלילי אלא חסר מאוחר. במקרים אלה יבחן השופט בדרך פרשנית אם מדובר בחסר או בהסדר שלילי. אם אכן מדובר בצורת עבודה חדשה יחסית או שהפכה לנפוצה, מדובר בדרך כלל בהעסקה שהמחוקק התכוון לכלול אותה בחריגים לחוק. היינו מדובר בחסר שעל השופט למלאו. על השופט לומר את האמת, היינו לקבוע במקרה זה שאין זה סביר להחיל את החוק כלשונו.

אני אבחן כדגם לכך צורת העסקה מיוחדת שהפכה נפוצה, היא העסקת עובדי סיעוד בבתי הנזקקים.

עובדי סיעוד

עובדי סיעוד הם דוגמה לעבודה שהייתה נדירה בעבר וכיום היא נפוצה ביותר ודורשת התייחסות מיוחדת. מדובר במעמדם של עובדי סיעוד המועסקים על ידי מעבידים פרטיים (להלן: "עובדי סיעוד", להבדיל מעובדי סיעוד במוסדות סיעודיים). זוהי תופעה חדשה

104 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 443, 480 (1992).

יחסית בישראל. מתכונת עבודתם, כפי שהיא כיום, לא הייתה נפוצה בשנת 1950. בעיניי הפרשנות הנכונה לתחולת החוק על עובדי סיעוד אלה היא שמדובר בחסר, ויש למלאו על ידי החלת סעיף 30 לחוק גם על עובדי סיעוד. כל פתרון אחר, האונס את לשון החוק על עובדים אלו, יביא לעיוות דין ולחוסר איזון בין עובדי הסיעוד ומעסיקיהם.

העסקה של עובדי סיעוד בבתי הנזקקים שונה מהעסקה של עובדי סיעוד במוסדות. רובם ככולם קשורים למטופל שלהם במשך 24 שעות ביממה; הם זוכים לחופשה שבועית, בדרך כלל לשכר מינימום ולדמי כיס. זוהי מציאות חדשה, ועל בתי הדין לעבודה להשלים את החסר לאור תכלית החוק ולאור המציאות החדשה.

תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה היא להגן על עובדים מפני עבודת-יתר ומפני הנטייה להסכים לעבוד שעות רבות מדי. כאשר הגיעה סוגיית תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד אל בתי הדין לעבודה, ניסו השופטים ליישב את האופי הייחודי של המקצוע עם דרישות החוק. חלקם ראו בעבודה זו משרה "בעלת אמן אישי" ועל כן נכללה בחריג לחוק; חלקם סברו שהחוק חל על עובדים אלו כלשונו ברם לא זיכו אותם ב-16 שעות נוספות ביום. הנימוק לאי-אכיפת החוק כלשונו לא הובהר ולא נוצרה משנה סדורה. אני סבורה כי יש לפסוק בצורה ראלית העולה בקנה אחד עם המציאות. המחוקק היה ראלי. הוא סבר שיש סוגי עובדים שאין להחיל עליהם את החוק. הוא לא התכוון להוציא את עובדי הסיעוד מחלותו של סעיף 30. פרשנות תכליתית תוליך למסקנה כי הרשימה המפורטת בסעיף זה אינה סגורה אלא מייצגת רעיון – ממש כשם שסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו רשימה סגורה של סוגי הפליה. על כן זהו חסר מאוחר שיש למלאו בדרך שיפוטית.

דוק: הקביעה שהחוק לא חל על סוג עבודה זה אינה הופכת אותה לעבדות. יפה פסק הנשיא סטיב אדלר: 105

חברה נמדדת, על ידי התייחסותה לחלש ולזר. לעובדים דוגמת המעוררת [עובדת סיעוד] אין נציגות ישירה בכנסת או בממסד וזאת בניגוד לבעלי הבית המעסיקים אותם. משכך, על בית הדין להכריע בעניינם של עובדים אלה על פי תכליתו של החוק ולא על-פי כוחן של קבוצות הנהנות מעבודה 'זולה'.

105 ע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – משה, פד"ע לט 409 (2004) (להלן: עניין טודוראנג'אן). השאלה נדונה בבג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009) (להלן: בג"ץ גלוטן).

ברי שכך הוא. אין מדובר בניצול הזר והחלש; רחוק מכך. מדובר ביישום ראלי ומעשי של חוק שעות עבודה ומנוחה תוך התחשבות הן בצורכי העובדים הן בצורכי המעבידים. ודוק: אין אפשרות ראלית למדוד את שעות העבודה גם אם נסבור שהחוק חל בעניינם. עמדתי על כך בעניין טודוראנג'אן.¹⁰⁶

הדרישה כי עובד מסוג זה יוכיח את שעות העבודה אינה מציאותית. כך לדוגמה אם המטופל זקוק לעזרה בלילה על-מנת להגיע לשירותים יהיה על המטפל לקום למשך כעשר דקות לעזור לו. האם על המטפל להוכיח זאת? ומה אם המטופל או קרוביו יכחישו זאת? האם יש להביא עדים ותצהירים על כך שהמטופל קם בלילה? ומה אם המטפל יטען שבמשך מחצית השעה לאחר מכן הוא לא נרדם? האם נכלול מחצית שעה זו בשעות העבודה שלו? האם נכלול חלק ממנה? מטפל מסוג המערערת בפנינו נמצא בבית גם כאשר אינו עושה דבר. כיצד נחשב שעות אלו? האם כאשר היא צופה בטלוויזיה או קוראת ספר אלו שעות עבודה? הוא מחויב להיות נוכח אך אינו מבצע כל עבודה בזמן זה. האם נראה זאת ככוננות דוגמת רופאים בכוננות הצריכים להיות זמינים?

מובן גם שאין בכך כדי לתת לגיטימציה לאי-פיצוי נאות בגין עבודה או לניצול לרעה של עובדים אלו. השופט יגאל פליטמן הציע:¹⁰⁷

בעיית שכרן של העובדות בסייעוד צריכה למצוא פתרונו על ידי תיקון חוק שעות עבודה ומנוחה וחיוב בתשלום בגין כוננות או תשלום גמול שעות נוספות גלובלי; המותנים במידת תלות המטופל הסייעודי במטפלת בו. זאת מעבר כמובן לשכר הרגיל עבור שמונה שעות ליום המסוכם בין הצדדים.

גם לדעתי הגמול לעובדי סיעוד צריך שייקבע לפי מידת הקושי ומידת הזמן שעובדים אלה נדרשים להקדיש לעבודתם. על כן סברתי כי יש להעריך את העבודה המושקעת ולא את שעות העבודה. במקרה אחד הערכתי כי יש להוסיף לעובד הסייעודי 30% מהשכר המוסכם,¹⁰⁸ ובמקרה אחר – 40%.¹⁰⁹ אין לקבוע מסמרות; יש להעריך את העבודה בכל מקרה לגופו. כמו כן יש להביא בחשבון את העובדה שצורת העסקה זו כוללת מגורים ודמי

106 עניין טודוראנג'אן, לעיל ה"ש 105.

107 ע"ע (ארצי) 157/03 גלוטן – יעקב (פורסם בנבו, 1.1.2007); פסק דין זה נדון בבג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 105, אך בית הדין הגבוה לצדק לא החליט בשאלה אלא הפנה אותה אל המחוקק.

108 עניין טודוראנג'אן, לעיל ה"ש 105.

109 ע"ע (ארצי) 1267/04 זכריה – עזבון קימלמן (פורסם בנבו, 31.12.2006).

מחיה. סעיף 3 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 מאפשר תשלום חלקי של שכר בשווה כסף:

מותר בהסכמת העובד לשלם חלק משכר עבודה באוכל ובמשקאות המיועדים לצריכה במקום העבודה, להוציא משקאות משכרים, או בדיוור, אם דרך תשלום זאת נקבעה בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה או שהיא נוהג מקובל בתנאי עבודה, ובלבד שהשווי המיוחס לכל אלה לא יעלה על המקובל בשוק.

ודוק: אם נאמר שחוק שעות עבודה ומנוחה חל כלשונו, לא יוכלו המעסיקים להעסיק עובדי סיעוד; האיזון יימוג. על הבעייתיות של החלה מלאכותית של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי סיעוד ועל הצורך באיזון עמד המשנה לנשיא אליעזר ריבלין:¹¹⁰

ההתייחסות לסוגיה שבפנינו כאל סוגיה "רגילה" של יחסי עובדים ומעסיקים עושה עוול ל"עובדים" ול"מעסיקים" כאחד.

המשנה לנשיא ריבלין התייחס בפסק דינו גם לחקיקה זרה. למשל, בארצות הברית הוצאו העובדים הסיעודיים מתחולת החוק לעניין שעות נוספות ושכר מינימום בהוראה מפורשת. U.S.Code, Title 29 chapter 8 § 213(a)(15) קובע:

(a)Minimum wage and maximum hour requirements:

The provisions of section 206 (except subsection (d) in the case of paragraph (1) of this subsection) and section 207 of this title shall not apply with respect to –

(15) any employee employed on a casual basis in domestic service employment to provide babysitting services or any employee employed in domestic service employment to provide companionship services for individuals who (because of age or infirmity) are unable to care for themselves (as such terms are defined and delimited by regulations of the Secretary).

אשר לגישה הקנדית ציין המשנה לנשיא ריבלין:¹¹¹

110 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 105, בס' 27 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.
111 שם, בפס' 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

בקנדה ההסדרה החקיקתית בנושא שונה בכל אחד מן המחוזות. עם זאת, נראה כי באף אחד מן המחוזות לא הוכרה האפשרות שעובדים סיעודיים לא יקבלו שעות נוספות מכוח החריגים הכלליים בלבד. כך, אף על פי שבמספר מחוזות קבועים חריגים הדומים לאלה הקבועים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, כאשר הוצאו העובדים הסיעודיים מתחולת החוק נעשה הדבר במפורש, בסעיף ספציפי. במחוז קוויבק, למשל, נקבע כי החוק אינו חל על עובדים סיעודיים בסעיפים 3(2) ו-54(9) ל- An Act Respecting Labor Standards; במחוז אלברטה הותקנו תקנות הקובעות הסדר ספציפי בעניינם של עובדים סיעודיים, המאפשר את העסקתם בשעות נוספות ומעניק להם תשלום חלקי עבור שעות אלה (סעיפים 43.1-43.6 ל- Employment Standard Regulation (Alberta Regulation 14/97)); גם במחוז מניטובה נקבע הסדר ספציפי של תשלום חלקי בעניינם של עובדים סיעודיים (ראו סעיף 16 ל- Employment Standard Regulation (Manitoba) (regulation 6/2007)).

אכן, השופטים הסבורים שחוק שעות עבודה ומנוחה חל גם על עובדי סיעוד לא חישובו את כל השעות הנוספות על אף הקונצנזוס שלפיו בסוג זה של עיסוק גם שעות שינה ונוכחות חובה נחשבות במידה מסוימת לשעות עבודה. שום שופט לא השית על מעסיק של עובד סיעוד גמול בגין 16 שעות נוספות ביום. עם זאת השופטים שדגלו בחלות החוק נמנעו מהקביעה שהלכה למעשה אי אפשר להחיל את החוק כלשונו. על המערכת השיפוטית לבחון את המציאות ולראותה נכוחה: אי אפשר לחשב את שעות העבודה של עובד סיעוד כמשמעותו במאמר זה. חישוב שעות עבודתו כמוהו כחיוב המעגל. החוק אינו מתאים לעובדים מסוג זה כשם שהוא אינו מתאים לשוטרים ולירדי ים.¹¹² אין באמור כדי לקפח את עובדי הסיעוד; יש להעריך את עבודתם ולשלם להם שכר ראוי. תשלום שכר ראוי ודאי אינו חידוש משפטי.

(ב) חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987

חוק שכר מינימום¹¹³ הוא חוק סוציאלי ראשון במעלה. הוא מכוון אל אוכלוסייה חלשה ומגן על זכותה לאמצעי מחיה מינימליים.¹¹⁴ החוק קובע כי כל עובד יקבל שכר שאינו נופל משיעור מסוים. סעיף 2 לחוק קובע:

112 ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט יצחק כהן בע"א 566/70 מחטאוי נ' חברת קו צינור אילת בע"מ, פ"ד כה(2) 622, 626 (1971).

113 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

(א) עובד שמלאו לו 18 שנים (להלן – עובד) המועסק במשרה מלאה, כנהוג במקום עבודתו, זכאי לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום לחודש, שכר המינימום היומי או שכר המינימום לשעה, הכל לפי הענין.

(ב) עובד המועסק במשרה חלקית זכאי לשכר מינימום חלקי שיחושב יחסית לחלקיות משרתו.

המינימום הדרוש למחיה הוא זכות הצומחת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדתי על כך בעניין ברמן:¹¹⁵

תכליתו של החוק אם כן היא להבטיח קיום מינימאלי לעובד. התכלית היא שאדם העובד למחייתו ישתכר לפחות שכר מינימאלי לקיומו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטיח מינימום של קיום אנושי (אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, עמוד 422; רע"א 4905/98 פרופסור יוסף גמזו נגד נעמה ישעיהו וליך ישעיהו – טרם פורסם). תכלית של חוק שכר מינימום מתיישבת עם תכלית חוק היסוד.

אכן, בית הדין מקפיד על ביצוע החוק כלשונו ועל החלתו על כל מי שמתקיימים בעניינו יחסי עובד-מעביד עם מעסיקו.¹¹⁶ יש מצבים, ולו נדירים, שבהם החוק איננו יכול לחול כלשונו, ואז אין להחילו, וזאת מכוח עקרון תום הלב. אבחן כמה מהם ואבקש להראות כי אין לסטות מהחוק באופן שרירותי; יש לקבוע כללים עקרוניים. מוטב כמובן שיעשו זאת השופטים ליחסי העבודה תוך שיגיעו להסכמות באשר להגמשות של החוק. טוב עוד יותר שהדבר ייעשה בצורה טריפטיטית.

(1) התחולה של חוק שכר מינימום על מי שיש לו הסכם לתשלום שכר על בסיס פרמיות או עמלות

לעתים מעבידים ועובדים פוטנציאליים מסכימים כי תשלום השכר יהא על בסיס הספק, בין על ידי תשלום פרמיות ובין על ידי תשלום עמלות בגין ביצוע פעולות. לעתים עובדים כאלה אינם מגיעים בחודשים מסוימים להספק המגיע לגובה שכר המינימום. שתי מערכות

114 ראו Davidov, לעיל ה"ש 27, בעמ' 4 למאמר, שם המחבר מציין כי "It is only when the wage is exceptionally meager that minimum wage laws intervene"

115 ע"ע (ארצי) 440/99 ברמן – משה ישראלי, קונדיטורית פילאס, פד"ע לז 807 (2002).

116 כך נפסק כי נשים העוסקות בזנות הן בגדר עובדות ועל כן זכאיות לשכר מינימום וזכויות אחרות – ע"ע (ארצי) 480/05 בן שטרית – פלונית (פורסם בנבו, 8.7.2008).

נורמטיביות חלות על מצבים אלה: החוק וההסכם. מה משמעותו של חוק שכר מינימום במצבים אלה? האם – לאור הסכם העבודה – יש להסתפק בתשלום בגין ההספק, או שמא העובדים זכאים לשכר מינימום בכל חודש?

מצוות המחוקק היא שישולם לכל עובד בכל חודש שכר בשיעור המינימלי שנקבע, ללא קשר להישגיו. אין להתפשר על סכום זה; מדובר בצורך בסיסי חיוני. בשל תכליתו של עיקרון זה פסק בית הדין הארצי כי כל עובד זכאי לשכר מינימום בכל חודש שבו הוא מועסק. השופט עמירם רבינוביץ' אף פנה לאמנה של ארגון העבודה הבינ-לאומי – ILO¹¹⁷ – שלפיה:

מטרתה העיקרית של קביעת שכר מינימום תהא להבטיח לשכירים את ההגנה הסוציאלית הנחוצה בכל הנוגע לרמות מינימום של שכר שניתן להרשותן.

כל שופטי בית הדין הארצי לעבודה מסכימים כי כל עובד זכאי לשכר מינימום חודשי, בין שהיה לו הספק בדרך של פרמיות או עמלות ובין שלא. מקובל על כולם כי אין להתיר עובד שהספקו בחודש מסוים היה נמוך ללא המינימום האמור. בשאלת חישובן של העמלות או הפרמיות מעבר לכך – אם יש להוסיף את העמלות מעבר לשכר המינימום או לקזזן בשלב מסוים – הביעו השופטים כמה דעות. הנשיא סטיב אדלר צידד בקיזוז העמלות, שכן לדידו "שיטת תשלום השכר הגמישה עונה הן על דרישות חוק שכר מינימום והן על דרישות חוק הגנת השכר, שכן על פי השיטה המוצעת העובד מקבל תשלום חודשי שאינו נופל משכר המינימום". אני סברתי שחוק שכר מינימום צריך שיהיה בסיס שעליו יתווסף התשלום בגין העמלות על פי מנגנון מסוים שייקבע לכך – עדיף בדרך של הסכמה בין הצדדים – ובמידת האפשר, עם הממשלה בדרך טריפטייטית. היה ולא יעלה הדבר בידם, יהא על המחוקק או על מחוקק המשנה לעשות זאת. מכל מקום, מקובל על כולם כי עובד זכאי לשכר מינימום מדי חודש בחודשו.

(2) התחולה של חוק שכר מינימום על מתלמדים ומתמחים

בתחומי עבודה רבים מעבידים מעסיקים מתלמדים. כך במספרות ומכוני יופי, במסעדות, בבתי קפה, במשרדי עורכי דין וכיוצא באלה. ברי שהמתלמדים הם עובדים – שהרי מתקיימים בינם לבין מעסיקם יחסי עובד-מעביד – ולכן הם זכאים לשכר מינימום. במקרים

117 אמנת ארגון העבודה הבינ-לאומי בדבר שכר מינימום, אמנה 26 (1928); אמנה מס' 131 (1970); המלצה 135 (1970); ראו דיון בע"ע (ארצי) 1194/01 עגיב – "המגן" – חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנוב, 11.2.2004).

שונים דחה בית הדין בצדק את הטענה שמדובר בעבודת התנדבות.¹¹⁸ כך נפסק באשר למתמחים במשפטים¹¹⁹ ובהנהלת חשבונות.¹²⁰ אולם אליה וקורן בה: מעסיקים החייבים לשלם שכר מינימום למתלמד יעדיפו להעסיק עובד מנוסה תמורת כסף, ובעקבות זאת ייפגעו אלה המבקשים להיות מתלמדים ויקשה עליהם להיקלט בשוק העבודה: ייתכן כי לא יתקבלו לעבודה, ולחלופין יגבו מהם המעסיקים סכומים גבוהים כדי להכשירם.¹²¹ לדעתי, במקרים אלו יש להגמיש את הגישה. יש לקבוע כי תקופת ההתלמדות הראשונה תהא בשכר נמוך יותר, ברם יש לעשות זאת בדרך שיטתית תוך קביעה עקרונית. את אורך התקופה ואת גובה השכר ראוי לקבוע בהסכמה בין ארגון העובדים, ארגוני המעסיקים למיניהם והמדינה. השותפים ליחסי העבודה מכירים את האינטרסים ואת הקשיים של כל צד; הם הצדדים הנכונים לקבוע את משך התקופה שבה יש לאפשר לשלם למתלמד תשלום נמוך משכר מינימום – תקופה שתהווה איזון בין האינטרסים של העובדים המתלמדים והמעבידים כאחד.

(3) התחולה של חוק שכר מינימום על העסקת אנשים עם מוגבלות

לאנשים עם מוגבלות קשה להתקבל לעבודה. לעתים קרובות התפוקה שלהם נמוכה והמעבידים מעדיפים לקבל עובדים שאינם מוגבלים. התוצאה היא פגיעה קשה ביכולתם של אנשים עם מוגבלות להשתכר כמו גם בכבוד האדם שלהם. בשנת 1998 נחקק חוק המבקש להביא לשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלות.¹²² החוק פותח בהצהרת כוונות ועקרונות, ברוח חוקתית:

פרק א': עקרונות יסוד

1. זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות.
2. חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן

118 ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.5.2004).
 119 ע"ע (ארצי) 1182/02 עו"ד קאזיס – ארייט, פד"ע לח 394 (2002).
 120 ע"ע (ארצי) 209/06 ימית א. ביטחון (1988) בע"מ – אפרים, פסק דינה של השופטת לאה גליקסמן (פורסם בנבו, 12.11.2008).
 121 כך מצאה עו"ד רחלי אידילביץ, שבדקה את המצב בשביל ארגון "קו לעובד".
 122 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו.

3. אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות.

4. אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין.

החוק אמנם נחקק, אך מצב התעסוקה של אנשים עם מוגבלות לא השתנה הרבה. על הבעיה, הנוגעת הן לאנשים עם מוגבלות והן למעסיקים המבקשים להעסיקם, עמדה ד"ר שגית מור במאמרה "לקראת שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מהתאמה לתפקיד להתאמת מקום העבודה – המצב המשפטי בתחום התעסוקה לאור עשור לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות"¹²³.

תמונת מצב זו מבהירה מה רב תפקידן של המדינה והחברה ביצירת הנחיתות ההיסטורית ממנה סובלים אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה. רבים מן המכשולים והחסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בבקשם למצוא עבודה קשורים בבעיות עומק מבניות ומתמשכות החורגות מתחומן של מערכות יחסים ספציפיות בין מעסיקים ועובדים. אמנם גם למעסיקים תפקיד בשינוי מצב התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות שכן הם העומדים בשער הכניסה לעולם התעסוקה והפרנסה. אך אין לתלות את הציפייה לשינוי באותם מעסיקים אקראיים הפועלים פעמים רבות במסגרת תחרותית קשה. לא ניתן גם לצפות ממועסקים פוטנציאליים לשבור לבדם את מעגל אי התעסוקה בו הם לכודים. אך מעורבות המדינה והשקעתה נדרשות לא רק לצורך תמרוץ מעסיקים, אלא גם כביטוי לאחריותה החברתית הכללית לאזרחיה ויותר מכך – בשם אחריותה לתיקון עוולות העבר.

אכן מוטל עלינו כחברה לדאוג לאנשים עם מוגבלות. אין זו אך דאגה כספית: החוק אוסר על הפליה בקבלה לעבודה או בסיומה ואף קובע העדפה מתקנת לאנשים עם מוגבלות. בדומה לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שקמה מכוחו של סעיף 18א לחוק שוויון

123 שגית מור "לקראת שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מהתאמה לתפקיד להתאמת מקום העבודה – המצב המשפטי בתחום התעסוקה לאור עשור לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות" (טרם פורסם).

ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, הקים סעיף 20 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נציבות מיוחדת לעניינם. אף על פי שהיה אפשר ללמוד על איסור הפליית אנשים עם מוגבלות מחוק שוויון הזדמנויות בעבודה – הואיל וברי שהרשימה שבו היא אך דוגמה, והאיסור להפלות חל בכל שטח שהוא – ראה המחוקק לנכון לחוקק חוק מיוחד להגנה על אנשים עם מוגבלות בתעסוקה.

שתי שאלות עולות אשר למשמעות המשפטית של העסקת אנשים עם מוגבלות: הראשונה היא אם יש לראות "עובדים" באנשים שיכולת העבודה שלהם נמוכה מהנורמה מפאת מוגבלותם, המועסקים מתוך רצון לעודדם, בדרך כלל לאחר פנייה של מוסדות השיקום. אם יש לראות במ "עובדים", השאלה השנייה היא אם חל בעניינם חוק שכר מינימום כלשונו או שמא יש להגמיש את החוק בעניינם.

שאלת הסטטוס של אנשים עם מוגבלות

העסקת אנשים עם מוגבלות היא בעלת חשיבות ראשונה במעלה. שילובם בחיי המעשה תורמת לתדמיתם בעיני עצמם וכך גם בעיני החברה הסובבת אותם. תרומתם למקום העבודה משתנה לפי רמת המוגבלות: לעתים הם תורמים תרומה מלאה ומוגבלותם אינה עומדת להם לרועץ, ולעתים תרומתם נמוכה. יש חשיבות רבה לראות במ "עובדים", שהרי הלכה למעשה הם משתלבים במפעל שבו הם מועסקים גם אם תרומתם נמוכה מהנורמה הנוהגת בו. יש לכך חשיבות רבה בכל הנוגע לזכויותיהם כעובדים, כגון חופשה שנתית, דמי הבראה, שעות עבודה וכיוצא באלו זכויות. נוסף על כך, הזכות לעבוד אינה אך הטבות חומריות: היא כוללת את הזכות שסביבת העבודה לא תהא מטרידה בשום צורה שהיא, שיהיו לעובד סיפוק והנאה ושיחוש שהוא חלק מהמפעל שבו הוא מועסק.

שאלת הסטטוס של אדם מוגבל כ"עובד" נדונה בבית הדין בעניין שבו העסיק מעביד פרטי עובד בעל פיגור שכלי, לבקשת הקרן למפעלי שיקום למוגבלים.¹²⁴ המעביד עשה זאת מתוך מודעות חברתית. למערער שולם שכר בגובה של 33%-40% משכר המינימום. השאלה הייתה אם יש לשלם למוגבל שכר מינימום. שאלה זו התעוררה בדיעבד לאחר תום תקופת העבודה. לשם כך נדונה השאלה אם התקיימו בינו לבין מעסיקו יחסי עובד-מעביד. בבית הדין האזורי טענה הקרן למפעלי שיקום למוגבלים כי לא התקיימו יחסי עובד-מעביד, ועל כן אין לחייב את המעסיק בשכר מינימום במלואו. לאחר ששופטת בית הדין האזורי, השופטת אביטל רימון-קפלן, ניתחה את מהות היחסים, היא קבעה כי התקיימו יחסי עובד-

124 פסק דינה של השופטת אביטל רימון-קפלן בעב' (אזורי חי') 3327/01 רוט – רם מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 18.9.2006) (להלן: אזורי רוט); ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2009) (להלן: ארצי רוט).

מעביד בין הצדדים באשר מתקיימים הקריטריונים שנקבעו בפסיקה ליחסים אלו. משמעות הפסיקה היא שהעובד המוגבל עשוי להיות זכאי לזכויות כשל כל "עובד", מעבר לשכר המינימום. בית הדין האזורי מצא כי העובד המוגבל זכאי להפרשים בגין דמי הבראה ופדיון חופשה. כך כתבה השופטת רימון-קפלן:¹²⁵

[...] באיזון הכולל של מכלול הסממנים והמבחנים המשמשים את בית הדין לקביעת מעמדו של אדם כ"עובד", לא רק שיכולתו המופחתת של התובע לעבודה, אינה שוללת את "השתלבותו" במפעל הנתבעת, אלא נהפוך הוא, היא היא הנותנת כי יש להכיר בו כעובד הנתבעת.

בבית הדין הארצי נחלקו הדעות. דעת הרוב מפי השופט יגאל פליטמן, שאליו הצטרפו נציגי הציבור, מר רן חרמש ומר הלל דודאי, פסקה כי לא התקיימו יחסי עובד-מעביד בין המוגבל למעסיק; הנשיא סטיב אדלר והשופט עמירם רבינוביץ' סברו כי אכן התקיימו יחסים כאלה. נראית לי המסקנה שאליה הגיעו בית הדין האזורי, מפי השופטת רימון-קפלן, ודעת המיעוט של הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ'. כל הקריטריונים שנקבעו בפסיקה לעניין סטטוס של עובד חלים בענייננו: הלכה למעשה השתלב המוגבל במקום העבודה, וכפי שציינה השופטת רימון-קפלן, הוא אכן היה עובד, ולכן הוא עשוי להיות זכאי לזכויות של עובד מעבר לשאלת החובה לשלם לו שכר מינימום. אולם כדי להגיע לתוצאה של פטור מתשלום שכר מינימום – כפי שתחושת הצדק קובעת במקרה זה – שינתה דעת הרוב את המציאות ופגעה בכך בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות.

שאלת חלותו של חוק שכר מינימום על אנשים עם מוגבלות

כאשר מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין מוגבל מועסק לבין מעסיקו, האם היא המוגבל זכאי לשכר מינימום מלא, כלשון החוק הקוגנטי, או שמא יש להגמיש את הוראות החוק? אעמוד תחילה על המצב הנורמטיבי.

המחוקק הכיר בצורך להגמיש את חלותו של חוק שכר מינימום, ובשנת 1997 הוא תיקן את החוק והסמיך את השר האחראי לביצועו להתקין תקנות הנוגעות למפעלים מוגנים שאוצר המדינה משתתף בתקציבם.¹²⁶ ההוראה מסמיכה את שר העבודה והרווחה, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, להתקין תקנות באשר לשכר מינימום הנמוך מהקבוע בחוק:

125 אזורי רוט, שם.

126 חוק שכר מינימום (תיקון מס' 2), התשנ"ז-1997.

17 (א) הוראות חוק זה יחולו לגבי עובדים שיש להם מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות המועסקים במפעלים מוגנים שאוצר המדינה משתתף בתקציבם, בין אם מלאו להם 18 שנים ובין אם לאו, אם קבע כך שר העבודה והרווחה בתקנות, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, דרך כלל או לסוגים; בתקנות כאמור יכול שייקבע שכר מינימום הנמוך מהאמור בחוק זה.

(ב) השר, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, רשאי לקבוע בתקנות הוראות בדבר תחולתו של חוק זה על עובדים שיש להם מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות אף שאינם מועסקים במפעלים מוגנים כאמור בסעיף קטן (א), ויכול שיקבע שכר מינימום לעובדים כאמור או לסוגים מהם, בשיעורים נמוכים מהאמורים בחוק זה.

18 (א) השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

(ב) תקנות בעניינים המפורטים להלן יקבע השר, דרך כלל או לסוגים, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת:

(1) תשלום שכר מינימום לעובד ששכרו אינו משתלם על בסיס של חודש, יום או שעה, ודרכי חישובו;

(2) תשלום שכר מינימום לעובד ששכרו משתלם בחלקו על בסיס של חודש, יום או שעה ובחלקו על בסיס אחר;

(3) הוראות נוספות או משלימות לענין תשלום שכר המינימום וחישובו.

(ג) השר, לאחר התייעצות עם ארגון עובדים שעם חבריו נמנים רוב העובדים המאורגנים במדינה ועם ארגוני מעבידים שהם, לדעת השר, יציגים ונוגעים בדבר, ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות משלימות לענין חישוב שכר מינימום יומי ושכר מינימום לשעה, ויכול שיקבע לענין זה הוראות השונות מהאמור בחוק זה.

הנה כי כן המחוקק הכיר בכך שכדי לקדם העסקת עובדים עם מוגבלות עלינו להתאים את שכר המינימום באופן שייווצר איזון נאות בין הצורך של אותם אנשים לעבוד ולא לחיות מקצבאות בלבד, לצורך של המעבידים לא לשלם שכר מינימום מלא כאשר התפוקה חלקית

ולעתים כמעט אפסית. אכן, פרשנות החוק ויישומו צריכים להיות ראליים. יש חשיבות חברתית להעסקת עובדים עם מוגבלות; העסקתם תורמת לאותם אנשים ולחברה ככלל. לכן יש חשיבות חברתית לעודד מעסיקים להעסיקם. מכוח ההסמכה שבחוק שכר מינימום תוקנו תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב–2002. כפי שהסביר משרד התמ"ת, התקנות נועדו לקדם את המטרות האלה:

1. לעודד שילובם של אנשים עם מוגבלות במקומות העבודה.
2. לאפשר לעובדים עם מוגבלות להתקדם בתפקידים במקומות העבודה תוך מיצוי יכולותיהם וקבלת שכר הולם.
3. לעודד קליטה בעבודה של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה המושתת על מערכת ישירה של יחסי עובד–מעביד.
4. להגביר את הפיקוח והאכיפה על העסקתם של אנשים עם מוגבלות בשכר נמוך משכר מינימום.

מחקרים מלמדים כי הצלחתם של החוק והתקנות מעטה מאוד. בפועל לא חל שינוי ניכר בהעסקת אנשים עם מוגבלות. למשל, סקר עמדות שערכה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה בקרב מעסיקים מעלה כי 85% מהמעסיקים בישראל אינם מעסיקים אנשים עם מוגבלות; כרבע מהמעסיקים ציינו כי לא יהיו מוכנים לגייס אדם עם מוגבלות; 53% מהמעסיקים כיום אנשים עם מוגבלות ציינו שלא יהיו מוכנים להעסיק עוד עובדים עם מוגבלות. ברי שאם יידרשו מעבידים להעסיק עובדים עם מוגבלות ולשלם להם שכר מינימום מלא, שיעור העסקתם של אנשים אלו ירד, אם לא ייעלם כליל. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות קובע כי דאגה לשוויון של אנשים אלה כוללת התאמות לצרכים המיוחדים של המוגבל.¹²⁷ עוד קובע החוק:

“התאמה”, “התאמות” – לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי.

האם ברשימה סגורה של “התאמות” עסקינן? נקודת המוצא היא שהחברה שבה אנו חיים צריכה לעודד העסקת אנשים עם מוגבלות. על כן עליה להתאים את עצמה לנסיבות באופן

127 ס' 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח–1998.

שעובדים מוגבלים יוכלו להשתלב במעגל העבודה גם אם יכולתם הפוטנציאלית נמוכה. לדעתי הרשימה היא אך דוגמה. "התאמה" ראויה היא גם התאמה של שכר מינימום ליכולת הביצוע של המוגבל. בכך ניצור איזון בין חשיבות העסקתם של אנשים אלו לבין עקרון הקוגנטיות של חוק שכר מינימום; כך נתאים את שוק העבודה למעבידים, וכך ניצור תמריץ להעסקת אנשים עם מוגבלות.

אכן, התיקון לחוק שכר מינימום והתקנות מכוחו יוצרים את ההתאמה הדרושה, אולם עניין רוט נדון טרם הותקנו התקנות. האם היה ראוי להגמיש את חוק שכר מינימום ולהתאימו למציאות? האם אפשר לעשות זאת? האם התקנות שהותקנו בשנת 2002 וקבעו דירוג של שכר מינימום לפי מידת המוגבלות צריכות או יכולות להנחות אותנו בעניין זה? ערב התקנת התקנות טענה המדינה כי גם אם ייקבע שהתקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים, אין להחיל על התובע את חוק שכר מינימום. המדינה טענה כי שילובם של אנשים בעלי יכולת עבודה פחותה בשוק העבודה, בתוספת קצבת הנכות מהמוסד לביטוח לאומי, מגלם הסדר חברתי כולל שמחד גיסא יש בו כדי למנוע את ניצולו של אדם עם מוגבלות, ומאידך גיסא מגשים את האיזון שערך המחוקק בחוק שכר מינימום בין זכותו של אדם לקיום בכבוד ליכולתו של המעסיק להעסיק עובדים עם מוגבלות בשכר. לטענת המדינה, כפי שהובאה על ידי השופטת רימון-קפלן, היה חסר – לקונה – בחוק עובר להתקנת התקנות, ויש להשלימו על פי תכלית החוק ומטרותיו. השופטת רימון-קפלן קיבלה טיעון זה, ובצדק.

בית הדין האזורי בחן אם מדובר בחסר (לקונה) או בהסדר שלילי (עד להתקנת התקנות). כך פסקה השופטת רימון-קפלן:¹²⁸

על יסוד תכלית החוק [...] אנו מוצאים על דרך ההיקש מהוראות התקנות, כי במצב זה שבו שותק המחוקק, ניתן להשלים את החסר בהסתמך על אותם עקרונות הגלומים בהוראות התקנות, לגבי אותם מקרים קיצוניים, דוגמת המקרה שבנדון.

אשר לגובה השכר שיש לשלם לעובד עם מוגבלות קבעה השופטת רימון-קפלן:¹²⁹

ברי כי אין תשובה אחת ויחידה שהיא נכונה לכל מקרה ומקרה שעשוי להתעורר, אלא כל מקרה יוכרע על פי נסיבותיו, כפי שיוכחו לגופו של עניין בכל מקרה ומקרה.

128 אזורי רוט, לעיל ה"ש 124, בס' 66 לפסק הדין.

129 שם, ס' 66 לפסק הדין.

הנשיא סטיב אדלר¹³⁰ הביא בהסכמה את דבריה של ד"ר נטע זיו:¹³¹

בהקשר של שילוב תעסוקתי של אנשים עם מוגבלות היתה קיימת בעבר בעיה באשר לתשלום שכרם של עובדים עם מוגבלות שאין ביכולתם – בין באופן זמני ובין באופן קבוע – לעבוד במלוא היכולת והתפוקה של עובד ללא מוגבלות. עובדים אלה, אם הועסקו במקומות עבודה רגילים, היו זכאים לקבל שכר מינימום, ולא פחות מכך, אף אם תפוקת עבודתם היתה נמוכה מן המקובל. הסדר זה היווה תמריץ שלילי למעבידים להעסיק עובדים בסביבת עבודה נורמטיבית, ודחק עובדים עם מוגבלות אל 'מפעלים מוגנים', שהינם מקומות עבודה סגרגטיביים. על-מנת להקל על השתלבותם של עובדים עם מוגבלות במקומות עבודה רגילים וכדי לאפשר לשלם להם שכר דיפרנציאלי שישקף את תפוקת עבודתם, הותקנו תקנות מכוח חוק שכר מינימום שנועדו להסדיר סוגיה זו.

הנשיא אדלר אף הוסיף וחזק את הרעיון הטמון בצורך לאפשר הפחתה של שכר מינימום במקרים אלה:¹³²

אין ספק, כי יש חשיבות רבה בהעסקת אנשים עם מוגבלות במגזר הפרטי ולא רק במפעלים מוגנים. על כן, פעלו המחוקק ומחוקק המשנה כדי לקבוע תנאים להעסקתם, על פי מדרג מובנה של יכולת. על כן, פעל המחוקק, לאחרונה, לשם צמצום התמריצים השליליים, שחסמו לעתים בעבר יציאה לעבודה ונבעו מההסדר של 'הכנסה שוללת'. המשימה של קליטת אנשים עם מוגבלות מכוח העבודה היא מורכבת וכוללת, בין היתר, את פעילות המוסד לביטוח לאומי ומוסדות שיקום שונים. משימה זו כוללת גם הפחתת שכר המינימום שישולם לעובדים עם מוגבלות, בתנאים מסוימים ותחת פיקוח נאות, כפי שנקבע במפורש בתקנות שכר מינימום מופחת. בהעדרו של הסדר כזה, ובכל הנוגע לתקופה שטרם כניסתן לתוקף של התקנות הנ"ל יש לראות את ההסדר הסטטוטורי שהיה קיים כהסדר שלילי, שאינו מאפשר פגיעה בשכר מינימום, ולא כלקונה שניתן לפרשה על פי התקנות המאוחרות יותר.

130 ארצי רוט, לעיל ה"ש 124, בס' 13 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

131 נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לערכים קיומיים" זכויות כלכליות,

חברתיות ותרבותיות בישראל 813, 849 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

132 ארצי רוט, לעיל ה"ש 124, ס' 24 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

במקרה דנן, לא היה הסדר סטטוטורי מפורש שחל על הצדדים ואין מסמכים המעידים על הסדרת תנאי עבודתו של יעקב. על מעסיק סביר היה להבין, כי להעסקת של אדם כמו יעקב במפעל במשך תקופה ארוכה יש נפקות משפטית. על כן, מצופה כי אותו מעסיק יברר את מהות ההעסקה, את היקף אחריותו המשפטית כלפיו, וידאג לעגן את הדברים במסמכים כתובים ובצורה מסודרת.

דברים אלה נכוחים בעיניי, אלא שהנשיא הסיק מכך שמדובר בהסדר שלילי, בשל התקנת התקנות המאוחרת. אמת, לעתים חקיקה מאוחרת עשויה להצביע על שינוי מדיניות, ועל כן על הסדר שלילי קודם לכן, ברם לעתים חקיקה מאוחרת מצביעה על התכלית שהמחוקק הסיק ועל כן הסדירה בחקיקה, היינו קודם לחקיקה היה חסר בחוק. ועוד: בעיניי, גם אלמלא תוקנו התקנות מאוחר יותר, הרי שלאור סעיף 17 לחוק, ואף לולא קיומו, לאור האינטרסים המתנגשים בין הקוגנטיות של חוק שכר מינימום לאינטרס החברתי שבהעסקת אנשים עם מוגבלות, הייתי קובעת כי מדובר בחסר. התקנת התקנות המאוחרת אך מחזקת איוון זה.

עמדתי בהרחבה על מקרה זה, המשקף את הצורך להגמיש את הגישה השיפוטית לחקיקה הקוגנטית ולהתאימה למציאות החיים. העסקתם של אנשים עם מוגבלות היא דוגמה לאיוון הנדרש בין הצורך להעסיקם בסטטוס של "עובדים", כדי שתחולנה עליהם כל הזכויות הרלוונטיות מחד גיסא, לבין הגשמת התכלית החברתית בהעסקת אנשים עם מוגבלות מאידך גיסא. הפתרון הוא סטייה מהנוקשות הקוגנטית מכוחם של עקרונות תום הלב, הצדק וההגינות. כך הייתי רואה את הדברים גם אלמלא סעיפים 17 ו-18 לחוק והתקנת התקנות המאוחרת. יפים לכך דבריו של הנשיא סטיב אדלר:¹³³

תחושת הצדק והמוסר אינה שובעת נחת, בלשון המעטה, מכך שלאחר תקופה כה ארוכה, בה החברה נטלה חלק בשיקומו של יעקב עליה לעמוד בסופו של יום בפני תביעה לתשלום סכום עתק של כארבעה מיליון שקלים. זאת, בייחוד נוכח היענותה של החברה לפניית גוף ציבורי העוסק בשיקום אנשים עם מוגבלות.

ודוק: קביעה של שכר מינימום גבוה מדי עלולה להביא לירידה בשיעור ההעסקה. עמד על כך גיא דוידוב:¹³⁴

133 שם, ס' 26 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.
134 Davidov, לעיל ה"ש 27, הטקסט ליד ה"ש 47.

There seems to be a consensus that a minimum wage set *too high* will bring down employment levels.

עמדה זו ודאי נכונה לאותו חריג של אנשים עם מוגבלות. האיזון בין האינטרס להעסיקם לבין זכותם לשכר מינימום דורש בחינת כל מקרה לגופו ואישור של תשלום נמוך משכר מינימום כאשר המוגבלות מונעת מאנשים אלו עבודה סדירה ומלאה. אם לא כן, מעסיקים לא ירצו להעסיקם, והשאיפה לשלבם בחיי העבודה והחברה – תתפוגג.

(4) התחולה של חוק שכר מינימום על אסירים

אסירים מועסקים על ידי שירות בתי הסוהר בעבודות שונות, חלקן למען בית הסוהר וחלקן בחברות פרטיות. לפני שהאסירים מתחילים בעיסוק הנכפה עליהם הם נדרשים לחתום על מסמך ובו מצוינים תנאי העבודה – אך לא התשלום שיקבלו עבורה. גם כאן נשאלות שתי שאלות: השאלה הראשונה, הטרומית, היא אם היחסים בין שירות בתי הסוהר לאסירים המועסקים על ידיו הם יחסי עובד-מעביד. אם התשובה לכך חיובית תישאל השאלה השנייה¹³⁵ – אם חוק שכר מינימום חל על האסירים המועסקים על ידי שירות בתי הסוהר. שתי השאלות נדונו בבית המשפט הגבוה לצדק.

שאלת הסטטוס של אסירים

עניין הסטטוס של אסירים בעת העסקתם בבית הסוהר נדון בפני בית הדין הגבוה לצדק. השופט יצחק זמיר, בהסכמת השופטים מישאל חשין ודורית ביניש, קבע כי יחסי עבודה הם אמנם ככלל יחסים חוזיים, אך יש ומאן שהוא המועסק מכוח חוק עשוי להיחשב "עובד"¹³⁶:

[...] חוזה, אף שהוא יסוד רגיל ביחסי עבודה, אינו יסוד הכרחי להכרה באדם כעובד. יחסי עבודה הם יחסים מורכבים. הם מתאפיינים באי-ספור צורות וגוונים, לכן שום מבחן אינו יכול להיות מבחן בלעדי ונוקשה בכל מקרה ומקרה. יש מקרים חריגים. בין היתר, יש מקרים שבהם אדם ייחשב עובד אף ללא חוזה עבודה.

135 כפי שראה זאת הנשיא סטיב אדלר בעניין צדקא, לעיל ה"ש 15. בעניין זה פסק הנשיא כי לא התקיימו יחסי עובד-מעביד אך פסק זכויות מכוח משפט העבודה, היינו הנשיא יצר משפט מקובל, common law, של זכויות הדומות לאלו שבחקיקת משפט העבודה.

136 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001) (להלן: עניין שדות).

כך נפסק לאחרונה בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה.¹³⁷
 בדברים אלה חיזק השופט זמיר את הלכת סרוסי, שבה עמד הנשיא אהרן ברק על
 משמעות המונחים "עובד" ו"מעביד" בעיניו:¹³⁸

המטען הנורמטיבי של הדיבור "עובד" ו"מעביד" אינו נקבע על פי
 המשמעות היוריספרודלנטית של מושגים אלה. משמעותם של מונחים אלה
 היא פונקציונלית. כך הדבר גם במשפט המשווה [...] כך הדבר במשפט
 הישראלי. מובנו של הדיבור "עובד" ו"מעביד" משתנה על-פי הקשרו,
 והקשרו נקבע על-פי תכליתו.

הנה כי כן, בג"ץ קבע שהסטטוס של אסירים המועסקים בעת מאסרם על ידי שירות בתי
 הסוהר הוא סטטוס של "עובדים". השופטים יצחק זמיר, מישאל חשין ודורית ביניש עמדו
 על החשיבות שבקביעת סטטוס זה: עובדת היותו של אדם אסיר אינה שוללת ממנו את
 כבודו.¹³⁹ השופט זמיר פירט את הנימוקים להעסקת אסירים בתקופת מאסרם:¹⁴⁰

שירות בתי הסוהר הקים מערך תעסוקה בבתי הסוהר כדי לשרת מטרות
 אחדות. בפקודת נציבות בתי הסוהר (מס' 12.14.2001 מיום 1.6.1983)
 מוצגות שש מטרות אלה: הקניית הרגלי עבודה ומקצוע לאסירים; מניעת
 בטלה וניוון; הפגת לחצים ומתחים; אפשרויות ביטוי אישי באמצעות
 עבודה ושיפור הדימוי האישי; רווח כספי לאסיר; כיסוי חלקי של הוצאות
 ההחזקה של אסירים.

לסיכום שאלת הסטטוס נפסק – אשר לאסירים, כפי שנקבע קודם לכן באשר לנבחרי ציבור
 (להלן) – כי גם מי שיחסיו עם מעסיקו נולדו מכוח חוק עשוי להיחשב "עובד". ברם שני
 פסקי הדין הגבילו את הגדרת הסטטוס: נקבע כי ייתכן שאדם יחשב "עובד" לצורך חוקים
 מסוימים אך לא לצורך חוקים אחרים. כך נפסק בעניין סרוסי כי לצורך הפרק הדין בדמי
 אבטלה בחוק הביטוח הלאומי מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין נבחר ציבור לגוף
 המעסיקו, ולעניין אסירים נפסק כי לצורך חוקים וזכויות מסוימים מתקיימים יחסי עובד-
 מעביד בין האסיר למדינה כגון לצורך פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התש"ל-

137 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998) (להלן: עניין
 סרוסי).

138 שם, בעמ' 828.

139 עניין שדות, לעיל ה"ש 136, פס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר.

140 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט זמיר.

1970. עם זאת נפסק כי לצורך חוק שכר מינימום או חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 אסירים לא ייחשבו "עובדים". לשאלה אם נכון לקבוע ש"עובד" יכול שיהיה "עובד" רק לצורך חוקים מסוימים אפנה בהמשך.¹⁴¹

שאלת חלולות של חוק שכר מינימום על אסירים

אסירים מועסקים מתבקשים לחתום טרם העסקתם על מסמך המציין את תנאי העבודה אך לא את שיעור התמורה שיקבלו. לאור מסקנתו של השופט יצחק זמיר – שלצורך חוק שכר מינימום אין מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין האסיר למדינה ועל כן אין חובה לשלם לאסיר שכר מינימום מלא – לא היה לו צורך לעסוק בשאלה אם בסיטואציות מסוימות אפשר להפחית את חוק שכר מינימום או להגמישו. אם החוק לא חל, נותרה רק הבחינה אם התגמול שהאסירים מקבלים הוא סביר. השופט יצחק זמיר הגיע למסקנה שהתשלום אכן סביר מאחר שהתגמול שהאסירים מקבלים הוא כ-80% משכר המינימום ועליו יש להוסיף את הוצאות המחיה שלהם.

השופט מישאל חשין יצא מנקודת מבט שונה. לדידו חוק שכר מינימום חל על אסירים מתוך פרשנות החוק. בעמדו על החשיבות של תשלום הוגן לאסירים ציין השופט חשין:¹⁴²

בהיבט זה של כבוד האדם שולח חוק שכר מינימום לעברנו מסר ערכי רב-חשיבות, ומסר זה עניינו באסיר – על דרך ההיקש – כשם שעניינו הוא במי שאינו-אסיר. ההיקש אמנם אינו מושלם, אך דומה עליו כי תחנת המוצא למסע הפרשנות תימצא לנו – וראוי כי תימצא לנו – בחוק שכר מינימום. וכך, לעת שנציב בתי הסוהר יבוא לקבוע שכרו של אסיר המועסק בעבודה יצרנית – כסמכותו בסעיף 16 לתקנות בתי הסוהר – שכר המינימום אמור לשמש לו, לדעתי, למצער תחנת מוצא לשיקול-דעתו. חוק שכר מינימום אומר לקבוע נורמה ערכית לגמול עבור עבודה, ולעניין זה זכאי הוא אסיר – בשינויים המחויבים מן העניין – לגמול כגמולו של אדם חופשי. לשון אחר, חריגה מהותית, חריגה-של-ממש, מן השכר המשתלם על-פי חוק שכר מינימום תיחשב בלתי ראויה ותחייב את נציב בתי הסוהר בשיקול-דעת פגום. חברי השופט זמיר מדבר על שיקול-דעת סביר ושיקול-דעת בלתי סביר כמקובל במשפט המינהלי. ואילו אני, סבורני שראוי כי ננחה עצמנו

141 ראו עמדת הפסיקה בעמ' 114 ואילך, ועמדתי בעמ' 117 ואילך.

142 עניין שדות, לעיל ה"ש 136, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין.

בהנחיות חוקתיות, אלו הנחיות הנגזרות מכבוד האדם, ובהן הוראות חוק שכר מינימום.

שתי הדעות מציינות כי התשלום סביר משום שהאסירים מקבלים הוצאות כלכלה. אכן, אחת המטרות שציינן שירות בתי הסוהר להעסקת האסירים היא "כיסוי חלקי של הוצאות ההחזקה של אסירים". הגמול המשתלם לאסירים בגין עבודתם מצטרף לכיסוי הוצאות המחיה של האסירים. בהקשר זה ראוי לציין את סעיף 3 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, הקובע:

מותר בהסכמת העובד לשלם חלק משכר עבודה באוכל ובמשקאות המיועדים לצריכה במקום העבודה, להוציא משקאות משכרים, או בדיוור, אם דרך תשלום זאת נקבעה בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה או שהיא נוהג מקובל בתנאי עבודה, ובלבד שהשווי המיוחס לכל אלה לא יעלה על המקובל בשוק.

אם כן, ייתכן שהלכה למעשה התשלום לאסירים מתקרב לשכר המינימום. על פי שתי הגישות התשלום הוגן, אלא שהאחת סבורה שהחוק עצמו לא חל על היחסים והאחרת סבורה שהחוק חל ואין הוא מופר.

סיכום ביניים – עמדת הפסיקה שלפיה יכול שיהא אדם "עובד" רק לצורך חוק או חוקים מסוימים

ראינו לעיל כי בג"ץ הגיע לשתי מסקנות באשר להגדרת "עובד": לפי הראשונה יכול שיתקיימו יחסי עובד-מעביד גם על מי שמועסק על פי חוק ולא על פי חוזה, ולפי השנייה פלוני יכול להיחשב "עובד" לצורך חוקים מסוימים אך לא לצורך חוקים אחרים. מקובלת על ידי מסקנתו הראשונה של בג"ץ. יש חשיבות רבה לכך שמי שהוא אכן חלק בלתי נפרד ממפעל ייחשב "עובד" על כל הכרוך בכך, ואין נפקא מינה באיזה הליך הוא נהיה לעובד. המסקנה השנייה – שלפיה יכול שאדם ייחשב "עובד" רק לצורך חוקים מסוימים – בעייתית בעיניי. האם אכן ראוי שבמקרים מסוימים מאן דהוא ייחשב עובד רק לצורך חלק מהחוקים? או שמא ראוי – כפי שסבר השופט מישאל חשין – שמי שמוגדר כעובד על פי הקריטריונים ייחשב "עובד" לצורך כל החוקים והזכויות, אך במקרים מסוימים יש להגמיש את החוקים והכללים.

המסקנה כי אדם יכול להיחשב "עובד" רק לצורך חוקים מסוימים צמחה מהמקרים הקשים, מהצורך לסטות במקרים מסוימים מהכללים הנוקשים כדי לשמר את זכויות העובדים והמעבידים כאחד. כך הורגש הצורך להבטיח דמי אבטלה למי שמונה על פי חוק לתפקיד ציבורי אך נאלץ לפרוש בטרם עת; כך הורגש צורך לראות עובד קבלן שהועסק אצל המשתמש בפועל במשך תקופה ארוכה כמי שפוטר לצורך דמי אבטלה, מאחר שהלכה

למעשה העובד היה קשור למעסיק בפועל.¹⁴³ כך ניתן תוקף לתכליתם של דמי האבטלה, היינו לאפשר למי שעבודתו הופסקה למצוא עבודה חלופית.¹⁴⁴ בית המשפט העליון ובית הדין לעבודה ביקשו לאזן בין צורכי העובדים הסיעודיים לאלה של המעבידים;¹⁴⁵ בין הצורך החברתי לעודד מעבידים להעסיק אנשים עם מוגבלות לבין צורכי המעבידים;¹⁴⁶ בין זכויותיהם של אסירים עובדים לבין הצרכים של שירות בתי הסוהר.¹⁴⁷ מתוך שאיפה זו לצדק ולהגנות צמחה הגישה שלפיה פלוני יכול להיחשב "עובד" לצורך חוקים מסוימים ולא לצורך חוקים אחרים. כך מצאו בתי המשפט דרך לתקן עוולות לאור עקרונות הצדק וההגנות ולאור מציאות החיים. הנשיא אהרן ברק, בדונו בהחלת הפרק על דמי אבטלה בחוק הביטוח הלאומי על נבחר ציבור, ציין:¹⁴⁸

המונחים 'מעביד' ו'עובד' מופיעים בשורה ארוכה של חוקים. נקודת המוצא העקרונית, אשר חייבת להנחות אותנו, היא, כי לביטויים אלה אין משמעות אוניברסאלית, אלא המשמעות, שנודעת להם, קשורה קשר הדוק להקשר, בו מופיעים ביטויים אלה. לשון אחר: אין הגדרה אחת ויחידה אשר משמשת אמת מידה לקביעת יחסי מעביד-עובד, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכול בהתאם להקשר הדברים, בו מתעוררת השאלה. על-כן תהא זו תופעה טבעית, כי פלוני ייחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא ייחשב כעובד לצורך חוק אחר.

לאורה של תחושת צדק זו פסק גם השופט יצחק זמיר כי יש להכיר באסירים העובדים מכוח חוק כ"עובדים" – אך רק לצורכי חוקים מסוימים.¹⁴⁹ רעיון זה שב וחזר בפסיקה כמה פעמים, וכיום הוא ההלכה הפסוקה. כך ציין השופט יואל זוסמן:¹⁵⁰

השאלה היא אם הוא עובדה של העירייה או עובדה של המדינה. הגדרה שנקבעה לעניין חיקוק אחד, אין כוחה יפה בהכרח לעניין חיקוק אחר שמטרתו היתה שונה גם אם השתמש בו המחוקק באותם המונחים.

- 143 עניין אסנת דפנה לוי, לעיל ה"ש 86. וראו להלן בעמ' 129 ואילך.
 144 עניין סרוסי, לעיל ה"ש 137.
 145 ראו הדיון לעיל בפרק ב(א): עובדי סיעוד.
 146 ראו לעיל בעמ' 99 ואילך ובעמ' 102 ואילך.
 147 ראו לעיל סעיף קטן (ב)(4) בפרק זה.
 148 עניין סרוסי, לעיל ה"ש 137; עניין אסנת דפנה לוי, לעיל ה"ש 86, פסק דינה של השופטת ברק.
 149 ראו עניין שדות, לעיל ה"ש 136.
 150 בג"ץ 55/62 אזולאי נ' ראש עיריית צפת, פ"ד טז 1465, 1469 (1962).

באופן דומה פסקה השופטת נילי ארד כי עיתונאי הפועל בחוץ לארץ הוא "עובד" לצורך חוקי מגן מסוימים אך לא לצורך חוקי מגן אחרים. היא כינתה זאת "פריצת האוניברסליות"¹⁵¹:

מזה זמן מסתמן שינוי בתפיסה האוניברסלית של המושג "עובד" כפי שהייתה נקוטה בבית-דין זה ובמשמעות ה"מקצועית" שניתנה לו, בחינת "טרמינוס טכניקוס", לפיה נקבע, כי לא נמצא בהלכה ולא בפסיקה "כי יתנו למונח 'עובד' משמעות משתנה מחוק לחוק [...] וכין הכלל הוא, כי מי שהינו 'עובד' במשמעות שהמשפט נתן למונח – הינו עובד לכל דבר, ומי שאינו עובד במשמעות האמורה אינו 'עובד' כלל"¹⁵².

בפסיקתו האחרונה של בית-הדין הארצי וכן גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון, נשמעות גישות חדשות, המצביעות על מגמה של השתחררות מן הגישה האוניברסלית ה"טוטאלית" ושל נטיה אל עבר הפרשנות התכליתית, לפיה נקבעים מעמדו של המועסק וזכויותיו לאור נסיבותיו של המקרה הספציפי אל מול תכליתו של החוק.

כך נשמע מדבריה של השופטת ברק בפסק-דין לוי¹⁵³, לפיהם סבורה היא "שאינן להגדיר עובד בצורה אחידה לכל חיקוק וחיקוק" כי אם "לבחון בכל מקרה את תכלית החקיקה הדורשת מאתנו להגדיר עובד".

ביטוי למגמה זו, של הפרשנות התכליתית מוצאים אנו גם בגישתו של בית-דין זה, אשר קבע, כי לעניין הקניית זכויות מתחום הביטחון הסוציאלי, כגון דמי אבטלה, ניתן להכיר כ"עובד" גם במי שהוא בעל חברת יחיד, או דירקטור, או בעל מניות, או בעל שליטה בחברה, או מי שבא בגדר "חברה משפחתית", ובהתקיים המבחנים שנקבעו לכך בפסיקה. בהקשר זה מבחין בית-דין זה בפסיקתו ב"כובעים" השונים שבהם מבצע אדם עבודתו, כאשר

151 עניין צדקא, לעיל ה"ש 15; ע"ע (ארצי) 568/06 שושן – קל שירותי נופש ותיירות בע"מ, פסק דינה של השופטת נילי ארד (פורסם כנבו, 3.1.2008). בפסק דין אחרון זה בדעת מיעוט חוזרת השופטת נילי ארד על כך ש"לצורך הוראות מסוימות בחוקי עבודה מסוימים ניתן להגדיר כ'עובד' גם מי שעל פי מעמדו אינו 'עובד'". ראו להלן בעמ' 117 ואילך ובעמ' 126 ואילך.

152 דב"ע (ארצי) לו/8-2 חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח(1) 474 (1977) (להלן: עניין חיימוביץ); מנחם גולדברג "עובד ו'מעביד' – תמונת מצב" עיוני משפט יז 21, 23-24 (1992).

153 עניין אסנת דפנה לוי, לעיל ה"ש 86.

לצורך הגשמת זכאותו לדמי אבטלה נדרש בית-דין זה בעניין גרוסקופף¹⁵⁴
לקבוע "באיזה 'כובע' הוא עובד".

רעיון זה חזר בפסיקה ובמאמרים אקדמיים. כך למשל ציין מנחם גולדברג:¹⁵⁵

לביטויים רבים, לרבות הביטויים "עובד" ו"מעביד", אין משמעות
אוניוורסלית. כתוצאה מכך, גורסת שיטתנו המשפטית שיש לפרש ביטוי
שבחוק בהתאם למטרה שאותו חוק נועד לשרת [...]

משכך הדבר, יתכנו מצבים שבהם יקבע כי פלוני הוא "עובד" לעניין חוק
פלוני, אך אין לראותו ככזה לעניין חוק אחר, וכבר היו דברים מעולם.

פרופ' אייל זמיר ציין:¹⁵⁶

במישור המשפט הפוזיטיבי, חלק מהקשיים נובע מריבוי הנפקויות של
הסיווג עובד-קבלן. בין היתר עשוי הסיווג ליצור השלכות על תוכן החיובים
ההדדיים של הצדדים.

גם המשפט הצרפתי מבחין בין הגדרת "עובד" כשמדובר בדיני עבודה או כשמדובר בזכויות
מכוח חוק ביטוח לאומי.¹⁵⁷

הנה כי כן, מתוך המודעות והתחושה לכך שיש להגמיש את הכללים בשם הצדק
וההגינות, ובשם עקרון תום הלב, צמחה ההלכה שאדם יכול להיות מוגדר "עובד" רק לצורך
חלק מהחוקים.

עמדתו: עובד משתלב הוא לעולם "עובד" בכפוף לעקרון תום הלב

חיובית בעיניי המסקנה שלפיה יש להגמיש את הדין, ברם אני מסתייגת מהרעיון שלפיו
פלוני יכול להיחשב "עובד" רק לצורך חלק מהחוקים. בעיניי "עובד" אינו עובד אך לצורך
זכייה ביתרונות שעליהם עומדים חוקי המגן; "עובד" הוא חלק ממערך יחסים. זהו מערך
יחסים שמתקיים במפעל, גדול או קטן, או אף בבעלותו של אדם אחד – הוא המעביד –
שבמסגרתו העובד משתלב והופך לחלק בלתי נפרד ממנו, ממקום העבודה. על פי המבחן
שפיתחה הפסיקה, "עובד" ייחשב מי שמשתלב בעבודה והוא חלק מהמערך (הפן החיובי)

154 עב"ל (ארצי) 20182/97 המוסד לביטוח לאומי – גרוסקופף, פד"ע לד 97 (1999).

155 גולדברג, לעיל ה"ש 152, בעמ' 23.

156 אייל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113, 116 (1992).

157 GERARD LYON-CEAN, JEAN PELISSIER & ALAIN SUPIOT, DROIT DU TRAVAIL 152 (1998)

ואיננו מספק למפעל את שירותיו ממפעל פרטי משלו (הפן השלילי). אמת, במקרים גבוליים על הפסיקה לבחון מהי התכלית של הגדרת היחסים – וגם כאן פעלה הפסיקה על פי התכלית של הגדרת העובד. נקבע כי אם אדם משתלב בעבודה והוא אכן חלק בלתי נפרד מהמפעל, הרי גם אם חלים על יחסיו עם מעסיקו חריגים מסוימים מיחסי עובד-מעביד קלאסיים – כגון שהוא משתמש בכלים שלו משום שאלה ייחודיים, או שהוא מבקש ממאן שהוא להחליפו מעת לעת בגין אילוצים – עדיין אפשר לראות בו "עובד". במקרים אלה איזנה הפסיקה בין התכלית של הגדרת "עובד" לבין החריגים של חיי המעשה תוך בחינת התמונה בכללותה.¹⁵⁸

- אם כן, מה המשמעות של היות אדם "עובד" במפעל? על פי הפסיקה, המשמעות היא שהאדם "משתלב" במפעל. בכך לא סגי. הזכות לעבוד כוללת יסודות רבים אחרים:
- זכותו של אדם להשתכר למחייתו.
 - זכות לבחור את העיסוק. אין מצפים מהמדינה לספק לכל אחד עבודה אלא לא לפגוע באפשרות הבחירה. ספקטרום ההזדמנויות מוגבל כמובן, אך אכיפה ללא אפשרות בחירה מתקרבת לעבודות והיא אינה חוקית. יש לאפשר לאדם לעבוד בעבודה שבחר בה באופן חופשי ושבה הסכים לעבוד.
 - זכות לעבוד בתחום שבו האדם מיומן ומאומן; בתחום המסב לו סיפוק ושבו הוא מתעניין.¹⁵⁹
 - זכות לקידום: המדינה והמעביד ידאגו במידה סבירה להשתלמויות, לשיקום וללימוד מקצוע.
 - זכות לאי-הפליה, הכוללת את חובתה של המדינה ושל המעביד לדאוג לכך שלא יתמעטו סיכוייו של פרט לעבוד רק משום שהוא שייך לגזע, למין או לקבוצה אחרת המופלית לרעה או שדבקה בה סטיגמה מסוימת.
 - זכות לאי-הטרדה – כל הטרדה – במקום העבודה.
 - זכות לפרטיות.
 - זכות לבטיחות וגהות בסביבת העבודה.
 - חופש בחירה: לעובד זכות מלאה להתפטר לכשיחפוץ, בכפוף לכך שהודיע למעבידו מראש על כך ושייערך איוון בין רצונו להתפטר לבין הנזק שייגרם למעביד.
 - זכות לא להיות מפוטר שלא כדין.
 - זכות להתאגד בארגוני עובדים.

158 ראו לדוגמה ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (להלן: עניין אייזיק), סיפוק עבודה באמצעות מחליף הוא סממן של עצמאי, אולם במקרה זה יש התחשבות בכך שבנו של אייזיק החליף אותו באופן זמני בשל מחלת אביו.

159 תב"ע (אזורי-ים) נד/289-3 פרט – פרקש (פורסם בנבו, 9.1.1996).

– זכות אישית להשתתף במאבק מקצועי ובשביתה.

שני יסודות אחרונים אלו הם כמובן זכויות קיבוציות: הן נתונות לעובדים כקבוצה, אך נובעות מהזכות האישית של כל עובד להתאגד, להיות שייך לארגון עובדים, ועל כן גם להיאבק מאבק מקצועי ולשבות.

אלמנטים אלו קיימים בישראל לא מכוח החוקה אלא מכוח המשפט המקובל הישראלי; במרב המדינות שיש בן חוקה עם זכויות חברתיות הם גם מפורטים בחוקה.¹⁶⁰ ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) קובעת:¹⁶¹

Article 23.

- (1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.
- (2) Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.
- (3) Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.
- (4) Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

Article 24.

Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.

160 ראו מאמרו של גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך ב – בני סברה 183 (2000).

161 ההכרזה אומצה על ידי העצרת הכללית של האומות המאוחדות ביום 10 בדצמבר 1948. נוסח ההכרזה אושר על ידי ממשלת ישראל. ההכרזה עצמה, בהיותה החלטה של העצרת הכללית של האו"ם, היא המלצה בלבד ואין לה תוקף משפטי. למרות זאת תוכן ההכרזה משמש בסיס לעקרונות משפטיים מחייבים במישור הבין-לאומי.

האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 מתייחסת לזכות לעבוד על היבטיה: ¹⁶²

Article 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.
2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

Article 7

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

- (a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:
 - (i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;
 - (ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant;

162 אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1032, כרך 31, עמ' 205 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושרה בישראל ב-3.10.1991).

(c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;

(d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays

נוסף על הזכויות שצוטטו עוסקות האמנות בזכותו האישית של כל עובד להתאגד (סעיף 8 לאמנה הנ"ל, לדוגמה). סעיף 31 לצ'רטר האירופי לזכויות יסוד של הקהילה האירופית¹⁶³ מציין את חופש העיסוק של עובדים ומעסיקים ואת הזכות לתנאי עבודה הוגנים:

Fair and just working conditions

1. Every worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity.
2. Every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave.

סעיף 30 לצ'רטר עוסק בזכות לא להיות מפוטר שלא כדין:¹⁶⁴

Protection in the event of unjustified dismissal

Every worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Community law and national laws and practices

הנה כי כן, הזכות לעבוד אינה אך הזכויות מכוח חוקי המגן. הרעיון של יחסי עבודה תקינים הוא רעיון של שיתוף ושל הדדיות.¹⁶⁵ על הצדדים לעשות את המרב כדי שזכויותיהם לא יפגעו זו בזו. זו המשמעות של תום הלב המיוחד. עמדה על כך פרופ' רות בן-ישראל בהרצאה שנשא בהזכות לעבוד:¹⁶⁶

European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official J. 163
European Communities (2000/C 364/01), available at: [www.unhcr.org/refworld/
docid/3ae6b3b70.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b70.html)

שם, ס' 30. 164

עניין לוי, לעיל ה"ש 59. 165

רות בן ישראל "הזכות לעבוד" (הרצאה באוניברסיטת תל-אביב בטקס לכבוד קבלתה את פרס ישראל, אפריל 2001). 166

ההתייחסות לחוזה העבודה כאל חוזה לשיתוף פעולה בין העובד למעביד מחייבת את שני הצדדים לנקוט באמצעים הנדרשים על מנת להבטיח את אפשרות ביצועו של החוזה. העובד והמעביד מנועים מלהתנהג בצורה המכוונת לפגוע, או העלולה לפגוע, ביחסי האמון שביניהם.

היחסים הם יחסים מתמשכים, התנאים משתנים וקיימת תלות הדדית של מעביד ועובד, האחד כלפי השני. המעביד מעוניין ברווחתו של העובד על מנת שזה יקדם את העבודה תוך שהעובד יתרום מכוחו ומכישוריו למען פיתוח ושגשוג מפעלו. העובד מעוניין ברווחתו של המעביד, על מנת שמקור עבודתו ישגשג... הדאגה ההדדית של הצדדים זה לזה היא דאגה מטריאליסטית, מתוך שלכל צד כדאית הצלחתו של זולתו למען הצלחתו הוא. הדאגה ההדדית היא גם דאגה אלטרואיסטית. חיי שיתוף פירושם גם דאגה אלטרואיסטית של כל צד לזולתו, תוך יצירת סביבת עבודה נעימה לשני השותפים. חשוב לזכור שיחסי עבודה בהיותם מתמשכים דומים מאד ליחסים בתוך משפחה ושותפות. כשם שבמשפחה ושותפות מעוניין כל צד, למרות חילוקי דעות לעתים, בטובתו של השני, גם כדי שחיייו יהיו שלווים, אך גם מתוך רצון אלטרואיסטי להגן על טובת הזולת, כך הוא גם במקום עבודה.

ומי הם השותפים ליחסי העבודה? אלה הם המעביד, העובד, ארגון המעבידים, ארגון העובדים והציבור הרחב, שאף באינטרסים שלו יש להתחשב. התחשבות באינטרסים של הציבור הרחב באה לידי ביטוי בתקנת הציבור. על כן, בעיניי, מי שמוגדר "עובד" הוא עובד לכל דבר ועניין ולא לצורך חוקים מסוימים. כך תישמר לו הזכות המלאה לעבוד, על כל רכיביה.

ודוק: נבחרי ציבור למשל משתלבים בעבודה, ויש לראות בהם "עובדים" למרות החרגיגים בחלותן של זכויות מסוימות.¹⁶⁷ לדוגמה, אין סיבה לא לקבוע כי נבחרי ציבור רשאים להתאגד וכן להיאבק במאבק מקצועי כגון שביתה. ברי שאת זכותם להיאבק יש לאזן עם הנזק הנגרם למעביד ולציבור, אך זהו איזון הנדרש בנוגע לכל מאבק מקצועי ובנוגע לכל שביתה.

אם כן, "עובד הוא תמיד עובד" – בכפוף לחריג מכוח עקרון תום הלב שעליו אעמוד להלן.¹⁶⁸

167 עניין סרוסי, לעיל ה"ש 137.

168 עניין בוכריס, לעיל ה"ש 35.

ג. הלעולם חוקי מגן ביחסי עבודה? התפתחות ההלכה שלפיה אין לחוקי המגן תחולה אוניברסלית

יש אפוא בעיניי חשיבות עליונה להכרה בכך שמי שעומד בקריטריונים של "עובד" אכן ייחשב עובד. אין בכך כדי לומר שאם אדם הוא "עובד" אזי בהכרח יחולו עליו כל חוקי המגן וכל הזכויות של משפט העבודה. ההבדל בין הקביעה שאדם יכול להיחשב "עובד" לצורך חוקים מסוימים אבל לא לצורך חוקים אחרים, לבין הקביעה שלעתים חוקים מסוימים לא יחולו על אדם שהוא "עובד", הבדל זה אינו סמנטי גרדא. ההבדל הוא מהותי והוא ניצב בבסיסו של משפט העבודה. טלו לדוגמה את עניין חלותו של חוק שכר מינימום על העסקת אנשים עם מוגבלות שנדון בפרשת רוט.¹⁶⁹ רוב המותב של בית הדין הארצי חש שאין זה סביר שמעסיק יצטרך לשלם שכר מינימום לעובד עם מוגבלות, שתועלתו קטנה, ושאותו הוא מעסיק מטעמים חברתיים. כידוע, "bad cases make bad law". אותו אדם עם מוגבלות אינו אך מבקש שכר; הוא מבקש סביבת עבודה נעימה, הוא מבקש ליהנות מיחס הוגן, מתנאי עבודה ראויים ומא־הטרדה. הוא מבקש להשתלב בעבודה, ועלינו להגן על זכותו לעבוד, על כל הכרוך בזכות זו. בשל מוגבלותו לא יהא צודק לדרוש מהמעסיק לשלם לו את שכר המינימום, ולכן הוא לא יהא זכאי לשכר מינימום מלא, וייתכן שלא יחול עליו חוק שעות עבודה ומנוחה או חוקי מגן אחרים.

אם כן, במקום לשלול מאדם כזה את הסטטוס של "עובד" – סטטוס שבצדו כאמור יתרונות רבים שאינם כרוכים דווקא בכסף – יש לשלול או להגמיש, במקרים המתאימים ובמידה הראויה, את חלותם של חלק מחוקי המגן מיחסי העבודה שבין אדם כאמור לבין מעסיקו. הגמשה או שלילה אלה צריכות להיעשות בשם תום הלב, הצדק וההגינות; בשם ההתאמה לאמת.

בראשית דרכו עמד בית הדין על כך שכאשר מתקיימים יחסי עובד-מעביד חלים על מערכת היחסים כל דיני העבודה וכל חוקי המגן. עם זאת בדונו בזכאותו של חייל בשירות קבע לתחולת חוק הגנת השכר ציין הנשיא צבי בר-ניב, בהערת אגב לעניין ביטוח אבטלה, כי ייתכן שפלוגי שאינו "עובד" ייחשב "עובד":¹⁷⁰

לא מצאנו, לא בהלכה ולא בפסיקה, כי יתנו למונח "עובד" משמעות משתנה מחוק לחוק. אמת נכון הדבר: יש ולעניין חוק מסוים ירחיב המחוקק משמעות המונח, כגון העמדת חבר אגודה שיתופית בגדר "עובד", ויש והרחבה תבוא מעצם הנושא, כגון ראיית מחוסר עבודה כ"עובד", לעניין

169 אזורי רוט, לעיל ה"ש 124, פסק דינה של השופטת רימון-קפלן; ארצי רוט, לעיל ה"ש 124.
170 עניין חיימוביץ, לעיל ה"ש 152.

משפט העבודה הארגוני או לעניין ביטוח אבטלה. באמור אין כדי לפגוע בכלל, והכלל הוא, כי מי שהינו "עובד" במשמעות שהמשפט נתן למונח – הינו עובד לכל דבר, ומי שאינו עובד במשמעות האמורה אינו "עובד" כלל; כל זה, באין הוראה מפורשת אחרת או עת מעצם הנורמה המשפטית עולה, כי אין ליישמה כלל אלא אם מייחסים משמעות מיוחדת לדיבור "עובד", כגון "עובד" לעניין ביטוח אבטלה.

בעניין ברגר נ' עיריית נתניה ציין הנשיא בר-ניב: 171

ייאמר מיד, שהמבחן אשר לפיו ייקבע, אם פלוני מעמדו הוא מעמד של "עובד" או של "מפרנס עצמאי", לא יכול שיהא יציב לדורות, קיים בכל הנסיבות וטוב ליישום לכל המטרות.

המסגרת החברתית-כלכלית שבה מתקיימים היחסים שאת מהותם באים להגדיר, מהות העבודה מבחינת תהליכי הייצור ודרכי השירות, האמצעים שלהם מזדקקים, יחסה של החברה לעבודה ול"עובד" ומטרת החוק או מערכת החוקים שבהקשר ליישומם באים לקבוע את המבחן – כל אלה גורמים משתנים הם, ועם השינוי, ישתנה המבחן.

הגורמים המשפיעים על מהות היחסים המוגדרים כיחסי עובד ומעביד, אינם באים, מן ההכרח, בזה אחר זה ואין מצב אחד מחליף את האחר, בבחינת "ישן מפני חדש תוציא", אלא שלרוב פועלים הם זה לצד זה. מכאן גם הצורך במבחן רחב וגמיש. המבחן צריך שיענה על מגוון של יחסים ונסיבות, ויהא בו מכנה משותף למעמדם של אלה השונים זה מזה [...]

את הגמשת תחולתם של חוקי המגן יש לעשות תוך איזון ראוי, בלי לפגוע בזכויות העובד ובזכויות המעביד כאחד. יש שההגמשה היא המגנה על זכויות, ואילו העמידה על חלותם של חוקי המגן כלשונם עלולה דווקא לפגוע בהן. יש סוגי עובדים שהם sui generis; כאלה הם למשל עובדי סיעוד, אנשים עם מוגבלות, אסירים, נבחרי ציבור, שופטים, חברי כנסת, אנשי צבא ודומיהם. מדובר ברשימה פתוחה המשתנה תדיר, עם חילופי העתים והשינויים בדפוסי העבודה. עובדים רבים כיום כבר אינם עובדים בדפוס הקונוונציונלי. יש סוגי עבודה

171 דב"ע (ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177, 181-182 (1971); מובא בהסכמה בחוות דעתו של הנשיא אהרן ברק בעניין סרוסי לעיל ה"ש 137.

הדורשים ריכוז העבודה במספר קטן של ימים בשבוע ובהגדלת מספר שעות העבודה ביום.¹⁷² עמדתי על כך באחד העניינים:¹⁷³

הבחינה צריך שתיעשה מתוך נקודת המוצא שהגדרת יחסי עובד-מעביד אינה הגדרה או נוסחה מתמטית. דפוסי העבודה משתנים כל העת. מספרם של העובדים הכבולים למקום העבודה שמונה או תשע שעות ביום הולך ומתמעט. במקרים רבים אין אנו דנים בעובדים כמו עובדי אשנבים בדואר או פקידי קבלה בבנק המחויבים בגין טיב עבודתם להימצא במקום העבודה מספר מסוים של שעות ביום. כיום מדובר בעובדים רבים העובדים בצורות העסקה שונות, אלו שכונו על-ידינו "צורות העסקה לא שגרתיות". [...] דרכי ההעסקה נעשו גמישים על-פי צורכי התעסוקה והחברה. ישנם מפעלים רבים שהעבודה בהם דורשת שעות גמישות. ישנם מפעלים שניתן לעבוד עבורם מהבית או מהשטח. השותף למפעלים הוא העובד. עובדים רבים זקוקים לגמישות. מתרבה מספר הנשים אשר מצטרפות למעגל העבודה. נטל גידול הילדים נופל על שני בני-הזוג. הגמישות חשובה לשני הצדדים ליחסי העבודה.

באותו עניין סברתי כי הפתרון נעוץ בהגמשת המונח "עובד". דעתי זו השתנתה; כיום אני סבורה שיש להגמיש את תחולת חוקי המגן. במקרים מסוימים, כגון עבודה מהבית, עבודה בשעות גמישות, עובדים בשעות רבות על פי סוג העבודה ועוד יש לקבוע סטנדרטים שונים מאלו של חוק שעות עבודה ומנוחה, ויש להעריך את העבודה גלובלית. במקרים אחרים יש להגמיש חוקי מגן אחרים, תוך החלת קנה מידה של סבירות והגינות על פי עקרון תום הלב. חוקי המגן הם מגן בידיו של משפט העבודה; אסור שייהפכו לחרב.

על כן בדיון על אסירים מקובלת עליי גישתו של השופט מישאל חשין: האסירים הם עובדים, וחוק שכר מינימום חל – ולמצער הוא נקודת מוצא לשיקול הדעת של שירות בתי הסוהר. בה במידה אפשר לדעתי לראות בנבחרי ציבור, ראשי מועצות ועיריות, שופטים, חברי כנסת, אנשי צבא ושוטרים "עובדים" שחלים עליהם בעניינים מסוימים חוקים ספציפיים המחילים הסדרים שונים מאלה של חוק שכר מינימום, חוק שעות עבודה ומנוחה וחוקי מגן אחרים. כך נגן על זכויות העובדים באשר לכל רכיבי הזכות לעבוד, בכפוף

172 דב"ע (ארצי) 3-237/97 שמואל – מדינת ישראל – רשות השידור, פר"ע לו 577 (2001), שם נעשה הדבר בהסכמה, בהסכם קיבוצי. השותפים ליחסי עבודה הכירו בכך שסוג העבודה דורש הגמשה והדבר נעשה בהסכמה קיבוצית.

173 ע"ע (ארצי) 300229/96 כהן – "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ, פר"ע לז 822, 817 (2002).

למגבלות התפקיד ומציאות העסקתם. אין מנוס מהגמשת תחולתם של חוקי המגן במקרים המתאימים. עמד על כך פרופ' גווינת' (Gwyneth):¹⁷⁴

With the advent of the flexible workforce, tribunals and courts have faced new problems in deciding the nature of the relationship between parties where the worker regularly performs certain tasks for the employer but is not continuously employed. Examples include seasonal workers, many home workers and some catering workers.

ד. הגמשת הגישה הדווקנית לסטטוס של עובד

כעת אבקש לעמוד על המקרים החריגים שבהם אין לראות אדם כ"עובד". הכוונה למקרים שבהם התנו הצדדים על הסטטוס של "עובד" תוך שהמועסקים הפוטנציאליים הסכימו או אף ביקשו לחתום על חוזים שלפיהם אין מתקיימים יחסי עובד-מעביד בינם לבין מעסיקם, ותמורת זאת קיבלו שכר והטבות גבוהים במידה ניכרת מאלו שהיו מקבלים כ"עובדים". אכן הלכה היא שהכינוי שנתנו הצדדים ליחסים ביניהם אינו יוצר סטטוס, ויש לבדוק את הנסיבות כהווייתן. לגישה הדווקנית הפורמלית הייתה חשיבות בעת בניית המסד למשפט העבודה וליחסי עבודה, ואז היה חשוב למשך תקופה מסוימת לראות גם בעוסקים אלו "עובדים" כדי לא לחרוג מהגדרת "עובד". היום התורה התבססה, ויש ביכולתנו לעבור מהגישה הפורמלית הנוקשה אל הגישה המהותית, הערכית. כך נהג בית המשפט העליון בהפעלת הקוגנטיות של חוקים מסוימים. למשל, כשהתעורר הצורך לחרוג מדרישת הכתב הקוגנטית בעסקת מקרקעין¹⁷⁵ חרג בית המשפט העליון מעקרון הקוגנטיות. באותה עת הייתה אינפלציה דוהרת במדינה, ומדי יום ביומו חתמו מוכרים על זיכרון דברים עם קונים פוטנציאליים, ולאחר כמה ימים, כשהאמירו המחירים, הם חזרו במ בטענה שזיכרון הדברים אינו עומד בכל דרישות הכתב הפורמליות. בית המשפט העליון, לאחר שנים שבהן ביסס את העיקרון הפורמלי, פסק כי דרישת תום הלב עשויה לגבור על דרישת הקוגנטיות.¹⁷⁶ פרופ' נילי כהן עמדה על המתח שנוצר בעקבות גישה זו בין דרישת הכתב לעקרון ההגינות, ובין

¹⁷⁴ PITT GWYNETH, EMPLOYMENT LAW 67 (3rd ed. 1997).

¹⁷⁵ ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הנחשב לדרישה קוגנטית.

¹⁷⁶ עניין זוננשטיין, לעיל ה"ש 18, דעת המיעוט של השופט ברק; ע"א 986/93, לעיל ה"ש 18, דעת הרוב; נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמאלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז 43, 13 (1986).

הגישה הפורמלית הדבקה בכללים לשם הוודאות המשפטית לבין הגישה הגמישה, המוכנה להכיר בכך שבמקרים נדירים וקיצוניים יגברו עקרון תום הלב וההגינות:¹⁷⁷

בעית המתח בין הכלל הפורמלי לבין כללי הצדק אינה מיוחדת לשיטתנו. העיקרון שלפיו יראו במקרים מסוימים וחריגים עסקה כתקפה, גם ללא מילוי הדרישות הפורמליות, חל הן במשפט האנגלו-אמריקאי, שבו דרישת הכתב ראייתית והן במשפט הגרמני, שבו שלטת תורת כתב מהותית. בשתי מסורות משפט שונות הגיעו לתוצאות דומות המבוססות על התפיסה היסודית כי אין קדושה בדרישת הכתב, וכי ערכה של הגינות עדיף.

כאמור, גם הגישה המעניקה משקל מכריע לערך ההגינות אינה באה למחוק מספר החוקים את הסעיפים המציבים דרישת כתב. אלא שהיא נכונה להקריב את הדרישה במקרים הנאותים על מזבחה של ההגינות.¹⁷⁸

פרופ' נילי כהן ציינה שני רכיבים שבהתקיימם יגברו עקרון תום הלב וההגינות על דרישת הכתב: האחד – הסתמכות של צד לחוזה על מצב שהשתנה עקב הפרתו, והאחר – מידת אשמתו של הצד המתנער מביצוע החוזה. בכך ביקשה פרופ' כהן להסתמך על הדוקטרינות של השתק הבטחה (promissory estoppel), יציר המשפט האנגלוסקסי ששלט בישראל ערב חקיקת חוק החוזים (חלק כללי). אכן, בפסיקתו של בית המשפט העליון תפס עקרון תום הלב את מקומו של השתק הבטחה גם כשנדונו חוקים או סעיפים קוגנטיים.¹⁷⁹ עד כה הראיתי כי לעתים חיי המעשה, הצדק וההגינות אינם מתיישבים עם הדרישה הפורמלית לקוגנטיות כשמדובר בתחולתם של חוקי מגן מסוימים על מי שהם "עובדים". כעת אבקש להראות כי בשם הצדק וההגינות יש לעתים, במקרים חריגים, לקבוע שגם אם פלוני הוא "עובד" על פי כל הקריטריונים, אין לאפשר לו להיחשב "עובד", ויש לתת משקל להסכמתו החוזית ולוויתור שוויתר על מעמדו. במקרים נדירים יש להכיר בויתור של עובד על הסטטוס שלו, מכוח דרישת תום הלב.¹⁸⁰ הפסיקה בעניין זה עברה טלטלות. כולם הכירו בקיומם של מקרים, ולו נדירים, שבהם יש לתת משקל להסכמתו ורצונו של העובד להיחשב עצמאי. לעתים פסק בית הדין כי אמנם מתקיימים יחסי עובד-מעביד, אך אם העובד השתכר סכומים העולים במידה ניכרת על השכר של עובד במעמדו, והוא תובע זכויות מכוח קיום יחסי עבודה, יהא עליו להשיב את

177 נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383, 438 ואילך (1989).

178 שם, בעמ' 439-440.

179 חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972; חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

180 כך פסקנו פה אחד בעניין בוכריס, לעיל ה"ש 35.

שהשתכר מעבר לשכר שהיה מקבל כעובד ברמתו וברגתו.¹⁸¹ הנשיא סטיב אדלר, אשר ביקש לחזק את קוגנטיות הסטטוס בפסיקתו תוך חינוך המעבידים לא לחתום על חוזים של עצמאיים כשהלכה למעשה העוסקים הם "עובדים" על פי כל הקריטריונים, קבע כי רק כשהוסכם על הצדדים בחוזה שיפעלו לפי "סעיף גדרון",¹⁸² יהא על העובד להשיב את שהתעשר שלא כדין. השופט יגאל פליטמן סבר שאין לפסוק השהבה, ברם יש לחשב את הזכויות של העובד לפי עובד בדרגתו. לאחרונה עמד השופט שמואל צור על כך שיש להרחיב את תביעת ההשהבה¹⁸³ וליישם את חוק עשיית עושר ולא במשפט¹⁸⁴ כלשונו.¹⁸⁵ לדעת רוב הפתורונות האלה הם מלאכותיים, ובראשם ההחלה של חוק עשיית עושר ולא במשפט על מערכת של יחסי עבודה: החלה כזו תרתיע עובדים מלתבוע את זכויותיהם. משפט העבודה חותר לזכות מי שהם "עובדים" בזכויות הניתנות מכוח משפט העבודה, מכוח עקרונותיו. על כן קביעה כי יש להחיל את חוק עשיית עושר ולא במשפט בכל מקרה פוגעת ומרתיעה עובדים מלתבוע את זכויותיהם.

בעיני המדיניות הנכונה היא הפתרון שניתן בפסק דין בוכריס.¹⁸⁶ אין לעוות את המציאות. המציאות היא שקיימים מקרים, ולו ספורים, שבהם מועמד לעיסוק מסכים או אף מבקש לבצע את העבודה כעצמאי. הדבר משתלם לו במובהק יותר מאשר אילו נחשב עובד. תום הלב יגבר במקרים אלו. יש אפוא לבחון את המקרים תוך איזון בין האינטרס להגן על העובדים מפני עצמם לאינטרס של מעבידים שלא לעמוד בפני שוקת שבורה לאחר הסכמתם לדרישת העוסק להיחשב עצמאי ולעמוד בעלויות גבוהות ביותר. זאת כאשר קנה המידה הוא קנה מידה של תום לב. בשיקולים יש לתת משקל גם לגישתו של הנשיא סטיב אדלר שלפיה יש לחנך את המעבידים שלא לכרות הסכמים הסותרים את מהות יחסי העבודה. בית הדין אמון על שקילת האינטרסים הנוגדים ועל איזון ביניהם. קיימים מקרים, ולו מעטים וקיצוניים, שבעניינם באיזון הנכון בין הגנה על עובד להגנה על המעביד יהא נכון לתת תוקף למוסכם בין הצדדים ולראות בעוסק עוסק עצמאי. זה היה רצונו האמתי, וזכויותיו לא נפגעו כאשר התשלום בגין עבודתו גבוה ביותר. דרישת תום הלב דורשת כי ניתן משקל לרצונו זה אם הוא אמתי, ואם העוסק לא יצא "בידיים ריקות" אלא השתכר שכר ראוי כעצמאי. ברי,

- 181 עניין אייזיק, לעיל ה"ש 158; ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירר ומיזוג אוויר (1965) בע"מ, פד"ע לז 345 (2002).
 182 דב"ע מו/128-3 גדרון – מדינת ישראל (לא פורסם, 15.6.1987).
 183 ע"ע (ארצי) 431/07 סוכנובר – מדינת ישראל – משרד הביטחון, אגף השיקום (פורסם בנבו, 6.4.2008).
 184 חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.
 185 ע"ע (ארצי) 570/07 טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2009).
 186 עניין בוכריס, לעיל ה"ש 35.

אליבא דכולם, כי אין לזכות עוסק כזה בכל הזכויות על פי ה"שכר" שקיבל הלכה למעשה. הדרך האלטרנטיבית שהוצעה היא לראות בעוסק "עובד" ולקבוע כי עליו להשיב את כל אשר השתכר ביתר לעומת עובד בדרגתו ורמתו. דרישה כזו, דרישת ההשבה, תרתיע במקרים אלו עובדים מלתבוע את זכויותיהם. השבה בכל מקרה ודאי שאינה תואמת את אשיות משפט העבודה. פתרון אלטרנטיבי שראוי לשקלו הוא זה שמציע השופט יגאל פליטמן, היינו לא השבה אלא חישוב הזכויות על פי השכר שהיה זכאי לו אותו עובד. ייתכן שיש לראות בזה פתרון ראוי במקרי הביניים שבהם הנסיבות אינן כה קיצוניות עד כדי קביעה כי יש לתת משקל להסכמת הצדדים ולראות בעוסק עצמאי. סיכומו של דבר: ראוי כי במקרים מסוימים, הקיצוניים בגובה התשלומים שקיבל העוסק, יגבר עקרון תום הלב על סטטוס ועל זכויות מכוח חוקים קוגנטיים. במקרים קיצוניים אלו אין לייחס משקל לגישה הפורמלית, ויש לאזן בין הגישה הפורמלית לבין גישה המייחסת משקל לעקרונות של צדק והגינות. על כן במקרים נדירים יש לבחון את האפשרות להכיר בויתור של עובד. יש לבחון את הרצון האמתי של העובד גם אם הוא טוען בחוסר תום לב שרצונו זה אינו רלוונטי ושהויתור שוויתר לאו ויתור הוא.

ה. "מעביד": לא לכל דבר ועניין

לאחר שקבענו כי פלוני הוא "עובד" על פי מהותו, נשאלת השאלה מיהו המעביד, ואם לכל דבר ועניין יש לו, לעובד, מעביד אחד בלבד. המעביד הוא המחזיק בזכות הניהולית: זו הזכות לנהל את המפעל כראות עיניו של המעביד או מי מטעמו ובדרך היעילה ביותר. זו גם חובתו – כלפי בעלי המניות, כלפי העובדים וכלפי הציבור הרחב. על כן זכותו של המעביד לקבוע את דרכי העבודה, וחובתו להגן על זכות העובד לעבוד על כל הכרוך בכך (קידום, אי-הפליה, אי-הטרדה וכיוצא באלה).

הזכות הניהולית היא תמונת הראי של הזכות לעבוד. בעבר ראה בית הדין בזכות זו זכות בעלת עצמה גדולה מאוד, כמעט כל יכולה. למסקנה זו הגיע בית הדין מתוך שתלה את הזכות הניהולית בזכות הקניין. לדידי, עצמתה של הזכות הניהולית אכן באה לה מכוח הסמכויות הנתונות למנהל: היא נובעת מתפקידו של מנהל, הפועל מכוח סמכות שנתן בידו בעל הקניין לנהל את העסק. עם זאת הזכות הניהולית היא בעיניי זכות חברתית ממש כשם שהזכות לעבוד היא זכות חברתית:¹⁸⁷

187 עס"ק (ארצי) 72/05 הסתדרות העובדים הכללית – ידיעות אחרונות (פורסם בנבו, 11.8.2005); ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע לט 646 (2004).

הזכות לעבוד והזכות הניהולית שלובות זו בזו. הן זכויות שבמיון הנוהג הן זכויות חברתיות. כל אחת מהן מצמיחה זכויות וחובות הקשורות ליחסי העבודה. יחסים אלו הם יחסי שיתוף המתבקשים מהחיים המשותפים ארוכי הזמן. מתוך חיי השיתוף צומחות הזכויות הללו ומוטלות עליהן חובות. הקניין הוא זכות שונה. היא מצמיחה זכויות וחובות נפרדות. כך לשם דוגמא יש לבעל קניין זכות in rem כלפי כולי עלמא. זכות זו צומחת ממקום אחר ושוונה מזו של הזכות הניהולית.

לזכות לעבוד מגבלות ולזכות הניהולית מגבלות. המגבלות נובעות מהתפקיד המוטל על כל בעל זכות ולא מהקניין. על כל אחד למלא את תפקידו. עם זאת שתי זכויות אלו חיות בסביבת עבודה. על כן חשוב השיתוף בין העובדים למנהלים. הזכות הניהולית אינה דיקטטורה ניהולית. על האיזון בינה לבין זכויות העובדים עמד השופט שמואל צור, בציינו שזו אינה זכות כול-יכולה, בציינו שהעובדים אינם פיון על לוח שחמט.¹⁸⁸ על עיקרון זה, שלפיו עובדים אינם פיון על לוח שחמט, עמדתי בכמה עניינים.¹⁸⁹ עלינו לבחון בכל עניין את היקף סמכויות המעביד.

לאור האמור באשר לזכות הניהולית אפשרי לדעתי מצב שבו יותר ממעביד אחד יחזיק בזכות ניהולית מול עובד מסוים. לדוגמה, עובדים של קבלני כוח אדם נחשבים לעובדי הקבלן מבחינה זו שהקבלן הוא שדואג לכל זכויותיהם הכספיות. באופן זה מובטחות זכויותיהם הסוציאליות תוך שמירה על רצף הזכויות גם אם העובדים עוברים ממעסיק בפועל אחד לאחר. עם זאת קבלני כוח אדם אינם "מעבידים קלאסיים": הפיקוח שלהם על העובדים מוגבל וההשתלבות של עובדיהם בארגון שהם מנהלים – מוגבלת. עמד על כך פרופ' מוטי מירוני:¹⁹⁰

אם נתבונן בעולם העסקים וחיי העבודה דרך הפריזמה של זיהוי המעביד בהסדרי תעסוקה בלתי שגרתיים, נראה, כי ניצבת לפנינו בעיה משפטית מורכבת ובעלת השלכות מרחיקות לכת, המתעוררת בשכיחות רבה. בעיה זו מבטאת תופעה מעניינת של התפתחות פער גדל והולך בין התשובה לשאלה היכן אדם עובד, לבין השאלה מיהו מעבידו. תופעה זו ניזונה ממספר תהליכים חברתיים, אשר הבולטים בהם כונו על ידי אלווין טופלר בשם "האדם המודולארי" ו"האד-הוקרטיה הארגונית".

188 ראו למשל עניין עמירן, לעיל ה"ש 49, פסק דינו של השופט שמואל צור.
189 עניין כהן, לעיל ה"ש 49; עניין חזין, לעיל ה"ש 49; עניין טלקום, לעיל ה"ש 49.
190 מירוני, לעיל ה"ש 87, בעמ' 508.

מנקודת מבט זו קבעה השופטת עדינה פורת, בדונה באחריות מעסיק בפועל כאשר קבלן כוח האדם, ראיס במקרה זה, נעלם מהארץ:¹⁹¹

נטייה זו [לראות גם במעסיק בפועל מעביד] מגמתה למנוע ניצול לרעה של צורות העסקה כאמור, העלולות להותיר את העובד חסר הגנה, ומנגד מאפשר למשתמש בעבודתו לנער את חוצנו מהחובות המוטלות על מעביד כלפי עובדיו.

סגן הנשיא אדלר ציין את הצורך ליצור כללים מיוחדים לעובדים בשיטות העסקה מורכבות:¹⁹²

בהעדר חקיקה המגינה על עובדים – המועסקים ביחסי עבודה מורכבים, אשר כוללים מספר גופים משפטיים – מחובתה של הפסיקה להשתחרר מגישה פורמלית, לשאוף להבטחת הזכויות המובטחות לעובדים בחוקי המגן של משפט העבודה ולקדם את מטרותיהם של חוקים אלה. בית הדין אינו צריך להמתין לחקיקה או לחקיקת משנה לפתור את הבעיה של עובד המועסק ביחסי עבודה מורכבים. על בית הדין מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה, אפילו כרוך הדבר בחיפוש פתרונות חדשים לבעיות חדשות. על בית הדין לסייע הן לאכיפתם של חוקי העבודה המגן והן להשגת מטרותיהם, ואל לו לתת יד להפרתם או לעקיפתם.

הדבר נכון לכל עובד בצורת העסקה מורכבת ובכל התנאים לא רק כשהיחסים ניתנים או במצבים אבנורמליים אחרים. תוך כדי עבודתו עובד עשוי להיות נתון לזכות ניהולית של יותר ממעביד אחד. שעה שקבלן כוח אדם אחראי לזכויותיו הסוציאליות ולגמול בגין עבודתו של עובד בדרך עבודה לא קונוונציונלית, המעסיק בפועל אחראי לפקח על העובד, להורות לו את דרך העבודה ואת דרישות המפעל וכדומה. המעסיק בפועל אחראי גם לרווחתו של העובד, על כל המשתמע מכך: הוא מחויב גם לדאוג לזכותו של העובד לעבוד, על כל הכרוך בכך.¹⁹³ במובנים אלו – והם רבים – יש למעסיק בפועל זכות ניהולית. זה ההבדל בין הגדרת "עובד", החלה על כל רכיביה של הזכות לעבוד, לבין הגדרת "מעביד".

191 עניין כפר רות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 340. פרופ' פרנסס רדאי עמדה על הפרובלמטיקה של העסקה מורכבת במאמרה – רדאי, לעיל ה"ש 88.

192 עניין מחלקת הבנייה, לעיל ה"ש 96.

193 ראו לעיל על הזכות לעבוד בפרק על דעתי שעובד הוא עובד לכל דבר בכפוף לעקרון תום הלב.

מעביד יכול שתהא לו זכות ניהולית לעניינים מסוימים, ולמעביד אחר תהא זכות זו נתונה לעניינים אחרים. ברוח זו פסקנו כי עובדת באמצעות קבלן כוח אדם שפוטרה לאחר תקופת העסקה ארוכה על ידי המעביד בפועל תיחשב עובדת של המעביד בפועל שפוטרה על ידי לצורך זכויותיה לדמי אבטלה על פי חוק הביטוח הלאומי.¹⁹⁴ כחנו את תכלית החוק ומצאנו כי לאור תכלית, מדובר בפיתורין על ידי המעסיק בפועל ולא על ידי קבלן כוח האדם.¹⁹⁵ עלינו אפוא לבדוק את תכלית החוקים השונים כדי לקבוע מי המעביד שעליו חלה החובה לדאוג לביצוע חוקים אלו. זו פסיקה המתחשבת במציאות החיים.

1. תרופות

ביקשתי להראות שלצד הגנה מלאה על עקרונות היסוד של משפט העבודה האישי, היינו חוקי המגן והיות אדם בסטטוס של עובד, שעל פי המקובל אין להכיר בהתניה עליהם, קיימים מקרים בהם עלינו להגמיש את גישתנו בשם המציאות, הצדק וההגינות, תוך איזון נאות בין זכויות העובדים לאלו של המעבידים. מה הן הדרכים המשפטיות לעשות זאת?

1. תום לב

הכלי, קנה המידה האובייקטיבי, שבאמצעותו אנו אוכפים עקרונות של צדק והגינות, הוא עקרון תום הלב. לאור היחסים המיוחדים האינטימיים והממושכים ביחסי עבודה, עיקרון זה גדול בעוצמתו ביחסים אלו לעומת יחסים מסחריים. ברם יש והעמידה על עקרונות קוגנטיים גורמת לעיוות ולאי-צדק. על שיטת המשפט לעשות שימוש בעקרון תום הלב על מנת להביא לאיזון בין אינטרסים לעשיית צדק. כך, מכוח עקרון תום הלב, תתערב השיטה כאשר עובד יבקש להיחשב כעצמאי ותגמולו ככזה גבוה במידה גדולה ביותר משכר של עובד המבצע אותו עבודה, כי אז יש לראות בו עצמאי ללא הזכויות המיוחדות של עובד, כפי שביקש ולמרות התנייתו על הסטטוס שלו. במקרה כזה הצדק וההגינות דורשים זאת. הכלי שבאמצעותו אנו עושים זאת הוא עקרון תום הלב.¹⁹⁶

2. סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973

חוק החוזים (חלק כללי) מורה לנו מתי חוזה הוא פסול ועל כן בטל. סעיף 30 לחוק שכותרתו "חוזה פסול", קובע כי:

194 עניין אסנת דפנה לוי, לעיל ה"ש 86.

195 שם. וראו גם ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה (4) 748 (1981).

196 עניין בוכריס, לעיל ה"ש 35.

חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או
סותרים את תקנת הציבור – בטל.

משכך, לכאורה כאשר העסקה אינה לגיטימית הרי חוזה העבודה בטל. כך לדוגמה כאשר מעסיקים עובדים עשרים וארבע שעות ביממה; כאשר מעסיקים עובדים זמניים במשך שנים כעובדים סוג ב', עם פחות זכויות; כאשר מעסיקים עובדים באמצעות קבלני כוח אדם ומתווכים אחרים למיניהם במשך שנים; כאשר מעסיקים עובדים על פי חוזים אישיים קצרי מועד המתארכים מעת לעת לתקופה המצטברת לשנים רבות. כאשר מעסיקים עובדים ללא מכרז מקום שקיימת חובת מכרז, כאשר מעסיקים עובדים אשר לא עברו את המבחנים הנדרשים לשם קבלה לעבודה ודומיהם, הרי החוזה פסול ועל כל בטל. התוצאה היא שבמקרים רבים למרות שאדם עבד במשך שנים במקום עבודה אחד, השתלב במקום העבודה והיה לחלק אינטגרלי מצוות העובדים, אין הוא נחשב לעובדו של אותו מקום עבודה.

מצב דברים זה לעתים קרובות מקומם. אותו מעביר בעל הזכות הניהולית, המעסיק עובד בצורה לא ראויה, יוצא נשכר. החוזה פסול ועל כן בטל. הדבר נוגד את חוש הצדק וההגיונות. זאת בעיקר כאשר מדובר בדרך כלל בעובדים שכוח המיקוח שלהם חלש, שעל מנת לקבל עבודה או להמשיך לעבוד מסכימים לכל תנאי. למקרים כגון אלו קבע המחוקק חריג בחוק החוזים. זהו סעיף 31 לאותו חוק, שכותרתו "תחולת הוראות":

הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחר ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו.

המחוקק הסמיך את הערכאה השיפוטית לפסוק גם במקרה של חוזה פסול, "במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה", ובענייננו, העובד שביצע את עבודתו כעובד לכל דבר ועניין, "לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו". הווה אומר, לחייב את המעביד לראות בעובד כעובד מן המניין, בעל כל הזכויות החלות על עובד. על כן כאשר מעביד מעסיק כעובדים בניגוד לחוק, להסכם או הסדר קיבוצי או בניגוד למקובל, רשאית הערכאה השיפוטית לאכוף את יחסי העבודה למרות הפגם.¹⁹⁷

197 לעניין אכיפה על המעביד להמשיך ולבצע פעולה בניגוד לחוק ראו בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 769 (1995) מפי הנשיא אהרן ברק. כן ראו עמדתי

טלו לדוגמה עובדת שאינה עומדת בדרישות סף, כגון מבחני התאמה, אך המעביד מרוצה ממנה ומעסיקה במשך שנים רבות בצורות העסקה שונות, העסקה ישירה, העסקה באמצעות קבלני כוח אדם במשך שנים. במקרים אלו יש לקבוע כי מדובר בעובד לכל דבר ועניין הן מכוח עקרון תום הלב, הן מכוח הסמכות הניתנת לשופט בסעיף 31 הנ"ל.¹⁹⁸

3. מילוי חסר

דרך נוספת לרפא עיוות דין היא על ידי מילוי חסר. כך הדבר למשל כשמדובר בחוק שעות עבודה ומנוחה. החוק מחריג מקצועות מסוימים מתחולתו, ברם הוא אינו מחריג את התחולה על עובדי סיעוד בבית הנוזק – אלו עובדים לעתים עשרים וארבע שעות ביממה, כאשר סוג העבודה דורש זאת. ברי כי רשימת המקצועות שעליהם חל החוק לא כוללת סוג עבודה זה, אך ברי גם שהמחוקק ביקש שלא להחיל את החוק במקרים שבהם אין הדבר סביר, וכך קבע בחוק לגבי עובדים מסוימים. המחוקק חריג סוגי עובדים שלא סביר להחיל עליהם את החוק. יש להחריג גם מקצועות אחרים שלא סביר להחיל עליהם את החוק. יש לראות בכך מילוי חסר ולראות את המחוקק כמתכוון להחריג כל עבודה שלא סביר להחיל עליה את החוק.¹⁹⁹

בעניין ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000) ובע"ע (ארצי) 200/03 גרמה – המועצה הדתית אזור (פורסם בנבו, 14.10.2004), בהם ביקשתי לאכוף חוזה למרות אי-חוקיותו באשר העובד עבד במשך תקופה ארוכה בדרך זה; ע"ע (ארצי) נח/151-3 חמוט – המועצה המקומית ירוחם (פורסם בנבו, 23.10.1995); ע"ע (ארצי) 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2011). יש להחיל סעד זה גם בסכסוך קיבוצי. ראו עס"ק (ארצי) 1018/04 שירותי בריאות כללית – ארגון עובדי שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 30.5.2005). כך גם בעניין השבה בגין עשיית עושר ולא במשפט סמך השופט שמואל צור על סעיף זה. ראו ע"ע (ארצי) 99/06 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – יפהר (פורסם בנבו, 24.6.2007). הנה כי כן סעיף 31 משמש כלי עזר לעשיית צדק ושיפוט בהגינות, בדומה לעקרון תום הלב.

198 ראו לדוגמה את עניין ע"ע (ארצי) 766-07 בן חיים – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 13.2.2011). ואכן כך פסקה דעת הרוב מפי השופטים עמירם רבינוביץ ורונית רוזנפלד, שראו בקבלן כוח האדם "קבלן קש" ובכך סמכו על דברי פרופ' רות בן ישראל "העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות העובדים לעת חדלות פירעון של מעסיק בפועל" הפרקליט מז 9 (2003); וכן על דברי פרופ' אמירה גלין "על התיקון לחוק העסקת עובדים זרים על ידי קבלני כוח אדם – האם יצא שכרנו בהפסדנו" עבודה, חברה ומשפט ח 103, 108–109 (2001).

199 ראו דיון על כך לעיל בעמ' 93–95.

4. פרשנות

ניתן גם לראות את השאלה כפרשנות של החוק. פירושו הנכון והראוי של החוק אינו פירוש טכני. הפירוש הוא שהמחוקק ביקש להחריג את החוק כאשר אין זה סביר להחילו על מקצוע מסוים, והוא ציין אך דוגמאות אחדות. פרשנותה של החרגה זו היא כי ברי למחוקק שישנם סוגי מקצועות שאין להחיל עליהם את החוק. הפרשנות הראויה אפוא היא שבכל מקרה שבו אין זה סביר להחיל את החוק על מקצוע מסוים, יש לפרש את החוק כך שאותו מקצוע ייכלל בין החריגים לו.

אחרית דבר

במאמר זה עסקתי ביחסי העבודה האישיים. מאז הקמתם עסקו בתי הדין לעבודה בפיתוח דיני העבודה לשם הגנה על זכויות השותפים ליחסים תוך התחשבות באי-השוויון ביניהם. המערכת השיפוטית הקפידה על קיום הכללים ועל אכיפת הסטטוס של העובדים ושל חוקי המגן הקוגנטיים. המערכת פיתחה והוסיפה זכויות רבות של עובדים ומעבידים, ברם נוצרה תחושה שהקפדת-יתר גורמת לעוולות. על כן החלו בתי הדין להגמיש את גישתם. תחילה נעשה הדבר ללא בקרה וקווים מנחים. במקרים רבים התוצאה הייתה הפחתה לא מבוקרת בהקפדה על זכויות. עם זאת הקפידה המערכת הקפדת-יתר על קוגנטיות במובן הרחב – והוציאה מהגנתו ומחסותו של משפט העבודה מקרים חריגים (כגון זכאותם של נבחרי ציבור לדמי אבטלה או פיטורים של עובדי קבלן שעבדו במשך תקופות ארוכות אצל משתמש בפועל אחד). זאת ועוד, השתנו דפוסי ההעסקה ונוצרו דפוסי העסקה לא קונוונציונליים, שההקפדה על הקוגנטיות ביחס אליהם יצרה עיוותים.

ביקשתי להציע עקרונות שיאפשרו הגמשת הכללים הקוגנטיים, אך שזו תהא מבוקרת, ובמקרים המתאימים תיעשה תוך המשך ההגנה על זכויות העובדים. אם כן, החיים זורמים; המציאות משתנה ומעת לעת נולד צורך לשנות ולהגמיש את הכללים. הביע זאת בצורה יפה סגן הנשיא אדלר בדונון ביחסים מורכבים הדורשים הגנה על זכויות העובדים: ²⁰⁰

מחובתה של הפסיקה להשתחרר מגישה פורמלית, לשאוף להבטחת הזכויות המובטחות לעובדים בחוקי המגן של משפט העבודה ולקדם את מטרותיהם של חוקים אלה.

200 עניין מחלקת הבנייה, לעיל ה"ש 96, בעמ' 161.

לא ביקשתי, ואין ביכולתי, להציע פתרונות לכל מקרה ומקרה. חלק מהעניינים שכבר נעשו
בם ויתורים ספורדיים על העקרונות של דיני העבודה כבר השתרשו. מקרים אלה, – למשל
החוזים האישיים – דורשים חשיבה מחודשת. בעניינים אחרים הצגתי את הפתרונות שנראים
בעיניי הולמים, פתרונות הכורכים הגמשה מבוקרת עם כללים ברורים בצד הגנה מרבית של
זכויות השותפים ליחסי העבודה. הנושא רחב והחשיבה בו עדיין בחיתוליה. ברי לי כי בתי
הדין לעבודה, על כל ערכאותיהם, עושים את המרב בעשיית צדק – והמשפט יוסיף ויבנה
את עצמו עם הזמן ועם שינוי העתים.

**חלק שני – בתי הדין לעבודה –
היבטים מוסדיים**

בית הדין לעבודה – פעמי ראשית

מאת

שלמה נוימן*

בית הדין לעבודה הוא סיפור הצלחה. הוא החל לפעול בשנת 1969 על יסוד הסכמה משותפת (נדירה באותה עת) בין הסתדרות העובדים הכללית, כמה ארגוני מעבידים בראשות התאחדות התעשיינים וחלק מממשלת ישראל, ובעיקר משרד העבודה. ההסכמה הייתה מקצועית – ללא חילוקי דעות בין גורמים אלה, אולם נגד עמדתו החולקת של כל הממסד המשפטי דאז, ממשרד המשפטים, דרך בית המשפט העליון ועד לשכת עורכי הדין. הדחף להקמה היה בקרב יחידים במערכת יחסי העבודה במוקדי קבלת החלטות בממסד הארגוני הוולונטרי, במפלגת השלטון ובממשלה. מרבית פעילי מערכת יחסי העבודה דאז כבר אינם עמנו היום, אך כולנו נהנים מיציר כפיהם הקיים, פועל ומשפיע על החברה הישראלית כשחקן ציר חשוב במערכת החברתית-כלכלית. מטרתנו לסקור את הליך ההקמה, לתאר את ימי הבראשית שקדמו לחקיקה ועמדות צדדים, אינטרסנטים ומלומדי משפט בעת תקופת הבראשית. עמדות ארגוני עובדים ומעבידים בנוגע לערכיות המערכת, מבדק חשיבותו של שיתוף נציגי ציבור בהחלטות שיפוטיות, הערכות וביקורת לעניין התפתחות משפט העבודה – הפרטי והקיבוצי – ותרומת בית הדין לעיצובה וייצובה של מערכת יחסי העבודה – כל אלה הרי הם לעבודת מחקר נוספת.

מאמר זה מוקדש בהוקרה לשופטת (בדימוס) אלישבע ברק, חברה וידידת אמת, ממעצבי דרכו של בית הדין כפי שהוא היום. דרכה המיוחדת בפסיקה, רגישותה החברתית הנשענת על אדני משפט יצוקים, חדשניים ויצירתיים, ראויה ליותר מהערכה צנועה זו. תרומתה אינה רק בהקשר של פעילותה

* חבר הוועדה למינוי נציגי ציבור לבתי דין לעבודה בשנים 1974–2012.

היצירתית במלאכת השיפוט אלא בעיקר בהתוויית דרך ראשונית בכמה נושאים חשובים ועקרוניים במשפט העבודה הקיבוצי. השקפתה על עולם העבודה, רגישותה לעיוותי המערכת, יכולתה לאזן בין אינטרסים תוך חתירה לצדק חברתי – כל אלה ראויים למחקר נוסף. אילולא היא – משפט העבודה, בעיקר הקיבוצי, היה נראה היום אחרת.

פתח דבר. א. מבוא. ב. הרקע לחקיקת החוק, סמכויות ומטרות; 1. המצב לפני החוק; 2. סמכויות; 3. יעילות, גמישות ונגישות. ג. משפט העבודה כשדה ייחודי. ד. מקומו של בית הדין במערכת יחסי העבודה ובמערכת השיפוט; מעמד במערכת השיפוט. ה. הוויכוח על סופיות הדין. ו. בית הדין לעבודה בתמורות הזמן והערכת מיצוי מטרות. ז. סיכום.

פתח דבר

ערכאה שיפוטית היא מוסד חברתי שנועד למלא תפקיד בחברה דמוקרטית. שיפוט משמעו הכרעה בין כוחות, דעות, התנהגויות וסכסוכים. במרחב הזה שיג ושיח אינטלקטואלי נסב על אודות תפיסת התפקיד, המטרות, השקפת עולם ואידאולוגיה.

בית הדין לעבודה הוא מוסד ישן/חדש. ראשיתו בעולם המודרני מאמצע המאה התשע-עשרה, ואחריתו במדינות הדמוקרטיות דהיום. בישראל הוא חלק בלתי נפרד מעולם העבודה זה למעלה מארבעה עשורים. החברה הישראלית מקוטבת, ובסערות הזמן מככב בית הדין כבעל חלק מכריע בהליך המודרניזציה הטכנולוגית, המלווה לעתים בתוצאות קשות שלרוב הן נחלת החלק החלש שבאזרחי ישראל.

חקר עומק של התפתחות יחסי העבודה ומשפט העבודה, במיוחד משנות השבעים למאה שעברה, הוא בהתהוות ראשונית בקרב מלומדי האקדמיה. חקר משולב של עקרונות משפט העבודה הקיבוצי בעקבות התפתחות יחסי העבודה עדיין בראשיתו. במחקר ההיסטורי בן התקופה כלי המחקר הם כתבים, הרצאות, מאמרים ושיחות אישיות עם ותיקים המשקיפים ממרום שנותיהם על עבר שהיה להם חלק בעיצובו. עולים מהם קולות רמים בניסיון לבנות פרדיגמה המבטאת את עמדות הזרם המרכזי של החברה האזרחית בישראל. עצם ייחודו בחוק של בית הדין לעבודה כערכאה מיוחדת הוא קריאה מפורשת הנובעת מצרכים חברתיים, הכרעה ערכית בעלת חשיבות הצהרתית של דור המייסדים. המוסד כונן בידי אנשים אידאולוגים במובהק ונתקל בהתנגדות מטעמים פרגמטיים מצד כל פעילי המערכת המשפטית, האליטה דאז. ימי ראשית הם התקופה שבה שררה אידאולוגיה קיבוצית על כל מובניה והשלכותיה. על רקע זה יש להבין את העולה מפרקי המאמר –

הבדלים בין תפיסות יסוד בדבר ערכי יסוד של החברה, הקווים הערכיים המנחים אותה והחשיבה המלווה את פעילותה.

הוויכוחים המתוארים במאמר, בין ארגוניים ובין משפטיים, הם חלק מכל אלה. יש בהם פן של מאבק על דמות החברה, מבחני שימת דגש בערכי אנוש, שיקולים חוץ-משפטיים וניסיון לצדק חלוקתי המבוסס גם על חמלה והבנה של בעיות החלש והנחשל מאחור. לטעמי, צדק משמעו מתן עדיפות מפורשת לערכיות רוחנית, סיוע לצורך שיקום והחזרת מצב לקדמותו גם אם מאזני המשפט מורים אחרת. פיתוח ייחודי של שדה משפט חברתי הוא מסמני היסוד של בית הדין לעבודה. רעיונות לא שגרתיים שהתפתחו לכלל מושגי יסוד מנחים שאין עורר עליהן – הלא הם כתובים עלי דפי פסיקה הראויה לחקר נפרד.

ניסיון לתאר ולפענח את הקודים הצפונים בדעות ראשונים, לבחון ציפיות ומגמות ולהתמקד במבדק מבחן ההגשמה – אלה הם בתמצית מטרת המאמר. יקצר המצע מהשתרע, ונושאים קרובים נוספים ראויים לעיון מעמיק, ואלה בוודאי ימצאו מקומם בעתיד ויתרמו לחקר עולם העבודה ומוסדותיו המכוננים.

א. מבוא

בית הדין לעבודה הוא יותר מערכאה שיפוטית רגילה. יש בו ייחודיות ערכית המבטאת רגישות חברתית. הוא חלק מכונן במסד עולם העבודה, והשפעתו על המשק רבה. כדי להשיב על שאלות כמו מה ציפו ממנו דור המייסדים, מעצבי דרכו ודמותו, וכיצד ליוו אותו בפעילותו בשנות הראשית, נסקור עמדות אישים מזוויות שונות של עולם העבודה כפי שבאו לידי ביטוי בכתב ובהרצאות מקצועיות.

ערכאת שיפוט בנושאי עבודה הוקמה לראשונה בשנת 1953 (חוק הביטוח הלאומי, התשי"ד–1953) ו-16 שנים לאחר מכן הוקם בית הדין לעבודה.

הדרישה להקמת הערכאה עלתה כבר בשנות החמישים של המאה שעברה. כתבה על כך יונה סופר בשנת 1960 במבוא לספרה דיני עבודה:

“נשמעות תביעות חוזרות ונשנות על הקמת בתי-דין אדמיניסטרטיביים בתוקף הוראות חוק שיוחק על ידי הכנסת שיסמיך בתי-דין אלה לברוק כל תלונה על קפוח ויוכל להחליט בדבר שיקול הדעת של הפקידים הנ"ל [פקידי מדינה – ש"נ] לפי שיקול דעתו של בית הדין האדמיניסטרטיבי עצמו. הקמת בתי-דין כאלה תאפשר גם מינוי שופטים מיוחדים שיתמחו בענין ויעסקו באופן בלעדי בעניינים אלה ואז יוכל עובד המדינה להיות בטוח שזכויותיו תשמרנה על ידי בית-דין בלתי תלוי עם נסיון ומומחיות בשטח האדמיניסטרציה”.

הערכאה המיוחדת הוקמה על פי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969¹ לאחר שהושגה הסכמה בין הממשלה, ההסתדרות וארגוני המעבידים² לקיים ערכאת שיפוט ייחודית לנושאי עבודה³ במסגרת המערכת המשפטית בישראל. הייחודיות מתבטאת בכמה היבטים שיידונו להלן. עיקר השונות של ערכאה זאת מערכאות אחרות מתבטא בכמה נושאים. הבולט שבהם הוא האפשרות לשיקולים חוץ־משפטיים באמצעות שיתוף נציגי ציבור במעשה השפטיה. במאמר זה נפרט את המצב המשפטי שהיה קיים לפני היכנס החוק לתוקף, נדון בסמכויות שהוקנו לערכאה, נפרט עמדות שונות בנושאי יעילות, גמישות ונגישות, נדון

- 1 חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969, ס"ח 553, על תיקוניו הרבים. תקופה קצרה עברה בין הגשת הצעת החוק לבין אישורה בכנסת בזכות הסכמות מראש על הנוסח והמהות בין הממשלה, ההסתדרות וארגוני המעבידים. החוק אושר בכנסת בקריאה שלישית ברוב של 71 קולות ללא מתנגדים, לאחר שוועדה משותפת לוועדת העבודה – ועדת חוקה, חוק ומשפט – הכינה את החוק לקריאה שנייה ושלישית. הצעת החוק פורסמה בה"ח 748 תשכ"ח, בעמ' 15, ועליה נאמר בתקשורת: "הצעת החוק לא נתקבלה בהתלהבות – אם להשתמש בביטוי מתון – ע"י קהל המשפטנים ואף לא ע"י כל השופטים במדינה". לפני כן, בשנת 1958, הוקמה ועדה בראשות צבי ברנזון כדי לדון בשאלות הקשורות להקמת בית דין לעבודה. המלצותיה פורסמו בירחון משרד העבודה עבודה וביטוח לאומי 30 (1958). בין השאר המליצה הוועדה, בדונה במבנה ההייררכי של המערכת המוצעת, שערעור על החלטת בית הדין הארצי יוגש לבית המשפט העליון בדרך הרגילה, או שבמסגרתו יוקם הרכב מיוחד שבו ישבו שופט עליון ושני נציגי ציבור. הוועדה המליצה על הקמת בתי דין לעבודה, אך שר המשפטים דאז ונשיא בית המשפט העליון דאז הביעו התנגדותם מחשש שהקמתו תפגע בסמכותו ובמעמדו של בית המשפט הכללי וכן מהחשש שבעקבותיו יקומו בתי דין נוספים, וכך ידולל בית המשפט הכללי מסמכויותיו. כעבור עשר שנים שוכנעה המערכת הפוליטית, ובאמצעותה הרשות המחוקקת, להקים את בית הדין לעבודה, וזאת בעיקר הודות לשר העבודה יגאל אלון ולצבי בר-ניב, שהיה ממניחי היסוד לבית הדין ונבחר להיות הנשיא הראשון של בית הדין הארצי לעבודה. לעניין הייחוד החברתי של הערכאה ראו דברים שנשא השופט צבי בר-ניב בכינוס שופטים ונציגי ציבור. הדברים פורסמו בירחון עבודה וביטוח לאומי כג 312 (1971).
- 2 כלשון ס' 1 להסכם קיבוצי כללי מיום 10.1.1967 בין התאחדות התעשיינים בישראל לבין ההסתדרות הכללית של העובדים, לאמור: "הצדדים יפעלו במשותף לזירוז חקיקתו של חוק בתי הדין לעבודה". ארגון הגג של ארגוני המעבידים, לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים, נוסד בשנת 1966, ובכל השנים שחלפו מאז הביעו רוב ארגוני העובדים והמעבידים את תמיכתם בבית הדין ובפעילותו השיפוטית. הסכמות עקרוניות היו בנוגע לעצם החיוב שבהקמת טריבונל שיפוט מיוחד לנושאי עבודה. מיום הקמתו זכה בית הדין לעבודה לתמיכה ולשיתוף פעולה מצדם. התמיכה הציבורית של ההסתדרות העובדים הכללית (כשמה דאז) ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים, שהן למעשה האבות המייסדים, מעניקה עד היום לבית הדין את ייחודו וכוחו הסמכותי, המוסרי, הציבורי והחברתי. הארגונים היציגים ובית הדין לעבודה הם המשפיעים על עיצוב משפט העבודה הקיבוצי בישראל ויישומו בפועל בעולם העבודה.
- 3 על עמדת ארגוני המעסיקים המחייבת את רעיון הקמת בית הדין ראו יוסף האוזמן "בתי הדין לעבודה" הפרקליט כד 89 (1968).

בייחודיות הערכאה ובמקומה במסגרת מערכת המשפט הכללית, נפרט על אודות הוויכוח הציבורי שהתנהל בשלושת העשורים הראשונים לקיומה על אודות סופיות הדיון ונסיים במבדק מיצוי המטרות והגשמתן – הכול על פי עמדות אישים וארגונים שפעלו בתקופת הראשית (1969–2000). המאמר יתמקד בתקופה שעד להקמת ועדת השופט יצחק זמיר. לאחר סיום פעילותה תם עידן הוויכוחים שליוו את בית הדין מאז הקמתו,⁴ ונדמו העררים על עצמאות הערכאה.

ב. הרקע לחקיקת החוק, סמכויות ומטרות

בשנות השישים של המאה שעברה התקיימו דיונים על אודות הרעיון להקים ערכאה שיפוטית לנושאי עבודה במשרדי ממשלה ובקרב קובעי ההחלטות. שר המשפטים והצמרת המשפטית התנגדו לרעיון מחשש של פיצול-יתר ופגיעה באובייקטיביות השיפוטית.⁵ לאחר מלחמת ששת הימים והיציאה מהמיתון גברו סכסוכי העבודה במשק והביאו לעומס דיונים בערכאות. אז כשלה ההכרה וההסכמה הפוליטית שהגיעה העת לייחד ערכאה לנושאי עבודה.⁶

- 4 הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה בראשות פרופ' יצחק זמיר דוח מסכם (ינואר 2006) (להלן: דוח ועדת זמיר). הוועדה הוקמה לאחר ויכוח ציבורי רב-הדים, שבמרכזו עמדת משרד האוצר, שבאה לידי ביטוי בהצעת חוק ההסדרים, ותמיכת שר המשפטים דאז טומי לפיד ז"ל. אלה הביעו עמדות בעד שינויים ניכרים בחוק, ובעיקר בעניין ביטול עצמאותו ושילובו המוחלט במסגרת ההיררכית של הרשות השופטת. מיום הגשת הדוח ופרסומו נדם הוויכוח, ומאז לא הושמעו דעות החורגות מהמקובל. הדוח קיבל את ברכתם של ארגוני הגג היותר יציגים – ההסתדרות ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – ומשרד התמ"ת. למעשה, הלגיטימציה הציבורית לערכאה באה לידי ביטוי בתזכירים ובחוות דעת שהוגשו לוועדה, בהופעות בדיוניה ובמאמרים אוהדים בתקשורת הכתובה. בחודש אפריל 2010 פורסם על ידי הממשלה תזכיר הצעת חוק לתיקון חוק בית הדין לעבודה, ובו הצעות מוסכמות על דעת לשכת התיאום וההסתדרות, ללא שינוי רב מהמצב הקיים ועל יסוד דוח ועדת זמיר. הצעת חוק פורסמה באפריל 2011 ותוגש לאישור הכנסת במרוצת 2012.
- 5 נימוק נוסף: חשש שהדבר יהווה תקדים לשדות משפט אחרים כמו מסים, כלומר יוקמו בתי דין נפרדים שידללו את המערכת הכללית ויכרסמו בסמכויותיה. נכון להיום הוקם בית משפט לנושאי כלכלה במחוז המרכז כחלק ממערך בתי המשפט המחוזיים, לא כערכאה נפרדת כדוגמת בתי הדין הרבניים או בתי הדין לעבודה.
- 6 ליתר פירוט ראו אברהם שירום מבוא ליחסי עבודה בישראל 262–264 וכן בפרק 15 (1988). ראו בספר זה מקורות נוספים למבדק עמדות שונות בנושא, כגון ה"ש 21, 22 לפרק העשירי וה"ש 9 לפרק החמישה-עשר.

להלן נסקור את מטרות ההקמה כפי שנראו למייסדים, את מעמד הערכאה ואת ההערכות לפעילותה מהיבטים שונים לאור ניסיון העבר, ונסכם בדיון אם לאור ציפיות המייסדים והניסיון אפשר לומר שבית הדין לעבודה הצדיק את קיומו.⁷

מטרות החוק וסיבותיו, כפי שבאו לביטוי בהצעת החוק, בדיונים בכנסת וועדותיה,⁸ היו אלה:

1. ריכוז הטיפול במימוש זכויות עובדים בידי סמכות שיפוטית המתמחה בכך.⁹ עד לחוק נדונו נושאי עבודה שונים בטריבונלים שונים, והחוק איחד אותם למסגרת שיפוטית אחת.
2. העלאת רמת ההתמחות של השופטים בטיפול בבעיות עבודה. הרעיון היה שמערכת ייחודית תתרום לשיפור יחסי העבודה.
3. החשת קצב הבירורים, זירוז הדיון ופישוטו, הוזלת מחיר ההליכים, ייעול הטיפול בסכסוכי עבודה, פשטות וגמישות.¹⁰
4. תרומה לשיפור מערכת יחסי העבודה, הרגעת המשק משביתות תכופות, הגברת אמון המשתמשים בערכאה, הרואים בה מערכת ידידותית.

- 7 לריון על בית הדין ולמסקנה שמדובר בסיפור הצלחה ראו רות בן ישראל "תפקידו ומקומו של בית הדין לעבודה במערכת המשפט הישראלית" הפרקליט, ספר היוכל 431–442 (1993).
- 8 ד"כ 50, 306 (התשכ"ח) – השר יגאל אלון: "הקמת בתי הדין לעבודה תעמיק את המומחיות בנושאים, תחיש את קצב הבירורים המשפטיים, תזיל לאין ערוך את ההוצאות המשפטיות של הצדדים המתדיינים". כן ראו ד"כ 55, 2047 – נימוקים דומים מפי יו"ר ועדת העבודה של הכנסת.
- 9 הצידוק הרעיוני: שאלת מימוש זכויות עובדים איננה צריכה להיות על פי פרשנות דקדנית של האות הכתובה בחוק, אלא בפרשנות המלווה בשיקול דעת רחב יותר, המתחשב במשתנים הקשורים לעולם העבודה, בסיטואציה החברתית המיוחדת של יחסי עובד-מעביד, באפשרות לשחרר לחצים סוציו-פסיכולוגיים, שהניסיון מלמד שהם עוזרים לנתב את הסכסוך שהתגלע לכיוון של פשרות, משא ומתן, ותרגות הדדית וכד'.
- 10 נתונים מראים שמספר התביעות גדל מדי שנה. כך בכל העולם וגם בישראל. מאמצים בלתי פוסקים נעשים להחשת הדיונים, כולל הוספת תקני שופטים וניתוב למסלולי פישור וגישור. הייחודיות החברתית של בית הדין לעבודה תורמת לתביעות-יתר בגלל מעמדו המיוחד בעיני העובדים כממסד ידידותי ובגין המחיר הנמוך הנדרש תמורת שירותיו. סדנא דארעא חד הוא: במבוא לרוח ועדת מומחים שמינתה ממשלת בריטניה (הוגש בנובמבר 2001) נאמר שכאשר הוקמו בתי הדין בשנות השבעים, המטרה הייתה לספק מכשיר זול, מהיר, לא פורמלי ונגיש לצורך פתרון סכסוכי עבודה. מאז עלה מספר התיקים דרמטית גם עקב הרחבת הסמכויות וגם עקב עלייה ברצון העובדים לנצל את החוק להגנה על זכויותיהם הסטטוטוריות.

1. המצב לפני החוק

מדיוני הכנסת עולה שחזית אחת של ההסתדרות, הממשלה והמעסיקים פעלה נגד מתנגדים רבי משקל ציבורי כמו ח"כים, משפטנים ידועי שם, לשכת עורכי הדין ושופטים.¹¹ ההסתייגויות נדחו ובית הדין הוקם.

בהצעת החוק פורטו נימוקי הקמת בית הדין, אך הסיבות ברקע היו שונות. החשובה שבהן הייתה רצון הממשלה וההסתדרות, קרי המערכת הפוליטית, לחזק את ההסתדרות כגוף יציג של העובדים, וזאת בתקופה קשה ביחסי העבודה (סוף שנות השישים), שבה פרצו שביתות ללא אישור, שררו אי-סדרים תכופים במקומות עבודה במגזר הציבורי,¹² ועדי עובדים פרקו עול משמעת ההסתדרות¹³ ועוד. נוצר הכרח למצוא פתרון שיביא לרגיעה ולחזוק ההסתדרות. הקמת בית דין לעבודה הייתה חלק ממערך פתרונות אפשריים מתוך הערכה שאת החלטותיו יקיימו.

את המצב לפני החוק ולאחריו תיארה רות בן ישראל:

"מערכת השיפוט הכללית, על אף רמתה הגבוהה, לא היתה ערוכה לטפל בבעיות המיוחדות של משפט העבודה אשר צריכות להיבחן גם

11 היום, לאחר עשרות שנים, אפשר להעריך מי צדק. טענות לשכת עורכי הדין, כפי נציגם אריה מרינסקי, וכן ח"כים עורכי דין, כמו ח"כ שלמה כהן צידון, היו אלה: א. לא ברור ללשכה ולח"כים משפטנים למה שופטים רגילים אינם יכולים לשבת בנושאי עבודה שאינם מסובכים יותר מדיני פטנטים, חברות, תעופה וכד' (עובדה היא שייחוד השיטה בידי שופטי עבודה הביא, לדעת כולם, לפיתוח שדה משפט מיוחד זה באופן מיוחד לעומת המציאות עד הקמת בתי הדין ולעומת שדות משפט אחרים); ב. קיים חשש לפסיקה סותרת, לדיונים על סמכויות ולהוצאה תקציבית מיותרת; ג. נציגי ציבור מסרבלים דיון, ושיתופם בבית דין לביטוח לאומי הוכיח עצמו ככושל; ד. נציגי ציבור מייצגים אינטרסים, ולכן ינטרלו את הדיון ויאריכו אותו (המצב הוא שנציגי ציבור מביעים עמדה אישית, ושיקול דעתם הוא לגופו של עניין ומשקף ניסיון חיים אישי); ה. החוק מגמתו אידאולוגית, חלק מהליך פוליטי שיש למנוע. טיעונים דומים הושמעו במשך השנים, אך הוויכוח פסק מאז הוגש דוח ועדת השופט זמיר. ראו להלן בדיון בדבר משמעות ערכאה אידאולוגית בחברה הישראלית.

12 מתארת מ' שקד בריאיון ל"הארץ": "היה מתח היסטורי בין הוועדים לבין ההסתדרות ששימשה זרוע של מפא"י לשלוט בעובדים. ההסתדרות היתה גוף פוליטי יותר מאשר מקצועי. היא גם היתה מעביד וגם גילמה אינטרסים שלטוניים. היחלשות מפא"י החל משנות השישים הביאה להיחלשות ההסתדרות ושתייהן לא הצליחו לכפות מרות על הוועדים. השביתות היו רבות והיו לגמרי מחוץ למשפט. המטרה בהקמת בתי הדין היתה לכפות את מרות ההסתדרות על העובדים"; משה גורלי "פתאום בית הדין מעז להגן על זכויות העובדים" הארץ 19.8.2003 www.haaretz.co.il/misc/1.904542.

13 ההקמה הייתה נקודת מפנה בהתפתחות תהליך משפט מערכת יחסי העבודה הקיבוציים. הואץ תהליך יישוב סכסוכים קיבוציים בערכאה שיפוטית, דבר שהביא להעשרת שדה משפט העבודה הקיבוצי ולקביעת הלכות בפסיקה.

בקריטריונים מתחום הסוציולוגיה של העבודה או כלכלת עבודה ולא רק בקריטריונים משפטיים. כתוצאה מכך נמנעו ארגוני העובדים מלהפנות את סיכסוכיהם למערכת השיפוט ונאלצו לכפות הכרעה בענייניהם באמצעות נשק השביתה. גל השביתות שפקד את המדינה חייב לנסות למצוא דרך לתעל, ולו במקצת, את יישוב סכסוכי העבודה מאפיק השביתה לאפיק השפיטה... ההסתדרות נמנעה מלהיזקק לערכאות שיפוטיות בתקופה שקדמה להקמת המדינה ופיתחה לעצמה דפוסי התנהגות חילופיים שהביאו לאי רצון בולט מצד ההסתדרות להתיר לגורמים חיצוניים להתערב בענייניה גם כאשר מדובר היה במערכת המשפט הישראלית. אולם, בהיותה ארגון העובדים הגדול במדינה, הבהירה ההסתדרות לא אחת שיהיה מקום לשקול מחדש את עמדתה בשאלת ההיזקקות למערכת השיפוט לשם יישוב סכסוכי עבודה".¹⁴

כתבה על כך אמירה גלין:

"בתי הדין לעבודה הוקמו מתוך הנחה כי הצדדים לסכסוכים על מימוש זכויות יעדיפו שפיטה על שביתה. עם התפתחות מערכת יחסי העבודה בישראל רבו הסכסוכים על מימוש זכויות בין הצדדים ונוצר צורך במנגנון שיפוטי אשר יסייע בפתרון סכסוכים אלה. הפנייה למערכת השיפוטית הרגילה, העמוסה גם בלאו הכי, הפכה להיות כמעט בלתי אפשרית. ההמתנה למשפט במערכת השיפוטית הרגילה הינה ארוכה ואינה מתאימה לחלוטין לבעיות הבערות המתעוררות בחיי העבודה ותובעות את פתרון המייד".¹⁵

2. סמכויות

נושא הסמכות הוא ממאפייני הערכאה החדשה, ושונותו מערכאות דומות מייחדת אותו במובהק. סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה¹⁶ היא בתחום מערכת יחסי העבודה במובן הרחב.¹⁷ עמד על כך צבי טרלו:¹⁸

- 14 דבר שנעשה בהסכם קיבוצי משנת 1968, לעיל ה"ש 2; רות בן ישראל דיני עבודה בישראל 31 (1989).
- 15 א' גלברזון, א' גלין וא' רוזנשטיין משאבי אנוש ויחסי עבודה בישראל – אופקים חדשים (1990).
- 16 על ייחוד הסמכויות וסדרי הדין בבתי הדין לעבודה ראו ורדה וירט־לבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" שערי משפט ג 89, 90 (2002). לרשימת סמכויות מליאה ראו הצעות צוות לבחינת

”בית הדין לעבודה הוא בכל הכוחות הרחבים ביותר בתחום עיסוקן ושיפוטו לעומת כל מוסד שיפוטי אחר זולת מערכת בתי המשפט הרגילים הפועלים לפי חוק בתי המשפט... קרוב מעמדו של בית הדין לעבודה למעמד הבג”ץ יותר משהוא קרוב לבתי המשפט הרגילים.”

ובמשך עשרות השנים שחלפו נפסקו הלכות ואושרו תיקוני חקיקה שהרחיבו את הסמכות¹⁹ באופן שאין לו אח ורע בעולם.²⁰ לבית הדין לעבודה סמכות על פי חוק מיוחד, הוא אוטונומי, ייחודי, מתמחה בתחומו ופועל בנפרד ממערכת המשפט האזרחית במסגרת מנהל

- ולהגשת הצעות לתיקוני חקיקה בחוק בית הדין לעבודה, התשכ”ט–1969 דין וחשבון (הוגש לנשיא בית הדין הארצי לעבודה, נובמבר 2002). ראו גם דוח ועדת זמיר, לעיל ה”ש 4.
- 17 ראו ס’ 24 לחוק: ”הסמכות העניינית של בית המשפט אינה תלויה ברצון הצדדים, לא בהסכמתם, בהתערבותם או אדישותם אלא על פי קביעת המחוקק”, כלשונו של השופט זוסמן. הסמכויות הורחבו במשך השנים, הן בחוק והן על פי פסיקה. יצוין כי נושאי הטיפול שבסמכות בתי הדין לעבודה הם רחבים ביותר וכוללים את משפט העבודה הפרטי, משפט העבודה הקיבוצי וכל נושא הביטחון החברתי. עיון השוואתי שנעשה לקראת מפגש שופטי בתי הדין לעבודה באירופה בספטמבר 2000 מורה שאין לכך דוגמה משווה בעולם. בסקנדינביה למשל בתי הדין לעבודה מטפלים רק בסכסוכים קיבוציים, ואילו בצרפת רק בסכסוכי היחיד. רק בישראל לבתי הדין לעבודה סמכויות כה רחבות ומפליגות.
- 18 הרצאה ביום עיון בנושא בית הדין לעבודה בפעולתו, חוברת המכון להשתלמות עו”ד (זאב סגל עורך, 1976).
- 19 למשל תיקון לחוק מס’ 18 משנת תש”ן–1990, שהרחיב את סמכות בית הדין בין השאר גם לדיון בתובענה שעילתה במשא ומתן לקראת כריתת חוזה עבודה. אופן נוסף של הרחבת סמכויות הוא באמצעות פסיקה המרחיבה משמעות המושג ”יחסי עבודה” במובנו הרחב ביותר. ראו דעתו של הנשיא אדלר: ”המונח תנאי עבודה הוא רחב היקף... יש לפרש את חוק הסכמים קיבוציים על פי תכליתו והמציאות התעשייתית היום”; עס”ק (ארצי) 1029/00 ארגון הסגל האקדמי הבכיר בבר אילן – אוניברסיטת בר אילן (פורסם בנבו, 17.10.2002) (להלן: עניין הגימלאים).
- 20 על התיחום המשפטי של גדרי הסמכות ראו מנחם גולדברג ”הזיקה בין הרשות המחוקקת לביה”ד לעבודה” הפרקליט לט 470, 471 (1990).

בתי המשפט ובתוך מעטפת הבג"ץ.²¹ אין בחוק הוראה לעניין תקדים מחייב ומקובל שלפסיקה קיימת יש כוח מחייב כלפי ערכאות דלמטה.²² בעשרות תיקוני חוק הוקנו סמכויות נוספות לבית הדין לעבודה. בתיקון לחוק הורחבה סמכות בית הדין גם לעילת קבלת אדם לעבודה, ובפסיקה נקבע שגם עותר חיצוני יכול לשטוח עתירתו. קו התייחסות בינו לבין סמכות הבג"ץ לא הוגדר במפורש ובאופן חד-משמעי, והעמימות עדיין קיימת. לדוגמה: בענין גינוסר²³ נפסק שאמנם הסמכות נתונה בידי בית הדין לעבודה, אך מאחר שהנושא חשוב וייחודי – הוא בסמכות מקבילה. כלומר, במקרים חשובים ידון בג"ץ; בענין עוזני²⁴ קבעה השופטת דורנר שיש בנושא חשיבות עליונה, ולכן הוא בסמכותה. במקרים נוספים²⁵ קבע בג"ץ שהנושא בסמכות בית הדין הארצי לעבודה. המסקנה היא שבענין חשוב – הסמכות מקבילה.²⁶ ההבדל בין שתי הערכאות הוא בין השאר מומחיות בהבנת אירועים בשטח (בית דין לעבודה) לעומת סמכות-על ומומחיות בשדה המשפט (בג"ץ).

בבית הדין הארצי בעניינים לפי סעיף 25(1) יושבים בדין שבעה שופטים, מהם שלושה מקצועיים וארבעה נציגי ציבור,²⁷ האמורים להיות בעלי ניסיון ביחסי עבודה. בבג"ץ

- 21 על פי ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה. בעולם קיימים כמה מודלים של פעילות בתי דין לעבודה. יש שהם ישות אוטונומית (גרמניה), יש בהם בלתי תלויים פורמלית אבל בצורה כלשהי מקושרים לבתי המשפט הכלליים, ויש שהם בתי משפט רגילים במערכת האזרחית שיוחדו לנושאים חברתיים (צרפת, קוסטה ריקה). על מידת האוטונומיה של בתי הדין וסמכויותיהם ראו בהרחבה (באנגלית) סטיב אדלר "תפקיד שופטי בתי הדין לעבודה בישום מדיניות חברתית – דו"ח כללי", הוגש למשתתפי הכינוס התשיעי של שופטי בתי הדין לעבודה באירופה (דצמבר 2001), פורסם באתר האינטרנט של ארגון העבודה הבינ-לאומי.
- 22 סעיף בדבר התקדים המחייב לא הוכנס לחוק, בכוננת מכוון. שינוי הלכה שנקבעה בבג"ץ או בבית המשפט העליון בעקבות שינויי חקיקה, שינויים כלכליים-חברתיים, שינוי העתים ושינוי מדיניות שיפוטית – מותרים, אליבא דבית הדין הארצי לעבודה. ראו דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996).
- 23 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).
- 24 בג"ץ 6673/01 התנועה לאיכות השלטון נ' שר התעבורה, פ"ד נו(1) 799 (2001).
- 25 בג"ץ 9686/01 בוכריס נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 6.2.2002); בג"ץ 3530/01 גפן נ' היועצת המשפטית של הכנסת (פורסם בנבו, 18.7.2001). (עתירה בעניין מתמחה שרצה לעבוד כמתמחה בכנסת).
- 26 ביקורת הושמעה לעתים בנושא: מהו עניין חשוב. לדעת מ' גולדברג, "מה שמעניין את השופט באותו יום", מתוך הרצאה שנתן בכינוס אילת לנושאי עבודה, פברואר 2002. נושא הסמכות המקבילה הטריד מאוד את הנשיא (בתוארו דאז), וויכוחים בינו לבין שופטים בבית המשפט העליון בנושא זה היו לשם דבר.
- 27 יצוין שאין בעולם תופעה דומה של ערכאה בכירה שבה רוב לנציגי ציבור ומיעוט לשופטים מקצועיים. הנושא בעייתי מאחר שמותב שבו רוב לנציגי ציבור איננו על פי עקרון האובייקטיביות של רשות שופטת, שהרי נציגי הציבור מייצגים אינטרסים מובהקים של צדדים

יושבים שלושה שופטים או יותר, ואף אחד מהם איננו אמור להתמצא ביחסי עבודה או להיות מומחה למשפט עבודה.²⁸ צבי בר-ניב ז"ל, הנשיא הראשון של בית הדין הארצי לעבודה, עמד על ערש הקמתה והשתתף בניסוח החוק עד לאישורו בכנסת. כוונותיו הרחיקו לכת יותר משחשבו לנכון המחוקקים, או אף הצדדים ליחסי העבודה. בפסיקתו ניכרת מגמה להרחיב את יריעת הדין מעבר לעובדות שבעניין הנדון ולקבוע כללים מנחים המשפיעים על ניהול מערכת יחסי העבודה. בן ישראל מסכמת נושא זה:

”מאז כינונו פעל בית הדין לעבודה בגישה קודיפיקטיבית. משמעות הדבר היא שכבואו לדון בתחום משפט העבודה העלה בית הדין מיוזמתו שאלות שאינן צריכות הכרעה במקרה הקונקרטי שעמד לדיון אלא התייחס לסוגיא שלמה שהיבט אחד שלה בלבד עלה בסכסוך שהובא לפניו ותבע הכרעה. בית הדין עשה זאת במודע.”²⁹

לדעתה, בשנות השבעים חסרו כללים מסדירים, ולכן ארגוני עובדים ומעבידים התנהגו שלא על פי כללים משפטיים. נוצר צורך בדפוס התנהגות חדשים שלאורם יפעלו ארגונים יציגים, ובית הדין מילא משימה זו. גישה זו הביאה במרוצת השנים לקידום סוגיות מפתח במשפט העבודה, במיוחד הקיבוצי.

אמירה גלין עמדה בסוף שנות השבעים על המגמה המרחיבה שקיבל על עצמו בית הדין הארצי אף על פי שלא הוסמך לכך בחוק. קובעת גלין: ”ניתן לקבוע בוודאות כי בתי הדין לעבודה לא רק התמחו בהתפתחויות בתחום יחסי העבודה אלא במידה רבה אף יצרו אותן. באמצעות פסיקה עניפה שינו בתי הדין לעבודה נוהלים וקבעו כללי התנהגות חדשים בין עובדים למעסיקים.”³⁰

המגמה שסימן בית הדין הארצי, מראשית כינונו, ברורה: כשצדדים ליחסי עבודה אינם מסוגלים לקבוע ביניהם כללים מוסכמים, יתווה בית הדין את הדרך הנאותה שלאורה ינהגו – לא רק בסכסוך הנדון אלא מכאן ולהבא. במשך עשרות שנים עשה זאת בית הדין באופן

ליחסי עבודה מאורגנים. בהצעת חוק חדשה, לעיל ה"ש 4, מוצע שבית הדין הארצי ידון בכל עניין בחמישה, שהם שלושה שופטים ושני נציגי ציבור, לבד מבעניינים מסוימים שפורטו בהצעה.

28 השופטים ברנזון וזמיר היו היחידים שעסקו במובהק בפועל בנושאי עבודה וכיהנו בבית המשפט העליון לאחר שצברו ניסיון וידע מוכח במשפט העבודה.

29 ראו בהרחבה רות בן ישראל דיני עבודה א 113–139 (2002).

30 גלברזון, גלין ורוזנשטיין, לעיל ה"ש 15.

משכנע שלא עורר ביקורת מאחר שהעקרונות המדריכים נסללו בנתיבות שיפוטיות סבירות, וברוב המקרים – ללא התנגדות מצד ארגוני העובדים והמעבידים.

הרחבה למגמה זו ושינויים בדפוסי החשיבה המלווה אותה אפשר למצוא בפסיקת בית הדין הארצי בסוף שנות התשעים למאה שעברה, לדוגמה: נטיית שופטים בבית הדין הארצי לעבודה לפסוק בסוגיות גם כאשר הצדדים הודיעו כי הגיעו לכלל יישוב המחלוקת. בעניין דלק³¹ נקבע כי במקרים מיוחדים יכריע בית הדין בשאלה עקרונית הקשורה לזכות חוקתית חשובה אף על פי שהסכסוך הסתיים, ובית הדין התבקש למחוק את הערעור. בעניין הגמלאים³² נטען שאמנם אין זה מדרכו של בית הדין לדון בשאלות אקדמיות גרדא, אך במקרה הנדון נפסק שכאשר התופעה חוזרת על עצמה יש חשיבות לקביעת מדיניות שיפוטית, ולכן יינתן פסק דין. בעניין הגנת פרטיות של עובד במקום העבודה החליט בית הדין שהנושא תאורטי אך חשוב וראוי לדיון ולקביעת הלכות (עניין איסקוב/אפיקי מים); בעניין מקורות³³ ניתן פסק הדין כשהסכסוך הסתיים, וההכרעה הפכה לתאורטית. בית הדין מצא לנכון ליתן פסק דין קצר הכולל הבהרות בסוגיה חשובה מאוד (חופש השביתה בשירות חיוני) ומצא לכך עוגן בהלכה שנקבעה בבג"ץ.³⁴

ממכלול הפסיקה ברורה המדיניות השיפוטית של בתי הדין: במקום שאפשר – להנחות להסכמות; במקום שם אין סיכוי להסכמות – יש לקבוע כללי משחק לא רק בסכסוך הנדון אלא גם במגמת השפעה גם על סכסוכים עתידיים.

מגמת הפסיקה המרחיבה נותרה בתחום שדה משפט העבודה ולא חרגה מעבר לו. כך, על כל פנים, סובר גיא מונדלק – על פי מבדק מאגר נתונים. ממחקרו עולה שבית הדין לעבודה משמש קטליזטור הדוחף לפשרה בין הצדדים, אך השיקול המשפטי גובר על שיקולים אחרים. כדבריו:

“הממצאים מעידים כי למרות קרבתן של המערכת המשפטית ומערכת יחסי העבודה והצטלבותן בנקודות מפגש אחדות, הן נפרדות זו מזו ועולמות התוכן והתקשורת שלהם אינם נוטים להתערבב גם כאשר קיים צומת המאפשר זאת. מסקנה זו נתמכת בשני ממצאים. ראשית, המערכת המשפטית מדגישה לרוב רק שיקולים משפטיים והמאמץ לתכנן בית דין

- 31 דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק" – חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אגף לאיגוד מקצועי, פד"ע לג 337 (1998).
- 32 עניין הגמלאים, לעיל ה"ש 19. בהכרעה בבג"ץ נפסק שארגון העובדים מייצג גם את גמלאי הארגון.
- 33 עס"ק (ארצי) 19/99 מקורות חברת המים בע"מ – הסתדרות העובדים החדשה, פד"ע לו 560, 571 כולל ציטוט מבג"ץ צמח (2001).
- 34 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

מיוחד שיהיה רגיש יותר לעולם התוכן ודרכי התקשורת של מערכת יחסי העבודה לא קירב באופן משמעותי בין שתי המערכות. אף על פי שבית הדין משמש צומת ששתי דרכי התקשורת נפגשות בו, חלוקת העבודה בין המערכות אינה מתבטלת... הממצאים מניתוחו של המאגר מעידים שתהליך המשפוט מוגבל ושהמערכת המשפטית לא ייתרה את השיקולים שבבסיסה של מערכת יחסי העבודה".³⁵

במחקר נוסף³⁶ (לעניין חוק ביטוח בריאות) נמצא בית הדין מבטא מדיניות שמרנית של שמירה על איזון המעוגן בחקיקה לבין אילוצים כלכליים והימנעות מפרשנות ליברלית או מרחיבה, וזאת בעניין סל שירותי הבריאות. מסקנת המחקר: בתי הדין רואים עצמם מסייעים לשמירה על האיזון הפוליטי העדין בין משאבים מוגבלים לבין ביטוח רפואי אוניברסלי; הם סוכן חברתי לאכיפה וריסון בהיקף המהותי של הזכות לבריאות. שני המחקרים מעידים על גישה שמרנית, על זהירות בכל הנוגע להחלטות שלטוניות ועל מניעת נגיסה בסמכויות רשויות השלטון.

3. יעילות, גמישות ונגישות

כוונת המחקר בהקמת בית הדין הייתה בין השאר לזרז הליכי שיפוט בסכסוכי עבודה וליתן פתרונות מידיים ויעילים ליישוב מחלוקות שמטבע הדברים אינן סובלות דיחוי,³⁷ שהרי לא

35 גיא מונדלק ויצחק הרפז "בין המערכות: בחינה אמפירית של תפקיד בית הדין לעבודה בשביתות" עיוני משפט כו 179, 187 (2003). ביקורת על המסקנות מהממצאים ראו בדבריו של ר' שפירא: "אינני מסכים לפרשנות שמונדלק והרפז נתנו לנתונים ואני מפקפק ביכולת להעריך על סמך נתונים אלה את אופי הפעילות האמיתית של בתי הדין... שיעור הוצאת צווי המניעה איננו מלמד על מדיניות בית הדין". הרצאה ביום עיון בקרית המשפט, נובמבר 2003.

36 ישראל דורון "בית הדין האזורי לעבודה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמות בעיצוב מדיניות שיפוטית" עבודה, רווחה ומשפט י 131 (2004).

37 ההנחה היא ששני הצדדים לסכסוך עבודה מעוניינים בייצוב המערכת ומניעת זעזועים, בהמשך קיום מקום העבודה ובהבטחת שלמותו ופעילותו התקינה, ורואים בו בית משותף שיש לשמור על שלמותו. בצורה מעמיקה יותר תיאר את המצב הולין: "הצדדים ליחסי העבודה נמצאים במאבק אידיאולוגי ואינטרסנטי מתמיד, המלווה בסממני מתח אינהרנטים, גם אם המתח אינו תמיד חריף וגלוי. מאידך, הם נמצאים במארג של תלות הדדית ושותפים במאמץ לגרום, באמצעות שיתוף פעולה מתמשך, ולא דווקא באמצעות ביצוע של התחייבויות ספציפיות, להצלחת המפעל שהוא המקור לסיפוקים כלכליים ואחרים של כל המעורבים". גדעון הולין "התאמת חווי עבודה והסכמים קיבוציים למצבים משתנים" ספר מנחם גולדברג 292 (אהרון ברק, סטיב אדלר, רות בן ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

סכסוך היחיד, בין עובד למעביד, כסכסוך קיבוצי מתמשך במקום העבודה שבו מתראים ומתחככים הצדדים מדי יום, ונפגעת מערכת הייצור, והאינטרס ההדדי של ההמשכיות – נמצא חסר. לצורך זה הותקנו תקנות המפשטות הליכי התדיינות,³⁸ ובעיקר שוחררו שופטים מחובת ההיזקקות לדיני הראיות.

במרוצת השנים הועלו טענות בנושא היעילות, ונגישותם של בתי הדין הביאה לריבוי תביעות.³⁹ על פני הדברים נראה שעובדים רואים במוסד זה אבן תומכת ואוהדת ומצפים להכרעה מהירה.⁴⁰ בית הדין הביע לא אחת את עמדתו שבעת דיון במערכת סדרי הדין מייחסים השופטים חשיבות רבה לפתיחת דלת בפני מתדיין אשר לא אחת מופיע בלא ייצוג משפטי הולם.⁴¹

עד להקמת בית הדין מודעות העובד לזכויותיו הייתה מועטת, נחלת יחידים. לאחר הקמתו עובדים מודעים יותר לאפשרות למצוא את יומם בערכאה שיפוטית אוהדת, והדבר הביא לעומס על המערכת, כאז כן עתה.

38 כגון הפעלת שיטת הדיון המהיר (תיקון מס' 18 לחוק).

39 מחקר שבוצע לאחר עשור להקמת בתי הדין הראה שקיימת מגמה ברורה של גידול במספר הפניות לבית הדין לעבודה, ומרבית התביעות בסכסוכים קיבוציים מוגשות לאחר שפרצה שביתה, מה שמעיד שגם אם לא פנו הצדדים לבית הדין לפני פרוץ השביתה לשם מניעתה, הם מגלים נכונות לפנות בזמן השביתה, דבר המרמז על יכולת בית הדין להחזיר את הצדדים לשולחן הדיונים לאחר פרוץ המשבר. אמירה גלין ואברהם שירום "הערכת השפעתם של בתי הדין לעבודה על סכסוכים קיבוציים" רבעון לכלכלה 99, 341 (1978). ובנוסף, מחקר מסכם: "כללית ניתן לומר כי הממצאים העובדתיים מצביעים על כך שמאז הקמתם טיפלו בתי הדין לעבודה במספרים גדלים והולכים של סכסוכי עבודה קיבוציים, ובד בבד ירד מספר השביתות שמקורן בסכסוכים אלה... ההליך השיפוטי עצמו נמצא יעיל במונחים של משך הדיון... בתי הדין לעבודה אמצו בעליל מדיניות של עידוד ושכנוע הצדדים להגיע להסדר פשרה מוסכם ביניהם והשתדלו להמעיט בפסיקה כפויה של בתי הדין. מהיות הפשרה בין הצדדים סוג ההסדר השכיח ביותר ליישוב סכסוכים, עולה כי השופטים הכניסו באופן בלתי פורמלי אל הליכי השיפוט תיווך, כך שבפיעל ממלאים השופטים בישראל תפקיד דומה לאלה של השופטים המקצועיים בגרמניה הממלאים תפקידי תיווך חשובים ביותר. לסיכום: האם משפיעים בתי הדין לעבודה על סכסוכי עבודה? הנסיון הישראלי מאפשר לענות על השאלה בחיוב. צפיותיהם של מעצבי המדיניות אשא יזמו את הקמת המערכת החדשה מתוך מטרה להמיר את סכסוכי העבודה הקיבוציים למימוש זכויות בפניה לערכאות שיפוט התממשו בחלקם".

40 בערך במחצית מהתיקים שנפתחים בבתי הדין לעבודה הצדדים מופיעים ללא עורך דין. לו התבררה התביעה בבית משפט רגיל, היה המצב מסובך ומורכב הרבה יותר ומצריך ייצוג באמצעות עו"ד. סטיב אדלר, הרצאה בכינוס ירושלים לנציגי ציבור בבתי הדין לעבודה, 2003. נוסף על כך, בבתי דין לעבודה מיוצגים עובדים על ידי בא כוח האיגוד המקצועי שלהם או על ידי נציג מטעם ארגון המעבידים, מה שלא יכול להיעשות בבתי משפט כלליים.

41 ע"ח (ארצי) 1011/00 באדר – אבנשפנגר, פד"ע לו 385, 393 (2001).

טיעונים לעניין העומס נשמעים גם לגבי המערכת המשפטית הרגילה. הנחת עבודה היא שבמסגרת מנהלית נפרדת כמו זו הקיימת בבית הדין אפשר לטפל ביתר יעילות בבעיות ארגוניות בשיתוף עם הגורמים האחראים, דהיינו שרי המשפטים, העבודה והרווחה ושני הארגונים הארציים היותר יציגים – מצד העובדים ומצד המעבידים. בשנים האחרונות ניכר מאמץ ארגוני רב המופנה לתיקון ולשיפור.

סיבה ללחץ ולעומסים על בתי הדין היא שמערכת יישוב חילוקי הדעות במסגרת הסכמים קיבוציים – במגזר הפרטי ובעיקר בציבורי – קרסה. ירידה תלולה במעמדן של ועדות פריטטיות, של ועדת מעקב ושל המוסד לבוררות השפיעה, מטבע הדברים, על יחסי העבודה ועל ציבור המתדיינים.

גמישות דיון פירושה, אליבא דשופטי בתי הדין, גם גמישות בדרישות לעמידה בכללים הפרוצדורליים שנקבעו בדיון. לא אחת פסקו בתי הדין בהתעלמות מסעיפים מפורשים בתקנות סדרי הדין ונימקו זאת בייחודיות הערכאה.⁴² הועלתה טענה שגישה סלחנית זו אינה עולה בקנה אחד עם כללי עולם המשפט.

הגמישות מתבטאת גם בעקיפת חסמים אפשריים – למען היעילות. לדוגמה, שופט דן יחיד, במקרים שצוינו במפורש, חייב לקבל הסכמת הצדדים לדיון ללא נציגי ציבור. בעניין שטוב התקיים הדיון עם נציגי ציבור, אך הסכם פשרה אושר בחתימת שופט ראשי ללא נציגי הציבור, ובית הדין בערכאה עליונה התעלם מכך ביודעין, באמרו: "הסכם הפשרה הוגש לבית הדין כאשר בתחתיתו מודפס 'פסק דין' הנותן תוקף להסכם הפשרה. השופט הראשי סומך חתם על פסק הדין, ללא נציגי ציבור. בהינתן ששופט אינו רשאי לחתום על פסק דין לבדו, בהעדר החלטה מנומקת על דיון בדין יחיד או על חתימה כאמור בשל העדר הופעת נציגי הציבור, הרי שמתעורר ספק באשר למעמדו של פסק הדין. עם זאת, מאחר שבאי כוח העיריה והיוהמ"ש לממשלה לא העלו טענות בנושא זה, נצא אף אנו מתוך הנחה שאכן ניתנת החלטה המאפשרת את חתימת השופט סומך על פסק הדין לבדו".⁴³

לסיכום, בתי הדין לעבודה קידמו פתרונות בסכסוכים לא על פי כללי משפט נוקשים אלא בהפעלת שיקול דעת מעשי המקדם עניין ומשפיע על צדדים לקיים הליך הידברות. הם

42 ראו כדוגמה החלטה לעניין הארכת מועד להגשת ערעור. נפסק שעל בית הדין לגלות "גישה סלחנית ההולמת את מעמדו של בית הדין". ע"ע (ארצי) 1226/01 אטלס – י. ש קייטרינג ואירועים בע"מ נ' אעביד (פורסם בנבו, 19.9.2002). פסיקה זו מדגישה אמת מידה של צדק ורגישות חברתית לעומת אמת מידת הדין והמשפט, בהשאת דלת פתוחה להתדיינות עובד אף על פי שמסגרת המועדים הקצובים בחוק מוצתה.

43 בית הדין הארצי לעבודה, ע"ע (ארצי) 1260/01 היועמ"ש לממשלה – עו"ד שטוב (פורסם בנבו, 24.3.2003).

נגישים ורגישים יותר ממערכת שיפוטית אחרת לבעיות, לצדדים ולניהול ההליכים, והערכאה מוערכת כידידותית למשתמשיה.

ג. משפט העבודה כשדה ייחודי

עד להקמת בית הדין לעבודה בשנת 1969 לא הייתה לרשות השופטת השפעה על עיצוב מערכת יחסי העבודה, ורוב סכסוכי העבודה באו על יישובם ללא מעורבות בית משפט. הסיבה העיקרית לכך הייתה היעדר גישה להליכים וחשדנות כלפיהם וכלפי התוצאות.⁴⁴ הקמת בתי הדין הביאה למהפך, להיזקקות גוברת מצד המשתמשים וליצירת כללי התנהגות נורמטיביים למשתתפי המערכת.

עמד על כך יצחק זמיר בשנת 1976:⁴⁵

“עד שהוקם בית הדין לעבודה... ההשפעה של בתי המשפט על דיני העבודה הייתה מעטה מאד. דיני העבודה היוו אז בעיקר מסכת של חוקים... ופה ושם פסקי דין של בתי משפט מחוזיים או של בית המשפט העליון וההשפעה של פסיקה מעטה זאת על המערכת של דיני העבודה, ומעבר לזה על יחסי העבודה, הייתה שולית. דבר זה השתנה לחלוטין עם הקמתם של בתי דין לעבודה... בית הדין לעבודה עשה הרבה, יצר הרבה, הטביע את חותמו, וכיום דיני העבודה נראים אחרת מאשר נראו במשך עשרים השנים מאז הקמת המדינה ועד להקמתם של בתי הדין לעבודה.”

מערכת המשפט האזרחית היא אחידה מבחינת המבנה ההיררכי, מבתי משפט שלום רגילים ומיוחדים (תעבורה, משפחה, תביעות קטנות, עירוניים) ועד בית המשפט העליון. בית הדין לעבודה זוכה לתשומת לב תקשורתית וציבורית במובן הרחב ביותר, והדבר בא לידי ביטוי במדורים מיוחדים בעיתונות, בסקירה שוטפת ובעיתונאים המתמחים בנושא. ייחודו בהיותו ערכאה שבמפורש ובמוצהר מביאה בחשבון בשיקול הדעת לא רק שיקולים משפטיים טהורים אלא גם שיקולים חברתיים, וזאת באמצעות שיתוף נציגי ציבור האמורים להיות

44 על החידושים בתום עשר שנים לפעולת בתי הדין ראו יצחק זמיר “הנשיא צבי בר ניב ודיני העבודה בישראל” ספר בר ניב 9 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים, 1987). בית הדין הנהיג רוח חדשנית, תר אחר דרכים חדשות ותורות חדשות, פיתח תאוריות ומושגים בסיסיים, בחן מחדש הגדרות וכללים ולא היסס לשנות לפי תפיסות חדשות. 45 “בית הדין לעבודה־מטרה ומציאות” הרצאה ביום עיון במכון להשתלמות עורכי דין, קובץ הרצאות (זאב סגל עורך, 1976).

בקיאים בנעשה בשטח, בעלי זיקה ישירה להבנת צדדים לסכסוך ואמורים להתחשב במסגרת שיקול דעתם גם בעמדות ודעות חברתיות.

שינוי בולט הנהיג בית הדין כבר בראשיתו בעניין ניהול הדיון. שיטת המשפט הישראלית, בדומה לבריטית, היא אדוורסרית, ולפיה הצדדים מגישים כתבי בי דין, מוסיפים לפי העניין והצורך בעת הדיון, ופסק דין ניתן על סמך ראיות. בבית הדין לעבודה נהוגה גם השיטה האינקוויזיטורית, שלפיה בית הדין יוזם פעילות כמו בדיקת הנורמות במקום העבודה, הסתמכות על אירועים ומבדק תחולתם ומהותם של הסכמים קיבוציים שיש להם קשר לנושא הנדון, בדיקת טענות אפשריות גם אם הצדדים לא העלו אותן וכד'. כל אירוע מואר מזוויות שונות, נבחנים בו אופני התנהגות, ומוחל בו מבחן תום הלב המוגבר.

הסיטואציות בעולם העבודה מורכבות, וכל פעולת אנוש מצריכה הסבר הגיוני. אומד שיקול הדעת באשר למהימנות צד נקבע לא רק לפי מה שהצדדים הגישו לשולחן הדיונים אלא גם לפי ראיית המותב השיפוטי את הדברים בהיבט מורחב.

כבר בראשית דרכו פרסם נשיא בית הדין הארצי, מעת לעת ולפי הצורך, כללים ותדרוכים להתנהגות הצדדים, שנקראו "הנחיות נשיא בית הדין". כמו כן הייתה נהוגה השיטה שלפיה פורסמו בסוף פסק הדין הערות שנשמעו בעת הדיון שיש להן ערך מחנך ומתווה דרך.

לעומת שדות משפט אחרים, שבהם מקובל שאין הבדל ערכי או מהותי בין צדדים וזכותם שווה, במשפט העבודה מניחים מראש שקיימים שני צדדים שאינם שווים. כדברי השופט סטיב אדלר (בתוארו דאז):

"תכליתו של משפט העבודה כמגן על עובדים זוכה למשנה חשיבות בעידן זה בו המשק המערבי המודרני מצוי בתהליכי מעבר מתקופת המהפכה התעשייתית אל עידן המידע... התפתחות רבת משמעות זו של שוק העבודה איננה מאפשרת המשך פעולה תחת אותם כללים ומבחנים משפטיים ששירתו את בתי הדין בעבר ומחייבת התאמה של הכלים המשפטיים העומדים לרשותם של בתי הדין לעידן חדש זה".⁴⁶

ומה מייחד את משפט העבודה? אומרת על כך השופטת אלישבע ברק:

46 סטיב אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" ספר מנחם גולדברג 40 (2001) (להלן: אדלר "היקף תחולת משפט העבודה").

“ענף משפטי זה עוסק ביחסים מיוחדים, יחסי קירבה ממושכים בין שני הצדדים. בגלל טיב היחסים והקרבה הממושכת בין הצדדים, משפט העבודה הוא ענף משפטי הגנתי ופטרנליסטי מאד.”⁴⁷

משפט העבודה הוא מגביל מטבעו ומנוגד לחופש החוזים של האזרח. עובד אינו יכול לעשות כאוות נפשו וכן המעביד. החברה, באמצעות חקיקת מגן, עוטפת את מרקם יחסי העבודה האישיים והקיבוציים בנורמות שלדעת המחוקק מיועדות להסדיר את היחסים החוזיים בין הצדדים.

כל שדה משפט מתפתח בממד הזמן, ושמירת שלטון החוק היא אינטרס הכלל והיחיד. במשפט העבודה חל כלל בסיסי נוסף – החברה מבטאת את רצונה בהגנה על ערכי היחיד בחתרה לאיזון ראוי בין אינטרסים כלכליים של המעביד לבין אינטרס העובד. בית הדין לעבודה נתן תנופה מואצת למשפט העבודה. עד להקמתו הייתה קיימת מערכת זכויות שבדין עם פסיקה בסיסית. מאז תחילת פעולתו הוא תרם ליצירת מערכת מסועפת של כללים להסדרת יחסי העבודה, ובכך תרומתו ליציבות ביחסי העבודה.

משפט העבודה פיתח הלכות על יסוד נושאים שהוסדרו בחקיקת העבודה, אולם עיקר תפקידו בא לידי ביטוי בפיתוח הלכות בנושאים שלא הוסדרו בחקיקה. אפשר לומר בהחלטיות שבית הדין יצר משפט עבודה אוטונומי, עצמאי ומעצב כללי התנהגות ראוייה.⁴⁸ משפט העבודה הפרטי קיבל תנופה, ומשפט העבודה הקיבוצי הפך משדה בור לפרדס מניב. מדיניות קיבוצית היא יסוד איתן באתוס של החברה בישראל מראשית ימי מדינה. מחסר בחקיקה פיתח בית הדין הלכות שהביאו את ארגוני העובדים והמעבידים, בעת קביעת שיקול דעתם לקראת קבלת החלטות, לשקול משתנה נוסף: מה יאמר בית הדין לכשיגיע העניין לספן.

לדעת א' אטלן, בראות בית הדין עצמו משוחרר מכבלים, הוא פיתח הלכות חדשניות ובכך הקדים את שאר בתי המשפט. למשל עניין המתחם שבין עקרון תום הלב לקוגנטיות. בענין מור⁴⁹ הביע הנשיא גולדברג דעתו ש"הגיע הזמן לשקול את אי החלת חוקי המגן על עובדים בעלי שכר גבוה", כלומר עקרון תום הלב במשפט העבודה יכול להגמיש את

47 בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 628 (1996).

48 כדברי השופט בדימוס מנחם גולדברג ספר מנחם גולדברג 175: "היצירתיות המשפטית וההילכתית והאקטיביזם השיפוטי האישי והקיבוצי הם ממאפייניה הקבועים והחיוביים של פסיקת בית הדין לעבודה לדורותיה".

49 עניין מור, לעיל ה"ש 47.

הקוגנטיות.⁵⁰ דעה דומה הביעה השופטת ברק בקבעה שרק לעתים נדירות יפנה עקרון הקוגנטיות של חוקי המגן את מקומו לעקרון תום הלב.⁵¹ לדעת אטלן, בית הדין לעבודה מקדם את השיח הבין-לאומי כהווייתו תוך לימוד ממשפט משווה. למשל, קידום השיח ביחסי העבודה במובנו הכלכלי – לא במונחים של זכויות אלא במובן של עבודה הוגנת. הוגנות כדאית מבחינה כלכלית.⁵² בהתפתחותו ההיסטורית הביא בית הדין לעבודה לידי היותה של התמחות בשדה משפט העבודה, הן של שופטים והן של פרקליטים, מקצועית, ולמי שבחר בשדה משפט זה – מקור פרנסה בלעדי. יש הרואים זאת לחיוב ויש לשלילה.⁵³

ד. מקומו של בית הדין במערכת יחסי העבודה ובמערכת השיפוט

לשום ערכאה שיפוטית אין יומרה להשפיע על החברה לבד, אולי, מבית המשפט העליון. לא ימצא טוען שלבית משפט למשפחה או לתעבורה יש השפעה ערכית כלשהי על החברה האזרחית. לא כן באשר לבית הדין לעבודה, המשפיע על יחסי העבודה, על עולם העבודה ועל סביבתה. תפקיד בית הדין למלא חלל במקום שבו קיים חסר. כלשון הנשיא אדלר:

”בתי הדין לעבודה מעודדים את ההסתדרות, המעסיקים והמדינה להתאים את החוקים, אך במצב החקיקה הקיים אנו אלו שצריכים לעשות זאת.”⁵⁴

אפשר לבחון את מערכת יחסי העבודה ולהגיע למסקנה שלבית הדין הייתה, ועודנה, השפעה ישירה, מוכחת ומתמדת על יחסי העבודה במישור הארצי, הענפי או המפעלי.⁵⁵

50 השופטת א' ברק התייחסה לעניין זה וקבעה: "חוקי העבודה הסוציאליים הם קוגנטיים. עם זאת... העמידה על הכלל הנוקשה עשויה לפגוע פגיעה חמורה ולגרום לעוול חמור לצד המסתמך על החוזה כפי שהוא ולא כפי שדרישות החוק מכתובות אותו... במקרים נדירים אלו גוברים דרישת ההגינות ותום הלב על דרישות או זכויות קוגנטיות". דב"ע (ארצי) 3-237/97-שמואלי – רשות השידור, פד"ע לו 577 (2001).

51 אהרון ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 524 (2000).

52 הרצאה בכינוס נציגי ציבור בבתי דין לעבודה, ירושלים 2003.

53 לחיוב, ראו השופט בדימוס מנחם גולדברג בהרצאה בכינוס אילת לנושאי עבודה 2004, "בבית דין עבודה יש עורכי דין שיש להם התמחות מיוחדת-רק בנושאי עבודה וזה מביא לפיתוח ענף משפט העבודה". דעה נוגדת הביע בכינוס ר' שפירא. ראו עיקרי דבריו בהמשך המאמר.

54 ירחון סטטוס, פברואר 1999.

בעתות משבר ארצי ביחסי העבודה בית הדין הוא פקטור חשוב בתנאי זמן ומקום. מעמדו הסמכותי ניכר כמשפיע, אם כי במקרים חשובים בעלי השפעה ארצית כללית הטביע חותם והשפיע באופן שהצדדים לא יכלו להתעלם מעמדתו. שאלת השפעת בית הדין על יחסי העבודה עלתה במרוצת השנים. אומר על כך הנשיא (בדימוס) שמגר:

”שאלה מתעוררת לאור התקוות באיזה מידה תרם בית הדין לעבודה ליציבות יחסי העבודה. נתלו תקוות רבות לכך שתופעות רבות יחלשו או יעלמו. אני סבור שראוי להתייחס לשאלה האם היתה הגשמה של שאיפה זו, האם חל שיפור ביחסי העבודה ובית הדין נתן פתרון לבעיות ביחסי העבודה, למניעת סכסוכים ומניעת שביתות ולהגדרה מהירה של הזכויות הקיימות בהסכמים קיבוציים. זו שאלה קשה כי כאזרח שאיננו עוסק יומיום בדיני העבודה יש לי תחושה, ולדעתי לחלק גדול מהציבור, שנושא השביתות וסכסוכי העבודה החריפו במציאות שלנו ולא נעשה קל יותר מאז שקם בית הדין לעבודה. הסיבות אינן בגלל בית הדין וכדאי שנעסוק בנושא באיזה מידה מצאנו מרפא בכך שהקמנו ערכאה משפטית נפרדת מהמערכת הרגילה או לצידה, כדי שסכסוכי העבודה הפוגעים בכל הצדדים בית הדין יצליח ליישבם או שמא יש בתחום זה מקום לחשיבה מחודשת שמזרימה רעיונות חדשים לתוך מערכת בתי הדין לעבודה.”⁵⁶

עובדה היא שבית הדין תרם לפיתוח משפט העבודה. לעומת זאת יש הטוענים שתרומו לייצוב יחסי העבודה לא ניכרה. אומר על כך רון שפירא:⁵⁷

”זכות השביתה בישראל מנוצלת לעיתים קרובות מידי לרעה, ובית הדין לעבודה, במדיניותו רבת השנים בנוגע לאי הוצאת צווי מניעה איננו יכול שלא להיחשב כאחד האחראים למצב הזה. אם המצב ביחסי העבודה רע, יש לבדוק את כל המערכות כולל בית הדין משום שהצדק קיומו, לדעת חסידי הגדולים, הוא באחריותו המיוחדת ליחסי העבודה בכללם ולא בכושרו להכריע בסכסוכים.”

55 ראוי לצטט את השופט צבי ברנזון, לאמור: ”חושבני שעלולה להיות לבתי דין כאלה השפעה טובה בעקיפין על שיפור יחסי העבודה בארץ למניעת מאבקים מקצועיים מיותרים”. ירחון עבודה וביטוח לאומי (1958).

56 הרצאה בערב לכבוד השופט צבי ברנזון, ירושלים, 3.9.1998.

57 כינוס אילת לנושאי עבודה, פברואר 2004.

לדעתו, בנושא שביתות "יש בהחלט גישה אידיאולוגית ייחודית לבית הדין לעבודה בהרכבו הנוכחי וראוי להעמיד אותה במבחן הביקורת".

לסיכום, לדעת רבים, תרומת בית הדין לקידום משפט העבודה הפרטי מובהקת. לענין משפט העבודה הקיבוצי תרומתו גדולה בתור "המרגיע הלאומי". המציאות מראה שבית הדין איננו מכשיר למניעת סכסוכים קיבוציים ואין זה מתפקידו. תרומתו היא בתחום הכנסת צדדים לסכסוך לנתיב של התדיינות ביניהם עד לסיום, והכול בפיקוח שיפוטי. בסכסוכי העבודה בשנים 2003–2004 ניכר המאמץ המושקע במניעת שביתות ארציות, שאכן נמנעו, ובכך פעל בית הדין כמסייע לממשלה ולצדדים וחסך סכומי עתק למשק.

מעמד במערכת השיפוט

בית הדין לעבודה הוא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט בישראל. מאז שנת 2001 החלו להישמע טיעונים נגד ייחוד המערכת. עיקרם היה נגד נטייתה לצד זה או אחר, בתקופות שונות.⁵⁸ מובן שטיעון זה נדחה על ידי שופטים, חוקרים ופרקליטים בהיותו לא נכון, לא צודק וללא בסיס אמפירי.⁵⁹

חלק מבחירי הפרקליטים המתמחים במשפט העבודה טענו להעדפה. מחד נשמעו טענות ש"הזעם של המעסיקים על הפסיקות של בית הדין לעבודה יש לו על מה לסמוך... הצהרת שופטים שהעובד צד חלש מביאה לפסיקה המאופיינת לעיתים בחוסר איזון... צד המעבידים חושש היום לפנות בכלל לבתי הדין לעבודה במקרה של סכסוכים עם העובדים בנימוק שמאזני הצדק בערכאה זו מתבססים על אדנים אידיאולוגיים ולא רק משפטיים".⁶⁰ חיים ברנזון התייחס לכך:

58 טיעונים דומים נשמעים חדשות לבקרים גם נגד בג"ץ. ראו סקירתו של זאב סגל "בית המשפט הגבוה לצדק – בית משפט כמעצב חברתי" חברה במראה – לזכרו של יונתן שפירא 297, 355 (חנה הרצוג עורכת, 2002). ראו במיוחד הערה 118, המתייחסת לטיעון שבג"ץ מגן יתר על המידה על זכויות המעבידים לחופש העיסוק שלהם ולמימוש קניינם על חשבון זכויות העובדים.

59 "מאשימים את בית הדין שהוא בעד או נגד מעבידים, בעד או נגד עובדים. איננו לא זה ולא זה. אנו שופטים. איננו מעדיפים צד אחד על משנהו. אנו עושים ככל יכולתנו להחיל את עקרונות משפט העבודה תוך שאנו נותנים משקל מתאים לזכויות כל אחד מהצדדים". השופט א' ברק, דברים בטקס השבעתה לסגנית נשיא בית הדין לעבודה, פורסם בעלון השופטים הרשות השופטת, 31, 63. ובפסיקה: "כפי שהראיתי, משפט העבודה מתערב התערבות רבה בחופש החוזים בגישתו הפטרנליסטית כלפי העובדים". עניין שמואלי, לעיל ה"ש 50.

60 ריאיון עם עו"ד פיינברג נחום, הארץ 7.7.2003. טיעון נוסף: "בית הדין הארצי לעבודה נהיה גמיש, מרבה למדי לצדד בעובדים ואין החלטה אחת מחייבת לפיה הוא יכול לפעול". ריאיון עם עו"ד א' הררי, גלובס 25.6.2003.

“אין ספק כי בין מעבידים וארגוני מעבידים חלה ירידה באמון במערכת המשפט הייחודית בחשד שבית הדין לעבודה פוסק יותר ויותר לטובת עובדים, לרבות עובדים חזקים, מאורגנים ובלתי מאורגנים. תחושה זו של צדק סלקטיבי, אצל סוג אחד של צרכני בית הדין, הינה מופרזת ואינה מוצדקת תמיד אך היא גורעת מכוחו, ממעמדו הציבורי ומתכלית הקמתו של בית הדין לעבודה. מן הראוי שבית הדין יאזין לה בקשב רב.”⁶¹

לעמדות אלה הייתה השפעה על המציאות דאו בעולם העבודה. ברנזון הציג תמונת מצב כפי שהייתה בזמן כתיבת מאמרו והביע חשש ש”האקטיביזם השיפוטי הרדיקלי, הרגישות החברתית המוצהרת של בית הדין הארצי, האהדה לעובדים ולהסתדרות המצויה במשבר ארגוני וכספי והסלחנות כלפי צעדיה הכוחניים היא אולי אחת הסיבות העמוקות התורמות בעקיפין לתופעה מדאיגה רחבה יותר. קיימת ירידה דרסטית במו”מ הקיבוצי הארצי והענפי מול ארגוני המעבידים. למעשה יש קיפאון בחתימת הסכמים קיבוציים כלליים בשנים האחרונות... כיום יש צחיחות בהסכמים ארציים וענפיים של השותפים ליחסי העבודה. את מקום המסורת של דיאלוג פורה ומתמשך תופסים אי אמון, מניפולציות וכוחניות, מצד אחד ויוזמה חקיקתית עוקפת הסכמים קיבוציים, מצד שני.”⁶²

מחקרים הראו שאין להבחין בנטייה של בית הדין לצד זה או אחר.⁶³ חלק מהחוקרים קבעו היפוכו של דבר, שלמרות הטיעון שבית הדין מתייחס לעובדים התייחסות מיוחדת בגין אי-שוויון וכד’, הראה רפי נץ שעמדת מעבידים מתקבלת יותר. מחקרו בדק את טיעון המעבידים שמערכת בתי הדין, בזמנו של הנשיא גולדברג, נטתה להיות מאוזנת, ואילו בתקופת הנשיא אדלר היא נוטה לצד העובדים. כלשונו:

“מסקנת המחקר היא כי מדיניות בית הדין האזורי לעבודה בת”א בשנים שנבדקו בנוגע לצווי מניעה נגד שביתות בתקופת המחקר התבררה כמוטית, וזאת לטובת המעבידים. בית הדין מפגין את התנגדותו לנקיטת הליך השביתה על ידי העובדים, ונוקט דרכים שונות על מנת למנוע את קיום

61 חיים ברנזון “רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה” ספר גולדברג 202 (2001).

62 תמונת המצב שהציג ברנזון נכונה, אך סיבותיה אחרות ועיקרן הנהגת ההסתדרות שלא השכילה, בשנים 1998 ועד 2004, להיעשות כתף אחת עם המעסיקים אלא לפעול נגדם גם באמצעות הקמת מפלגת עם אחד שנכשלה בכל אשר עשתה. המצב השתנה לחלוטין משנת 2006 עם חילופי משמרות בהנהגת ההסתדרות, שהשכילה להבין שבפעילות מוסכמת עם ארגוני המעבידים משיגים יותר מאשר במאבקים.

63 עניין מקורות, לעיל ה”ש 33; רפי נץ “מדיניות בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בנוגע לצווי מניעה נגד שביתות” המשפט 16, 46 (2003).

השביתות – ואכן, מידת האפקטיביות שלו להשגת מטרתו היא גבוהה ביותר וכמעט מוחלטת. בית הדין מתגלה בבירור כבית דין של משפט הפועל בדווקנות, בעקביות, בנוקשות ובפורמליות לאכיפת הוראות הדין ולא בהתאם ליומרתו להצטייר כבית דין של יחסי עבודה.⁶⁴

מחקר זה מביא אותנו לשאלה קשה יותר: מהי צדקת קיומה של ערכאה ערכית במובהק ואידאולוגית במהותה? לצורך הדיון נשתמש במונחיו של נץ, המבחין בין "בית דין של משפט" לבין "בית דין של יחסי עבודה". בית דין של משפט משמעו ערכאה הפועלת בדווקנות, בעקביות, בנוקשות ובפורמליות לאכיפת הוראות הדין. בית דין של יחסי עבודה משמעו ערכאה השוקלת גם שיקולים חברתיים, ערכאה ידידותית ופורמלית פחות. כאמור לעיל, מצא נץ שבית הדין לעבודה מתערב ביחסי העבודה התערבות ניכרת – באמצעות נקיטת מדיניות מוטית לטובת המעבידים (הוצאת צווי מניעה) – אף על פי שהוא מתיימר לכאורה להיות אוטונומי. לדעתו הסיבה לכך היא שבתי הדין הוקמו על ידי המדינה והם מוסד ממלכתי ששופטיו ממונים על ידי המדינה, הוא מטפל בעיקר בבקשות המדינה לצווי מניעה, וקיימת זהות אינטרסים גדולה ביותר בין המדינה כמעסיק וארגוני המעסיקים. נזכור שבית דין לעבודה הוא ערכאה המתמחית בשדה משפט אחד. ייחודו הארגוני הוא בשיתוף נציגי ציבור המביאים ידע מהשטח ומבינים את נפש הצדדים לסכסוך. אלה אינם מקצועיים בשפיטה ותרומתם לא תמיד מוכחת.⁶⁵ הכרעה שיפוטית בנושאי עבודה היא לעתים אידאית, ערכית ומנותבת לעולם של ערכים ואידאולוגיות. למעשה, פסק דין, לצד זה או אחר, אפשר לראות בו נקיטת עמדה ערכית.

רון שפירא⁶⁶ הבהיר את ההבדל בין שיטת המשפט האירופית, הדוגלת בערכאות מתמחות, לשיטה האמריקאית, המעדיפה שיפוט רגיל ללא התמחויות. בתי דין לעבודה תחילתם באירופה, ואילו בארצות הברית אין אוטונומיה מבנית לשיפוט בענייני עבודה, ובית המשפט הפדרלי דן בכל הנושאים. מלומדי משפט אמריקאים (בעיקר פרופ' פוזנר) מביאים את הטיעונים האלה נגד ערכאות מתמחות:

1. כוחות שיפוט טובים יעדיפו ערכאה כללית העוסקת בכל שדות המשפט על פני עיסוק רק בשדה אחד.
2. יש יתרון ניהולי במאגר מומחים והוא שאפשר לחלק בין כולם את העומס.

64 שם, בעמ' 57.

65 עם נציגי הציבור נמנים נציגי האקדמיה, והם בוודאי אינם מביאים את "ריח השדה" אלא את מטען הידע האישי והערכי שלהם, וכמותם רואי חשבון ומומחי מס, התורמים ידע מקצועי לדיון ולהכרעה.

66 הרצאות ביום עיון בקריית המשפט, נובמבר 2003 ובכינוס אילת 2004.

3. לערכאה מתמחה יש בעיות תיחום וסמכות. קיימים שדות משפט משיקים, ואי אפשר להפריד בין הדבקים.
4. ערכאה מתמחה יוצרת תיחום אידאולוגי ערכי. יש להימנע מערכאה המבכרת אידאולוגיה אחת על רעותה. בנושאים ערכיים יש להעדיף מגוון שופטים.
- אם נבחן את בית הדין לעבודה בישראל על פי אלה נראה על פני הדברים שמארבעת הנימוקים לעיל, הנימוק הרביעי הוא החשוב והעיקרי.⁶⁷
- האם אכן בית הדין לעבודה הוא ערכאה אידאולוגית?⁶⁸ לכל אחד תשובה משלו, כל אדם והאמת שלו. הזכרנו את דעתו של חיים ברנזון שלפיו "בית הדין לעבודה הפך בשנים האחרונות לבית דין חברתי רדיקאלי... ונרתם למימוש מדיניות שיפוטית חברתית, אידיאולוגית, עקרונית, מוצהרת ובלתי נסתרת... שפיטה מגויסת שכזו מתאפיינת באקטיביזם שיפוטי חברתי רדיקאלי... בית הדין נשען בפסיקותיו החדשות יותר ויותר על רוחות חברתיות חדשות וחדשניות שנושבות באקדמיה של משפט העבודה בישראל ובעולם".⁶⁹
- קיימות דעות אחרות, וברור שהמצדדים בהמשך קיומו של בית הדין במתכונת הנוכחית חושבים אחרת מאלה המבקרים את עצמאות בית הדין. קשה להצדיק בימינו בית דין אידאולוגי, אך כפי שאמרנו לעיל, כל זמן שרוב המשתמשים במערכת ואלה שיש להם אחריות לפעילותו התקינה (ארגוני עובדים ומעבידים) ממשיכים לתת יד להמשך מצב קיים – זוהי עדות לשביעות רצון.
- בכל שנות קיומו של בית הדין לעבודה רבו הצעות חוק המבקשות לשנות את אופיו ולגרום לשילובו במערכת המשפטית הרגילה. במיוחד רבו ההצעות לעניין שינוי מעמד נציגי הציבור.⁷⁰ בוויכוח משתתפים גורמים ציבוריים שיש להם עניין בנושא. סוגיית מקומו

67 עליו אומר שפירא: "מה שנראה בעיני כבלתי לגיטימי ומסוכן הוא שבית דין מפתח זהות אידיאולוגית ייחודית שונה מזאת של בתי המשפט הכלליים ושל המחוקק. לא ברור לי כיצד ניתן לנהל קמפיין אידיאולוגי מגובש, היונק ממדיניות כלכלית חברתית שאינה בקונסנסוס, ובו בזמן להתלונן על הגנבת אלמנטים אידיאולוגיים לעמדה שהמשלה מבקשת לקבל עליה את אישור המחוקק". לדעתו, אם המגמה לביטול בית הדין לעבודה קשורה לגיבוש האידיאולוגי הנפרד של בית הדין – המגמה ברוכה.

68 לדעת רון שפירא, "מי שמצדד בבתי הדין הם אלה שטורחים להדגיש את האידיאולוגיה של בית הדין לעבודה. אם באמת יש להם יחוד אידיאולוגי-זו סיבה טובה מאד להטמעתם, לשנות את הכללים. לדעתי, היוצרות התהפכו. אלה שרוצים להשאיר את המצב הקיים היו צריכים להדגיש שאין קו אידיאולוגי בפסיקה".

69 לעיל ה"ש 62.

70 יצוין שח"כ אברהם פורז הציע בכל כנסת שבה כיהן הצעת חוק שלפיה ישבו נציגי ציבור רק בסכסוכים קיבוציים (ראו ה"ח פרטית מיום 18.6.1990, מיום 5.8.1992 ומיום 4.11.1996 וכן לאחר מכן, עד לכנסת ה-16. ההצעה נדחתה בדיוני ועדת העבודה של הכנסת ביזמת משרד

של בית הדין לעבודה במערכת יחסי העבודה, תפקידו וסמכותו העסיקה את הקהילייה המשפטית והחברתית כאחד. אפשר לחלק את משתפי הפולמוס בנושא האקטיביזם השיפוטי לשתי קבוצות: האחת משאירה את בית הדין בתחום סמכותו העניינית הצרה, הכרעה על פי דין קיים, תקדימים וכד'. השנייה תומכת באקטיביזם שיפוטי, מונח השאוב מהמחלוקת בעניין סמכויות בתי המשפט הכלליים ובמיוחד בית המשפט העליון. על פני הדברים נראה שהוויכוח הנוטש בעוז באשר לבית המשפט העליון זלג לשדה משפט העבודה ויחסי העבודה.

בסיום הדוח הכללי שהגיש לכינוס שופטי בתי הדין לעבודה באירופה⁷¹ הבהיר הנשיא אדלר את ההיגיון שבבסיס השקפת עולמו: ירידת כוחם של ארגוני העובדים ושינויים מהירים בשוק העבודה יצרו בעיות מספר במשפט העבודה שאין להם פתרון חקיקתי. בהיעדר חוקים ותקדימים בית הדין לעבודה יכול למלא תפקיד חיוני בפיתוח פתרונות לבעיות חדשות במקום העבודה. תוצאת החסר הזה היא בעיות חמורות באי-יישום זכויות חברתיות בהרבה מדינות. בית הדין איננו ממלא את כל הפונקציות הכרוכות ביישום זכויות אדם יסודיות שהיו נחלת ארגוני העובדים בימיהם הטובים, אך הוא ממלא כמה מהם. בית הדין לעבודה ממלא חלק מהחלל שנוצר מהיעלמות ארגוני עובדים בכמה סקטורים של הכלכלה. כדי להשיג מטרות שיפוט אלה יש להרחיב את כוחו ומקורותיו של בית הדין. כשאין זה אפשרי, יש לתת לבית הדין לעבודה סטטוס השווה לזה של בתי המשפט הרגילים. בשביל רוב, ולעתים רוב מוחלט, של העובדים בכלכלה החדשה בימינו הפורום היחיד שאליו הם יכולים לפנות ליישום זכויותיהם במשפט העבודה הוא בית הדין לעבודה. בגוף הסיכום מובהרים הדברים כדלקמן:

לבתי הדין לעבודה תרומה רבה בפיתוח המדיניות החברתית. אין זה אקטיביזם שיפוטי אלא שימוש בערכים חברתיים בהתייחס לנושאים שלהם הדין הקיים והתקדימים אינם מספקים תשובה... הגישה הישראלית היא שאם יש חוק, תקנה, הסכם או תקדים, תפקיד בית הדין לעבודה הוא ליישם. בכל אופן, במקום שם הם אינם בנמצא, וקיים חסר – כל החלטה של בית הדין היא למעשה יצירת דין. יתר על כן, בתי המשפט חופשיים לחשוב על תקדים לאורם של שינויים חברתיים, וזה צריך להיעשות בזירות

המשפטים. יצוין כי בשיבת הוועדה רק משרד האוצר ונציבות שירות המדינה הסכימו תמיד להצעותיו מסיבות ייעול וחיסכון תקציבי. בכנסת השש-עשרה הגישו הצעה דומה שמונה ח"כים מסיעת שינוי, ה"ח פרטית 15591603, וצוין בה במפורש שהצעות חוק זהות הוצגו על ידי ח"כ פורז בכל מושב כנסת החל מהכנסת השלוש-עשרה.

אדלר, לעיל ה"ש 21.

ובאחריות... במקום שם אין חוק או תקדים או שהם קיימים אך אינם ברורים ויכולים להתפרש ביותר מאופן אחד, בית הדין חייב להחליט, כמו שדוח השופטים ממלזיה אומר: "כאשר אין מדיניות שנקבעה בחוק או בתקדים, יש לערכים, לפילוסופיה ולנקודת המבט של השופטים תפקיד במגרש". זה קורה לעתים במשפט העבודה בגלל השינויים המהירים בשוק העבודה. בתי הדין מייצרים מדיניות חברתית. אי אפשר להימלט מתפקיד זה ולומר שבתי הדין יחכו למחוקק עד שיתייחס לנושא קונקרטי. כאשר נושא כזה מובא לפני בית הדין, חייבים להחליט בעניינו, בין שהזכות קיימת ובין שאינה קיימת. החלטה שלילית היא שלילת זכות היא החלטה כמו החלטה חיובית שהזכות קיימת. בכל דרך שיבחר בית הדין מייצר מדיניות חברתית ומשתמש בערכיהם של השופטים.

מהאמור עולה המסקנה שהשימוש במונח "אקטיביזם שיפוטי" אינו מסייע. הנושא האמתי הוא ויכוח על המדיניות, הערכים והבנת החברה, שהם אינהרנטיים בשיטה כזו של החלטות שיפוטיות כאשר אין חוק ברור או ספציפי... שופטי בתי הדין לעבודה לומדים על נושאים חברתיים דרך חינוכם, ניסיונם, שיחות עם שופטים עמיתים, מידע מנציגי ציבור, השתלמויות למתקדמים, פגישות עם נציגי ארגוני עובדים ומעבידים, העולם האקדמי ודיווחים בתקשורת. מקום העבודה הוא שדה ההתייחסות שלהם, וזו הסיבה מדוע המקום הטוב ביותר להחלטות בדבר משפט העבודה והביטחון החברתי הוא בבתי הדין לעבודה ולא בבתי המשפט הכלליים.

עמדת הנשיא אדלר ברורה גם בפנייתו לציבור בישראל:

"אשר לעמדה לפיה על בתי המשפט להמתין להכרעת המחוקק בכל השאלות החשובות שאין להם תשובה בחקיקה או שיש מקום לשנות את החקיקה. מקובל בעולם כי שאלות משפטיות המערבות הכרעות ערכיות נדונות ומוכרעות בבתי המשפט. החקיקה השיפוטית היא חלק ממערכת המשפט במדינות רבות בעולם ושורשיה במשפט הישראלי עמוקים ומבוססים היטב".⁷²

ובהמשך:

"בעידן המידע, חשיבותו של העובד – כגורם עבודה מרכזי יותר מאשר חשיבות ההון. התפתחות רבת משמעות זו של שוק העבודה איננה מאפשרת

72 אדלר "היקף תחולת משפט העבודה", לעיל ה"ש 46.

המשך פעולה תחת אותם כללים ומבחנים משפטיים ששירתו את בתי הדין בעבר ומחייבת התאמה של הכלים המשפטיים העומדים לרשותם של בתי הדין לעידן חדש זה.⁷³

ובנוסף:

”בית הדין אינו צריך להמתין לחקיקה או לחקיקת משנה לפתור את הבעיה של עובד המועסק ביחסי עבודה מורכבים. על בית הדין מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה, אפילו כרוך הדבר בחיפוש פתרונות חדשים לבעיות חדשות.”⁷⁴

השקפת הנשיא ברורה. יש לה מתנגדים ויש לה אוהדים. גישתם של מלומדי משפט באירופה זהירה יותר. למעשה, רוב דוחות השופטים בכינוס הבין-לאומי של שופטי העבודה אינם מורים על חד-משמעיות ברורה כל כך. להפך, רובם הססניים או הפוכים במשמע. הרוח הבריטי חד-משמעי: “בבריטניה הפרלמנט מיישם מדיניות חברתית וצדק באמצעות חקיקה ובתי הדין מיישמים את החקיקה. זה אינו תפקיד השופטים להשליט את ערכיהם במקום שם קיים סכסוך.”

הרוח האוסטרלי קובע שאין כל ספק שניסיון השופטים משפיע על פסקי הדין, אפילו אם השופט עצמו אינו ער לדרך ההשפעה עליו.

פרופ' סילבנה סקיארה (איטליה), שריכזה קבוצת עבודה בהשתתפות מיטב החוקרים באירופה (כולל פרופ' פול דייוויס מלונדון ופרופ' ספירוס סימיטיס מפרנקפורט), אומרת בפרק “שופטים כמחוקקים: מבחן הפסיקה” שהתופעה של שופטים כמחוקקים היא חיזיון שכיח הן במדינות המשפט המקובל והן במדינות המשפט האזרחי. במשפט המשווה היא נלמדת כתופעה המעשירה את המתודולוגיה ההשוואתית המשפטית בגישה ניסויית. הממצא המרשים ביותר הוא שהשיפוט פורץ דרכים בד בבד עם מעש דומה בענפים אחרים של המדינה. התופעה משלבת כושר המצאתי עם עשיית חוק והיא בעצמה הליך יצירתי, אולם תמיד יש לזכור ששופטים אינם יכולים להיות תחליף מושלם למחוקקים.⁷⁵

בהמשך מוסברת התופעה כתוצר לוואי של מצבים שבהם הפרלמנטים חדלו למלא תפקידם המסורתי והביאו ציבורים שונים למצב של קריאת תיגר על השיטה הפרלמנטרית. מעניין שבתוך קבוצת העבודה היו חילוקי דעות באשר לצורך ברשות שיפוטית דינמית

73 שם, בעמ' 40.

74 דב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי – עבד אל רחמן, פד"ע כט 151 (1995).

75 SILVANA SCIARRA, LABOUR LAW IN THE COURTS 9 (2001).

ויצירתית כתורמת לשיפור שיטת הבקרה וההיזון החוזר בין רשויות השלטון. יש הטוענים שרשות שופטת היא חלק חשוב בשיטה הדמוקרטית, פועלת על פי לגיטימציה שנטלה לעצמה, אך היא איננה יכולה ליצור מדינת רווחה אלא רק להבטיח שמירת זכויות חברתיות או פוליטיות הנובעות ממנה. כניסתם לזירה הציבורית בעידן ירידת הריכוזיות הפרלמנטרית מעצימה את חשיבותם. לפעמים רשות שופטת מבטאת חשיבה אופוזיציונית שאיננה יכולה לנצח בפרלמנט.

לסיכום, הפרדוקס הטמון בשיטות משפט מודרניות בא לידי ביטוי בחוסר היכולת של המדינה להגיב על צרכים חברתיים בעיתוי המתאים, כאשר גוברת המבוכה וגובר הלחץ לתת מענה במונחים של איכות וגם כמות הפעולה הנדרשת מהם. ניסיונות שופטים להחליף מחוקקים באמצעות אקטיביזם-יתר והתנגשות עם עקרון הפרדת הרשויות לא הוכיח עצמו כיעיל בשדה הזכויות החברתיות.

את עמדת ההסתדרות ביטא א' זילוני:

"בימים אלו נשמעת ביקורת על בית הדין ועל הרצון 'לחסל' את המוסד המפואר אשר הניב אסיף גדול והצדיק את הקמתו יש מקום ליתן דגש להשפעת הפסיקה על מערכת יחסי העבודה ושמירה על יחסים הוגנים, איזונים עדינים ויחסי נאמנות ושותפות גורל בין העובדים למעבידים. בהיעדר ב"ד לעבודה... עלולים השסתומים הדמוקרטיים להיפרץ ולהישטף בזרמי אלימות... בית הדין לעבודה הוא מיגדלור במיתחם חיוני לתחושת הצדק בחברה".⁷⁶

עם כניסתו לתפקיד הנשיא⁷⁷ הצהיר השופט אדלר על מדיניותו האישית, שתתבטא ברבות הימים בפסיקתו. כלשונו:

"שוק תחרותי מחייב קביעת תנאי עבודה מינימליים וכללי משחק התואמים את ערכי החברה הישראלית. חייבת להיות דמוקרטיה והגינות במקום העבודה בו שוהה העובד שעות רבות. יש לי עקרונות שאני מציע כמדיניות ביחסי העבודה ומשפט העבודה.
א. מדיניות של איזון בין תחרות מליאה, זכויות עובדים ומניעת פתרון כוחני.
ב. התאמת חוקי המגן (זכויות מינימליות) למשק במצבו הנוכחי.

76 א' זילוני, הרצאה בכינוס נציגי ציבור בבתי דין לעבודה, ירושלים 2003.

77 קבלת פנים מטעם האגודה למשפט עבודה וביטחון סוציאלי, בית לשכת עורכי הדין, תל-אביב.

- ג. שיתוף פעולה בקביעת מדיניות העבודה בין ההסתדרות, ארגוני המעבידים והמדינה תוך היענות לצורכי המפעל לתחרות וצרכי העובדים לקיום.
- ד. מדיניות חברתית כמו זו הקיימת באיחוד האירופי – קביעת יעדי צמיחה, חינוך והכשרת עובדים וכד'. האיחוד האירופי עובר תהליך של שינוי תוך קביעת יעדים, ניהול מחקרים, תמיכה בארגוני עובדים, קיום כנסים וסמינרים במטרה להגיע למדיניות המסייעת לאזרח במעבר הקשה לשוק תחרותי.
- ה. התאמת הסכמים קיבוציים לגמישות תוך שמירה על בטחון העובד.
- ו. הגמשת תנאי הסכמים קיבוציים, במיוחד בענין העברת עובדים מיד ליד, פיטורין, צמצומים.
 - ז. בטחון העובד בעבודתו, זכויותיו לשמירה על מקום עבודה, שמירה על איזון רצון המעסיק ורצון העובד והבאת שניהם לדרך המלך.
 - ח. ללכת בעקבות הלכת בג"ץ מור⁷⁸ – הרחבת מעגל האנשים שעליהם יוחל משפט העבודה המגן".

מכל האמור לעיל עולה שאלת היחס בין בתי הדין לעבודה למערכת השיפוט הרגילה, וכאן ראוי להביא את דברי השופט מיכאל קוך, נשיא בית הדין לעבודה בשוודיה, לאמור (תרגום חופשי, בקיצורים המתבקשים):

"תפקיד בתי הדין לעבודה הוא לתרום באמצעות הידע שלהם וניסיונם בנושאי שוק העבודה. ניסיון כולל גישה ערכית מיוחדת שמעצבת את שוק העבודה... קיימת סכנה בבתי משפט מיוחדים או נפרדים. הם יכולים להיות מבודדים מדיסציפלינות משפט אחרות ולפתח עמדות שאינן תואמות שדות משפט משיקים. הדבר תלוי בשופט המקצועי – אם הרקע שלו הוא בתי משפט רגילים או שהוא פועל רק בתחום משפט העבודה. בידוד מהמערכת האזרחית יוצר סוג של בדידות תרבותית. בידוד מעין זה, באשר למשפט העבודה, מזיק מאוד. אוסיף שהפרדת בתי הדין לעבודה מבתי המשפט הרגילים שלילית לא רק בשדה משפט העבודה אלא גם באשר לחוק הפרוצדורלי"⁷⁹.

78 עניין מור, לעיל ה"ש 47.

79 ציטוט מנאום הפתיחה בכינוס השמיני של שופטי בתי הדין לעבודה בעולם שהתקיים בספטמבר 2000 בירושלים.

דברים דומים נאמרו על ידי ועדת מומחים שמינה שר התעסוקה הבריטי, לאמור:

”טריבונלים לענייני עבודה הם אפקטיביים בכול לבד משמם, וזו הזדמנות להשוותם לבתי המשפט הרגילים. צורך הציבור בהם רב, אך יש להם הרבה מה ללמוד מרפורמות שבוצעו בהפעלת בתי המשפט הרגילים. הם שונים מבתי המשפט הרגילים בכמה נושאים חשובים, וצריך לשמור על הבדלי המפתח בין שתי השיטות. למשל, הממשלה מחויבת לשיטת נציגי הציבור המחזקת את מומחיות הטריבונלים על ידי תרומה של ידע מעשי וניסיון מפתרון בעיות במקומות העבודה.”⁸⁰

יש לזכור שהציבור בישראל איננו נותן לבתי הדין לעבודה את הקרדיט הסמכותי שהוא נותן לבית המשפט העליון. עם בית המשפט העליון קיים ויכוח אידאי, מקצועי, ערכי בדבר תפקיד המשפט בחברה, מעמד הרשות השופטת, אקטיביזם שיפוטי, ואילו עם בית הדין לעבודה או עם כל גוף שיפוטי אחר הכפוף לבית המשפט העליון – אין הסכמה על שוויון ביחס לא בחשיבות, לא בהליכים ולא במינויים. מדובר בשדה משפט חשוב שיוחדה לו ערכאה מיוחדת ותו לא.

בדבר אחד אין ספק: שלא כמו בתי משפט רגילים, אפילו לא ערכאות המשתפות נציגי ציבור, זוהי מערכת שיפוט חברית המקפידה לשמור על קשר מקצועי מתמיד בין שופטים, נציגי ציבור, עובדים, מעבידים ופרקליטים. חברות ויחס של כבוד הדדי הם ערך חשוב אצל כל פעילי המערכת ומשתמשיה, ולימוד מתמיד של חידושי השדה המיוחד של משפט העבודה הוא בעדיפות עליונה. בכך בא לידי ביטוי פן נוסף של ייחודה, המחזק את ההכרה בה כמוסד מיוחד בעל תפקיד שיפוטי השונה מהדומים לו במערכת האזרחית.

ה. הוויכוח על סופיות הדיון

לפני דיון בנושא היחסים הטעונים והוויכוחים הנרגשים בין מצדדי סמכות בגוף כגוף מפקח למצדדי הסמכות העצמאית של בית הדין לעבודה עולה שאלה מקדמית: האם יש הבדל בהשקפת העולם האידאית באשר לעולם העבודה בין שופטי בית הדין הארצי לבין שופטי בית המשפט העליון? על פני הדברים נראה שאם נבדוק פסיקה עד לראשית שנות התשעים, התשובה חיובית. די להזכיר שני נושאים שהדעות בהם היו נוגדות: עניין בזק ועניין עמית. ללא ספק שופטי בית המשפט העליון הביעו גישה הפוכה בנושאים שהם יכין ובוועז של

80 מתוך דוח שהוגש לשר התעשייה, המסחר והתעסוקה הבריטי אלן ג'ונסון, נובמבר 2001.

אידאולוגיית העובדים – זכות השביתה והכרה בארגון עובדים. בראשון הגביל בג"ץ את זכות השביתה, ובשני נטה לחיזוק ארגון עובדים יציג, קרי ההסתדרות. לדעת פרנסס רדאי, נמתח קו שונה ברור בין שתי הערכאות. כלשונה:

"בית המשפט העליון התווה קו שונה של מדיניות במשפט העבודה. בתיפקודו כערכאת ביקורת מנהלית על החלטות של בית הדין, הפך בית המשפט העליון, ביושבו כבג"ץ, ביישמו את עקרונות הדין הכללי-החלטות של בית הדין הארצי במגוון נושאים... ופיתח מדיניות שונה מזו של בית הדין לעבודה. בית המשפט העליון סטה מגישתו של בית הדין לעבודה והסתמך כמעט בלעדית על עקרונות הדין הכללי, בעוד שדיון בהשפעת החלטותיו על משפט העבודה ויחסי העבודה בלט בהיעדרו".⁸¹

מיום הקמת בתי הדין ניטש ויכוח בסוגיית הסופיות של פסיקת בית הדין הארצי, ומהי משמעות פיקוח בג"ץ עליו.⁸² כבר בראשית הוויכוח הביע השופט ברנזון, מהאבות המייסדים של בית הדין, את דעתו שבית הדין לעבודה איננו נבדל מכל בית דין אחר, והוא כפוף לבג"ץ ונתון לביקורתו.⁸³

בית הדין ראה עצמו משוחרר מכפיפות לתקדימי בית המשפט העליון בניגוד לעמדת רוב שופטי בית המשפט העליון.⁸⁴ כאמור, שיטת המשפט הישראלית מבוססת על מערכת בתי משפט כלליים, ובהם ערכאות מתמחות כגון תעבורה, משפחה וכד', וכולן כפופות לבית המשפט העליון, שהוא הפוסק האחרון הקובע הלכות מחייבות. בתי הדין הרבניים הם מערכת נפרדת הכפופה לפיקוח בג"ץ. מדוע יהא דין שונה למשפט העבודה? קיימת מחלוקת רבת שנים בין הסוברים שבית הדין לעבודה הוא ערכאה מתמחת עצמאית לבין הסוברים שהוא חלק מהמערכת הרגילה, ואם לא ברור הדבר, יש להבהיר זאת

81 פרנסס רדאי "חוקתיוציה של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד' 157 (1994).

82 ראו דברי ח"כ יוחנן באדר בדיון על הצעת החוק: "דבר חשוב ביותר הוא האם ישאר בית המשפט העליון פתוח לערעור על בית הדין לעבודה. החוק חוסם דרך זו ומשאיר דרך אחרת, מפוקפקת, דרך דיני היושר ופניה לבג"ץ. עלינו להסתייג מכך לחלוטין. אין להסכים שמשפטים שמתנהלים בבית הדין לעבודה לא תהיה עליהם אפשרות של ערעור".

83 בג"ץ 403/71 אלכודי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 70 (1972).

84 בן ישראל, לעיל ה"ש 29, טוענת שהמחוקק היה יכול ליישב מחלוקת זו באמצעות חקיקה, אך לא היה בכוחם של ארגוני העובדים והמעבידים להעביר זאת ולמנוע מצב של כפיפות לבית המשפט העליון. חולשתם הפוליטית מנעה הכרעה. ראוי להבהיר שאין לכרוך יחד, לעניין זה, את שני הצדדים היציגים המייצגים אינטרסים שונים. ארגוני המעבידים לא הביעו הסכמתם להפרדה מוחלטת, ולעתים אף נשמעו בקרבם קולות של שביעות רצונם מהמצב הנוכחי שלפיו שופטי בית המשפט העליון הם הקובעים סופית את ההלכה.

בתיקון לחוק. הדין הציבורי בשאלה זו ממשיך להעסיק את הקהילה המשפטית מאחר שהפסיקה איננה חד-משמעית, ולמעשה תלויה בעיתוי, בנושא המדובר, בתשתית העובדתית ובעיקר בהשקפת עולם אישית של השופט היושב בדין.⁸⁵ קשה עוד יותר להבין מדוע, מתי ולפי איזה קנה מידה מאפשר בית המשפט העליון הגשת עתירה ישירה לבג"ץ במקרים שעניינם יחסי עבודה.⁸⁶

שופטי בית המשפט העליון נחלקו בדעותיהם, וזכורים דברי השופט חיים כהן, שטען שאפילו טעה בית הדין לעבודה טעות משפטית, אין בג"ץ מוסמך לתקן את הטעות.⁸⁷ אבהיר דעת ראשונים: בשנת 1976 כתב הנשיא (בדימוס) מ' גולדברג דברים כפשוטם: סעיף 25 לחוק ייחד לבית הדין הארצי לעבודה סמכות שיפוט בשלושה עניינים כערכאה ראשונה ואחרונה, נוסף על היותה ערכאת ערעור על פסקי דין של בתי דין אזוריים. לדעתו, עמדה זו בדבר סמכות ייחודית לא התקבלה על ידי שופטי בית המשפט העליון שקבעו

85 אישי משפט מלומדים מרבים להשתתף בוויכוח ציבורי זה, שעיקרו פיקוח באמצעות מכשיר הבג"ץ או בר"ע. ראו עמדתו של הנשיא בדימוס משה לנדוי "פיקוח בית המשפט העליון על בית הדין הארצי לעבודה – דיון נוסף" ספר יצחק כהן 274 (מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ ומ' לנדוי עורכים, 1989). לדעתו השאלה נוגעת "ללב ליבה של פעילות המערכת הנפרדת של בתי הדין לעבודה", ושאלה זו הטרידה את בג"ץ מראשית הקמת בתי הדין. המעניין הוא שלעניין בתי דין צבאיים הסכים לנדוי עם השופט שמגר (בתוארו דאז) שקבע ברוח ביניים של הוועדה לאיוש תפקידי שופטים צבאיים-משפטיים בבתי דין צבאיים (21.7.1977) ש"למען אחדותה של ההלכה המשפטית רצוי לשקול אם אין לקבוע כי ניתן יהיה להגיש ערעור נוסף (ברשות) לבית המשפט העליון אם סבור הנשיא כי יש מקום לערעור נוסף כאמור בשל חשיבותה או חידושה של הלכה שנפסקה. יש בהסדר כאמור כדי לתרום לאחידותה של ההלכה המשפטית ולאפשר פיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה". שאלה היא מאי שנא בתי דין צבאיים (הכפופים לבית המשפט העליון באמצעות בר"ע) מבתי דין לעבודה?

86 לדוגמאות ראו למשל עניין אייזנברג, לעיל ה"ש 23; וכן בג"ץ 8673/00 שטסמן נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 28.11.2000); בג"ץ 4446/96 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(3) 705 (1996).

87 בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטיית וכימית בע"מ נגד בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974). לדעה דומה ראו עמדת השופטת דורנר בבג"ץ 6080/94 גפני נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(4) 308 (1997). גם בבג"ץ 4892/95 ערוגות מושב עובדים נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 17.7.1996) נקבע שטעות בהלכה אינה טעות משפטית המחייבת התערבות בג"ץ. בבג"ץ 840/03 ארגון הכבאים המקצועיים בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נז(6) 810 (2003) קבע השופט מצא שמשיקולי מומחיות בלבד לא יתערב בג"ץ. התערבות נעשתה בבג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 769 (1995) ובבג"ץ 6194/97 נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433 (1999). קשה לאבחן כלל ברור המבחין בין החלטה להתערב אם לאו.

אמות מידה להתערבות (עניין חטיב⁸⁸), אך קשה לאמוד על פי פסקיו בשנים שלאחר מכן מהי "חשיבות משפטית או ציבורית" כקריטריון להתערבות, או לזהות קו אחיד לשיקול הדעת אם להתערב או לא. עמדת גולדברג לא שונתה גם כעבור שנים. בכינוס אילת לנושאי עבודה 2002 הביע דעה שלפיה כוונת המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיפים 24, 26, 28 לחוק בית הדין לעבודה ובסעיפים 15, 20 לחוק-יסוד: השפיטה, היא ברורה, וקשה להבין איך אפשר למצוא "עוגן לשוני" לסמכות בג"ץ להתערבות.⁸⁹ עיון בנוסח פסקי דין נוספים בבג"ץ מורה שהשופטים נזהרים מלהשתמש במונח "ערר", אך לדעתו זהו מס שפתיים מאחר שבכל מקרה שבו התערב בג"ץ – הובאו נימוקים.

יתר על כן, גם במקרים שבהם הוחלט לא להתערב (למשל עניין דנילביץ) נכתב פסק דין ארוך ומנומק שהותיר בצל את פסק הדין שניתן בבית הדין הארצי שהגיע לאותה תוצאה. הדברים אינם מצריכים פרשנות יתרה. ההתערבות היא מן הצדק, ומתי צדק נדרש – מחליט השופט.

במבחן התוצאה לא ניכר הבדל רב בין בג"ץ לבר"ע, בשניהם מתערבת הערכאה העליונה רק במספר קטן מאוד של מקרים בשנה.⁹⁰ מהבחינה העיונית יש הבדלים.⁹¹ גם אין הבדלים מבחינת העלויות או המורכבות, ואם יש – הם שוליים.

הנשיא ברק סיכם למעשה בהקדמתו לספר גולדברג את תמונת המצב מבחינתו,⁹²

בכתבו:

"יודע אני כי היחסים בין בית הדין לעבודה ובית המשפט הגבוה לצדק הטרידו את הנשיא גולדברג רבות. את בית הדין הארצי לעבודה הוא רואה כערכאה העליונה והסופית בעניני עבודה. זו היתה גם דעתו של הנשיא בר-ניב. דעה זו ידועה לי. אני מכבד אותה. אך אין היא הדעה היחידה. על פי הדעה האחרת, בשיטת משפט כשלנו-הבנויה על מסורת של משפט מקובל-

88 בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673 (1986). הלכה זו מצוטטת כמעט בכל פסק דין בבג"ץ הדין בעתירה נגד בית הדין הארצי לעבודה.

89 ועדת אליאסוף קבעה ברוח מסכם שאם יש מקום לשינוי, יש לעשותו בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה על פי שיקולי מדיניות כללית ושיקולים ספציפיים כלפי בית הדין לעבודה.

90 לעניין ההבדל ראו יצחק זמיר "מה בין ערעור לבין עתירה לבג"ץ" הפרקליט כ 205 (1964).

91 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 85, המבחין בין שתי הפרוצדורות כדלהלן: ערעור מעמיד את בית המשפט העליון בראש ההיררכייה של בתי הדין לעבודה, ומשמעו שהוא יכול לחלוק על פסיקה גם בבעיה שיש לה פנים לכאן ולכאן, ואילו סמכות כבג"ץ מוגבלת בהיקפה ובעילותיה. מעניינת הבחנתו באשר למחלוקת הציבורית: המחלוקת היא בין הדוגלים במודל "שיקול הדעת השיפוטי" לבין הדוגלים במודל "אי-ההתערבות".

92 ביסוד עמדתו עומדת ההנחה שיש להביא את שיטת המשפט הישראלית לשלמות קוהרנטית, ובית המשפט העליון הוא "המנצח על התזמורת" ואין שני לו.

יכול להיות רק בית משפט עליון אחד.⁹³ ...בג"ץ אינו רואה עצמו כערכאת ערעור נוספת על ביה"ד הארצי לעבודה. הטלנו על עצמנו ריסונים כבדי משקל, המשאירים למערכת בתי הדין לעבודה, ובראשם לבית הדין הארצי לעבודה, מיתחם רחב ידיים לפיתוח משפט העבודה ולקידומו.⁹⁴

עיון בפסיקה מורה שאכן רוב שופטי בית המשפט העליון נקט חשיבה דומה. על פני הדברים מוצהר שהלכת חטיב עדיין מושלת בכיפה, והתערבות תהיה רק אם מתקיימים שני תנאים מצטברים: נתגלתה טעות משפטית מהותית, והצדק מחייב התערבות.⁹⁵ במקרים של

93 זוהי עמדתם הברורה של רוב שופטי בית המשפט העליון בעבר ובהווה. הנשיא (בדימוס) שמגר והשופט זמיר הציגו עמדה נחרצת דומה במפגש לכבוד השופט ברנזון, ספטמבר 1998. שופטים כדוגמת חיים כהן, דב לוין ומישאל חשין הביעו עמדתם בפסיקה שנודמנה להם – בצורה חדה, ברורה ובוטה משהו – שזוהי שיטת המשפט הנהוגה בישראל ואין בלתה. השופט מנחם אלון הביע עמדה נוגדת שלפיה אין להתערב.

94 הנשיא ברק מציע פתרון: "הפתרון הראוי, לדעתי, אינו בהמשך הגישה הקיימת של עתירות לבג"ץ אלא ביצירת סעד חילופי בצורת בקשת רשות ערעור מבית המשפט העליון. כך נוהגים אנו עם פסקי הדין של בית הדין הצבאי העליון. כך ראוי לנהוג עם פסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה". אהרן ברק "הקדמה" ספר גולדברג 16 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001). ועדת השופט אליאסוף, בבחנה הצעות לשינויים בחוק בית הדין לעבודה, התייחסה להצעות שהגיעו אליה בנדון בהאי לישראל: "לצוות הוגשה הצעה לאפשר הליך של ערעור ברשות לבית המשפט העליון, על פסיקת בית הדין הארצי לעבודה, במקום הליך העתירה לבג"ץ הנהוג היום. הצוות בדעה שאין מקום להצעה האמורה, שעניינה היחסים בין בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה. הסדרת מסגרת היחסים האמורים, ככל שיש מקום לשינוי המצב בנושא זה, צריכה להיעשות בחוק יסוד: השפיטה, על פי שיקולי מדיניות כללית לגבי מבנה מערכת השפיטה ושיקולי מדיניות ספציפית כלפי בית הדין לעבודה ומעמדו כגורם המרכזי ביישום משפט העבודה והבטחון הסוציאלי". יצוין כי "רשות לערעור נוסף ניתנת, ככלל, רק בשאלות משפטיות בעלות חשיבות כללית שטרם הוכרעו", כדברי השופטת דורנר ברע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.2003). ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור, פ"ד לו(3) 123 (1982).

95 מדי פעם שופטים מנמקים מדוע הם מוצאים לנכון לפסוק דין ולא להעביר את העניין לבית הדין הארצי לעבודה. לדוגמה השופט טירקל: "בטרם אחתום את פסק הדין הערה לעניין הצידוק להתערבותו של בית משפט זה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה. כידוע אין בית המשפט הגבוה לצדק משמש כערכאת ערעור על פסיקתו של בית הדין לעבודה ואין דרכו להתערב בפסיקתו. עם זאת, יתערב בית המשפט אם מתקיימים שני תנאים מצטברים: א. נתגלתה טעות משפטית מהותית. ב. הצדק מחייב את התערבותו של בג"ץ". בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(6) 764 (2002). דוגמה נוספת, השופט אור בעניין בוגרי אוניברסיטת לטביה: "בטרם אפנה לבחון את טענות הצדדים, מתבקשת הערה לענין הסמכות לדון בעתירות שלפנינו. עניינן של העותרות הוא ביחסי העבודה שבין הצדדים... ככאלה, נתונה סמכות השיפוט בהן לבתי הדין לעבודה... עם זאת, גם לבית משפט זה סמכות

התערבות – קשה ליצור הבחנה בשאלה מהו עניין שבו יתערב בג"ץ, ומהו עניין שיועבר לבית הדין הארצי לעבודה. הדבר אמור במיוחד בתיקים עוקפי בית דין עבודה, כלומר עתירות המוגשות ישירות לבג"ץ אף על פי שהצדדים יודעים היטב שהסמכות נתונה לבית הדין לעבודה, ונימוקם עמם, ולפעמים הם גם מצליחים.

ו. בית הדין לעבודה בתמורות הזמן והערכת מיצוי מטרות

השופט ישראל גלעדי כתב בראשית שנות השבעים:⁹⁶

"חילוקי דעות מרובים קדמו לאישרו של החוק כאשר מצד אחד נוצרת קואליציה של ארגוני עובדים ומעבידים התומכים בו ומצד שני חזית כמעט אחידה של משפטנים המביעים חששות וחרדה מהקמתו של מוסד זה. עתה, לאחר שאושר החוק סופית שככו כמעט חילוקי הדעות שכן המוסד הפך לעובדה קיימת. כל מה שנשאר הוא לקוות כי יגשים את המטרות שהועידו לו יוזמיו ואלה שלחמו מלחמה נמרצת להקמתו."

היום, לאחר יותר מ-40 שנה, אפשר לומר בבטחה ובאין חולק שההגשמה היא מעבר לציפיות המייסדים, ודאי אליבא דהתומכים דאז, אבל גם לדעת ממסד פעילי עולם העבודה הדין. הדין אחרונים לוויכוח הציבורי היו בתקופה שלפני פעילות ועדת השופט זמיר. לאחר הגשת הדוח הסופי – תם הוויכוח והוסר מסדר היום. שנות דור חלפו מיום הקמת בית הדין. בשנותיו הראשונות שררה אווירה אחרת במדינה כולה, במשק, במערכות העבודה ואף במערכת המשפט.⁹⁷ משפט העבודה היום הוא פרי

לדון בהן והוא לא ימנע מכך במקרים חריגים המתאימים לכך. לאור מהות טענות בעלי הדין בעתירות, השאלות בעלות החשיבות הציבורית הרבה המתעוררות בהן וההשלכות רחבות ההיקף של ההחלטה בעתירות, ולאור הסכמתם של הצדדים לכך שהדיון יתקיים בפני בית משפט זה, החלטנו לדון בעתירות". בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 18.3.2004).

96 ישראל גלעדי "פרקים בתחיקת העבודה בישראל" סדרת הרצאות בבית הספר לפעילי ההסתדרות ע"ש זלמן ארן (ינואר 1971). גלעדי ראה בבית הדין יתרון בריכוז הטיפול בנושאי עבודה וקיווה כי "מוסד זה יקדם את השלום התעשייתי ויתרום להסדר יחסי העבודה על מנת שהמשק והכלכלה בישראל יפרחו ופריחתם זו לא תופרע עקב סכסוכים תעשייתיים". האם התקווה התגשמה? נשאיר להערכה נוספת בעתיד.

97 "הפסיקה בעשור הראשון ביטאה השקפה שהעדיפה את אינטרס הכלל על אינטרס הפרט. פסיקת בג"ץ שיקפה אידיאולוגיה קולקטיביסטית הרואה במדינה ערך נעלה, כשחזקה על נושאי תפקידים בה שהם רואים נכוחה את האינטרס הציבורי... בג"ץ ראה עצמו שותף נאמן

מחשבת ראשונים, כולם אוהדי מדיניות קיבוצית וחסידים גישה כלכלית־חברתית המעדיפה איזון ראוי בין אינטרס עובד לזה של מעבידו.

האירועים החשובים שחלו מהמחצית השנייה של שנות השמונים (הסכם קיבוצי ארצי כללי משנת 1985 לייצוב המשק): העלייה הגדולה בראשית שנות התשעים, נפילת החיץ בין מזרח למערב, הגלובליזציה, התהפכות הפוליטיות, הפוליטיזציה והמשפטיות במערכת יחסי העבודה, השבר ביחסים עם הרשות הפלסטינית, המיתון העמוק והממושך, העסקת עובדים זרים ושינויים בדפוסי העסקה – כל אלה הקרינו בעצמה רבה על שוק העבודה, על המעמד והאינטרס של העובדים והמעבידים, וכמובן על פסיקת בתי הדין לעבודה.

בית הדין לעבודה הציב עצמו כמגן החשוב והנמרץ ביותר של מדיניות הסכמים קיבוציים. טול ממנו תפקיד זה, והריהו חסר משמעות ציבורית. כותבת הדרה ברמור:

”ההסכם הקיבוצי הוא מוסד, ערך, מטרה. ההסכם הקיבוצי מגלם את הקונצנזוס החברתי־משפטי באשר ליתרונם של יחסי העבודה הקיבוציים... הוא מוסד המבסס איזון בין כוחות המיקוח של שני הצדדים ליחסי העבודה... כלולה באידיאולוגיה זו גם התפישה הסוציאליסטית קולקטיביסטית של ביטול הפרט בפני הקולקטיב.”⁹⁸

תפיסה זו, באופן כולל, היא גם עמדת בית הדין כפי שבאה לידי ביטוי בעשרות פסקי דין. נכון לשעה זו, כאשר המערכת החברתית השתנתה ומעמד ההסכם הקיבוצי ירד, מתמודדים שופטי בית הדין הארצי עם מציאות שונה מזו שעמדה בפני קודמיהם.

בית הדין לעבודה מוצא עצמו מתמודד במערכות העבודה עם תהליכים כלכליים־חברתיים רבי עצמה, המשפיעים על עובדים, ובמיוחד על ארגוני העובדים.

סיכמה סיגל דוידוב:

”שינויים בתפיסות החברתיות ובמגמות הסוציאליות יחד עם התפתחויות טכנולוגיות והיווצרות דפוסי עבודה חדשים וגמישים יותר יצרו מציאות חדשה שמאפייניה טרם התבססו או גובשו באופן סופי וחיבו את דיני העבודה לנסות ולהתאים את עצמם למהפכה השקטה המתרחשת ביחסי העבודה.”⁹⁹

בעיצוב משפט קונסטרוקטיבי, על משקל הציונות הקונסטרוקטיבית או הסוציאליזם הקונסטרוקטיבי שמהם ינק. סגל, לעיל ה”ש 58.

98 הדרה ברמור “רקוויאם לקשר קיבוצי” ספר ברנזון כרך ב: בני סברה 629 (2000).

99 סיגל דוידוב־מוטולה “דיני עבודה: סקירה והתפתחות” עיוני משפט כב 175 (1999).

בכל מערכת שיפוט חלים שינויים עם תמורות העתים. לא הרי בית המשפט העליון ומעמדו עד שנות התשעים של המאה שעברה כמעמדו היום. בית הדין לעבודה אינו חף מהשפעות הזמן. להפך, עולם העבודה כולו השתנה, וכמוהו בית הדין, שהוא למעשה אורגן בלתי נפרד הימנו ומשפיע עליו. הפסיקה לעתים שינתה פני דין, קבעה כללים ועיצבה נורמות התואמות את הזמן והמקום בהתהוותם החדשה.

ייחודיות הערכאה מתבטאת, ראשית וקודם לכול, בהתמחות בשדה משפט העבודה, כדברי הנשיא אדלר: "בתי הדין לעבודה, ובכללם נשיא בית הדין הארצי, מתמחים בשוק העבודה הישראלי ובמסגרת התמחות זו לומדים בתי הדין את המיוחד והמייחד כל ענף וענף תעשייתי, מבקרים במפעלי חברי לשכת התאום ומשקיעים מאמצים בלתי מבוטלים בהתעדכנות בנעשה בהקשר התעשייתי".¹⁰⁰

מטרת המחוקק, לעניין פיתוח משפט העבודה, מוצתה: תרומת בתי הדין לעבודה במרוצת השנים הייתה רבה, פותח שדה משפט רחב יריעה וניטעו בו נטיעות מחדשות, מרחיבות ומקדמות את החברה הישראלית באופן שלא היה קיים לפני כן.¹⁰¹ נוצרה מערכת מסועפת של כללי התנהגות שהשפיעו רבות על יחסי העבודה, תרמו להסדרתה ולהבהרת חובות וזכויות מתדיינים וליצירת כלים ממסדיים שלפיהם נפגשים עובדים ומעבידים לבירור סכסוכים ויישובם.¹⁰² הקביעה כי מדובר בסיפור של הישגים, בפסיקה בעלת אופי קודיפיקטיבי ובעיצוב תרומה מיוחדת למערכת המשפט הישראלית – הוכחה.¹⁰³ מה השיח הציבורי בנושא בית הדין הוא בשאלת התפיסה הערכית ומילוי תוכן לה. מה תפקיד בית הדין במערכת יחסי העבודה – האם לשמש מוסד שיפוטי הפוסק דין על פי

- 100 מכתב ליו"ר ועדת העבודה של לשכת התאום מיום 17.10.2001.
- 101 על תרומת בתי הדין לעבודה לחברה ראו רן חרמש "תפקידו של בית הדין לעבודה בכיצור מעמדה של העבודה כסטטוס חברתי" שנתון העבודה ה' 91 (1995).
- 102 כדברי נשיא בית הדין הארצי לעבודה, סטיב אדלר, בדב"ע (ארצי) נ/48-13 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית החדשה (לא פורסם, 22.1.1998): "בית הדין לעבודה מורכב משופטים מקצועיים ונציגי עובדים ומעבידים, ויש בכך ביטוי לשותפותם של העובדים והמעסיקים בעשיית הצדק ובקביעת הנורמות במשפט העבודה, בביטחון הסוציאלי וביחסי העבודה. תפקידו של בית הדין בתחום יחסי העבודה התבטא משך השנים בקביעת נורמות של התנהגות העובדים והמעסיקים, בשמירה על זכויות העובדים והמעסיקים, בפירוש הסכמים קיבוציים ובסיוע לניהול משא ומתן בתום לב וליישוב סכסוכים בהידברות במקום בהפעלת כוח. העובדים והמעסיקים זכו לפירות מעבודת בית הדין בכך שמשפט העבודה התפתח ונקבעו נורמות התנהגות התואמות חברה מתקדמת".
- 103 יקצר המצע מלפרט עקרונות פסיקה שחידשו הלכות והשליכו רבות על התפתחות משפט העבודה, וראוי להדגיש שלו למען מטרה זו הוקם בית הדין לעבודה – המטרה הושגה.

תשתית עובדתית נתונה ובכך נותן "אמירה שיפוטית"¹⁰⁴ או שמא מוסד מעורב במערכת,¹⁰⁵ שיש לו אחריות להתנהגות ציבור הפעילים במערכת, דואג להנהגת מוסכמות התנהגותיות ורואה עצמו מתווך ומגשר לעת צורך, חותר לפשרות ועומד במרכז האירועים כ"מתווך לאומי"¹⁰⁶?

נורית אלשטיין היטיבה לבטא את עמדתו של המעסיק הממשלתי בנושא זה:

- 104 כדבריה של נורית אלשטיין, הרצאה בכינוס אילת לנושאי עבודה (פברואר 2000): "הימנעות בית הדין מאמירה או הכרעה שיפוטית תוך הפגנת סלחנות כלפי העובדים, אף שמטרתה ישוב הסכסוך במו"מ מותרת את המעסיק בתחושת תסכול וכך נפגע מעמד בית הדין כרשות שופטת הדורשת קיום נורמות ומגינה על ערכי שלטון החוק".
- 105 המוצא ביטוי בהשקפת עולם הבאה לידי ביטוי בחתירה לפשרה מוסכמת. ראו דעת הנשיא סטיב אדלר, באמרו: "יש לזכור כי בבית הדין לעבודה, בניגוד לבתי המשפט האחרים, לא חכמה לפסוק נגד אחד המתדיינים וללכת הביתה. על השופט למצוא פתרון שיהיה מוסכם על הצדדים. יחסי עבודה הם כמו נישואין קטוליים – אי אפשר לקבל גט. העובד והמעסיק ימשיכו לדור יחד גם אחרי המשפט"; הארץ, מרס 1998. שאלה היא אם עמדה מעין זו מקובלת בציבור. הבעייתיות רבה בייחוד כאשר ברור שלחץ לפשרה בסכסוך עבודה אינו מבשר רצון להגיע ליישוב המחלוקת באופן ששני הצדדים יצאו כל אחד וחצי תאוותו בידו מאחר שלרוב התשתית העובדתית שהונחה בפני בית הדין היא כבר פרי פשרה של משא ומתן, שאמנם לא צלח עד תומו, אך יש למצותו משפטית ולא במשא ומתן חוזר ובוותור נוסף של צד. כאן עולה שאלת התפקוד של מערכת שיפוטית כמנהלת משא ומתן, תיווך, גישור – שלא בתיאום עם אינטרס שני הצדדים או אחד מהם אלא בלחץ המותב. מה גם שלעתים לא נעים לצד לדיון להתוודות ולהודיע למותב על סירובו להיות חלק ממערכת חברתית ושרצונו אך ורק בהכרעה שיפוטית, תהא אשר תהא.
- 106 עולה גם שאלה נוספת בשיח ושיג הציבורי: מהם גבולות הביקורת על בית הדין לעבודה? באחד מגלי הביקורת הועלתה טענה שבית הדין לעבודה חרג מסמכותו בפסיקה ערכית שהכירה בקיום זכות קניין לעובדים במקום העבודה. לא כאן המקום לדיון ענייני בטיעון זה אלא בתגובות עליו. מחד, קובעת הוועדה למשפט עבודה במחוז ת"א: "ועדת העבודה רואה בתופעה זו מגמה מסוכנת המאיימת על אושיות המשטר הדמוקרטי. האיום של שינוי במעמדו של בית הדין בגין החלטותיו טומן בחובו זרע פורענות שיש לגדוע מן השורש" – "עמדת ועדת העבודה של מחוז תל-אביב והמרכז בנוגע למעמד בית הדין לעבודה" עט ועבודה 3 (2004). הגדילה לעשות הסתדרות עובדים לאומית, שבתזכיר עמדה קבעה ש"ביטול בית הדין לעבודה יהיה בו כדי להנציח את חוסר האיזון במערך יחסי העבודה במשק והכול תוך ביצוע מהלך בלתי חוקתי הנוגד את ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, מהלך שהוא בלתי הולם ובלתי מידתי לפי כל קנה מידה". לעומתם טוען רן שפירא: "נשמעה הטענה ששלטון החוק נפגע כאשר המחוקק מפרק בית משפט משום שהוא לא מרוצה מהפסיקה שלו. אני חושב שהטענה הזו שגויה. אם המחוקק היה פוגע ברשות השיפוטית כולה משום שהיא מפעילה ביקורת שיפוטית רבה מידי על הרשות המבצעת או המחוקקת, אמנם היתה כאן פגיעה חמורה בשלטון החוק. אבל אם המחוקק רק מציע לאחד מערכות משפט בתוך הרשות השופטת כדי למנוע גיבוש אופי אידיאולוגי פרטיקולרי לערכאה מתמחה הוא מחזק בכך את שלטון החוק, ובפרט מחזק את הרשות השופטת". הרצאה ביום עיון, נובמבר 2003.

“ניתן להצביע על נטייה ברורה של בית הדין, העולה מהשקפת עולמו, כי פתרון סכסוכי עבודה בדרך של הסכמה חשוב כמטרה לעצמה, ולעולם הכרעה כזו עדיפה על פני הכרעה שיפוטית... ישנם מקרים בהם חשובה הכרעה שיפוטית או למצער אמירה שיפוטית. כך במקרים בהם נוקטים העובדים בצעדים הגורמים לערעור עקרונות יסוד כגון הפרת צווי מניעה, שביטה נגד שפיטה או כנגד תוצאות הכרעת בורר. הימנעות מאמירה שיפוטית, תוך הפגנת סלחנות יתר כלפי העובדים, אף שנעשית מתוך מחשבה שבכך מקודם פתרון הסכסוך, מותירה את המעסיק בתחושה עמוקה של תסכול, ופוגעת במעמד של בית הדין כקובע נורמות ומגן על ערכים.”¹⁰⁷

את עמדת המעסיקים היטיב לבטא לפני עשרות שנים עו"ד האוזמן המנוח, בכתבו בלשון מפורשת:

“תפקידו של בית הדין יהיה לקבוע הלכות תוך ביסוס משפטי ולא תוך חיפוש פשרות בין עמדות הצדדים. כבודה של הפשרה במקומה מונח – אולם הסדר ראוי של יחסי העבודה במשק התוסס שלנו מותנה בהחלטות על בסיס משפטי.”¹⁰⁸

נראה כי דברים השתנו מאז. ארגוני המעבידים ראו, ורואים, בערכאה עוגן מסייע ליציבות המשק. הדבר בא לידי ביטוי בקביעת מדיניות, במחקרים ובהצהרות פומביות.

107 נורית אלשטיין, מנהלת המחלקה לסכסוכי עבודה בפרקליטות המדינה, דברים בכינוס אילת של לשכת עורכי הדין, דיון בנושא “בית דין לעובדים?” (מאי 2001).

108 האוזמן, לעיל ה"ש 3. אשר לארגוני המעבידים, מוסדות תיווך, ועדות מעקב, בורריות, ועדות פריטטיות וכד' – אלה גורמי ביניים, אך בסוף הדרך, במקום שנדרשת הכרעה שיפוטית – שם מקומם ותפקידם של שופטים מקצועיים. לדידם, תפקיד בתי הדין לעבודה אינו למלא תפקיד פעיל במערכת יחסי העבודה אלא למצוא את המשותף, ובאין ברירה לפסוק הלכות, להכריע בסכסוכים ולאפשר חזרה לחיי העבודה היום-יומיים. תפיסת בתי הדין את עצמם כמערכת חברתית יותר משיפוטית מעצבת את חשיבת המעסיקים באשר למעמד בתי הדין. מהתבטאויות שונות של מעסיקים אפשר להניח כי לרוב דעתם נוחה מהמצב הקיים ומהאפשרות שלמעסיק פתוחה הדלת להגיש עתירה לבג"ץ כערכאת שמיעה נוספת, שהרי דווקא השקפות היסוד של המשפט הכללי, כפי שבאות לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בנושאים שונים, קרובות יותר להשקפת עולמם של מעסיקים כגופים כלכליים ששיקול דעתם הענייני הוא משפטי יותר מאשר חברתי, דבר שלא תמיד עולה בקנה אחד עם עמדות בנושאים חברתיים המובעות בבתי הדין לעבודה.

משרד המשפטים נקט את העמדה הזאת, בהעריכו את תפקוד בית הדין הארצי בתקופת הסכסוכים הארציים כלליים בשנת 2004/2003:

“מאז הקמתו בית הדין לעבודה הוא חלק בלתי נפרד ממערכת בתי המשפט בישראל. ייחודו, בין היתר, בכך שהוא מופקד על יישוב סכסוכי עבודה שמעצם טיבם דרוש להם, לא אחת, פתרון המביא בחשבון לא רק את הפן המשפטי אלא גם היבטים חברתיים והשלכותיהם. בסכסוכי העבודה, החריגים בעוצמתם, שהיו בעלי השלכה על כלל הציבור בישראל, להם היינו עדים בתקופה האחרונה, באו היבטים אלה לידי ביטוי. בית הדין הארצי מילא בהם תפקיד מרכזי, הן בסיוע לצדדים בפתיחת נתיבי הידברות והן בדרך של הכרעה משפטית ופסיקה, שתוצאתה היתה מניעת נזק חמור מהציבור ומהמשק... עמדת המערכת היא שיש להמשיך ולשמור על ייחודו של בית הדין לעבודה במתכונתו הנוכחית ואף לחזק אותו באמצעים הנדרשים... בית הדין לעבודה הוא גוף ייחודי במערכת המשפטית”¹⁰⁹.

ז. סיכום

שאלות לעניין הערכת המערכת:

1. האם בית הדין לעבודה, כממסד ארגוני ייחודי במערכת המשפט, מצדיק (בלשון הווה) את התקוות שתלו בו, את תפיסתו הארגונית כערכאה מיוחדת לשדה משפט העבודה? או שמשיקולי עלות-תועלת ושיקולי ערכיות המשפט ואחידותו ולאור ניסיון העבר ראוי לשלב אותו במסגרת הארגונית ההיררכית הכוללת של הרשות השופטת גם ללא שינוי בהרכב האישי הקיים של מותבי בתי הדין, כלומר עם נציגי ציבור?

במילים אחרות: האם שילוב מלא של מערכת בתי הדין לעבודה במערכת השפיטה האזרחית יפגע בחשיבותו ובהתפתחותו של משפט העבודה באופן שיהפך לחלק לא בולט במשפט הכללי ובמערך הכללי של בתי המשפט? במקרה כזה ייתכן גם תהליך מחזק – מעמדה הציבורי והמקצועי של מערכת זו יתחזק וישתפר, סטטוס שופטי העבודה יהיה כשל שופטים רגילים, וההרמוניה תהיה אחידה, מיישבת חיכוכים, זורמת ויעילה.¹¹⁰

109 ריאיון עם דוברת בתי המשפט עו"ד תמר פול-כהן "מה רוצים מבית הדין לעבודה" מעריב, ינואר 2004.

110 להשלמת התמונה ראו עמדת שופטים באירופה הסוברים שראוי לו לכל שופט שירחיב יריעת ידיעותיו ויתמחה גם בשדות משפט משיקים, דבר התורם לפסיקה מרחיבת דעת ומבוססת יותר.

היחסים החיוביים שקיימו נשיאיו של בית הדין לעבודה עם השרים האחראים ועם ראשי הארגונים היציגים מיום הקמתו ושיתופם בבעיות שהתעוררו מעת לעת – תרמו במשך השנים לשיקול דעת חיובי בנוגע להתנגדות לשינוי מעמדו העצמאי.¹¹¹ שאלת משנה: מי זקוק יותר לאחדות המערכת – האם אינטרס בתי הדין לעבודה הוא להיות חלק מהמערכת הכללית ולהפיק מכך תועלת ולהימנע מלהדגיש את המפריד? או שאינטרס המערכת הכללית הוא שבתי הדין לעבודה יהיו חלק ממנה?

2. האם בתי הדין תרמו ליציבות יחסי העבודה? ובאיזו מידה הוגשמו המטרות?

3. האם בתי הדין שמרניים מטבעם או שמא מכניסים דרך חשיבה מחדשת ורעיונות חדשים לפסיקת העבודה באופן התורם להתפתחות החברה, קידומה ויציובה? ראינו שהתשובה לכך חיובית.

התשובה לשאלה מה השיגה המערכת שלא הייתה יכולה להשיג לו נשאה חלק מהמשפט הכללי – ברורה. היא השיגה ראשית לכול מעורבות פעילה יותר של הארגונים היציגים בסכסוכים קיבוציים וגם סיפקה את מאווייו של היחיד המחפש ערכאה ידידותית: היא סיפקה פתרון לבעיותיו הכואבות ואת רצונו שעניינו יטופל במסגרת נוקשה פחות מבית משפט רגיל ופורמלית פחות ממנו.

המערכת כולה נפתחה לחלוטין ונהייתה נגישה לשימוש אלה המבקשים מימוש זכויותיהם. עד להקמת בית הדין התברכה המדינה במערכת מקיפה של זכויות לעובדים, אך מימושם היה תלוי בגורמים כמו ועדי עובדים או האיגוד המקצועי. בתי המשפט הרגילים היו מסורבלים ואטיים, יקרים מדי, והעיקר לא ידידותיים למשתמש הפוטנציאלי. מעת הקמת בתי הדין הוחל במימוש זכויות תוך מעורבות בית הדין. המערכת נעשתה נגישה לעובד, ובית הדין הפך לגוף במערכת יחסי העבודה שיש להתחשב בו. ממשפט עבודה דל בהתפתחותו הגיעה המערכת לפיתוח השדה המשפטי המיוחד הזה באופן מעורר כבוד. בית הדין לעבודה מילא, בהזדמנויות שהובאו בפניו, תפקיד חשוב ביישוב סכסוכים קיבוציים. ניכר שסכסוכי הפרט הם מרב עיסוקו ומומחיותו. שימושו הרב של העובד בשירותי המערכת מעיד לטובתה.

111 ראוי לציין את הישגי המערכת שנשיאי בית הדין לעבודה שקדו על טיפוחה, וכל אחד, בזמנו, תרם רבות לפיתוח משפט העבודה וביצור המערכות החברתיות. נצביע על סיכומו של הנשיא גולדברג (בתוארו דאז) בטקס לציון 30 שנה לבתי הדין, כלשונו: "כיום אנו מתייצבים בגוף זקוף ומצביעים בסיפוק על הישגינו. מאות אלפי תביעות נדונו והוכרעו, בין בפשרה בין בפסיקה. מאות שביתות נמנעו, בעיקרן לא מכח צווי מניעה אלא בהסכמה שהושגה בין כתלי בית הדין בסיועם של שופטים ונציגי ציבור, להחזרת הצדדים לשולחן המשא ומתן. רבבות קשי יום שסברו שקופחו על ידי המוסד לביטוח לאומי או קרנות הפנסיה – זכו לאוזן קשבת, אף כי לא תמיד זכו בתביעתם".

עם זאת אין להתעלם מאירועי השנים 2003–2005, שבהם ניכר שצדדים יציגים לא שיחקו את המשחק ההוגן שאליו הוליך אותם בית הדין הארצי מעת לעת, ולא מצאו לנכון לתרום ליעילות הטיפול עוד לפני שסכסוך מגיע למפתן בית הדין לעבודה. התשובות למרב השאלות תלויות בעיקר בתפיסת עולמם של השחקנים במערכת יחסי העבודה, בבית הדין וביכולת שופטיו, בטיב השיפוט, ברמת הפסיקה ועיגונה באסמכתאות מפסיקה מקומית ועולמית, בהקפדה על נוהלי דיון ובעיקר ברמת השיפוט. רמת דיון מקצועית נאותה, הכרעה מהירה, מכובדות ותרומה לפתרון יעיל של סכסוכי עבודה, ובעיקר החזרת הצדדים לחיי עבודה תקינים – כל אלה הם מפתח ליציבות המערכת והערכתה בעיני הציבור.

כיצד רואה בית הדין את תפקידו? מהו מעמדו בעיני עצמו? מהו הדימוי המצוי והרצוי בקרב הנושאים בעול מטעמו?

עיון בפרי עמלו של הנשיא בדימוס מנחם גולדברג מעיד בבירור על השקפת עולם ברורה הבאה לידי ביטוי במיטב עוללותיו ובציר כרמו, ועמדנו על כך. עיון בדרכו של הנשיא ס' אדלר מלמד על שוני בגישה.¹¹²

כבר הראינו שהליכי ניהול הדיונים בבית הדין הארצי בשנים האחרונות מלמדים כי נוסף על תפיסתו את תפקיד השופט כפוסק בסכסוך רואה עצמו בית הדין מקדם הידברות, מפשר, מגשר,¹¹³ מציע הצעות פשרה¹¹⁴ וכד'.

בדין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט בישראל, בראשות השופט תאודור אור,¹¹⁵ נאמר במבוא כי הוועדה לא נתנה ביטוי בדוח "להצעות והמלצות רבות לבטל את מערכת בתי הדין לעבודה כמערכת שיפוטית נפרדת ולהעביר את סמכויותיה לבתי המשפט האחרים". הוועדה לא הרחיבה בסוגיה זו ולא מסרה נימוקים. יצוין כי כבר בשנת 1980 הסירה ועדה ציבורית מעל שולחנה כל דיון בנושא זה בקבעה כי "זהו נושא מורכב הדורש

112 הדגשת יישוב ההליך באופן מוסכם, עדיפות לפשרה מוסכמת על החלטה שיפוטית.

113 בדוח הוועדה לעניין הגישור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 40, צוין כי כל החברים היו בדעה כי משפט העבודה הוא מהתחומים החשובים והמתאימים ביותר לפיתוחו של הליך גישור, והוא אחד הכלים החשובים ליישוב סכסוכים בתחום משפט העבודה.

114 ראו ס"ק (ארצי) 13/03 לשכת המסחר – הסתדרות העובדים החדשה (פורסם בנבו, 14.12.2004): "דרכו של בית הדין בסכסוכים קיבוציים היתה ועודנה עידוד הצדדים לנהל מו"מ על מנת להגיע להסכמות. זאת מאחר שעסקינן, בתחום יחסי עבודה, בו היחסים בין הצדדים הינם קרובים ומתמשכים... הדיונים בבית הדין והשיחות שהתקיימו בנוכחות הנשיא ו/או חברי המותב תרמו לקירוב עמדות ולקידום ההידברות".

115 הוגש באוגוסט 1997.

עיון רב ויהיה צורך להקדיש לו דיון מעמיק נפרד.¹¹⁶ עובדה: מיום הגשת דוח ועדת זמיר תם הוויכוח הציבורי. התמך הברור הוא מצד ארגונים יציגים במערכת יחסי העבודה המעוניינים בהשאת המצב על כנו עם מקצה שיפורים הכרחי להתאמת יעילות המערכת לעולם עבודה מודרני. עולה מכל אלה: המציאות שבה קיימת תלות שיפוטית מסוימת ומסווגת של בית הדין הארצי לעבודה בבית המשפט העליון נוחה לכולם לא מהשיקול המשפטי אלא מהשיקול הציבורי-חברתי. כל שינוי כרוך באי-נוחות, בחשש או בפגיעה לכאורה. קונצנזוס זה היטיב לבטא בית הדין הארצי בעת דונו בנושא חשיבות הציות לצווי בית הדין:

”יחסי העבודה המאורגנים בארץ מבוססים על מסורת ארוכת ימים של שותפות משולשת בין ההסתדרות הכללית, לשכת התיאום והמדינה כמעסיק וכריבון. בית הדין לעבודה הוקם לאחר שנציגי ההסתדרות וארגוני המעסיקים הסכימו בהסכם קיבוצי לפעול למען הקמתו. בית הדין לעבודה מורכב משופטים מקצועיים ונציגי עובדים ומעבידים, ויש בכך ביטוי לשותפותם של העובדים והמעסיקים בעשיית הצדק ובקביעת הנורמות במשפט העבודה, במשפט הביטחון הסוציאלי וביחסי העבודה. תפקידו של בית הדין בתחום יחסי העבודה התבטא משך השנים בקביעת נורמות של התנהגות העובדים והמעסיקים, בשמירה על זכויות העובדים והמעסיקים, בפירוש הסכמים קיבוציים ובסיוע לניהול מו”מ בתום לב וליישוב סכסוכים בהידברות במקום הפעלת כוח. העובדים והמעסיקים זכו לפירות מעבודת בית הדין, בכך שמשפט העבודה התפתח ונקבעו נורמות התואמות חברה מתקדמת.”¹¹⁷

עיון במדיניות בית הדין לעבודה בנושאי משפט העבודה הקיבוצי מורה על מתווה דרך מרכזי: רצון לשמור על יציבות האורגנים במערכת, הכרה בהסתדרות, בלשכת התיאום ובממשלה כקובעי דרך ובעלי משימות ואחריות מרבית, וככאלה עליהם לשבת יחד ולשמור על המשק ולהתקדם תוך הידברות וקבלת אחריות לתוצאות. אידאה זו חוזרת ונשנית בפסיקה, בהחלטות ביניים, בהרצאות ובהידברות עם כל צד.

116 דוח הוועדה לענייני רשויות מעין-שיפוטיות בראשות הנשיא לנדוי (הוגש לשר המשפטים ביום 5.11.1980) פורסם בספר לנדוי כרך א 244 (1995).

117 דב”ע נו/48-13, לעיל ה”ש 102.

מבחן התוצאה – מפתח להערכה

הארגונים היציגים במערכת יחסי העבודה והממשלה הם שהביאו להקמת בית הדין לעבודה, והם התומכים בה לאורך שנות קיומה.

שאלת הצפי תקבע למה מצפה הציבור מטריבונל שיפוטי בענייני עבודה¹¹⁸ – האם יממש ציפיות לאלה הנדרשות ממודל הכרעה שיפוטית, ככל בית משפט? או שיעלה על תוואי של מודל משלב: אינסטיטוציה מגשרת,¹¹⁹ מפשרת – או אף מתווכת – ולבסוף פוסקת, אם צריך?

על ערכאה שיפוטית להיות תחנה אחרונה לדיונים כאשר לפניה מוצו כל ההליכים ההסכמיים, כגון ועדות פריטטיות במקום העבודה, ועדות מעקב ענפיות או ארציות וכד'. בתי הדין יודעים היטב כיצד ליישם מדיניות זו – כל הכלים המשפטיים הדרושים לצורך זה מונחים לפניהם.

118 ציטוט מדברי הנשיא אהרן ברק, הטובים גם לענייננו: "השופט חייב לאזן בין הצורך בשינוי לבין הצורך בשימור הקיים. חיי המשפט אכן מורכבים... השופט חייב לסגור את הפערים בין החיים ובין המשפט, הכל בתחום הציפיות הסבירות ברור ששותפו הבכיר של השופט הוא המחוקק... החקיקה השיפוטית חייבת להיות זהירה ביותר בגישתה. לכן יש להעדיף גישה התפתחותית ולא גישה מהפכנית. היא חייבת להתבסס על התפתחויות טבעיות ועל המשכיות... כדי שהצדק והחוק ייפגשו אל לשופט להגדיר את עצמו כ'אקטיביסט' או כ'מרוסן'. אין אלא אפיונים ריקים הנטולים כל משמעות נורמטיבית"; אהרן ברק "על השופט" המשפט 1 ו 265, 268–269 (2001).

119 גישור ופישור הם הליכים חדשניים שעדיין קשה להעריך את תרומתם ליעילות המערכת. ועדה בראשות השופטת ורדה וירט-ליבנה דו"ח ועדת ההיגוי לעניין גישור במערכת בתי הדין לעבודה (ספטמבר 2001). נימוקי הוועדה: בתי הדין לעבודה מוצפים בתביעות שבירורן נמשך כמה שנים, כרוך בהוצאות כספיות כבדות, היחסים בין הצדדים הופכים לעוינים, קשרים מקצועיים, משפחתיים או אישיים נעכרים או מגיעים לקצם. הצדדים מעוניינים בפתרון קונקרטי תוך התחשבות בגישות הצדדים, שמירה על רווחה כלכלית, פרנסה, מערכת יחסים אישית או תדמית ציבורית. לכן הליך הגישור חודר לאטו. הנשיא אדלר מסר ביום עיון לרגל הגשת הרוח, שהליכי הגישור והפישור קנו להם אחיזה כאמצעי הוגן ויעיל ליישוב סכסוכי עבודה. אין ספק ששינויים אלה בגישת בתי הדין לעבודה נובעים מגישה עניינית, אך ברור לכול שמדיניות זו הייתה צריכה להיות נחלתם של הארגונים היציגים, אך אלה לא השכילו לשמור על המנגנונים ליישוב סכסוכים שהם עצמם יצרו בהסכמים הקיבוציים. קריסת היחסים הקיבוציים ואי-טיפוח המכשירים שנבנו בעמל רב במסגרת ההסכמים הקיבוציים היא שהביאה את בית הדין לתפוס את מקומם ולמלא חלל ריק. מערכת הגישור מורכבת מנציגי ציבור, ממגשרים שמחוץ למערכת ומהערכה מוקדמת התורמת ליעילות. לדעת הנשיא אדלר, שהביעה בכינוס ירושלים 2003, המגמה היא להגיע ב-90% מהתיקים לפתרון הסכסוך לפני דיון ורק היתרה תידון במותבים.

על מערכת שיפוטית להתמודד ללא דיחוי עם כל עתירה קיבוצית ולדון ולהכריע במהירות הראויה גם בתביעות לנזקי צדדים שלישיים הנגרמים מסכסוכים שאינם צד להם. אין היום כללים ברורים בכל הקשור לדיני שביתה, גדרי שביתה, שירותים חיוניים – הגדרה ומשמעות – השבת נזק לצד נפגע וכד'. מה שיש – עדיין רב בו החסר. תפקיד מערכת שיפוטית הוא לקבוע קביעה ברורה ונחרצת של תחומי המותר והאסור ביחסי עבודה קיבוציים.

אם המערכת תמשיך להיות מאוזנת, נגישה לציבור המשתמשים במידה המתאימה, מהירה בהחלטותיה ונותנת תשובות בזמן אמתי, קרוב לאירועים, ואם תפתח משפט עבודה מודרני ומשפט משווה – היא תמשיך לשרד יציבות ולהקריין מכובדות, ובכך תמנע קריאות לשינוי.

נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה : תפקידם ותרומתם הלכה למעשה

מאת

גיא דוידוב* ורעות בגס שמר**

מבוא. א. רקע השוואתי. ב. רקע היסטורי ישראלי. ג. תכליות לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין. ד. תרומתם של נציגי הציבור הלכה למעשה: מחקרים אמפיריים קודמים. ה. תרומתם של נציגי הציבור הלכה למעשה: המחקר הנוכחי. ו. סיכום.

מבוא

המערכת השיפוטית בישראל בנויה על הכרעה בידי שופטים מקצועיים אשר כישוריהם, הליך מינויים, תקופת המינוי ותנאי העסקתם אמורים להבטיח שיפוט מקצועי, בלתי תלוי ואובייקטיבי ככל האפשר. שילוב נציגי ציבור כשופטי צד בעלי סמכויות שיפוט מלאות¹ הוא חריגה של ממש מהמבנה הרגיל של ערכאות שיפוטיות. עם זאת שילוב נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה זוכה לתמיכה רחבה יחסית,² והרעיון בכללותו של שילוב אזרחים

* הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות לקרן המחקר ישראל-גרמניה (GIF) על התמיכה במחקר, להדר סמואל ולאכס קגנוב על עבודתן המעולה בריכוז המחקר האמפירי ולנשיאה נילי ארד ולשופט (בדימוס) יצחק אליאסוף על הערותיהם. מאמר זה מוקדש בהערכה ובחיבה לאליקה, אשר בעת התמחותי בבית הדין הארצי (לפני אי אילו שנים) נחשפתי ליחס החם שלה לנציגי הציבור ולאופן שבו ידעה לשתפם ולהננות מתרומתם.

** תלמידת מחקר (לתואר שלישי), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות לקרן הופמן לדוקטורנטים מצטיינים.

1 ס' 2 ו-16 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

2 הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה (בראשות השופט יצחק זמיר) דין וחשבון 85-86 (2006), elyon1.court.gov.il/heb/avoda/Havaada.pdf (להלן: דוח ועדת זמיר).

בערכאות שיפוטיות זוכה בשנים האחרונות לעדנה ברחבי העולם.³ מטרתו של חיבור זה לבחון מהן התכליות של שילוב נציגי ציבור ולנסות להעריך – על סמך מחקר אמפירי – באיזו מידה מוגשמות תכליות אלה הלכה למעשה בבתי הדין לעבודה. באופן כללי, מסקנת המחקר היא כי קיימים צידוקים רבי משקל לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין, אולם הפוטנציאל הטמון בשיטה זו אינו ממומש כראוי. יש הכרח בשיפורים שונים כדי להפוך את נציגי הציבור לפעילים יותר ולאפשר להם להשיא תרומה רבה יותר להליכים, וייתכן כי במסגרת זו ראוי גם לוותר על השתתפותם בחלק מההליכים.

הפרק הראשון מפרט בקצרה את השיטות המקובלות בעולם לשילוב נציגים מן הציבור בערכאות שיפוטיות באופן כללי ובבתי דין לעבודה בפרט. הפרק השני מתמקד בישראל וסוקר בקצרה את ההתפתחות ההיסטורית שהובילה לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה ואת המחלוקות בדבר מוסד זה. הפרק השלישי עומד על התכליות (ההצדקות) השונות לשילוב נציגי ציבור בבתי דין לעבודה. לאחר מכן פונה המאמר לחלק האמפירי. תחילה, הפרק הרביעי סוקר ממצאים של מחקרים קודמים בנושא תרומתם של נציגי ציבור. לאחר מכן, בפרק החמישי, מפורטים יפורטו עיקרי הממצאים של המחקר הנוכחי. הפרק השישי מסכם ומעלה כמה הצעות לעתיד.

א. רקע השוואתי

קיימות כמה שיטות המקובלות בעולם לשילוב אזרחים במערכת המשפט. בשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות ובמדינות נוספות מקובל במידה כזו או אחרת שימוש במושבעים.⁴

3 על הסדרים חדשים לשילוב נציגים מן הציבור בטריבונלים וערכאות שיפוטיות ברוסיה, ספרד, יפן, קרואטיה ודרום אמריקה – שמצטרפים להסדרים ותיקים יותר המקובלים בשיטות המשותפות על המשפט הרומי (כמו גרמניה וצרפת) – ראו: Sanja Kutnjak Ivkovic, *Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals*, 40 CORNELL INT'L L. J. 429 (2007). וראו Valerie P. Hans, *Introduction: Citizens as Legal Decision Makers: An International Perspective*, 40 CORNELL INT'L L.J. 303 (2007).

4 בארצות הברית מעורבים מושבעים בהליכים פליליים, ובנוסף מכוח התיקון השביעי לחוקה יש זכות לתובע לבחור לנהל גם הליך אזרחי בפני מושבעים. לעומת זאת באנגליה צומצם בהדרגה השימוש במושבעים, וכיום הוא מוגבל לתביעות לשון הרע ולהליכים פליליים חמורים. ראו המלצות הוועדה בנושא: REVIEW OF THE CRIMINAL COURTS OF ENGLAND AND WALES ch. 5 (2002), www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-05.htm. על אודות המושבעים באנגליה ולדיון ברפורמה שצמצמה השימוש בהם ראו: Sally Lloyd-Bostock & Cheryl Thomas, *Decline of the Little Parliament: Juries and Jury Reform in*

המושבעים מכונסים יחדיו למשך כל תקופת הדיונים והם נדרשים להגיע להחלטה משותפת לאחר שמיעת העדויות מבלי שיידרשו לנמק את החלטתם וכמעט ללא מעורבות ישירה של השופט.⁵ לעומת זאת במרבית המדינות שבהן נוהגת שיטת משפט קונטיננטלית נפוץ המודל של נציגי ציבור, אשר במסגרתו מתמנים נציגים מן הציבור לכהונה קבועה בת שנים אחדות כחברים במותבים שיפוטיים ומכהנים לצד השופטים המקצועיים בערכאות מסוימות.⁶ המודל המודרני של נציגי הציבור התפתח במאה התשע-עשרה בגרמניה, אם כי קיימות עדויות היסטוריות לכך שמוסד נציגי הציבור היה מוכר בגרמניה כבר בימי הביניים.⁷ המודל הגרמני, שאומץ לאחר מכן במדינות נוספות בקונטיננט, מורכב בדרך כלל משופט מקצועי אחד ושני נציגי ציבור.⁸ נציגי הציבור הם חלק אינטגרלי מהליך השיפוט, בעלי זכויות ומעמד זהים לזה של השופט המקצועי המנהל את המשפט. הם רשאים להתערב בהליך המשפטי ובסופו הם מצביעים עם השופט יחד. לכל קול של חבר במותב ניתן משקל זהה.⁹

England and Wales, 62 L. & CONTEMP. PROB. 7 (1999); Frederic N. Smalkin & Frederic N.C. Smalkin, *The Market for Justice, the Litigation Explosion, and the Verdict Bubble: A Closer Look at Vanishing Trials*, FED. CTS L. REV. 8 (2005) בהליכים פליליים גם באוסטריה, בלגיה, דנמרק, מלטה, נורווגיה, רוסיה, ספרד, שוודיה ובשווייץ; ראו John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 COLUM. J. EUR. L. 83, 95 (2006–2007).

5 ההבחנה המקובלת היא כי חבר המושבעים מכריע בשאלות העובדתיות, ואילו לשופט מסורה הסמכות להכריע במחלוקת המשפטית. להרחבה ברקע ההיסטורי ראו: Jonathan R. Lahn, *The Demise of the Law-Finding Jury in America and the Birth of American Legal Science: History and its Challenge for Contemporary Society*, 57 CLEV. ST. L. REV. 553 (2009).

6 בשלושים ושש ממדינות אירופה מונהגת כיום מערכת של בית דין פלילי שבו משתתפים נציגים מן הציבור (Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94). בחלק מהמדינות משתמשים בנציגי ציבור גם בהליכים אזרחיים.

7 האנובר שבסקסוניה הייתה הראשונה להציג את המודל המודרני של מותב מעורב במשפטים פליליים בשנת 1850, ובה גם נקבע לראשונה כי לצדו של השופט ישבו שני נציגי ציבור אשר לכל אחד מהם תינתן זכות הצבעה שווה. אמנם באמצע המאה התשע-עשרה אימצה גרמניה (בעקבות צרפת) את מודל המושבעים במשפט הפלילי, אך זה בוטל במסגרת רפורמות רפובליקת ויימאר בשנת 1924 ושב והוחלף במודל של נציגי הציבור. לסקירה היסטורית ראו: Gerhard Casper & Hans Zeisel, *Lay Judges in the German Criminal Courts*, 1 J. LS. 135 (1972); Valerie P. Hans, *Introduction: Lay Participation in Legal Decision Making*, 25 L. & POLICY 83 (2003).

8 ראו Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 97.

9 Stefan Machura, *Lay Assessors of German Administrative Courts: Fairness, Power-Distance Orientation and Deliberation Activity*, 4 JELS 331, 334 (2007) (להלן: Machura, *Lay Assessors of German Administrative Courts*).

בדומה למודל המושבעים ומודל נציגי הציבור, במדינות אחדות (ובראשן צרפת) קיים מודל מעורב, המשלב את שתי השיטות יחד.¹⁰ כמו כן משתמשים לעתים במומחים (assessors) – נציגים מן הציבור המתמחים בתחום ספציפי שבו נדרש שיתופם בהליך, כגון רפואה, הנדסה או פדגוגיה.¹¹ במקומות אחרים מקובל השימוש בשופטי שלום (Justices of Peace) שאינם מקצועיים, היושבים בדיון בהליכים מנהליים ובעברות של בררת קנס בסכומים נמוכים יחסית.¹²

אף שמקובל לראות בשיתוף אזרחים במערכת המשפט ביטוי לדמוקרטיה (ראו להלן), שילוב נציגים מן הציבור בערכאות שיפוטיות אינו מוגבל למשטרים דמוקרטיים בלבד. נציגי ציבור פועלים גם במדינות ברית המועצות לשעבר¹³ ובסין,¹⁴ ופעלו אפילו בגרמניה הנאצית.¹⁵ אולם במדינות אחרות אפשר לזהות את תחילת שילובם של אזרחים בערכאות

10 ראו Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, המתייחסים לצרפת, יוון, איטליה ופורטוגל. לאחרונה אומץ מודל משולב גם ביפן, בתחום הפלילי; ראו Hiroshi Fukurai, *The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the US*, 40 CORNELL INT'L L. J. 315 (2007).

11 יש מדינות שבהן מומחים מתחומים שונים מצטרפים להליכים פליליים – כך בצרפת, גרמניה, קרואטיה, איסלנד ונורווגיה (Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 98). בישראל משתמשים במומחים רפואיים, וכן קיימת אפשרות לשלב מומחים נוספים, במסגרת הוועדות הפועלות בתחום הביטוח הלאומי וביטוח הבריאות (ראו ס' 122 לחוק ביטוח לאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995). מודל דומה לזה של ה"מעריכים" התקיים בשלהי המאה השמונה-עשרה ולאורך המאה התשע-עשרה באנגליה ובארצות הברית, ובמקרים מסוימים נבחר חבר מושבעים "מיוחד" (Special Jury) בשל כישורים או ידע מיוחדים של המושבעים. ראו Douglas G. Smith, *The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform*, 25 HOFSTRA L. REV. 377 (1996).

12 Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 99. מודל שופטי השלום מקובל כיום באנגליה, סקוטלנד וצרפת, ובשונה מהמודלים האחרים, בתחומים מסוימים שופטי השלום מנהלים את ההליך המשפטי כולו, ללא סיוע או נוכחות של שופט מקצועי.

13 לדיון ביקורתי על אודות מקומם של נציגי הציבור במשטר הקומוניסטי וברוסיה כיום ראו: Stefan Machura, *Fairness Justice and Legitimacy: Experience of People's Judges in South Russia*, 25 L. & POLICY 123 (2003) (להלן: Machura, *Fairness*).

14 מאז שנות החמישים משמשים בסין נציגי ציבור במערכת המשפט הפלילי אם כי השופט המקצועי הוא אשר מחליט בדרך כלל מי יהיו נציגי הציבור שישבו לצדו. ראו: Liling Yue, *Lay Assessor System in China*, 72 INT'L REV. PENAL L. 51 (2001).

15 Machura, *Lay Assessors of German Administrative Courts*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 333. יצוין כי בשנת 1939 החליפו הנאצים את רוב נציגי הציבור בנציגים שבאו מקרב הדרגים הגבוהים במפלגה הנאצית. עוד קודם לכן "החקיקה לאסימילציה גרמנית בשירות הציבורי" משנת 1933 אסרה על יהודים לכהן כפקידי ציבור, ויהודים שכיחנו עד אז כנציגי ציבור נאלצו להתפטר מתפקידם.

שיפוטיות עם מועד המעבר למשטר דמוקרטי.¹⁶ שילוב נציגי ציבור בבתי דין לעבודה קיים כיום במרבית מדינות המשפט הקונטיננטלי, ובולט במיוחד במדינות דוברות הגרמנית (גרמניה,¹⁷ אוסטריה, ליכטנשטיין ומחוזות מסוימים בשווייץ). גם באנגליה¹⁸ ובמדינות סקנדינביה קיימות ערכאות ייחודיות לענייני עבודה המשלבות נציגי ציבור. עם זאת מודל זה אינו משותף לכל מדינות אירופה; בספרד ובאיטליה למשל בכל הערכאות יושב שופט מקצועי בלבד.¹⁹

ב. רקע היסטורי ישראלי

כידוע, מודל המושבעים לא אומץ מעולם בישראל. עמדתו המוצהרת של הממשל הבריטי הייתה שלא להחיל את שיטת המושבעים בקולוניות מחשש שהאזרחים – שתמיד יהיו בני קבוצתו של הנאשם – ייטו להגן עליו בהליכים משפטיים פליליים שבהם המלך הוא המאשים. לזה התווסף החשש כי חבר מושבעים יהודי יתקשה לשפוט נאשם ממוצא ערבי באופן הוגן ונטול פניות.²⁰ לעומת זאת שילוב נציגי ציבור בבתי דין מנהליים (או "ועדות ערר") החל כבר בתקופת המנדט הבריטי אף על פי שבאותה תקופה טרם היה נפוץ בכריטניה עצמה.²¹

- 16 כך למשל שולבו מושבעים בהליכים פליליים בקרואטיה לאחר המעבר ממשטר קומוניסטי לדמוקרטי, ובספרד לאחר סיום שלטונו של פרנקו. ראו Hans, לעיל ה"ש 3.
- 17 Manfred Weiss, *The Effectiveness of Labour Law: Reflections Based on the German Experience*, 48 MANAGERIAL L. 275 (2006).
- 18 John K. MacMillan, *Employment Tribunals: Philosophies and Practicalities*, 28 ILJ 33 (1999).
- 19 למידע השוואתי ראו דוחות שהוגשו לכינוס שופטים בבתי דין לעבודה באירופה בשנת 2002: www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/events/judges/stockholm.htm.
- 20 אורי שטרומן "המלך עירום; או: חבר המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175 (1988).
- 21 יצחק זמיר "בתי דין מנהליים: הקמה, הרכב ומינהל" ספר תמיר 93 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999). בתי הדין הראשונים שהוקמו היו הוועדה לפי פקודת האריסים (הגנה) משנת 1933, בית הדין לשכר דירה (דירות) 1940 ובית הדין למס עסקים לפי פקודת הרשויות המקומיות (מס עסקים) 1945. דוגמאות בולטות נוספות שמביא זמיר הן הוועדות שהוקמו לפי חוק שירותי הסעד, התשכ"ח-1958; ועדות הערר לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961; ועדות השירות לפי חוק שירות עבודה בשעת חירום, התשכ"ז-1967 (ראו גם יצחק זמיר "הרכב חסר בבתי דין מנהליים" משפטים ד 585 (1972)). דוגמה עדכנית יותר היא בית הדין לחוזים אחידים, שגם בו מכהנים נציגי ציבור (ראו: גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" משפטים לב 95, 100-109 (2001)).

בהקשר הספציפי של בתי הדין לעבודה שילוב נציגי ציבור היה חלק מהותי ממערכת זו עוד מאז הוצעו לראשונה בתי הדין על ידי ועדה ציבורית בראשות השופט ברנזון.²² הרעיון של שילוב שופטים בלתי מקצועיים אשר מייצגים "מגזר" מסוים עורר באופן טבעי את חששם של עורכי הדין.²³ אולם ההסתדרות הכללית, לעומתם, שיחסה למערכת המשפט באותה תקופה היה יחס של ניכור וחשדנות,²⁴ חששה משופטים מקצועיים דווקא, אשר יפעלו במנותק מהבעיות ומהצרכים של יחסי העבודה, ולכן התנתה את הסכמתה להקמת בתי הדין בכך שישולבו בהם נציגי ציבור מטעמה.²⁵ מאותה סיבה גם פעלה ההסתדרות, כמה שנים קודם לכן, לביטול פקודת בתי משפט תעשייתיים, אשר אכן לא נכנסה מעולם לתוקף.²⁶ בסופו של דבר הסכמה בין ההסתדרות לבין התאחדות התעשייתיים היא אשר סללה את הדרך להקמת בתי הדין לעבודה, ושילוב נציגי ציבור היה חלק בלתי נפרד וחשוב מהסכמה זו.²⁷

מוסד נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה נותר שנוי במחלוקת מאז הקמתו. שש שנים לאחר שהוקמו בתי הדין לעבודה המליצה ועדה בראשות השופט לנדוי לבטל את מוסד

22 הוועדה, אשר מונתה על ידי שר העבודה, פרסמה המלצותיה בשנת 1958 (צבי ברנזון "בתי דין מיוחדים לענייני עבודה" עבודה וביטוח לאומי 12, 30 (1958)). על יסוד מסקנות אלה הגיש חבר הכנסת יהודה שערי את הצעת חוק בית הדין לענייני עבודה וביטוח לאומי, התשכ"ד-1964. הצעת חוק זו הוסרה מסדר יומה של הכנסת החמישית, אך שבה בגלגולה המעודכן כהצעת חוק בית הדין לעבודה ולביטוח לאומי, התשכ"ח-1967, ה"ח 748, הפעם בתמיכת הממשלה. יצוין כי נציגי ציבור שולבו עוד קודם לכן בבית הדין לענייני ביטחון סוציאלי, שהוקם מכוח חוק הביטוח הלאומי, התשי"ד-1953, ובוטל עם העברת סמכויותיו לבית הדין לעבודה.

23 הסתייגויות להצעת החוק החדשה הוגשו בין היתר על ידי חברי הכנסת המשפטנים שלמה כהן-צידון, יצחק קלינגהופר, יהודה שערי וראובן ארזי. ראו ד"כ 54, 2033-2049 (התשכ"ט).

24 ראו יצחק זמיר "לזכרו של צבי בר-ניב ז"ל" משפטים טז 261 (1987).

25 ראו דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 86. על החשיבות הקריטית שייחסה ההסתדרות לשילובם של נציגי ציבור בדיונים בבית הדין לעבודה אפשר ללמוד מדבריו של יו"ר הוועדה המשותפת בכנסת, בהתייחסו להסתייגות שהגיש ח"כ כהן צידון בנוגע לשילוב נציגי ציבור בבית הדין לעבודה: "טול נציגי ציבור מהם, ונטלת את רוחו וכוונתו הבסיסית של החוק". ד"כ 54, 2045 (התשכ"ט).

26 הפקודה, משנת 1947, הייתה אמורה להיכנס לתוקף במועד שיקבע הנציב העליון, ועם סיום המנדט היה שר הפנים אמור להודיע על מועד תחילתה. ההסתדרות הסתייגה, מהטעם שנציגי עובדים ומעבידים לא שולבו בהרכבם של בתי משפט אלה; ראו בכתב העת חקרי עבודה 1, 8 (1947). פקודת בתי משפט תעשייתיים בוטלה לבסוף מבלי שנכנסה אי פעם לתוקף, בס' 44 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957.

27 בהסכם קיבוצי הצהירו הצדדים כי יפעלו במשותף לזירוז חקיקתו של חוק בית הדין לעבודה (הסכם קיבוצי כללי להסדר יחסי עבודה מיום 10.1.1967). וראו דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 86.

נציגי הציבור בבתי דין מנהליים, מהטעם שנציגי הציבור "אשר ישיבתם בבית הדין היא עיסוק צדדי להם, מתקשים להתפנות לשייכות בית הדין והם נוטים שלא להתמיד בהופעה לשייכות. אם הם מונו לתפקידם מטעם סקטור מסוים, הם נוטים לראות את עצמם כנציגי אותו סקטור גם בשבתם לדין, ונמצאת מידת הניטרליות של הדיין לוקה. אם הם נכנעים לדעת השופט היושב ראש, הרי שהשתתפותם מיותרת, ואם הם מגלים עצמאות מחשבתית – לעתים מחוסר הבנה מספקת של בעיה משפטית – והשופט נשאר במיעוט, עלול הדבר לגרום לעיוות הדין".²⁸ עם זאת הוועדה נמנעה מלהתייחס באופן ספציפי לבתי הדין לעבודה.²⁹ כמו כן ארבעה מתוך 15 החברים בוועדת לנדוי התנגדו נחרצות למסקנה זו והגישו הסתייגות מפורשת בנספח לדוח הסופי. מדעת המיעוט עולה ביקורת כלפי הגישה הפורמליסטית התומכת ביכולתו של השופט לבדו לשפוט את ההליך שלפניו ורואה בנציג הציבור "מטרד" הנעדר הבנה משפטית מספקת, או אף סכנה למערכת המשפט במקרים שבהם הוא פועל באופן אקטיבי או מגלה "עצמאות מחשבתית".³⁰ כמה וכמה ועדות נוספות התייחסו לנושא במרוצת השנים שחלפו מאז, אולם כולן הגיעו למסקנה הפוכה דווקא מזו של ועדת לנדוי; כל הוועדות האחרות הגיעו למסקנה כי יתרונותיו של מוסד נציגי הציבור עולים על חסרונותיו.³¹ זאת לצד העלאת הצעות לשיפור רמתם של נציגי הציבור, בחינת כישוריהם והסדרת כללי האתיקה הנוגעים להם, ולעתים גם צמצום סוגי התיקים שבהם ישותפו.³² עם זאת עצם העובדה כי הנושא שב ומתעורר מעידה כי קיימת ביקורת נמשכת על מוסד נציגי הציבור, או לפחות על אופן פעולתו הלכה למעשה.

- 28 ראו דוח הוועדה לענייני רשויות מעין-שיפוטיות הפועלות על פי חיקוק (1975) ספר לנדוי כרך ראשון 167, 182 (אהרון ברק ואלינוער מזוז עורכים, 1995) (להלן: ספר לנדוי). יצוין כי הוועדה הוקמה עוד קודם להקמת בית הדין לעבודה ומבחינה פורמלית לא דנה בבית הדין לעבודה. אולם הלכה למעשה היא בחרה לדון גם בשאלת נחיצות נציגי הציבור.
- 29 ראו ס' 11 לדוח בספר לנדוי, שם, בעמ' 174.
- 30 ארבעת המסתייגים היו ראובן ארזי, ד"ר יוסף לם, מרדכי ביבי והשופט צבי טרלו (ספר לנדוי, שם, בעמ' 203).
- 31 מרבית הוועדות היו ועדות פנימיות שמונו על ידי נשיאי בתי הדין הארצי לעבודה. אולם הוועדה האחרונה, ועדת זמיר, הייתה ועדה חיצונית שמונתה על ידי שר המשפטים. ראו דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 2, פרק 3 (לפירוט בדבר ועדות קודמות) ופרק 9 (למסקנות הוועדה הנוכחית באשר לנציגי ציבור).
- 32 ראו בעיקר דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 2, בפרק 9. כללי האתיקה של נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה מפורסמים באתר בתי המשפט. ראו: elyon1.court.gov.il/heb/avoda/ethic/b.htm. כמו כן ראו את חוות הדעת של הוועדה המתמדת לאתיקה של נציגי ציבור: elyon1.court.gov.il/heb/avoda/nezigez_tzibur/havat.htm.

ג. תכליות לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין

אפשר להצביע על חמש תכליות מרכזיות לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה (אשר לפחות חלקן הן גם הצדקות לשילוב אזרחים במערכת המשפט באופן כללי): תכלית דמוקרטית; שיפור התוצאה בהליך באמצעות תרומה להבנת העובדות; שיפור התוצאה בהליך באמצעות תרומה לפיתוח הדין; קידום ושימור יחסי עבודה תקינים; הנגשת ההליך המשפטי לציבור הרחב. נתייחס אליהן בקצרה לפי סדרן.

התכלית הדמוקרטית. שיטות משפט רבות מייחסות חשיבות ערכית וסימבולית לשילוב אזרחים במערכת המשפט על יסוד תפיסה שלפיה יש לאפשר לאזרחים להשתתף בהליך מרכזי זה של קבלת החלטות. שיתוף זה תורם לתחושה של העם כי הוא שותף לשלטון, ובכך תורם ליציבותו של הממשל הדמוקרטי.³³ המלומד הצרפתי דה טוקוויל, שהתרשם עמוקות משיטת המושבעים בארצות הברית, התייחס בעיקר לתרומתו של מוסד זה להפצת ערכי הדמוקרטיה ולחינוך העם לצדק, חירות ושוויון בפני החוק, כלומר הוא ראה בתרומתו של המוסד מבחינה דמוקרטית חשיבות רבה בהרבה מזו שבתרומתו במישור המשפטי לתוצאותיו של הליך קונקרטי.³⁴ פילוסופים פוליטיים בולטים אחרים כדוגמת מונטסקיה, וולטר, הגל ורוסו היו אף הם שותפים לדעה כי התכלית המרכזית לשיתוף אזרחים במערכת המשפט פוליטית במהותה, שכן היא ביטוי מוחשי ליישום העקרונות הדמוקרטיים של שלטון העם על ידי העם ולמען העם.³⁵ שילוב אזרחים במערכת השיפוט תורם אפוא ללגיטימציה של המערכת ולאמון בה. הוא גם מסייע בחינוך האזרחים למילוי תפקידים ציבוריים ועידודם למעורבות ופעילות במערכות שלטוניות.³⁶ הצדקות דומות היוו בסיס לשילובם של נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה. נציגי הציבור תורמים לחיזוק הלגיטימציה של בית הדין, במיוחד מבחינת ארגוני העובדים והמעבידים. גם מנקודת מבטם של עובדים

33 ראו Jackson & Kovalev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 88. כן ראו: Stephan Landsman, *Commentary: Dispatches from the Front: Lay Participation in Legal Process and the Development of Democracy*, 25 L. & POLICY 173 (2003).

34 I ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* ch. 16 (2008), ebooks.adelaide.edu.au/t/tocqueville/alexis/democracy/

35 Stefan Voigt, *The Economic Effects of Lay Participation in Courts – A Cross-Country Analysis*, CESifo Working Paper Series No. 2365 12–13 (2008), ssrn.com/abstract=1226682.

36 היבט זה מקבל חשיבות מיוחדת בדמוקרטיה צעירות (כמו מדינות מזרח אירופה), אשר באזרחיהן עדיין טבוע חוסר אמון במערכות השלטון. ראו: Sanja Kuntnjak Ivkovic, *An Inside View: Professional Judges' and lay Judges' Support of Mixed Tribunals*, 25 L. & POLICY 93 (2003) (להלן: Ivkovic, *An Inside View*).

ומעבידים פרטניים, נוכחותם של נציגי ציבור אמורה לתרום לתחושתם של הצדדים כי יש להם בבית הדין לעבודה אוזן קשבת, וכי על כס השיפוט יושבים נציגים המכירים את ענייניהם ומבינים אותם.³⁷ העובדה שעל כס השיפוט יושבים (גם) אזרחים מן השורה יוצרת אצל המתדיינים תחושה של שיפוט על ידי שווים-מעמדם (peers) ובכך יוצרת תחושה של הוגנות וצדק פרוצדורלי.³⁸ הלגיטימיות של ההליך המשפטי מתחזקת גם כתוצאה מכך שנציגי הציבור משמשים כסוכני מידע המעבירים לסביבתם הקרובה את רשמיהם מההליך השיפוטי ממקור ראשון, דבר המפחית את החשש והניכור מפני המערכת המשפטית.³⁹ שיפור התוצאה בהליך באמצעות תרומה להבנת העובדות. באופן ישיר יותר, בהתייחס להשתתפותם של נציגי ציבור בהליך קונקרטי, תכלית מרכזית היא שיפור התוצאה בהליך (או הקטנת הסיכון לקבלת הכרעות שיפוטיות שגויות) באמצעות תרומתם של נציגי הציבור להבנת העובדות.⁴⁰ במישור הכללי הסתמכות על נציגים מן הציבור לצורך קביעת העובדות מבטאת ספקנות כלפי הגישה המייחסת חשיבות מכרעת למקצועיותו של השופט, המאפשרת לו להכריע באופן הטוב ביותר בשאלה מהן העובדות. מנגד עומדת הגישה המדגישה כי גם שופטים הם בני אדם הסובלים מהטיות – הן הטיות קוגניטיביות והן נטייה כללית לפסוק לפי השקפותיהם ותפיסת עולמם⁴¹ – וכי יש דווקא יתרון בשילוב אזרחים בעלי ניסיון חיים מגוון. במיוחד באותם המקרים שבהם לא נפרסה בפני השופט התשתית העובדתית המלאה על ידי הצדדים, מתעצמת השפעתם של גורמים תרבותיים וסביבתיים על השופט בעת שהוא נדרש למלאכת השלמת התמונה העובדתית אשר על יסודה מתקבלת ההכרעה.⁴² כמו כן מחקרים בפסיכולוגיה קוגניטיבית (שנעשו בארצות הברית) מלמדים כי

- 37 רות בן ישראל "תפקידו ומקומו של בית הדין לעבודה" הפרקליט לט 477, 481 (1991).
- 38 Machura, *Fairness*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 129 ואילך; Martin Schneider, *Employment Litigation on the Rise? Comparing British Employment Tribunals and German Labor Courts*, 22 COMP. LAB. L. & POLICY J. 275 (2005). מחקרים אמפיריים שנעשו בשנים האחרונות מלמדים על קשר הדוק בין הלגיטימיות של מערכת המשפט לבין צדק פרוצדורלי. ראו למשל: Tom Tyler & Allan Lind, *A relational model of Authority in Groups*, 25 ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 115 (1997).
- 39 Voigt, לעיל ה"ש 35, בעמ' 12.
- 40 John H. Langbein, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?*, 6 AMERICAN BAR FOUNDATION RESEARCH J. 195 (1981); Ivkovic, *Exploring Lay Participation*; לעיל ה"ש 3.
- 41 ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996); מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); רונן שמיר "שיקול הדעת ככוח שיפוטי: הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת (1994) 5.
- 42 מנשה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 105–107.

האינטואיציה האנושית לזיהוי שקרים ולהערכת מהימנויות של עדויות אינה יעילה יותר אצל שופטים (כמו גם אצל שוטרים, בלשים, פסיכולוגים ומתחקרי פוליגרף), הסובלים מאותן מגבלות אנושיות כמו כל אדם.⁴³ מנגד שיטת המושבעים, המושתתת על הכרעה עובדתית בידי אזרחים, זוכה אף היא לביקורת רבה.⁴⁴ השיטה של שילוב נציגי ציבור כחברי מותב לצד שופט מקצועי היא פתרון ביניים, המבקש ליהנות מהיתרונות של שתי השיטות ולמזער את חסרונותיהן.⁴⁵ עצם העובדה שלשופט יש אפשרות להתייעץ עם חברי הרכב נוספים בשאלות של מהימנות העדים או הבנת הראיות והסיטואציה בכללותה, בוודאי יכולה לסייע בגיבוש ההכרעה העובדתית. היוועצות עם אנשים שמגיעים "מהשטח" – בהקשר של בית הדין לעבודה, נציגי ציבור בעלי ניסיון בתחומם של יחסי עבודה – תורמת במובן זה במיוחד. גם הצורך לנמק ולהסביר את ההכרעה בפני נציגי הציבור – למעשה לשכנע אותם – מסייעת להבטחת הנכונות והבהירות של קביעת העובדות.

שיפור התוצאה בהליך באמצעות תרומה לפיתוח הדין. בניגוד למושבעים, שתפקידם מוגבל לקביעת העובדות, נציגי הציבור שותפים בכל שלבי ההכרעה, לרבות בסוגיות שמערכות פיתוח הדין ולא רק יישומו. בהקשר זה יכולים נציגי הציבור לסייע למערכת להימנע מקיפאון ולוודא שהדין תואם התפתחויות חברתיות וכלכליות ואינו מנותק ממגמות עדכניות ביחסי עבודה.⁴⁶ מאחר שמערכת המשפט נוטה מטבעה לשמרנות, שילוב אזרחים שעובדים ומעורים במשק, ואינם מסוגרים מרבית זמנם ב"מגדל השן" של בית המשפט, עשוי לאתגר את השופטים לחשוב מחדש על הדין ולעדכן אותו.

- 43 לסיכום הממצאים ראו שם, בעמ' 104–108. המחקר המרכזי שאליו מפנה מנשה מסכם 20 שנות מחקר בדבר האינטואיציה האנושית לאיתור "שקרנים". ממצאיו של המחקר אוששו במחקר דומה שנערך כעשור לאחר מכן: Paul Ekman, Maureen O'Sullivan & Mark G. Frank, *Few Can Catch a Liar*, 10 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 263 (1999) וזכו לתימוכין נוספים במטה-מחקר עדכני שנערך בתקופה האחרונה: Michael G. Aamondt & Heather Custer, *Who Can Best Catch a Liar? A Meta-analysis of Individual Differences in Detecting Deception*, 15 THE FORENSIC EXAMINER 6 (2005), psycnet.apa.org/?fa=main.doiLanding&uid=2006-02487-001.
- 44 ראו למשל: Smith, לעיל ה"ש" 11; Hein Kotz, *Civil Justice Systems in Europe and the United States*, 13 DUKE J. COMP. & INT'L L. 61, 73–74 (2003).
- 45 להתייחסות לנציגי ציבור (בהליכים פליליים) כחלופה לחבר המושבעים ראו: SANJA KUNTINJAK IVKOVIC, LAY PARTICIPATION IN CRIMINAL TRIALS – THE CASE OF CROATIA (1999). לטיעון בזכות שילוב מומחים בהרכבו של בית המשפט העליון בארצות הברית ראו: Adrian Vermeule, *Should We Have Lay Justices?*, 59 STAN. L. REV. 1569 (2007).
- 46 סטיב אדלר "נציגי ציבור בבית-הדין לעבודה: מטרתם, תפקידם והשפעתם" שנתון משפט העבודה ב' 10, 12 (1999).

קידום ושימור יחסי עבודה תקינים. יחסי עבודה הם יחסים ארוכי טווח ומתמשכים. במיוחד כאשר מדובר ביחסים קיבוציים, אך לעתים גם כאשר מדובר ביחסי עבודה אישיים, ההליך המשפטי אינו סוף פסוק. הצדדים ממשיכים לחיות זה עם זה, ולכן בית הדין עושה מאמצים לעודד סיום סכסוכים בפשרה. נציגי הציבור, בשל קרבתם ל"שטח" ובשל נטייתם של הצדדים לתת בהם לעתים אמון ביתר קלות, יכולים לסייע רבות בהשגת פשרות,⁴⁷ ובכך לקדם יחסי עבודה תקינים במשק. במישור הרחב יותר שיתוף הפעולה בין נציגי עובדים לנציגי מעבידים בעת ישיבתם בצוותא בהרכב בית הדין עשוי לתרום להבנה הדדית טובה יותר ולהפגת מתחים בין הצדדים.

הנגשת ההליך המשפטי לציבור הרחב. בהשוואה לבתי המשפט האזרחיים, בית הדין לעבודה נחשב לטריבונול נגיש במיוחד, שבו יכולים להישמע ולהצליח גם עובדים מעוטי יכולת ודלי אמצעים שאינם מיוצגים. נגישות זו מושגת באמצעות הגמשה של כללים פרוצדורליים וכללי ראיות, אגרות נמוכות ועוד. שילוב נציגי הציבור תורם אף הוא להנגשה זו, ולו בשל התחושה של בעלי דין בלתי מיוצגים כי הם יכולים לשטוח את טענותיהם "בשפה שלהם" ויש מי שמבין אותם.

ראינו כי קיימות כמה הצדקות תאורטיות לשילוב נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה. בחלקן נכונות הצדקות אלה – במידה שבה הן משכנעות – גם לבתי המשפט הכלליים. אולם קיימים כמובן גם חסרונות לשילוב נציגי ציבור: עלויות נוספות, סרבול ניכר, חשש לעיוות הדין אם נציגי ציבור מתערבים כשהם נעדרים ידע בסוגיות משפטיות, וחשש הנובע מהקושי של נציגי הציבור (שאינם נהנים מההגנות של השופטים המקצועיים) לתפקד ללא תלות וללא משוא פנים. אפשר להניח כי בהקשר של בתי המשפט הכלליים החסרונות עולים על היתרונות, ולעומת זאת כאמור הגישה הרווחת באשר לבתי הדין לעבודה היא כי בהקשר ספציפי זה היתרונות דווקא עולים על החסרונות. השאלה שביקשנו לבדוק היא אם יש בסיס אמפירי לגישה זו, כלומר באיזו מידה מתגשמות התכליות שפורטו לעיל הלכה למעשה.

ד. תרומתם של נציגי הציבור הלכה למעשה: מחקרים אמפיריים קודמים

מחקר נקודתי של הנשיא אדלר מספק תמיכה מסוימת לטענה שלפיה נציגי ציבור משפרים התוצאה בהליך באמצעות צמצום טעויות עובדתיות.⁴⁸ במחקר זה נדגמו כל פסקי הדין האזוריים שניתנו בשנים תשמ"ה, תשמ"ו ותשמ"ז העוסקים בתביעות אישיות בענייני

47 דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 134–137.

48 אדלר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 28.

עבודה שהוגש עליהם ערעור לבית הדין הארצי. פסקי הדין שנדגמו הופרדו לשתי קבוצות – פסקי דין שניתנו על ידי מותב ופסקי דין שניתנו בדין יחיד (בדרך כלל מהטעם שנציגי הציבור לא הופיעו) – ולאחר מכן נבדק שיעור פסקי הדין שבהם התקבלו הערעורים. התברר כי ב-39% מפסקי הדין שניתנו על ידי שופט מקצועי בלבד התערבה ערכאת הערעור, ואילו בפסקי דין שניתנו על ידי מותב שכלל נציגי ציבור היה שיעור ההתערבות 23% בלבד. נתונים אלה מלמדים לכאורה על פער בולט בהשגת תוצאה משפטית "נכונה" בפסקי הדין שניתנו בהרכב שכלל נציגי ציבור.

לעומת זאת מחקרים אקדמיים שנעשו בעולם מגלים תמונה עגומה למדי באשר למידת תרומתם של נציגי הציבור, אם כי יש להסתייג ולציין כי רבים מהמחקרים נעשו בבתי הדין הפליליים, במזרח אירופה, בשנות השבעים.⁴⁹ הממצא המרכזי הוא כי נציגי הציבור אינם נוטים לחלוק על דעת השופט המקצועי. גם כאשר דעתם שונה מזו של השופט המקצועי הם נוטים שלא להביע אותה ולא להסתייג מהכרעתו.⁵⁰ עם זאת, כפי שמציין בצדק Stefan Machura, בדרך כלל אין מתקיימת הצבעה אלא שיח בין חברי ההרכב, ומאחר שקיימת נורמה של הגעה לקונצנזוס, כאשר נציגי ציבור נשאלים על כך בדיעבד, לעתים הם יאמרו בכנות שלא הייתה כל מחלוקת גם אם למעשה אחד מחברי ההרכב שכנע את האחרים לשנות את דעתם.⁵¹ זאת ועוד, במחקר מאוחר יותר, שנעשה בגרמניה, כמחצית מנציגי הציבור ציינו כי "לפעמים" עלה בידם להעביר את עמדתם במסגרת ההתדיינות של ההרכב.⁵² מעניין כי ככל שנציגי הציבור חשו יותר כי השופט מאפשר להם להביע את דעתם ומשתף אותם בהכרעה, כך גם עלתה תחושתם כי ההליך המשפטי צודק והוגן.⁵³

עוד מחקרים תומכים במסקנה כי נציגי הציבור עצמם סבורים כי תרומתם רבה והשפעתם רבה יחסית: למשל, במחקר שנעשה בקרב נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה בגרמניה, כ-60% סברו כי יש להם השפעה של ממש על התנהלות הדיון, ובמענה לשאלה נפרדת, כ-19% סברו כי יש להם השפעה חזקה על ההכרעה (כ-64% נוספים סברו כי יש

49 לסקירת המחקרים המוקדמים ראו Sanja Kuntjak Ivkovic, *Lawyers about Mixed Tribunals: Do Croatian Professional Judges, State Attorneys and Private Attorneys Share the Same View?*, 13 SOCIAL JUSTICE RESEARCH 55 (2000) (להלן: *Ivkovic, Mixed Tribunals*).

50 שם, בעמ' 57.

51 Stefan Machura, *Interaction Between Lay Assessors and Professional Judges in German Mixed Courts*, 72 INT'L REV. PENAL L. 451, 463 (2001).

52 שם, בעמ' 463–464.

53 שם, בעמ' 467; ראו גם Ivkovic, *An Inside View*, לעיל ה"ש 36.

להם השפעה כלשהי על ההכרעה).⁵⁴ מחקר אחר שנעשה בגרמניה הגיע למסקנה כי תרומתם של נציגי הציבור מותנית בנכונות מצד השופט המקצועי לקבלם ובאמון מצדו במערכת נציגי הציבור ובחשיבותה; לשון אחר, שיתוף פעולה מצד השופט המקצועי הוא מרכיב הכרחי להצלחת שילוב נציגי הציבור.⁵⁵

ממצא נוסף של המחקר האמפירי הוא כי הן השופטים המקצועיים והן נציגי הציבור סבורים כי השפעתו של השופט המקצועי רבה מהשפעתם של נציגי הציבור היושבים לצדו.⁵⁶ לעומת זאת מרבית נציגי הציבור ראו עצמם בעלי מעמד שווה לזה של השופט המקצועי, אך השופטים לא היו שותפים לתפיסה זו.⁵⁷

ממצא מעניין נוסף הוא כי קיים הבדל רב בין נציגי הציבור בערכאות הנמוכות לאלה שמכהנים בערכאות הגבוהות. ממחקר שהתייחס לערכאות פליליות בקרואטיה עלה כי בערכאות גבוהות לנציגי הציבור חלק פעיל יותר בהליך והם זוכים להערכה חיובית יותר הן מצד עורכי הדין והן מצד השופטים.⁵⁸

קיימות שתי תאוריות מרכזיות שבאמצעותן ביקשו חוקרים להסביר את הפסיביות של נציגי הציבור למול דומיננטיות השופטים המקצועיים (אשר בולטת כאמור בעיקר בערכאות נמוכות). Sanja Kutnjak Ivkovic נשענה על תאוריית מאפייני הסטטוס (Status Characteristics Theory), שעל פיה מיקומו היחסי של כל פרט בקבוצה מושפע רבות מהסטטוס המאפיין אותו. לפי תאוריה זו, ככל שפרט נתפס על ידי הפרטים האחרים בקבוצה כבעל מאפייני סטטוס התורמים יותר להשגת מטרותיה של הקבוצה, כך הוא ייהנה מהשפעה רבה יותר באותה קבוצה. בענייננו, מקצוע השיפוט והידע המשפטי הם מאפייני הסטטוס התורמים לכך שנציגי הציבור בקבוצת המותב יושפעו מעמדותיו של השופט, ולמעשה יעניקו משקל רב יותר לעמדתו, עד כדי ביטול עצמי. כדי להסביר את התופעה נשען Stefan Machura על תאוריית מרחק הסמכות (Power Distance), אשר מבחינה בין מדינות ותרבויות על יסוד

JOSEF FALKE, ARMIN HÖLAND, BARBARA RHODE & GABRIELE ZIMMERMANN, 54
KÜNDIGUNGSPRAXIS UND KÜNDIGUNGSSCHUTZ IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
EINE EMPIRISCHE UNTERSUCHUNG IM AUFTRAG DES BUNDESMINISTERS FÜR ARBEIT UND
SOZIALORDNUNG 888 (1980).

EKKEHARD KLAUSA, EHRENAMTLICHE RICHTER, IHRE AUSWAHL UND FUNKTION 55
EMPIRISCH UNTERSUCHT 66 (1972).

Hermann Brandstatter, Mascha Bleckwenn & Gerhard Kette, *Decision-Making of* 56
Industrial Tribunals as described by Professional and Lay Judges, 33 INT'L REV.
APPLIED PSYCHOLOGY 137 (1984).

שם, בעמ' 142–143. 57

Ivkovic, *Mixed Tribunals*, לעיל ה"ש 49. 58

עמדתן כלפי היררכיה, ובפרט באיזו מידה כל תרבות מעריכה ומכבדת סמכות.⁵⁹ בתרבויות שבהן מדד מרחק הסמכות הוא נמוך (למשל דנמרק ושוודיה), השימוש בכוח או בכפיית דעה אינו מקובל. לעומת זאת בתרבויות שבהן מדד מרחק הסמכות הוא גבוה (למשל לוב או דרום-קוריאה) העובדה שבעל המעמד ההיררכי הגבוה יכפה את דעתו על הכפופים לו או ה"נחותים" ממנו נתפסת כדבר טבעי ומובן. באמצעות מדד זה אפשר לשער כי נציגי ציבור במדינות או תרבויות שבהן קיים מרחק סמכות נמוך צפויים להיות דעתנים ומעורבים יותר בהליך המשפטי, לעומת נציגי ציבור במדינות או תרבויות שבהן קיים מרחק סמכות גבוה, הצפויים להיות מעורבים פחות בהליך המשפטי ולהימנע מלהביע הסתייגות לדעת השופט.⁶⁰ מעניין לציין כי במדד מרחק הסמכות שפותח על ידי Hofstede מדורגת ישראל במקום השני מתוך 66 מדינות (על סמך נתונים שנאספו בתחילת שנות השבעים),⁶¹ כלומר שהיחס לסמכות והנטייה להימנע מביקורת כלפי בעל מעמד היררכי אמורים להיות אצלנו לכאורה נמוכים במיוחד.

ה. תרומתם של נציגי הציבור הלכה למעשה: המחקר הנוכחי

כדי לבדוק באיזו מידה מגשימים נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה את תכליותיו של מוסד זה ביקשנו לבדוק את תרומתם מכמה נקודות מבט: ראשית ביקשנו לבדוק, על סמך מדגם של פסקי דין, באיזו תכיפות כותבים נציגי הציבור עמדה עצמאית. שנית, על סמך תצפיות בדיונים שנערכו בבתי הדין ביקשנו לבדוק באיזו מידה השתתפותם של נציגי הציבור בדיון פעילה. שלישית, העברנו שאלון קצר למתדיינים עם צאתם מהליכים בבית הדין לעבודה שנועד לבדוק באיזו מידה הם חשו כי נציגי הציבור חשובים ותורמים להליך. לבסוף העברנו שאלון מפורט לעורכי דין המופיעים בקביעות בבתי הדין לעבודה כדי ללמוד באיזו מידה נציגי הציבור תורמים מנקודת מבטם. כל מרכיבי המחקר הנזכרים לעיל בוצעו בסיוע עוזרי מחקר, ברובם המכריע סטודנטים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. אנו מבקשים לדווח כאן על התוצאות באופן כללי וראשוני בלבד; ניתוח מפורט יותר יפורסם (באנגלית) בנפרד.

מתוך הנחה כי תרומתם של נציגי הציבור באה לידי ביטוי בעיקר "מאחורי הקלעים", בעת הדיון הפנימי בין חברי המותב לפני הדיון באולם ואחריו, ביקשנו להעביר שאלונים הן

59 Machura, *Lay Assessors of German Administrative Courts*, לעיל ה"ש 9.

60 שם, בעמ' 324.

61 GEERT HOFSTEDE, *CULTURE'S CONSEQUENCES: COMPARING VALUES, BEHAVIORS, INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS ACROSS NATIONS* 87 (2nd ed., 2001).

לשופטים בבתי הדין והן לנציגי הציבור עצמם, כדי להתרשם מנקודת המבט שלהם בדבר תרומתם של נציגי הציבור הלכה למעשה. אולם העברת שאלונים לשופטים ולנציגי ציבור מחייבת הסכמה של המערכת, ולצערנו נתקלנו בהתנגדות לביצוע מרכיב זה.⁶² אין ספק שבכך נפגע המחקר. עם זאת יש לתת את הדעת על כך שמבין חמש התכליות שפורטו לעיל, רק לשתיים (תרומה להבנת העובדות ותרומה לפיתוח הדין) יש רלוונטיות גבוהה לנעשה "מאחורי הקלעים". בכל הקשור לתכלית הדמוקרטית, החשיבות העיקרית היא בתפיסות הציבור – באיזו מידה הציבור הרלוונטי רואה בנציגי הציבור מגשימים תכלית דמוקרטית – ללא קשר לעמדתם של השופטים ונציגי הציבור עצמם. בדומה לכך, לשופטים ולנציגי הציבור עצמם אין יתרון מיוחד בהערכת התרומה של נציגי הציבור לקידום יחסי עבודה תקינים, או להנגשת ההליכים בבתי הדין למתדיינים שאינם מיוצגים. למעשה, גם בנוגע לתרומתם של נציגי הציבור להבנת העובדות ולפיתוח הדין, אף שהיה מועיל ביותר ללמוד מהי עמדתם של השופטים ונציגי הציבור בנושא, יש חשיבות לא פחותה גם להתרשמותם של בעלי הדין ועורכי הדין בעניין זה. שכן הם אשר יודעים עד כמה מדובר בעובדות מסובכות להבנה, עד כמה ניסיונו של נציג ציבור עשוי להיות רלוונטי ומועיל, ועד כמה פסק הדין מביא לידי ביטוי עמדות אשר היו עשויות להגיע מנציגי הציבור.

מדגם פסקי הדין. לצורך ביצוע המדגם סקרנו באמצעות המאגרים הממוחשבים פסקי דין של בתי הדין האזוריים לעבודה בתל-אביב ובירושלים וכן של בית הדין הארצי שניתנו בחמש השנים שבין 2003 ו-2007 (כולל). מכל שנה בחרנו באופן אקראי 50 פסקי דין שניתנו בכל אחד מבתי הדין (כלומר, מדגם של 750 פסקי דין בסך הכול, 250 מכל בית דין). כצפוי, מצאנו כי בבתי הדין האזוריים נדיר ביותר כי נציגי הציבור כותבים דעה משלהם. בכל פסקי הדין שנדגמו מבית הדין בירושלים ניתן פסק דין על ידי השופט בהסכמת נציגי הציבור, מבלי שהוסיפו דבר. בתל אביב מצאנו שני פסקי דין בלבד (מתוך מדגם של 250 כאמור) שבהם נכתבה דעה עצמאית. באחד מהם נכח נציג מעבידים בלבד, אשר מצוין כי הוא עורך דין, שכתב דעת מיעוט מפורטת הנוגדת את דעת השופטת.⁶³ במקרה השני הצטרף נציג מעבידים לדעת השופטת, אולם נציג העובדים כתב דעת מיעוט קצרה

62 לפי ס' 34 לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007, שופט רשאי להשיב לשאלון לצרכי מחקר רק באישורו של נשיא בית המשפט העליון. בקשתנו לקבלת אישור נדחתה מהטעם שאין זה ראוי ששופט יחווה דעה על התנהלותם ותרומתם של חבריו להרכב. בקשה להעברת שאלונים לנציגי ציבור נדחתה מסיבות דומות על-ידי ועדת האתיקה של נציגי הציבור בבתי הדין.

63 עב' (אזורי ת"א) 7749/04 הוידה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.11.2007) (פסק הדין ניתן, לאור הוראות סעיף 22(ב) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969, בהתאם לעמדתה של השופטת עציון ששימשה כאב בית הדין; ערעור לבית הדין הארצי נדחה – ע"ע (ארצי) 705/07 הוידה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.5.2008).

(שהייתה, אגב, לטובתו של המעביד דווקא).⁶⁴ לעומת זאת בבית הדין הארצי התגלתה תמונה שונה: נציגי ציבור כתבו עמדה עצמאית מנומקת ב-15 מתוך 250 פסקי הדין שנדגמו (6%). עם זאת יש לציין כי במרבית מקרים אלה היו חילוקי דעות בין השופטים המקצועיים – דבר אשר אינו אפשרי כמובן בבית הדין האזורי, וחייב את נציגי הציבור לנקוט עמדה ברורה לכאן או לכאן.⁶⁵ רק בשני פסקי דין מבין אלה שעלו במדגם כתבו נציגי ציבור דעת מיעוט המנוגדת לדעתם של כל השופטים המקצועיים.⁶⁶ בפסק דין אחד נוסף הצטרף נציג ציבור לדעת המיעוט במחלוקת שבין השופטים המקצועיים. בשאר פסקי הדין (12 במספר) מדובר בהנמקה, בדרך כלל קצרה, התומכת בדעת הרוב של השופטים המקצועיים.

64 עב' (אזורי ת"א) 300692/99 בוחניק – בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 21.3.2005) (לא הוגש ערעור). למען שלמות התמונה יצוין, כי אף שנדיר יחסית למצוא מקרים שבהם נציגי הציבור מבטאים את עמדתם בפסק-הדין, מעת לעת ישנם אפילו מקרים שבהם פוסקים שני נציגי הציבור בצוותא, בניגוד לדעת השופט המקצועי: ראו עב' (אזורי נצי') 2451/05 אלול – פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 6.5.2009) (המחלוקת בין השופט לבין נציגי הציבור הייתה בשאלת סכום הפיצוי. ערעור לבית הדין הארצי התקבל באופן שנפסק שלא היתה כלל זכאות לפיצוי. ראו: ע"ע (ארצי) 311/09 פלאפון תקשורת בע"מ – אלול (פורסם בנבו, 16.9.2010); עב' (אזורי ב"ש) 1839/99 אלקשעלה – הגביע מוצרי וופלים בע"מ (פורסם בנבו, 10.11.2002) (לא הוגש ערעור); עב' (אזורי י-ם) 1090/06 שירותי בריאות כללית – לדאני (פורסם בנבו, 10.4.2007) (ערעור על פסק הדין נדחה. ראו: ע"ע (ארצי) 312/07 שירותי בריאות כללית – לדאני (פורסם בנבו, 1.6.2009); עב' (אזורי ת"א) 5588/02 חג'בי – משרד החינוך (פורסם בנבו, 13.3.2003) (ערעור על פסק הדין התקבל. ראו: ע"ע (ארצי) 116/03 מדינת ישראל משרד החינוך – חג'בי (פורסם בנבו, 2.2.2006); עב' (אזורי ת"א) 6791/04 בנד – עיריית בת ים (פורסם בנבו, 12.2.2007) (לא הוגש ערעור); בש"א (אזורי נצי') 2406/02 יפת – משרד החינוך (פורסם בנבו, 29.9.2002); בש"א (אזורי נצי') 3900/08 רחאל – נציב שירות המדינה (פורסם בנבו, 12.10.2008) (ערעור על הבקשה התקבל. ראו: בש"א (ארצי) 673/08 מדינת ישראל – משרד החינוך – רחאל (פורסם בנבו, 13.12.2008).

65 לעמדה שנוקט נציג ציבור בבית הדין הארצי עשויה להיות משמעות קריטית בהיותו לשרון מאזניים בחילוקי דעות בין שופטי רוב ומיעוט במותב. בשל תמיכת נציגי ציבור בשופט המצוי בדעת מיעוט במותב עשויה להידחות דעת רוב שופטי המותב ולהפוך בסופו של דבר לדעת מיעוט. ראו למשל: ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2006); ע"ע (ארצי) 157/03 גלוטן – יעקב (פורסם בנבו, 11.1.2007) (עתירה לבג"ץ נדחתה. ראו בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009). עתירה לקיום דיון נוסף הוגשה כיום (14.12.2009).

66 ע"ע (ארצי) 310/06 טים רהיטים בע"מ – דביר (פורסם בנבו, 11.6.2007) (נציג המעבידים בנימין ליברמן כתב דעת מיעוט המנוגדת לדעתם של שלושת השופטים המקצועיים ונציג העובדים); עב"ל (ארצי) 103/06 המוסד לביטוח לאומי – חלבי (פורסם בנבו, 22.11.2006) (נציג העובדים אורי ינאי כתב דעת מיעוט המנוגדת לדעתם של שלושת השופטים המקצועיים; נציג מעבידים לא ישב בהרכב).

התצפיות בבתי הדין. עוזרי המחקר ביצעו תצפיות בדיונים בבתי הדין האזוריים לעבודה בירושלים ובתל-אביב וכן בבית הדין הארצי, ובאמצעות טפסים מפורטים ציינו כל הערה של נציגי הציבור ו/או השופט המקצועי. בסך הכול בוצעו תצפיות ב-162 דיונים (מתוכם 50 בארצי ו-112 באזוריים). כצפוי, מידת מעורבותם של נציגי הציבור בדיון התגלתה כנמוכה ביותר. מספר הפניות (מכל סוג שהוא) של נציגי העובדים לצדדים היה 0.7 במוצע לדיון, וב-71% מהדיונים היה מספר הפניות אפס. נציגי המעבידים פנו לצדדים עוד פחות: 0.46 פעמים במוצע ואפס פעמים ב-72% מהדיונים. כלומר, ברוב המכריע של המקרים שני נציגי הציבור לא פתחו את פיהם כלל במהלך הדיון כולו. לשם השוואה, השופט המקצועי פנה לצדדים במוצע 9.6 פעמים בדיון. עם זאת יש לציין כי קיים שיתוף מעט גבוה יותר של נציגי הציבור בדיון אם בוחנים את האינטראקציה בינם לבין השופט המקצועי (1.8 פניות בין נציגי הציבור לשופט ולהפך במוצע לדיון; ב-38% מהדיונים אפס פניות). ממצא מעניין נוסף שעלה מהתצפיות הוא כי השתתפותם של נציגי הציבור עולה כאשר בעלי הדין אינם מיוצגים, ובמיוחד כך כאשר מדובר בנציג עובדים ושני הצדדים אינם מיוצגים. אמנם בקבוצה זו מספר הדיונים שבהם ביצענו תצפיות היה נמוך (שבעה דיונים שבהם שני הצדדים ללא ייצוג), ובכל זאת בלטה העובדה כי נציגי העובדים השתתפו השתתפות ניכרת בהרבה – 1.86 פעמים במוצע (הבדל מובהק סטטיסטית בהשוואה למצבים האחרים).

התצפיות לא העלו שוני במידת השתתפותם של נציגי הציבור בבית הדין הארצי בהשוואה לבתי הדין האזוריים. למעשה, אולי במפתיע, בבית הדין הארצי נציגי הציבור פונים לצדדים אפילו פחות מאשר בבתי הדין האזוריים (אם כי ההבדל אינו מובהק סטטיסטית). גם האינטראקציה בין השופטים המקצועיים לבין נציגי הציבור גבוהה יותר דווקא בבתי הדין האזוריים (2.06 פניות במוצע לדיון לעומת 1.3 פניות בלבד בארצי – הבדל מובהק).

השאלונים למתדיינים. עוזרי המחקר הציגו כמה שאלות לצדדים לדיון (עובדים ומעבידים) בעת היציאה מהדיון. השאלון הועבר בעל פה, בדרך של ריאיון קצר. בסך הכול הועברו 104 שאלונים למתדיינים, מתוכם 26 בעקבות הליכים שבהם לא נכחו נציגי ציבור. כמה שאלות התייחסו למידת שביעות הרצון מההליך, מתוך כוונה להשוות את מידת שביעות הרצון במקרים שבהם השתתפו נציגי ציבור לבין מקרים שבהם הם נעדרו. בנוסף הוצגו כמה שאלות אשר נגעו במישרין לעמדות בהתייחס לנציגי הציבור ותרומתם.

במענה לחמש שאלות שונות שהתייחסו לשביעות רצון מההליך,⁶⁷ שבהן התבקשו המתדיינים לתת ציון שבין 1 (מידה נמוכה מאוד) ל-5 (מידה גבוהה מאוד), התקבל ציון ממוצע גבוה למדי של 3.6. ואולם, באופן מפתיע נוכחותם של נציגי הציבור לא תרמה לתחושות של שביעות רצון מההליך (לרבות תחושה של הוגנות; תחושה שבית הדין שמע והבין את הטענות; תחושה של אמון בבית הדין) אלא להפך, דווקא בהיעדרם של נציגי ציבור היה ציון גבוה יותר. כך, לאחר היציאה מדיון שבו נכחו נציגי ציבור הציון הממוצע של מתדיינים בהתייחס לחמש השאלות היה 3.5, ואילו לאחר דיונים שמהם נעדרו נציגי ציבור היה הציון הממוצע 4.0 (הבדל מובהק סטטיסטית). אפקט זה התגלה כנכון גם לגבי עובדים וגם לגבי מעבידים, וחזק במיוחד אצל גברים (אצל גברים בלבד – 66 מבין הנשאלים – הייתה ירידה דרמטית – מציון של 4.0 בהיעדר נציגי ציבור לציון של 3.2 בנוכחותם; אצל הנשים – 29 במספר – ירידה קלה בלבד, מ-3.96 ל-3.88).

במענה לשאלה אם לדעתם השתתפותם של נציגי הציבור בהליך חשובה, השיבו 62 מהמתדיינים בחיוב (65%), 32 בשלילה ו-1 "לא יודע". מעניין כי האמונה בחשיבותם של נציגי הציבור הולכת ופוחתת עם מידת ההשכלה (באופן מובהק סטטיסטית): מבין 38 נשאלים בעלי השכלה יסודית או תיכונית, 82% סברו כי נציגי הציבור חשובים, ולעומתם, מבין 44 נשאלים בעלי השכלה אקדמית, רק 54% השיבו בחיוב על שאלה זו.

במענה לשאלה אם את/ה חושב/ת שנציגי הציבור מבין אותך או את צרכיך טוב יותר מן השופט השיבו רק 33 בחיוב (34%), 45 בשלילה ו-20 "לא יודע". במענה לשאלה פתחה, "באיזה מובן, לדעתך, אם בכלל, השתתפותם של נציגי הציבור בהליך חשובה?", התשובות קודדו לחמישה סוגים שונים: 45.5% סברו כי אין כל תועלת בנציגי הציבור, ומשיב אחד נוסף (1.1%) אף סבר שנוכחותם מזיקה; 23.9% סברו כי עדיף שההכרעה לא תיפול בידי אדם אחד; 14.8% ציינו כי נציגי הציבור מסייעים לתחושת הצדק של העובד או "האיש הקטן"; 14.8% נוספים סברו כי חשיבותם של נציגי הציבור היא בהכירם את המציאות של שוק העבודה טוב מהשופט.

השאלונים לעורכי הדין. המרכיב האחרון של המחקר היה שאלון מפורט שהופץ ל-306 עורכי דין המתמחים בדיני עבודה, על פי רשימת תפוצה של האגודה למשפט העבודה ולביטחון סוציאלי. בפתח השאלון הובהר כי הוא מיועד אך ורק לעורכי דין אשר מופיעים בבתי הדין לעבודה בקביעות. ההיענות הייתה גבוהה יחסית – 93 שאלונים מולאו והוחזרו. באופן כללי עולה מהתשובות תמונה ברורה של חוסר שביעות רצון מנציגי הציבור וחוסר

67 באיזו מידה את/ה מרוצה מן האופן בו התנהל הדיון ממנו יצאת? באיזו מידה הדיון התנהל בהגינות? באיזו מידה את/ה מרגישה ששמעו והבינו את טענותיך? באיזו מידה את/ה מרגישה שקיבלת בדיון יחס טוב מבית הדין? באיזו מידה את/ה נותן אמון בבית הדין שביכולתו להגיע לתוצאות נכונות?

אמון בתורמתם הלכה למעשה. למשל, עורכי הדין המתמחים בתחום סבורים כי נציגי הציבור תורמים להבנת העובדות במידה נמוכה בלבד (ממוצע של 1.73 בסקלה שבין 1 ל-5) וכי הם מבטלים את דעתם בפני דעת השופט המקצועי במידה רבה (ממוצע 4.17). היעדרות נציגי ציבור פוגעת לדעתם בהליך השיפוטי רק במידה מעטה (ממוצע 1.53). רוב מוחץ לא הסכים לאמרה כי השתתפותם של נציגי הציבור בהליכים בבתי הדין לעבודה הכרחית (ממוצע 1.71) או אפילו תורמת (ממוצע 1.98). רק מעטים סבורים כי שיתוף נציגי הציבור בבתי הדין מועיל לעשיית צדק (ממוצע 2.04) או מסייע להגעה לתוצאות הוגנות (ממוצע 1.95). במענה לשאלה "האם לדעתך בחלק מהמקרים קיום המשפט ללא נציגי ציבור היה מוביל לתוצאה שונה", 24% השיבו בחיוב ו-76% בשלילה, אולם גם אלה שהשיבו בחיוב סברו כי השפעה כזו מתקיימת בשכיחות נמוכה בלבד (ממוצע 1.89 בסקלה שבין 1 ל-5).⁶⁸ סדרה נוספת של שאלות ביקשה לברר את מידת התמיכה של עורכי הדין בהצדקות המקובלות לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה. מובן שקשה להפריד בין התשובות במישור תאורטי זה לבין התנסותם של עורכי הדין הלכה למעשה. לשון אחר: העובדה שעורכי הדין סבורים ברובם כי נציגי הציבור אינם תורמים הלכה למעשה, בוודאי גם צובעת את הסתכלותם על המוסד בכללותו ועל הפוטנציאל שלו. ועם זאת יש בכך כדי להעיד על התפיסות של קבוצה רלוונטית ביותר בנוגע למוסד נציגי הציבור. עורכי הדין אינם מסכימים ברובם עם האמירה שלפיה נציגי הציבור נותנים למתדיינים תחושה של שותפות דמוקרטית במערכת המשפט (ממוצע של 1.82 בסקלה שבין 1 ל-5), או כי שילוב נציגי ציבור בבתי הדין תורם לחיזוק ערכי הדמוקרטיה (ממוצע 2.05) או מגביר את הלגיטימיות של הפסיקה בעיני הציבור (ממוצע 1.83). רוב מכריע אינו מסכים עם האמירה כי נציגי הציבור מבינים את המתדיינים/העדים טוב משופטים מקצועיים (ממוצע של 1.65 בלבד), או שהם מסייעים לשופט המקצועי בהערכת מהימנות העדים (ממוצע 1.92), ורק במידה מעטה מסכימים עורכי הדין לטענה שנציגי הציבור מוסיפים נקודת מבט "ממסדית" פחות מזו של השופט המקצועי (ממוצע 2.04). בדומה לכך, לא התגלתה הסכמה עם האמירה שלפיה שיתוף נציגי ציבור מסייע להנגשת בית הדין לציבור (ממוצע 1.71), או שנציגי הציבור מסייעים למתדיינים לא מיוצגים להבין את ההליך (ממוצע 1.74), ואפילו לא שנציגי הציבור מסייעים לסיום סכסוכים בהסכמה (ממוצע 1.58 בלבד). גם הטענה שלפיה נציגי הציבור מסייעים ליצירת אמון מצד ציבור העובדים או ציבור המעבידים במערכת בתי הדין לא זכתה לתמיכה של ממש (ממוצע 1.92 ו-1.63 בהתאמה). וכך גם האמירה שלפיה נציגי ציבור תורמים

68 מעניין כי קיים פער של ממש (מובהק סטטיסטית) בין תשובותיהן של נשים לתשובות הגברים בעניין זה. מבין הגברים שהשיבו לשאלון (37 במספר), רק 11% השיבו בחיוב, כלומר סברו כי נציגי הציבור יש השפעה על התוצאה, בהשוואה ל-32% מבין הנשים (50 במספר).

בהפצת ידע בקרב הציבור ובמקום עבודתם באשר לאופן פעולתם של בתי הדין או באשר לתוכנם של דיני העבודה (ממוצע 2.11 ו-1.98 בהתאמה). לעומת זאת הטענה שלפיה תקשורת בין נציגי עובדים ומעבידים המשרתים כנציגי ציבור עשויה לתרום ליחסי העבודה בישראל, זכתה לתמיכה מעט גבוהה יותר (ממוצע 2.89).

עורכי הדין סבורים במידה גבוהה יחסית כי נציגי הציבור תורמים להבנת העובדות רק כאשר הם בעלי מומחיות בתחום הספציפי שמתעורר לדין (ממוצע 3.05), וכן שהשכלה משפטית תורמת לביצוע תפקידם (ממוצע 3.49). כמעט אף אחד מהם אינו סבור כי יש לשקול הרחבת השילוב של נציגי ציבור גם לבתי משפט אחרים (ממוצע 1.48). במענה לשאלה באיזה סוג של תיקים חשובה השתתפותם של נציגי ציבור, רק סכסוכים קיבוציים זכו לתמיכה סבירה (ממוצע 2.78).

רוב מכריע של עורכי הדין אינו רואה כל הבדל בין תרומתם של נציגי העובדים לזו של נציגי המעבידים (88% מול 12%). עובדה זו אינה מפתיעה לאור הדיווח שלפיו רק במקרים נדירים מציג השופט את נציגי הציבור בפני עורכי הדין והמתדיינים (ממוצע 1.51 בסקלה שבין 1 ל-5), ורק לעתים רחוקות ידוע לעורכי הדין מי מנציגי הציבור הוא נציג עובדים ומיהו נציג מעבידים (ממוצע 2.14). לעומת זאת ראוי להדגיש כי מרבית עורכי הדין סבורים כי קיים הבדל בין תרומתם של נציגי הציבור בבתי הדין האזוריים לתרומתם בבית הדין הארצי (73.5% מול 26.5%). בהסבר בטקסט חופשי ציינו מרבית המשיבים כי בבית הדין הארצי נציגי הציבור בכירים יותר, מנוסים יותר ובעלי ביטחון עצמי רב יותר, ולכן תרומתם רבה יותר. נתון חשוב זה מאיר באור חדש את עמדתם של עורכי הדין באשר לפוטנציאל של מוסד נציגי הציבור.

מעניין כי קיים פער מסוים בין תפיסתם של עורכי הדין המבוגרים או הוותיקים יותר לבין עורכי הדין הצעירים. בקרב הוותיקים האמון במוסד נציגי הציבור ובתרומתם מעט גבוהה יותר, לפחות בממדים מסוימים. למשל, האמירה שלפיה נציגי הציבור תורמים למניעת תחושה של ניכור מצד המתדיינים לא זכתה כמעט לתמיכה (ממוצע 1.59 בלבד), אבל מידת התמיכה הלכה ועלתה עם הגיל וכן עם שנות הוותק כעורך דין, במתאם בינוני-גבוה ובאופן מובהק סטטיסטית. בדומה לכך, עורכי דין ותיקים ומבוגרים תמכו יותר באמירה שלפיה נציגי הציבור נותנים למתדיינים תחושה של שותפות דמוקרטית במערכת המשפט (מתאם בינוני, מובהק), ובאמירה שלפיה נציגי הציבור נותנים למתדיינים תחושה שמישהו "דואג" להם (מתאם בינוני, מובהק). כך גם העמדה שלפיה נציגי הציבור מסייעים לשופט המקצועי בניסיונות להשיג פשרה בין הצדדים זכתה לתמיכה גבוהה יותר עם הגיל והניסיון (מתאם בינוני, מובהק). וגם האמונה כי נציגי הציבור תורמים להבנת העובדות חזקה יותר אצל עורכי הדין הוותיקים (מתאם בינוני, מובהק).

הבדל חשוב נוסף בקרב עורכי הדין התגלה בהשוואה על פי אופי הלקוחות. עורכי דין המייצגים בעיקר עובדים הביעו תמיכה גבוהה בהרכבה בהשתתפותם של נציגי הציבור.

למשל, בהתייחס לאמירה שלפיה השתתפותם של נציגי הציבור חשובה בתביעות אישיות בנושאי שכר או תנאי עבודה, עורכי הדין המייצגים בעיקר עובדים הסכימו במידה גבוהה בהרבה מאלה שמייצגים בעיקר מעבידים (ממוצע 2.73 לעומת 1.53 בלבד בסקלה שבין 1 ל-5). כך גם באשר לתביעות אישיות בנושאי הפליה או הטרדה מינית (ממוצע 3.0 לעומת 1.6).

1. סיכום

ההצדקות לשילוב נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה אינן מבוטלות. לא בכדי מקובל שילובם של אזרחים במערכת המשפט, בצורה כזו או אחרת, במרבית העולם, והשיטה של נציגי ציבור יוצרת, לפחות בתאוריה, איזון ראוי המשלב את היתרונות יחדיו וממזער את החסרונות. עמדנו על חמש תכליות שנציגי הציבור עשויים לקדם: חיזוק הדמוקרטיה ותחושת השיתוף בשלטון; תרומה להבנת העובדות; תרומה לפיתוח הדין; קידום יחסי עבודה תקינים; הנגשת ההליך המשפטי לציבור הרחב.

ברם המציאות מלמדת כי נציגי הציבור בבתי הדין לעבודה אינם מגשימים תכליות אלה. אמנם לצערנו לא הותר לנו לבחון את הנעשה "מאחורי הקלעים" באמצעות העברת שאלונים לשופטים ולנציגי הציבור עצמם, ועם זאת כמה וכמה מרכיבים אחרים במחקר הצביעו בעקיבות על קושי רב במימוש הציפיות ממערכת נציגי הציבור. ראינו כי נציגי הציבור כמעט שאינם כותבים עמדה משל עצמם; הם כמעט שאינם משתתפים בדיון; הם אינם יוצרים תחושה חיובית יותר אצל המתדיינים כלפי ההליך (ואולי אף להפך); ועורכי הדין המופיעים באופן תדיר בבתי הדין לעבודה סבורים באופן כללי כי אין בהם כל תועלת. המחקר לא העלה תמיכה ממשית בהגשמה אף של אחת מחמש התכליות שפורטו לעיל. במיוחד בולטת העובדה כי הדור הצעיר של עורכי הדין, וכן המשכילים יותר מקרב המתדיינים (ששיעורם הולך וגדל בהתמדה), אינם מאמינים בנחיצותם של נציגי הציבור. עובדה זו אינה בהכרח שלילית, שכן ייתכן שיש בה כדי להעיד על אמון גובר בשופטים המקצועיים. כך או אחרת, היא מעלה ספק באשר לצורך בנציגי הציבור, כאשר הן עורכי הדין והן המתדיינים פחות ופחות מאמינים במוסד זה.

ועם זאת קיימים סימנים כי קיים בכל זאת פוטנציאל חיובי לשילוב נציגי הציבור. רוב ניכר של המתדיינים סבר כי השתתפותם של נציגי הציבור בהליך חשובה, ועורכי דין רבים ראו בחיוב את תרומתם של נציגי הציבור בבית הדין הארצי. קיימות שלוש דרכים אפשריות לפרש את הנתונים בעניין זה: אפשרות אחת היא לראות אותם בטלים בשישים בהשוואה לראיות הנחרצות שנאספו נגד נחיצותם של נציגי הציבור. לפי פרשנות כזו, תרומתם של

נציגי הציבור אולי גבוהה יותר בבית הדין הארצי בהשוואה לבתי הדין האזוריים, אבל אין בכך כדי לשנות את התמונה הכללית שלפיה אין הצדקה למוסד זה. פרשנות אחרת היא כי את ההערכה לתרומתם של נציגי הציבור בבית הדין הארצי יש להבין על רקע המעורבות הגבוהה יותר שלהם בהליכים, שאמנם לא באה לידי ביטוי בתצפיות, אך עלתה מסקירת פסקי הדין עצמם. דומה כי הציבור אינו רואה טעם בנציגי ציבור אשר מעורבותם אינה באה לידי ביטוי ממשי. מהמחקר עולה כי אין טעם רב במוסד נציגי הציבור כאשר אלה אינם פעילים ומעורבים בהליך; אין די במישור הסימבולי. ייתכן כי העלאת דרישות הסף למינוי נציגי הציבור בבתי הדין האזוריים,⁶⁹ בשילוב עם נכונות גבוהה יותר מצד השופטים לשתף אותם ולתת להם ביטוי בהליך, וכן נכונות מצד המערכת לקבל דעות עצמאיות שלהם, יוכלו לחזק את תרומתם ומעמדם בעיני המתדיינים ובעיני עורכי הדין המתמחים בתחום. לפי פרשנות זו, הפוטנציאל קיים, אולם יש צורך להזכיר לשופטים, ולמערכת ככללותה, את ההצדקות למוסד נציגי הציבור כדי שינקטו צעדים להבטיח את מימושו הלכה למעשה.

לפי פרשנות שלישית, העובדה שתרומתם של נציגי הציבור ניכרת דווקא בבית הדין הארצי מלמדת כי כיום התכלית המרכזית של נציגי הציבור היא בתרומתם לפיתוח הדין דווקא. התכלית הדמוקרטית, כמו גם התרומה להבנת העובדות ולהנגשת ההליך לציבור, אמורות לבוא לידי ביטוי בעיקר בבתי הדין האזוריים – אולם תכליות אלה אינן מתממשות, וספק אם הן עדיין נדרשות במציאות המודרנית. אם אכן התועלת המרכזית של נציגי הציבור כיום היא בתרומתם לפיתוח הדין, ייתכן שדי בשילובם בבית הדין הארצי, אולי לצד סכסוכים קיבוציים בלבד בבתי הדין האזוריים.⁷⁰

איננו מבקשים להכריע כאן בין שלוש הפרשנויות. אי אפשר לעשות זאת על סמך הנתונים שבידינו. אולם דבר אחד ברור מהמחקר האמפירי: המציאות הנוכחית בכלל הקשור לתרומתם של נציגי הציבור איננה משביעת רצון, ומחייבת שינוי.

69 צעד מסוים בכיוון זה מופיע בחוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 43), התשע"ב–2012 (21.3.2012), שהתקבל סמוך לפני ירידת פרק זה לדפוס. להצעת החוק ודברי ההסבר ראו: ה"ח הממשלה 580, 610 (20.3.2011). התיקון כולל העלאה מסוימת של דרישות הסף (ראו סעיף 10 לחוק בנוסחו המתוקן); הסדרה של ועדה מייעצת למינוי נציגי הציבור (סעיף 16א לחוק בנוסחו המתוקן); והסמכה לשרים לקבוע בתקנות כללים נוספים בנושא מיון, הכשרה והשתלמויות לנציגי ציבור (סעיף 11א לחוק בנוסחו המתוקן). אולם ספק אם יש בכל אלה משום שינוי משמעותי בהשוואה למצב הנוכחי; במידה רבה התיקון רק מעגן באופן פורמלי התפתחויות שכבר התרחשו.

70 בתיקון 43 לחוק שהוזכר לעיל נפתח פתח לצעד בכיוון זה בעתיד: סעיף 18(ה) לחוק בנוסחו המתוקן מקנה סמכות לשרים, בהתייעצות עם נשיא בית הדין הארצי ועם ארגוני עובדים ומעבידים, ובאישור ועדת העבודה והרווחה, להרחיב בצו את רשימת ההליכים שבהם יתקיים דיון בבית הדין האזורי ללא נציגי ציבור.

גישור "פנימי" בבתי הדין לעבודה – ממצאי מחקר

מאת

אמירה גלין*

הקדמה. א. על הגישור (הפנימי) בבתי הדין לעבודה; 1. על תאוריות ומחקרים אמפיריים; 2. על הגישור הפנימי בבתי הדין לעבודה בישראל. ב. שיעור ההסכמים, השימוש בטקטיקות וויתורי הצדדים ושביעות הרצון מהגישור בבתי הדין לעבודה; 1. תוצאות הגישור – שיעור ההסכמים; 2. תהליך הגישור; 3. שביעות הרצון מהליך הגישור. ג. מאפייני המגשרים הפנימיים, השימוש בטקטיקות ושיעור ההסכמים; 1. אינטנסיביות הגישור ושיעור ההסכמים; 2. צוותים או בודדים ושיעור ההסכמים; 3. גיל המגשרים והשפעתו על שיעור ההסכמים; 4. השכלת המגשרים והשפעתה על שיעור ההסכמים; 5. השימוש בטקטיקות נוקשות ורכות אצל המגשרים הפנימיים; 6. טקטיקות נוקשות ורכות – גישורים של מגשרים "אינטנסיביים" לעומת גישורים של אחרים; 7. מגדר המגשרים והשפעתו על שיעור ההסכמים ושביעות הרצון מהליך הגישור. ד. הערכת המגשרים על ידי הצדדים; 1. שביעות הרצון של תובעים ונתבעים מתוצאות הליך הגישור; 2. הערכת סיוע המגשר לפתרון הסכסוך. ה. הנציגים והשפעתם על תוצאות הגישור הפנימי בבתי הדין לעבודה; 1. השפעת הנציגות על תוצאות הגישור; 2. השפעת השתתפותם של נציגים על שביעות הרצון מהליך הגישור; 3. השפעת השתתפותם של נציגים על תפיסת המגשר כגורם מסייע לפתרון הסכסוך. ו. המנבאים העיקריים של תוצאות הגישור (הסכם/אין הסכם) בגישורים פנימיים בבתי הדין לעבודה. ז. דיון. מקורות.

הקדמה

במשך שנות היכרותי עם השופטת אלישבע ברק התפעלתי כל פעם מחדש מדרך מחשבתה הבהירה, הממוקדת – ועם זאת רחבה – וחודרת למהות הנסיבות והעניין. בפסקי הדין שלה

* פרופסור, הפקולטה לניהול אוניברסיטת תל-אביב.

מצאתי שילוב נדיר של ידע משפטי רחב עם נכונות להתקדם במסגרת האפשרי צעד אחד קדימה מעבר לכללי המשפט הנוקשים ולעשות צדק עם הצדדים. בעיניי השופטת אלישבע היא שופטת יצירתית בעלת שאר רוח.

בנושא אחד היו לי חילוקי דעות עם השופטת ברק – נושא הגישור. לא פעם חוויתי ניסיונות של השופטת ברק להפנות את הצדדים לשולחן הגישור גם כאשר לא רצו בכך וגם כאשר כבר עברו תהליכי גישור ולא הצליחו להגיע להסכם במסגרתם. לשיטתה יש לחנך את הצדדים (תובעים ונתבעים) לפתור את חילוקי הדעות ביניהם באמצעות גישור. אז היו בעיניי ניסיונותיה להפנות את הצדדים להליך הגישור מיותרים כיוון שלא האמנתי שהצדדים אכן יגיעו להסכם במסגרת הליך זה. הפנייתם להליך הגישור הייתה בעיניי משיכת זמן אשר רק עתידה לגרום נזק לצדדים, מה גם שלא תועיל לבית הדין, כיוון שהצדדים יחזרו בסופו של דבר להתדיין במסגרתו. האמנתי אז באמונה שלמה כי תפקידו של בית הדין הוא לתת פסק דין כאשר הצדדים מבקשים זאת ולא לשכנעם להיעזר בהליך הגישור. יתר על כן, בהכירי תאוריות ביקורתיות (גלין, 2001) פקפקתי ביכולתו של הגישור לפתור את בעיות הצדדים.

היום חשיבותו של הגישור בכל תחומי חיינו איננו נתון עוד בספק. הגישור הפך להיות דומיננטי לא רק בתחום בתי הדין לעבודה אלא בתחומי חיים רבים ושונים. בשל חשיבותו הרבה אני מרבה לעסוק בו זה זמן רב הן בתאוריה והן בפרקטיקה. חילוקי הדעות בין השופטת ברק לביני בנושא הגישור בבתי הדין לעבודה היו ללא ספק אחד המניעים העיקריים להחלטתי לעשות מחקר אמפירי בנושא. נשיא בית הדין לעבודה השופט סטיב אדלר הכיר בחשיבות המחקר ואפשר את קיומו.

במסגרת המחקר צפו חברי צוות המחקר בשנת 2007 כ־120 גישורים שנבחרו באקראי. הגישורים התנהלו בבית הדין לעבודה באזור תל־אביב. כל גישור תועד בפרוטוקול מפורט. כמו כן תשאל צוות המחקר את הצדדים לגישור, את באי כוחם ואת המגשרים.¹ לאור ממצאי המחקר שאתאר בהמשך נראה כי השופטת ברק צדקה ממני, אך אתם הקוראים תוכלו לשפוט בעצמכם.

1 המחקר מומן על ידי אלה: (א) משרד התמ"ת – באדיבות הממונה על יחסי העבודה; (ב) הרשות למחקר של אוניברסיטת תל־אביב; (ג) המכון למחקר עסקים ע"ש הנרי קראון, הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל־אביב. תודתי נתונה לחברות צוות המחקר עירית אגוזי, אורה ברנע, אנטל סרי־לוי ויעל חזן, אשר עמלו זמן רב על איסוף הנתונים. כמו כן אני רוצה להודות לדיאנה נוביקוב על הסיוע בעיבוד הנתונים.

א. על הגישור (הפנימי) בבתי הדין לעבודה

1. על תאוריות ומחקרים אמפיריים

מקובל לראות בגישור את אחת הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים (ADR), והמיקוד הוא בהשלמת המערכת השיפוטית או לחלופין באלטרנטיבה למערכת השיפוטית. במקום שהצדדים יישבו את הסכסוך ביניהם באמצעות בית המשפט, אפשר היום שבתי המשפט יפנו אותם, אם רצונם בכך, לפתור את הסכסוך ביניהם באמצעות גישור. חלופות ליישוב סכסוכים ובכללן גישור נחשבות במערכת בתי המשפט של ימינו לבעלות יתרון בשל זירוז התהליך של יישוב הסכסוך, בשל הוזלתו ובעיקר בשל הקטנת העומס על מערכת בתי המשפט.

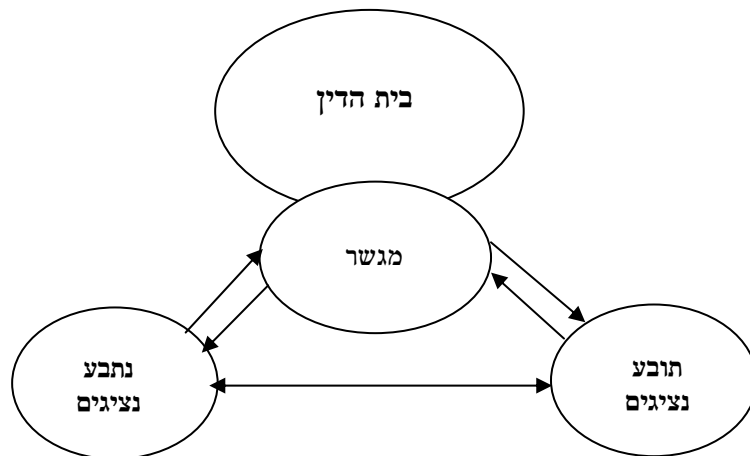
הספרות העוסקת בגישור בכלל ובגישור בבתי המשפט בפרט דנה באסכולות תאורטיות הרואות את הגישור מזוויות ראייה שונות, כולל זווית ראייה ביקורתית. ספרות זו פורסת בפני הקורא סוגיות מרכזיות החיוניות להבנת תהליכי הגישור ומשמעותם, לדוגמה: התפתחות הגישור, הגישות העכשוויות לגישור, הקשרים בין גישור לבין פרופסיות שכנות כגון פרופסיות טיפוליות או משפטיות (אלברשטיין, 2007) והביקורת על תהליכי הגישור. אולם קיימים בספרות העוסקת בגישור חוסר איזון וחוסר הלימה בין תאוריות לבין ממצאי מחקרים אמפיריים: חוסר איזון כיוון שמרבית הספרות עוסקת בתאוריה ורק מיעוט עוסק בממצאי מחקרים אמפיריים; חוסר הלימה כיוון שלא פעם קיים פער בין התאוריות לבין תוצאותיהם של מחקרים אמפיריים. הדבר בולט במיוחד בממצאי מחקר שנעשה לאחרונה בארצות הברית, ובו התברר כי אין הלימה בין המודלים התאורטיים העוסקים בגישור, כמו המודל הטרנספורמטיבי או המודל הנרטיבי, לבין גישתם הפרקטית של מגשרים. אלה נוהגים על פי אסטרטגיות מעורבות התואמות מודלים רבים ושונים. יתר על כן, מגשרים נוקטים לעתים אסטרטגיות שאינן תואמות כלל ועיקר מודלים תאורטיים כלשהם (Charkoudian, De Ritis, Buck, & Wilson, 2009).

גם בארץ לא מעט ספרים ומאמרים עוסקים בתאוריה, החוקרים מנתחים ספרות גישור קיימת ובמרבית המקרים אינם עושים מחקרים אמפיריים כדי לבחון הלכה למעשה ספרות זו (לדוגמה: אלברשטיין, 2007; גלין, 2005; דויטש, 1998; שפירא, 2007). בעבר נעשו אך מחקרים אמפיריים מעטים בתחום הגישור, ורק בשנים האחרונות הלך וגדל מספרם (Shack, 2007), ברובם לא בישראל ובפרט לא בבתי הדין לעבודה.

בעיה אחרת בספרות הגישור היא הבלבול בין גישור לבין משא ומתן. תבנית הגישור שונה במידה רבה מתבנית המשא ומתן, ומשום כך יש לבחון את הגישור במסגרת תבניתו ולא בתבנית המשא ומתן. לגישור יש מאפיינים משל עצמו. למשל: התערבותם של מגשרים, גם אם לצורך יציאה ממבוי סתום כמשא ומתן, מסרבלת במידה רבה את התהליך. במסגרת משא ומתן מקיימים הצדדים אינטראקציה בינם לבין עצמם, ואילו במסגרת הגישור על הצדדים לקיים אינטראקציה הן בינם לבין עצמם והן בינם לבין המגשרים. יתר

על כן, האינטרסים והציפיות של המגשרים מוסיפים לסרבולו של תהליך הגישור. למאפייני המגשרים (כמו ניסיונם או דרכי פעולתם) יכולות להיות השלכות מרחיקות לכת על התהליך. אחת השאלות החשובות ביותר בהקשר זה היא אם, מתי ובאיזו מידה יכולים המגשרים לסייע לצדדים למרות הקשיים האופייניים לתבנית הגישור. על שאלה זו ועל רבות אחרות אפשר לענות תשובה מספקת רק באמצעות ממצאים של מחקרים אמפיריים. גישור פנימי במסגרת בתי הדין לעבודה הוא החלופה של ההתדיינות בבית הדין, שלעתים לפחות אחד מהצדדים חפץ בה כיוון שהוא רואה בא את החלופה הטובה בשבילו (BATNA – Best Alternative To a Negotiated Agreement). הגישור הפנימי הוא תהליך מורכב הכולל יחסי גומלין בין שלושה צדדים – מגשר, תובע ונתבע (כולל נציגיהם) – וכל אחד מהצדדים השותפים להליך מנסה להשפיע על כל אחד מהצדדים האחרים (ראו תרשים מס' 1). תוצאת הגישור, דהיינו הגעה להסכם או אי-הגעה להסכם, מותנית אפוא הן במאפייניו של כל אחד מהצדדים והן באופי האינטראקציה שביניהם. במסגרת מחקר זה בחנו את מאפייני המגשר ואת אופי האינטראקציה שבינו לבין הצדדים האחרים בגישור.

תרשים 1: מודל הגישור בבית הדין לעבודה (גישור פנימי)



במחקר שנעשה לאחרונה בארצות הברית על האינטראקציה שבין המגשר לצדדים במסגרת גישור בבתי משפט אזרחיים נמצא כי הטקטיקות שמגשרים נוקטים כלפי תובעים נוקשות מאלה שהם נוקטים כלפי נתבעים, ובעיקר כאשר התובעים מציגים תביעות גבוהות בתחילת הגישור. עם זאת לא הצליחו החוקרים למצוא כל השפעה של התנהגות המגשר על הצדדים

לגישור ולא על תוצאות הגישור (הסכם/אין הסכם) (Wall & Chan-Serafin, 2009). במחקרנו ניסינו למצוא מהי השפעת המגשר על הצדדים ועל שיעור ההסכמים בסופו של הגישור.

2. על הגישור הפנימי בבתי הדין לעבודה בישראל

בשנת 2001 יזם המרכז הארצי לגישור את הקמתה של ועדת היגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה בראשות השופטת וירט-לבנה. בסוף שנת 2001 התפרסם דוח הוועדה, שכלל בין השאר הליך גישור פנימי (שכונה על ידי הוועדה "פישור") במסגרת בית הדין על ידי נציגי ציבור. הליך הגישור הפנימי מתקיים בין כותלי בית הדין לעבודה. הצדדים המסוכסכים מגיעים לגישור על פי זימון בית הדין. הם אינם מחויבים בתשלום, ונציגי הציבור, המגשרים, מקבלים שכר מהמדינה. המגשרים ממונים על ידי בית הדין, ואין הצדדים יכולים לבחור אותם על פי רצונם אלא במקרים חריגים.

השופטת וירט-לבנה (2002) סוקרת את הטמעת הליך הגישור בבית הדין לעבודה. היא מציינת כי כמעט כל תיק המגיע לבית הדין מתאים להליך גישור אלא אם הוא מעורר שאלה משפטיות עקרוניות או שהוא חל על קבוצה גדולה מאוד של אנשים. על פיה, כמחצית מהתביעות בבית הדין בתל-אביב הן בסכומים נמוכים, ובמקרים כאלה נערוך דיון מהיר בסמכות שופט או בסמכות רשם. המחצית השנייה נחלקת לתביעות נגד הביטוח הלאומי, סכסוכים קיבוציים ותביעות היחיד במסלול ה"רגיל", כלומר תיקים שסכום התביעה שבהם עולה על שלוש פעמים השכר הממוצע במשק. במקרה של תביעות היחיד בוחן צוות מיוחד – המנ"ת (מיון תביעות) – אם התיק מתאים לגישור כשנקודת המוצא היא שמרבית התיקים מתאימים. אם הוחלט להעביר את התיק לגישור, ההפניה עשויה להיות לתהליך פנימי או חיצוני. הגישור הפנימי, אשר רק הוא נבחן במסגרת מחקר זה, נעשה בבית הדין ועל ידי מגשרים מטעמו. הגישור הפנימי, לפי השופטת וירט-ליבנה, נועד לתיקים בסכומים קטנים, של עד 50,000 ש"ח או לאוכלוסייה המיוצגת על ידי "קו לעובד" או על ידי מועצות הפועלים של ההסתדרות. במסגרת ההליך נשלח לכל צד מכתב אישי המסביר מהו גישור, מהם יתרונותיו ומצורפת בו החלטה המזמנת את הצדדים לגישור בבית הדין. במכתב הזימון מובהר לצדדים כי כל אחד מהם רשאי להתנגד להפניה לגישור, אולם צד המסרב לגישור חייב לחתום על מסמך סירוב.

אחד מתפקידי המנ"ת הוא להתקשר לצד המתנגד ולנסות להבין את מניעי ההתנגדות (הליך המכונה "קדם גישור").

תהליך הגישור הנהוג בבית הדין מאפשר לכאורה לצדדים שלא להשתתף בו, בכפוף לחתימה על מסמך פורמלי של סירוב. עם זאת עובדה היא שבית הדין הוא היוזם את הליך הגישור, בית הדין הוא המזמן את הצדדים ומעשית מחייב אותם להשתתף בהליך. יתר על כן, אם אין הצדדים חפצים בגישור נדרשת מהם הצהרה כתובה שבה הם מודיעים על סירובם. בעקבות זאת חשים הצדדים חובה והכרח לשתף פעולה. במילים אחרות, בית הדין כופה למעשה על הצדדים להגיע לגישור. ללא יזמתו של בית הדין, זימונו ודרישתו להצהרת

סירוב פורמלית ייתכן כי שני הצדדים או אחד מהם לא היו מגיעים לגישור מרצונם החופשי. בר־ניב ולחמן אף מדגישים כי סמכותו של בית הדין להפנות את הצדדים לגישור אינה מוגבלת אך ורק לטרם הדיון בבית הדין. בסמכותו של בית הדין להפנות את הצדדים לגישור בכל שלב של הדיונים בבית הדין, ובית הדין אכן עושה זאת. לדעתם, לא האינטרס של הצדדים הוא המניע היחיד להחלטות בית הדין בעניין הגישור אלא גם אינטרסים מערכתיים ופרטיים. הפניית עניין זה או אחר לגישור מאפשרת לעתים סגירת תיק, והדבר מקל על שופט שמוטל עליו עומס תיקים רב, והוא נתון בבקרה באשר לקצב סיום התיקים המצויים באחריותו. בנסיבות אלו ייתכן שיזמת בתי המשפט יוצרת תחושת אילוץ אצל הצדדים המעוררת מצדה חשש כי הסירוב הראשוני יהיה להם לרועץ בהמשך ההתדיינות בבית המשפט. שילובו של הגישור כחלק מובנה במערכת בתי הדין לעבודה הופך אפוא את ההליך לבעל אופי כפייתי, העומד בסתירה להגדרתו הבסיסית כתהליך רצוני לחלוטין. לשימוש כפוי כזה בתהליך של גישור עלולות להיות השפעות לוואי לא רצויות על התהליך ועל תוצאותיו. דוגמאות אפשריות לכך הן חוסר אמון ביכולתו של המגשר לסייע לצדדים, כמו גם הקצנה והקשחת עמדותיהם של הצדדים בשל החשד כי כל ויתור שיעשו במסגרת הגישור עלול לשמש נגדם בהליך הבא (גלין, 2005).

דויטש (2002) מוסיפה טיעונים נגד האופי הכפייתי של הגישור, או כפי שהיא מכנה אותו "גישור חובה". לדעתה, אופיו הכפייתי של הגישור פוגע בחירות האישית, בכבוד האדם ובעקרון תום הלב. לדעתה, אם אכן קיימת חירות אישית, צריכה להיות לצדדים גם הזכות להימנע מההשתתפות בתהליך גישור. זאת ועוד, כפיית הגישור על הצדדים מביאה לעתים להשתתפות בגישור מבלי כל כוונה להגיע להסכם. תופעה זו הנובעת מכפיית הגישור על הצדדים מקובלת על חלק מהמשתתפים בהליך הגישור ופוגעת בעקרון תום הלב.

ב. שיעור ההסכמים, השימוש בטקטיקות וויתורי הצדדים ושיעור הרצון מהגישור בבתי הדין לעבודה

הצדדים המגיעים לגישור בבית הדין עושים זאת בדרך כלל כיוון שהגישור נכפה עליהם ולאחר שלפחות אחד הצדדים הגיש תביעה לבית הדין. התביעה מוגשת בדרך כלל לאחר שהצדדים הגיעו למבוי סתום במשא ומתן ביניהם, והיא מלווה בתוצאות לוואי של סכסוך קשה הכולל לעתים גם מטען כבד של רגשות קשים. לכן שיעורנו כי (א) מטען הרגשות השליליים שהצדדים מביאים להליך הגישור יגרום לשיעור הסכמים נמוך; (ב) השימוש בטקטיקות נוקשות מצד כל המשתתפים בהליך (תובעים, נתבעים ומגשרים) יהיה רב מהשימוש בטקטיקת רכות; (ג) הערכת סיוע המגשר לפתרון הסכסוך תהיה נמוכה; (ד) שביעות הרצון מתהליך הגישור תהיה נמוכה.

1. תוצאות הגישור – שיעור ההסכמים

באופן טבעי המוטיבציה העיקרית של הגישור בבתי משפט היא להביא את הצדדים (תובעים ונתבעים) לויתורים אשר יאפשרו לסיים את הסכסוך בהסכם. תאורטית, היות שבבתי הדין לעבודה תהליך הגישור אינו תמיד רצוני, עצם הציפייה להתערבותו של מגשר, במיוחד כאשר זו נכפית על הצדדים, מקצינה ומקשיחה את עמדותיהם של הצדדים. הקצנה זו נובעת מ"אפקט הצינון" (Harris & Carnevale, 1990) אשר מקטין את רצונם של הצדדים לעשות ויתורים מתוך הנחה שהמגשר אשר נכפה עליהם ינסה לאלצם להגיע להסכם של פשרה (גלין, 2005). מובן שהקצנה והקשיחה של עמדות הצדדים במסגרת הגישור מקטינות מאוד את ההסתברות להסכם במסגרת זו. השערתנו הייתה אפוא כי שיעור ההסכמים המושג במסגרת בתי הדין לעבודה יהיה נמוך יחסית. במחקר שנעשה בארצות הברית על 198 גישורים בנושא פיצויים לעובדים נמצא כי שיעור ההסכמים היה 44% (Hanson, 1997). ממצאי המחקר שלנו בבית הדין לעבודה מצביעים על שיעור גבוה בהרבה – 58% מסך כל הגישורים שנצפו הסתיימו בהסכם לעומת 42% מהגישורים שהסתיימו ללא הסכם. סטטיסטית אין הבדל משמעותי בין שיעור הגישורים שהסתיימו בהסכם לבין שיעור ההסכמים שהסתיימו ללא הסכם. עם זאת שיעור הגישורים המסתיימים בהסכם הוא כמחצית מהגישורים המתנהלים בבתי הדין לעבודה – להערכתנו זה שיעור גבוה למדי הסותר את השערתנו הראשונית.

2. תהליך הגישור

(א) סוגי הטקטיקות בהליך הגישור

מתוך הפרוטוקולים של הגישורים נשלפו משפטים ששימשו את כל המשתתפים בגישור (הצדדים, באי כוחם והמגשרים) לצורכי בחינת הטקטיקה במהלך הגישור. המשפטים נשלחו לשלושה שופטים "ניטרליים" (שאינן להם קשר עם בית הדין לעבודה), והם התבקשו לסווג את המשפטים בשלוש קטגוריות: טקטיקות נוקשות, טקטיקות רכות, טקטיקות המיועדות להפגת מתח. סיווג המשפטים בשלוש הקטגוריות התקבל רק אם הייתה הסכמה מלאה בין השופטים באשר לסיווג הראוי. במקרה של אי-הסכמה בין השופטים באשר לקטגוריה שאליה יש לשייך את הטקטיקה, הוצאה הטקטיקה מהמדגם.

(1) הקטגוריה של טקטיקות נוקשות מבטאת קשיחות, איומים ונכונות לניתוק מגע.

דוגמאות למשפטים המבטאים טקטיקות נוקשות:

– "אני לא מתכוון לגלוש, נגמור את זה בבית המשפט".

– "אני לא אוותר על שום דבר. לא אכפת לי גם לשלם הוצאות משפט".

– לא עירבנו את המשטרה עד כה – אבל עכשיו ניאלץ לפנות".

(2) הקטגוריה של טקטיקות רכות מבטאת נכונות להתפשרות ולחתימה להסכם.

דוגמאות למשפטים המבטאים טקטיקות רכות:

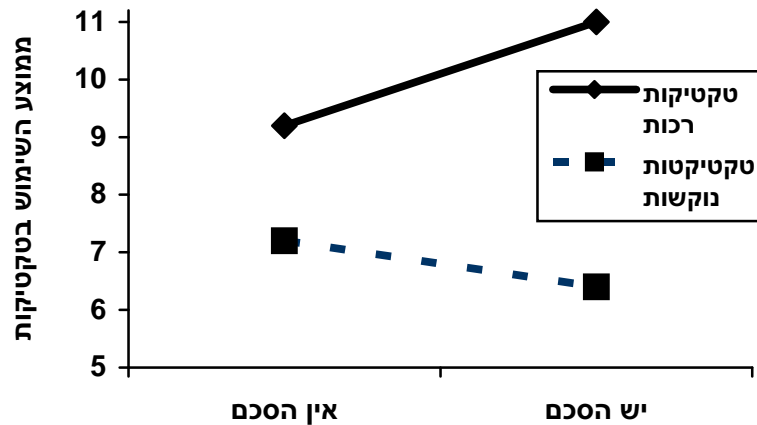
- "אנחנו מוכנים להתפשר מעט, אם כי העיקרון חשוב".
- "ההפרשים קטנים. הגענו לחצי הדרך".
- תגיד לו שנסגור על האמצע וזהו".
- 3) הקטגוריה של הפגת מתח מבטאת הסחת הדעת מהנושא כדי "לצנן" את האווירה. דוגמאות למשפטים המבטאים הפגת מתח:
- "אפשר לקנות ממך את החיוך".
- "יש בזה הרבה שכל במה שאמרת – נשים חכמות".

מאחר שהצדדים מגיעים לגישור בבית הדין לעבודה בדרך כלל לאחר כישלון של התדיינות קודמות, ומאחר שהגישור כפוי עליהם במידה מרובה וטעון מתח, שיערנו כי שיעור השימוש בטקטיקות בעלות אופי קשה שאותן ינקטו כל הצדדים יהיה גבוה. כמו כן שיערנו כי יהיה שימוש רב בטקטיקות המיועדות להפגת מתח. מצאנו את ההפך: ב-103 גישורים שבהם היה תיעוד מפורט של טקטיקות שיעור השימוש בטקטיקות רכות הוא כ-57% מסך הטקטיקות שבהן השתמשו כל הצדדים לגישור, שיעור השימוש בטקטיקות נוקשות הוא כ-37%, ואילו שיעור השימוש בטקטיקות להפגת מתח הוא כ-6% בלבד. את ממוצע השימוש בטקטיקות נוקשות לעומת טקטיקות רכות בכל גישור אפשר לראות בטבלה מס' 1. הטבלה מציגה ממוצעים, טווח וסטיות תקן של הטקטיקות הנוקשות והרכות. מהטבלה עולה כי ממוצע השימוש של כל הצדדים המעורבים בגישור (הצדדים, נציגיהם והמגשרים) בטקטיקות רכות עולה באופן מובהק על השימוש בטקטיקות נוקשות. כדי לבדוק את הקשר בין השימוש בטקטיקות השונות במהלך הגישור לבין תוצאות הגישור (הסכם/אין הסכם) בדיקה מעמיקה עשינו ניתוח שונות דו-כיווני (מדידות חוזרות) של ממוצע הטקטיקות הרכות וממוצע הטקטיקות הנוקשות עם תוצאת הגישור (הסכם/אין הסכם) כמשתנה תלוי. מהניתוח עולה כי השימוש הרב יחסית בטקטיקות רכות בתהליך הגישור, נוסף על השימוש המופחת בטקטיקות נוקשות מביא באופן מובהק לידי הסתברות גבוהה יותר להסכם. ראו תרשים מס' 2.

טבלה מס' 1 : ממוצעים וסטיות תקן של טקטיקות רכות וטקטיקות קשות בגישור

t	סה"כ גישורים	טווח	סטיית תקן	ממוצע	הטקטיקות
t=-5.09	103	32-0	5.8	6.4	נוקשות
df=102	103	55-0	10.4	10.1	רכות
P<0.0001					

תרשים 2 : ממוצעי הטקטיקות בעלות אופי רך ונוקשה לפי סוג התוצאה של הגישור



$F(1,88)=21.880$ $P < 0.001$

(ב) ויתורי הצדדים

במסגרת המחקר נשאלו הצדדים על הויתורים שעשו/לא עשו במסגרת הגישור ומה היה אופי הויתור ("אני ויתרתי יותר מהצד האחר", "שנינו ויתרנו במידה דומה" וכן הלאה). בחינת הקשר שבין דיווחי הצדדים על הויתורים שעשו במהלך הגישור לבין תוצאות הגישור מורה על קשר מובהק בין הויתורים לבין שיעור ההסכמים שהושגו בגישורים. בטבלה מס' 2 אפשר לראות את הקשר המובהק בין תחושת הויתור של שני הצדדים (תובעים ונתבעים) לבין תוצאות הגישורים. קיים שיעור גבוה במיוחד של הסכמים, הן אצל התובעים והן אצל הנתבעים, כאשר הם מדווחים על "ויתורי שני הצדדים במידה שווה". כאשר שני הצדדים אינם מוותרים ("שנינו לא ויתרנו"), קטן שיעור ההסכמים במידה ניכרת. ממצא מעניין הוא שיעור הסכמים גבוה גם כאשר הצדדים מדווחים כי הם ויתרו יותר מהצד האחר.

טבלה מס' 2: ויתורי הצדדים ותוצאת הגישור (הסכם/אין הסכם)

התוצאה (הסכם/אין הסכם)						הצד המוותר
לפי הנתבע			לפי התובע			
סה"כ גישורים	אין הסכם	הסכם	סה"כ גישורים	אין הסכם	הסכם	
37 58%	27%	73%	47 75%	23%	77%	אני ויתרתי יותר מהצד האחר
21 33%	0	100%	9 14%	11%	89%	שנינו ויתרנו באותה מידה
5 8%	100%	0	6 9%	67%	33%	שנינו לא ויתרנו
1 1%	0	1	1 2%	1	0	הצד האחר ויתר יותר
64 100%	15 23%	49 77%	63 100%	17 27%	46 73%	סה"כ גישורים

$X^2=23.334$ $df=3$ $p\leq 0.001$

$X^2=8.958$ $df=3$ $p\leq 0.030$

3. שביעות הרצון מהליך הגישור

במחקר על שביעות הרצון מתהליכים אלטרנטיביים לפתרון סכסוכים (ADR) ובכללם גישור נמצא כי מידת שביעות הרצון מתהליכים אלה גדלה ככל שמידת השליטה הן על התהליך והן על התוצאה גבוהה יותר (Cohen & Cohen, 2003). שליטה על התהליך פירושה כי הצדדים המסוכסכים הם בעלי השפעה על פרטי התהליך. שליטה על התוצאה פירושה כי לצדדים הזדמנות לבחור פתרון המוסכם עליהם, וכי אי אפשר לכפות עליהם הסכם זה או אחר. בהקשר זה גישור הוא הליך שבו מידת ההשפעה של הצדדים על התהליך נמוכה, שכן הוא נקבע על ידי המגשר, ומידת השליטה על התוצאה גבוהה, שכן אי אפשר לכפות על הצדדים להגיע להסכם בסופו של הגישור. תאורטית, מאחר שלצדדים שליטה רבה על התוצאה, מידת שביעות הרצון – לפחות מתוצאת הגישור – צריכה להיות גבוהה. אלא שבבתי הדין לעבודה בישראל, כפי שכבר ראינו, יש בגישור מידה של כפייה המקטינה את מידת השליטה של הצדדים לא רק על התהליך אלא אף על התוצאה. עקב הבניית הגישור לתוך מערכת בתי הדין לעבודה יכולה להיווצר תחושה שאם לא יגיעו להסכם במסגרת הגישור ישפיע הדבר לרעתם על ההליך המשפטי לאחר מכן. בשל אותה

תחושת כפייה שיערנו כי שביעות הרצון של הצדדים מהליך הגישור תהיה נמוכה גם אם בסופו של גישור יגיעו להסכם.

גם בהקשר זה ממצאי המחקר היו הפוכים: מתוך 82 גישורים שבהם היו נתונים על שביעות רצונם של כל הצדדים השותפים מתוצאות הגישור מצאנו כי בכ- 50% מהגישורים הייתה תחושה של שביעות רצון של כל הצדדים, בכ- 39% מהגישורים הייתה תחושה של שביעות רצון מועטה, ורק בכ- 11% הייתה תחושה של חוסר שביעות רצון מוחלטת. בקרב התובעים אנחנו עדים לשביעות רצון פחותה מתוצאות הגישור מזו שבקרב הנתבעים, אך בכך נעסוק בפירוט בשלב מאוחר מזה.

כפי שאפשר לראות מטבלה מס' 3 נמצא כי יש מתאם מובהק בין תחושת שביעות הרצון הכללית (של כל המשתתפים כולל הצדדים ונציגיהם) מהגישור לבין התוצאה הסופית של הגישור – הסכם או היעדר הסכם. השיעור הגבוה ביותר של המרוצים נמצא בגישורים שבהם מושג הסכם (63%); השיעור הגבוה ביותר של אלה אשר אינם מרוצים בכלל (32%) נמצא בגישורים שבהם לא הושג הסכם.

טבלה מס' 3: שביעות רצון כללית מתוצאות הגישור והסכם/היעדר הסכם

שביעות רצון (אחוזים)				תוצאת הגישור
סה"כ גישורים	לא מרוצים בכלל	מרוצים במידה מועטה	מרוצים	
25 100%	32%	48%	20%	אין הסכם
57 100%	2%	35%	63%	יש הסכם
82 100%	11%	39%	50%	סה"כ גישורים

$$X^2=21.700 \text{ df}=2 \text{ p}\leq 0.000$$

ג. מאפייני המגשרים הפנימיים, השימוש בטקטיקות ושיעור ההסכמים

במסגרת המחקר נדגמו 30 מגשרים שניהלו 120 גישורים. מסיבות שונות אין לנו מידע מלא על כל אחד מהגישורים (למשל – לא תמיד ענו הצדדים השותפים לגישור על כל השאלות, או לחלופין לא תמיד התנהלו הגישורים לפי אותה מתכונת), ומשום כך חלק מהניתוחים מתייחסים לעתים למספר קטן יותר של גישורים ומגשרים.

1. אינטנסיביות הגישור ושיעור ההסכמים

יש לציין שמספר הגישורים לא התחלק שווה בשווה בין המגשרים השונים. שניים מהם שעבדו כצוות ניהלו כחמישית (21,5%) מסך כל הגישורים שנצפו. קרוב למחצית (49%) מהגישורים שנצפו נהלו על ידי צוות המגשרים הללו ועוד שני מגשרים שניהלו גישורים כל אחד בנפרד. אלה יכוננו בהמשך "המגשרים האינטנסיביים". כל שאר המגשרים ניהלו בין 1% ל-6% מסך כל הגישורים, או בממוצע שני גישורים למגשר או לצוות של שני מגשרים. המגשרים ה"אינטנסיביים" הגיעו לשיעור גבוה יחסית של הסכמים, כפי שניתן לראות מטבלה מס' 4. מתוך הגישורים שניהלו כ-65% הסתיימו בהסכם, ואילו אצל 27 המגשרים האחרים שיעור הגישורים שהסתיימו בהסכם מתוך הגישורים בניהולם היה 48%. נמצא כי בכל הנוגע להשגת הסכם יש יתרון (מובהק סטטיסטית) למגשרים העוסקים אינטנסיבית בגישור.

טבלה מס' 4 : אינטנסיביות הגישור ושיעור ההסכמים

המגשר	הושג הסכם	לא הושג הסכם	סה"כ
מגשרים אינטנסיביים	65%	35%	52 100%
מגשרים אחרים	48%	60%	54 100%
סה"כ	57%	43%	106 100%

$$X^2=3.204 \text{ df}=1 \text{ p}\leq 0.0$$

2. צוותים או בודדים ושיעור ההסכמים

כפי שכבר צוין, לעתים מנהלים את הגישורים שני מגשרים – כך היה בקצת למעלה מרבע הגישורים (כ-26%). את כל השאר ניהל מגשר אחד. נמצא כי אין הבדל משמעותי בתוצאות הגישור (הסכם או אין הסכם) בין המגשרים הבודדים לבין המגשרים בזוגות. שיעור הגישורים שהסתיימו בהסכם אצל המגשרים הבודדים מתוך סך כל הגישורים שניהלו הוא 57%, ואצל זוגות המגשרים הוא 55% מתוך סך כל הגישורים שניהלו. נראה כי בכל הנוגע להשגת הסכם בסופו של הגישור אין יתרון לניהול גישור בצוותים לעומת בודדים.

3. גיל המגשרים והשפעתו על שיעור ההסכמים

המגשרים מבוגרים יחסית. המגשר הצעיר ביותר היה בן 43, ומספר הגישורים שנצפו עולה עם העלייה בגיל המגשרים. השיעור הגבוה ביותר של גישורים – כ-58% – מנוהל על ידי מגשרים בשנות ה-60 לחייהם. בכל הנוגע להסכמים, הקשר בין גיל המגשרים לבין השגת הסכם בגישור איננו מובהק סטטיסטית. מכאן שבכל הנוגע להשגת הסכם אי אפשר להניח כי יש יתרון כלשהו למגשרים בני גיל מסוים.

4. השכלת המגשרים והשפעתה על שיעור ההסכמים

למרבית המגשרים השכלה אקדמית ומשום כך מרבית הגישורים (כ-84%) מתנהלים על ידי מגשרים בעלי השכלה אקדמית. רק מספר גישורים קטן יחסית מתנהל על ידי מגשרים בעלי השכלה תיכונית שנוספו עליה כמה קורסים מתקדמים (כ-16% מהגישורים). בבדיקת השפעת רמות ההשכלה השונות על שיעור ההסכמים נמצא כי השכלת המגשר אכן משפיעה אם כי לא באופן מובהק על אחוזי הגישורים שהסתיימו בהסכם. דווקא בעלי ההשכלה הנמוכה יחסית (תיכונית + קורסים) הגיעו להסכם ב-75% מהגישורים שניהלו. זאת לעומת בעלי ההשכלה האקדמית שהגיעו להסכם רק ב-55% מהגישורים שניהלו. עם זאת יש להסתייג ולומר כי נמצאה קורלציה בין המגשרים ה"אינטנסיביים" לבין רמת ההשכלה הנמוכה יחסית (תיכון + קורסים), ומשום כך ייתכן כי דווקא אינטנסיביות הגישור היא הגורם המכריע ולא רמת ההשכלה.

5. השימוש בטקטיקות נוקשות ורכות אצל המגשרים הפנימיים

טבלה מס' 5 מציגה את ממוצע השימוש של מגשרים בטקטיקות רכות לעומת טקטיקות נוקשות בגישור. מתוך הטבלה עולה כי ממוצע השימוש של מגשר בטקטיקות רכות בגישור גבוה בהרבה ובאופן מובהק ממוצע השימוש בטקטיקות נוקשות.

טבלה מס' 5: ממוצעים, סטיות תקן וטווח של ההבדל בשימוש בטקטיקות נוקשות ורכות אצל מגשרים פנימיים בבתי הדין לעבודה. מבחן t

t	סה"כ גישורים	טווח	סטיית תקן	ממוצע	הטקטיקה
t= -6.35	103	12-0	1.97	1.63	נוקשה
df=102	103	17-0	3.91	3.88	רכה
p≤0.0001					

6. טקטיקות נוקשות ורכות – גישורים של מגשרים "אינטנסיביים" לעומת גישורים של אחרים

מאחר שהמגשרים ה"אינטנסיביים" שונים מהמגשרים האחרים בהיבטים רבים, ובעיקר בשיעור ההסכמים שהם משיגים, רצינו לבחון גם אם ה"דינמיקה" של הגישור, השימוש בטקטיקות במהלך הגישור, שונה בגישורים שהם מנהלים לעומת הגישורים של המגשרים האחרים. ה"דינמיקה" של הגישור מושפעת לא רק מהטקטיקות שבהן משתמשים מגשרים מסוימים אלא אף מהטקטיקות שבהן משתמשים המשתתפים האחרים בתהליך הגישור אצל מגשרים אלה.

האם יש הבדל בין הצדדים (בין תובעים לנתבעים) בשימוש בטקטיקות – נוקשות או רכות – כאשר המגשרים הם שונים – "אינטנסיביים" לעומת אחרים? מהממצאים עולה כי הטקטיקות שמפעילים כל המשתתפים (מגשרים, תובעים ונתבעים) בגישורים של המגשרים ה"אינטנסיביים" – בין נוקשות ובין רכות – פחותות בממוצע מאלה המופעלות בגישורים של המגשרים האחרים. למשל, בגישור של מגשר "אינטנסיבי" מופעלות בממוצע כ-8 טקטיקות בגישור לעומת כ-14 טקטיקות בגישורים של המגשרים האחרים. ראו טבלה מס' 6.

טבלה מס' 6 : השימוש בטקטיקות רכות וקשות בגישורים של מגשרים "אינטנסיביים" ואחרים

גישור על ידי מגשרים אחרים		גישור על ידי מגשרים "אינטנסיביים"		הצדדים
טקטיקות רכות (ממוצע לגישור)	טקטיקות נוקשות (ממוצע לגישור)	טקטיקות רכות (ממוצע לגישור)	טקטיקות נוקשות (ממוצע לגישור)	
5.10	1.90	2.73	1.31	מגשרים
1.67	0.98	0.92	0.57	תובעים
2.37	1.74	1.31	0.69	נתבעים
9.1	4.62	4.96	2.57	סה"כ
13.76		7.93		סה"כ לגישור

7. מגדר המגשרים והשפעתו על שיעור ההסכמים ושביעות הרצון מהליך הגישור

מרבית הגישורים (81%) נוהלו על ידי מגשרים גברים, ורק מיעוטם (19%) על ידי מגשרות. לא נמצא כל הבדל משמעותי בין שיעור ההסכמים שאליהם מגיעים מגשרים גברים (57%) מתוך סך כל הגישורים שניהלו לעומת שיעור ההסכמים שאליהם מגיעות נשים (56%) מתוך סך כל הגישורים שהן ניהלו. ההשוואה בנושא שביעות הרצון הכללית (טבלה מס' 7) מצביעה על הבדל כלשהו בין שביעות הרצון ממגשרים גברים לנשים, אולם ההבדלים אינם מובהקים סטטיסטית. לסיכום, לא נמצא יתרון לגברים מגשרים על פני נשים מגשרות בכל הנוגע לשיעור ההסכמים המושגים במסגרת הגישורים שהם מנהלים. גם לא נמצא הבדל סטטיסטי משמעותי בשביעות הרצון מהגישור של מגשרות לעומת מגשרים.

טבלה מס' 7 : שביעות הרצון הכללית מהגישור לפי מגדר המגשר

שביעות רצון מהגישור	מגדר מגשר	
	אישה	גבר
מרוצים	43%	53%
מרוצים במידה מועטה	50%	36%
לא מרוצים	7%	11%
סה"כ גישורים	14	75
	100%	100%
סה"כ גישורים	46	34
	52%	38%

$$X^2=1.001 \text{ df}=2 \text{ p}\leq 0.606$$

ד. הערכת המגשרים על ידי הצדדים

1. שביעות הרצון של תובעים ונתבעים מתוצאות הליך הגישור

כאשר בודקים את ההבדל בין הנתבעים לתובעים בשביעות רצונם מתוצאות הגישור מתברר כי הנתבעים מרוצים יותר מהתובעים כאשר הגישורים מסתיימים בהסכם: הנתבעים מרוצים ב-65% מהגישורים שהסתיימו בהסכם, והתובעים ב-56%. ההבדלים בין התובעים לנתבעים בולטים כאשר מדובר בשיעור הלא מרוצים הגם שהושג הסכם (15% מהתובעים לעומת 6% מהנתבעים). ההבדלים בשביעות הרצון בין תובעים לנתבעים בולטים גם במקרים שבהם לא

הושג הסכם בגישור. הנתבעים שבעי רצון מתוצאות הגישור יותר מהתובעים גם כאשר הגישור מסתיים בהסכם וגם כאשר איננו מסתיים בהסכם, כפי שאפשר לראות מטבלה מס' 8.

טבלה מס' 8 : הקשר בין שביעות רצונם של תובעים ונתבעים לבין תוצאת הגישור (הסכם/היעדר הסכם)

שביעות רצון נתבע				שביעות רצון תובע				תוצאת הגישור
סה"כ	בכלל לא מרוצה	מרוצה במידה מועטה	מרוצה	סה"כ	בכלל לא מרוצה	מרוצה במידה מועטה	מרוצה	
20 100%	45%	25%	30%	19 100%	57%	14%	29%	אין הסכם
48 100%	6%	29%	65%	42 100%	15%	29%	56%	יש הסכם
68 100%	18%	28%	54%	61 100%	27%	25%	48%	מסה"כ גישורים

$X^2=15.203. df=2 p\leq 0.001$

$X^2=13.263. df=2 p\leq 0.001$

2. הערכת סיוע המגשר לפתרון הסכסוך

בקרב הצדדים לסכסוך (תובעים ונתבעים) רבים מעריכים את סיוע המגשר לפתרון הסכסוך. ההערכה לסיוע המגשר בקרב הנתבעים גבוהה מזו שבקרב התובעים. ההבדלים בהערכת המגשר עולים גם בהשוואה בין גישורים שהסתיימו בהסכם לכאלה שהסתיימו ללא הסכם. בגישורים שהסתיימו בהסכם זוכים המגשרים בהערכה רבה מתובעים ב-82% מהמקרים לעומת 91% בקרב הנתבעים. כאשר אין מושג הסכם במסגרת הגישור זוכים המגשרים להערכה רבה מהתובעים רק ב-23% מהמקרים לעומת 33% מהמקרים אצל הנתבעים. מהממצאים עולה כי בין שהושג הסכם ובין שלא, הנתבעים מעריכים את סיוע המגשר יותר מהתובעים ואף שבעי רצון יותר מהתערבותו (טבלה 9).

טבלה מס' 9: הערכת סיוע המגשר לפי התובעים והנתבעים

עזרת מגשר										התוצאה
לפי הנתבע					לפי התובע					
סה"כ גישורים	המגשר לא עזר כלל	המגשר עזר מעט	המגשר עזר רבות	לא מגשר אין פתרון	סה"כ	המגשר לא עזר כלל	המגשר עזר מעט	המגשר עזר רבות	לא מגשר אין פתרון	
100%	33%	33%	33%	0	100%	23%	54%	23%	0	אין הסכם
100%	2%	7%	36%	55%	100%	0	18%	44%	38%	יש הסכם
51	4	6	18	23	52	3	14	20	15	סה"כ גישורים
100%	8%	11%	35%	45%	100%	6%	27%	38%	29%	

$$X^2=18.315 \text{ df}=3 \text{ p}\leq 0.0001$$

$$X^2=19.733 \text{ df}=3 \text{ p}\leq 0.0001$$

ה. הנציגים והשפעתם על תוצאות הגישור הפנימי בבית הדין לעבודה

במאמר זה לא אעסוק באריכות בנציגי הצדדים בגישור ובהשפעתם על ההליכים ועל תוצאות הגישור. סוגיית הנציגות בגישורים פנימיים בבית הדין לעבודה נבדקה לעומק במסגרת מחקר זה וסוכמה בפירוט רב בעבודתה של אנטל סרי לוי (2007). הממצאים העיקריים באשר להשפעת הנציגים על תהליכי הגישור בבית הדין לעבודה התייחסו לאלה: (א) השפעת השתתפותם של נציגים על תוצאת הגישור (הסכם/אין הסכם); (ב) השפעת השתתפותם של נציגים בגישור על שביעות הרצון מהליך הגישור; (ג) השפעת הנציגים על תפיסת המגשר כגורם המסייע לפתרון הסכסוך. להלן סיכום הממצאים:

1. השפעת הנציגות על תוצאות הגישור

- ממוצע ההסכמים בגישורים שבהם התנהלה אינטראקטייה ישירה בין הצדדים ללא נציגים גבוה באופן מובהק מממוצע ההסכמים שנחתמו בגישורים שבהם התנהל גישור עם נציגות לשני הצדדים.
- ממוצע ההסכמים בגישורים שבהם התנהל גישור עם נציג לצד אחד בלבד גבוה באופן מובהק מממוצע ההסכמים שנחתמו בגישורים שבהם התנהל גישור עם נציגות לשני הצדדים.

2. השפעת השתתפותם של נציגים על שביעות הרצון מהליך הגישור

לא נמצא הבדל משמעותי בשביעות הרצון בין גישורים שבהם לצד אחד או יותר היו נציגים לבין גישורים שבהם התנהל הגישור ללא נציגים הן מטעמם של התובעים והן מטעמם של הנתבעים. ייתכן כי נוכחותם של נציגים בגישור אינה משפיעה על מידת שביעות רצונם של הצדדים.

3. השפעת השתתפותם של נציגים על תפיסת המגשר כגורם מסייע לפתרון הסכסוך

תפיסת המגשר כגורם מסייע בפתרון הסכסוך בגישורים שבהם לצד אחד או יותר היה נציג מטעמו הייתה נמוכה באופן מובהק מבגישורים שבהם לא השתתפו נציגים, הן מטעמם של התובעים והן מטעמם של הנתבעים.

1. המנבאים העיקריים של תוצאות הגישור (הסכם/אין הסכם) בגישורים פנימיים בבתי הדין לעבודה

ניתוח המנבאים העיקריים של תוצאת הגישור כמשתנה תלוי נעשה באמצעות ניתוחי רגרסיה מרובה. המשתנים שנכנסו באופן מובהק למודל הרגרסיה היו אלה: אופי הטקטיקות בגישור,² הערכת עזרת המגשר לפתרון הסכסוך הן על ידי התובעים והן על ידי הנתבעים ומאפייני המגשר (מגשר "אינטנסיבי" או אחר), כפי שאפשר לראות מטבלה מס' 10.

טבלה מס' 10: מנבאים עיקריים של תוצאת הגישור (רגרסיה מרובה)

המודל	B	סטיית תקן	Beta	t	מובהקות Sig
קבוע Constant	1.982	0.184		10.768	0.000
אופי הטקטיקות	-0.168	0.053	-0.337	-3.191	0.003
עזרת המגשר לפי התובע	-0.128	0.053	-0.296	-2.401	0.021
עזרת המגשר לפי הנתבע	-0.191	0.053	-0.431	-3.598	0.001
מאפייני המגשר ("אינטנסיבי" או אחר)	-0.149	0.082	-0.189	-1.825	0.076

² המשתנה "אופי הטקטיקות בגישור" הוגדר כאחוז ממספר הטקטיקות הקשות שהופעלו בגישור מתוך סך כל הטקטיקות בגישור. למשל, אופי הגישור מוגדר כ"רך" כאשר שיעור הטקטיקות הנוקשות בגישור הוא נמוך. אופי הגישור מוגדר כנוקשה כאשר שיעור הטקטיקות הנוקשות בגישור הוא גבוה.

סיכום מודל הרגרסיה:

Std. Error	Adjusted R ²	R ²	R
0.261	0.570	0.612	0.782

- המובהקות של מודל הרגרסיה היא $F(4,37)=14.563, P<0.000$
- מערכת המשתנים הללו מנבאת 61% מההסתברות להגיע להסכם במסגרת הגישור בבית הדין לעבודה.
- משמעות המודל היא זו:
- ככל שאופי הגישור רך יותר כן גדלה ההסתברות להגיע להסכם בגישור.
 - ככל שסיוע המגשר רב יותר לפי הערכת שני הצדדים, כן עולה ההסתברות להגיע להסכם.
 - כשהמגשר הוא "אינטנסיבי" ההסתברות להגיע להסכם עולה.

ז. דיון

במסגרת המחקר שיערנו כי מטען הרגשות השליליים שהצדדים מביאים להליך הגישור נוסף על האופי הכפייתי-משהו של הליך זה יגרמו: (א) לשימוש רב בטקטיקות נוקשות; (ב) לשיעור הסכמים נמוך; (ג) לשביעות רצון נמוכה מהגישור; (ד) להערכה נמוכה של סיוע המגשר לפתרון הסכסוך.

כמעט כל השערותינו התבדו במהלך המחקר. שיעור השימוש בטקטיקות רכות עולה בהרבה על שיעור השימוש בטקטיקות נוקשות. יתר על כן, דווקא השימוש בטקטיקות הרכות מעלה את ההסתברות להגיע להסכם. גם שיעור ההסכמים במסגרת הגישור גבוה יחסית. למעלה מ-50% מהגישורים מסתיימים בהסכם.

ממצא מפתיע היה שיעור ההסכמים הגבוה יחסית המושג על ידי מגשרים "אינטנסיביים", אותם מגשרים המנהלים גישורים בשיעור גבוה במיוחד ביחס למגשרים אחרים. ייתכן כי הניסיון הנצבר אצל מגשרים אלה מאפשר להם להגיע לשיעור הסכמים גבוה יחסית. ייתכן גם כי הם מנהלים את הגישור בצורה אפקטיבית יותר מהאחרים. ממצא מעניין מעיד כי המספר הממוצע של טקטיקות שבהן משתמשים כל הצדדים המעורבים (מגשרים, תובעים ונתבעים) בגישוריהם של המגשרים ה"אינטנסיביים" – הן טקטיקות רכות והן נוקשות – קטן מזה שבו משתמשים אצל המגשרים האחרים. לאור ממצא זה נראה כי האינטראקציה שבין שלושת הצדדים בתהליך הגישור אצל המגשרים ה"אינטנסיביים" אפקטיבית מזו שאצל המגשרים האחרים ומשכה קצר יותר.

טבעי לחשוב כי הקריטריון להצלחת הגישור הוא ההסכם. אין ספק כי מנקודת ראות מערכתית של בתי הדין לעבודה שיעור גבוה של הסכמים במסגרת הגישור הוא הצלחה בשל הורדת העומס מהמערכת. אך האם השיעור הגבוה של הסכמים שאליהם מגיעים הצדדים בגישורים הם עדות להצלחה גם מבחינת המגשר והצדדים המגיעים לגישור?

התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. בספרות העוסקת בגישור רואים לעתים את השאיפה להסכם במסגרת הגישור כהטיה קלאסית. Gibson, Thompson & Bazerman (1996) לְדוגמה דנים בכמה הטיות של מגשרים המשפיעות על יכולתם להחליט החלטות נכונות. שלוש הטיות מרכזיות נידונות במאמר: (א) The Agreement is Good – האמונה כי לצדדים תמיד עדיף הסכם מחלופות אחרות. על פי הטיה זו, גם במקרים שבהם אין בהסכם תועלת הדדית, ואין ביכולת הצדדים להגיע להסכם שהוא בבחינת רווח לכול (win-win) יעדיפו הצדדים להגיע להסכם חסר ערך בשבילם, ובלבד שלא יגיעו למבוי סתום. הטיה זו משפיעה גם על מגשרים אשר חווים כישלון במקרים שבהם התערבותם אינה מובילה להסכם; (ב) The Bias toward closure – על פי הטיה זו, הצדדים אינם בוחרים בחלופה האופטימלית אלא בזו המספקת אותם. הם אינם בוחרים את כלל החלופות אלא מחפשים פתרון שיכול להיות מקובל עליהם. לפיכך מגשרים נוטים להסתפק בהסכם אשר הצדדים יסתפקו בו. משנמצא הסכם כזה, הדחף של המגשר לסגור את התהליך הופך דומיננטי גם אם פתרון טוב יותר הוא בטווח השגה. כאשר אפשר להגיע להסכם כלשהו, לא תמיד בוחרים המגשרים אם אפשר להגיע להסכם טוב יותר; (ג) The Equality Bias – חלוקה של חצי-חצי היא החלוקה הצפויה ביותר אצל הצדדים גם במקרים שבהם ניתוח רציונלי של הבעיה אינו תומך בחלוקה שכזו. פעמים רבות ההחלטה על חלוקה שווה בהסכם שרירותית לחלוטין ואינה משרתת את האינטרסים של שני הצדדים שירות מיטבי. במילים אחרות, שיעור הסכמים גבוה אינו תמיד עדות להצלחה. לעתים שיעור הסכמים גבוה אינו אלא תוצאה של הטיות הצדדים ושל המגשרים אשר משתדלים להגיע להסכם בכל מחיר.

גישה דומה אפשר למצוא אצל Wall & Chan-Serafin (2009), שעשו מחקר על גישורים בבתי משפט אזרחיים בארצות הברית. הם מסכמים את מחקרם בשתי מסקנות עיקריות: ראשית, לטענתם, בדרך כלל אין המגשרים בבתי המשפט האזרחיים מנסים לשנות את יחסי התובעים-נתבעים. נוח להם דווקא שהם יישארו עוינים. אין הם מנסים להגדיל את שביעות רצונם של הצדדים מההסכם על ידי הצגתו כהוגן או טוב כיוון שהם מאמינים שלצורת הצגת ההסכם אין ערך רב. שנית, גישור במסגרת בתי המשפט האזרחיים דומה לדעתם במידת מה למתן אספירין לחולה. הגישור עובד, אבל איננו יודעים בדיוק כיצד ומדוע. ייתכן שגישות אלו מסבירות חלק מההסכמים בגישורים בבתי הדין לעבודה, אבל קשה להסביר באמצעותן את שביעות הרצון הגבוהה יחסית של הצדדים מההסכם, וכן את הערכת הצדדים לסיועו של המגשר להשגת ההסכם. במקרים רבים הצדדים מרוצים מההסכם לפחות בסוף הגישור ואף מעריכים את סיוע המגשר להשגת ההסכם. לי נראה כי שביעות

הרצון הגבוהה וההערכה לסיוע המגשרים נוטלת במידה רבה את העוקץ מתאוריית ההטיות. צריך רק להסתייג ולומר כי מחקר זה לא השווה את שביעות הרצון הנקודתית של הצדדים (בסופו של הגישור) לשביעות רצונם של הצדדים לאורך זמן ו/או את עמידותו של הסכם שהושג במסגרת גישור לאורך זמן. כמו כן לא נעשתה השוואה בין רמת שביעות הרצון של הצדדים שנמצאה במחקר לבין רמת שביעות הרצון מפסקי דין של בית הדין לעבודה. השוואות מעין אלו יכולות לאשש את תאוריית ההטיות או לדחותה. באשר לשביעות הרצון מההסכם ולהערכת סיוע המגשר להשגתו, על פני הדברים נראה כי הנתבעים מרוצים יותר ואף מעריכים את סיוע המגשר יותר מאשר התובעים. לתופעה זו כמה הסברים אפשריים:

(א) ייתכן שהנתבעים, שהם בדרך כלל המעסיקים, חוששים מפני פסק של בית הדין, שכן בשנים האחרונות מקובלת בקרב המעסיקים התפיסה כי בית הדין לעבודה פוסק בדרך כלל לטובת העובדים; (ב) ייתכן שמהמעסיקים מעוניינים להגיע ל"שלום בית" באמצעות הסכם יותר משהעובדים מעוניינים בכך (התובעים) – "שלום בית" חשוב למעסיקים להמשך העבודה התקינה בארגון, ואילו העובדים מרביתם כבר נמצאים בעת התביעה מחוץ למערכת הארגונית או בשלבי עזיבה כאלה או אחרים; (ג) לא הנתבעים הם שפנו לבית הדין, כי אם נגררו הם בעקבות תביעת הצד האחר, ואין הם מעוניינים בהליך המשפטי אלא בסיום הפרשה באמצעות הגישור; (ד) המעסיקים מעריכים יותר הסכם במסגרת גישור; (ה) אפשר לראות את הערכת הנתבעים ואת שביעות רצונם הגבוהה יחסית מתהליך הגישור במסגרת המושג "שנאת הפסד", הלקוח מתאוריות ה"ערך" של פרופ' כהנמן (כהנמן ועמיתים, 2005), ומשמעותו היא רגישותם הרבה של אנשים למצבי הפסד. "שנאת הפסד" גדולה במיוחד כאשר צד לסכסוך מאמין כי הוא יכול להרוויח במסגרת הגישור, או במילים אחרות כאשר הוא מוצא עצמו ב"מסגור של רווח". במקרה שצד לסכסוך מאמין כי הליך הגישור מסייע לו לצאת מצרה, או אפילו לצמצם נזקים, הוא יהיה מרוצה יחסית מהגישור ואף יעריך יותר את סיוע המגשר. לעומת זאת כאשר צד לסכסוך חש כי צפויים לו הפסדים במסגרת הגישור והוא מוצא את עצמו ב"מסגור של הפסד". הוא יהיה מרוצה פחות מהתהליך וכן מסייע המגשר.

מטבעו של הגישור בבית הדין לעבודה התובעים הם הדורשים דרישות גבוהות וחשים כי במסגרת גישור הם מפסידים הרבה יחסית. כך אפשר להניח כי התובעים הנתונים בתהליך הגישור ב"מסגור של הפסד" יהיו פחות שבעי רצון מהגישור ויעריכו פחות את סיוע המגשר.

לעומת זאת הנתבעים, הנגררים אחרי התובעים לבתי הדין לעבודה, וקודם לגישור, חשים כי במסגרת הגישור הם יכולים לצמצם נזקים. למשל: לסיים את הסכסוך בזמן קצר יחסית, למנוע התפשטות הבעיה לקבוצות עובדים אחרות, ובעיקר לא להגיע לשיפוט בבית הדין, אשר נחשב בעיניהם בשנים האחרונות לאוהד עובדים. הגישור מכניס אפוא את

הנתבעים ל"מסגור של רווח" אשר בא לידי ביטוי בהערכתם הרבה יחסית למגשר ובשביעות רצונם הגבוהה יחסית מסיוע המגשר. אני מקווה כי במסגרת מחקר זה שפכנו אור, ולו מעט, על תהליכי הגישור הפנימיים בבתי הדין לעבודה ועל הגורמים הפנימיים המשפיעים על תוצאותיהם של תהליכים אלה. אפשר להסיק מהמחקר כמה מסקנות מעשיות המתייחסות לסוגיה, אך אלו בוודאי יובאו בחשבון על ידי הגורמים המוסמכים. באשר לי, מאמר זה, המסכם רק חלק מממצאי המחקר, הוא הבעת תודה לשופטת ברק, אשר עוררה בי את הרצון לחקור לעומק את הגישור בבתי הדין לעבודה. מובן שלאור ממצאי המחקר אין לי אלא לחזור ולומר כי אכן השופטת ברק צדקה ממני.

מקורות

- אלברשטיין, מ' (2007). תורת הגישור. ירושלים: אוניברסיטת חיפה ומאגנס.
 גלן, א' (2001). "תחת משק כנפי הגישור" (עמ' 231–251). בתוך ספר מנחם גולדברג. הוצאת סדן.
 גלן, א' (2004). "להציע את הגישור צעד אחד קדימה". עבודה, חברה ומשפט י, 115–130.
 גלן, א' (2005). "גישור". פרק ט"ו (עמ' 279–304) בתוך משא ומתן – המימד החבוי. הוצאת רמות, אוניברסיטת תל-אביב.
 דויטש, א' (1998). פישור – הענק המתעורר. ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין.
 דויטש, א' (2002). "על הסכמה מדעת בהליך הגישור". שערי משפט 3(1), 47–73.
 וירט־לבנה, ו' (2002). "הגישור בבתי הדין לעבודה". שערי משפט 3(1), 89–109.
 כהנמן, ד' ועמיתים (2005). "שנאת ההפסד" פרק חמישי (עמ' 96–100). בתוך רציונליות, הוגנות, אושר. בעריכת מיה בר-הלל, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה וכתר הוצאה לאור.
 סרי-לוי, א' (2007). מחקר שדה: הקשר בין נציגות בגישור לבין תוצאות המשא-ומתן, שביעות רצון ותפיסת המגשר כגורם המסייע לפתרון הסכסוך. עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך אוניברסיטה במדעי הניהול" – M.Sc. הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב. שפירא, ע' (2007). הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית. הוצאת הקריה האקדמית אונו – פרסומי הפקולטה למשפטים.
 Charkoudian, L., De Ritis, C., Buck, R. & Wilson, C.L. (2009). "Mediation by any Other Name Would Smell as Sweet – or Would It? The Struggle to Define Mediation and Its Various Approaches". *Conflict Resolution Quarterly*, 26(3), 293–316.

Cohen, C.E. & Cohen, M.E. (2003). "Relative Satisfaction with ADR: Some Empirical Evidence". *Dispute Resolution Journal*, 57(4), 36–41.

Gibson, K., Thompson, L. & Bazerman, M.H. (1996). "Shortcomings of Neutrality in Mediation: Solutions Based on Rationality". *Negotiation Journal*, 12(1), 69–80.

Hanson, R.A. (1997). *The Use of Mediation to Resolve Workers' Compensation Cases*. A Report to the Tenth Appellate of the Court of Appeals of Ohio, National Center for State Courts.

Harris, K.L. & Carnevale, P.J. (1990). "Chilling and Hastening: the Influence of Third Party Power and Interests on Negotiations" *Organization Behavior and Human decision Processes*, 47, 138–160.

Shack, J.E. (2007). *Bibliographic Summary of Cost, Pace and satisfaction Studies of Court-Related Mediation Programs* (2nd ed.). Center for Analysis Of Alternative Dispute resolutions Systems.

Wall, J.A. & Chen-Serafin, S. (2009). "Processes in Civil Case Mediations". *Conflict Resolution Quarterly*, 26(3), 261–291.

**חלק שלישי – חוזה עבודה וזכויות העובד
במישור האישי**

היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה

מאת

שלומית יניסקי רביז*

א. הקדמה. ב. חשיבותם של יחסים – היבטים פסיכולוגיים. ג. חשיבות היחסים במקום העבודה. ד. חוזה יחס. ה. קניין יחסים. ו. ביקורת על גישת היחסים בעבודה. ז. מהכלל אל הפרט – יישומה של גישת היחסים בעבודה; 1. חובת השימוע; 2. התנכלות תעסוקתית; 3. הכרה במתח ובדיכאון בעבודה כתאונת עבודה; 4. פיצויי "עגמת נפש"; 5. זכויות קניין בתוצרי שירות רוחניים. ח. סיכום.

א. הקדמה

יחסים בין-אישיים נתפסים כחלק מרכזי של הקיום האנושי.¹ יחסים אלו הם רכיב קריטי במקום העבודה. היחסים הבין-אישיים בעבודה, לצד רכיבים פסיכולוגיים אחרים, מעצבים את אישיותו של העובד, מגדירים את זהותו, ומהווים נדבך בעל חשיבות ניכרת בתהליך

* חברת סגל בית הספר למשפטים הקריה האקדמית אונו. Yale Information Society Project (ISP), Fellow, Yale Law School. ראש מרכז שלום למחקר משפטי השוואתי, הקריה האקדמית אונו, בעלת תואר ראשון בפסיכולוגיה, במדעי החיים ובמשפטים, דוקטור למשפטים. מאמר זה מוקדש באהבה ובהערכה רבה לכבוד השופטת בדימוס אלישבע ברק-אוסוסקין, לשעבר סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה, אשר תפיסת החיים המשפטית והאישית שלה העניקה לי ההשראה לכתיבת המאמר בנושא ולקשירת הקשר בין יחסים בין-אישיים לתחום דיני העבודה. נראה כי קשר זה בין יחסים ועבודה עובר כחוט השני בפסקי הדין המלומדים שנתנה כבוד סגנית הנשיא לשעבר במשך השנים, גם אם הדברים לא כונו מפורשות בשמות המשמשים כאן. בהזדמנות זו אני מודה לה על תרומתה העצומה וחסרת הפשרות לעיצוב החברתי של דיני העבודה בישראל. הנני מודה לגב' שרון אגם, פסיכולוגית קלינית וחינוכית, על הארותיה מתחום הפסיכולוגיה הטיפולית.

1 ראו לדוגמה WILLIAM RONALD D. FAIRBRAIN, AN OBJECT RELATIONS THEORY OF THE PERSONALITY (1954); DONALD W. WINNICOT, THE USE OF AN OBJECT AND RELATING THROUGH IDENTIFICATIONS (1969); DONALD W. WINNICOT, PLAYING AND REALITY (1971). שטען, בניגוד לפרוייד, כי האדם אינו מונע על ידי הצורך לשחרר דחף בלבד, אלא יש לו צורך בסיסי להיות בקשר. ראו גם ה"ש 3 להלן.

ההגשמה העצמית. מאמר זה מנסה לקשור במישרין את התחום הפסיכולוגי עם תחום העבודה ולהוביל למסקנה כי לגישות פסיכולוגיות בכלל ולגישה שתכונה על ידי "גישת היחסים" בפרט חשיבות מכרעת במסגרת ההתרחשויות במקום העבודה. אחת המסקנות המרכזיות העולות מהממשק שבין התחומים היא כי יש להקדיש לגישת היחסים חלק מרכזי במסגרת השיח בנושא ההצדקות בדיני העבודה. גישה זו באה לידי ביטוי בשיח הקיים כיום, אך נדמה כי היא מצויה בשוליו, ואין ניתן לה משקל ראוי בעיצוב ההלכות. כתיבה הקושרת גישות אישיותיות פסיכולוגיות עם דיני העבודה אינה נפוצה. מאמר זה מנסה להשלים חסר זה. בעיקרו דן המאמר בחשיבות הפסיכולוגית של יחסים בכלל ומתמקד בחשיבותם של היחסים בין עובד למעביד במקום העבודה ובצורך להתחשב בגישת היחסים בעת עיצובם של דיני העבודה כמו גם בפרשנות הניתנת להם. קבלת התזה המוצגת במאמר זה תגרום לא רק לחשיבה מחדש על הנורמות הקיימות אלא גם לשינוי מהותי של חלק מהנורמות בתחום דיני העבודה, כפי שיודגם בחלקו האחרון של המאמר.

בחלקו הראשון של המאמר מוצגת גישת היחסים מנקודת מבטן של תאוריות בפסיכולוגיה. לאחר מכן דן המאמר בחשיבות היחסים במקום העבודה תוך התמקדות בחוזה הפסיכולוגי בעבודה. בהמשך הדברים מוקדש פרק לנושא חוזה העבודה כ"חוזה יחסים". פרק אחר דן בתאוריה של קניין כיחסים ונפקותה למושא המאמר. המאמר אף מביא טיעוני ביקורת על גישת היחסים בעבודה. בסיום המאמר ייעשה מעבר מן הכלל אל הפרט וינותחו דוגמאות לכללים מתחום דיני העבודה, אשר יקבלו משמעות חדשה לאור יישום גישת היחסים המוצגת בו.

ב. חשיבותם של יחסים – היבטים פסיכולוגיים

הגישות הפסיכולוגיות המוצגות במאמר זה מדגישות ערכים של קידום יחסים ואת חשיבותם של היחסים הבין-אישיים בחיי הפרט ולרווחתו. גישות אלו משפיעות על ההסדרים המשפטיים הגם שמקורן לרוב בדיסציפלינות חוץ-משפטיות. בחלק זה נתמקד בהנמקות המתבססות על תאוריות פסיכולוגיות המדגישות את התפקיד החיוני שממלאים יחסים בין-אישיים בהווה של כל אדם, לרבות העובד במקום העבודה. אין ספק כי יחסים בין-אישיים חשובים לקיום האנושי.² חלק מהחוקרים בתחום הפסיכולוגיה של הטבע האנושי המנסים להסביר בין היתר מדוע אנשים מתנהגים בדרך

2 לתופעה של הטבעה (imprinting) כמקור ראשון ליחסים בין-אישיים ראו: KONRAD Z. (1981) THE FOUNDATION OF ETHNOLOGY; LORENZ, L. לצורך בקשר בין-אישי מגיל צעיר, תופעה המכונה attachment, ראו לדוגמה: MARY D. SALTER AINSWORTH, MARRY C.

מסוימת, מדגישים את חשיבותן של הסביבה והחברה שבהן האדם חי, אך במיוחד את חשיבותם של הקשרים האישיים לאישיותו של האדם. לגישה זו שותפים חוקרים חשובים רבים, ובהם אריקסון, סקינר, בנדורה, פורם, סליבן והורני.³ לדעת חוקרים אלו, העקרונות המרכזיים בהתנהגות האדם אינם בהכרח חלק מולד ומקובע בקרב האינדיווידואל, כגון בצרכיו (Needs), בתכונות האופי שלו (Traits), באינסטינקטים שלו, בתורשה הביולוגית, ביצורו המולדים או ברצונותיו,⁴ אלא מקורם עשוי להיות בגורמים סביבתיים. אלו טוענים שמהותו והתנהגותו של האדם נרכשות, משתנות ומשתנות בהשפעת הסביבה כפי שהיא מתווכת על ידי פרטים אחרים.⁵ תאוריות אלה מדגישות כי אישיות האדם מתפתחת בעקבות אינטראקציה עם הסביבה.⁶ לכן הן עשויות לשמש בסיס לטיעון כי יחסים בין-אישיים, לרבות במקום העבודה שבו מבלה האדם המודרני חלק ניכר מיומו, קריטיים לבני האדם. זו הסיבה שיש לפתח ולקדם כלים שמעודדים קיומם של יחסים. קבוצת חוקרים זו, ובמיוחד סליבן, ובנדורה,⁷ הדגישו את האופי הדינמי של האישיות. סליבן יצא נגד התפיסה כי האדם צומח מתוך מבנים פנימיים של תכונות פיזיולוגיות. לטענתו, התנהגותם של בני האדם נוצרת ומשתנה באמצעות אינטראקציות חברתיות, וכאמור אינה מבוססת על מקור פנימי אישיותי קבוע, המלווה את האדם כל ימי חייו. אפשר לומר אפוא כי יחסים בין-אישיים אינם רק תורמים להתפתחותו של כל אדם – הם ה"יוצרים" את ה"אישיות", ובלעדיהם – אין. היחסים הם שמעניקים

- BLEHAR, EVERETTE WALTRES & SALLY WALL, PATTERNS OF ATTACHMENT: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF THE STRANGE SITUATION (1978).
- LARRY A. HJELLE & DANIEL J. ZIEGLER, PERSONALITY THEORIES – BASIC ASSUMPTION, RESEARCH AND APPLICATIONS (2nd ed. 1981): Erik Erikson, *A Psychosocial Theory of Personality Development*, *ibid.*, 113; Burrhus Frederic Skinner, *A Behavioristic – Learning Theory of Personality*, *ibid.*, 189; Sigmund Freud, *A Psychoanalytic Theory of Personality*, *ibid.*, 29; ALBERT BANDURA, SOCIAL LEARNING THEORY (1977); SULLIVAN HARRY STACK, THE INTERPERSONAL THEORY OF PSYCHIATRY (1953); HORNEY KAREN, FEMININE PSYCHOLOGY (Harold Kelman ed., 1967); WILLIAM B. ARNDT, THEORIES OF PERSONALITY (1974); עמנואל ברמן, אמירה אופנייהמר וסיגל השילוני מבוא לפסיכולוגיה: תיאוריות על האישיות, מדידה והערכה, פסיכולוגיה ופסיכופתולוגיה יחידות 10–12 בעמ' 32–37 (1990).
- Gordon Allport, *A Trait* ; 320–281, 187–153 בעמ' 3, לעיל ה"ש 3, HJELLE & ZIEGLER *Theory of Personality*, בתוך HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3; Henry Murray, *A Need* ; 3 בעמ' 3, לעיל ה"ש 3, HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3.
- HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3, עמ' 278–237, BANDURA ; לעיל ה"ש 3.
- HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3, עמ' 35–34, BANDURA ; לעיל ה"ש 3, פיתח תאוריות המבוססות על למידה חברתית וראה באדם תוצר של התנסויות ולמידה קודמות.
- SULLIVAN, לעיל ה"ש 3; BANDURA ; לעיל ה"ש 3.

לאדם את הערך, את המשמעות ואת ההגדרה העצמית שלו.⁸ האדם משתנה במפגשים חברתיים עם אנשים שונים. במפגש אחד יהא אקטיבי, דומיננטי ובעל ביטחון, ובמפגש אחר ירגיש חוסר ביטחון ויימנע מלהביע עצמו. עם אנשים מסוימים האדם חש שמח, ועם אחרים חש מדוכא ומושפל. ככלל, לפי תאוריית אישיות זו, אין לבני אנוש אישיות קבועה. הגדרת האדם היא פונקצייה של היחסים שהוא מקיים. ה"אישיות" היא אילווייה המשתנה באופן היפותטי על פי האינטראקצייה הבין-אישית ואיננה ישות תאורטית קבועה.⁹ לאדם אין עצמיות אלא במסגרת האינטראקצייה החברתית. הפרט הוא צומת מפגש של מערכות יחסים בין-אישיים. לפיכך סבר סליבן כי אין טעם לנתח את הפרט המבודד אלא רק במסגרת יחסיו עם אנשים אחרים בהקשרים שונים (כגון במשפחה או בעבודה). גישה זו עולה בקנה אחד עם גישות פסיכולוגיות חברתיות שלפיהן כל עקרון האישיות מוטעה כיוון שהוא יוצא מנקודת מבט אינדיווידואלית. תפיסה נכונה יותר תכיר בישות האנושית דרך יחסים חברתיים, כיוון שאנשים הם יצורים חברתיים.

"Persons are embedded in language, history and culture which are social creation. There can be no such thing as person without society".¹⁰

גישה קיצונית יותר טוענת כי אין מושג כגון "אישיות". לדוגמה, יום טען שהאדם הוא אוסף של גישות, וכי התחושה של זהות עצמית היא אשליה.¹¹ גם אם אין מקבלים את התאוריה הזאת כהסבר יחיד ובלעדי להתפתחות האישיות, אין ספק, כפי שסוברים בשנים האחרונות פסיכולוגים של האישיות, כי ההתנהגות האנושית נשלטת על ידי קשרים מורכבים בין תהליכים פנימיים וגורמים סביבתיים. לפיכך היחסים הבין-אישיים חשובים מאוד לקיום נפש האדם. תימוכין לגישה זו מצויים אצל חסידי המודל הסביבתי (Environmental Model), שלפיהם לסביבה (ולא לגורמים גנטיים) משקל מכריע בהתפתחות האדם. עמדת התאורטיקנים של המודל הסביבתי הושפעה מגישתם של האמפיריציסטים הבריטיים, ובראשם הפילוסוף ג'ון לוק, שלפיה האדם נולד "לוח חלק", ועליו נחרתות במהלך החיים חוויות והתנסויות שונות המעצבות את אישיותו.¹² לגישות המדגישות את חשיבות היחסים להתפתחות אישיותו של האדם צד משלים. גישות פסיכולוגיות רואות ב"חסימת" היחסים בחיי האדם מכשלה הגורמת לאנומליה

8 ברמן, אופנייהמר והשילוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32–37.

9 שם, הפרסוניפיקציה, דהיינו הדימוי שיש לאדם בנוגע לעצמו או לאחר, מתפתחת מתוך התנסות עם אחרים.

10 SULLIVAN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

11 ראו ברמן, אופנייהמר והשילוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

12 שם, יחידה 12, עמ' 17.

ומצוקה. מקרים קיצוניים של היעדר יחסים תקינים עלולים לגרום הפרעה נפשית. הפסיכולוג אלפרד אדלר הבחין בין אישיות נורמלית, המסתגלת למצבים חברתיים, לבין אישיות המתפתחת על רקע יחסים בלתי תקינים, והיא מאופיינת באישיות אבנורמלית נירוטית.¹³ הפרעות אלה אינן מוקד המחקר שלפנינו, אולם ציון כאן נועד להדגיש את החשיבות הרבה של יחסים תקינים במעגלי החיים, לרבות במקומות עבודה, להתפתחות אישיות נורמטיבית. ההפרעות הנובעות מהיעדר יחסים תקינים מאובחנות ב-DSM-III-R, הספר המגדיר אנומליות פסיכולוגיות.¹⁴ אנומליות בולטות של האישיות הנובעות מכשל ביחסים הן רדידות רגשית וחוסר יכולת לקיים מערכות יחסים קבועות בעלות חשיבות, לרבות יחסים במסגרת מקום העבודה.¹⁵

במאמר זה, הדין בהשפעתם של היבטים פסיכולוגיים על תחום המשפט, אני מבחינה בין התאוריה הרואה במשפט, לרבות דיני העבודה, כלי לקידום יחסים לבין התאוריה הרואה במשפט כלי לפיתוח האישיות.¹⁶ מחד גיסא אפשר לראות בגישת היחסים נדבך נוסף בתאוריות משפט לקידום האישיות. יחסים הם חלק מהבניית האישיות. מאידך גיסא לגישת היחסים קיום בפני עצמה. שתי התאוריות האלה שונות זו מזו בין היתר בזה שהתאוריות העוסקות במשפט ככלי לקידום האישיות רואות ביחסים בין אדם לחפצים חיצוניים אמצעי חשוב לפיתוח האישיות,¹⁷ ואילו תאוריות של קניין כיחסים רואות ביחסים עם בני אדם – ולא עם חפצים – מרכיב מרכזי במהותו של האדם. על פי תאוריית היחסים, הדגש עובר מהאישיות עצמה לכינון יחסים עם הסביבה. אף הביסוס הפסיכולוגי-תאורטי של גישות אלו

13 HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70–110.

14 ברמן, אופנייהמר והשילוני, לעיל ה"ש 3, ביחידה 12, עמ' 17. "הפרעת אישיות אנטי סוציאלית" היא הפרעת האישיות היחידה שזכתה במהימנות אבחנתית גבוהה. מרבית המחקר בתחום הפרעות האישיות התמקד בהפרעה זו. הכוונה לחוסר רגישות קיצוני לזכויות הזולת, לרגשותיו, וכן בהיעדר רגשות אשם ובהיעדר סבל מן ההפרעה. האבחון על ידי התנהגות אנטי-סוציאלית רצופה הוא על פי ארבעה מדדים: עבודה, הורות, קשר עם בני זוג וכיבוד חוקים.

15 שם, בעמ' 105–109, 111–112. זוהי הפרעת אישיות גבולית המאופיינת בחוסר יציבות ביחסים. הפרעת אישיות אחרת המתאפיינת בחסך ביחסים משמעותיים היא הפרעת אישיות נרקיסיסטית.

16 לדוגמה על ידי אפשרור החצנת האישיות ופיתוחה באמצעות הקניין הפרטי, כטעם המצדיק הקניית קניין פרטי. ראו: GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT* (Thomas Malcolm Knox Trans., 1945); MARGARET JANE RADIN, *REINTERPRETING PROPERTY* 35–71 (1993); Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 *STAN. L. REV.* 957 (1982).

17 תאוריה פסיכולוגית תומכת היא התאוריה של מלני קליין. ראו מלני קליין *כתבים נבחרים* (2002).

שונה. המונח "אישיות" – Personality – מקבל משמעות שונה מן המקובל. גישות המדגישות את היחסים כרכיב מרכזי אינן מייחסות לאדם אישיות פנימית וקבועה אלא התנהגות משתנה. לדוגמה, אין אדם נדיב אלא אדם המגלה – ביחסים מסוימים – נדיבות כלפי האחר. האדם אינו אגרסיבי או ביישן מטבעו אלא מתנהג התנהגות שונה על פי האינטראקציה החברתית שבה הוא נמצא: ביחסיו עם אנשים מסוימים הוא יגלה ביישנות וביחסיו עם אחרים הוא יתנהג בהחצנה ובביטחון. לעומת הגישה הזאת קיימת הגישה הרואה באישיות מבני אופי קבועים.¹⁸ תאוריות המתמקדות בפיתוח האישיות באמצעות אובייקטים חיצוניים (מוחשיים או רוחניים) מסתמכות על תאוריות פסיכולוגיות ועל פילוסופיות בנושא הבניית האישיות באמצעות יחסי אובייקט (Object Relations Theory). תאוריות אלו שונות מתאוריות המדגישות יחסים בין-אישיים. תאורטיקנים-פסיכולוגים מובילים, כגון דונלד ויניקוט ומלני קליין, נושאי הדגל של גישת יחסי האובייקט, טענו כי יחסים עם אובייקטים בשלבים שונים של החיים הם שמפתחים את אישיותו של האדם.¹⁹ במאמר זה ברצוני כאמור להתמקד בגישת היחסים בעבודה, אך אוסיף שלדעתי ההבדלים בין הגישות אינם קוטביים. תאורטיקנים-פסיכולוגים המצדדים בתאוריות של יחסי אובייקט יוצאים מנקודת הנחה דומה לנקודת המבט של התאורטיקנים-הפסיכולוגים המדגישים חברה, תרבות ויחסים. אלה גם אלה מתנגדים למיקוד תשומת הלב בפנימיות ביולוגית-פיזיולוגית של האדם ורואים ביחסים חיצוניים של האדם חלק מקיומו ומהגדרתו. תאורטיקנים בעלי גישה של יחסי אובייקט אינם רואים בהכרח באובייקט המוחשי את מושא ההשקעה של ה"ליבידו" האנושי (על ידי הביטוי הפנימי שלו). הביטוי "אובייקט" אינו בהכרח חפץ דומם או דבר שאינו חי ואינו אמצעי בלבד.²⁰ עיון מעמיק בתאוריות אלו מגלה שהכוונה בהן היא בעיקר לפיתוח של יחסים בין-אישיים עם דמויות משמעותיות (כגון ילד – אם). הזולת המשמעותי והגרסה המופנמת שלו. הדגש אינו רק ביחסים הממשיים עם הזולת

18 HJELLE & ZIEGLER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 281.

19 דונלד וורד ויניקוט הילד, משפחתו וסביבתו (יהודית כפרי מתרגמת, 1988); Donald W. Winnicott, *The Aims of Psychoanalysis Treatment*, in DONALD WINNICOTT, *THE MATURATIONAL PROCESS AND THE FACILITATING ENVIRONMENT* 166 (1965). על גישתה של קליין ראו לעיל ה"ש 17. כן ראו בספרו של ג'ונתן מילר מחשבות על מחשבות: שיחות עם חוקרי פסיכולוגיה (ג'ונתן מילר עורך, מאיר ויזלטיר מתרגם, 1986); חנה סגל מלאני קליין (1998); ברמן, אופנייהמר והשילוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38–55. הדגש בתאוריה זו הוא בתפיסה הפנימית של חפצים וחוויות חיצוניות.

20 חלק מהתאורטיקנים מתייחסים במונח "אובייקט" לחפץ מוחשי. לדוגמה, המונח שטבע ויניקוט "אובייקט מעבר" (Transitional Object), הוא אותו חפץ אהוב שפעוט נצמד אליו כמקור להרגעה חלופי לאם. התינוק משליך על החפץ מעולמו הפנימי (לדוגמה מגבת מטבח אצל בני הגדול, או שמיכה אצל בתי הקטנה).

אלא גם בחוויה שלנו, שבה הזולת הוא חלק מעולמנו הפנימי.²¹ לדעת רולנד פרברן לדוגמה, המטרה הבסיסית של האדם אינה סיפוק היצרים אלא יצירת קשר משמעותי עם הזולת.²² היחסים חשובים לשימורם כחוויה, זיכרון או דמיון בעניינם.

נראה כי חשיבותם של היחסים להתפתחות האישיות אינה נתונה בספק. אפשר לסכם כי ההנחה של זרם חשוב בתאוריות של חקר האישיות היא החשיבות הקריטית של יחסי אנוש לקיום האנושי האינדיווידואלי. חשיפה ועידוד של יחסים ומפגשים חיוביים יובילו לא רק לתחושות אישיות חיוביות אלא גם לכינון אישיות בריאה ונורמטיבית. מכאן חשיבותם של כלים מתווכים, ובהם הכלים המשפטיים, לאפשר מימוש הצרכים הבסיסיים של האדם. לדעתי, על רקע זה יש לפתח ולפרש את הכללים המשפטיים, ולענייננו – בסוגיות העוסקות בדיני עבודה. דא עקא שנראה כי האספקט הזה של השיח המשפטי בכלל ושל דיני העבודה בפרט אמנם קיים, אך נדחק עד היום לשולי השיח.

השאלה העולה בהקשר הנדון היא כמובן מדוע נבחרה הפסיכולוגיה לחיזוק טענה הלקוחה מתוך השיח המשפטי. נקודת המוצא המחקרית היא כי הכללים המשפטיים נועדו להשגת מטרות וערכים החשובים לקיום האנושי.²³ לדעתי, אחת המשימות של התאוריות המשפטיות היא לזהות את הערכים הראויים לקידום, לבדוק אם המשפט משמש בפועל לקידומם, לאזן בין ערכים שונים ולשנות המשפט כמתבקש.²⁴ במובן זה המשפט הוא אמצעי ולא מטרה. הפסיכולוגיה היא חלק מהמערך הקיומי של בני האדם. לפיכך חקר הפסיכולוגיה והתאוריות הפסיכולוגיות הופך להיות נדבך חשוב במחקר המשפטי ובמטרות שבבסיס קיומו של המשפט. במקרה הנדון הובאו בקצרה תאוריות שלפיהן יחסים בין-אישיים הם חלק קריטי ממהותו של האדם. ומכאן צומח תפקידו של המשפט לקדם

21 ברמן, אופנייהמר והשילוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38; ראו גם: HEINZ KOHUT, ANALYSIS OF THE SELF: SYSTEMATIC APPROACH TO TREATMENT OF NARCISSISTIC PERSONALITY DISORDERS (2000). קוהוט לדוגמה מדגיש את חשיבות תחושת הערך הנרקיסיסטית ליכולת האדם לחוש חיוני ובעל "כיוון". לשם כך הוא זקוק ליחסים תקינים עם זולת שהוא אובייקט בעל יכולת הכלה ובעל ערך.

22 WILLIAM RONALD DODDS FAIRBAIRN, AN OBJECT RELATIONS THEORY OF THE PERSONALITY (1954). האני הליבידיאני הוא אותו חלק של האני המחפש את הקשר לזולת. לחיפוש זה יש גם ביטוי מיני.

23 אהרון ברק פרשנות במשפט כרך א: תורת הפרשנות הכללית 373–423 (1992): "תכליתו של חוק אינה להגשים את כוונתם של חברי הגוף המחוקק, אלא להביא לשינוי חברתי מסוים" (שם, בעמ' 375); ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).

24 שם. לדעה כי התאוריה המשפטית עומדת בפני עצמה ראו Hanoach Dagan & Roy Kreitner, *The Character of Legal Theory*, 96 CORNELL L. REV. 671 (2011).

ולעודדם. יתרה מכך, בכתוב תאורטיקנים בתחום המשפט על ערכים הראויים לקידום הם מסתמכים במידה רבה על מקורות פילוסופיים.²⁵ לדעתי, המקורות הפסיכולוגיים הם בסיס מוצק לא פחות. מדובר במחקרים שאינם רק תאורטיים אלא גם מעשיים המסתמכים פעמים רבות על מחקרים אמפיריים (לעומת המקורות הפילוסופיים המקובלים, הנשארים לרוב בגדר תאוריות בלבד).

יחסים אישיים הם כל אותן מערכות יחסים אשר החברה מתייחסת אליהן כאל מערכות חשובות ובעלות ערך לאדם באשר הוא אדם, והיא מעוניינת להגן עליהם. לדעתי קידום היחסים עומד בשורה אחת עם ערכים כגון חירות ואוטונומיה. הכוונה לכל אותן מערכות יחסים שבלעדיהן נוכל אך בקושי לציין שאנו בני אנוש, כגון יחסי ידידות, אמון ואחריות. כדי שתפתח מערכת של יחסים אישיים יש לטפחה, כפי שיש צורך לטפח כל עניין אחר שאנו רואים בו חשיבות. עולם המשפט אינו יכול תמיד ליצור מערכות יחסים בין אנשים, אולם הוא יכול להעניק את התנאים הדרושים להתהוותן של מערכות יחסים, לעודדן, ולחלופין – לאפשר פגיעה בהן.²⁶ לדעתי יחסים אישיים הם רק חלק מן הגורמים הפסיכולוגיים החשובים שעל המשפט לקדם. דיון בכלל הגורמים החשובים דורש מחקר נפרד, אולם אפשר לציין ערכים שונים, ובהם כבוד האדם, פיתוח האישיות והגשמה עצמית ואף הגנה על שלוות נפשית של האדם (לעומת מתח נפשי). על המשפט, לגרסתו, לפעול באופן מודע לקידומם.²⁷

25 הקשר הבין-אישי הוא הכלי האנושי לצמיחה, הכלה ושינוי. הבנת חשיבות היחסים היא כלי לשינוי חיובי. ראו תומס ה' אוגדן על אי היכולת לחלום (2011). הגישות האינטר-סובייקטיביות בפסיכולוגיה רואות ביחסים שבין המטפל למטופל את הכלי המרכזי לשינוי בטיפול. הפסיכולוג איננו רק משקיף חיצוני ומתבונן. מה שקורה בחדר הטיפול הופך לכלי המרכזי, כולל טכניקות של חשיפה עצמית של המטפל.

בהקשר המשפטי, ראו לדוגמה RADIN, לעיל ה"ש 16 וכן חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 30, 37 (2005); דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות תכנון שאינן מזכות בפיצוי 30–43 (עבודת גמר לתואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, 1994).

26 הזכות לפרטיות והזכות לפרסם מידע בשל עניין ציבורי 38 (חיבור לתואר "דוקטור", אוניברסיטת בר אילן, הפקולטה למשפטים, התשנ"ה).

27 ראו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, התשל"ג–1973, ה"ח 1085: "פיתוח האישיות: כל אדם זכאי לחופש לפיתוח אישיותו, ככל שאין בכך פגיעה בזכויות הזולת"; להב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 30–56; ההכרזה האוניברסלית לזכויות אדם והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, at 71, U.N. GAOR, 3d Sess, 1st plen. Mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948) art. 27(1)(2), www.hri.ca/uninfo/treaties/1.shtml; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200A, at

ג. חשיבות היחסים במקום העבודה

הנשיא אדלר כתב באחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בשנים האחרונות כי "מקום עבודתו של אדם, שבו הוא מבלה לכל הפחות שליש מימו, אינו אמצעי השתכרות בלבד, כי אם מקום שממנו הוא מבקש להפיק סיפוק והגשמה עצמית".²⁸

המאמר ידון בשאלת חשיבותם של יחסי העבודה בהקשר האישיותי הפסיכולוגי תוך הדגשת היחסים בין העובד למעביד (בעצמו או על ידי נציגיו בהנהלה). יחסים בין-אישיים הם חלק בלתי נפרד ממקום העבודה. ליחסים המתפתחים במסגרת העבודה חלק מהותי ומרכזי מבחינה אישיותית-פסיכולוגית בחיי האדם הבוגר. מקום העבודה הופך להיות רכיב מרכזי בהגשמה העצמית. התמודדות עם מיוחדותם של היחסים בעבודה מצדיקה לדעתי התייחסות החורגת מיישום כללי המשפט הרגילים.²⁹ המטרה העיקרית של המאמר היא למסד את חשיבות הממד הפסיכולוגי ככלי לגיטימי לניתוח יחסים במקום העבודה.

חוקרים בתחום הפסיכולוגיה והניהול פיתחו את תאוריית החוזה הפסיכולוגי בעבודה. החוקרים זיהו שניוניות ביחסי העבודה. לצד יחסי העבודה הפורמליים-משפטיים (חוקי העבודה, תקנון המוסד, ההסכם הקיבוצי, החוזה האישי בין העובד למעביד) מזהים חוקרים מתחום הפסיכולוגיה התקשרות אלטרנטיבית במסגרת יחסי עבודה המגבשת לדעתם את "החוזה הפסיכולוגי" במקום העבודה.³⁰ כאשר אנשים מתקשרים עם ארגון ביחסי עבודה

49, U.N. GAOR, 21st Sess., U.N. Doc. A/6316 (15, Dec. 16, 1966) art. 15, www.hri.ca/uninfo/treaties/2.shtml

28 ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999). הגבלה על ניירות העובד תפגע בזכותו להגשים את עצמו.

29 שלומית יניסקי רביד "תמורות במשפט העבודה ותורת הצדק הרולסיאנית" קרית המשפט ד 418–415, 403 (2005–2004) (להלן: יניסקי רביד "תמורות"); שלומית יניסקי רביד "הצדקות חברתיות ומשפטיות לקיומו העצמאי של בית הדין לעבודה" בית הדין לעבודה – על פרשת דרכים (קובץ מאמרים מיום עיון בנושא זה, עוזר כרמי ושלומית יניסקי רביד עורכים, 2003).

30 על החוזה הפסיכולוגי במקום העבודה ראו DENISE ROUSSEAU, PSYCHOLOGICAL CONTRACTS IN ORGANIZATIONS (1995); David E. Guest, *The Psychology of the Employment Relationship: An Analysis Based on the Psychological Contract*, 53 APPLIED PSYCHOLOGY – AN INT'L REV. 541 (2004). לדעתו, יש לשנות את החוזה בעבודה על פי החוזה הפסיכולוגי. יחסי עבודה השתנו עקב "שבירתם" של הארגונים במדינות אנגליות-אמריקאיות לצד פקטורים אחרים, כגון העניין הגובר באיזון עבודה-חיים. לכן יש מקום להיווצרותם של דפוסים שונים שיאפיינו את יחסי העבודה החדשים. Jone L. Pearce, *Toward an Organizational Behavior of Contract Laborers: Their Psychological Involvement and Effects on Employee Co-Workers*, 36 JSTR – ACADEMY OF MANG. J. 1082 (1993). Pearce לא מצא הבדלים בהתחייבות מורלית, מחויבות ומעורבות של קבלנים עצמאיים עם שכירים בקרב קבוצת המהנדסים. ראו גם: J. KELLY, RETHINKING INDUSTRIAL

נוצרים עם הזמן יחסי גומלין בין העובד לאחרים. המאמר מתמקד ביחסים שבין העובד למעביד או למנהלים או נציגים מטעם המעביד. לכל אחד מהצדדים יש מערכת מורכבת דינמית של ציפיות ואינטרסים. דא עקא שרק חלק קטן ממערכת זו בא לידי ביטוי בהסדרים המשפטיים. על אף חשיבותה לעיצוב היחסים וההתרחשויות ואף על פי שאין להבין את ההתפתחויות במקום העבודה ללא מערכת זו – היא נותרת, במקרים רבים, מחוץ לשיח המשפטי.

החווה הפסיכולוגי מתחיל מראיון העבודה, מתקיים בעת ביצוע העבודה ומשפיע אף בעת חופשה ולאחר סיום העבודה. טרם תחילת העבודה – בעת ראיון העבודה – נוצר מפגש אישי בין העובד למעביד (או למי שמייצגו). העובד חווה חוויה רגשית־אישיותית היוצרת אינטראקצייה אישית שיש בה כדי להשפיע על אישיותו. האדם מצוי בסיטואציה פסיכולוגית־רגשית רגישה. הוא נרגש, מנסה להרשים את הזולת, הוא תלוי בהסכמתו של הזולת לקבלתו לעבודה, ומצב זה יוצר תחושת נחיתות ותלות בזולת.³¹ סיטואציה רגשית זו אינה מאפיינת בהכרח את אישיותו כפי שהייתה באה לידי ביטוי בסיטואציות אחרות. התנהגותו והסכמותיו מושפעות מהאינטראקצייה המיוחדת.

במהלך העבודה יש ליחסים חלק חשוב בעיצוב ממדים פסיכולוגיים של העובד. נראה כי העבודה היא המקור העיקרי להערכה עצמית ולהגשמה עצמית אצל מרבית בני האדם הבוגרים. עבודה במקצועות מסוימים עשויה להעצים את תפיסת האני. ההערכה שלה זוכה אדם בעבודתו – לטוב או לרע – משפיעה על זהותו ועל אישיותו. עלבונות שאדם חווה בעבודתו או אכזבה יבואו לידי ביטוי גם מחוץ לשעות העבודה. המעגלים החברתיים של האדם הבוגר העובד מורכבים לרוב מהאנשים שעמם הוא עובד. העובד לא רק מבלה זמן רב במקום העבודה אלא גם משקיע אנרגייה רגשית רבה בחוויותיו בעבודה, אף מחוץ לשעות העבודה. נתונים אלו משתנים כמובן מאדם לאדם ומתפקיד לתפקיד, אולם עדיין אפשר לאפיין את העבודה כמרכיב פסיכולוגי חשוב ומשפיע בחיי האדם הבוגר.³²

במסגרת ההתקשרות בין עובד למעביד אפשר לדעת להבחין בשני מאפיינים השזורים במארג המורכב של יחסי העבודה: האחד – יחסי העבודה הם חלק נכבד מן ההווה הפסיכולוגית־אישיותית של העובדים; השני – יחסי העבודה הם יחסים דינמיים ארוכי

RELATIONS (1998); F. HELLER, E. PUSIC, E. STRAUSS & B. WILPERT ORGANIZATIONAL PARTICIPATION: MYTH AND REALITY (1998).

Arvey Richard & James E. Campion, *The Employment Interview: A Summary and Review of Recent Research*, 35 PERSONNEL PSY. 281 (1982) 31

Barry M. Staw, Robert I. Sutton & Lisa H. Pelled, *Employee Positive Emotional and Favorable Outcomes at the Workplace*, 5 ORGANIZATION SCIENCE 51 (1994) 32

טווח. היטיב לתאר זאת נשיא בית הדין הארצי לעבודה השופט סטיב אדלר: "יחסי עבודה מבוססים על מערכת של יחסי אנוש מורכבת ומסובכת, שכן בבני אנוש מדובר ובקשרי עבודה המתקיימים במשך שעות רבות ביממה ולאורך תקופה ממושכת".³³ הדבר בא לידי ביטוי בכך שפעמים רבות בעת ההתקשרות עצמה אין לצפות את כלל ההתחייבויות והזכויות שתחולנה בין הצדדים, ובמילים אחרות: את תניות החוזה ה"אמתי". פעמים רבות נוצר פער רחב בין החוזה הפסיכולוגי להתקשרות הפורמלית. יתרה מכך, קשה – ואולי אף בלתי אפשרי – לאפיין את ההתקשרות עצמה במונחים משפטיים עסקיים. ה"תמורה" שעובד מקבל בעבודתו היא בעלת משמעויות פסיכולוגיות הפורצות את גבולות השכר הכספי. תמורה זו כוללת רכיבים של שייכות, תלות, שותפות גורל, הגשמה עצמית, זהות עצמית, מסגרת חברתית, חיבה מהזולת, כוח, כבוד, ביטחון וכיו"ב. רוב אלו אינם באים לידי ביטוי ממשי בחוזה העבודה המשפטי הפורמלי. הדבר נכון גם לעניין תרומתו של העובד, מידת השקעתו, המוטיבציה שלו והתלהבותו. אלו אינן ניתנות לכימות ולמדדה כספית-חוזית.

אף סיום יחסי העבודה הוא הליך בעל השפעה פסיכולוגית ניכרת על האדם. הליך הסיום כולל אלמנטים של פגיעה בכבוד ובתחושת הערך העצמי.³⁴ היחסים שעליהם הסתמך העובד מגיעים לקצם ובמקרים רבים הוא נקלע למשבר נפשי. העובד חווה תחושות שליליות כגון פגיעה בביטחון העצמי, השפלה, משבר זהות ואיבוד אמון בזולת. תחושותיו ופעולותיו בעת סיום העבודה מושפעות מכלל ההשקעות האינדיווידואליות שנעשו בתקופת העבודה. כל אלה אינן באות לידי ביטוי מלא בכלים המשפטיים המקובלים ואף לא בכלים שהתפתחו בתחום דיני העבודה, כגון חובת תשלום פיצויי פיטורים. דא עקא שחציצה בין העולם המשפטי לרגשי מלאכותית. שיקוף ראוי של האמור מצוי בפסק דין מלק, שדן בעובדת שנפגעה קשות מפיטוריה. בית הדין כתב: "עם כל ההבנה לתחושותיה הסובייקטיביות של המערערת, אין בידינו להושיט לה סעד", "מערכת בתי-הדין לעבודה מוסמכת אך לבחון, אם החלטת הפיטורים והליך הפיטורים נעשו לפי החוק".³⁵ אימוץ הגישה המובעת במאמר זה היה מוביל לתוצאה שונה. לדעתי, בעת עיצוב דיני הלכותיו על בית הדין לעבודה להתחשב בפגיעה ביחסים ובתחושות פסיכולוגיות קשות ככל שהן באחריותו ובשליטתו של המעביד, ולתת לאלו משמעות משפטית ממשית (כגון פיצוי עגמת נפש, כפי שיידון להלן).

33 סטיב אדלר "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה" שנתון משפט העבודה 5, 21 (1996).
 34 ראו דברי סגנית הנשיא לשעבר השופטת אלישבע ברק בע"ע (ארצי) 359/99 לוי – רשות השידור, פד"ע לו 400 (2001) והאזכור שם לספר: P.C. WEILER, GOVERNING THE WORKPLACE, THE FUTURE OF LABOUR AND EMPLOYMENT (1990).
 35 ע"ע (ארצי) 1512/02 מלק – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 19.3.2003).

החווה הפסיכולוגי במקום העבודה מתקיים אפוא בד בבד עם החווה הפורמלי, אולם לעתים חשיבותו לפרט רבה יותר.³⁶ התבניות המנטליות הדומיננטיות כל כך במקום בעבודה אינן נכללות פעמים רבות בהסדרים המשפטיים. הן יכולות אף לסתור את הנורמות המשפטיות. אולם הפרתן עלולה לגרום נזק לשני הצדדים.

החווה הפסיכולוגי כולל לדעתי את כלל רכיבי האישיות העולים מיחסים במקום העבודה. רוסו וטיג'ריוואלה הדגישו בעיקר את מערכת האמונות והציפיות של הצדדים במסגרת יחסי עבודה.³⁷ הם הגדירו את החווה הפסיכולוגי כך:

“An individual's belief in mutual obligations between that person and another party such as an employer”.³⁸

ציפיות של עובד מארגון יכולות להיות בתחום התגמול (על כלל רכיביו כאמור), היחס האישי, ההדדיות, יציבות, יכולת השפעה וקבלת החלטות, שקיפות מידע, הערכה, עניין בעבודה ועוד. אף למעביד יש ציפיות מהעובד, ובהן יעילות, אמינות ונאמנות, קבלת סמכות, בלעדיות ויצירתיות.

דגש נוסף מושם בהתפתחות של אמון בין הצדדים. החוקר פוקס שם ערכים כגון אמון והוגנות במרכז הניתוח הפסיכולוגי של חווה עבודה. הוא תיאר את היחסים בין עובד לארגון כמעבר מאמון מועט למלא או כמעט מלא.³⁹

התפתחות היחסים בין עובד לארגון דומה במקרים מסוימים להתפתחות יחסים בין אנשים המצויים במערכות יחסים קרובות (בני זוג). הפתרון של משברים צריך לבוא באמצעות שינוי הקשר שבין הצדדים תוך התאמתו לציפיות הצדדים, באמצעות סיכומים חדשים. החווה הפסיכולוגי הוא דינמי. הדיון בתחום החווה הפסיכולוגי כולל את נקודת המבט של העובד – כיצד מגיב העובד ומהי מידת האמון ושיתוף הפעולה עם המעביד. הדיון כולל אף את בחינת התגובות של המעביד. המעביד יכול לבחור באחת מכמה דרכים להתמודד עם שינוי החווה הפסיכולוגי, ובהן שינוי שיתאים לציפיות העובד, שינוי ציפיות העובד והתעלמות מהעובד. נמצא כי ארגונים ששינו התנהגותם באופן שיתאים לציפיות

36 Guest, לעיל ה"ש 30, בעמ' 544.

37 D. Rousseau & S. Tijoriwala, *Assessing Psychological Contracts: Issues, Alternatives and Measures*, 19 J. OF ORG. BEH. 679 (1998)

38 שם; ALAN FOX, *BEYOND CONTRACT: WORK, POWER AND TRUST RELATIONS* 8 (1974); Fox מעמיד בספרו ערכים כגון אמון והוגנות במרכז הניתוח. הוא מתאר את היחסים שבין עובד למעביד כמעבר מאמון מועט למלא, או קרוב למלא.

39 שם.

העובדים או הסבירו מדוע התנהגו בדרך מסוימת – לא רק שמרו על הרציונל הפסיכולוגי אלא אף היו יעילים יותר.⁴⁰ תרומתו של המחקר הנוכחי לחוזה הפסיכולוגי במקום העבודה מורכבת מכמה אלמנטים.

ראשית, עצם ההכרה בקיומו של חוזה פסיכולוגי ובלגיטימיות השימוש בו מובילה כשלעצמה ליכולת התמודדות טובה יותר בעבודה.⁴¹ עצם הלגיטימציה הדיונית בקיומו ובחשיבותו של החוזה הפסיכולוגי, אף על פי שאינו נראה לעין, מאפשרת התמודדות עם השלכותיו.⁴² יש להכיר בכך שעובד אמנם חותם על החוזה הפורמלי, אך לחוזה הפסיכולוגי יש השפעה ניכרת על התנהגותו בפועל. לפיכך יש לשלבו כרכיב לגיטימי ומרכזי בשיח בנושא הכללים (המשפטיים) החלים על מקום העבודה. שנית, תאוריית החוזה הפסיכולוגי מזהה אלמנטים מרכזיים שיש להתחשב בהם בעת ההתקשרות, לרבות המשפטית, במסגרת העבודה, ובהם שיתוף, הדדיות, הגינות, גמישות והתאמת תנאי ההתקשרות לשינויים בנסיבות.⁴³ ההכרה כי הפרת רכיבים חשובים בעולם הפסיכולוגי אינה מוצאת כיום ביטוי בעולם המשפטי. הליכים המתרחשים במסגרת יחסי עבודה כגון קידום עובדים, "הקפאתם" או פיטוריהם מושפעים מיחסים פסיכולוגיים-חברתיים ואישיים ואינם באים לידי ביטוי בתניות הרגילות שבחוזה הפורמלי. תובנה זו מובילה לצורך בפיתוח כלים נוספים במסגרת ההתקשרות בעבודה שיחולו בכל הקשור ליחסי העבודה. יש לבצע "הרחבת" חוזה העבודה ככל האפשר באופן שיכלול אלמנטים פסיכולוגיים. עם זאת יש להביא בחשבון כי ההסדר המשפטי (המגולם בחוזה הפורמלי) מוגבל ביכולתו לכלול חלק מהרכיבים.

המסקנה היא כי יש לפתח כללים שאינם מתעלמים מהיחסים ה"פסיכולוגיים" שבין הצדדים. יש לנתח את הנורמות המשפטיות הרלוונטיות, הנוגעות לעבודה, לאורם של

40 שם, בעמ' 7; A. Tsui, J. Porter & A. Tripoli, *Alternative Approaches to the Employee-Organization Relationship: Does Investment in Employees Pay Off?*, 40 ACADEMY OF MANAGEMENT J. 1089 (1997).

41 במחקר שנערך בקרב 1,306 מנהלים בבריטניה דיווחו 36% מהם כי השימוש במונח "חוזה פסיכולוגי" שיפר את דרכי התמודדותם עם יחסי עבודה. David Guest & N. Conway, *Communicating the Psychological Contract: An Employer Perspective*, 12 HUMAN RESOURCE MANAGEMENT J. 22 (2002).

42 משה אלון "עם טיפת מזל, החוזה הפסיכולוגי שבין עובד למעביד" מנהלים – הארץ 11, 6, 7 (2006).

43 לדוגמה איתקפות סעיף שבו העובד ויתר על כלל זכויותיו מראש בשל חוסר ההגינות שעלולה להתלוות לויתור זה. ראו שלומית יניסקי רביד "כתב ויתור – תוקפו וכיצד מומלץ לנסחו" גלובס (23.4.2000).

אלו.⁴⁴ ככל שהכלים הללו יתאימו יותר למאפייני הרבדים הפסיכולוגיים המאפיינים את יחסי עבודה, כן יעודדו יתר שיתוף פעולה בעבודה. לצד אלה יש לפתח כלים נוספים, שיטפלו טוב יותר בחובות ובזכויות בעת משבר.

נראה כי אם העובד מצפה למערכת יחסים הדדית נמשכת ביחסיו עם מעבידו, יש לבחון מחדש את ההסדרה המשפטית ביחס להתנהגויות המעוררות בעובדים תחושות ניצול והשפלה ובמידת הצורך לכונן הסדרה זו יש מאין. עובדים יראו בהתנהגות מעין זו של המעביד התנהגות הפוגעת בהליכים פסיכולוגיים של בניית אמון, הנדרש ביחסים תקינים. ככל שיגברו תחושות של אמון והדדיות בקרב עובדים – כן יראו העובדים עצמם מצויים במערכת יחסים מתמשכת שכדאי להם לתרום לה גם בעתיד. באופן זה אף המעביד יוצא נשכר ממערכת יחסים נמשכת.⁴⁵ הכרה במצב פסיכולוגי רגיש של אדם בעת קבלתו לעבודה לדוגמה מעמידה בספק את תקפות החוזים שבהם העובד מקבל על עצמו ויתור גורף על זכויותיו. העובדים יצפו כי במקרים אלו "יפתחו" לדיון מחדש, על פי הנסיבות.⁴⁶

התחושה בעת משבר כי אין מכבדים את ה"חווה" הפסיכולוגי מובילה למרמור ולחוסר שיתוף פעולה לצד פגיעה ברכיבים פסיכולוגיים של העובד.⁴⁷ לכתובה על החווה הפסיכולוגי במקום העבודה יש זיקה לכתובה שהתפתחה באופן בלתי תלוי בנושא חווה יחס.⁴⁸ התאוריה בדבר חווה יחס שתידון להלן אינה נכתבת מנקודת מבט פסיכולוגית, אך היא מדגישה את המשכיות היחסים כממד רלוונטי להבנת התקשרויות, ולכן יש בה חשיבות לפיתוח הדיון בדבר חשיבות היחסים הפסיכולוגיים במקום העבודה.

ד. חווה יחס

התאוריה בדבר חווה היחס (relational contract),⁴⁹ המיוחסת לחוקר איאן מקנייל, מתארת

44 במקום אחר תמכתי בפיתוח מגוון סעדים כגון צו להחזרת עובד למקום עבודתו על ידי בית הדין לעבודה, למשל פיצויי עגמת נפש בגין העלבת עובד, פיצויים ללא הוכחת נזק במקרה של הפליה ועוד. ראו יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 452–458.

45 ראו לדוגמה הדיון שלהלן על חובת ניהול משא ומתן עם גוף המייצג עובדים מנקודת מבט של גישת היחסים. להלן ה"ש 128.

46 Guest & Conway, לעיל ה"ש 41.

47 אלון, לעיל ה"ש 42, בעמ' 6.

48 מאמר שנכתב לאחרונה קושר בין שתי הגישות, ראו Robert C. Bird, *Employment as a Relation Contract*, 8 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 149 (2005).

49 איל זמיר חוק חווה קבלנות, תשל"ד–1974, 391 (1994), וראו אסמכתאות שם; Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1973–1974) (להלן:

התקשרויות בין צדדים על פני רצף. בקצה אחד של הרצף מצויה עסקה עסקית, בודדת, קצרת מועד ונטולת רגשות, ובקצה השני מצויה עסקה שאותה הוא כינה "חוזה יחס".⁵⁰

Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of* ; (Macneil, *The Many Futures of Contracts Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1977–1978) (להלן: *Macneil, Contracts: Adjustment of*); C. J. Goetz & R.E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 *Va. L. Rev.* 1089 (1981); S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963) (להלן: *Macaulay, Non-Contractual*); S. Macaulay, *An Empirical View of Contract*, *Wis. L. Rev.* 465 (1985) (להלן: *Macaulay, An Empirical*); Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 737 ; (View (1999–2000); Mark H. Van Pelt, *Law, Private Governance and Continuing Relationships*, *Wis. L. Rev.* 461 (1985).

בתי המשפט השונים משתמשים בתאוריה בדבר חוזה יחס של מקנייל בפסקי דינם. ההתייחסות היא בעיקר להיות החוזה ארוך טווח ופחות לסממנים אמוציונליים שלו. ראו: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) (חוזה עם בית אבות כחוזה יחס); ע"א 9946/01 אררט נ' המוסד לביטוח לאומי פ"ד נח(1) 103 (2003) (חוזה ביטוח כחוזה יחס); ת"א (מחוזי חי') 1011/98 זיינס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.3.2000) (פוליסת ביטוח באסון גשר המכביה כחוזה יחס שצריך להתאים לנסיבות משתנות); ת"א (מחוזי חי') 10821/97 פז חברת נפט בע"מ נ' ממך (פורסם בנבו, 2.9.2002); בש"א (שלום צפת) 1296/01 מועצה מקומית טובא נ' בנק הפועלים פ"מ התשס"א(3) 606 (2001) (החוזה הבנקאי כחוזה יחס); ע"א 6651/99 הדר נ' קק"ל – באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(1) 241 (2001); וכן ה"פ (מחוזי ים) 105/99 הדר נ' מינהל מקרעי ישראל (פורסם בנבו, 26.7.1999) (חוזה חכירה כחוזה יחס). אף בתי הדין לעבודה דנו בחוזה עבודה כחוזה יחס תוך שימוש בתאוריית חוזה היחס של המלומד מקנייל. בדומה לבתי משפט במערכת הכללית מדגישים בתי הדין לעבודה את טווח השנים הארוך, המאפיין את חוזה היחס, ואת אי-היכולת לחזות את תניות העתיד. ע"ב (אזורי ת"א) 5575/00 פורטיס – מדינת ישראל משרד החינוך (פורסם בנבו, 12.8.2002); ע"ע (ארצי) 600029/97 אליאב – קרן מקפת לפנסיה (פורסם בנבו, 30.5.2002) (הסכם בין עובדים לקרן פנסיה הוא חוזה יחס); ע"ע (ארצי) 300275/98 ויסלר – מוקד (פורסם בנבו, 18.12.2000) (חוזה עבודה כחוזה יחס לעניין מידת תום לב מוגברת); ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000) (חוזה עבודה אינו כולל אך את אותן תניות שהוסכם עליהן בעת היווצרות ההתקשרות בין הצדדים ליחסי העבודה. חוזה עבודה הוא חוזה יחס); עניין לוי, לעיל ה"ש 34. לטענתי, בהקשר של חוזה עבודה יש להדגיש יותר את המרכיבים הרגשיים והתלתיים המאפיינים את חוזה היחס ואת השפעתם על פיתוח כלים מיוחדים לפרשנותו.

ראו: Macneil, *Contracts*: ; לעיל ה"ש 49; Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1977–1978) (להלן: *Macneil, Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*); C. J. Goetz & R.E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 *Va. L. Rev.* 1089 (1981); S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963) (להלן: *Macaulay, Non-Contractual*); S. Macaulay, *An Empirical View of Contract*, *Wis. L. Rev.* 465 (1985) (להלן: *Macaulay, An Empirical*); Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 737 ; (View (1999–2000); Mark H. Van Pelt, *Law, Private Governance and Continuing Relationships*, *Wis. L. Rev.* 461 (1985).

היחסים בין הצדדים המאפיינים עסקה בודדת הם יחסי זרות, בעלי אינטראקציה אישית מוגבלת ופורמלית. בעסקה מעין זו אין משמעות מיוחדת לזהות הצדדים ולתפקידם. אפשר לתכנן את העסקה כבר בשלב הכריתה, שאינו רחוק – במונחי זמן וודאות – משלב הביצוע הסופי. לעומת זאת "חוזה יחס", הנמצא בקצהו השני של קו הרצף, מאופיין במערכת יחסים נמשכת וארוכת טווח, הכוללת רבדים שונים, המשתנים באופן דינמי. יחסים אלו משלבים בתוכם ערכים של סולידריות, אמון ותפיסות צדק. התקשרות בחוזה היחס מאופיינת במעורבות אישית. זהות הצדדים ותפקידם במשך ההתקשרות היא אלמנט קריטי. הצדדים אינם מתייחסים לחוזה הפורמלי ביניהם כממצה. הם מאמינים ביכולתם לשתף פעולה ו"להסתדר" בעתיד על פי השינויים שיחולו. בין הצדדים מתפתחים יחסים בעלי רבדים אישיים של קרבה ואמון. לפיכך התנהגותם וציפיותיהם בהווה ובעתיד אינן מבוססות רק על האמור בתניות החוזה הפורמלי ועל הסכמות בעת ההתקשרות, אלא על ציפייה להתחשבות, הגינות, אמון, גמישות וסולידריות.⁵¹

הכתיבה בתחום חוזה היחס כוללת ביסוס אמפירי. המחקר התפתח על ידי בחינת ממצאי מחקרים בנוגע להתנהגות בני אדם במסגרת מערכות יחסים שונות המלוות בהסכמות חוזיות. מחקרים אלו מאששים את טענת השניוניות של היחסים בעבודה. ממחקרים עלה כי אנשים מתנהגים התנהגות שונה מהכתוב בהסכמות החוזיות.⁵²

51 פריד מדגיש את הפגיעה בציפיות באשר לנושא אי-החזרה לפרטיות. הפגיעה נגרמת מעצם העובדה שאדם מצפה כי לא יפגעו בו. אדם מצפה שינהגו בו בהגינות, וזו המשמעות לדעתו של מתן אמון באחר. Fried, לעיל ה"ש 26; ראו גם אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי של הליך הגישור, הפרק "לקראת תיאוריה חדשה" (2007).

52 "שיקולי כדאיות... והמסוגלות להבין ולהזדהות עם הקשיים שבהם נתון הצד השני, תורמים לגמישות ולדינמיות הקשר החוזה, להימנעות ממיצוי דווקני של זכויות, ולנכונות טבעית להתנהג בדרך מקובלת ובתום לב"; ראו זמיר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 391–393. ראו גם R.W. Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract*, *Law, Wis. L. Rev.* 565, 570 (1985); פינקלשטיין, לעיל ה"ש 51, תחת הכותרת: "רקע לדיון – התיאוריה של חוזה יחס". השיקולים המשפיעים כאמור על התנהגות הצדדים הינם מגוונים, והם יכולים להיות תרבותיים, כלכליים, מוסריים או תמריצים אחרים המוסברים במחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים רבים. ראו בעיקר: Macaulay, *Non-Contractual*, לעיל ה"ש 49; Lisa. Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 *U. Chi. L. Rev.* 710 (1999), המבחינה בין השלב שבו היחסים בין הצדדים טובים, שאז לטענתה הם לא ינהגו לפי החוזה אלא יהיו גמישים ומתחשבים יותר, לשלב שבו היחסים הטובים הסתיימו והצדדים מנהלים עימות בבית המשפט, שאז הצדדים מעוניינים שהוראות החוזה יאכפו באופן נוקשה.

הזרם הדוגל במאפיינים הללו של חוזה יחס "כופר בכוחם של המודלים והמושגים הקלאסיים של דיני החוזים (כריתה, הפרה וכדומה) לתאר, להסביר, לחזות או להסדיר את התנהגותם של הצדדים במערכות יחסים הסכמיות בכלל, ובחוזים ארוכי טווח בפרט".⁵³ יצוין כי אף על פי שהבחנה שעליה כתב מקנייל תאורטית במובן זה שבכל התקשרות אפשר לאתר מאפיינים של שני קצות הרצף – קיימת לדעתי האפשרות לאפיין התקשרויות מסוימות בעלות מאפיינים הקרובים יותר למאפייני חוזה יחס. כדי לעשות כן יש לבחון מאפיינים של כל התקשרות כדי לקבוע את מיקומה על פני הרצף.⁵⁴ הניתוח של מאפייני חוזה יחס מוביל למסקנה כי ניתוח באמצעות כללים משפטיים של התקשרויות בעלות מאפיינים של חוזה יחס צריך להתחשב בהיבטים נוספים, ובהם היבטים פסיכולוגיים וסוציולוגיים שאינם כלולים בהכרח בהתקשרות הפורמלית.⁵⁵

התקשרות במסגרת יחסי עבודה היא לדעתי התקשרות בעלת מאפיינים של חוזה יחס.⁵⁶ תאימותם של יחסי עבודה למאפיינים של חוזה יחס עולה ממחקרים מוקדמים ממחקריו של מקנייל.⁵⁷ התאוריה של לאון גרין, העוסקת ב־Relational Interest, פורסמה בכמה מאמרים (בטווח השנים שבין 1934 ל־1937) שזו כותרתם, וכל אחד מהם מתייחס להשלכה של אינטרסים אלו על נושא אחר (יחסים מסחריים, יחסי משפחה, יחסים חברתיים ועוד). לפי תאוריה זו יש להגן על אינטרסים שיש לאדם ביחסיו עם אחרים. גרין מדגיש את אלמנט ההדדיות ביחסי עבודה. ההדדיות באה לידי ביטוי בתרומה החשובה של העובד והמעביד

53 זמיר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 392. פרופ' זמיר היה הראשון ששילב בישראל את התאוריה בדבר חוזה יחס בשיח המשפט המקומי. לאחרונה גבר השימוש בתאוריה זו בקרב חוקרים בישראל שיישמו אותה בתחומים שונים. ראו לדוגמה בתחום דיני המשפחה, שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית המשפט ד 271 (2004). בתחום הליכי גישור ראו פינקלשטיין, לעיל ה"ש 51.

54 Ian. R. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Nw. U. L. Rev. 340, 437 (1983).

55 J.E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 FORDHAM L. REV. 869, 877 (2002–2003); Amy J. Schmitz, *Refreshing Contractual Analysis of ADR Agreements by Curing Bipolar Avoidance of Modern Common Law*, 9 HAR. NEG. L. REV. 1 (2004); Juliet P. Kostritsky, *When should Contract Law Supply a Liability Rule or Term? Framing a Principle of Unification for Contracts*, 32 ARIZ. ST. L.J. 1283 (2000), Fox; לעיל ה"ש 38.

56 יחסי עבודה דומים לחוזה נישואין יותר מאשר לעסקה בודדת. לניתוח תחומי משפט שונים בהקשר של חוזה יחס ראו: ליפשיץ, לעיל ה"ש 53 (התקשרות זוגית כחוזה יחס); יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29 (יחסי עבודה כחוזה יחס); פינקלשטיין לעיל ה"ש 51 (גישור כחוזה יחס).

57 Peter Linzer, *The Decline of Assent: At will Employment As a Case Study of the Breakdown of Private Law Theory*, 20 GA. L. REV. 323 (1985–1986).

למיזם המשותף.⁵⁸ אם מתייחסים ליחסי עבודה כמערכת יחסים הדדיים נמשכת, יש לכבד את התחייבויותיהם של שני הצדדים ואת האינטרסים הנלווים, לרבות של העובד בזמן העבודה.⁵⁹ יש להגן הגנה שווה על האינטרסים של כל קבוצה. אם מתחשבים בהיותה של יכולת הנסיגה של העובדים חלשה יותר, והאינטרס שלהם בהמשך הפעילות רב יותר – יש להדגיש במיוחד את הגנת האינטרסים של העובדים במסגרת יחסי עבודה.⁶⁰ לפיכך יש לוודא שהצד החזק יותר – לרוב המעביד – אינו מנצל את כוחו העליון במשא ואינו מאיים, איום לא לגיטימי, על האינטרסים של העובדים.

מאפיינים של חוזה יחס באים לידי ביטוי בתחום יחסי העבודה. להתקשרויות אלו, בניגוד להתקשרויות המאפיינות עסקה בודדת, כמה מאפיינים ייחודיים, ובהם אלה: משכו הארוך יחסית של הקשר; השתכללותו והשתנותו על פני רצף התפתחויות ומוגבלות של יכולת תכנון עתידית ברגע מסוים של כריתת החוזה. ציפיותיהם, הסתמכויותיהם והתחייבויותיהם של הצדדים נוצרות, משתנות ומתחלפות עם הזמן; היעדר אפשרות ממשית לתכנון עתידי של היחסים; היחסים המאפיינים את הקשר הם יחסים ראשוניים, שבהם יש חשיבות רבה לסיפוק צרכים אישיים-פסיכולוגיים כגון כבוד, הגשמה עצמית והערכה לצד צרכים רכשיים-כלכליים; היחסים כוללים רכיב נכבד של תקשורת לא מילולית ורכיבים המתייחסים למכלול האישיות של האדם; חשיבות רבה נודעת לשיתוף הפעולה בין הצדדים; חשיבות מיוחדת נודעת לנכונות לאלטרואיזם מעבר לעולה מהחוזה עצמו; תפיסת היחסים מורכבת; היחסים בין הצדדים אינם מוגבלים לתחום הכספי והעסקי אלא מתקיימים בתחומים אחרים: חברתיים, אישיים ועוד; ההתקשרות מלווה בקשיי כימות ומדידה של היתרונות והתרומה, הבאים לידי ביטוי במסגרתה; מקורות התמיכה החברתית

- 58 Leon Green, *The Case for the Sit-Down Strike*, 90 THE NEW REPUBLIC 199 (1937) (להלן: *Green, The Case*); Leon Green, *Basic Concepts Persons, Property, Relations*, 24 A.B.A. J. 65 (1938); Leon Green, *Relations Interests*, 29 ILL. L. REV. 1041 (1934–1935); Leon Green, *Relations Interests*, 30 ILL. L. REV. 1 (1935–1936); Leon Green, *Relations Interests*, 31 ILL. L. REV. 35 (1936–1937); Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611, 655–653 (1988).
- 59 Green, *The Case*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 200. טיעון אחר התומך בגישה זו מסביר כי התאגיד קיבל סמכויות מדינה, ולכן עליו לשמור על זכויות הפרט, Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, עמ' 656.
- 60 שם, בעמ' 657 (סינגר מפנה בה"ש 153 לדברי Summers מתוך Clyde W. Summers, *Codetermination in the United States: A Projection of Problems and Potentials*, 4 J. (COMP. CORP. L. & SEC. REG. 155, 170 (1982)).

הם בעלי חשיבות רבה בהתקשרות; היעדר עבירות של חיובי החוזה הוא רכיב חשוב בהתקשרות ועוד.⁶¹

בתי המשפט אמנם הכירו בחוזה עבודה כחוזה יחס, אולם עד היום הרכיב הדומיננטי שהודגש על ידי בתי המשפט בכלל ובתי הדין לעבודה בפרט הוא תקופת החוזה ולא היחסים בין עובד למעביד.⁶² לדעתי, הרכיבים הפסיכולוגיים, ובמיוחד היחסים, הם הדומיננטיים יותר ביחסי עבודה. על רקע זה יש לדעתי ליצור סינרגייה בין חוקרים משפטיים שפיתחו את המחקר בנושא חוזה יחס לחוקרים בתחום הפסיכולוגיה שחקרו את תחום החוזה הפסיכולוגי.⁶³ לדעתי, הכינוי חוזה פסיכולוגי הולם יותר משום שהשם מדגיש מאפיינים פסיכולוגיים בהתקשרות בין עובד למעביד, אשר העולם המשפטי שם אותם ברגיל מחוץ לשיח המשפטי המקובל.⁶⁴

ה. קניין כיחסים

חיזוק נוסף לגישה זו, המקדמת יחסים בכלים משפטיים, מצוי בתפיסה שיש לראות בזכויות קניין כלי לקידום יחסים בין-אישיים. התפיסה כי זכות הקניין מתקיימת בין אדם לאדם אחר ביחס לנכס משפיעה על היבטים קנייניים (השזורים בדיני עבודה).⁶⁵ כפי שנכתב בספרות:

“property rights are not primarily about things, but about people’s relation to each other...”⁶⁶

נקודת המוצא היא כי זכות קניינית בין אדם לנכס מאפשרת לו לבצע פעולות בנכס ולמנוע מאחרים לבצע פעולות בנכס.⁶⁷ זכויות הקניין הן “האצלה” של כוח ציבורי לפרטים, העוזר

61 שם, בעמ' 391–394.

62 ראו לעיל ה"ש 49.

63 יניסקי רביד “תמורות”, לעיל ה"ש 29, בעמ' 415–418.

64 יש כמובן יוצאי דופן רבים לכך. דוגמאות להתחשבות בצרכים פסיכולוגיים-אישיותיים בשיח המשפטי אפשר למצוא דווקא בתחום דיני הקניין הרוחני, אשר העניקו ליוצרים וממציאים את הבעלות הקניינית בתוצר הרוחני. דא עקא שכלל זה אינו בא לידי ביטוי כאשר דנים ביוצרים או ממציאים שהם עובדים.

65 כשדנים בבעלות כמתארת זכות “מרכז הכובד של הבעלות טמון בקביעה הכוללנית לפיה זכאי הבעל לעשות כל דבר בנכס שבבעלותו”. יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 25–26, 52–54, 59–66 (1993); ראו גם ההגדרה המצויה בס' 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 575.

66 Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Rights and Relation*, 1 REV. OF CONST. STUD. 1, 13 (1993).

להם לשלול מאחרים (exclude) את השימוש בדברים שהיא מעניקה להם.⁶⁸ תפיסה קלאסית זו באה לידי ביטוי מובהק עת דנים בזכויות בדיני עבודה. המעביד נתפס כבעל זכות קניין בעסקו.⁶⁹ כאשר הזכויות שייכות למעביד הן נשללות מהעובד. מלומדים יצאו נגד גישה המדגישה את היחס בין האדם לקניין. לדעתם, זכויות קניין הן אך כלי המשרת ערכים אנושיים. הן נוסדו למטרה זו ומוגבלים על ידיה. מלומדים הדגישו את המעבר מהגנה קניינית על אמצעים מוחשיים בלבד (קרקע, בית, רכוש) להגנה על אמצעים רוחניים ולהגנה על רוחניות האדם (כבוד, רגשות, אינטלקט, הגשמה עצמית, ואף הזכות ליהנות מהחיים).⁷⁰ הדבר נכון גם כשמדובר בקניין במקום העבודה. מוריס כהן הראה במאמרו החשוב⁷¹ Property and Sovereignty כי קניין אינו מציין דברים חומריים כי אם זכויות מסוימות. בעולם ה"טבע", להבדיל מהחברה המאורגנת, יש "דברים" אך אין זכויות קניין. לכן אין לזהות בהכרח קניין עם בעלות פיזית על רכוש. זכות קניין אינה קושרת דבר עם בעליו אלא בין הבעלים לאינדיווידואלים אחרים ביחס לרכוש. לפי כהן, מהותה של זכות קניין היא לשלול מאחרים שימוש ברכושו של בעל הזכות ולמסד הצורך לקבל את הסכמתו לשימוש במה שהוגדר כרכושו, בין שהכוונה לבית, לחפצים או לכסף ובין שמדובר במקום העבודה. חלוקת השוק נקבעת באופן מובהק על ידי הגדרות משפטיות. המסקנה היא כי יש להטיל על בעלי זכות קניין חובות "עשה" שייאכפו על ידי המדינה באותה מידה שבה נאכפות הזכויות לשלול מאחרים.⁷² הזכות הקניינית של המעביד אינה זכות פרטית אלא מעניקה לו מעמד דומה לזה של ריבון. אין לראות בה תחום שיש להגן עליו מפני התערבות הריבון אלא תחום שדורש התערבות.⁷³

- 67 ה־Classical legal thought מצדדת בפיתוח כללים משפטיים שיאפשרו גיבוש וחיזוק, ככל האפשר, של בעלות בקניין בידיים של בעלים אינדיווידואליים כאמצעי להעברת הקניין וסחירותו. מנקודת מבט זו פתרונות של ריכוז הזכויות בידי מספר מועט של בעלים באופן שידיר אחרים מעניקים יתרון. Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 621.
- 68 אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405, 415–407 (1998).
- 69 הזכות אינה אבסולוטית אך היא נקודת המוצא של הדיון המשפטי.
- 70 K. Vandeveld, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 629. Singer, *The Reliance Interest*; *Modern Concept of Property*, 29 BUFF. L. REV. 325 (1980).
- 71 Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8 (1927); Morris R. Cohen, *The Basis of Contracts* 46 HARV. L. REV. (1933) 553.
- 72 גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמ' 432–433; Cohen, *Property and Sovereignty*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 127.
- 73 גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמ' 433.

נוכח תפיסה זו התפתחה האלטרנטיבה המדגישה את זכות הקניין ככלי לקידום מערכות יחסים בין אדם לזולתו.

פרופ' מיקלמן דן בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לקניין, כזכויות פוליטיות. זכותו של אדם באה לידי ביטוי בשמירת התנאים להשתתפות הוגנת ואפקטיבית בסדר הציבורי כאינדיווידואל הזכאי לכבוד ולדאגה של הקהילה.⁷⁴ תפיסה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת הקניין כסוג של יחסי גומלין בין פרטים (אדם-קהילייה) ולא כאדם מול נכס. חוקרים העוסקים בגישת זו⁷⁵ מציעים לראות בזכות הקניין כלי לקידום יחסים בין-אישיים. התובנה מעניקה פרשנות חדשה לתפיסת הקניין, על פי השאלה אם הזכות הקניינית הנדונה מקדמת יחסים.⁷⁶

המשפט אינו אדיש לרציונל קידום היחסים (הגם שאינו ממקם רציונל זה במרכז השיח). אפשר להביא דוגמאות רבות לקידום יחסים בין-אישיים על ידי המשפט. דוגמה חשובה בהקשר זה היא פיתוח דוקטרינה של תום לב במסגרת השיח המשפטי בתחומים שונים, לרבות בדיני העבודה.⁷⁷ המשפט עצמו מכיר בקיומה של פרדיגמת השותפות, מאפשר אותה ואף מקל אותה. במקרים מסוימים המשפט אף מקדם יחסים בין שותפים.⁷⁸ פרופ' ג'וזף סינגר מדגיש את ההכרה ביחסים בין בעלי זיקה לקניין כמקיימים או מעצבים זכויות ביחס לקניין. הכרה באינטרס זה אמורה לבוא לידי ביטוי בגודל המנות שלהן יהא זכאי כל צד בחלוקת העוגה הקניינית. פרופ' סינגר מביא דוגמה מתחום יחסי עבודה.⁷⁹ הוא מספר את סיפורם של שני מפעלי פלדה ביאנגסטון שבאוהיו. במפעלים עבדו 3,500 עובדים, והם היו מקור הכנסה חשוב בעיירות הסמוכות למפעלים. הטכנולוגיה ששימשה במפעלים התיישנה והפכה לבלתי יעילה, ולכן החליטו על סגירתם והריסתם (בפיצוץ). קודם לפיצוץ המפעלים ניהלו האיגודים המקצועיים מאבקים משפטיים נגד

F.I. Michelman, *Property as Constitutional Right*, 28 WASH. & LEE L. REV. 1097, 1112–1113 (1981). 74

Nedelsky, לעיל ה"ש 66; Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58. 75

Nedelsky, לעיל ה"ש 66. 76

יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף 70–71 (1997); ראו גם ס' 14 לחוק המקרקעין, שכותרתו "הגבלת זכויות", הקובע: "בעלות וזכויות אחרות כמקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". אפשר לוותר על הדוקטרינה של שימוש לרעה ולהסתפק בתחולה של עקרון תום הלב על כל הזכויות שבתחום המשפט הפרטי. 77

יהושע ויסמן "שימוש לרעה בזכות" משפטים כז 71 (1997). 78

Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 614–619. 79

ההחלטה.⁸⁰ האיגודים הציעו לרכוש את המפעלים, אך הבעלים סירבו. במתח שבין הזכות הקניינית של הבעלים לשלוט ברכושם לבין זכותם של העובדים או האיגודים לרכוש את המפעלים טרם סגירתם והריסתם, העדיפו בתי המשפט את הזכות לקניין של המעבידים על פני אינטרסים של העובדים. הפרשנות שניתנה לזכות לשלוט בקניין הפרטי הייתה מרחיקת לכת, עד הריסתם. טענת המעבידים, שהתקבלה, הייתה כי יש להם זכות קניינית לעשות ברכושם כרצונם לרבות סגירתם והריסתם. זכות זו אינה חייבת להתחשב באינטרסים של העובדים או של הקהילה. ואכן, לאחר פסק הדין הרסו המעבידים את המפעל.⁸¹

לדעת פרופ' סינגר היה מקום לעצב את זכות הבעלות של המעביד כמתחשבת ביחסים בין העובדים לבעלי המפעל על ידי הכרה באינטרס ההסתמכות של קבוצת העובדים ובני משפחותיהם, שתוביל להקצאת זכויות קניין מסוימות לעובדים. לפי דברי פרופ' סינגר, ההחלטה בעניין מפעלי הפלדה ב-6th cir. משמעותה כי בתי משפט (ולדעתו אף מערכת המשפט כולה) אינם מאפשרים חדירה של מי שאינו הבעלים של הקניין ואינם מתייחסים לכללים אלטרואיסטיים גם נוכח יחסים כה חשובים (יחסי עובד ומעביד). כללים אלטרואיסטיים המקדמים יחסים בין-אישיים (שיקבעו לדוגמה כי על המשתתפים בשוק לחלוק רווחים והפסדים עם משתתפים אחרים) מצויים בשולי השיח בלבד.⁸² למרות החדירה של תפיסות אלטרואיסטיות לתחומי משפט רבים, ובהם תחום העבודה. אמנם קיימות דוגמאות להתחייבויות כפויות של משכירים כלפי שוכרים או של מעבידים כלפי עובדים,⁸³ אולם המקרה של מפעלי הפלדה משקף את תפיסת הקניין הפרטי המקובלת זה שנים רבות. לדעת פרופ' סינגר, למודל הקיים של קניין המעביד כמה מאפיינים,⁸⁴ ובהם

80 United Steel Workers v. United States Steel Corp., 492 F. Supp. 1, 9–10 (N.D. Ohio 1980); United Steel Workers v. United States Steel Corp., 631 F.2d 1264 (6th Cir. 1980) (The Sixth Circuit affirmed this ruling).

81 S. LYND, THE FIGHT ; 619–614 בעמ' 58, לעיל ה"ש 58, Singer, *The Reliance Interest AGAINST SHUTDOWNS: YOUNGSTOWN'S STEEL MILL CLOSING* 16–17, 17–18, 131–189 (1982). יש לזכור כי זכות של אדם מסוים עלולה לגרור פגיעה פוטנציאלית או ממשית באחר; Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence From Bentham to Hofeld*, Wis. L. R. 975 (1982); D. Kennedy & F. Michelman, *Are Property and Contract Efficient?*, 8 HOFSTRA L. REV. 711, 160 (1980).

82 D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1728–1731 (1976).

83 בעניין כללים אלטרואיסטיים המאמר המוביל הוא של Kennedy, שם. פרופ' קנדי מסביר את קיומם של כללים אלטרואיסטיים במערכת המשפט. במקרים אלו הכללים דורשים להתחשב באינטרסים של אחרים שעמם נוצרו יחסי תלות.

84 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 634–635. מודל זה נתמך על ידי חופש החוזים.

אלה: השליטה בקניין מקנה לבעל הקניין זכות להדרת בעלי אינטרסים אחרים⁸⁵ וחופש שימוש של בעל הקניין בקניינו לרבות הריסתו (לענייננו, אי-שימוש בקניין בניגוד לטובת הכלל). אמנם קיימות מגבלות על חופש השימוש תוך התחשבות בזולת, אולם המגבלות על חופש הפעולה צרות ומוגדרות כחריג לכלל.⁸⁶ במקרים רבים בעל הקניין מחליט מתי ולמי אפשר להעביר הקניין וכיצד לחלקו. בעלי הקניין חסונים לרוב מהעברת הקניין נגד רצונם.⁸⁷ פרופ' סינגר מתנגד לגישה זו. לדעתו יש הצדקה לדרישה לחלוקה מחודשת של אינטרסים קנייניים כאשר אנשים מסתמכים על יחסים הדדיים.⁸⁸

הגישה של פרופ' סינגר מתמקדת בתפיסת זכויות הקניין ככלי לקידום יחסים חברתיים מתוך תפיסה חברתית (Social Vision).⁸⁹ The Social Relations Approach מבוססת על ההנחה שאנשים מטבעם הם שוחרי קשרים חברתיים (בניגוד להנחה שהמצב הטבעי הוא "אדם לאדם זאב"⁹⁰). למעשה, אין קיום למין האנושי ללא קשרים חברתיים ומערכות יחסים חברתיות.⁹¹ הגישות החברתיות מבקשות למקד את השיח המשפטי בתפיסה של אנשים כבעלי מערכות יחסים נמשכות.⁹² מערכות יחסים חברתיות אינן אחידות. קיים ספקטרום

- 85 שם, בעמ' 634.
- 86 שם, תפיסת "ביתי הוא מבצרי" משקפת את החירות של הבעלים לעשות כרצונו בקניינו. תפיסה זו אינה משקפת נכונה את המצב המשפטי. יש חוקים רבים המגבילים את הבעלים, כגון מטרה, איכות הסביבה, הגבלים עסקיים והפליה. חוקים אחרים מסדירים בעלות משותפת (רשימה ארוכה של חקיקה מגבילה קניין). ראו שם, עמ' 641–642, ה"ש 108–109.
- 87 שם, בעמ' 635.
- 88 שם, נראה לנו כי כאשר עסקינן בזכויות בקניין רוחני, יש חשיבות רבה יותר לערכים של התחשבות בזולת ואינטרסים אלטרואיסטיים. הקצאת הזכויות בקניין רוחני מהווה איזון בין הזכויות של היוצר, של יוצרים אחרים ושל כלל הציבור. הזכויות בקניין רוחני ניתנות לרוב לזמן מוגבל, ובסופו של דבר הקניין שייך לציבור.
- 89 שם, בעמ' 627–628.
- 90 תומס הובס לויתן – או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 113–119 (תרגום יוסף אור, 1993); ג'ון לוק על הממשל המדיני 4–17 (תרגום יוסף אור, 1989); C.B. MACPHERSON, THE POLITICAL THEORY OF POSSESSIVE INDIVIDUALISM: HOBBS TO LOCKE (1962); Singer, *The Reliance Interest*; לעיל ה"ש 58, עמ' 652–653.
- 91 "There is a basic connectedness between people, instead of assuming that autonomy is a prior and essential dimension of personhood" Singer, *The Reliance Interest*; לעיל ה"ש 58, בעמ' 653. סינגר מפנה בה"ש 144 לדברי Minow מתוך Martha Minow, *When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Difference*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 111, 127 (1987) דברי Cornell מתוך Drucilla Cornell, *Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics*, 133 U. PA. L. REV. 291 (1985).
- 92 "people are never completely alone. They are situated in a complicated network of relations with others" Singer, *The Reliance Interest*; לעיל ה"ש 58, בעמ' 653.

רחב של יחסים (יחסים בין זרים, יחסים בין שכנים, יחסים נמשכים בשוק מסחרי, יחסי עבודה ויחסים אינטימיים בין בני משפחה). זכויות מתפתחות ומשתנות לאורך תקופת היחסים ואינן נקבעות בנקודת זמן אחת. המשכיות היחסים היא מוקד הדיון. באופן זה יש לראות את זכויות הקניין באספקלריה של יחסים חברתיים בין אנשים.⁹³ לפי גישה זו יש לבחון את פערי הכוחות בין העובד והמעביד; יש לשאול מי נפגע מנורמה מסוימת; יש לבדוק אם הנורמה מנצלת לרעה את הצד הפגיע, ולאור המסקנות יש לשקול חלוקת זכויות המתחשבת יותר בכלל בעלי האינטרסים.⁹⁴

לדעת פרופ' סינגר, מאפיין נוסף של תפיסת הקניין, לרבות בעבודה, הוא המבנה ההיררכי. מובנו של מבנה זה הוא מציאת זכות־על או בעל זכות (מעביד) הגוברים על אחרים (עובדים). זכויות של אחרים (עובדים) נסוגות מפני מי שזוהה כבעל זכות הקניין (מעביד). הייררכייה זו באה לידי ביטוי בעיקר בשני אופנים: (א) הייררכייה של זכויות; (ב) הייררכייה של בעלי זכויות.⁹⁵ לדבריו: "It is old fashioned, misleading and unproductive to identify a single 'owner' of valued resources... It is, in fact, a form of transcendental nonsense".⁹⁶

לאור האמור המוקד הבעייתי של הניתוח הקנייני הוא ניתוח זכויות קניין באמצעות השאלה מיהו הבעלים או מיהו המעביד.⁹⁷ המיקוד בשאלת הבעלות של המעביד בעסקו יוצא מנקודת הנחה כי לבעלים זכות לשלוט על נכסיו וזכות לשלול מהאחר זכות בנכסיו. אולם החיפוש אחר הבעלים (במקום לזהות מעגל רחב יותר של בעלי אינטרסים) עלול להטות את ההחלטה המשפטית לטובת מי שזוהה כמעביד. נקודת המוצא עשויה להיות שונה. במקום להתמקד באיתור הבעלים (מיהו המעביד) אפשר להתמקד בקידום נורמות של שיתוף וקידום היחסים (בין עובד למעביד). התפיסה הראויה היא כי זכות הקניין אינה

93 שם, בעמ' 655.

94 גישה מרחיבה עוד יותר תשאל מהי השפעת הנורמה הנבחנת לא רק על העובדים אלא גם על בני משפחותיהם והקהילה החברתית; מהי האחריות של הפרטים התלויים זה בזה – זה כלפי זה, ואף מי יחליט על כך. J.E. Cribbet, *Concepts in Transition: The Search for a New*. Singer, *The Reliance Interest ; Definition of Property*, 1986 U. ILL. L. REV. 1, 41 (1986) לעיל ה"ש 58, בעמ' 641: "Who has the right to say something about the use or disposition of the property... In every case we will identify more than one person : שם בעמ' 643: "because property rights in corporate enterprises are always shared" "fair adjustment of the competing needs of the parties to the relationship".

95 להתפתחות הקניין הפרטי ראו Vandavelde, לעיל ה"ש 71.

96 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 637, אף גישת האיזון עוקבת לדעת פרופ' סינגר אחר דפוסי חשיבה הייררכיים אלו.

97 שם, בעמ' 637–641.

מקשה אחת אלא מורכבת מאינטרסים שונים ומבעלי אינטרסים שונים בנכס (משכיר מול שוכר, נאמן ונהנה, משעבדים למיניהם וגם עובד ומעביד). הזכות יכולה גם להתחלק בין בעלים שונים בזמנים שונים. התפיסה של בעלי המניות כמעביד, לדוגמה כבעלי הקניין בתאגיד, היא מלאכותית, מאולצת ומטעה.⁹⁸ פרדיגמה טובה יותר תתמקד ביחסים שבין בעלי התפקידים המשתתפים בתפקוד השוטף של העסק או התלויים בהצלחתו (העובדים, ההנהלה, בעלי מניות, לקוחות, נושים וספקים). אחריות החברה התרחבה והיא חלה כלפי מעגל רחב יותר של בעלי אינטרסים. בעלות בתאגיד צריכה להיות רחבה יותר, ונוסף על בעלי המניות לכלול גם את האינטרסים של העובדים.⁹⁹ זיהוי בעלי המניות כבעלים יחיד אינו הולם את המציאות המודרנית.¹⁰⁰

גם אם נוזה את המעביד כבעלים – אין לו בעלות אבסולוטית. יש לפרש זכויותיו תוך התחשבות בעובדים.

התוצאה היא שיש לפרש זכויות עובדים ומעבידים באופן המקדם יחסים. פרשנות זו לגיטימית אף אם אינה חלק מהחוויה המוסכמת או הצפוי בין הצדדים. בתי המשפט מוסמכים לדעת לכפות אותה תוך פרשנות חדשה של זכות בעבודה.¹⁰¹

מבחן ההסתמכות העולה מיחסים נמשכים בין עובד למעביד ומשקף את האחריות ההדדית יכול לסייע בתהליך האמור.¹⁰² במקרים מסוימים, לרבות במסגרת יחסי עבודה, נקבעים הסדרים משפטיים המשקפים התחשבות של צד אחד בצד האחר, למשל צמצום זכויות קניין או זכויות הנלוות לזכות הקניינית למען האחר. הקניין מקבל פרשנות של קידום

98 שם, בעמ' 640: "The identification of a single owner of corporate property fits badly the modern reality". סינגר מזהה ארבע פעולות של בעלי מניות: מינוי דירקטוריון, נגישות של מידע, קבלת דיבידנדים והעברת המניות. משפטית, בעלי מניות מנועים על פי דין מניהול ממש. בעלי המניות אינם ממנים את הדירקטוריון. הדירקטוריון ממונה בפועל בחברות הגדולות על ידי ההנהלה. הם יכולים רק להחליף דירקטוריון. בעלי מניות אף מסכימים בפועל להחלטות המנהלים. שם, בעמ' 639; להרחבת הדיון ולדעות אחרות ראו הדיון אצל שלומית יניסקי רביד "הדרת מציאות בנקודת המפגש בין פטנט כזכות קניין, תחום העבודה והשיח הפמיניסטי" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 357, 378–381 (דפנה ברק ארוז, שלומית יניסקי רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

99 אוריאל פרוקציה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" משפטים כב 301, 301–351, (1993).

100 שם, בעמ' 239.

101 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 659.

102 *Monge v. Beebe Rubber*, 114 N.H. 130, 133 (1974); *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 100 (1977); *Cloutier v. Great Atl. & Pac. Tea Co.*, 121 N.H. 915 (1981).

יחסים ולא של הייררכייה. יש העברה של קניין מהצד החזק לצד הפגיע לשם ההגנה על הזכויות ועל האינטרסים של האחרון.¹⁰³

לפי מודל אחר הדין במשפט ויחסים, מהותן של הזכויות היא פועל יוצא של השאלה מה נחוץ כדי ליצור יחסים ראויים בחברה חופשית ודמוקרטית. בהחלטות באשר לזכויות (מהי הזכות וכיצד יש לפרשה) יש להביא למודעות את השאלה עד כמה אלו מקדמות יחסים, ובאופן ספציפי יש להתייחס לשאלות כגון אלה: אילו יחסים אנו רוצים לעודד, מדוע דפוסים מסוימים של יחסים טובים יותר, באילו דרכים אפשר לקדם היחסים, אילו פעולות או מוסדות יגרמו לקידום זה או אילו זכויות יקדמו אותם. כאשר יש אפשרויות שונות לפרש הזכות, יש להעדיף הפרשנות המקדמת יחסים על פני זו ששוללת אותם.¹⁰⁴

נפקות הצידוד ברציונל מסוים (עידוד יחסים בין־אישיים) לעומת אחר כאשר דנים בזכויות קניין אינה בגדר תאוריה בלבד. להעדפת רציונל מסוים על פני אחר קיימות השלכות מעשיות: העדפת רציונל של חירות ואוטונומיה של המעביד כבעל הקניין תביא לשלילת זכויות מעובדים, ואילו קבלת הרציונל של קניין לקידום יחסים עשויה להוביל לפתרון שלפיו המעביד כבעל הקניין יוותר על חלק מקניינו כדי לשמר יחסים הדדיים עם העובדים.

פרופ' נדלסקי, המצדדת אף היא בגישת קניין כיחסים, טוענת כי ההתמקדות ביחסים מסייעת לחשוף את הגורם המטעה במונח "זכויות" או "קניין".¹⁰⁵ פרשנות של זכות כיחסים מזמינה ביצוע חקירה של הזכות, פרשנותה וההצדקות לה. זכויות בבסיסן הן מנוכרות, מרוחקות ויוצרות גבולות בין אנשים. בכך הן מונעות מהציבור לראות את היחסים או את הפוטנציאל ליחסים הטמון בהן. לעומת זאת פרשנות כיחסים שופכת אור אחר. אנשים נעשים מודעים לדפוס היחסים שהם מקדמים (או מרחיקים). חוויית האחריות תהא שונה כאשר מכירים בכך שזכויות פרטיות יביאו תמיד לתוצאות חברתיות.¹⁰⁶ הזכויות האינדיבידואליות הן חסרות קיום ללא רשת היחסים החברתיים.¹⁰⁷ המסקנה היא שהקניין משמש כלי המאפשר שיתוף בין אנשים.¹⁰⁸ לפיכך יש להכיר בגישה של "קניין כשיתוף"

103 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, עמ' 692.

104 Nedelsky, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1, 14. לדעתי, על פי גישתה של נדלסקי אפשר להציע הקצאת זכויות קניין בתוצר שירות רוחני באופן שיתרמו לכינון יחסים טובים יותר בין עובד למעביד.

105 שם, בעמ' 16.

106 שם, בעמ' 17.

107 שם, בעמ' 12.

108 דברי הנשיא ברק בעניין חוק גל בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט(4) 475, 221 (1994–1995).

ולפתחה לצד (או במקום) הגישה של "קניין כשליטה".¹⁰⁹ על הנורמה המשפטית לשקף תשומת לב לצרכיו של האחר והתחשבות בהם. פגיעה בזכות הקניין של צד אחד לטובת אחר יכולה להיות לגיטימית אם יש בה כדי לעודד יחסים.

לאור האמור יש להעדיף פתרון סכסוך שיאפשר שיתוף פעולה עתידי על פני פתרונות אחרים. משמעותה של בחינת התכלית הראויה של זכויות בעבודה היא בשאלה אם היא מקדמת יחסים, דהיינו יוצרת תשתית של חיים בצוותא (אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט).¹¹⁰ יש לעצב זכויות באופן שיעודדו יחסי אחריות, אמון ומחויבות הדדית. אם מקבלים גישה זו, מבינים מדוע מוצדק לחייב מעביד לקיים משא ומתן עם נציגות עובדים או לחייב מעבידים לערוך שימוע, כפי שיידון להלן. אף נושא הזכויות של תוצרי שירות רוחניים דורש חשיבה מחדש לאור גישה זו. לפי נקודת מבט זו, השיתוף בתהליך היצירה יכול לבוא לידי ביטוי בשיתוף קנייני ביחס לתוצר הרוחני.¹¹¹ ההתמקדות מוסטת מהתמקדות בצד אחד לעבר דיאלוג המקדם ומכבד יחסים. הנורמה תעוצב מתוך חיפוש אחר פתרון לשאלה איזה הסדר יאפשר את החיזוק הנובע מהיחסים בין הצדדים אף בעת משבר או פרדה ואת כיבודו.

1. ביקורת על גישת היחסים בעבודה

התאוריה הרואה באלמנטים פסיכולוגיים, ובהם קידום יחסים, חלק מתפיסת דיני העבודה, פרשנותם ועיצובם – הפכה מטרה לחצי ביקורת שונים.

ביקורת אחת מתמקדת בשאלה מדוע יש להתמקד ביחסים כאשר דנים בזכויות משפטיות במקום העבודה. הטענה היא שבמסגרת יחסים מסחריים במקומות עבודה אין רלוונטיות, ולחלופין אין צורך כלל, בהתמקדות ביחסים אישיים. ביחסי משפחה, בניגוד ליחסי עסקיים, המיקוד הוא ביחסים בין-אישיים. אולם יחסי עבודה שונים בכך שהמוקד הוא יחס עסקי ולא יחס אישי. על פי טענה זו, במידה מסוימת אין זה משנה כלל מיהן הדמויות הפועלות. חשיבות רבה יותר ניתנת להגדרת התפקיד ולמטרות ביצוע העבודה. יש להפנות את מימושם של צרכים פסיכולוגיים של הפרט למסגרות חברתיות או רגשיות בקרב חברים או משפחה. במילים אחרות: אין לערב את התחום הפסיכולוגי-סוציולוגי עם התחום

109 שם; וראו בעניין זה דגן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 51–55, וכן גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמ' 407–415.

110 ראו דברי שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 108, בעמ' 341–342.

111 ס' 132 חוק הפטנטים, התשכ"ז–1967, ס"ח 510, וס' 34 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007, ס"ח 2119, המקנים קניין בתוצר רוחני שפותח על ידי העובד לצורך העבודה ובמהלכה למעביד בלבד. ראו דיון להלן בנושא זה לאור גישת היחסים.

המשפטי.¹¹² העולם המשפטי הטהור נמנע מהתערבות ביחסי הצדדים ואינו כפוף לאלמנטים פסיכולוגיים-סוציולוגיים החיצוניים להתקשרות. לדעתי, אם מקבלים את נקודת המוצא שלפיה הטבע האנושי הוא ערך בלתי נפרד מעולם המשפט שיש לקדמו, בלתי אפשרי לראות את טבע האדם במנותק מיחסים בין-אישיים. אלו יבואו לידי ביטוי חשוב במסגרת מקום העבודה. ההתמקדות בקידום יחסים היא ההתמקדות בטבע האנושי, העומד בבסיס הנורמות המשפטיות.¹¹³ עוד אפשר לטעון כי היחסים מטרות אחרות שאותן מנסה עולם המשפט להשיג, למשל אוטונומיה, חופש או כבוד. לדעתי, דווקא במקום העבודה באים צרכים פסיכולוגיים לידי ביטוי מועצם. דווקא דיני העבודה שיוצאים מתוך נקודת אי-השוויון בין עובד למעביד ומתחשבים ב"נחיתותו" של העובד – ראוי שיביאו בחשבון אלמנטים פסיכולוגיים כלליים יותר. לכן התעלמות מצד זה של היחסים תוביל לפתרון חסר ולא אפקטיבי.

טענת ביקורת נוספת גורסת כי התאוריה מתייחסת לקידום יחסים בהכללה יתרה. היא אינה קובעת אילו סוגי יחסים יש לקדם על פני אחרים. התאוריה המצדדת בכינון זכויות, פרשנותן ואכיפתן באופן שיקדם יחסים, אינה קובעת מהם היחסים הראויים לקידום. גישת היחסים אינה קובעת כללים משפטיים נפרדים לסוגי היחסים השונים.

אכן, לדעתי, נדרש פיתוח של הגישה המיישמת את תאוריית היחסים באופן שאפיון יחסים שונים יוביל לכינונם של כללים מנחים תואמים. אפשר לקבוע כללים שלפיהם ככל שהיחסים משמעותיים יותר לפרט, מנקודת מבט פסיכולוגית, כן יש להעדיף את חיזוק היחסים על פני אינטרסים מתחרים.¹¹⁴

טענה אחרת היא כי יחסים הם בעלי השפעות שונות על הפרטים. לעתים היחסים תורמים להגשמה עצמית ולפיתוח האישיות ולעתים השפעתם הפוכה. לדוגמה, מנקודת מבט פסיכולוגית-חברתית להפסקת יחסים (פיטורים) עלולה השפעה שלילית, אך לעתים מדובר דווקא בפתרון טוב יותר לפרט מהמשך קיום היחסים. התאוריה לוקה בכך שאינה קובעת מי יחליט אילו יחסים ראויים לקידום ועל סמך אילו קריטריונים.¹¹⁵

112 Mark Meckler, Bruce H. Drake & Harry Levinson, *Putting Psychology Back into Psychology Contracts*, 12 J. OF MANG. INQ. 217 (2003); Robert E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long Term Contracts*, 75 CAL. L. REV. 2005 (1987); Gidon Gottlieb, *Relationism: Legal Theory for a Relational Society*, 50 U. OF CHI. L. REV. 567, 607 (1983); פינקלשטיין, לעיל ה"ש 51.

113 Nedelsky, לעיל ה"ש 66, בעמ' 19.

114 מנגנון דומה הוצג על ידי פרופ' רדין, לעיל ה"ש 16, שקבעה כאמור כי ככל שהקניין אישי יותר כך יזכה להגנה רבה יותר.

115 "the debate will take place in terms of why we think some patterns of human relationships are better than others and what sort of 'rights' will foster them", Nedelsky, לעיל ה"ש 66, בעמ' 14.

גישת היחסים אינה מגדירה בהכרח יחסים או זכויות, אלא קובעת כי בתהליך עיצוב זכות מסוימת ופרשנותה יש לראות בערך של קידום יחסים ערך חשוב בין ערכים אחרים. יש לאזן בין הערכים השונים מבלי להפלות לרעה את הגורם הפסיכולוגי. גישת היחסים, להבנתי, משאירה לחברה להחליט אילו יחסים ראויים לקידום ובאיזה הקשר. טענת ביקורת אחרת שואלת מדוע להעדיף דווקא קידום יחסים בין-אישיים. קידום יחסים הוא רק גורם מתווך אחד מבין כלל הגורמים החשובים "בדרך אל האושר". מדוע להעדיף יחסים על גורמי רווחה אחרים או על ערכים אחרים התורמים להגשמה עצמית של הפרט, כגון הרצון להתעשר על חשבון אחרים או האוטונומיה של הפרט לבחור חיים ללא הגשמה וללא יחסים חברתיים? האם ההנחיה לכפות המשך יחסים או להעדיף נורמה משפטית המחייבת קידום יחסים ומקדמת את זכות הפרט להתקשר ביחסים על פי רצונו אינן בבחינת תרתי דסתרי?

לדעתי, התאוריה הנדונה רואה ביחסים גורם מרכזי במהותו של האדם ובהתהוות אישיותו. גישות פסיכולוגיות המפורטות במאמר זה תומכות בגישה זו. נקודת המוצא של הגישות שהוצגו היא כי החירות והאוטונומיה מאפשרות יצירת יחסים. התאוריה אינה ממקמת את כינונם של יחסים בראש ההייררכיה אלא מבקשת לשקול ולאזן בין ערך זה, אשר בדרך כלל אינו עומד במרכז הדיון בנושא הזכויות, לבין ערכים מקובלים אחרים. טענה אחרת היא כי הגמשת-יתר של דיני העבודה ופריצתם של כלים וכללים משפטיים יגרמו שעובדים או מעבידים ינסו לשנות חוזים שעליהם חתמו ומחויבויות שבהן התחייבו על פי אינטרס אישי עתי. אפשר זה יגרם לאי-בהירות ולא-ודאות. הצעה מעין זו עלולה לפגוע ביכולת התכנון, בביטחון החוזי ובוודאות הנדרשים במקום העבודה. בעקבות זאת עלויות העסקה שיוטלו על בית המשפט יפגעו ביעילותה של הגישה המוצעת.¹¹⁶ טענה אפשרית אחרת היא כי במסגרת המשפט הישראלי ההתאמה הנדרשת לשם שימוש בכללי המשפט האזרחיים בבתי הדין לעבודה כבר נעשתה. לדעתי, יש להסדיר התאמה טובה בדיני עבודה תוך מתן מקום מרכזי בהסדרה זו לגישת היחסים. שימוש בכללים משפטיים, במיוחד בתחום יחסי עבודה (ויחסי משפחה), ללא ביצוע ההתאמות הנדרשות הוא בעייתי ונועד מראש לכישלון.¹¹⁷

E.A. Posner, *A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 116
 Ian R. Macneil, *Relational Contract*: ראו תשובת מקנייל: NW. U. L. Rev. 749 (2000)

Theory: Challenges and Queries, 94 NW. U. L. Rev. 877, 900-907 (2000).
 117 דיני החוזים ה"רגילים", שהשתכללו בדבר המודל של התקשרות עסקית, אינם מתאימים לפתרון מחלוקות העולות מהתקשרות בין עובד למעביד. ראו בעניין זה דבריו של הנשיא ברק בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, ס' 14-16 (1998). אשר לנורמה מושא המחקר, התוצאה לדעתי היא כי בתחום זה יש "לכתוב מחדש" את ההסדר המשפטי תוך התחשבות בגורמים שהוזכרו. יש לפתח מנגנונים שיביאו בחשבון את עמדתו

חוקרים אף הצביעו על אמביוולנטיות מסוימת בגישה הפסיכולוגית למקום העבודה. לעתים קשה להבין אם היא מייחדת את דבריה לעיסוק במישור התיאורי־סוציולוגי או שהיא דנה גם במישור נורמטיבי ומשפטי.¹¹⁸

לדעתי, תאוריית היחסים תורמת לשיח בשלבה בדיון בדיני העבודה גורם שבמקרים רבים עומד כאמור בשוליו. עם זאת ניתוח קוהרנטי ושלם של הנורמה אינו יכול להתמקד בתאוריה אחת בלבד. הניתוח צריך להתמודד עם רציונלים סותרים ולנסות לאזן ביניהם. לדברים אלו נפקות בניתוח זכויות העולות מיחסי עבודה.

לדעתי, הטענה שאלמנטים פסיכולוגיים מלווים בהיעדר דיכוטומיות משפטיות אינה סיבה להתעלם מהם. בשל חשיבותם לעיצוב ההתרחשויות במקום העבודה ובשל השפעתם על היחסים המשפטיים (אם יש כאלו באופן נפרד) יש לפתח הכלים שימשו לעיצוב הנורמות ולפתרון סכסוכים. אף אם מאמר זה לא יקבע מסמרות באשר לדרך (הפורמלית) שבה ההכרה בחוזה הפסיכולוגי צריכה להשפיע על ההתקשרות, הרי עצם המודעות לקיומם של מאפיינים אלו בהתקשרות ולשניוניות, שלפיה לצד החוזה הפורמלי חי ומבעבע חוזה אחר המשפיע על ההתקשרות – די בה בשלב הראשון כדי להתייחס להתקשרות שונה בין עובד ומעבידו.

ז. מהכלל אל הפרט – יישומה של גישת היחסים בעבודה

הטענה העיקרית במאמר זה היא כי לגישות הפסיכולוגיות בדבר חשיבותם של יחסים קשר הדוק לתחום דיני העבודה. יודגש כי אחת המטרות של המאמר היא להסביר ולהדגיש את חשיבותה של הפנמת הגישות הפסיכולוגיות כחלק בלתי נפרד מהשיח בתחום דיני העבודה (לצד הצדקות אחרות). הכלה זו נעשית כיום, אם בכלל, במידה חלקית ולא מספקת. נדמה כי אין לגישה שתוארה במאמר זה מקום מרכזי ברציונלים לדיני העבודה וממילא בעיצובם.¹¹⁹

של העובד. יש לאפשר מגוון סעדים וצווים לטובת העובד, ובהם הענקת זכויות בתוצרים, פיצוי קאלי בגין הערך המוסף שתרם העובד להתהוות התוצר ועוד.

118 פינקלשטיין, לעיל ה"ש 51; M. Lees, *Contract, Conscience, Communitarian Conspiracies*; and Confucius: Normativism through the Looking Glass of Relational Contract Theory, 25 MELBOURNE L. REV. 82, 87–96 (2001) וכן: J. Levin & B. McDowell, *The Balance*; Theory of Contracts: seeking Justice in voluntary obligations, 29 MCGILL L. J. 24, 61–63 (1983).

119 כל עובד זכאי שהמעסיק ינהג כלפיו בהגינות, בסבירות, במידתיות, בתום לב ובכל מידה הראויה לשרור ביחסים שבין שני הצדדים לחוזה עבודה, השופט צור בע"ע (ארצי) 674/05 וינר – מדינת ישראל רשות השידור(פורסם בנבו, 28.3.2007). לדעתי ברור כי אמירות

גישה המקדמת יחסים עשויה לעמוד בבסיס חקיקת חוקי המגן הקוגנטיים, ובכללם חוקי שכר מינימום, חוק חופשה שנתית, חוק שכר מינימום ואף צו ההרחבה בנושא ההפרשה לפנסייה.¹²⁰ כל אלו מחייבים את המעביד לחלוק קניינו עם העובד מתוך רציונל של דאגה לקיומו בכבוד של הזולת בהווה ובעתיד. לפי הגישה האמורה, חוקים אלו נועדו לקדם את היחסים בין הצדדים. הם מקדמים תפיסת הגינות, הדדיות, המשכיות, שיתוף ואחריות הדדית.¹²¹ היעדר הכרה בגישת היחסים במסגרת יחסי עבודה (או בגישות חלופיות העולות בקנה אחד עם גישת היחסים) יכול להביא לידי תפיסתם של כל חקיקת המגן ואף של חקיקת המסגרת של ההסדרים הקיבוציים ואולי אף של דיני העבודה כפוגעים בזכויות הקניין של המעביד (זכויות חוקתיות מוגנות), ולכן יש לפרשם בצמצום.¹²² אף הגבלת זכות הפיטורים של המעביד – על ידי החלת דוקטרינות של תום לב, שוויון והוגנות¹²³ – היא התערבות בזכות הקניין (במובן הרחב) של המעביד לשלוט בעסקו לטובת התחשבות בצד האחר. אפשר לפרש הלכות אלו מנקודת המבט של יחסים שנקלעו למשבר. על המעביד במקרה זה להתחשב בעובד והוא אינו רשאי לנהוג בעסקו כרצונו. דוגמה טובה לכך הוא האיסור לפטר עובד בעת חופשת מחלה.¹²⁴ המעביד מחויב, בניגוד להעדפותיו הכלכליות, להעסיק עובדים (למרות רצונו לפטרם), לקבלם לעבודה בניגוד לבחירתו, לשלם להם שכר ולקדםם.¹²⁵ הודעה מוקדמת לפני סיום יחסים היא דוגמה נוספת להכרה ביחסים בעבודה

- כלליות כאלו, הגם שהן משקפות את אמתות הטענות במאמר זה, אינן מבססות נורמה משפטית מפורטת, מחנכת, מדריכה ומרתיעה כנדרש.
- 120 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951; צו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף, 2007.
- 121 במקרים רבים לא יהיה שוני בין תפיסת היחסים לבין התפיסה החלוקתית לקניין.
- 122 לטענה קיצונית יותר בדבר ביטולם של אלו ראו רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27, 35 (1994).
- 123 ראו עניין *Monge*, לעיל ה"ש 102; עניין *Fortune*, לעיל ה"ש 102; עניין *Cloutier*, לעיל ה"ש 102.
- 124 ס' 132 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009; ס' 4 לחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976.
- 125 זכות הקניין של העובד ביחס לקניין המעביד באה לידי ביטוי לדוגמה באיסור פיטורין שלא כדין. D.H.J. Hermann & Y.S. Sor, *Property Rights in One's Job: The Case for Limiting Employment at Will*, 24 ARIZ. L. REV. 763 (1982); P.J. Levine, *Towards a Property Right in Employment*, 22 BUFF. L. REV. 1081 (1973); J.H. Looney, *Expected Continued Employment as a Protected Property Right*, 22 LOY. L. REV. 884 (1974); G. Minda, *The Common Law of Employment at will in New York: The Paralysis of Nineteenth Century Doctrine*, 36 SYRACUSE L. REV. 939, 1019 (1985).
- בישראל ראו לדוגמה בש"א (אזורי ת"א) 2929/01 קורן – ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 6.10.2005); עב' (אזורי ת"א) 4785/02 כשני – עיריית רעננה (פורסם בנבו,

כמצמיחים חובות וזכויות, הגם שאלו פוגעות בקניין.¹²⁶ החקיקה הקוגנטית מאלצת את המעביד להעסיק את העובד לתקופה נוספת, או מחייבת את המעביד לשלם מכספו "תמורת הודעה מוקדמת" אף על פי שהעובד לא עבד בתקופה זו, כדי לסייע לעובד להשתלב בעבודה חדשה. ההודעה נדרשת כדי ליתן לצד שהסתמך על המשכיות היחסים לערוך את הארגון הנדרש להגנה על האינטרסים שלו. המשמעות היא שקניינו (במובן הרחב) של המודיע נסוג לשם הגנה על האינטרסים של האחר. זוהי גם הגנה על הצד הפגיע יותר באותה סיטואציה. הנורמה של הודעה מוקדמת מבטאת את גישת הקניין כמקדם יחסים (התחשבות באחר).¹²⁷

דוגמה אחרת היא חובת קיום משא ומתן בתום לב בין מעביד לגוף המייצג עובדים. חובה זו יכולה להיות מוסברת, בנוסף על הטעמים שהוכרו בפסיקה, כגון בפרשת עמותת הסינמטק ובפרשת מכון דוידסון למדע,¹²⁸ גם על פי הגישה המקדמת יחסים. שמירה על יחסים טובים בין העובדים למעביד לאורך זמן תוך התחשבות הדדית מצדיקה הטלת חובה זו. רציונל זה היה חסר לדעתי בשיח המשפטי בדבר הנימוקים שהובילו לביסוס הזכות על אף מרכזיותו במציאות הממשית. זכות הקניין של המעביד לשלוט בעסקו נסוגה מפני חשיבותם של יחסים המשכיים הוגנים. זכות המעביד בעסקו צריכה להיות מפורשת בדרך שבה מעביד מחויב לקהיליית העובדים ומתוך מגמה של קידום היחסים ומיגונם – יש חובה להיפגש עם העובדים או נציגיהם ולנהל בתום לב משא ומתן הוגן.

הניתוח שיובא להלן ממחיש את הרעיון המובע במאמר. הוא מתמקד בנושאים שבהם יש לדעתי לאמץ את גישת היחסים. אימוץ גישת היחסים יוביל בנושאים אלו להעדפת פרשנות מסוימת מבין כמה פרשנויות אפשריות או לאימוץ הלכה חדשה. ניתוח מעמיק של כל דוגמה ודוגמה חורג מגבולות מאמר זה. הנני תקווה כי יהיה המשך למחקרי בכל נושא בנפרד.¹²⁹ מן המקרים הרבים הממחישים את המעבר מהכלל אל הפרט בחרתי להתמקד בחמישה נושאים. הנושאים מדגימים מגמות רצויות שיש לחזקן לאור הניתוח הפסיכולוגי

126 15.7.2002; בש"א (אזורי ת"א) 4778/09 ערבאס – מועצה מקומית ג'לג'וליה (פורסם בנבו, 12.7.2009).

127 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 611–693. שם, עמ' 692.

128 ס"ק (אזורי ת"א) 504/09 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – מכון דוידסון לחינוך מדעי, ליד מכון ויצמן (פורסם, בנבו 23.3.2009); עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים (פורסם בנבו, 2.7.2009).

129 לדוגמה עבודה בנושא הניתוח הפסיכולוגי של זכות השימוע נעשית בד בבד. חלק מהעבודה הוצג על ידי בהרצאה בכינוס השנתי של האגודה למשפט העבודה ולביטחון סוציאלי, שכותרתו "הפונקציות של השימוע – מבט אחר" ביום 21.3.2009.

של דיני העבודה. חלק מהנושאים דנים בהלכות קיימות שיש לדעת לפתחן, וחלק במגמות חדשות המוצעות על ידי כרצויות לאור הגישה מושא מאמר זה. אין לי ספק כי יישומן בפועל של מסקנות המחקר צריך להישקל כנגד גישות אחרות שאינן מובאות במסגרת זו.

1. חובת השימוע

בתי הדין לעבודה מיסדו בפסיקתם חובת עריכת שימוע על ידי מעביד לעובד טרם פיטוריו או טרם פגיעה במעמדו בעבודה.¹³⁰ ההצדקות המקובלות לחובת השימוע ממוקדות ביכולת העובד לשכנע את המעביד להשאירו בעבודה או בשמירה על זכות הטיועון של העובד והגנה על כבודו.¹³¹ במאמר שכותרתו "לצאת ידי שימוע" מבקרת ד"ר מיכל הורוביץ את חובת השימוע בטענה שהיא בלתי יעילה ומסרבלת את הליך הפיטורים ללא צורך. לדבריה, הליך השימוע אינו מועיל לעובד כיוון שהמעביד מחליט מראש על הפיטורים והוא עורך טקס פורמלי שבמסגרתו הוא מתחפר בעמדתו. במצב דברים זה ניסיונות השכנוע של העובד אינם יעילים: "מדובר בזכות ריקה מתוכן אשר אינה מעניקה הגנה לעובד במגזר הציבורי לא כל שכן במגזר הפרטי".¹³² מאמר זה משקף קולות רבים שקמו נגד חובת עריכת שימוע בעבודה.

גישת היחסים מציעה מבט חדש על חובת השימוע. חובה זו נובעת מהגישה הפסיכולוגית לקידום יחסים בעת משבר. הטעם לעריכת שימוע הוא תהליך שעובר העובד המצוי בכביה. הטעם העיקרי אינו "ניסיונות" השכנוע של העובד להשאירו בעבודה (אם כי גם לאלו יש מקום) אלא עצם השיחה עם בעל יכולת ההכרעה כחלק ממערכת היחסים בין הצדדים. שיחה זו, במיוחד כאשר נעשית כתנאי הוגנות וגילוי נאות, מאפשרת לעובד, כצד השני של מערכת היחסים, להתמודד עם המשבר כראוי, "לשפוך" את אשר על לבו ולצאת לדרך חדשה מחוזק ומגובש. בהיעדר שיחה מעין זו העובד חווה משבר המכונה בספרות הפסיכולוגית "unfinished situation", המתבטא בעיסוק העובד ללא הרף במשבר הפיטורים. במקרה זה העובד חווה את המשבר בעצמה רבה יותר ולאורך זמן רב יותר. המעביד, ה"משקם" על ידי השימוע את מערכת היחסים שהגיעה למשבר או לסיום, יוצא נשכר כי יש להניח שעובד שזכה לשיחה שבה הובנו ולובנו מניעיו של המעביד, עשוי לחוש – למרות

130 ע"ע (ארצי) גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448 (2003); ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה – שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2007); עניין ערבאס, לעיל ה"ש 125; ראו גם שלומית יניסקי רביד וסיוון סבן הכהן "זכות השימוע" נטו פלוס 31, 216 (2009).

131 ש.ס.

132 מיכל הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עקרון השימוע במבט אנליטי" משפט ועסקים ט 313, 311 (2008).

המשבר – שזהו צעד שאי אפשר להימנע ממנו, וכי הטיפול במערכת היחסים היה מתחשב.¹³³ ההנחה היא שהיחסים חשובים לשני הצדדים, ואם יטופלו כראוי, הסיכוי שהעובד יגיש תביעה "מנופחת" או יוציא דיבתו של המעביד רעה – פוחת. התוצאה היא שהדחף של העובד לנקמה ימותן. ההבנה כי למעביד יש אחריות כלפי הצד השני שבמערכת היחסים מחייבת אותו לערוך שימוע הולם. ככל שהיחסים קרובים יותר ובנויים על אמון הדדי (מנהל או מטפלת), וככל שהפגיעה ביחסים קשה יותר (האשמת העובד בגנבה) – כן חובת השימוע הכרחית יותר.¹³⁴ הרחבה בנושא זה תיעשה בעבודה נפרדת.

2. התנכלות תעסוקתית

רבות נכתב על התנכלות תעסוקתית.¹³⁵ המונח "התנכלות תעסוקתית" פירושו התייחסות במקום העבודה שהיא משפילה, עולבת ופוגעת ברמה הרגשית־נפשית.¹³⁶ זו עשויה להתבטא באלה: התעלמות מופגנת מהעובד, כגון היעדר תגובה לפניות, היעדר התייחסות במפגשים עם העובד, אי־תשובה לדוא"ל, היעדר תגובה לברכת שלום ובוקר טוב ועד לבידודו של העובד משאר העובדים;¹³⁷ איסורים משפילים המפלים אותו משאר העובדים (איסור לאכול או לצאת לשתות המופנה אליו בלבד ולא לחבריו);¹³⁸ איסורים פוגעניים

- 133 ראו (DAVID LESTE, THEORIES OF PERSONALITY: A SYSTEMS APPROACH 155 (1995)).
- 134 ע"ע (ארצי) 355/99 לינדר – ארגון נכי תאונות עבודה, פר"ע לו 846 (2002); עניין מלכה, לעיל ה"ש 130; ע"ע (ארצי) 412/06 האגודה למען הקשיש בקרית גת – דוד (פורסם בנבו, 9.10.2007); ערבאס, לעיל ה"ש 125.
- 135 שלומית אלמוג "התנכלות תעסוקתית (Mobbing) עבודה, משפט וחברה יא 229 (2006), על ההפניות הרבות שם; שירה שושן התנכלות תעסוקתית (עבודת סמנריון, הקריה האקדמית אונז, 2008). פרופ' אלמוג מציגה הגדרות שונות מדיסצפלינות שונות בין אלו "הטרדה רגשית", "קרבוץ" "טרור תעסוקתי", הלקוחות מתוך: F. LORHO & V. HILP, BULLYING AT WORK (European Parliament Directorate-General for research, 2001) www.article13.net/pdf%20files/bullyingatwork.pdf. פרופ' אלמוג מודעת לקושי בהגדרה. היא מניחה שהתנכלות תעסוקתית היא התנהגות חוזרת ונשנית כלפי עובדים, שרישומה הוא פגיעה שאינה פיזית, ואשר לרוב נחווית על ידי העובדים כהשפלה. מבחינת, מחד אינני מסכימה כי הגדרת התנכלות חייבת לכלול רכיבים כגון התנהגות חוזרת ונשנית או פגיעה שאינה פיזית, ומאידך אין מנוס מבחירה ברכיבים מסוימים כבסיס לנורמה משפטית בנושא.
- 136 ראו ההגדרה של התנכלות בהצעת חוק למניעת העסקה פוגענית, התשס"ה–2005, פ/3203. ההצעה טרם בשלה לכדי חוק מחייב.
- 137 עב' (אזורי ת"א) 8299/00 שוהם – מילשטיין (פורסם בנבו, 29.10.2003), שם נטען כי המעביד נהג להשפיל את העובד, לא ענה לו לשלום ולא בירך אותו בבוקר טוב.
- 138 עב' (אזורי נצ') 3039/03 שחרור – אלקטרו קובי בע"מ (פורסם בנבו, 11.9.2007). שם המעביד אסר עליה לאכול עם שאר העובדים והשרה אווירה לא נעימה בסביבת העבודה.

כלפי כל העובדים (לא לאפשר לעובדים יציאה לשירותים, לשתיית מים או לשיבה); אמצעים מילוליים כגון ביקורת, הבעת חוסר שביעות רצון, הערות מעליבות, צעקות, האשמות שווא;¹³⁹ פגיעה במעמדו ובקידומו של העובד כגון העברה ממקום למקום, תחושת זמניות נצחית, לקיחת סמכויות באופן שרירותי, השפלה פומבית, העדפת אחר במפגין; משימות מיותרות משפילות;¹⁴⁰ שלילת עבודה ומתן משימות שאינן הולמות את כישורי העובד;¹⁴¹ יצירת סביבת עבודה עוינת.¹⁴² התנכלות תעסוקתית ככזו לא זכתה להכרה ישירה כעילה עצמאית בתחום דיני העבודה. ההבנה כי למעביד יש אחריות למערכת היחסים עם העובדים מחייבת את המערכת המשפטית להגדיר את ההתנהגות השלילית ולקבוע כללים למיגורה. פגיעות הנגרמות לעובדים ועובדות הן מעניינו המובהק של המשפט בכלל ושל דיני העבודה בפרט. לדברי פרופ' אלמוג, לב משפט העבודה הוא פיתוח דינים המעגנים הגנות מפני פגיעות לא רק ברווחה ובביטחון פיזיים אלא גם באינטרסים רחבים יותר, כהגנה על הכבוד והגנה מפני הפליה. למשל, בחוקי המגן המבטיחים רצפת זכויות מסוימת מקובל לראות גם דינים שמטרתם להגן על עובדים מפני השפלה ופגיעה בכבוד, הנלווית אל עבודה בשכר ובתנאים הנמוכים מאלה הקבועים בחוקי המגן. בדומה,

139 עב' (אזורי י-ם) 1618/00 שלודי – בזאר שטראוס (פורסם בנבו, 26.10.2005), שם השעה המעביד את העובד מעבודתו באשמת שווא של גנבה. העובד זוכה ממנה וזכה בפיצוי בגין עגמת נפש.

140 אלישבע ברק "אילווצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג 209, 219 (אהרון ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001); *G.S. Friedman & J.Q. Whitman, The European Transformation of Harassment Law: Discrimination Versus Dignity*, 9 COLUM. J. EUR. L. 241, 250 (2003); אלמוג, לעיל ה"ש 135.

141 ראו אלישבע ברק, לעיל ה"ש 140, בעמ' 219: "לעובד קיים אינטרס לממש יכולותיו המקצועיות והאישיות ובתוך כך לממש עצמו כאדם". ראו עב' (אזורי חי) 5087/00 זיטנסקי – א.ח. תעשיות עיבוד שבבי מדויק (פורסם בנבו, 2.3.2003); עב' (אזורי ת"א) 3318/05 לבאי – עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 2.1.2008), שם דובר על רופאת שיניים. ההתנכלות באה לידי ביטוי באי-הפניית מטופלים והטלת עבודות מבזות כגון סידור קלסרים, זימון תורים לרופאים אחרים והכנת חדרי טיפולים. הרופאה טענה גם כי התנכלו לה בכך שכשהורו לה לעשות טיפולים לא אפשרו לה לבחון מראש את התאמת החדר והציוד, ואף היה מקרה שבו התברר כי הציוד אינו תקין. אף היעדר הדרכה ואימון נכנסים לקטגוריה זו. ראו גם עב' (אזורי ת"א) 6590/01 ינאי-קהלת – מדינת ישראל, משרד הבריאות המכון לרפואה משפטית (פורסם בנבו, 27.9.2006).

142 עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 137, שם כותבת השופטת נטע רות כי הציפייה למקום עבודה ששוררת בו אווירה מכובדת ומאופקת אשר הן האיום והן האלימות הפיזית והמילולית הם ממנה והלאה, היא ציפייה לגיטימית ומתבקשת בנסיבות העניין. בהצעת חוק למניעת העסקה פוגענית נכללת בהגדרת ההתנכלות גם פגיעה בכריאות העובד.

הדינים המגנים על עובדות ועובדים מפגיעות בשוויון ומהטרדה מינית נובעים בין היתר מהכרה בצורך להגן על עובדים מפני הפגיעה הרגשית שהיא תוצאה מתבקשת של הפגיעה בשוויון ושל ההטרדה המינית. אם כן, לכשמקבלים את העיקרון שעל פיו יש להגן על עובדים ועובדות מפני התנכלויות ופגיעות, קשה – רעיונית – לצמצם מראש את היקף ההגנה המוצעת לסוג מיוחד של התנכלויות רגשיות או לסקטור מסוים של עובדים.¹⁴³ סקטורים מסוימים מוגנים בחקיקה הקיימת, למשל מופלים לרעה, מוטרדים מינית או עובדים שחשפו שחיתויות.¹⁴⁴ איסור ההתנכלות הוא נורמה רצויה מבחינת הגנת העובד ולא למען שמירה על שמו הטוב של מקום העבודה, כפי שנעשה בסעיף 17(3) לחוק שירות המדינה (משמעת), שלפיו עובד עובר עברת משמעת אם התנהג התנהגות שאינה הולמת תפקידו כעובד המדינה או התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה.¹⁴⁵

האפשרויות המשפטיות הקיימות בדין בישראל להתמודד כיום עם התנכלות תעסוקתית – כגון הטענה כי מדובר בהתנהגות המזכה את המתפטר בפיצויי פיטורים¹⁴⁶ או המאפשרת לעובד להגיש תביעה לפיצויי עגמת נפש – אינן מדגישות את הפגיעה במרקם היחסים החשוב במקום העבודה בין העובדים, החפצים לבצע את עבודתם בתנאים הולמים, לבין המופקדים עליהם.

הסופרת נני גוסטפלד־מנוח ניתחה בספרה "מילים הורגות" אלימות בזירה אחרת (משפחתית). מן הניתוח אפשר ללמוד על זירת העבודה. האלימות הנפשית מוגדרת ומזוהה באמצעות ארבע נקודות התייחסות: התנהגויות, לרבות סמויות; הנזק שהן גורמות; המינון, דהיינו העצמה והתכיפות להתרחשות; המטרה האמתית המניעה את המפעיל.¹⁴⁷ אפשר לאמץ פרמטרים אלו בעיצוב הנורמה שתאסור על התנכלות תעסוקתית, תוך אימוץ גישת היחסים.¹⁴⁸ עקרונות כלליים אחרים שעשויים לסייע בעיצוב הנורמה הם עקרונות של

- 143 אלמוג, לעיל ה"ש 135.
 144 ראו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק למניעת הטרדה מינית, התש"ח-1988; ס' 2, 4, 5 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997.
 145 חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. ראו ער"מ 1351/95 פינקלשטיין נ' התובע בבית הדין המקומי למשמעת של עובדי עיריית ירושלים, פ"ד מט(5) 573, 578 (1996).
 146 ס' 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963. ד"מ (אזורי חי') 5682/01 מאור – גרעיני (פורסם בנבו, 5.5.2002).
 147 נני גוסטפלד־מנוח מילים הורגות – כשדו שיח יומיומי הופך לנשק קטלני (2006); שושן, לעיל ה"ש 135.
 148 ראו הצעת חוק למניעת העסקה פוגענית, לעיל ה"ש 136; חוק הזכות לשיבה בעבודה, התשס"ז-2007.

סבירות ומידתיות, דהיינו עד כמה המטרה שהמעשה (או המחדל) נועד להשיג לגיטימית, ואם היה אפשר להשיגה באמצעים פוגעניים פחות.¹⁴⁹ ההבנה כי בבסיס הפעילות בעבודה יש יחסים בעלי משמעות לעובד חשובה למיסוד הנורמה הראויה.

3. הכרה במתח ובדיכאון בעבודה כתאונת עבודה

העובדה כי העבודה היא מוקד קריטי לתחושות העובד משפיעה גם על התחושות השליליות. יחסים עכורים בעבודה עלולים לגרום בעיות נפשיות, ובכללן מצבי מתח ודיכאון. הכרה בחשיבות המצבים הפסיכולוגיים ובחשיבות ההקפדה על יחסים תקינים במקום העבודה ללא פגיעה בזולת משמעה לדעתי גם הכרה במצבים קיצוניים מתמשכים אלו כ"תאונת עבודה". על פי הנורמה הקיימת, במקרים רבים יש לבודד אירוע חריג כדי להצדיק הכרה במצב נפשי קשה כתאונת עבודה, הגם שברור כי המצב הנפשי נגרם מיחס פוגעני מתמשך במקום העבודה.¹⁵⁰ מצב זה הוא בבחינת עצימת עיניים של קובעי הנורמות הן באשר להשפעה בפועל של יחסים לא תקינים במקומות עבודה על העובד והן באשר לחשיבות הקריטית של התאמת ההסדרה המשפטית לגישת היחסים במקום העבודה. ההלכה האומרת שלחץ מתמשך בעבודה אינו כשלעצמו תאונת עבודה – אינה עולה בקנה אחד עם גישת היחסים.¹⁵¹

149 ראו יישום לכך בעב' (אזורי ת"א) 3246/05 ג'ייקובס – מתתיהו מושב שיתופי להתיישבות חקלאית (פורסם בנבו, 24.2.2008), שם טענה השופטת נטע רות כי הליך הפסקת עבודתו של התובע היה מלווה בהשפלה מיותרת וחסרת הצדקה. כן ראו גיא דוידוב "עקרונות המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

150 הגדרת תאונת עבודה מצויה בס' 79 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, "תאונת עבודה" – תאונה שאירעה תוך כדי עבודתו ועקב עבודתו אצל מעבידו או מטעמו. בפסיקה התמקדו באירוע חריג, פתאומי וגלוי. "תאונת עבודה" במובנה הקלאסי, משמעותה, אירוע פתאומי וחד-פעמי הנראה לעין. באירוע כזה, הסיבה לתאונה היא בלתי צפויה וניתן לתחמה בזמן ובמקום; בג"ץ 4690/97 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג' (2) 529 (1999) (להלן: עניין כרם); חוק הביטוח הלאומי, פרק ט'.

151 "בעניינינו, מקובלת עלי עמדתו של בית-הדין לעבודה, שלפיה מתח נפשי שמביא לדיכאון שמביא לניסיון התאבדות (או להתאבדות) יכול להיות רכיב ב'תאונת עבודה', ובלבד שקרתה 'תאונת עבודה'". הסיבות לכך הן החשש מהתחזות והשכיחות של מתחים במקום עבודה. חוק הביטוח הלאומי מכיר בתנאים מסוימים בנכות כללית כנכות הבאה בגדר החוק ללא דרישת קיומו של רכיב ה"תאונה" (פרק ט' לחוק). האם החוק מיועד לכסות גם את תוצאותיהם של כל אלה על ידי הכרה בהם כתאונת עבודה? האם לכך הוא מכוון? נראה כי לאור הגדרתה של "תאונת עבודה" כ"תאונה", אין הדבר כך". עניין כרם, שם, ס' 23 לפסק הדין. בעניין זה

יחסו של בית הדין לעבודה לנושא זה מורכב: מחד מכירים בתי הדין בעובדה כי מקום העבודה גורם למתח ולחצים עד כדי גרימת מחלות. לדבריהם, "מרבית האוכלוסייה היא אוכלוסייה עובדת. טרדות, תסכולים, אכזבות, קשיים כלכליים, מתחים, לחצים, עליות ומורדות הם מטבע הדברים מנת חלקו של חלק גדול מן העובדים במהלך עבודתם. מצבים אלה עלולים לגרום למחלות ממחלות שונות..."¹⁵² מאידך תומכים בתי הדין לרוב בכלל שלפיו אי אפשר להכיר במתח הנפשי המתמשך בעקבות העבודה כתאונת עבודה.¹⁵³ באופן מלאכותי הם תרים לעתים אחר אירוע חריג. הסיבה היא שכדי להכיר בהחמרת מצב נפשי כתאונת עבודה צריך להיות אירוע חריג אשר גרם לפגיעה הנפשית או להחמרה במצב נפשי קיים.

מקרים שבהם לא הייתה הכרה בתאונת עבודה למרות ההשפעה של התדרדרות יחסי העבודה על מצבם הנפשי של העובדים – ממחישים זאת. בפרשת קופולוב עבדה אחות בתנאי לחץ ומתוך תחושה שמנסים להיפטר ממנה. תחושה מתמשכת זו גרמה לה בסופו של דבר לבצע ניסיון התאבדות. בית הדין כותב:

"מבינים אנו לליבה של התובעת, אשר חשה כי האירועים בעבודה במשך חצי שנה גרמו לדיכאון המתמשך, שבסופו של יום הביא לניסיון ההתאבדות. יתכן ויש בכך הרבה יותר משמץ של אמת, אך לצורך הכרה בכך כתאונת עבודה במסגרת חוק הביטוח הלאומי, נדרש התנאי של אירוע חריג. תנאי זה מונע מאיתנו במקרה שלפנינו לקבל את התביעה."¹⁵⁴

בפרשת בן דוד לדוגמה נאמר כי תנאי להכרת אירוע כתאונת עבודה הוא שנגרם אירוע נזק למבוטח. בית הדין השווה את המצב הנפשי למצב הפיזי. לכן, לדבריו, כאשר עובד נופל מסולם זוהי אמנם תאונה, אך אם לא נגרם לו נזק פיזי, זוהי איננה תאונת עבודה.¹⁵⁵ לדעתי, החיפוש אחר ה"תאונה" או "אירוע הנפילה" אינו הולם בהכרח את הבעיות הפסיכולוגיות שעולות מיחסים עכורים לאורך זמן. התהליכים הנפשיים שונים במהותם מנזקים פיזיים,

אדגיש כי דווקא שכיחותם של מתחים במקום העבודה מחייבת לדעתי הכרה במתח מתמשך כתאונת עבודה.

152 שם, ס' 23 לפסק הדין.

153 שם. ראו גם עב"ל (ארצי) 407/07 בן דוד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 30.12.2008). בסופו של דבר הוכרה התאונה כתאונת עבודה על דרך ההחמרה, כיוון שהאירוע פורש כאירוע דוחק־מזרז־מחרף מצב נפשי בעייתי קודם (שם דיכאון וחרדות).

154 ב"ל (אזורי ב"ש) 1803/08 קופולוב – ביטוח לאומי סניף באר שבע (פורסם בנבו, 27.10.2008).

155 עניין בן דוד, לעיל ה"ש 153.

ואין לגזור הלכה לנזקים נפשיים מהלכות קודמות בדבר נזקים פיזיים.¹⁵⁶ לאור גישת היחסים יש לדעתי לשנות את הנורמה הקיימת או ליצוק בה משמעות אחרת, ולהכיר במצבים אלו של מצב נפשי בעייתי הקשור ליחסים עכורים בעבודה, כתאונת עבודה. אף מפרשה אחרת עולה כי המיקוד באירוע ספציפי הוא מלאכותי ואינו עולה בקנה אחד עם נקודת המבט של גישת היחסים. דובר שם בעובד שעבד במשך שנים כמפעיל קו חלוקת סחורה של חברת "תנובה" באזור באר שבע. קו החלוקה היה קבוע. העובד התחיל אותו כל יום בבוקר וסיימו לקראת ערב. לטענתו, בפגישה שנערכה בין מחלקים לבין מנהל רכז הפצה של "תנובה" בבאר שבע הודע לנוכחים כי בעקבות שינויים ארגוניים בחברה יעבור מרכז ההפצה מבאר שבע לקריית מלאכי. העובד הציג אירוע זה כאירוע מכונן ספציפי. האירוע מתואר בפסק הדין, באופן מעורר תמיהה, כאירוע היחיד כמעט שגרם לחרדה ודיכאון. העובד דיווח על התדרדרות במצבו הנפשי שגרמה פגיעה בזיכרון לטווח קצר, לתחושות שליליות ולהפסקת עבודתו. הגם שפסיכיאטר מטעמו אישר כי הוא אינו עובד וכי הוא מדווח על לחצים רבים, המקרה לא הוגדר כתאונת עבודה.¹⁵⁷ לדעתי, לו הייתה גישת היחסים מתקבלת, ייתכן שהוכחה בדבר היחס הבעייתי במקום העבודה הייתה יכולה לסייע לעובד שיכירו במצבו כתאונת עבודה במקום להתמקד באירוע אחד.

לאחרונה ניכרת מגמה של ריכוך מסוים בבית הדין. אפשר לראות זאת במקרה של פרשת בן דוד. אביבה בן דוד ניהלה משא ומתן ממושך עם מעסיקה באשר לסיום עבודתה. המשא ומתן תואר על ידי פסיכיאטר מטעמה כקשה ורווי השפלות. היא טענה כי ההודעה החד-משמעית על פיטוריה בפגישה שנערכה במהלך המשא ומתן הייתה בגדר אירוע טראומטי בשבילה, אשר גרם לה התקף חרדה ומצב דיכאוני, הפרעות במצב הרוח, עייפות וחולשה. למחרת הפגישה היא השאירה אצל המעביד מכתב התאבדות. בית הדין האזורי דחה את טענותיה. בפסק דינו של נשיא בית הדין הארצי הוא אמנם העלה ספקות באשר לשאלה אם אפשר להגדיר את הפגישה כאירוע חריג, וזאת על רקע היחסים העכורים בין העובדת לבין הממונים עליה בעבודה. הגם שבית הדין לעבודה סבר כי אין ספק כי ההודעה הייתה אירוע שחרג מעבודתה הרגילה של העובדת, וכי היא התרגזה, פנתה לטיפול פסיכיאטרי ונעדרה מעבודתה כמה חודשים לאחר מכן – הוא החליט שלא להכיר באירוע כאירוע חריג לפי

156 בכך אני מסכימה לקביעת השופט פליטמן בדעת מיעוט באותו פסק דין, שלפיה: "אין צורך בהוכחת אירוע חריג דווקא כאירוע חיצוני שניתן לקשור בינו לבין פגיעה נפשית. לעניין זה די באירוע מיוחד בעבודה השונה מפעולת יום יום רגילה. מן הבחינה המשפטית, טיב האירוע החיצוני נקבע ע"פ המבחן הרפואי. אשר ליסוד הנזק. די שאירוע בעבודה יגרום לתקופת אי כושר המזכה בדמי פגיעה, גם אם מדובר בהחמרה זמנית, כדי שתאוונה תוכר כתאונת עבודה". עניין בן דוד, שם.

157 ב"ל (אזורי ב"ש) 2720/08 חיים – בטוח לאומי, סניף באר שבע (פורסם בנוב, 16.6.2009).

גישת המיקרוטראומה. חרף זאת קבע בית הדין הארצי כי אכן מדובר באירוע שהחמיר את מצבה ופסק כי מדובר בתאונת עבודה.¹⁵⁸ אף בפרשת זהבית¹⁵⁹ ניכרים אותותיה של אותה גישה מרוככת, "המבינה לנפשם" של היחסים בעבודה. מדובר בנהג פינוי אשפה שעבד במחלקת התברואה של עיריית ערד. הוא לקה בהתקף לב ולאחר כשבועיים של ימי מחלה שב לעבודתו. עם חזרתו חווה יחס נוקשה, סידור העבודה היה שונה מהרגיל, בין היתר קיבל קו נסיעה קשה, שעות העבודה הנוספות הופחתו, והוא לא הורשה לצאת להפסקת צהריים (בכך נפגע הטיפול התרופתי שקיבל, משום שהתרופות נלקחו בשעת ארוחה, ולכן ללקיחה סדירה של התרופות היה עליו לאכול ארוחות סדירות, מה שכאמור נמנע ממנו). ההתעללות בו הייתה לדבריו ללא גבול. הוא התאבד במקום העבודה בהותירו מכתב המסביר את מעשיו ביחס הקשה שקיבל מצד הממונה עליו. לדבריו הוא נהג בו בעריצות, לא אפשר לו לעבוד בתנאי העבודה שאחרים זכו להם ולא אפשר לו לצאת לטיפול רפואי נחוץ, ולעומת זאת הממונה עצמו יצא לטיפול שיניים לילדיו.¹⁶⁰ בית הדין האזורי לא הכיר באירועים כתאונת עבודה הן בשל ההלכה שתביעה להכרה בתאונה בעבודה כרצף של "אירועים חריגים" אשר במצטבר גרמו לפגיעה נפשית, נדחתה בבג"ץ כרם והן בשל היעדר ראיות, לדעתו.¹⁶¹ בית הדין הארצי מצא שני נתיבים להכיר בכך כתאונת עבודה.

השופט פליטמן היה סבור כי אין צורך להוכיח אירוע חריג כדי שאיבוד לדעת יוכר כתאונה בעבודתו. השופט לא קיבל את ההשוואה בין מבחן שהתפתח באשר למצב ביולוגי (אוטם שרירי הלב) למבחנים הנוגעים למצב נפשי. לדבריו, המכתב הוא ראיה מספקת. לפיכך משברור שאירועי העבודה כאמור גרמו לפגיעתו של המנוח בעצמו (מבחינת קשר סבתי), די בכך כדי לקבוע כי חבלתו זו היא בגדר תאונה בעבודה.¹⁶²

158 עניין בן דוד, לעיל ה"ש 153. הגם שאני מסכימה עם התוצאה של פסק הדין ועם הגישה המרוככת יותר, דעתי, בדומה לדעת השופט פליטמן, כי הרציונל שבבסיס הדברים הוא שאין לתור אחר אירוע חריג במצב של יחסים עכורים מתמשכים בעבודה שהם עצמם מובילים, בקשר סיבתי ברור, לבעיות נפשיות. ראו גם סיפת דברי השופט אילן סופר בפרשת קופולוב, לעיל ה"ש 154. לאחר שלא הכיר בתאונת עבודה כתב כי "למרות שיתכן כי בנסיבות מסוימות ולאחר קבלת חוות דעת רפואית מקצועית היינו מוצאים קיומו של קשר סיבתי בין ניסיון ההתאבדות לאירועים בעבודה".

159 עב"ל (ארצי) 1434/04 זהבית – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 14.3.2006).

160 שם, ס' 4 לפסק הדין.

161 שם.

162 שם. יצוין כי יש לדעת השופט להוכיח קרות אירוע מיוחד, מוגדר, הקשור לעבודה, ושבעטיו טרף העובד נפשו בסמוך לאחר מכן. אך אין זה אירוע חריג.

לדעת הנשיא דאז השופט אדלר, יש להכיר במקרים חריגים מעין אלו כתאונת עבודה הגם שאינם נכללים בהגדרות המקובלות. פסק הדין אינו מבהיר מהם הרכיבים שיצרו באותו מקרה את הנסיבות החריגות. אך אלו הובילו להכרה בו כתאונת עבודה. כך או אחרת, נפתח הפתח לקבוצת חריגים שונים מהכללים הרגילים, שבהם יהיה אפשר להכיר בסבל נפשי במקום העבודה כתאונת עבודה. באותו פסק דין חוזר הנשיא אדלר על הכללים הרגילים, שאותם אינו מוצא לנכון לשנות. מעניין שדווקא בפסק דין זה, שבו התוצאה נקבעה מתוך הכרה בחריג לכלל, מוצא הנשיא לנכון להדגיש את הכללים הרגילים שלפיהם מחלת נפש אינה מוכרת כמחלת מקצוע. לדבריו, בשל היעדרה של הוכחה הקושרת את התפתחותן של מחלות נפש עם העבודה לא הוכללו מחלות אלה ברשימת מחלות המקצוע. זאת ועוד, מחלת נפש אף אינה מוכרת מכוח תורת המיקרוטראומה. לדברי הנשיא אדלר, בפסקי הדין הוברר חוזר והברר כי כדי להכיר בהתאבדות ככתאונת עבודה יש צורך להוכיח התקיימותו של אירוע מיוחד מוגדר בעבודה אשר ניתן לקשרו בקשר סיבתי להתאבדות.¹⁶³ המסקנות המתבקשות לדעתו הן אפוא כי קיימת הצדקה להכיר במחלת נפש ככתאונת עבודה, לרבות במקרה של התאבדות, רק כאשר הוכח אירוע כאמור בעבודה שאותו אפשר לקשור להתפרצות המחלה הקיימת, ורק אם ההתאבדות אירעה בסמיכות זמנים מידידת לאירוע בעבודה. למרות דבריו החליט כי בנסיבות המיוחדות של הפרשה הנדונה, מחמת הספק ועל אף היעדרה של מסכת ראיות מלאה אפשר ללמוד ממכתב ההתאבדות את שלמד הימנו השופט פליטמן, כי קדמו להתאבדות שני אירועים שאירעו בסמוך לה אשר אפשר לקשרם להחלטת המנוח לשים קץ לחייו.

לפי גישת היחסים, יש להכיר בבעיות נפשיות הנובעות מיחסים בעייתיים מתמשכים כתאונת עבודה. הכרה זו דורשת שינוי החקיקה בתחום תאונות עבודה באופן שתכלול הסדר מיוחד למצבים נפשיים, אשר מטבע הדברים הם מצטברים ומתמשכים.¹⁶⁴ החיפוש אחר

163 שם, ס' 2 לפסק דינו של השופט אדלר. ראו גם Stephen Adler & Rivka Schochett, *Workers' Compensation and Psychiatric Injury Definition*, 22 INT'L J. L. & PSY. 603 (1999); Stephen Adler & Renee Atlas, *Legal Aspects of Work-related Mental Illness and Disorder*, 41 ISR. J. PSY. 277 (2004). המחברים מתנגדים להכרה במתחים נמשכים בעבודה כגורמים לתאונת עבודה נפשית בעיקר בשל הקושי לבודד את השפעת העבודה על הנפש לעומת גורמים אחרים, ובשל הלחץ המתמיד המצוי בכל מקום עבודה. היו מקרים בעבר שהתאבדות הוכרה כתאונת עבודה אך זאת לאחר זיהוי אירוע חריג. לדוגמה, בפרשת דב"ע (ארצי) נג/0-44 המוסד לביטוח לאומי – טישלר, פד"ע כו 199 (1993) דובר על התאבדות מדען לחקר טכנולוגיית העץ, שפוטר. ההתאבדות במקום העבודה (מטע האילנות) אירעה בעקבות פירוק החממות. ההתאבדות הוכרה כתאונת עבודה.

164 אלו יכולים להשפיע גם על בעל העסק. ראו עב"ל (ארצי) 416/99 הס – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 18.10.2008), שם הוחזר הנושא לבדיקת בית הדין האזורי, שקבע כי

אירוע מיוחד אינו עולה כאמור בקנה אחד עם גישת היחסים. יתרה מכך, לטענתו היות מקום העבודה מקור ללחצים אינו סיבה לאי־הכרה בתאונות עבודה אלא להפך: יש להבטיח בחקיקה כי מקומות עבודה יהיו מודעים לבעיה ויהפכו להיות "ידידותיים" יותר לעובד. אף יש להקים מרכזי סיוע שאליהם יוכלו לפנות עובדים במצוקה, לממן סיוע נפשי ולבצע פעולות מנע על ידי היערכות מראש.¹⁶⁵

4. פיצויי "עגמת נפש"

אביבה מאור עבדה בחנות פרחים בחיפה בתפקיד שוזרת פרחים בשכר של 25 ש"ח לשעה. לאחר שהייתה חשופה להשפלות מילוליות, הערות מעליבות ויחס מזלזל, אשר חזרו ונשנו מצד מעבידה, היא עזבה את מקום עבודתה.

מאור הגישה תביעה בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה לפיצויי פיטורים מכוח התפטרות שדינה פיטורים. המעביד הודה כי נהג לזרוק ניירות לסל האשפה מעל לראשה של העובדת ולהעיר הערות פוגעניות. למשל: "אם היית גבר, הייתי מעיף לך משהו בפרצוף... תיזהרי ממני", "מטורפת, את מביאה לי את הטירוף... אני לא יכול לעבוד עם משוגעים", "את עובדת גרועה שלא יודעת לעבוד", "אני לא אפטר אותך כי מעולם לא שילמתי פיצויי פיטורים" ועוד. העובדת טענה כי הגיעה לסף שבירה כאשר גורשה מהחנות בטענה כי היא מטורפת.¹⁶⁶

סגן השופט הראשי בבית הדין האזורי בחיפה, השופט קציר, פסק כי תקופת העבודות לא קיימת עוד. לפי פסק הדין שניתן המעביד נהג להתבטא בצורה בוטה ומעליבה כלפי העובדת וכלפי הסובבים אותו. הוא לא נתן יחס של כבוד לעובדת המבוגרת ממנו בעשרות שנים, אשר עזרה לו לבנות את העסק מיום הקמתו. בית הדין מצייין כי התובע כנראה שכח שצריך לתגמל עובד ביחס הוגן ובמילה יפה, וכי "צר לנו שגבר צעיר לא למד כללי התנהגות מינימאלית של מעביד כלפי העובד שלו, ומן הראוי, כי יעשה חשבון נפש ביחס לצורת ההתנהגות כלפי השכירים".¹⁶⁷

דובר על דיכאון קודם של בעל העסק, שהוחרף עקב קשיים כלכליים. ההחרפה מאפשרת הכרה כתאונת עבודה. ב"ל (אזורי חי') 481/95 חס – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.5.2006).

165 במצב הדברים היום ההתדיינויות הממושכות בעניין מבחני הפסיקה הקפדניים גורמים שעד ההכרה בתאונת עבודה (אם בכלל) העובד ו/או בני המשפחה אינה זכאים לתשלומים, על כל המשתמע מכך.

166 ראו עניין מאור, לעיל ה"ש 146.

167 ש.ש.

בית הדין קבע כי בנסיבות אלה התפטרות העובדת תיחשב פיטורים, וכי אין לדרוש מעובד לעבוד במקום עבודה שבו הוא זוכה ליחס מבזה ומשפיל. המעביד חויב לשלם פיצויי פיטורים וכן הוצאות משפט. פיצויי עגמת נפש לא ניתנו.¹⁶⁸

לדעתי, לאור גישת היחסים מושא מאמר זה, על בית הדין להשתמש במקרים כגון המקרה שתואר ולפסוק על פיצויי עגמת נפש בגין פגיעה פסיכולוגית עקב היחסים שבין הצדדים. פיצוי מכוח סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות) כולל אף פיצוי בגין נזק לא ממוני, ובכלל זה בשל עגמת נפש, פגיעה רגשית, כאב וסבל, אי-נוחות ועוד.¹⁶⁹

נושא פיצויי עגמת נפש שנוי במחלוקת בבית הדין לעבודה.¹⁷⁰ המחוקק קובע מפורשות בכמה הקשרים כי אפשר לפסוק פיצויים לא ממוניים.¹⁷¹ בית הדין פוסק פיצויים אלו אך קבע לא אחת כי יש לפסקם במשורה, רק במקרים קיצוניים.¹⁷² "מטבע הדברים כרוכים פטורי העובד או העברתו לתפקיד אחר למגינת ליבו ותוך הפרה חוזית, בעוגמת נפש ותסכול. ניתן לצפות לכן, כי ינהגו ערכאות בתי הדין לעבודה ריסון ומודעות להשלכותיה המשפטיות והכלכליות, ובכלל זה להשפעה על מערכת יחסי העבודה, ורק במקרים קשים ייפסק הפיצוי הנדון".¹⁷³ עם זאת בית הדין מציין כי נוכח המגמה של חיזוק זכויות אדם, בהסתמך על חוקי היסוד, יש לחזק המגמה שלא להותיר אדם נפגע ללא פיצוי על מלוא נזקיו.¹⁷⁴

פיצויים אלו, בגין רכיבים פסיכולוגיים, ניתנים נוסף על הפיצויים מכוח דיני עבודה, כגון פיצויי פיטורים.¹⁷⁵ פיצויים אלו יכולים להינתן אף במקרים שלא הסתיימו יחסי עובד ומעביד. בית הדין מציין כי הפיצוי נועד להשיב את כבודו האבוד של העובד, לפצותו על

168 ש.ם.

169 ס' 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, "פיצוי בעד נזק שאינו של ממון" "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק-ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין". בית הדין משתמש גם בס' 10(א)(1) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תוך מתן פרשנות רחבה לסעיף הכוללת גם פגיעה בכבוד העובד. ראו לדוגמה עניין כשני, לעיל ה"ש 125.

170 לסקירה בנושא ראו יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 452-455. לרשימת פסקי דין שהעניקו פיצויי עגמת נפש ראו שם, בה"ש 177.

171 ס' 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

172 ראו יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29.

173 דב"ע (ארצי) נג/99-3 משרד החינוך – מצגר, פד"ע כו 563.

174 ש.ם. כן ראו ע"ע (ארצי) 300084/98 בלום – מדינת ישראל, פד"ע לד 403 (1999).

175 עב' (אזורי ת"א) 300003/98 אומניסקי – מגן כח אדם (פורסם בנבו, 26.3.2002); ראו עניין גייקובס, לעיל ה"ש 149 ועניין שלודי, לעיל ה"ש 139, שם ניתן פיצוי בגין עגמת נפש נוסף על פיצויי פיטורים.

הצער והבושה שנגרמו לו ולהרתיע את ציבור המעבידים.¹⁷⁶ התרגום לפיצוי כספי אינו פשוט "בכמה שקלים שקולה בושתו של עובד, שעזב משרה... וכמה אגורות יקצוב לו בגין כל לילה שנדרה שנתו..."¹⁷⁷.

על פי גישת היחסים, הטלת האחריות בגין הנזקים הפסיכולוגיים על המעביד שגרם להם צריכה להיעשות באמצעות פיצויי כאב וסבל, שישמשו לא רק לפיצוי על הסבל הנפשי שנגרם ביחסים משפילים ועכורים ולהרתעה אלא גם כבסיס לחינוך מעבידים ולשם הטמעת נורמות של יחסים תקינים במקומות עבודה בישראל. אפשר לראות במחוזותינו כי יש מקום ניכר לשיפור היחסים במסגרת מקום העבודה. ייתכן שסנקציה מעין זו יכולה להועיל בעיצוב מחדש של הנורמות בתהליך מעבר בין המצוי לרצוי. לסיכום, אימוץ גישת היחסים בעבודה וגישות פרשנות פסיכולוגיות אחרות, שהוצגו, מוביל לכך שפיצויי עגמת נפש רצויים ואף הכרחיים.

5. זכויות קניין בתוצרי שירות רוחניים

כאשר עובד מפתח תוצר רוחני (מוצר מוגן פטנט, כגון תרופה או יצירה, למשל ספר) לצורך עבודתו ובמהלכה – כלל הזכויות הקנייניות ביחס לתוצר מוקנות למעביד.¹⁷⁸ פרשנות של זכות הקניין כבאה לקדם יחסים בין פרטים תוחמת את גבולותיה לפי מטרה זו. ככל שהפתרון הנורמטיבי משקף דרך ראויה לקידום ערך היחסים או מגלם סיכוי טוב יותר לשיפור היחסים – הפתרון נתפס כראוי יותר. ככל שהפתרון אינו מקדם מישורים אלו – יש להעדיף על פניו הסדרים אחרים אשר מקדמים יחסים טוב יותר. ההבנה כי ההגנה הראויה על הקניין אינה רכושית בלבד והיא נגזרת מקידום יחסים כמטרה ראשונית בפני עצמה, מובילה לצורך בשינוי ההסדר הקיים בתחום זה. קריאה מחדש של הנורמה המשפטית בדבר חלוקת הזכויות בתוצרי שירות רוחניים בראי תאוריות של קידום יחסים בכלל וקניין כיחסים בפרט מעלה אל פני השטח את כינונה האחר ופרשנותה המחודשת של הנורמה המשפטית לאור ערכים אלו. אפשרויות לעיצובה מחדש של הנורמה מצביעות על כינון כללים משפטיים של שיתוף בין עובדים למעבידיהם ביחס לתוצר רוחני. הכוונה היא למתן הכרה משפטית ליחסי השיתוף בין הצדדים באופן שהעובד יהא זכאי לזכויות קניין בתוצר לצד המעביד. הפתרון המוצע יוצק בנורמה ערכים מכונני יחסים כגון הדדיות, אמון והגינות.

176 יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 453.

177 עניין מצגרי, לעיל ה"ש 173, ס' 155.

178 ס' 132 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 וס' 34 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. כן ראו שלומית יניסקי רביד "מיהו עובד? מבט חדש על יחסי עובד מעביד באמצעות סוגיית הפטנטים והיצירות של עובדים" עבודה חברה ומשפט יב 381 (2010); שלומית יניסקי רביד קניין רוחני בעבודה (צפוי להתפרסם בהוצאת נבו, 2012).

הפתרון הקיים כיום בישראל ובשיטות האנגליות-אמריקאיות אינו עולה בקנה אחד עם גישת היחסים מושא המאמר.¹⁷⁹ הפתרון מוביל להפרדה בין הצדדים באופן שאחד זוכה בזכויות והשני בלא כלום. הפתרון עלול להוביל לסכסוך בין הצדדים או להברחת נכסים על ידי עובדים שאינם רוצים לאבד זכויותיהם, תוך הפרת חובת האמון.

הפרשנות שאני מציעה עוברת דרך רבדים שונים: רובד אחד הוא הצורך לכונן נורמות משפטיות חדשות ביחס לקניין באופן שיאפשר המשכיות היחסים בין הצדדים. הכוונה לכללים משפטיים שיקבעו קריטריונים לשיתוף בזכויות בתוצרי שירות רוחניים. להצעת, יש לשקול תיקון חקיקה שיקדם מודלים של שיתוף בין עובד למעביד כאלטרנטיבה לגיטימית בפני עצמה. דרך המלך לקביעת שותפות מכוח חוק היא חלוקת הבעלות ביחס לתוצר לפי אחוזים שיוקנו לכל צד (בין בקביעה מראש ובין בקביעה בדיעבד לפי קריטריונים). חלוקת בעלות אינה האפשרות היחידה לשיתוף. אפשרות נוספת היא שיתוף בערך התוצר או בתמורה המתקבלת ממסחורו.

לגישת השיתוף כמה יתרונות בולטים. מלבד המסקנה כי שותפות היא פרדיגמה העולה מגישת היחסים ומתאוריות של קניין כיחסים, שותפות קניינית היא פרדיגמה ידועה מוסדרת במשפט. אלמלא ההוראות וההלכות הספציפיות העוסקות בתוצרי שירות רוחניים בהקשר של עובדים, בררת המחדל בחוק הייתה לקבוע שותפות קניינית על פי הוראות החוק הדנות בשיתוף.¹⁸⁰ כך תוקנינה זכויות לשני הצדדים לפי השקעתם בתוצר. ברוב המקרים שבהם נוצרת יצירה או מתהווה אמצאה אפשר לזהות סממנים המעידים על השקעה של המעביד לצד כאלו המעידים על השקעה של העובד. שותפות יכולה להיות ביטוי ראוי של היחסים בין שני הצדדים ביחס לתוצר הרוחני. מנקודת מבט זו פרדיגמת השיתוף היא פתרון ראוי וצודק יותר בראי גישת קידום היחסים. מודלים של שיתוף יכולים לחול בחלקים שווים או בחלקים משתנים לפי קריטריונים שונים. אם לא הייתה תרומה של צד מסוים להליך התהוות התוצר, או שהתרומה הייתה שולית וזניחה, הרי שצד זה לא יזכה כלל בזכויות. הבעייתיות של פתרון זה טמונה בטרגדיה של ריבוי בעלים.¹⁸¹ הצגת הכשל בריבוי בעלים סותמת את הגולל ברוב הפעמים על פתרון השיתוף. אולם בתחומים הרלוונטיים המשפט מכיר בפרדיגמות של שיתוף (שיתוף בתוצרים רוחניים בין צדדים שאינם עובד ומעביד) ומציע פתרונות משלו לכשלי הבעלות המשותפת כגון סיוע של רשם הפטנטים או פתרון הנציגות.¹⁸²

179 ש.ש.

180 ראו לדוגמה ס' 77 לחוק הפטנטים.

181 ראו יניסקי רביד קניין רוחני בעבודה, לעיל ה"ש 178, הדיון בפרק הדין בגישה הכלכלית.

182 ראו ס' 81 לחוק הפטנטים; ס' 65 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

רובד שני הוא רובד הפרשנות, שלפיו יש לפרש את החוק הקיים פירוש שמעודד שיתוף בין הצדדים, דהיינו בראי התאוריות של קידום יחסים. רובד הפרשנות ייטה לא לפסול אפשרות של שיתוף קנייני כאשר זו אפשרות סבירה העולה מהסכם בין הצדדים, ועם זאת ירחיב בפתרונות חלופיים כגון מתן תמורה לעובד בגין השקעתו או הענקת זכות שימוש לעובדים.

לסיכום, גישת היחסים שתוארה במאמר בהרחבה מאירה באור שונה את הנורמה המשפטית המסדירה את חלוקת הזכויות ביחס לתוצרי שירות רוחניים. אימוץ גישה זו יוביל לדעתי לפרדגימות משפטיות של שיתוף קנייני או שיתוף בתמורה.

ח. סיכום

במאמר זה תיארת תפיסה רחבה יותר לכינון ועיצובן של זכויות בעבודה. הגישה שנדונה רואה בפיתוח יחסים בין־אישיים אמצעי לכינון, עיצובם ופרשנותם של דיני העבודה. המסקנה היא כי יש לקרוא מחדש את דיני העבודה בראי תאוריות של קידום יחסים ולכוננם, או לפחות לפרשם, לאור ערכים אלו. גישה זו יוצקת בנורמות המשפטיות ערכים מכונני יחסים כגון הגינות, התחשבות, דאגה לזולת בשלבים השונים של הקשר, הדדיות ואמון. הפרשנות המוצעת עוברת דרך הצורך לפרש את החקיקה הקיימת באופן שמעודד שיתוף בין הצדדים, דהיינו בראי תאוריות של קידום יחסים ומגיעה עד לצורך לכונן נורמות משפטיות חדשות באופן שיכבד את היחסים.

בתחום יחסי עבודה, כאשר אפשר לזהות צד פגיע יותר, יחולו לדעתי הכללים האלה: כאשר אנשים יוצרים יחסים של תלות הדדית המערבים מאמצים משותפים, והיחסים משתבשים, זכויות צריכות להיות מחולקות מחדש (חלוקה או העברה) בין הגורמים לשם הגנה על אינטרסים לגיטימיים של הצד הפגיע יותר.¹⁸³ כאשר יש משבר ביחסי עבודה או בעת סיום יחסים, על המערכת המשפטית לחייב שיתוף או "שיפטינג" של זכויות מה"בעלים" ל"לא בעלים" כיוון שהצדדים הסתמכו זה על זה ועל המשך היחסים.¹⁸⁴

183 ההגנה על הצד החלש עולה גם מגישתו של ג'ון רולס. ראו יניסקי רביד "תמורות", לעיל ה"ש 29.

184 Singer, *The Reliance Interest*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 623: "...when they break up-the legal system requires a sharing or shifting of property interests from the 'owner' to the 'non owner' to protect the more vulnerable party to the relationship. ...more over the more vulnerable party may need access to resources controlled by the more powerful party, and the relation is such that we consider it fair to place this burden on the more powerful party by redistributing entitlements. ...In each instance the legal rules reflect a choice

קרל מרכס מתאר במאמרו על "העבודה המנוכרת"¹⁸⁵ מצב שבו העובד יוצר את מושא העבודה בתהליך ארוך, אך התוצר נלקח ממנו, ואין לו שליטה עליו, והוא מועבר לאחר. כיוון שבעבודה מושקעת אישיותו של האדם, הניכור בין העובד לבין התוצר פוגע באוטונומיות של האדם ו"מרושש" את אישיותו.¹⁸⁶ אני תקווה כי תהליך של קריאת גישת היחסים אל תוך דיני העבודה תביא לעיצובם מחדש באופן שיחזק את היחסים הבין-אישיים במקומות העבודה, יעצים את תחושת הסיפוק, השייכות והאחריות המשותפת של עובדים ומעבידים מתוך כבוד ואמון הדדי ויתרום לחיזוקם של דיני העבודה ותפיסתם כלגיטימיים ומוצדקים.

185 קרל מרקס "כתבי שחרות" המחשבה המדינית מבחר כתבים 411 (ברוך זיסר ודוד צור עורכים, 1990).

186 "המושא (האובייקט) שנוצר על-ידי העבודה, מוצרה, מופיע ומתגלה כמהות זרה, ככוח בלתי תלוי ביוצרו... זוהי ההתנכרות העצמית...". שם, בעמ' 412-415. יצוין כי רעיונות אלו אינם משמשים במאמר זה ל"הלאמת" הקניין אלא להצדקת זכות ראויה לעובד, בהקשר של יחסים בין-אישיים במקום העבודה.

חוזה עבודה כ"חוזה יחסים"

מאת

הד"ר בר-מור*

מבוא. א. תהליכים חברתיים-כלכליים והתשתית הנורמטיבית. ב. יסודותיה של תורת "חוזה היחסים". ג. מאפייניו של חוזה היחסים. ד. פסק דין נהרי וקליטת תאוריית חוזה היחסים אל דיני עבודה. ה. חוזה העבודה כחוזה יחסים. ו. דוקטרינת חוזה היחסים וקודמותיה בבתי הדין לעבודה. ז. דוקטרינת חוזה היחסים מול דוקטרינת תום הלב – חלופות שוות דרגה? ; 1. ההבחנה בין תאוריית חוזה היחסים לעקרון תום הלב; 2. דוקטרינת חוזה היחסים – מנגנון יעיל לאיתור ציפיות הצדדים; 3. עקרון תום הלב ודוקטרינת חוזה היחסים – כלים להכרעה השיפוטית; 4. לסיכום: עדיפותו של מודל חוזה היחסים על פני דוקטרינת תום הלב. ח. מקורן של נורמות חוזה העבודה כחוזה יחסים – חוזה שליחות, חוזה סימביוטי וחוזה פסיכולוגי; 1. מודל חוזה השליחות; 2. מודל החוזה הסימביוטי; 3. החוזה הפסיכולוגי. ט. השימושים בפסיקה הישראלית בתאוריית חוזה היחסים; 1. דוקטרינת חוזה היחסים כמקור להטלת נורמות של התנהגות אמונית על עובדים; 2. תחולת ערכי חוזה היחסים על מערכת היחסים שבין מעסיקה ציבורית לעובדיה; 3. מינוף ערכי חוזה היחסים לעבר יחסי מעסיק וארגון עובדים. י. סיכומי דברים.

מבוא

קשר העבודה מושגת על הסכמה והתקשרות רצונית. לכן דיני החוזים אמורים לכאורה לשמש מקור נורמטיבי לעיצובו.¹ למרות זאת עצמת ההשפעה של דיני החוזים על תוכן יחסי העבודה מעטה. הרצוניות החוזית נסוגה מפני ההסדרה הסטטוטורית הכופה אך גם מפני הוראותיהם של המסמכים הקיבוציים. המבנה המיוחד של דיני קשר העבודה מאיין את

* פרופסור חבר, סגנית דיקן, בית הספר למשפטים, מכללה אקדמית נתניה.
1 עם המקורות הנוספים נמנה את חקיקת המגן ומשפט העבודה הקיבוצי.

נחיצותו של מסמך חוזי נפרד כאשר תוכנו של קשר העבודה ניזון רק מחוקי המגן או מהתקשרויות קיבוציות.² אולם במקרים שבהם קיים חוזה עבודה בעל הוראות נוספות או אחרות, תוכנו מדגיש לעתים את הפער שבין התנאים המשופרים של עובדי המפעלים המאורגנים לבין תנאיהם הנחותים יותר של בעלי חוזה אישי שאינם עובדים בכירים ואינם שייכים למקומות מאורגנים. הגיוון בצורות ההעסקה בעידן הנוכחי והפיחות בהתארגנות מגדילים את מספר בעלי החוזה האישי שאינם זוכים להגנה מאורגנת. אלה חווים חוסר איזון ונחיתות ביחס למעסיקים ומשוועים להגנה ממסדית.

תופעה זו רק מדגישה את חולשתו של המסמך החוזי כמוסד שאמור לשקף רצונות תעסוקתית. לכאורה המסגרת החוזית לא נועדה לגונן על הצדדים להסכם עבודה מלבד אכיפת ההתחייבות הגלומה בו או פיצוי תמורתה אם הופרה, מאחר שמוצאה הוא כדיני החוזים הכלליים, שאינם מושתתים על הסדרת קשרים מתמשכים בין צדדים בעמדת מוצא שונה. נהפוך הוא, דיני ההתקשרות החוזית הסטנדרטיים עוסקים בעסקת חליפין רצונית בין שני צדדים שווי מעמד, והיא מקפלת בתוכה את התחייבויותיהם ההדדיות. שכלולן של דוקטרינות דוגמת תום הלב ואי־המצפוניות כמנגנון ביטחון אינו משנה את הנחת המוצא שהצדדים לחוזה הרגיל הם בעלי עמדת מיקוח שווה.

המציאות בתחום יחסי העבודה שונה בתכלית: ראשית, קיים חוסר איזון בסיסי בין הצדדים לקשר,³ ולכן תכליות משפט העבודה כוללות המרת חוסר השוויון בין הצדדים באמצעות הסדרה ממשלתית. שנית, הסכם העבודה אינו מגלם בהכרח את כל הציפיות וההבנות של הצדדים. ראשיתה של מערכת היחסים קודמת לחתימה על הסכם עבודה, וסיומה מאוחר בהרבה מניתוק הקשר בפועל. היא גם מושתתת על כוונת הצדדים ליצור יחסים מתמשכים. כוונה זו אינה באה תמיד לידי ביטוי במילים המפורשות של החוזה אלא בנהגים ארגוניים קיימים או בהתנהלות בין־אישית שאינה קשורה להבטחות ולהסכמות הראשוניות בין הצדדים.

מציאות זו של יחסי עבודה הייתה אתגר לפיתוחן של דוקטרינות ותאוריות ששואפות לסייע בהתמודדות עם עיוותיה. דוקטרינת "חוזה היחס", שתכונה כאן "חוזה היחסים", היא אחת מהן. מקורה בתורה כללית יותר המטיפה לתפיסה שונה של ההתקשרות החוזית. נקודת המוצא שלה היא שקשרים חוזיים אינם מתמצים בנוסח הפורמלי של המסמך הכתוב אלא נטועים בתוך יחסים חברתיים ובין־אישיים רחבים. לאלה אמורה להיות השפעה על

2 חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב–2002, ס"ח 210, אינו מחייב קיומו של חוזה פורמלי.

3 ראו על כך רות בן־ישראל דיני עבודה כרך א 34 (2002).

הקשר החוזי ובהכרח גם על הפרשנות החוזית ועל ההתוויה הנורמטיבית של הפסיקה. לתאוריה זו רלוונטיות מובהקת ליחסי עבודה.

קשר העבודה הוא תוצאה של מפגש אנושי רצוני בין שני צדדים. ההבנה הבסיסית היא כי ביחסי עבודה העובדת בוחרת לעבוד אצל המעסיק והוא מבחינתו בוחר להעסיקה. אחד המאפיינים הבולטים של חוזה העבודה הוא היותו עסקה ליצירת קשר של יחסים אישיים. בקשר זה מפתחים הצדדים מערכת יחסים אנושית שכוללת שיתוף פעולה, אמון וסולידריות שאינם מפורטים בהכרח בחוזה המקורי. להגדרה זו חשיבות במתן משקל מכריע לתנאים שנקבעים מחוץ למסמך הכתוב ו"תוך כדי תנועה" במסגרת מערכת היחסים האישית הנוצרת בין הצדדים.

אפיון חוזה העבודה כ"חוזה יחסים" הוא מהלך טבעי בהתפתחות התפיסה התאורטית של דיני החוזים מחד ודיני העבודה מאידך. בחינת ההתנהגות החוזית הכירה בצורך לפרק את המיון החוזי הכללי לתתי-קבוצות. אחת מהן היא קבוצת חוזה היחסים שהופיעה לראשונה במחקריהם של האמריקאים מקולי⁴ ומקניל⁵. אלה יצרו קטגוריה חדשה בדיני חוזים וסללו את הדרך לפיתוחה של תורה פילוסופית רחבה העוסקת בייחודם של חוזים ארוכי טווח כחוזי יחסים. לתורה זו השפעות מעבר למשפט הפוזיטיבי עצמו, ואפשר לזהות את עקבותיה גם בגישת הכלכלה ומשפט או בתאוריה הקומוניטרית.⁶ התשתית התאורטית להגדרתו של קשר העבודה כחוזה יחסים נארגה בארץ על ידי השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין בהחלטתה בעניין נהרי.⁷ השופטת ברק-אוסוסקין הייתה הראשונה שמיינה בארץ את חוזה העבודה כחוזה יחסים. מיון זה סייע בידה לקבוע, בדעת מיעוט, כי אפשר להורות על אכיפה חלקית של חוזה עבודה למרות היבטיו הבעייתיים.

כך אמרה:

- 4 כאן אביא רק קומץ ראשוני מתוך המאמרים הרבים מאוד שפרסם חוקר ידוע זה: S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963); S. Macaulay, *An Empirical View of Contract*, WIS. L. REV. 465 (1985)
- 5 כאן תובא, שוב, דוגמה מייצגת אחת מתוך שפע הפרסומים של חוקר דגול זה: Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974); IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (להלן: *MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT*). ראוי גם להפנות את תשומת הלב לסימפוזיון שנערך לכבודו של מקניל: *Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Relational Contract Theory in Context*, 94 NW. U.L. REV. 737 (2000)
- 6 על כך ראו לדוגמה James W. Fox Jr., *Relational Contract Theory and Democratic Citizenship*, 54 CASE W. RES. L. REV. 1 (2003)
- 7 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000).

“חווה העבודה אינו כולל אך את אותן תניות שהוסכם עליהן בעת היווצר ההתקשרות בין הצדדים ליחסי העבודה. חווה עבודה הוא חווה יחס (Relational Contract). הוא יוצר יחסים מתמשכים (Long Term Contract) ככזה הוא מטיבו חווה דינמי ופלקסיבילי. תניותיו משתנות מעת לעת. אם כן, חווה העבודה משתנה תוך תקופת חייו. על כן סומכים הצדדים על נורמות של יחסים, כולל גמישות, הדדיות וסולידריות כשולטות על ההסכם ביניהם. בהיות היחסים מתמשכים מתווספות אליהם תניות במפורש ואף מכללא על ידי התנהגות ממושכת.”

במאמר זה אעסוק בהתפתחותה של תאוריית חווה היחסים במשפט העבודה. הוא נכתב לכבודה של השופטת אלישבע ברק־אוסוסקין, “אליקה”, כפי שנוהגים לכנותה, ולכבוד תרומתה לעיצוב נורמות יחסי עבודה בתקופת כהונתה כשופטת. המאמר יעסוק במיוחד בתרומתה של השופטת לקליטתה של דוקטרינת חווה היחסים אל מערכת יחסי העבודה. אפשר לחלקו לשלושה חלקים עיקריים: החלק הראשון, שכולל את הפרק הראשון, מפרש את הצורך בהבאתה של דוקטרינת חווה היחסים למרחב דיני העבודה. בפרק זה מוצגת התשתית החברתית-כלכלית שהובילה לצורך ביישומה של תאוריית חווי היחסים בקשרי עבודה.

בחלק השני מובאת הפילוסופיה של דוקטרינת חווה היחסים, מהותה ותכניה. הוא מקיף את הפרקים השני והשלישי. הפרק השני יציג את יסודותיה הבסיסיים של תורת חווה היחסים. מטרתו של הפרק היא בניית תשתית תאורטית אלמנטרית המתארת את ראשיתה של אסכולה זו ואת ניצני השפעתה על חווי העבודה. בפרק השלישי מתוארים מאפייניו המקניליאניים של חווה היחסים כדי להדגיש את הטיעון כי דוקטרינת חווה היחסים מצריכה מעורבות מוגברת של המערכת המשפטית. למעשה היא מעודדת אקטיביזם שיפוטי רך שבמסגרת יחסי העבודה נחוץ ומבורך.

החלק השלישי הוא פוזיטיבי במהותו. הוא עוסק ביישומה ובשימושה של דוקטרינת חווה היחסים בישראל ומקיף את הפרקים הרביעי, החמישי, השישי, השביעי, השמיני והתשיעי. מובאים בו ניתוח פסק הדין הראשון של השופטת ברק־אוסוסקין כהחלטה פורצת דרך בנושא דוקטרינת חווה היחסים, מוסברת בו התשתית הפילוסופית והנורמטיבית לכך ומודגמת הפנמתה של תפיסה כזו עוד בשנים הראשונות להקמתו של בית הדין לעבודה. התיאור של קשר העבודה כעץ בעל ענפים מתחדשים מוכר עוד מימיו הראשונים של בית הדין לעבודה, ולכן תאוריית חווה היחסים שהוחדרה לא הייתה נטע זר ולא מוכר. הפרק השביעי מציג דיון מקיף על מערכת היחסים בין דוקטרינת חווה היחסים לבין דוקטרינת תום הלב ככלים שיפוטיים מתחרים. המעבר מתבנית תום הלב לתבנית חווה יחסים לשם ביסוס תשתית נורמטיבית של ציפיות לגיטימיות של שני הצדדים ליחסי עבודה משקף בחירה

במודל יעיל יותר של החלטה שיפוטית. הפרק השמיני עוסק בתכנים הנורמטיביים של הערכים הטבועים בדוקטרינת חוזה היחסים, והתשיעי מציג שימושים שונים שלה. הסיכום חוזר ומדגיש את התועלות שבשימוש בדוקטרינת חוזה היחסים בעבודה השיפוטית הפעילה של שופטי בתי הדין לעבודה.

א. תהליכים חברתיים-כלכליים והתשתית הנורמטיבית

פרק זה יעסוק בזיהוי תהליכים חברתיים-כלכליים גלובליים ומקומיים בעלי השפעה קריטית על מרחב יחסי העבודה ועל הצורך בהצדקה אידאולוגית להתערבות שיפוטית רחבה בתחום יחסי העבודה.

התקופה הפוסט-קורפורטיסטית⁸ בעולם הכלכלי הייתה עדה לכמה תהליכים ששינו את פני מרחב יחסי העבודה. כולם מתאפיינים בנגיסה בכוחם המאורגן של העובדים ובהחלשתו של הפרט העובד. למעט קבוצה קטנה של עובדים בכירים מבוקשים, התפתחה דינמיקה של שחיקת כושר המיקוח של המועסקים. במיוחד ראוי להצביע על כמה תהליכים גלובליים שלובים שהתרחשו בד בבד ולהם השפעה על תוכן יחסי העבודה: שינויים טכנולוגיים ותום העידן הפורדיסטי, גלובליזציה והפרטה, שינויים באופי התעסוקה וירידת הקורפורטיזם. בהמשך הפרק אפרט את משמעותם.

התהליך האחד הוא השינויים הטכנולוגיים שהתרחשו במחצית השנייה של המאה העשרים ושינו את מפת התעסוקה במובנים רבים. בעקבות פיתוחה של כלכלת הידע עבר המבנה הארגוני של מפעלי הייצור מהפך: מארגון הייררכי גדול לתעשייה בעלת מבנה שטוח. המבנה הפורדיסטי ההיררכי, שסיפק לעובדים ביטחון תעסוקתי, פינה מקומו לארגון פוסט-פורדיסטי, המאופיין בגמישות העסקתית הן באשר למשך התעסוקה והן באשר להיקף המשרה. נצפה מעבר להעסקת עובדים ארעיים ולהחצנת שירותים⁹ באמצעות מיקור חוץ ולתכיפות גדולה של שינויים בתפקידי עובדים במיוחד בסקטורים מבוססי-כלכלת ידע.¹⁰ ציפיות המעסיקים בנוגע לשיתוף פעולה עם העובדים השתנו. העובדת נדרשת עתה

8 ראו על כך בהרחבה בספרו המקיף של גיא מונדלק: GUY MUNDLAK, FADING CORPORATISM, ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION (2007).

9 לדוגמה: KATHERINE V. W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE CHANGING WORKPLACE (2004); Katherine V. W. Stone, *Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers*, 27 BERKLY J. EMPLOYMENT & LAB. L. 258 (2006).

10 לדוגמה: Hugh Collins, *Flexibility and Stability of Expectations in the Contract of Employment*, 4 SOCIO-ECONOMIC REV. 139 (2006).

להפעיל ידע מתחדש ולעשות שימוש בכישורים מבוססי־ידע מעודכן לא רק לשם שיפור התהליך של שיקול הדעת שלה אלא גם לשם ייזום תהליכים חדשים בעבודתה – כל זאת לשם ביצוע יעיל יותר של תפקידה. שיאה של הגמישות הפונקציונלית הזאת הוא הרחבת חופש הפעולה שמוענק לעובדים לשם הגדרה מחודשת של תפקידיהם, ויציאת תוכן חדש בהם תוך התאמה לשינויים בשווקים. לכל אלה השלכות על צורת חוזה העבודה: ברמת אופי קשר העבודה קיימת לעתים העדפה של הגדרתו כהשתתפות חופשית או קבלנות עצמאית. ברמת העבודה השוטפת העובדים מצופים להגברת היזמות, ורואים בהם שותפים לתהליכי פיתוח ואחראים לכישלונות – הכול כדי להגביר את סיכוי העסק להשיג יתרון תחרותי במושגים של איכות, יעילות וחדוש. מובן שקידומו של מודל הגמישות הזה מוגבל על ידי הצורך לבצע התאמות בציפיות הצדדים מקשר העבודה. ביצוע התאמות כאלו תלוי בחלקו הגדול במסד השיפוטי.

התהליך השני הוא הגלובליזציה. זוהי כידוע התפתחות כלל־עולמית והיא מתאפיינת בגידול הפעילות הכלכלית אל מעבר לגבולות מדינת האם של היחידה היצרנית. תוצאתה החיובית היא הגברת התחרות החופשית וזרימת הון ועבודה מעבר ליחידות הלאום המוכרות. נוצרו יחידות כלכליות רחבות ביותר בעלות תרבות עסקית הטרוגנית שהשפיעה על תפיסות כלכליות לאומיות. חלה נסיגה בתפיסת מדינת הרווחה כמודל אידאלי, וגברה התמיכה בהפרטה ובהקטנת מחויבות המדינה להספקת רווחה בסיסית לאזרחים. במישור המשפטי הגלובליזציה הקטינה את יעילותם של הסדרים חקיקתיים מיוחדים בהגנה על העובדים.¹¹ לדוגמה, חוקי מגן מקומיים או רגולציה כמו צווי הרחבה מאבדים את השפעתם המגוננת על עובדים שעוברים למדינה אחרת.¹² ההפרטה, כתוצר לוואי של הגלובליזציה, השפיעה לרעה על קבוצות עובדים פוסט־פורדיסטיים¹³ בהיותן בעלות כוח מיקוח נמוך. הם הראשונים לפיטורין ולפגיעה בהסכמות החוזיות שבינם לבין המעסיקים. גם שינויים מבניים במפעל בעקבות ההפרטה, דוגמת שינויי בעלות, מיזוגים ואפילו פירוקים, הקטינו את קווי ההגנה המסורתיים על העובדים והגבירו את הצורך שלהם בפיקוח שיפוטי כמוסד נטול משוא פנים ובעל מיומנות באיזון תועלות בין מעסיקים ועובדים.

התהליך השלישי שעוסק בשינויים דמוגרפיים באופי התעסוקה הוא תולדה של שני התהליכים דלעיל. הוא מצביע על גידול בשוליותן של קבוצות עובדים שונות: זקנים, נשים,

11 להשפעת הגלובליזציה על מערכת יחסי העבודה ראו גם: זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי 241 (2008).

12 ראו לדוגמה: אברהם דורון "משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות" סוציולוגיה ישראלית 2, 417 (2003).

13 אמיר פז־פוקס "עובדים בעידן של הפרטה" בתוך אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולציה (מכון ון־ליר, עתיד להתפרסם 2012) www.kibbutz.org.il/hazan/hazan-002.htm

בני מיעוטים ונכים ממשיכים לשמש מטרה לניצול ולצורך בהגנה ממסדית. ההפרטה הובילה לקריסת ארגוני עובדים ולחשיפתם של אלפי עובדים למנגנוני השוק הפרטי נטול הגנה קיבוצית¹⁴. בד בבד הקיטון בבעלות המדינה על ההון, השינוי הארגוני במפעלים שהופרטו וניידות העובדים ערערו את מעמדם של ארגוני העובדים.¹⁵ התהליך הקורפורטיסטי המסורתי, שבו נורמות של יחסי עבודה נקבעות במשא ומתן קיבוצי בין ארגוני עובדים ומעסיקים בסיוע ממשלתי, הצטמצם. עצמתו של ההון הפרטי גדלה, והפער בין העובדים למעסיקים בעלי ההון גדל. נוצרו קבוצות גדולות של עובדים לא מאורגנים, וגבר הצורך שלהם בהגנה ממסדית, קרי הגנה של מוסד ממלכתי בעל יכולת קבלת החלטות ואכיפתן.¹⁶

התהליכים דלעיל יצרו פערים בין ציפיותיהם של העובדים מקשר העבודה,¹⁷ לדוגמה: נוצרו פערים בנוגע לפירוט תוכן התפקיד, שיטת התגמול, הביטחון התעסוקתי. ראשית, הדינמיקה של הכלכלה מונעת ידע-וטכנולוגיה השפיעה על תפיסת המעסיק באשר לתוכן תפקודה של העובדת ולאופן ביצועו. התובנה כי העובדת אמורה לבצע תפקיד אחד במשך תקופה ארוכה, ואי אפשר יהיה לצפות ממנה להרחבת תחומי עסקה – השתנתה. כיום המשך יחסי העבודה תלוי בהגדרה מתחדשת של תפקידים מצדו של המעסיק, והקושי שבפניו ניצבים העובדות העובדים הוא כיצד להגדיר עצמם ולהגן על עצמם בתקופה כזאת של אי-ודאות.

שנית, על פי המודל המסורתי של חוזה עבודה, החוזה המפורש קבע את הגמול. כיום על פי מודל יחסי העבודה הגמישים והמיעוט בהתארגנות, שיטת התגמול כוללת גם תמריצים כהשתתפות ברווחי המפעל וקשורה לביצועי העובדת כפרט או לקבוצת העבודה שאליה היא משתייכת. שיטה זו שקופה פחות ומכניסה יסוד של שיקול דעת של המעסיק

14 ש.ם.

15 כוחה של ההסתדרות ירד ושיעור ההתארגנות הצטמק בשנות האלפיים. מחקר על כך ראו: ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה, עתיד" עבודה חברה ומשפט י 15 (2004); יצחק הברפלד, ינון כהן, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "צפיפות ארגונית בישראל 2000–2006 שנים של סטגנציה" עבודה חברה ומשפט יב 533 (2010). בשנתיים האחרונות קיימת התעוררות בהתארגנות אך עדיין אין על כך נתונים רשמיים.

16 לאחרונה אפשר לזהות ניצנים של שינוי מסוים במגמות האנטי-קורפורטיסטיות. במסגרת "עסקת החבילה" שנחתמה בקיץ 2009 נוצר פורום "השולחן העגול", שכלל נציגי ממשלה, הסתדרות והתאחדות התעשיינים. גם נחקק תיקון לחוק הסכמים הקיבוציים, שמטרתו לחזק את ארגוני העובדים ויחסי העבודה הקיבוציים: חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009, שקובע חובת ניהול משא ומתן עם ארגון עובדים יציג בהתארגנות ראשונית בס' 1ח33(א).

17 Collins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 140.

בהגדרת התמורה. היא גם איננה כוללת פיקוח מאורגן של הוועד בהיעדר יחסי עבודה קיבוציים. בעקבות זאת ציפייתה של העובדת ליחס הוגן מצד המעביד מתייחסת לא רק לביצוע מוקפד של תשלומי השכר אלא גם להגינות בעת הגדרת רמת התגמול. לדוגמה, אם התמריצים כוללים בונוסים שמונתנים בתוצאות פיננסיות, ציפייתה של העובדת היא לקבל בונוס הקשור לביצועיה המקצועיים שאינו מושפע משיקולים אחרים דוגמת יחסי עבודה עכורים בין הממונה הישיר שלה לבין המנהל שמחליט על מתן הבונוס. כדי להגן על ציפיות אלו יש לשכלל טכניקה לשם בדיקת הפעלתו של שיקול הדעת ולהבטיח כי הוא יופעל באופן צודק ומאוזן על פי ההבנות מכללל בין הצדדים ולא למטרה לא ראויה או לא רלוונטית.

שלישית, ביטחון תעסוקתי. על פי המודל הקלאסי, העובדים פיתחו ציפיות לביטחון תעסוקתי (job security). אולם החידושים בשוק העבודה, דפוסי העבודה הזמנית והתנודות הכלכליות מונעים מהמעסיקים את היכולות להבטיח עבודה עד לפרישה או לתקופה ארוכה. קולינס¹⁸ מציין כי המעסיקים יכולים להציע ביטחון העסקתי (employment security) במקום ביטחון תעסוקתי. משמעותו היא המשך העסקת העובדת בתנאי שתוכל ללמוד תפקידים חדשים ולהתאים עצמה להם. יתרה מזו, במגורים שבהם קצב החידושים מואץ מאוד, מעסיקים יעדיפו להציע העסקתיות (employability).

כלומר, המעסיק איננו מתיימר להציע המשך העסקה ואף איננו מפתח ציפיות כאלו אצל העובדת. ההטבה היחידה שהוא מוכן להציע לה היא הזדמנות להגדיל את כישורי ההון האנושי שלה באמצעות השתלמויות מקצועיות קבועות ובכך לשמר את סיכוייה למצוא תעסוקה חדשה במקרה של סיום עבודתה במקום הנוכחי. יש בכך שינוי אסטרטגי במערכת ההבנות בין הצדדים הגורר שינוי בציפיות העובדות והעובדים לביטחון תעסוקתי או לפחות לביטחון העסקתי. ציפיות העבר מומרות בציפיות לעתיד חסר ודאות מבחינת סיכויי העסקה. בד בבד גם עובדים המועסקים בחברות רב־לאומיות ומוצבים שלא במדינת הלאום, או עובדים בשוק העבודה השניוני ומועסקים במנגנוני מיקור חוץ ועובדים זמניים אחרים אינם יכולים להסתמך על ביטחון תעסוקתי. זהותם המקצועית נפגמת, והם חיים באיום מתמיד של פיטורין או העברה למקום עבודה אחר. תבניות העסקה כאלו מעבירות את העובדים ממצב נפשי של ביטחון תעסוקתי והגנה מפני פיטורין שרירותיים לתובנות של צורך בחיפוש אחר מנגנוני הגנה אובייקטיביים מפני זמניותה של העסקה ושרירותם של מעסיקים מתחלפים. השיטה המשפטית נדרשת לבצע התאמות במנגנוני ההגנה על הצד החלש אם בדעתה לסייע לייצוב יחסי עבודה בתנאי השוק החדשים הללו. אם העסקתיות טעונה הזדמנות מתמשכת להפעיל כישורים וללמוד חידושים, יש למנוע מהמעסיק לערער

18 שם, בעמ' 144–145.

את הציפיות החדשות של העובדות והעובדים באמצעות מניפולציות כוחניות תוך הסתמכות על זכות להפעלת פרוגטיבה ניהולית ופיטורין מחד והתעקשות על תקופת צינון ואי-תחרות מאידך.

המסקנה היא כי המבנה המתחדש של יחסי עבודה קורא תיגר על ההסדרה המשפטית המסורתית. ארגונים פוליטיים ומוסדות משפטיים¹⁹ חייבים להתאים את ההבנות בדבר תוכנם של יחסי עבודה כדי להיערך לכך. התפתחות כזו במחשבה המשפטית נחוצה לשם המשך מילוי תפקידיה של המערכת המשפטית, שכוללים גם ייצוב יחסים כלכליים. החלת ההבנות המסורתיות של יחסי עבודה לא תעמוד בקנה אחד עם ההבנות החדשות של הצדדים באשר לקשר העבודה. אחד האמצעים לבניית תמיכה מוסדרת בעובדים ולאיוונה מול הפרוגטיבה הניהולית של המעסיק הוא עיצוב תאוריה משפטית הולמת. תאוריה זו אמורה לאפשר לפסיקה יציקת תכנים נורמטיביים אשר יוכלו להביא לביטוי גם את הציפיות וההבנות הבלתי כתובות של הצדדים לקשר העבודה. העובדים נזקקים להגנת בתי הדין כמוסד נטול משוא פנים. המעסיקים נזקקים לחסותו של בית הדין כדי ל"קרוא לעובדים לסדר" בהזדמנויות שונות ולתרגם את חובות הנאמנות שחלות עליהם לנורמות התנהלות הוגנות. לשם השגת מטרת אלו יוכלו בתי הדין להסתייע בתאוריות המאפשרות הנהגת נורמות חדשות. אחת מהן היא תאוריית חוזה היחסים. בפרק הבא אתאר אותה.

ב. יסודותיה של תורת "חוזה היחסים"

אקדים ואומר כי המונח "חוזה יחס" הוא תרגום מאנגלית של המונח relational contract. המונח "יחס" בעברית הוא רווי משמעויות. משמעות אחת נוגעת ל"קשר, זיקה, שייכות, קרבה, שיוך, ייחוס, התייחסות, יחסים". זוהי גם המשמעות הרלוונטית ביותר להקשר המשפטי. משמעות שנייה היא "גישה, נטייה, השקפה, דעה, עמדה, תפיסה, צורת הסתכלות".²⁰ מאחר שהשימוש המשפטי במונח נועד לתאר חוזה של קשר ארוך טווח של

19 מוסדות מוגדרים בספרות החברתית-משפטית כיסודות החיים החברתיים שכוללים בין היתר כללים פורמליים ובלתי פורמליים ומכניזמים של פיקוח ואכיפה. הגדרה תאורטית זו רחבה דייה כדי להכיל בתוכה את החקיקה והתקינה וכן את מערכת בתי המשפט ובתי הדין לעבודה. ראו על כך שרון אסיסקוביץ "בקרוב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי המשפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה" העצמה במשפט 195 (מימי איזונשטדט וגיא מונדלק עורכים, סדרת משפט חברה ותרבות 2008).

20 משמעות שלישית נשענת על תחום המדע המדויק ומתארת "פרופורציה, קשר בין גדלים, תלות, קורלציה", משמעות רביעית לקוחה מתחום הדקדוק והלשון ומתארת קשר בין מילים, ומשמעות אחרת משתמשת במילה "יחס" כ"קשר אבות, מוצא, אילן משפחתי".

מערכת יחסים, ראוי לכנותו "חוזה יחסים" ובכך להדגיש את אפיונו. מכאן ואילך אנקוט את המונח "חוזה יחסים" במקום "חוזה יחס".

יסודותיה של גישת חוזה היחסים כפי שנקלטה בארץ עוצבו בידי תאורטיקנים אמריקאים. עוד בשנות השישים של המאה העשרים הראה פרופ' מקאולי פער בין זכויות וחובות שצדדים קבעו בחוזה לבין זכויות וחובות שנוצרות במציאות.²¹ פער כזה מתקיים כמובן הן בשלב הטרומ־חוזי והן בשלב קיום החוזה. בתקופות הללו נוצרות הסכמות חוץ־חוזיות בין הצדדים שאינן מקבלות ביטוי בחוזה הכתוב וחורגות בהרבה ממסגרתו. המציאות שנוצרת במקום העבודה מושפעת על פי רוב משיקולים כלכליים, ממוניטין, מכבוד ומשיקולים חברתיים־מוסריים של התחשבות, של תחושה שיש לקיים הבטחה ומשיתוף פעולה.²² גישה זו פותחה אצל מקניל²³ – התאורטיקן האמריקאי המרכזי של אסכולת חוזה היחסים. הוא אשר העלה את הגישה לדרגה של תורה רבת עצמה והביאה לממדיה הנוכחיים. על פי מקניל, כל החוזים הם חוזי יחסים מאחר שחוזה הוא תמיד אקט חברתי המאגד מערכת רב־שכבתית של יחסים.²⁴ חוזה גם משקף את המורכבות הבסיסית באופיו של בן אנוש: לאדם תכונות שהופכות אותו ליצור אנוכי וחברתי בעת ובעונה אחת. במסגרת הפן האנוכי הוא מקדים את האינטרסים שלו על פני כולם, אך בד בבד הוא עשוי לקדם את האינטרסים של חברו על פני אלו שלו.²⁵ לכן, לשיטתו של מקניל, חוזה יוגדר כיחס מורכב הנע בין אנוכיות לסולידריות חברתית. הדואליות הזו קיימת לטענתו בכל החוזים. היא בוודאי קיימת במערכת יחסים מתמשכת דוגמת חוזי עבודה. בעקבות זאת מעצבת תאוריית חוזי היחסים תפיסה שאין לראות בחוזים עסקאות חד־פעמיות להחלפת ערך. הצדדים לחוזה, בין שהוא העסקה חד־פעמית ובין שהוא נועד ליצור קשר מתמשך, מפתחים בינם לבין עצמם מערכת יחסים שכוללת תכנון, אמון וסולידריות שאינם באים לידי

21 Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business*, לעיל ה"ש 4; דוד רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 28 (2001).

22 שם. רונן כותב כי בעיני הקלאסיקנים החוזיים, העובדה שכללי המשפט ממלאים תפקיד משני במערכת היחסים ארוכת הטווח (בהשוואה למערכות התמיכה הלב־חוזיות), אינה משמיעה שיש לשנות את כללי המשפט בשל כך. מאוטנר סבור דווקא כי התכנים החוזיים הגמישים שיצרה דוקטרינת תום הלב הם שהבריחו את הקהל מבתי המשפט: מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט(1) 17 (2005) (להלן: מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה).

23 David Campbell, *Ian Macneil*: *and the Relational Theory of Contract*, in IAN MACNEIL, *THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL* 3 (David Campbell ed., 2001).

24 Ian Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U. L. REV. 340, 344 (1983) (להלן: Macneil, *Values in Contract*).

25 שם, בעמ' 348.

ביטוי בתנאים הכתובים של החוזה המקורי. במקורה שימשה תאוריה זו מכשיר לשיפור ההבנה של חוזים מסחריים. בפועל היא השפיעה על תחומי המשפט וחברה, משפט וכלכלה, ליברטריאניזם וחשיבה קומוניטריאנית.²⁶ ברבות הזמן התפתחו מאפיינים ייחודיים להשפעתיה של תאוריית היחסים על חוזים של יחסים מתמשכים. לשם כך יש לאפיין את חוזה היחסים, ובכך יעסוק הפרק הבא.

ג. מאפייניו של חוזה היחסים

פרק זה יבהיר את האפיונים שיצרו אנשי אסכולת חוזה היחסים כדי לייחדו ולהבחין בינו לבין חוזה בדיד. האפיונים הללו הם עבודת תשתית חשובה לאין ערוך מאחר שמתוכה נצמחים הערכים המיוחדים שהוטמעו אל תוך חוזה היחסים. חוזה בדיד הוא קשר המכוון למשך זמן קצר, בעל הגדרה מדויקת של כמות הכסף והסחורות, נטול ציפיות לשיתוף פעולה עתידי ולידידות בין הצדדים, ואילו חוזה היחסים שונה:

ראשית, היחסים מתמשכים על פני תקופת זמן ארוכה ואינם עסקת שוק; שנית, ככלל, חוזה כזה מתאפיין בדינמיות ובגמישות. החוזה כולל מספר גדול של תנאים פתוחים ושומר שיקול דעת רחב לצדדים, בין היתר מאחר שהימשכותו של הקשר החוזי מונעת מהצדדים לחשב את מלוא ערכה של העסקה. הצדדים צופים פני עתיד וערים לסיכויי היקרותם של הזדמנויות ואתגרים חדשים. אלה יוצרו מתוך נסיבות משתנות, שחלקן תלויות בהפעלת שיקול דעת בעת ביצוע החוזה; שלישית, חוזה יחסים מניח התנהגות קואופרטיבית. צדדים מודעים לשינוי מתמיד בנסיבות ובצורכיהם, ומצפים שאלו יקבלו ביטוי בחוזה. לדוגמה, עובדת חולה מצפה שהמעסיק ימתין להחלמתה ולא יפטר אותה; רביעית, תועלות ועלויות נישאות במשותף ואינן "מחולקות". לדוגמה, בתקופות של שפל כלכלי ומיתון עובדים בשוק הפרטי מצפים לקבל את שכרם כרגיל למרות הקיטון בנפח העבודה. בתמורה לכך הם אמורים לחזור לעבוד בקצב מלא בתקופת שפע מבלי לבקש תוספת מאמץ מיוחד; חמישית, הצדדים עשויים לבצע השקעה כלכלית מיוחדת לצורכי החוזה. לדוגמה, עובדת תבנה את כל חייה סביב מקום עבודתה: תעבור לגור ליד מקום העבודה, בן זוגה יחפש עבודה במקום מגוריהם החדש, וילדיהם יעברו לבית הספר הקרוב;²⁷ שישית, מתוך החוזה נצמחים יחסים אישיים בין הצדדים ונוצרים קשרי רעות, תלות הדדית וזולתנות. העובדים והממונים יוצאים לחופשות מאורגנות משותפות, נוצרות חברויות בין המשפחות, העובדים תורמים לעתים

26 ראו פד-פוקס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 9.

27 הדרה בר-מור "רקוויאם לקשר קיבוצי: על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על העובדים" מאזני משפט א' 108, 163-164 (2000).

ממשכורתם לטובת עובדים נזקקים, ואף נרתמים לסיוע אישי. המפעל מצדו מסייע לעובדים במצוקה ונוצרת הערכה הדדית; שביעית, הצדדים צופים קשיים ביישום קשרי העבודה. לכן לדוגמה אפשר לזהות הסדרי יישוב סכסוכים בהסכמי עבודה קיבוציים רבים, ואפילו בהסכמי עבודה אישים; שמינית, מערכת היחסים בין הצדדים זוכה לערך נפרד ונוסף על עסקת ההתקשרות ליצירת קשר העבודה. מערכת היחסים בין הצדדים תורמת לא רק להשאת רווחים ולמחיה אלא גם להעמקת היקף הידע, החלפת חוויות ויצירת תקשורת כלכלית. בקיצור, חוזה יחסים מציין התחייבות ליצירת שיתוף פעולה עמוק יותר מהסכם להקצאת סיכונים יעילה.

אופיו המיוחד של חוזה היחסים משליך ישירות על אופן פרשנותו. הגישה הקלאסית התוותה פרשנות פורמליסטית. המעבר לדיני החוזים הנאו־קלאסיים כלל עיצוב כללי עוגן "חברתיים", שיצרו נכונות לסטות מן המסמך הכתוב. אלה גם נכללים בחוקי החוזים.²⁸ אפשר להצביע על כמה תהליכי תזווה מכיוון הפורמליסטיקה לעבר עליית ערכים:²⁹ ראשית, אף על פי שדיני החוזים הישראליים המודרניים משמרים את המתכונת הקלאסית של חוזה כתוב, הם כבר מכילים יסודות מטה־קלאסיים דוגמת חובת תום הלב, נוהג סוחרים ושימוש תכוף בעקרון ההסתמכות כבסיס להטלת אחריות;³⁰ שנית, לעומת דיני החוזים הקלאסיים, שהיו דינים מבוססי־כללים, דיני החוזים הנאו־קלאסיים הם מבוססי־סטנדרטים; שלישית, דיני החוזים הנאו־קלאסיים הרחיבו את גבולות הבדיקה מעבר למתכונת החוזה ובודקים את הקשרים הטרומ־חוזיים והבתר־חוזיים כמו גם את ההקשר המסחרי והנוהג של חוזים מסחריים.

למרות הרחבה זו נקודת המוצא בתפיסה התאורטית היא כי החוזה הוא עסקה המושתתת על החלפת הבטחות שיש להיצמד אליהן, ולכן דיני החוזים ודיני התרופות נטועים באכיפת הבטחות ומדידת נזקי הפרתן.

תובנתם של מקולי ומקניל הובילה אותם להכרה כי השימוש דאז במשפט האמריקאי במונחים דוגמת תום לב וחוסר מצפוניות היה בעיקר בתחום הפריפריאלי.³¹ לכן הם חידשו וטענו כי המציאות כפי שהשתקפה מתאוריות דיני החוזים הקלאסיים ואפילו הנאו־קלאסיים לא דמתה כלל ועיקר למציאות הנוהגת. הבשילה אצלם ההכרה כי חוזים רבים הם חלק

28 ראו פז־פוקס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 6 וכן: Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1978).

29 ראו על כך באופן כללי: מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

30 ראו לדוגמה את ס' 12 ו־39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

31 ראו לדוגמה Macneil, *The New Social Contract*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 72.

ממערכת יחסים ארוכה ועמוקה יותר מאשר דיני החוזים יכולים לתאר,³² דוגמת חוזה עבודה. תנאיהם של חוזים אלו דורשים הותרת חלקים פתוחים כמו אופן הקידום בקריירה. מערכות היחסים שבבסיס חוזה היחסים מייצרות כללים שונים מדיני החוזים הכלליים ולעתים אף מנוגדים להם. מקניל הוא שהדגיש את העובדה שיש בחוזים נהגים חברתיים הקיימים במסגרת נורמות והמנותקים מההבטחות ומההסכם הכתוב בין הצדדים.³³ פול גודל האמריקאי מעמת את הגישה הנאו-קלאסית, שמתמקדת בהבטחה הכתובה, עם הגישה הקונטקסטואלית של מקניל, שמתמקדת בנורמות. גודל מבטא זאת באופן ציורי כאשר אומר כי מונחים מהתחום החוזה הנאו-קלאסי דוגמת תום הלב הם ניסיון לכפות את יין תורת חוזה היחסים על בקבוקי תורת החוזה הנפרד.³⁴

הנחת המקסום הרציונלי, שעליה מושתתים דיני החוזים הקלאסיים והנאו-קלאסיים, עשויה להיות שונה מהגדרת המקסום הרציונלי של חוזה יחסים בעלי אופי מתמשך.³⁵ רונן פרדי, שכתב על חוזה יחסים, מדגיש לדוגמה כי ערכו האקטוארי של חוזה שמפיק הכנסה בינונית ויציבה עשוי לעלות על ערכו האקטוארי של חוזה קצר טווח עם הכנסה גבוהה וסיכון גדול (אם יתממש). למעשה, אפשר לומר כי מי שבוחר באופציית החוזה בעל ההכנסה הבינונית הוא סוג של ממקסם רציונלי, שונא סיכון. בתחום דיני עבודה ערכו האקטוארי של חוזה העסקה בעל הכנסה בינונית אך עם הבטחה לביטחון תעסוקתי עשוי לעלות על ערכו האקטוארי של חוזה העסקה לטווח קצר, דוגמת חוזה מנכ"ל, עם הכנסה גבוהה אך ללא ביטחון תעסוקתי ובעל סיכון גבוה לניתוק הקשר.³⁶ לכן נכונות הצדדים לכבד זכויות יתר דוגמת פררוגטיבה ניהולית ולקבל מרצון כפיפות אליה למרות היעדר אזכור מפורש לכך בחוזה, מעידה על הלך רוחם של הצדדים. זוהי ראייה שהמתקשרים אינם נותנים דעתם רק על ההיבטים המשפטיים הכתובים של החוזה ומקבלים על עצמם הבנות והסכמות בלתי כתובות. הנחת המוצא שלהם היא כי הן חלק בלתי נפרד מן הקשר המחייב ביניהם. החוזה הכתוב נערך רק כאמצעי ביטחון להגדרת המסגרת המשפטית במקרה של חילוקי דעות. הצדדים אינם ממהרים לפנות לערכאות ולמצות את זכויותיהם "על פי הספר".

32 ראו פז-פוקס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 7.

33 ראו ניתוח עמדתו של מקניל אצל פול גודל: Paul J. Gudel, *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 BUFF. L. REV. 763, 769-770 (1998).

34 ראו שם; פז-פוקס, לעיל ה"ש 13.

35 ראו רונן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 29.

36 מובן שהנחה זו אינה נקייה מספקות. לעתים חוזה מנכ"ל לטווח קצר עשוי להניב הכנסה גבוהה במיוחד (ראו שחר מנכ"לים בשנת 2009) שכורך בתוכו סיכויי העסקה בגלל המוניטין שיצבור המנכ"ל. גם הנחה זו ניתנת לסיוג – המנכ"ל המתפטר ייפך לבעל כישורי יתר והוא עלול להיתקל בקשיים להשתלב מחדש בשוק העבודה. ראו רשימת כתבות על שחר בכירים ועל הצעקה הציבורית: www.calcalist.co.il/home/1,7340,L-3704-1200,00.html.

עובדים חוששים להגיש תביעה בעת קשר העבודה מחשש לפיטורין³⁷ ומנסים ליישב את הסכסוך בדרכי שלום. גם ארגוני עובדים מעדיפים מיצוי דרכים חוץ־משפטיות בסכסוכים אינדיווידואליים. התפתחותו של הליך השימוע מעידה אף היא על ציפיות לפתרון סכסוכים "בבית" ולהימנעות מפניה לערכאות.³⁸ המעסיקים מצדם אינם משלים עצמם באשר לביצועו המדויק של חוזה העבודה. הם מודעים לאפשרות שחלק מציפיותיהם לא תתגשמה, או לא תתגשמה במלואן, ומביאים זאת בחשבון כהנחת עבודה אופרטיבית, ולכן אינם פונים לערכאות בגין כל הפרה מינורית של ההסכמות הכתובות.³⁹ במילים אחרות, חוזים בכלל והסכמי עבודה בפרט משובצים בפרקטיקות חברתיות דינמיות המתחדשות במהלך היחסים. הן קיימות במסגרתן של נורמות והן בלתי תלויות בהבטחות ובהסכמות הכתובות בין הצדדים. במסגרת הארכיטקטורה המקנילית של נורמות חוזיות פותחה טיפולוגיה של נורמות שחלות על כל הקשרים החוזיים שאפשר למיין על פני רצף: בצדו האחד חוזים בדידים דוגמת עסקת חליפין אחת, ובצדו האחר חוזי יחסים מתמשכים דוגמת נישואין ויחסי עבודה.

ואלה הן נורמות היסוד המרכזיות המשפיעות על כל היחסים החוזיים: יושרה, הדדיות, יישומו של תכנון מוקדם, הוצאה לפועל של הסכמה, גמישות, סולידריות חוזית, נורמות קישור דוגמת השבה, הסתמכות וציפיות, יצירת כוח וריסונו, קנייניות האמצעים והרמוניזציה עם התבנית החברתית. אולם לא כולן חלות, לשיטתו של מקנל, על כל סוגי החוזים.⁴⁰ בהמשך הוא מחלק נורמות וערכים אלו לתתי־קבוצות שנפרסות על פני רצף בין שני קצות הקשת החוזית, חוזה בדיד וחוזה יחסים. חוזה יחסים מאופיין בנורמות של יושרה, שימור היחסים, הרמוניזציה של עימות ביחסים ונורמות־על חוזיות. לעומת זאת בחוזה בדיד מודגשות נורמות יישום התכנון המוקדם, ההוצאה לפועל של ההסכמה, דיוק ויעילות.⁴¹ משימתו העיקרית של מקנל הייתה לבחון כיצד נורמות אלו מתקשרות בינן לבין

37 מובן שקיימים חריגים דוגמת עובדי אל על הרגילים להגיש תביעות בסוגיות עקרוניות לבתי הדין לעבודה ואינם חוששים למעמדם: דוגמאות לתביעות עובדי אל על דוגמת עדנה חזין (דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365, 374 (1973)) ודנילוביץ (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764 (1994)).

38 ראו לדוגמה מיכל הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עקרון השימוע במבט אנליטי" משפט ועסקים ט 311 (2008).

39 על כך ראו לדוגמה R.E. Speidel "Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts" 76 Nw. U. L. Rev. 369, 373 (1981–1982).

40 Macneil, Values in Contract, לעיל ה"ש 24, בעמ' 347.

41 ראו Macneil, THE NEW SOCIAL CONTRACT, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66–70.

עצמן, וכיצד יש בכך כדי לתמוך ביחסים חוזיים או לפגוע בהם ובסולידריות חברתית באופן כללי.

לסיכום, זיהויו של קשר הסכמי רצוני כחוזה יחסים מניח כי ההסכמות החוזיות של הצדדים הן דינמיות, כרוכות בתמורות תכופות, גמישות ומתפתחות במשך ביצוע החוזה.⁴² לכן קיים צורך מתמיד בהגדרה עדכנית של ההסכמות שיצרו הצדדים בתקופת הביצוע. עולה מכך שבפרשנותו של חוזה יחסים מעורבותם של בתי המשפט ובתי הדין כשחקנים פוליטיים תהיה עמוקה בהרבה ממעורבותם בעת הכרעה בסכסוך שביסודו חוזה בדיד: בחוזה יחסים בית הדין נדרש לא רק לפרש חוזה שתוכנו נקבע על ידי הצדדים אלא גם לקבוע אותו ולעצב אותו. הכול לאור ההסכמות החוץ-חוזיות שנוצרו בין הצדדים במהלך השוטף. הסכמות אלו אינן מבוטאות במסמך כתוב אלא בהתנהגויות נמשכות. פיינמן האמריקאי טוען כי יש לפתח מתודולוגיה של חוזי יחסים שבאמצעותה יבחנו בתי הדין את תוקף היחסים ועומקם כחלק מתהליך בדיקת העובדות.⁴³ זאת משום השוני ב"נרטיב" של שני הצדדים בעת פנייתם לערכאות. מיצ'ל טוענת גם היא כי "הקשבה" לנרטיב זה תשפר את יכולתם של השופטים לאתר ולזהות את הציפיות וההסכמות החוץ-חוזיות.⁴⁴ קריאת כתבי הטענות ותצהירי עדות ראשית מלמדת תמיד על שונות עצומה בגרסאות לאותו סיפור מסגרת. התכנים שנוצקים אל תוך המסכת העובדתית על ידי כל אחד מן הצדדים לסכסוך מצריכים "זיקוק" אובייקטיבי. תהליך ה"זיקוק" נשען על אותו נרטיב ששואב את יסודותיו הנורמטיבים מתאוריית חוזה היחסים. במסגרתו של התהליך הרב-שלבי הזה מזהה השופט את ההבנות החוץ-חוזיות, שולף אותן מתוך העדויות, בוחן את גישת שני הצדדים אליהן ולבסוף מעניק להן לגיטימציה באמצעות פיצוי על הפרתן. במסגרת סדר פעולות זה הופכות הכוונות והציפיות הבלתי כתובות בחוזה לחלק מהראיות שהוגשו. בשלב הבא הן כבר תשמנה את השופט בהחלטתו. תהליך "בלתי פורמלי" כזה הולם מאוד את בתי הדין לעבודה ומשתלב עם הגישה הכללית שלו להאזין "בלב פתוח ובנפש חפצה". אין זו סיסמה נבובה אלא מלמדת היא על השקפת עולם שהפסיקה בבתי הדין לעבודה מטיפה לה. בתי הדין לעבודה אינם רק נאה דורשים – הם גם בבחינת נאה מקיימים. יישום תאוריית חוזה היחסים הוא חלק מיישום גישת הענקת הלגיטימציה לכוונות וציפיות חוץ-חוזיות.

42 ראו מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 47.

43 Jay M. Feinman, *The Relational Contract and Default Rules*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. 43 (1993); Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 NW. U. L. REV. 737 (2000).

44 על הנרטיב כתרופה לקושי להגדיר את ההסכמות החוץ-חוזיות ראו Catherine Mitchell, *Narrativising Contract Law*, 29 LEGAL STUDIES 19 (2009).

עולה מכך כי ההכרה בקיום הקטגוריה של חוזי יחסים היא הכרה בצורך באקטיביזם שיפוטי. אקטיביזם שיפוטי במשפט הפרטי מוגדר על ידי סגל וליטור כנכונותו של בית המשפט להתערב באוטונומיה של הרצון הפרטי ולהסדיר נושאים שונים בכללים שיפוטניים, לעתים בניגוד למתחייב מלשון החוזים המפורשת ולרצון הסובייקטיבי הברור של הצדדים.⁴⁵ מאוטנר אכן מציין שהשימוש בדוקטרינת חוזה היחסים בישראל מגלם את התמוטטות הגישה שלפיה הצדדים מסדירים את היחס שביניהם מראש באמצעות חוזה ואת הגברת התערבותו של בית המשפט ביחסים החוזיים.⁴⁶ תוכנו של אקטיביזם שיפוטי בתחום דיני העבודה, כותבים סגל וליטור, מתבטא בנכונות ליצור דין חדש ולהתערב בהסכמות של צדדים לחוזה עבודה תוך יציאת תוכן חדש לחוזה. אולם לעומת תחום המשפט הפרטי, שבו נתקבל אקטיביזם זה ברגשות מעורבים⁴⁷ וכיום נצפית תפיסה שונה בבית המשפט העליון,⁴⁸ בבתי הדין לעבודה החדרתה של דוקטרינת חוזה היחסים אינה נתפסת כאכיפה של תרבות שיפוטית שהצדדים לא תמיד חשבו עליה. התחקות על כוונות חוץ־חוזיות וייחוסן לצדדים נתפסת בבתי הדין לעבודה כחלק מעבודתם השוטפת והפכה חלק מהתנהלותם של כל הצדדים. הגדרתו המעורפלת של המושג "עובד", שהוא כרטיס הכניסה לשערי בית הדין לעבודה, מצריכה אקטיביזם שיפוטי מתמיד. הגדרה נזילה זו הופכת את שופטי העבודה לחלק אינטגרלי ממערכת יחסי העבודה שהצדדים מוכנים לה. מונדלק אמנם מתנגד לפיתוחם של דיני חוזים מיוחדים לדיני עבודה, אולם הוא אינו יוצא נגד התאמתם של דיני חוזי עבודה לדיני החוזים הכלליים.⁴⁹ קליטתה של דוקטרינת חוזה היחסים היא תהליך כזה. הגדרתו של חוזה עבודה כחוזה יחסים הייתה תהליך התואם את המגמה בבתי המשפט הכלליים. השופטת אלישבע ברק־אוסוסקין הייתה הראשונה לאפיין את חוזה העבודה כחוזה יחסים ולהיזון מתשתית נורמטיבית זו לפרשנות משפטית. הפרק הבא יתאר את קליטת חוזה היחסים אל תוך קודקס המשפט המקובל של דיני העבודה.

45 סגל וליטור, לעיל ה"ש 11, בעמ' 19.

46 מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 46.

47 הביקורת על כך רבה מאוד, ודוגמה אחת היא מאמרו של מאוטנר. ועוד כתיבה ביקורתית על האקטיביזם השיפוטי: רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (2000).

48 ראו לדוגמה את פסק דינו של השופט דנציגר בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו, 28.1.2008).

49 Guy Mundlak, *Generis or Sui-Generis Law of Employment Contracts*, 16 THE INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 309 (2000).

ד. פסק דין נהרי וקליטת תאוריית חוזה היחסים אל דיני עבודה

פסק הדין הפורץ שבו הוחדרה לראשונה תאוריית חוזה היחסים למרחב בתי הדין לעבודה היה פסק דין נהרי.⁵⁰ פסק הדין דן במטפל מוסמך במוסד סיעודי. הוא הועסק רק במשמרות יום במשך תקופה מסוימת ולאחריו הועבר, בניגוד לרצונו, לעבודה במשמרת לילה. חרף בקשותיו לחזור למשמרת יום המשיכו להעסיקו במשמרת לילה במשך תשע שנים למרות אי-החוקיות בכך.⁵¹ בתקופה זו שינה נהרי את דפוסי חייו והתאים עצמו לצורכי העבודה. לאחר תקופה זו שונו סדרי עבודתו פעם נוספת והוא הוחזר, שוב בניגוד לרצונו, לעבודה במשמרת יום. דא עקא שהייתה בכך פגיעה בשכרו מאחר שקיבל תוספת מיוחדת עבור עבודה במשמרות לילה. התביעה נסבה בין היתר על הסוגיה אם שינוי סדרי המשמרות הוא בגדר פרוגטיבה ניהולית. אם כן, זו נתונה לסמכותו של המעסיק, ולכן אין לעובד זכות להלין עליה. לעומת זאת אם יתקבל הטעון כי עבודה במשמרת לילה כבר הפכה לתנאי בחוזה העבודה בין הצדדים, אין אפשרות לשנותה ללא הסכמת שני הצדדים וללא עלויות. בבית הדין הארצי לעבודה נחלקו הדעות: דעת הרוב של הנשיא אדלר ודעת המיעוט של השופטת אלישבע ברק. ברמה הפורמלית דבק הנשיא אדלר בתבנית הקניינית. הוא הדגיש בהחלטתו את חשיבותה של הפרוגטיבה הניהולית ואת העדפתה על פני זכותו המוחלטת של העובד לשמר את סדרי עבודתו. במסגרת האיזונים שהוא עושה הוא משתמש בסטנדרטים של "תום לב" ו"נסיבות ענייניות" ואף באי-חוקיות ההסדר שנכפה על העובד.⁵² ברם למרות מקומה הבכיר של הפרוגטיבה הניהולית ככלי מכריע בסכסוך, פורץ הנשיא אדלר את מסגרתה וכופה על המעסיק להמשיך לשלם לעובד את השכר הגבוה יותר שקיבל בעת שעבד במשמרות לילה על אף שיבוצו במשמרת יום. לכן ברמה המעשית דעת הרוב דווקא צמצמה את הפרוגטיבה הניהולית⁵³ מאחר שהמעביד נדרש לפצות את העובד

50 עניין נהרי, לעיל ה"ש 7. ראו דיון על פסק דין נהרי בנושא אחר: גיא דוידוב "הפרוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417 (2008).

51 נוגד את ס' 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

52 לשיטתו: "חוקי המגן של משפט העבודה מיועדים להגן על העובדים, כך שעובד לא יועסק במשמרת הלילה באופן תמידי, על מנת שיכול לקיים חיים רגילים, לרבות חייו המשפחתיים. עם זאת, אין לומר, כי יש ליישם את חוקי המגן רק ככלי המסייע לעובד להשיג זכויות או רק במקרים בהם העובד מבקש את יישומם. אין בהסכמת העובד במשך שנים רבות לעבוד בסידור עבודה הנוגד את הוראות החוק כדי להעניק לו זכות לקחת חלק בהפרה של אותו חוק. לעובד אין זכות לעבוד במשמרת הלילה באופן קבוע, בניגוד להוראות החוק, אולם יש לו זכות על פי תנאי בחוזה העבודה להמשיך קבלת התוספת המיוחדת עבור שעות נוספות, כפי שקיבל במשך תשע שנים". עניין נהרי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 325.

53 שם, בעמ' 325.

על כל פגיעה בו. דוידוב כותב בהקשר זה של נגיסה בזכות הקניינית כי התועלת לכאורה בשינוי הארגוני שנעשה על פי דרישתו של המעסיק מתקזזת עם עלות השכר שייאלץ המעסיק לשלם לנהרי.⁵⁴

ברצת המיעוט של השופטת ברק־אוסוסקין, שלימים נעשה בה שימוש אינטנסיבי בעניין דומה,⁵⁵ מקבלת הפררוגטיבה הניהולית תוכן שונה, ומוצבים מולה זכויות וצרכים של עובדים כתכנים מאזנים בעלי דרגת לגיטימציה זהה. לשיטתה של ברק־אוסוסקין, "פררוגטיבה ניהולית אינה מילת קסם המאפשרת כל פעולה של ההנהלה. פררוגטיבה ניהולית אינה שרירות ניהולית. שינוי חד צדדי של חוזה העבודה באופן ששכרו של עובד יפגע בצורה לא סבירה אינו יכול להיות מוגן על ידי הפררוגטיבה הניהולית".⁵⁶ המבחן לפיו יקבע אם השינויים שעושה מנהל מפעל במפעלו הם בגדר הפררוגטיבה הניהולית או האם הם חורגים ממנה הוא מבחן הפרופורציונליות.

כדי לבחון אם השינוי החוזי שנעשה – החזרתו של העובד למשמרות יום – הוא פרופורציונלי ולגיטימי או שמא הוא הפעלה חורגת ובלתי נאותה של הפררוגטיבה הניהולית, משתמשת השופטת ברק־אוסוסקין בתאוריית חוזה היחסים. לשיטתה,⁵⁷ "מאחר וחוזה העבודה הוא חוזה יחס (relational contract) הוא יוצר יחסים מתמשכים long term contract) ולכן הוא דינמי, ופלקסיבילי. תניותיו משתנות מעת לעת". לכן ככל שמדובר ביצירת יחסים מורכבים וממושכים, קטנה הסבירות באשר ליכולת הצדדים לתכנן את תוצאות היחסים ואת הקורות אותם, וגדלה האפשרות של שינוי חוזה העבודה תוך כדי מהלכו.

מכאן היא מסיקה שתי מסקנות מכריעות באשר להחלטה מושא הדין: הראשונה – כי הצדדים סומכים על נורמות של יחסים, הכוללות גמישות, הדדיות וסולידריות כדפוסי התנהלות החולשים על ההסכם ביניהם. היא מזהה במערכת הציפיות של הצדדים את הערכים המקניליאניים של חוזה היחסים ומוצאת ביניהם הלימה נורמטיבית. השנייה – בהיות היחסים מתמשכים מתווספות אליהם כל העת תניות מפורשות ותניות מכללא שנקלטות אל תוך חוזה העבודה בעקבות התנהגות מתמשכת. בעקבות זאת נוצרה הסתמכות מצדו של העובד־נהרי על תניות אלו והוא שינה את מצבו "לרעה" על ידי התחייבויות

54 שם; דוידוב, לעיל ה"ש 50. אדגיש כי עדיין יש בשינוי הארגוני תועלות מעבר לאלו של רוטציה באיכות המטפלים: ראשית, השינוי העניק הזדמנויות חדשות למטפלים נוספים ובכך מתמרץ אותם. שנית, שיפור רמתם של המטפלים יועיל למעסיק.

55 ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה – גרינשפן (פורסם בנבו, 24.4.2006).

56 עניין נהרי, לעיל ה"ש 7.

57 שם, בעמ' 329.

כספיות שקיבל על עצמו. לכן, קבעה, אין המעסיקה חופשית לשנות חד-צדדית את תנאי עבודתו. הנורמות שנקלטו אל תוך החוזה, על סמך הציפיות שמלכתחילה היו חלק ממנו על פי תבנית "חוזה היחסים", כתבו אל תוך החוזה תניה מפורשת של העסקה במשמרת לילה ששינויה החד-צדדי אינו אפשרי לא באמצעות מנגנון הפרוגטיבה הניהולית ולא באמצעות טיעון אי-החוקיות של העסקה קבועה במשמרת לילה בניגוד לסעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

באחת זועזעה עצמתה של הפרוגטיבה הניהולית באמצעות זכויות עובדים בסיסיות. מאחר שנקודת המוצא בארגון היא של שיתוף פעולה היא מבוססת על שתי תובנות עיקריות: התובנה הכלכלית – כי המפעל הוא מקור פרנסה לשני הצדדים, והתובנה האישית – כי המפעל הוא מקור סיפוק וכבוד עצמי לשני הצדדים. התוצאה היא כי שניהם אמורים לפעול בצוותא להצלחת המפעל. על סמך תובנות אלו מעביד אינו רשאי לפגוע בעבודתו של העובד באופן שלא יוכל לנצל את מיומנותו.⁵⁸ הוא גם אינו רשאי לפגוע חד-צדדית בשכרו של העובד באופן שרמת הכנסתו תרד. לכן בתהליך האיזונים בין הזכויות מודגש אצל ברק-אוסוסקין מעמדו של חוזה עבודה כמוסד בעל ערך "קנייני" דו-צדדי רב-משקל. פרוגטיבה ניהולית אמנם מקנה למעביד זכות לנהל את מפעלו כראות עיניו, אך אין היא מקנה לו זכות לפגוע בעובדיו באופן מפלה. תאוריית חוזה היחסים מייצרת קרבה אינטנסיבית בין הצדדים לחוזה, ועל יסודה נבנתה ההחלטה כי שינוי חד-צדדי של תנאי עבודתו של העובד והקטנת שכרו מהווים הפרה של תנאי עבודה ששקולה כנגד הפרה חוזית רגילה. זו כזו כשירות לאכיפה.

ה. חוזה העבודה כחוזה יחסים

יישום תאוריית חוזה היחסים בחוזה עבודה היה נדמה כתהליך טבעי. האומנם תהליך זה ראוי?

על חוזה העבודה חלים חקיקת המגן, ההסכמים וההסדרים הקיבוציים וגם צווי ההרחבה. הרגולציה הצפופה מקטינה את מרחב שיקול דעת הצדדים בעת ההתקשרות ואף בהמשכה. לכן קשה להתייחס ל"חוזה" עבודה כאל חוזה במובנו הקלאסי של המונח. הקשר האינטנסיבי שנוצר בעבודה יוצר פלטפורמה רווית אמוציות אנושיות ומתחים. מרחב כזה של יחסי עבודה מדגיש את חשיבותם של תנאים והבנות מחוץ למסמך הכתוב, אשר

58 ראו תב"ע (אזורי י-ם) שן/1000-3 יחיאל – פלשתיין פוסט בע"מ (פורסם בנבו, 25.4.1993); תב"ע (אזורי י-ם) נד/289-3 פרט – פרקש (פורסם בנבו, 9.1.1996).

משתכללים ומעוצבים במערכת יחסים אישית בין הצדדים.⁵⁹ הבנות אלו הן התשתית האידאולוגית של חוזה היחסים שמובילה לעיצובו של "חוזה צללים" מחייב שנוצר על ידי בתי הדין. האם חוזה העבודה אכן מתאים לכך?

עמדת המוצא של חוזה העבודה מגלמת מאפיינים שנוגדים את החוזה הבדיד. הגישות המקובלות בדיני חוזים רואות בענף חוזי החליפין מרחב שאמור לאפשר למתקשרים מימוש האוטונומיה וקידום התועלות שלהם בעקבות כריתת החוזה. על פי גישות אלו, התפיסה הקלאסית של החוזה מבטאת את בחירתם של הצדדים המתקשרים בו. לעומת זאת חוזה העבודה אינו מניח אוטונומיה ורצוניות דו־צדדית מוחלטת במועד ההתקשרות. נקודת המוצא של חוזה עבודה היא נחיתותו של העובד וציפיותו ליחס הולם של המעסיק למרות חולשתו.⁶⁰

לכן תאורטית בחינת קשר העבודה מלמדת על הלימה מלאה בינו לבין מודל חוזה היחסים. קשרי עבודה הם קשרים הצופים גם פני עתיד, בעלי סיכויים להימשך על פני טווח זמן לא קצר, אשר יוצרים תלות הדדית. במסגרתם העובדים מקבלים שיקול דעת מסוים בביצוע המטלות, ולכן הגדרה חוזית מדויקת של תוכן התפקיד לא תמיד אפשרית. במסגרת ההתקשרות להעסקה מסכימים המעסיק והעובדת על שיתוף פעולה, על אופציות קידום באמצעות העלאות בדרגה ועל שינויים רוחביים בתפקיד. ככל שהקשר מתמשך על פני זמן ארוך יותר, אפשר לזהות השקעה ממוקדת-תפקיד.⁶¹ שיתוף הפעולה בין הצדדים הוא חלק אינטגרלי של היחסים. כל צד צפוי לבצע השקעה ממוקדת-תפקיד אפילו בשלבים הראשונים של הקשר. מעסיקים מספקים הכשרה מקצועית ורוכשים בשביל העובדים קרן השתלמות וביטוח פנסיוני.⁶² העובדים עשויים לעזוב עבודה אחרת לטובת הנוכחית ולשנות בעקבות זאת את מהלך חייהם וחיי משפחתם. לכן ציפיות העובדים מקשר העבודה אינן מתמצות בהישרדות כלכלית ופרנסה אלא מקיפות גם ביטחון תעסוקתי, טיפוח הכבוד העצמי, יציאת תוכן משמעות ומסגרת לחיים.⁶³ גם אם אופי קשרי העבודה המתואר כאן

Robert C. Bird, *Employment as a Relational Contract*, 8 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 149, 59 (2005) n. 13.

בן-ישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63.

Katherine V.W. Stone, *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law*, 48 UCLA L. REV. 519, 536 (2000-2001) (להלן: Stone, *The New Psychological Contract*).

ראו הסכם פנסיה מקיפה בתעשייה וצו הרחבה בעניין: ביום 19.7.2007 נחתם הסכם קיבוצי כללי המחייב את המעבידים לבטח את עובדיהם בפנסיה מקיפה, וביום 31.12.2007 נחתם צו הרחבה שמרחיב חלק מסעיפי ההסכם הקיבוצי על כל העובדים והמעבידים מיום 1.1.2008. www.moit.gov.il/NR/exeres/7CD66526-6C05-4678-B66D-561C0F290E46.htm

בן-ישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 36, שם היא מייחדת פרק לרעיון כי "העבודה אינה מצרך".

כבר אינו מאפיין את רוב צורות ההעסקה, עדיין האמירה כי עובדים משנים את מרכז חייהם בעקבות העבודה היא היגד תקף. גם עובדים בשוק השניוני או עובדים זמניים מפתחים ציפיות מקשר עבודה, אפילו אם הן צנועות יותר וטווח התגשמותן הוא קצר יותר. הגדרתו של קשר העבודה כחוזה יחסים ישימה גם במציאות הנוכחית ולה ערך רב. במיוחד על רקע האופי הלא שוויוני של הקשר.

פיתוח מודל חוזה היחסים מקנה מסגרת תקפה לאיתותים חוץ-חוויים, לתרבות הארגונית, לנהלים ולנהגים. הסדר הזה מאיים לשלול מהמעסיקים את הספונטניות בהוראות. אך בכך יתרונו. למעשה פיתוח דפוס של סטנדרד יחסים בר אכיפה אמנם יכול להצטייר ככפיית כוח שיפוטי על צדדים בעלי מידע מושלם על עתיד היחסים ועל מהותם, במיוחד במסגרת מוסדרת כל כך כמו יחסי עבודה. למעשה כל פרשנות שנועדה להרחיב את הבנת הצדדים באשר לתנאי החוזה עלולה להיראות בלתי מוצדקת מאחר שהיא מקנה לחוזה פרשנות שלכאורה הצדדים לא התכוונו לו. לדוגמה, במשפט האמריקאי כלל הפיטורין בכל עת (employment at will) נתפס כעיקרון בעל משמעות מוגדרת שהעובדים מבינים אותה כבר בשלב ניהול המשא ומתן לכריתת חוזה העבודה. השלכותיו של התנאי אמורות להיות ידועות כמו גם היקפו. אולם בפועל דומה כי העובדים אינם מפנימים את השלכותיו הקשות. בירד מביא מחקר שמראה כי שיעור ניכר מהעובדים סבורים, בטעות, כי המעסיק לא יוכל לפטרם ללא סיבה מוצדקת.⁶⁴ בישראל המצב דומה. למרות היעדר כוונה ליצירת מצג של העסקה עד גיל הפנסייה, נוהל עבודה ממושך שמקבע דפוס העסקה מסוים יוצר אצל העובד אשליה להמשכתו של הקשר על פי המתכונת הקודמת. לדוגמה עניין נהרי, שנדון לעיל, ונוהג ההעסקה במשמרת לילה.

החשש הוא שמעסיקים ייצרו מצגים במכוון או במשחמץ שעלולים להטעות עובדים. בירד מגדיר זאת כאופורטוניזם של יחסים.⁶⁵ אפשר להגדירו כשאיפה לקידום אינטרס אישי של המעסיק שעומדת בניגוד לתנאי חוזה היחסים. הוא מתרחש כאשר המעסיק מפר את ציפיותיה של העובדת. עובדת שמאמינה כי יש לה ביטחון תעסוקתי תהיה נאמנה יותר ותיתן תפוקה טובה יותר. אם המעסיק יפטר אותה, ציפיותיה תיפגענה.

לכן אופורטוניזם של יחסים מתרחש כאשר צד אחד מפר את ההבנות מכללא הללו שנובעות מציפיות הצדדים. בחלק ממקומות העבודה ההבנות מכללא הפכו לנורמות ממוסדות. אף על פי שנוהלי עבודה מעניקים למעסיק מרחב שיקול דעת לשנותם, הימשכותם הולכת ומקטינה את הלגיטימציה לעשות שימוש ניהולי בשיקול דעת זה. לדוגמה, מעסיק מבצע אופורטוניזם של יחסים כאשר באמצעות הבטחות מכללא של

64 Bird, לעיל ה"ש 59.

65 ש.ם.

ביטחון תעסוקתי ויחס הוגן הוא מעורר עובד לשמור אמונים למקום העבודה ולא לעבור למקום אחר שמציע לו משכורת גבוהה יותר. אם כעבור זמן נסוג המעסיק מההבטחה לביטחון תעסוקתי ומפטר את העובד כדי לקצץ בעלויות שכרו הגבוה, יש בכך יחס שרירותי אשר נוגד את ההבנות מכללא שיצר המעסיק במקום העבודה.⁶⁶

התעלמות מאופורטוניזם יחסים יוצרת אצל העובדים תרעומת בעלת השפעות שליליות. תחושתה של עובדת שהיא "נבגדה" על ידי המעסיק איננה נוצרת רק מחמת הרעה ממשית בתנאי עבודה או מחמת פגיעה בתנאים הפיזיים במקום העבודה. תחושה כזו נוצרת כאשר המעסיק נמנע מלקיים את ההתחייבויות הלא כתובות שהבטיח, ואי־קיום ההתחייבויות הללו יוצר אצל העובדת תחושה של אי־צדק, חוסר הוגנות והרהורים על תביעה משפטית.⁶⁷ לדוגמה, בעניין זיידמן⁶⁸ התובע עתר לתשלום פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, מהטעם

66 ראו לדוגמה את עדותו של מנכ"ל אי.סי.איי בתביעה שהוגשה נגד החברה. אף על פי שהתביעה בעניין זה נדחתה, עדות זו נתקבלה כמהימנה על ידי בית הדין. אפשר לזהות בה את הכרתו של מנכ"ל המעסיקה בצורך לגונן על עובדים ותיקים שאינם כפופים להסכם קיבוצי: עב' (אזורי ת"א) 8818/02 מזרחי ברזילי – אי.סי.איי טלקום בע"מ, פס' 3.1 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.11.2007) "...בסוגיה זו, דומה כי לא קיים פער משמעותי בין גרסת העד מטעם התובע לבין גרסת המנכ"ל, אשר הסביר בחקירתו הנגדית כי הודיע לעובדים שאלה מביניהם שייפגעו במישרין מהליך המיזוג יזכו להטבות שונות בגלל הפגיעה הישירה מן המיזוג: 'אני לא הבטחתי בשום פורום, בשום הזדמנות ובשום אסיפה שהעובדים של אי.סי.איי. יקבלו את תנאי ההסכם הקיבוצי של תדיראן, אני לא הבטחתי את זה כי לא היה צורך להבטיח, כי לא היתה שאלה כזו בכלל, ואני, אפשר להגיד עלי הרבה דברים אבל אידיוט אני לא, מה שכן הבהרתי, באו אלי אנשים בצורה אינדיבידואלית, במיוחד אנשים מבוגרים יותר, וחששו לגורלם, ולאותם אנשים ברמה האינדיבידואלית הבהרתי שאם הם יפוטרו כתוצאה ישירה מהמיזוג, אני אדאג להם'". בהמשך חקירתו ציין המנכ"ל: "כפי שאמרתי, אלה שנפגעו באופן ישיר ואני הבהרתי להם שניתן להם תנאים מיטיבים, בגלל הפגיעה הישירה מהמיזוג, אנחנו קבענו להם תנאים לא אחידים לפי מיטב זכרוני".

67 Bird, לעיל ה"ש 59, מדגים זאת באמצעות מקרה שבו עובדי מפעל שפוטרו התלוננו על פיטורים המוניים ללא הודעה מוקדמת. זה עורר אצלם את התחושה כי הם נבגדו על ידי המעסיק שאצלו עבדו במשך זמן רב מאוד. המעסיק יצר מקום עבודה שבו העובדים ציפו לביטחון תעסוקתי כחלק מחוזה היחסים. הפיטורין, שהיו הפרה של חוזה יחסים זה, הם דוגמה בוטה של אופורטוניזם של יחס, והכעס שהם עוררו הוא גדול ונמשך זמן רב. ההשלכות של פעולה זו היו הרסניות לחברה. על כך ראו Judy Pate & Charles Malone, *Post- "Psychological Contract" Violation: The Durability and Transferability of Employee Perceptions: The Case of TimTec*, 24 J. EUR. INDUS. TRAINING 158 (2000).

68 עב' (אזורי ת"א) 8097/03 זיידמן – אי.סי.איי. טלקום בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2009). על פסק דין הוגש ערעור: ע"ע (ארצי) 573/09 זיידמן – אי.סי.איי טלקום בע"מ (פורסם בנבו, 16.12.10). בערכאת הערעור התקבל הערעור לעניין גובה רכיב הפיצוי בגינה של הפרת זכות הטיעון והשימוע.

שהודע לו על פיטוריו באופן קולקטיבי עם כל עובדי הפרויקט ומהטעם שלא ניתנה לו זכות טיעון ושימוע. בעניין זה התקבלה תביעתו, ונקבע כי קיימות נסיבות שבהן הפרת זכות השימוע כשלעצמה יכול שתסב עגמת נפש חריגה לעובד, בין בשל תקופת העסקה ממושכת או בין בשל תרומה מיוחדת שתרום העובד למעביד. דוגמה מובהקת לכך, נאמר בפסק הדין, היא מקרהו של עובד, דוגמת זיידמן, המועסק בנתבעת מעל 20 שנה. בנסיבות מסוימות אלה די בעצם הפרתה של זכות השימוע כדי להצדיק פסיקת פיצוי בגין עגמת נפש. על רקע אלה הגדרתו של חוזה העבודה כחוזה יחסים היא תהליך מתבקש והולם אשר מספק צורך במנגנון פרשנות חוזי בתחום המיוחד של דיני העבודה. הפררוגטיבה הניהולית אמנם מצויה מעבר לתנאים המפורשים של החוזה, אך היא מאפיינת את חוזה העבודה כהתקשרות בלתי ממצה שחלקה תמיד נתון לשינויים. חוסר המיצוי מודגש בפררוגטיבה הניהולית שמעניקה למעסיק זכויות פיקוח על העובדת. העובדת מסכימה לעבוד בתמורה למשכורת, ולציות להוראות. כך רוכש המעסיק את הכוח לתת הוראות במסגרת זמן נתונה נוסף על הזכות לקבל כמות מסוימת של עבודה. העובדת מצדה מקבלת על עצמה את סמכותו של המעסיק להגדיר את אופן ביצוע העבודה במסגרת שגבולותיה אינם תמיד ברורים. דווקא הפררוגטיבה הניהולית שמקנה לכאורה מרחב בלתי מוגבל של שיקול דעת למעסיק היא המצריכה את ריסונו באמצעות מדידת היקפו של מרחב כזה. מודל חוזה היחסים הוא כלי שמסייע לבתי הדין לעצב את תוכנו של שיקול הדעת הזה במצבים של מחלוקת.

1. דוקטרינת חוזה היחסים וקודמותיה בבתי הדין לעבודה

התובנה הבסיסית של דוקטרינת חוזה היחסים, שהיא התקשרות מתמשכת עם תכנים משתנים, אינה חדשה לבתי הדין לעבודה. זיהויו של קשר העבודה כתבנית בעלת תוכן גמיש ותנודתי נעשה כבר לפני שנים רבות בבית הדין לעבודה בעניין זהר-גלבלום,⁶⁹ שם היה בית הדין מוכן, עוד בשנותיו הראשונות, לראות בהתחייבות לשלם אחזקת רכב לתקופה מוגבלת סעיף נוסף אך גמיש בחוזה העבודה. משך תחולתו של סעיף אחזקת הרכב הותנה בהסכמות בין הצדדים שתפורשנה, על פי בית הדין לעבודה, על פי כללי פרשנות חוזיים מיוחדים לדיני עבודה. בית הדין אף מדגיש שם את מהותו השונה של חוזה עבודה מחוזה רגיל שעיקרו הוא "ציב ופרטיו נתונים לשינויים ולהשלמות באופן מתמיד, בבחינת ענפים חדשים של אותה גזע. כל שינוי ושינוי וכל השלמה והשלמה יש להם נפקות חוזית, אך יש

69 דב"ע (ארצי) לה/30-3 זהר-גלבלום – נאמנות התיאטרון הלאומי הבימה, פד"ע ו 309 (1975).

לראותם, ליישם ולפרשם בהקשר לחוזה שבמסגרתו באו". תרגום תוכנה זו של בית הדין לעבודה משנות השבעים של המאה העשרים לשיח חוזה היחסים יעיד כי בפועל חוזה העבודה נתפס כבר אז כחוזה יחסים במשמעות המקניאליאנית, ולכן השינויים התכופים בתוכנו אינהרטיים למהותו. חוזה העבודה מתואר כחוזה מעטפת שלוכד חוזים בעלי טווחים שונים ותכנים שונים ותומך בציפיות הגלומות בו. מכאן גם נולד הצורך של בית הדין לעבודה בעניין זה־גלבלום להידרש לכללי פרשנות חוזיים שיתחשבו בייחודו של חוזה העבודה כמסגרת קיימת ונמשכת המתמלאת לפרקים תוכן מחדש, בין על ידי הסכמים קיבוציים ובין בהסכמה הדדית־אינדיווידואלית.

בעשרים וחמש השנים שבין ההחלטה בעניין זה־גלבלום לבין ההחלטה בעניין נהרי נעשה במערכת בתי הדין לעבודה שימוש פרשני במבנה חוזה המעטפת המחזיק חוזים ומגלם ציפיות.⁷⁰ אולם מאז עניין נהרי החלה תאוריית חוזה היחסים לשמש כלי בידי בתי הדין לעבודה בהחלט נורמות התנהגות שלא נכתבו מפורשות בחוזה.

בהחלטה מאוחרת מעניין נהרי, בעניינה של ליפשיץ⁷¹ שוב נחלקו השופטים אדלר וברק־אוסוסקין באשר לנורמות ההתנהלות הבלתי כתובות כלפי עובדת שאינה כפופה להגנת המטרייה של ההסכם הקיבוצי. אלונה ליפשיץ הייתה עובדת מדינה שהועסקה לתקופות קצובות בחוזה מתחדש שנשא כל פעם שמו של מעסיק אחר הקשור למדינה. היא נשלחה לשנת לימודים בחו"ל על חשבון קרן השתלמות שתכליתה הכשרת עובדי ציבור. מראש הודע לה כי שנת הלימודים היא במסגרת חופשה ללא תשלום, אך בזמן הלימודים ביקשה לאשר לה את שהותה בחו"ל כהשתלמות בשכר. בקשתה נדחתה, ובעקבות זאת נשלח אליה לביתה בישראל, בשהותה בחו"ל, מכתב על סיום רטרואקטיבי של העסקתה.

ראו לדוגמה: דב"ע (ארצי) נו/269-3 מזר – הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 25.2.1997), שם פוטר עובד שסירב לשינוי בהסכם עבודה שהיה אמור להיות תוספת "ענף" ל"עץ" המכיל את מכלול יחסי העבודה שבין הצדדים, כלשונו של עניין זה־גלבלום. ערעורו על פיתוריו נדחה. מעניינים דבריה של השופטת ברק באשר להגדרת שכרו: "מקובלת עלי חוות דעתו של חברי, נשיא בית־הדין, מלבד שאלת השכר הקובע לצורך תשלום פיצויי פיטורים. לדעתי, ואת דעתי זו הבעתי בשבתי בבית־הדין האזורי לעבודה, מי שכל עבודתו מושתתת על תורנויות, ושכרו נקבע לפי אותן תורנויות, יש לראות בשכרו הקובע לצורך חישוב פיצויי הפיטורים את השכר הכולל את התוספות בגין תורנויות. למעשה לא מדובר בתוספת אלא בשכר רגיל. זוהי צורת העבודה הרגילה של אותו עובד. אלא שמאחר ופסיקה שניתנה בשנים האחרונות הן לגבי רופאים והן לגבי עובדי מגן דוד אדום, פסקה את ההפך, כאמור בפסק דינו של חברי הנשיא, הרי שלמען יציבות ההלכה אין אני סוטה מההלכה האמורה. יחד עם זה נראה לי, כי יש לשקול מחדש הלכה זו".

71 ע"ע (ארצי) 1303/00 ליפשיץ – מדינת ישראל – משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 23.11.2003).

העובדת תבעה בין היתר שכר עבודה מלא בגין השתלמותה בחו"ל⁷² ותשלום פיצויי פיטורין בגין פיטורין שלא כדין. בסוגיה זו נחלקו הדעות. השופטת ברק-אוסוסקין נותרה בדעת מיעוט כאשר קבעה כי הודעה על סיום העסקתה של עובדת מדינה, למרות היותה עובדת ארעית, באמצעות מכתב לביתה כאשר שהתה בחו"ל בהשתלמות באישור המדינה הם פיטורין שלא כדין ויש לשלם לה שכר מלא בגין שנת ההשתלמות זו. השופטת ברק-אוסוסקין⁷³ שבה והשתמשה בתוכנות התאוריה של חוזה היחסים כדי להתוות למדינה קווי התנהלות ראויים להפסקת עבודתו של עובד מדינה ארעי. יחסי עובד ומעביד הם יחסים קרובים ומתמשכים, אמרה. מבחן ההשתלבות מדגיש עובדה זו כאשר הוא בוחן את אופן שילובו של המועסק במפעל ואת היותו חלק מן המערך הארגוני שלו. בהמשך לשילוב זה נדרשים הצדדים לתום לב ונאמנות מוגברים. בשל השימוש המוגבר

72 בסופו של דבר התוצאה האופרטיבית של פסק הדין פוצלה לכמה חלופות: ראשית, הוחלט ברוב דעות כדעת הנשיא סטיב אדלר לחייב את המדינה לשלם למערערת פיצויי פיטורים על תקופה של שנתיים על פי שכרה האחרון וכן תמורת הודעה מוקדמת של שכר חודש אחד; שנית, הוחלט לדחות הערעור בעניין תשלום שכר בתקופת הלימודים בחו"ל, פיצויים בגין פיטורים שלא כדין והפרשות לקופת גמל. זאת לעומת דעתם החולקת של סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין ונציג ציבור מר שלמה גוברמן, שלפיה המדינה תשלם למערערת את מלוא שכר העבודה למשך השנה שבה השתלמה. שלישיית, באשר לעניין ההוצאות הוחלט ברוב דעות כדעת סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין, לעומת דעתו החולקת של הנשיא סטיב אדלר, כי המדינה תשלם למערערת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 15,000 ש"ח, תוך 30 יום. שם, בעמ' 75.

73 ברק-אוסוסקין מסתמכת שם על דב"ע (ארצי) נו/15-4 מועצת פועלי רחובות – מכון ויצמן למדע, פד"ע ל 163 (1997), שבו נדונה הבעייתיות שבצורת העסקה באמצעות מעסיקים מזדמנים הקשורים למדינה באמצעות הסכמי "רכישת כוח אדם". היינו, צורת העסקה לתקופות קצובות כאשר בכל תקופה המימון בא ממקור אחר. בעניין מועצת פועלי רחובות הנ"ל היה מקרה דומה אם כי חמור פחות שבו הועסקה עובדת מחקר במשך שנים רבות, אך המימון של שכרה בא בכל פעם מקרן אחרת. לכן נכרת עמה מעת לעת חוזה לתקופה קצובה אשר הוארך מעת לעת. לאחר שבע-עשרה שנים נאמר לה כי פג תוקפו של החוזה האחרון לתקופה קצובה. נאמר למערערת כי תקופת עבודתה לא תוארך עוד. בדעת מיעוט, שניתנה על ידי השופטת ברק-אוסוסקין, היא סברה שאין אפשרות ליצור מעמד של עובדים זמניים לתקופות ארוכות. מי שעובד שנים רבות הוא עובד קבוע אם עבודתו לא נפסקת. אין נפקות למקורות המימון. "זמניות" במשך שנים הוא רעיון הנוגד את עקרונות משפט העבודה ונוגד את עקרונות דרכי העסקה הקבועים בתקשי"ר. השופטת ברק-אוסוסקין ציינה שם: "הרעיון הטמון בדרך העסקה על פי התקשי"ר הוא, שאין עובד מועסק כארעי לטווח ארוך, לתקופה לא מוגבלת. דרך העסקה זה של עובד לא קבוע, למעשה עובד ארעי, לתקופה לא מוגבלת, מסיר מהעובד את חלות התקשי"ר ובכך מוסרת ממנו ההגנה של משפט העבודה". ראו עניין ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 67. יוער כי בעניין מועצת פועלי רחובות הנ"ל ניתנה דעת מיעוט נוספת על ידי כותבת חיבור זה כנציגת ציבור.

בתבנית תום הלב כמוסד המתווה ערכים נורמטיביים מקפידה השופטת ברק להדגיש את מיקומו של תום הלב כערך השייך לתאוריית היחסים⁷⁴ ולצקת בו תכנים התואמים את מרחב העבודה. לשיטתה, "תום הלב הוא כזה בו כל צד לא רק דואג לאינטרסים של עצמו, אלא גם נמנע מלפגוע באינטרסים של זולתו. ביחסי עבודה כל צד דואג לאינטרסים של עצמו ועליו לדאוג גם לאלו של זולתו על מנת שהיחסים המיוחדים יהיו תקינים".⁷⁵ על כן מהותה של התנהגות בתום לב של מעביד, אפילו מדובר בעובדת ארעית, דורשת לדון עמה על סיום עבודתה, לבצע לה שימוע ולא להודיע לה על פיטוריה במכתב לביתה כאשר ידוע שהיא איננה בארץ כלל. מכאן מסקנתה, בדעת מיעוט, כי הפסקת העסקתה של המערערת נעשתה שלא בתום לב. הנורמות שהתוותה ברק־אוסוסקין למדינה נותרו אז כדעת מיעוט, אך לימים הפכו מצע נורמטיבי להטלת פיצוי על מעסיק ציבורי שמונע מעובד ותיק מעמד של עובד קבוע.⁷⁶ תוכנו של הציווי הנורמטיבי שמוטל על המדינה קובע כי משעובד אדם תקופה העולה על תקופת הניסיון הקבועה בתקשי"ר, אין לראות בו עוד עובד זמני. על כן גם דרך פיטוריו צריכה להיעשות על פי הנהוג בעניינו של עובד קבוע. הדבר נובע מהתקשי"ר, ובעיקר מעקרון תום הלב ביחסים בין הצדדים.⁷⁷

לעומתה, מתכונת החלטתו של הנשיא אדלר בדעת הרוב משחזרת את תסדיר עניין נהרי. כאן כמו שם הוא נקט את "דרך הביניים". לכאורה נמנע הנשיא אדלר מהתערבות שיהיה בה להורות על הענקת שכר לעובדת בגין תקופת ההשתלמות, כדי לתת תוקף לתהליך הפורמליסטי של קבלת ההחלטה אצל המדינה־המעסיקה.⁷⁸ מעשית הוא פסק לעובדת פיצויי פיטורין תוך הבעת דעה ביקורתית ביותר על איכות התנהלותה של המדינה בהקשר של תהליך הפסקת העבודה. עניין מיוחד מעוררת הרטוריקה של הנשיא אדלר המקפלת בתוכה את ביקורתו כלפי המדינה. כך אמר: "התנהגותו של משרד החינוך לא תואמת את

74 אף אם הפעם לא נעשה שימוש מפורש במילים "חוזה יחס" הרי הרטוריקה אינה מותירה מקום לספקות.

75 עניין ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 69.

76 ראו לדוגמה עב' (אזורי ת"א) 8222/06 בר – עיריית תל אביב בגין אי-הקניית מעמד של עובד שם הושגו פיצויים בסך של 12 משכורות על עיריית תל-אביב בגין אי-הקניית מעמד של עובד קבוע לעובדת שעבדה 17 שנים בעירייה. תביעת התובעת מתקבלת בחלקה. העירייה תשלם לתובעת סך של 65,000 ש"ח בגין התנהלותה חסרת תום הלב כלפי התובעת, וזאת בתוספת הפרשי הצמדה וריבית חוקית מיום 1.5.2007 ועד התשלום המלא בפועל.

77 ראו לדוגמה: ע"ע (ארצי) 746/06 בנק לאומי לישראל בע"מ – נקש (פורסם בנבו, 6.11.2007); הודעה של נציבות שירות המדינה על הליך שימוע לכל סוג של עובד מיום 28.5.2006. אלו דוגמאות להוראות המלמדות על שינוי התנהלותה של המדינה, ובמילים אחרות: דעת המיעוט של השופטת ברק הפכה לדעת רוב.

78 שקבעה כזכור כי העובדת תשהה בחו"ל במעמד של עובדת בחופשה ללא תשלום.

המקובל והנכון ביחסי עבודה... זוהי התנהגות ראויה לגינוי, אך אין בה כדי לפסול את החלטת משרד החינוך, שלא לחדש את חוזה העבודה... יש הבדל בין התנהגות ראויה לגינוי לבין התנהגות בחוסר תום לב. מסירת תפקיד לעובדת אחרת בעת שהמערערת שוהה בחו"ל אינה חוסר תום לב. כמו כן, אין בהתנהגות זו כדי לזכות את המערערת בפיצוי, אולם יש לקחת אותה בחשבון בבואנו לפסוק הוצאות משפט.⁷⁹

בדבריו נוצק לכאורה תוכן מיוחד וחריג להתנהגות "בתום לב" בהבחינו בינה לבין התנהגות הראויה לגינוי שמזכה לשיטתו גם פסיקת הוצאות משפט. ההבחנה שהוא מציע בין חוסר תום לב, שלשיטתו לא התרחש כאן, לבין התנהגות ראויה לגינוי, שכן התקיימה, מכוונת זרקור לעבר השימוש במנגנונים אתיים-ערכיים לשם התוויית נורמות התנהגות והתנהלות. מחד עולה מדבריו מסקנה יוצאת דופן כאילו התנהגות שראויה לגינוי עדיין עשויה להיחשב התנהגות בתום לב. מאידך היא מלמדת על התוכן הפרדיגמטי שמייחס אדלר למושג "תום הלב" במסגרת יחסי העבודה.

ההבחנה שנעשתה בין התנהגות ראויה לגינוי לבין חוסר תום לב מקנה לתום הלב מעמד של מוסד בעל תכנים מוסריים שנועד להסדיר את ההתנהלות הארגונית. הבחנה כזו מקרבת את החלטתו של הנשיא אדלר לכיוונה של השופטת ברק-אוסוסקין, שמסתמכת על תאוריית חוזה היחסים כדי להתוות נורמות התנהגות ראויות. עקרון תום הלב והיפוכו מייצרים, לשיטתו של אדלר, פרדיגמה של התנהלות ערכית במרחב העבודה. למעשה השימוש שעושה הנשיא אדלר ב"תום לב" שקול כנגד העלאתו לדרגה של מנגנון ערכי עם כללים מוסדרים. השאלה היא אם מנגנון תום הלב מתחרה בפרדיגמת חוזה היחסים על הבכורה ככלי עדיף לפרשנות כוונות וציפיות הצדדים. בכך יעסוק הפרק הבא.

ז. דוקטרינת חוזה היחסים מול דוקטרינת תום הלב – חלופות שוות דרגה?

מאז ההחלטה בעניין נהרי אפשר לזהות זרם פסיקתי מתמיד שבו תשתית חוזה היחסים החלה לשמש מודל אלטרנטיבי לתבנית תום הלב התומך בהטלת נורמות התנהלות מוסריות על הצדדים לחוזה העבודה. לדוגמה, בעניין פנחס חוזה⁸⁰ נדחו בקשת מעסיקה לצו מניעה נגד עובדים שהקימו עסק מתחרה ותביעה לפצותה בגין הנזק שנגרם לה מניצול קשריהם של העובדים עם לקוחותיה. בית הדין אמנם סירב לפסוק פיצוי בשל הפרה חוזית בגין היעדר תוקף לסעיפים אלו, אולם היה מוכן להעניק פיצוי בגין שידול וניוד לקוחות בהישענו

79 עניין ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 74.

80 עב' (אזורי ת"א) 8910/01 פנחס חוזה סוכנות לביטוח בע"מ – כהן (לא פורסם, 30.7.2008).

על הפרה של חובת האמון המוגברת החלה על העובדים ביחסיהם מול המעסיקה. מקור החובה נשאב אלטרנטיבית מתום הלב מחד ומחובת האמון הנובעת מאופיו של קשר העבודה כחווה יחס מאידך.

הביסוס הנורמטיבי של החלטת הפיצוי בעניין פנחס חוזה נעשה בהדרגה. בשלב הראשון מנומקת הענקת הפיצוי בחובת תום הלב הכללית. ממנה נובע השלב הבא והרחב יותר, שבו הצידוק לפיצוי נסמך על המסגרת הרחבה של חוזה יחסים שכולל את חובות ההגיונות ותום הלב כתשתית ליחסי עבודה תקינים. מבנה דינמי כזה של החלטה שיפוטית נמצא גם בשני פסקי דין של בית הדין הארצי בעניין גירית נ' אביב⁸¹ ובעניין ליפשיץ⁸² שנדון לעיל. בכלם נצפה תהליך של תובנה מצטברת: יישום נורמות חוזה היחסים מתפתח בהדרגה מהשלב התחתון של תום הלב עד לשלב הגבוה יותר, שבו מוגדר קשר העבודה כמסגרת של חוזה יחסים בעל תכנים מוסדרים של חובות הגיונות ותום הלב. כך מספקת תאוריית היחסים תשתית אידאולוגית בעלת קווי התנהגות מפורטים שעליהם נבנים דפוסי ההתנהלות הנכונה ומנגנוני התרעה מפני סטייה מהם. המודל השיפוטי המשתמש בחוזה העבודה כחוזה יחסים הוא מסגרת מאורגנת של כללי התנהגות ומשולב בתהליך המעצב והיוצר של קשר העבודה. הוא אינו נסמך רק על תום הלב כנורמת-על מרחפת אלא נטוע היטב במסגרת כללי קשר העבודה.

לכן נשאלת השאלה אם אמנם יש בדוקטרינת תום הלב כדי להתחרות בתפקידה הפרידגמטי של תאוריית חוזה היחסים ככלי להשלמת חסרים חוזיים ולפרשנות שיפוטית של הבנות מכללא בין הצדדים? ולמעלה מכך: לאור התוכן הערכי־מוסרי שנוצק לעקרון תום הלב עולה השאלה אם לא די לנו במושג "תום הלב" כמוסד משפטי־ישראלי מוכר שימש מנגנון להשלמת חסרים חוזיים, ואם קיים צורך להפעיל את תאוריית חוזה היחסים כדי לבסס קווי התנהגות ראויים.

1. ההבחנה בין תאוריית חוזה היחסים לעקרון תום הלב

עקרון תום הלב הוא תבנית בלתי הולמת לצורך איתור כוונות הצדדים וציפיותיהם. הוא רחב מדי וצר מדי מכדי לשמש תשתית נורמטיבית מסודרת לפרשנות חוזי עבודה. תום הלב הוא תבנית צרה מדי מאחר שאינו מחזיק מערכת כללית ממוסדת, מוכרת, מאורגנת ומסודרת למרות הפיכתו למוסד ערכי. הוא תבנית רחבה מדי מאחר שהוא מנגנון בעל שימושים ערכיים בכל תחומי המשפט, ומופקות ממנו נורמות אמונים והגיונות התואמות את

81 בש"א (ארצי) 307/03 גירית בע"מ – אביב, פד"ע לט 728 (2003).

82 עניין נקש, לעיל ה"ש 77.

תחום המשפט הנתון שבו נדרש השימוש בו. אולם הוא עוסק בהגדרת התנהגות ערכית אך אינו מייצר ערכה של כללי התנהלות.

מאוטנר, שדן בתכניה של דוקטרינת תום הלב כפי שיושמה במערכת בתי המשפט הכללית, מצביע על שוני נורמטיבי עקרוני בינה לבין דוקטרינת תנאי מכללא לשם מילוי חסרים חוזיים.⁸³ בתוך כך הוא מסיק כי קיים הבדל מתודולוגי חשוב בין שתי הדוקטרינות, המשקף תפיסה עקרונית שונה לגמרי של חלוקת עבודה בין המתקשרים החוזיים לבין בית המשפט הדין בסכסוך החוזי: בהפעלת דוקטרינת התנאי מכללא מתבטאים מעמדו של בית המשפט כנציגם של הצדדים לסכסוך ומאמציו לשחזר את ההבנות המיוחסות להם. לעומת זאת בהפעלת דוקטרינת תום הלב מכריז בית המשפט על עצמו כפטרונם ומדריכם הרוחני של הצדדים, ובמסגרת זו הוא מפעיל את חובת תום הלב כחובת הגינות שכוללת את הבנותיו באשר לתוכנה העכשווי של ההגינות בחברה הישראלית. מסקנתו של מאוטנר היא כי המעבר מדוקטרינת התנאי מכללא לדוקטרינת תום הלב בפסיקה הוא מעבר מהמסגרת האטומיסטית של היחסים הפנימיים של הצדדים למסגרת הקולקטיבית של התרבות שבית המשפט מציג עצמו כדוברה. שינוי כזה עלול לפגוע בשיקוף האמתי של כוונות הצדדים ולהיות ביקורת שיפוטית מוקדמת מדי. במילים אחרות, כפי שעולה ממאמרו, השימוש בדוקטרינת תום הלב לשם שחזור כוונות הצדדים הוא הבעת עמדה שיפוטית קודם זמנה ובשלב שבו עדיין אין נדרשת החלטת ערכית באשר לציפיות הצדדים.

גם במרחב דיני העבודה השימוש בדוקטרינת תום הלב עלול להיות בעייתי בעת זיהוי כוונותיהם וציפיותיהם של הצדדים. מאחר שהשימוש בדוקטרינת תום הלב הוא ערכי בבסיסו, כל ניסיון ליישמו בשלבים המוקדמים של התהליך השיפוטי מעוות את תהליך איתור הכוונות והציפיות של הצדדים. לכן עדיף השימוש בדוקטרינת חוזה היחסים כמערכת אידאולוגית של כללים מפורשים המתאימים עצמם לתבנית יחסים מתמשכים בכלל וליחסי העבודה בפרט. שם הם בונים דפוסי התנהלות של יחסי עבודה. השימוש בה יוצר סדר משפטי שמעניק מסגרת יציבה ומספק את צורך המשתמשים בדיני העבודה לאפשרות חיוזי של תוצאות משפטית.

קולינס כותב כי חוזים מסייעים לייצב ציפיות ולהגדירן על ידי פירוט בהיר שלהן. ייצוב הציפיות יוצר אמון ומסייע ליצור יחסי שיתוף פעולה.⁸⁴ שום חוזה אינו מספק הגדרה מושלמת של ציפיות. חוסר השלמות הוא בלתי נמנע גם בחוזה העבודה. תנאי החוזה מותרים במכוון את ביצוע ההתחייבות במצב של כדי שייקבעו לאחר מכן על ידי מנגנון המשטר בחוזה. מנגנון זה אופייני לשיקול הדעת המנהלי: המעסיק מודריך את עובדיו

83 מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 58–59.

84 Collins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 141.

ומחלק להם הוראות לשם ביצוע הפעילות היצרנית. התניות החוזיות קובעות את הגבולות החיצוניים של שיקול הדעת במתן ההוראות כדי שאי אפשר יהיה לבקש מן העובדים ביצועים מחוץ למסגרת תיאור התפקיד. אך תניות אלו אינן מפרטות את תכניו הפנימיים של שיקול הדעת ואת הרמה המוסרית של קבלת ההחלטות. האם משמעות הדבר היא כי הוא בלתי מוגבל? התשובה היא כמובן שלילית. חרף אי־שלמותו של החוזה שיקול הדעת של המעסיק אינו בלתי מוגבל. הפרווגטיבה הניהולית של המעסיק מוגבלת על ידי טכניקות משפטיות אקלקטיות.

לדוגמה, שיקול הדעת הניהולי בפיטורי עובדים מוגבל על ידי חובתו לבצע שימוע.⁸⁵ כיום חובת השימוע במגזר הציבורי מעוגנת היטב בפסיקה. חובה כזו פרצה וחדרה לעניינם של עובדים במגזר הפרטי ואף כאלה שאינם כפופים למטרייה של הסכם קיבוצי והיא חלק מציפיותיהם הלגיטימיות של העובדים.⁸⁶ כך גם חובת הגילוי, המוטלת על המעסיק באשר לשינויים מבניים. היא הפכה להיות חלק מאגד מהזכויות הקיבוציות העצמאיות שציבור העובדים זכאי לצפות לו במסגרת היחסים הקיבוציים.⁸⁷ השופט צור אף משווה חובה זו לחובת השימוע.⁸⁸ המקור הנורמטיבי שעליו בונים השופטים אדלר וצור חובה זו הוא אופיים של יחסי עבודה קיבוציים כיחסים שתפניים שמחייבים יצירת מערכת כללים לעיגון האמון ההדדי. חובת גילוי כזו היא גם חלק מאגד זכויותיו של מעסיק שמצפה לחשיפת

85 זכות השימוע נקבעה בהרבה מאוד פסקי דין. מקורה בכללי הצדק הטבעי, והיא נחשבת זכות יסוד במשפט העבודה (ראו ע"ע (ארצי) גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 449 (2003); ע"ע (ארצי) 516/08 אברהם – עגם מפעלי מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 17.12.2009)).

86 ראו תע"א (אזורי חי') 3111-06 שפירא – אירופאור פי טי ווי לימיטד (פורסם בנבו, 28.3.2010) – טייס שהועסק בחברה פרטית וטען שפוטר ללא שימוע. בית הדין דחה את טענתו רק בגלל נסיבות סיום ההעסקה שלא עלו כדי פיטורין. כן ראו ס"ע (אזורי ב"ש) 12047-02-10 הלמן – עיריית באר שבע (פורסם בנבו, 16.3.2010).

87 עס"ק (ארצי) 18/08 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2009): "לדידי, ובהתאם להלכה הפסוקה, חובת הגילוי וההיוועצות החלה על מעסיק במסגרת יחסי עבודה קיבוציים בכלל, ובנסיבות של מכירת השליטה בחברה או חלקים ממנה בפרט, היא חובה עצמאית, הנובעת מאופיים ומהותם של יחסי העבודה הקיבוציים, וקיומה אינו תלוי בהסכם בין הצדדים".

88 עס"ק (ארצי) 23/06 הסתדרות האחים והאחיות בישראל – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.8.2006): "החלטה על עריכת שינוי מבני, כשלעצמה, אינה טעונה הסכמה של ציבור העובדים ומשום כך אינה נושא למשא ומתן. עם זאת, יחסי עבודה תקינים וחובת המעסיק לנהוג בתום לב כלפי ציבור עובדיו, מחייבת אותו להציג את תכניתו לשינוי מבני בפני עובדיו, לשמוע את תגובתם והערותיהם ולתת את הדעת לדבריהם בפתחות ובנפש חפצה. זהו תהליך של היוועצות עם ציבור העובדים, או – אם תרצו – 'שימוע', כשבסופו של דבר ההחלטה בדבר עצם עריכת השינוי המבני או מתכונתו המדויקת מתקבלת על ידי המעסיק".

מלוא קורות חייו של מועמד לעבודה. בית הדין מעדיף להגדיר את מקורה של חובת גילוי זו בדרישת תום הלב, אך הרטוריקה שלו מלמדת כי הוא שואב מקורותיו מתבנית רחבה בהרבה: היחסים ההסכמיים והציפיות מכללא במקום העבודה.⁸⁹ השאלות אם סיום החוזה היה מנוגד לציפיות הסבירות של הפעלת הפרווגטיבה הניהולית, או אם ביצוע השינוי המבני באופן חד-צדדי ללא יידוע העובדים נוגד את ציפיותיהם של העובדים,⁹⁰ או אם אי-הגילוי פוגע במעסיק, מבוססות על חוזה היחסים שבין הצדדים ועל ציפיותיהם להתנהלות שתפנית. תאוריית חוזה היחסים מעניקה לגיטימציה לציפיות הצדדים, ובכך מחזקת את אמון השחקנים בשוק העבודה ומקטינה את תחושת הסיכון, האכזבה או אי-הוודאות. אם נעדיף את מנגנון תום הלב כמקור של עיצוב כללי התנהלות בעבודה, נצמצם מראש, וללא טעם רציונלי ראוי, את הקליטה של דפוסי התנהגות ראויים במרחב יחסי העבודה. מנגנון זה אינו רחב דיו כדי להחיל כללי הדרכה להתנהלות חוזית ראויה. דווקא תאוריית חוזה היחסים שקולטת את דיני החוזים הכלליים ואת אלה המיוחדים ליחסי עבודה⁹¹ יוצרת הפניה לגוף ידע עצום ושקולה ל"הפרטת" כללי ההתנהלות בעבודה על ידי שחקנים שאינם הצדדים לחוזה העבודה.

2. דוקטרינת חוזה היחסים – מנגנון יעיל לאיתור ציפיות הצדדים

כאשר המסגרת לפרשנות כוונותיהם וציפיותיהם של הצדדים היא חוזית, הגדרת ההבנות מכללא פשוטה ומסתברת יותר. הציפיות המפורשות של המעסיק נוגעות לשיתוף פעולה

89 ע"ע (ארצי) 1487/02 סופר – רשת אורט ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2005): האינטרס של הצדדים הוא ליצור מקום עבודה אופטימלי ולעבוד בתנאים אופטימליים הן מבחינת היעילות והן מבחינת האווירה ויחסי העבודה. כן ראו עב' (אזורי נצי') 1052/08 גרוס – סולתם מערכות בע"מ (פורסם בנבו, 24.3.2010).

90 בעניין מכתשים, לעיל ה"ש 87, אמר על כך הנשיא אדלר: "במסגרת חובת הגילוי וההיוועצות המוטלת על מעסיק במקרה של מגעים למכירת השליטה בחברה או חלקים ממנה, הוא נדרש למסור לארגון העובדים פרטים אודות המכירה הצפויה, ככל שהם בעלי השלכות על זכויות העובדים. חובה זו קמה למעסיק מעת שדבר המכירה מפורסם ברבים או מעת שהמגעים למכירת החברה או חלקים ממנה, מצויים בשלב בו יכולה להיות להם השפעה על זכויות העובדים, לפי המוקדם מבין השניים. אין זה מן הראוי כי ארגון העובדים יתוודע למשא ומתן בעניין מכירת השליטה בחברה באמצעות כלי התקשורת. המעסיק אמנם אינו נדרש לעדכן את ארגון העובדים לגבי כל מגע או גישושים ראשוניים למציאת רוכש פוטנציאלי. אולם, הארגון זכאי לקבל עדכון מפורט ורלוונטי באשר לקיומם של מגעים למכירת החברה טרם פרסומם ברבים ובעת שיכול ותהא להם השפעה על זכויות העובדים".

91 לדעות שונות על צורך בדיני חוזים של דיני עבודה ראו Mundlak, לעיל ה"ש 49, ודוידוב, לעיל ה"ש 50, בעמ' 432.

מצדן של העובדים ושל ארגוני העובדים. ציפיות המעסיק כוללות ביצוע ראוי של הפעילות היצרנית, ולטובת האינטרסים שלו. מנגד העובדת מצפה ליחס הוגן, לכבוד ולגמול ראוי עבור עבודה קשה. הציפיות מכללא של הצדדים משחקות תפקיד חשוב בהפיכת ההתחייבויות ההדדיות למנגנון קבוע אשר מסייע לחיזוק שוק העבודה.⁹²

אף אחת מן הציפיות הכלליות הללו של שיתוף פעולה ויחס הוגן אינה מספקת מדריך להגנה משפטית ואינה מפורטת בהסכמי העבודה.⁹³ הן גם אינן אמורות לקבל ביטוי מפורש בחוזה ובדרך כלל גם לא בהסכם קיבוצי. למרות זאת הן חלק מהיחסים הכלכליים, והפרתן תערער את האיזון העדין בין זכויות העובדים לזכויות המעסיק ותפגע ביעילות בעבודה. יחס בלתי הוגן מצדו של המעסיק עלול להוביל להימנעות משיתוף פעולה של ארגון העובדים, לאדישות מצד העובדת כפרט ולנטישה לטובת מקום עבודה אחר. הימנעות משיתוף פעולה מצדה של העובדת עלולה לגרור צעדים משמעותיים וכנראה פיטורין. את הציפיות הללו אי אפשר "להעמיס" רק על כתפיו של מושג תום הלב, ולכן רשת דיני החוזים היא תשתית דיסציפלינרית עדיפה. לדוגמה, פיטורין שרירותיים הם אירוע שעובד כבר זכאי שלא לצפות לו. הפסיקה קובעת זה זמן כי "יש לקחת בחשבון את המשמעות והתוצאות הנובעות מפיטוריו של עובד. הזכות לעבוד פירושה שלא יפטרו את העובד בשרירות. איבוד מקום עבודה אינו אך איבוד הפרנסה. זהו גם איבוד האפשרות לסיפוק והגשמה עצמית".⁹⁴ לכן עובדת שפוטר בנימוק של פיטורי צמצום זכאית שפיטורין כאלה יבוצעו תוך איזון בין אינטרס המעביד והאינטרס שלה. היעדרו של ארגון עובדים אינו מצדיק פיטורים כלכליים בשרירות וללא משא ומתן לשם פיצוי העובדת על הפיטורין. החישוקים שהושמו על הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק בהקשר של פיטורין הולכים ורבים ומתהדקים, ועובד שפוטר בגין אי־גילוי העסקתו המוקדמת במקום שאליו התקבל זכה בפיצוי בהסתמך על חובת קיום חוזה העבודה בתום לב.⁹⁵ התוכן הרחב שנוצק לחובת תום הלב אינו נשען רק על אדני מוסד תום הלב; הוא שואב חיותו מחוזה העבודה כמסגרת קבועה בעלת גמישות הטבועה בה ותכנים של אמון, הוגנות ושתפנות הדדית.

3. עקרון תום הלב ודוקטרינת חוזה היחסים – כלים להכרעה השיפוטית

עקרון תום הלב הוא כלי בעל תוקף מדריך, ולכן אינו יכול לשמש כלי בעל ייעוד דומה לזה של חוזה היחסים. יישומו מבטא העדפה נורמטיבית של בית הדין באשר לאופן ההתנהלות

- 92 Collins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 139–142.
- 93 לעתים בחוזי עבודה אישיים אפשר למצוא תניות מסוג: העובד מתחייב להקדיש את מיטב זמנו ומרצו, אך יש לכך משמעות דקלרטיבית.
- 94 ע"ע (ארצי) 300019/98 אורן – דניה סיבוס חברה לבנייה בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2004).
- 95 עניין גרוס, לעיל ה"ש 89.

הרצוי של הצדדים ובכך לפגוע באובייקטיביות של איתור כוונות וציפיות הצדדים. במילים אחרות, אם נקבל את עמדתו של מאוטנר⁹⁶ כי החלת מנגנון תום הלב היא הבעת פטרונות שיפוטית להסכמות הצדדים, אזי יישומו במסגרת דיני העבודה צריך להתקיים רק בשלב ההכרעה השיפוטית ולא בשלב הראשוני של איתור הכוונות והציפיות של הצדדים. התהליך השיפוטי אמור להתחיל ב"שחזור" אובייקטיבי ובלתי שיפוטי של כוונות הצדדים ובניתוח העובדות. בשלב הראשוני הזה יש להשתמש בתבנית "חוזה היחסים" כדי להתחקות על כוונת הצדדים. רק בשלב זיהוי העיוותים אמורה להתחיל עבודת האיזונים השיפוטית שבמסגרתה יהיה אפשר לשאוב את הערכים המקניליאניים וליישמם. בשלב מתקדם זה יישומה של תאוריית חוזה היחסים שונה מהשימוש שנעשה בה בשלב איתור כוונת הצדדים, והוא עולה לדרגה של פטרונות שיפוטית מדריכה. אותם ערכים מקניליאניים המבוססים על ציפיות לשתפנות הם ערכת הדרכה ששומה על הצדדים לדעת כי הם כפופים לה נורמטיבית. מאחר שבניגוד למערכת בתי המשפט הכלליים בתי הדין לעבודה מאפיינים עצמם כמגשימים את המשימה של השבת האיזון למערכת היחסים בין שני צדדים שבה הכוחות אינם תמיד שווים,⁹⁷ החלת הנורמות המקניליאניות אינה תהליך בעל מאפיינים של כפייה בלתי רצונית. יש לראות בה חלק ממילוי המשימות של בית הדין. חשוב גם להדגיש כי דוקטרינת חוזה היחסים, באופן מעניין ביותר, משמשת את בתי הדין לעבודה לא רק לשם ביצוע "תיקונים" בהתנהגות המעסיקים אלא גם לשם הטלת חובות אמונים על עובדים שפגעו במעסיקיהם. לכן מודל חוזה היחסים הוא כלי יעיל בארון הכלים השיפוטי הן לשם איתור כוונות הצדדים והן לשם תמיכה בהתערבות שיפוטית ביחסי עבודה ולהחלת הנורמות המקניליאניות של יושרה, הדדיות, גמישות, סולידריות, הגבלת הכוח הקנייני והפעלת תרופות חוזיות דוגמת השבה.

4. לסיכום: עדיפותו של מודל חוזה היחסים על פני דוקטרינת תום הלב

בפסיקה הכללית נצפה בזמנו מעבר מדוקטרינת התנאי מכללא לדוקטרינת תום הלב לשם השלמת חסרים חוזיים. מאוטנר כתב כי תהליך זה משקף גם מעבר מבדיקה אובייקטיבית חסרת פניות של היחסים הפנימיים של הצדדים למסגרת קולקטיבית ביקורתית שמחילה את התפיסות הנורמטיביות של התרבות שבית המשפט מציג עצמו כדובר בשמה. בתקופה

96 ראו מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה, לעיל ה"ש 22.

97 ראו לדוגמה Mundlak, לעיל ה"ש 49, בעמ' 333.

האחרונה אפשר לזהות בבית המשפט העליון תנועה לכיוון הדגשה מחודשת של המשמעות הלשונית של החוזה.⁹⁸ לעומת זאת בבתי הדין לעבודה אפשר להצביע על שימוש גובר במודל חוזה היחסים כמודל אלטרנטיבי לדוקטרינת תום הלב הן בשלב השלמת החסרים החוזיים והן בשלב התמיכה בהכרעה השיפוטית.

בשלב השלמת החסרים החוזיים נדרש בית הדין למנגנון שיצדיק פנייה לתכנים חוץ־חוזיים. פנייה למנגנון כזה מושתתת על ההנחה הכלכלית כי תוכנו של חוזה יחסי עבודה שמשתרע על פני תקופה ארוכה אינו ניתן לצפייה מראש, ואפשרות כזו גם אינה יעילה. השינויים התכופים בתוכן חוזה העבודה אינהרנטיים לאופיו, ויעילותה של הסכמה מראש על כל התנאים מעטה. לכן כאשר נדרש בית הדין להשלים חסרים בהסכמות ההדדיות שבין הצדדים אין לראות בו זר מתערב אלא "ידיד" שהתערבותו צפויה. למרות זאת בית הדין מגלה חוסר נחישות בעניין המקור שעליו ראוי להסתמך לשם השלמתם של החסרים. התנדודתיות במעמדו של עקרון תום הלב ובתוכנו מובילה את בתי הדין לחפש לו אלטרנטיבות. דוקטרינת חוזה היחסים הפכה לחלופה לגיטימית. אכן, בית הדין עושה שימוש אלטרנטיבי בדוקטרינת תום הלב ובמודל חוזה היחסים לשם השלמת הלאקונות. לדוגמה: בעניין זלמה⁹⁹ השאלה המרכזית שעמדה להכרעה עסקה בנסיבות סיום עבודתו של התובע: אם פוטר מעבודתו בנתבעת או שמא רק "תימרן" את המעסיקה ואילצה להביאו להפסקת עבודתו. התובע ביקש לעדכן את דמי השתתפות המעסיקה בהוצאות החזקת הרכב כמתבקש מהעלייה במחירי הדלק או בתעריפי הביטוח על סמך סיכום דברים בעל פה בינו לבין הנתבעת בעניין אחזקת רכב. טענתה המרכזית של המעסיקה הייתה כי התובע ביקש לשנות שינוי מהותי את תנאי ההתקשרות שהיו מוסכמים ונהגו בין הצדדים תקופה ממושכת שבה הגיע התובע לאתרי העבודה באמצעות רכבו הפרטי, על חשבונו. בדרישתו לעדכון

98 הפסיקה להלן מדגימה תנועה חדשה בבית המשפט העליון שמביעה חזרה לפרשנות חוזית שבה ראוי לייחד משקל רב יותר למשמעותו הלשונית הרגילה של החוזה על פני פרשנות נוגדת העולה מתוך הנסיבות. עניין לוי, לעיל ה"ש 48; ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (פורסם בנבו, 10.9.2009); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.2009); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו, 12.11.2009); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010); עניין גרוס, לעיל ה"ש 89.

99 אחת ממטרות משפט העבודה המודרני היא מציאת האיזון הראוי בין זכות המעביד לניהול עסקו לבין זכות העובד לעבודתו, ומכאן שאין לומר שאין מעסיק רשאי לפטר עובד כלל אלא סמכותו כפופה לחובתו לקיים את חוזה העבודה בתום לב ולהקפיד כי הליכי הפיטורין ייעשו כדין. עב' (אזורי ת"א) 3919/00 זלמה – מ.ע.ג.ן. יעוץ וניהול נכסים בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2002).

דמי החזקת רכב, טוענת הנתבעת, ביקש התובע להציב בפניה הסכם חדש הכולל מנגנון של עדכון קבוע של דמי אחזקת הרכב שאינו מקובל עליה ו"לתמרנה" להביא להפסקת עבודתו. טענתה של הנתבעת נדחתה, וטענתו של התובע נתקבלה. היעדר סיכום באשר למנגנון עדכון אחזקת הרכב הוגדר בבית הדין כלאקונה ולא כהסדר שלילי על סמך מודל חוזה יחסים בעל תכנים גמישים שאינם ניתנים לתכנון בתקופת ההתקשרות. בד בבד נתמכה השלמתה של הלאקונה באמצעות עקרונות תום הלב בהסתמך על הלכת אפרופים המפורסמת.¹⁰⁰ בתוך כך אף נעשה שימוש במודל חוזה היחסים לשם ביסוס השימוש בעקרון תום הלב.¹⁰¹

העירוב בין דוקטרינת תום הלב לבין דוקטרינת חוזה היחסים עוטף בערפל ובחוסר בהירות את טיבו של הביסוס המשפטי. השימוש בתום לב עשוי גם לבטא פרשנות שיפוטית סובייקטיבית באשר לכוונות הצדדים. פעולה כזו של בית הדין בשלב הראשוני של זיהוי כוונות הצדדים וציפיותיהם עלול להתפרש כפגיעה באובייקטיביות של התהליך השיפוטי. לכן בשלבי איתור ההבנות החוזיות והשלמת חסרים חוזיים השימוש בדוקטרינת חוזה היחסים הוא חלופה מועדפת.

ח. מקורן של נורמות חוזה העבודה כחוזה יחסים – חוזה שליחות, חוזה סימביוטי וחוזה פסיכולוגי

ההכרה בקשר העבודה כחוזה יחסים מעניקה לגיטימציה ליציאת תכנים לא כתובים וכאלה שלא נקבעו מפורשות מראש. למעשה, היא מכשירה מודלים תאורטיים מדיסציפלינות שונות היוצקים תשתית נורמטיבית של כללים מכללא המתווים התנהלות בעולם העבודה. כאן אדבר על שלושה מודלים כאלו: חוזה השליחות, החוזה הסימביוטי והחוזה הפסיכולוגי.

100 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 292–294 (1995).

101 כך נקבע שם: "סבורים אנו כי העקרונות שהתווה בית המשפט העליון שעה שקבע כי ניתן להשלים לקונה שבהסכם באמצעות עקרונות תום הלב ישימים אולי ביתר שאת ביחס לחוזה העבודה וזאת משני טעמים עקריים: א. משום שחוזה העבודה מעצם טיבו הוא חוזה יחס לתקופה ארוכה המעלה את הסבירות לקיומה של לקונה הנובעת מחוסר יכולתם של הצדדים לתכנן את כל הקורות אותם במהלך תקופת ההתקשרות. (ר' לעניין זה [2] ע"ע 300353/97 מדינת ישראל – נהרי פד"ע לה 318 עמ' 324). ב. משום שחובת תום הלב הנדרשת מהצדדים בקיום חוזה עבודה היא חובה מוגברת (ר' [3] מ. גולדברג תום הלב במשפט העבודה ספר בר-ניב 13 (1987))."

1. מודל חוזה השליחות

בעולם האנגלי של אמצע המאה שעברה השוו את דפוס היחסים בין העובדים למעביד ליחסי שליחות.¹⁰² תבנית זו רואה במעסיק שולח אשר כורת את החוזה עם השלוח, העובד, כדי שיבצע תפקידים מסוימים לפי הוראות השולח. מודל כזה מצליח ללכוד מאפיינים מיוחדים של יחסי עבודה אישיים. ראשית, הוא מדגיש את מנגנון הגדרת התפקידים והמשימות, שנמצא בסמכותו הייחודית של המעסיק, ואת מנגנון ההרשאה שבאמצעותו המעסיק נותן הוראות. שנית, הוא מסביר את בעיית ההתנהגות האנוכית של העובד כסימפטום של בעיית הנציג. במרחב העבודה בעיית הנציג משקפת קושי בפיקוח על תפקוד יעיל של עובדים ומעניקה לגיטימציה לפררוגטיבה הניהולית שכוללת זכות פיקוח על העובדים כדי להרתיע מפני התנהגות אנוכית. המודל גם תומך בהחלת נורמת ההתנהגות בתום לב כחלק מחובת העובדים לבצע את תפקידיהם בנאמנות לשם קידום האינטרסים של המעסיק/השולח.

ברם הפגם העיקרי של מודל זה הוא חד־הצדדיות שלו והדאגה לאינטרסים של השולח, קרי המעסיק. אין בו מקום לציפיות הבלתי כתובות של העובד ליחס הוגן כלפיו. הוא מושתת על הנחה של פיקוח ושליטה חד־צדדיים של השולח. בעידן הנוכחי של יחסי עבודה גמישים העובדים מצופים ליצוק תכנים חדשים לתפקידיהם ולהגדיר את אופן ביצועם. העובדים זוכים לאוטונומיה גדולה יותר ולאחריות רחבה יותר שמדמה אותם יותר לשותפים ולא רק שלוחים. המטפורה של שותפות מציעה כחלופה מודל מורכב יותר של יחסי עבודה, אשר מכונה החוזה הסימביוטי.

2. מודל החוזה הסימביוטי¹⁰³

על פי מודל החוזה הסימביוטי, שאותו מתאר קולינס כמודל חדשני, בין המעסיק לעובדיו מתקיימים יחסי שליחות הדדיים. מצד אחד המעסיק הוא השולח אשר נותן הוראות לעובד, השלוח. אולם בד בבד גם העובדים הופכים לשולחים והמעסיק פועל כשלוחם. לדוגמה, הדרישה לגלות מידע ולהיוועץ בעובדים בעת שינויים מבניים¹⁰⁴ מלמדת כי המעסיק חב

102 Collins, לעיל ה"ש 10 ; SIMON DEAKIN & GILLIAN MORRIS, LABOUR LAW 240 (4th ed. ; 2005).

103 Collins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 146.

104 על חובת המעסיק בעניין שינויים מבניים ראו לדוגמה עניין מכתשים, לעיל ה"ש 87, שם אמרה השופטת ורדה וירט־ליבנה כדלקמן: "הנני מייחסת חשיבות רבה ביותר לחובת שיתוף הפעולה שבין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים ואף סבורה אני כי מוטלת על המעסיק חובה מוגברת לשתף את ארגון העובדים בכל שינוי שהוא מתכוון לעשות במבנה החברה או במניותיו בזמן הנכון ולא בדיעבד. ובכך הנני מצטרפת בהחלט לדבריו של חברי הנשיא בכל

חובת הגינות ונאמנות שאופיינית לשלוחים. בהקשר של שינויים מבניים אפשר לראות במעסיק נציגם שאמור לדאוג לעתידם לאחר שימכור את חלקו או ייעלם מן הארגון בדרך אחרת, למשל במיזוג. גם הסדרי חלוקת בונוסים הקשורים לביצועים משקפים מערכת יחסים הדדית של תגמול תמורת מאמץ. השולח הוא בדרך כלל הבעלים השירי של יתרת הרווח אחרי תשלום ההוצאות כולל התמורה לשלוח. באמצעות מבנה שליחות הדדי של יחסים כלכליים שני השולחים – המעסיק והעובד – מצפים להפוך לבעלים השירי, ובהכרח גם לתובעים השיריים בעלי הסיכוי לזכות ביתרת הרווחים לאחר תשלום ההוצאות. לפיכך יש ליצור במקום העבודה הסדרי רווח הדומים לשותפות. לכן המודל הסימביוטי של חוזה העבודה הגמיש אמור להתוות את הדרך שבה מעסיק יהיה חייב לפעול בד בבד עם מקסום הרווח השירי שלו כשולח וגם לשם שיפור אפשרויות ההעסקה שלו (employability) והונו האנושי כשולח. יתרונו של מודל החוזה הסימביוטי תלוי בדינמיקה הזו שעל פיה העובד מקדם באופן גיטימי את האינטרס האישי שלו כשולח אך בד בבד גם מסייע כשולח להשאת ערכו של המוצר המיוצר או השירות המוענק.

מודל החוזה הסימביוטי יכול לסייע בהספקת מתווה להתחייבויות מעסיק הפועל כשולח בשביל העובד שלו. כך לדוגמה האמנה האירופית, המחייבת מסירת מידע והיוועצות בעובדים לא רק בהקשר של תנאי עבודה אלא גם כאשר לתכניות העתידיות של הפירמה.¹⁰⁵ חובה זו מדגישה את תפיסת האיחוד האירופי באשר לקשר ההדדי שבין העובדים למעסיק והקשרים של שניהם אל המפעל. דוגמה אחרת היא השימוש בדפוס יחסי נציגות/שליחות

הקשור להיקף חובת ההיוועצות במקרה של שינוי מבנה החברה. אלא מאי? שבנסיבות שבפנינו המעסיק מודה שהוא חב בחובת ההיוועצות ואף התחייב על כך במפורש בהסכם הקיבוצי. באותו עניין מרחיב הנשיא אדלר מאוד את הכוח המאזן של חובות ההיוועצות של המעסיק ואומר: "אוסף, כי לטעמי יתכנו נסיבות בהן הפרת חובת הגילוי והפרת חובת ההיוועצות על ידי המעסיק יהיו משמעותיות או חמורות, באופן שיקנה לארגון העובדים זכות להשתחרר מהתחייבויותיו לשקט תעשייתי בהסכם הקיבוצי, או חלקן. זאת מן הטעם, שהפרת חובות הגילוי וההיוועצות או הפרת חובת ניהול משא ומתן (בשלב בו קיימת חובה כזו כפי שנבאר) מהווה הפרה יסודית וחמורה של החובות המוטלות על הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים. יש ליתן את הדעת לכך, ששינויים מבניים בחברה בכלל, ומכירת השליטה בחברה בפרט, הם דרך כלל בעלי השפעה ניכרת על זכויות העובדים. בנסיבות אלה, הפרה של חובת ההיוועצות או חובת המשא ומתן מעמידה בסיכון את כלל זכויות העובדים הקבועות בהסכם הקיבוצי, ומצדיקה שחרור של ארגון העובדים מהתחייבותו לשקט תעשייתי על מנת לאפשר לו להגן על זכויות העובדים, ולדרוש את קיומם של ההליכים הקיבוציים הנדרשים".

105 Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the Approximation of the Laws of the Member States relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfer of Undertakings, Businesses or Parts of undertakings or Businesses OJ L 82, EC Directive 2002/14 General Framework for Informing and Consulting Emgplyees, 22.3.2001, p. 16.

לשם הדגשת מחויבות המעסיק לפעול לטובת מיטב האינטרסים של העובדים. אחד מרכיביה החשובים של מחויבות כזו הוא שיפור ההון האנושי של העובדים על ידי ארגון השתלמות מקצועית ושמירה על המוניטין של המפעל. באנגליה הועלתה סוגיה זו בהקשר של התמוטטות בנק בגלל שחיתות.¹⁰⁶ העובדים שאיבדו את מקום עבודתם בעקבות זאת הגישו תביעה שבה טענו כי לא יכלו להשיג עבודה אחרת בעקבות פרשת השחיתות שדבקה בהם אף על פי שהם עצמם לא חטאו. התביעה התקבלה עקרונית, למרות הקושי האובייקטיבי שלהם להוכיח את הקשר הסיבתי בין השחיתות לקשייהם להיקלט אצל מעסיקים חדשים. התפתחות פסיקתית כזו, המכירה בהתחייבותו של המעסיק שלא לפגוע באפשרויות ההעסקה של העובדים, נכללת במסגרת הציפיות הסבירות מכללא של יחסי עבודה גמישים. לכן יתרונו של המודל הזה הוא בתיאור ממדי הציפיות מכללא ביחסי עבודה גמישים ובהבהרת המשמעות הפוטנציאלית שלהם ביחסים כלכליים.

3. החוזה הפסיכולוגי

מודל החוזה הפסיכולוגי פותח בספרות הארגונית על ידי ארגריס בשנות השישים של המאה העשרים.¹⁰⁷ תבנית זו שייעה ליצוק תוכן מפורש להבנה ההדדית הסמויה שקיימת בין מנהלים לעובדיהם. מודל זה פותח על ידי רוֹסוֹ, שטענה כי חוזה פסיכולוגי הוא אמונותיו של הפרט באשר להתחייבויות ההדדיות שלו ושל המעסיק.¹⁰⁸ כך הודגש ההיבט הסובייקטיבי של כל צד לחוזה והוענקה לגיטימציה לאמונות אלו. כיאה למודל שפותח בדיסציפלינה ארגונית של משאבי אנוש הוא מדגיש את האמונות המרומזות – ואף הבלתי מודעות – של הצדדים לחוזה שנשענות על קשרים אישיים ועל רמזים שנקלטו בסביבת העבודה, כמו גם על התנהגות עבר שיצרה מערכת ציפיות עתידית. לדוגמה, נטען במסגרת מודל זה כי אספקת הדרכה והשתלמות מקצועית לעובדים יוצרת ציפייה להתמדה בהענקת זכות כזו. לכן החוזה הפסיכולוגי מושתת על הבטחות כפי שהפרט קלט באורח סובייקטיבי. כפי שכותבת סטון, מודל החוזה הפסיכולוגי מתייחס לאמונותיו של הפרט באשר לתנאי

Mahmoud v. Bank of Credit and Commerce International S.A. [1998] AC 20, HL; Bank of Credit and Commerce International SA v. Ali [1999] IRLR 508, ChD; ראו דיון על כך אצל Collins, לעיל ה"ש 10.

CHIRS ARGYRIS, UNDERSTANDING ORGANIZATIONAL BEHAVIOUR (1960) 107

Denise M. Rousseau, *Psychological and Implied Contracts in Organizations*, 2 EMPLOYEE RESPONSIBILITIES & RIGHTS J. 121 (1989); Denise M. Rousseau, *New Hire Perceptions of Their Own and Their Employer's Obligations: A Study and Psychological Contract*, 11 J. ORGANIZATIONAL BEHAVIOUR 389 (1990); DENISE M. ROUSSEAU, PSYCHOLOGICAL CONTRACTS IN ORGANIZATION: UNDERSTANDING WRITTEN AND UNWRITTEN AGREEMENT (1995).

חוזה העסקתו.¹⁰⁹ זהו מושג סובייקטיבי, אשר מציג את אמונותיהם והשקפותיהם של העובדים ושל המעסיק באשר לתנאי ההעסקה וליחסי העבודה. הוא יכול לכלול השקפות או דעות בנוגע לדרישות ביצוע, ביטחון תעסוקתי, השתלמות מקצועית, פיצויים וסוגיות של ניהול קריירה. למעשה אין צורך בהסכמה מפורשת בין הצדדים כדי שהחוזה יתקיים מאחר שהוא ממוין כאמונתו של העובד כפי שבאה לידי ביטוי בהשקפתו האישית ובאינטראקציה שבינו לבין מנהלים בארגון.

מודל החוזה הפסיכולוגי פותח בכתיבה של ההתנהגות הארגונית כתבנית שנעה על רצף שבין חוזה יחסים לבין חוזה עסקאות בדיד. החוזה הפסיכולוגי המושתת על יחסים כולל רכיבים מקניליאניים של פתיחות, שיתוף, אמון ותמיכה. מערכת התגמולים ההדדית בחוזה כאלו אינה כספית בעיקרה וכוללת הזדמנויות לפיתוח, יצירת מסלול קריירה והעסקה ארוכת טווח בתמורה לעבודה קשה, השקעה אישית, מסירות, נאמנות. זאת לעומת חוזה בדיד, המאופיין במערכת פורמלית קשוחה שמגדירה מחויבויות מפורטות והמבוססת על תמריצים כלכליים. ההבדל המהותי בין שני סוגיו של החוזה הפסיכולוגי הוא בשלב ההפרה. תחושת האכזבה מההפרה אצל הצדדים לחוזה הפסיכולוגי קשה בהרבה מזו של הצדדים לחוזה בדיד וכרוכה בהתפכחות כואבת שעלולה להשליך באופן בלתי הפיך על הקשרים עצמם. היא כוללת שיקולים מן הסוג של "מה קיבלתי" לעומת "מה הובטח לי" שגוררים תחושות כעס, תסכול וזעם. אלה עלולים להסתיים בנטישת הארגון או בהקטנה משמעותית של רמת המחויבות כלפיו.¹¹⁰

סטון, שעסקה בתכנון המשפטיים של החוזה הפסיכולוגי, כותבת כי מודל החוזה הפסיכולוגי מושתת על תפיסת העובדים את מערכת יחסי העבודה כמסגרת של מחויבות הדדית.¹¹¹ חלק מן ההתחייבויות כתובות בצורה פורמלית, אך רובן אינן מפורשות אלא מובנות מכללא, מאחר שנקבעו בחשאיות או נדונות באופן שוטף. אף על פי שהחוזה הפסיכולוגי כולל יסודות של חוזה מכללא, אפשר להבחין ולומר כי המונח "חוזה פסיכולוגי" מתאר את האמונות הסובייקטיביות של העובדת על תנאי יחסי העבודה, ואילו המונח "חוזה מכללא" מתאר את הערכתו של צד שלישי באשר לתנאי העבודה הללו.¹¹² עם זאת, כפי שכותבת סטון, שני המונחים יכולים להתייחס לאותו מבנה הסכמי משתי פרספקטיבות שונות: הפסיכולוגית והמשפטית. ההיבט הפסיכולוגי מדגיש את אמונתה של העובדת ומבחין בינו לבין ציפיות אשר משקפות את תקוותיה של העובדת אך לא את אמונותיה בקיומה של התחייבות הדדית. כאשר הציפיות אינן מוגשמות העובדת מתאכזבת.

109 Stone, *The New Psychological Contract*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 549.

110 לדוגמה: J. Coyle-Shapiro, *The Psychological Contract Perspective on Organizational Citizenship Behaviour*, 23 J. ORGANIZATIONAL BEHAVIOUR 927 (2002).

111 Stone, *The New Psychological Contract*, לעיל ה"ש 61.

112 שם, בעמ' 550.

כאשר מופר החוזה הפסיכולוגי הכולל את אמונותיה של העובדת היא מרגישה שנגרם לה עוול.¹¹³

ההיבט המשפטי המוגדר כ"חוזה מכללא" כולל פירוט התכנים הבלתי כתובים המהווים את החוזה הפסיכולוגי. ההבדל ביניהם הוא ברמה הסובייקטיבית של העובדת, אך יש לו השפעה מכרעת על ההתייחסות השיפוטית: פגיעה בחוזה הפסיכולוגי משליכה על תחושותיה של העובדת, ולעומת זאת הפרה של החוזה מכללא היא כבר בעלת נפקודות משפטיות. פגיעה בחוזה הפסיכולוגי היא שתוביל להפרה של החוזה מכללא. לכן חשיבותו של החוזה הפסיכולוגי לאנשי מדעי ההתנהגות הארגונית נעוצה בתובנה כי הצדדים הביאו אל מקום העבודה ציפיות של התחייבויות הדדיות, והפרתן גוררת תחושה אינטנסיבית של חוסר הצדק אם ציפיות אלו מתבררות. לכן, לדוגמה, אף על פי שעובד יודע שאפשר לפטרו בכל עת ולמרות הלגיטימציה הפורמלית לכך, הוא עדיין מאמין שאין זה הוגן, ואפילו בלתי חוקי, לפטרו מבלי סיבה מספקת. עובדים כאלו הם בעלי חוזה פסיכולוגי לביטחון תעסוקתי. כאן מתחילה חשיבותו המשפטית. יש בו כדי להשפיע על הדיון המשפטי ולהמיר את כללי הפיטורין בכל עת בכללים מגוונים שיש בהם לפרוס חסות על עובדים שהיו להם סיבות להאמין כי המשרה שלהם מובטחת.¹¹⁴

מודל החוזה הפסיכולוגי מתאים לשמש תשתית נורמטיבית לפיתוחו של מנגנון ההתמודדות עם אופורטוניזם יחסיים. בירד כותב, כאמור לעיל, כי אופורטוניזם כזה מתקיים כאשר צד מפר את ההסדרים מכללא הללו.¹¹⁵ לכן אם באמצעות הבטחות מכללא של קידום בעבודה ומתן בונוס המעסיק יוצר אצל העובד תמריץ להגדיל את משיכת הלקוחות אך ממאן לשלמו כאשר מתקבלות התוצאות החיוביות בנימוק שהתמריץ המובטח לא התייחס ל"עסקאות מסוג זה", התנהגותו תוגדר אופורטוניזם של יחסים. צעד אינטרסנטי כזה עומד בניגוד ל"הבנות" שבין הצדדים באשר להגיונות והוגנות במקום העבודה. הבנות אלו הן חלק מהחוזה הפסיכולוגי שבין העובד למעסיק שחל במסגרת חוזה יחסים. בירד כותב כי יש לשרש אופורטוניזם של יחסים, שאם לא כן התרעומת שיחוש העובד עלולה להיות בלתי הפיכה.¹¹⁶

Sandra L. Robinson & Denise M. Rousseau, *Violating the Psychological Contract: Not the Exception But the Norm*, 15 J. ORGANIZATIONAL BEHAVIOUR 245, 247 (1994) 113

Stone, *The New Psychological Contract*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 554. 114

Bird, לעיל ה"ש 59. 115

בארץ תביעתם של עובדי אי. סי. איי היא דוגמה נוספת לטיעון בעניין הפרתו של החוזה הפסיכולוגי המבוסס על יחסים. במהלך רה-ארגון של חברת אי.סי.איי. טענו תובעים אחדים כי מנכ"ל החברה הבטיח להם כי יקבלו פיצויי פיטורין מוגדלים. עניין זיידמן, לעיל ה"ש 68. בפועל העובדים לא הצליחו להוכיח את הבטחתו של מנכ"ל החברה, ובעניין זיידמן המצוטט כאן אמרה השופטת רות כי "אין זה סביר כי התחייבות המיוחסת למר רובנר תינתן בעל פה 116

לסיכום, בשני המודלים – של החוזה הסימביוטי והחוזה הפסיכולוגי – יש לסייע לעבודתו של בית הדין בעיצוב מערכת האמונות של הצדדים ובהגדרת ההבנות הבלתי כתובות ביניהם. קידום האינטרס הפרטי של המעסיק לעולם יצטרך להתאים עצמו לעקרונות האמוניים והשתפניים של יחסים שנוצרו עם העובדים. מעסיקים ייתפסו כמפרים את החוזה אם יתייחסו לעובדים באופן הנוגד את נורמות היחסים המבוססות במקום העבודה. אף על פי שתוכנו של חוזה היחסים השתנה ואמונותיהם של העובדים אינן כוללות עוד ביטחון תעסוקתי אלא ביטחון העסקתי, עדיין נותרה בתוקף המסגרת של ציפייה לאמון, הגינות ושפתנות הדדית.¹¹⁷

ט. השימושים בפסיקה הישראלית בתאוריית חוזה היחסים

מאז הכנסתו של שיח חוזה היחסים בעניין נהרי אפשר לזהות בפסיקה כמה מסלולי יישום של מודל זה: הטלת נורמות אמוניות על עובדים, הטלת חובות התנהלות אמוניות על רשויות ציבוריות כמעסיקות והטלת חובות על מעסיק בקשריו עם ארגון עובדים.

ובלא שתועלה על הכתב וזאת, נוכח המשמעויות הכספיות העצומות של התחייבות זו ונוכח המסקנה העולה מן הראיות ביחס לנוהג שרווח בנתבעת לעגן את תנאי ההעסקה של העובדים במסמכים". אולם הטיעון לא נדחה עקרונית, והדגש בדחייתו כאן הושם בדיסוננס שבין ההשלכות הכספיות לבין היעדר כתב.

117 סטון מצטטת מקבנוף ונו שאומרים כי לאחרונה הספרות האקדמית והמעשית טענו כי החוזה הפסיכולוגי בארצות הברית עבר שינוי. על פי החוזה הפסיכולוגי הישן המעסיק הוא שדאג לעובד. עובדים טובים קיבלו ביטחון תעסוקתי עד הפנסייה. המעסיק דאג לפיתוח קריירה ולקידום, והעובדים בתמורה היו נאמנים ומחויבים לתפקיד ולארגון. על פי החוזה הפסיכולוגי החדש, הן העובדים והן המעסיקים הם בעלי ציפיות נמוכות יותר להעסקה ארוכת טווח, עובדים אחראים לפיתוח הקריירות שלהם, ומחויבות לעבודה תפסה מקומה של מחויבות לתפקיד ולארגון. Marcie A. Cavanaugh & Raymond A. Noe, *Antecedents and Consequences of Relational Components of the New Psychological Contract*, 20 J. ORGANIZATIONAL BEHAVIOR 323, 324 (1999).

למעשה, רוסו וטשוריוואלה מדווחים כי עובדים אינם משערים עוד כי חוזה ההעסקה מציע ביטחון תעסוקתי והזדמנויות לקידום אצל אותו מעסיק, אלא מעריכים כי הוא מציע הזדמנויות העסקה אצל מעסיקים אחרים ושויקות בשוקי העבודה החיצוניים. גם מלומדים אחרים דיווחו על שינויים במונחים של החוזה הפסיכולוגי הן מהיבט המעסיקים והן מהיבט העובדים. Denise M. Rousseau & Snehal A. Tijoriwala, *Assessing Psychological Contracts: Issues, Alternatives and Measures*, 19 J. ORGANIZATIONAL BEHAVIOUR 679, 679–680 (1998).

1. דוקטרינת חוזה היחסים כמקור להטלת נורמות של התנהגות אמונית על עובדים

בדיקת הפסיקה מלמדת כי כל אימת שהפסיקה חפצה להצדיק הטלת סנקציות על עובד, היא נדרשה למודל חוזה היחסים כתשתית נורמטיבית לעיצוב חובות האמונים החלות על העובד. התהליך השיפוטי שבמסגרתו נדרש בית הדין להטיל סנקציות כספיות על עובד בגין התנהלות בעייתית עלול להתפס כ"לעומתי" על רקע ההנחה הבסיסית כי עובדים נחותים ביחס למעסיקהם. לכן הטלת חובת פיצויים על עובד בעקבות ממצא של הפרת חובת אמונים מצדו היא תהליך סבוך שנדרש לתמיכה נורמטיבית רחבה. הפסיקה בבתי הדין לעבודה שבה ועושה שימוש רחב בדוקטרינת חוזה היחסים כדי לבסס הענשת העובדים. כדוגמה אשתמש שוב בעניין פנחס חוזה,¹¹⁸ שבו כאמור נדונה סוגיה של הפרת חוזה העסקה שכלל תניות של שמירת סודיות ושל אי־תחרות והגבלת עיסוק מצדו של עובד. אזכיר שוב כי העובדים הועסקו כמשווקי פוליסות ומספקי שירות ללקוחות בסוכנות התובעת. נחתם עמם הסכם העסקה שכלל תניות גורפות של איסור תחרות והגבלת עיסוק. הם זכו להכשרה מיוחדת של קורס לביטוח חיים ובריאות שהעניק להם רקע הולם לשם מילוי תפקידם. לאחר שעבדו כמעט שנתיים, פרשו כמה עובדים מהחברה בעת ובעונה אחת, הקימו עסק מתחרה ואף השתמשו ברשימת הלקוחות של הסוכנות. הסוכנות הגישה תביעה על הפרת תניות חוזיות של שמירת סודיות ואי־תחרות. לצורך ההחלטה המורכבת משתי תוצאות נעשה בבית הדין שימוש בשני מסלולים דוקטרינריים: מסלול חוזי־פורמלי־קלאסי ומסלול של חוזה יחסים.

במסגרת המסלול החוזי־קלאסי דחה בית הדין את התביעה על הפרת חוזה בנימוק פורמלי של ניסוח גורף של תניות אי־תחרות הנוגד את חופש העיסוק והיעדר הוכחות לגזל מסחרי. לעומת זאת במסגרת הלבר־חוזית בית הדין מחליט כי יש בהתנהגות הנתבעים הפרה של חובת האמון המוגברת החלה ביחסי עובד־מעביד, בנצלם את קשריהם עם כמה לקוחות של הסוכנות כדי לצאת לדרך עצמאית, חדשה ומתחרה. הבחירה במסלול האלטרנטיבי מלמדת כי בית הדין מוטרד מהתנהלותם של העובדים הנתבעים אשר עברו לעבוד סמוך לאחר התפטרותם מסוכנות הביטוח שבה עבדו לסוכנות ביטוח מתחרה. לכן אף על פי שהחוק החרות – חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999¹¹⁹ – איננו מאפשר מציאת פגם של גזל של רשימת לקוחות שמוגדר בחוק, מזהה בית הדין בעיה של "ניוד לקוחות". משמעותה – פנייה ללקוחות ממשיים של סוכנות הביטוח המעסיקה והעברת הפוליסות הקיימות של הלקוחות מהסוכנות התובעת אל העסק המתחרה שאליו עברו

118 עניין פנחס חוזה, לעיל ה"ש 80.
119 חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999.

העובדים. מאחר שסוגיית רשימת הלקוחות, קיומה והפרתה לא הוכחה באופן ברור וודאי, התקשה בית הדין לפסוק פיצויים על הפרה זו. לעומת זאת הייתה הוכחה של שידול לקוחות לעבור לעסקם העתידי של העובדים העוזבים, והיא כבר הוגדרה בזמנו על ידי בג"ץ הפרת חובת אמון החלה על העובד.¹²⁰ בסופו של דבר, לאחר שהבקשה לפיצוי במסלול החוזי המוסכם נדחתה, פנה בית הדין למסלול חוזה היחסים. במסגרתו הוא זיהה הפרה של חובת תום הלב וחובת האמון, הנובעות מאופיו של קשר העבודה כחוזה של יחסים המבוסס על הדדיות, שתפנות והגינות, ועל סמך אלה זכתה הסוכנות לפיצוי. נקבע כי חובות ההגינות ותום הלב, המהוות את התשתית ליחסי עבודה תקינים, וחובתם ההדדית של הצדדים שלא להימצא בניגוד עניינים¹²¹ מורות לעובדים פורשים להימנע משימוש בקשרים שרכשו בעבודתם אם יש בכך כדי לגרוע לקוחות מן המעסיק הקודם.

בית הדין בוחר להסתמך על התשתית החוזית כתבנית משפטית הכוללת עם יסודותיה הטבעיים התנהגות בתום לב והתנהלות אמונית. אלו חלק אינטרגלי ממערכת הקשרים ההדדית של חוזה היחסים. הוא כולל גם איסור אינהרנטי על עובד לנצל את הידע המסחרי שרכש אצל מעסיקו כדי להקים בית עסק מתחרה, שאז מדובר בנסיבות מחמירות יותר. פסק דין זה הוא אחד מפסקי דין המסמנים מגמה גוברת של השתת פיצויים גבוהים על עובדים בגין הפרת חובת האמון.¹²² זו מוטלת על העובדים בהסתמך על מודל חוזה היחסים. בעניין יחזקאל נ' ס. כחילה בע"מ¹²³ נדון שוב עניין של גזילת סודות מסחריים, ובו בא לידי ביטוי בולט האיזון שבין החובות המוטלות על שני הצדדים לקשר העבודה: יוזמי התביעה המקוריים היו עובדים שטענו כי פוטרו ללא פיצויים וזכויות סוציאליות, ולעומת זאת החברה המעסיקה הגישה תביעה שכנגד ובה טענה להפרת חוזה העבודה עמה, הפרת חובות אמונים ותום לב נגדה וגזילת לקוחות. בסופו של דבר זכתה החברה המעסיקה לפיצוי גדול בהרבה מזה שזכו בו העובדים, ונפסקו לה פיצויים ללא הוכחת נזק על סמך חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999.

נטייתו של בית הדין לעבודה להגביר את השימוש בתבנית חוזה היחסים כמודל מועדף מצביעה על הפנמתו של מודל החוזה הסימביוטי אל תוך הפסיקה. ההנחה היא של קיום יחסי שליחות הדדיים בין העובדים למעסיקים, ואלה מייצרים חובות אמונים הדדיות.

120 ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421 (1997).

121 עניין ליפשיץ, לעיל ה"ש 71.

122 ראו גם: עב' (אזורי ת"א) 9563/00 ג'אבר – פרת (פורסם בנבו, 3.9.2006); עב' (אזורי ת"א)

7478/03 יפלא – ש.ח.מ. ניקוי חלונות וסוככים בע"מ (פורסם בנבו, 6.8.2006).

123 עב' (אזורי ת"א) 10908/04 יחזקאל – ס. כחילה בע"מ (פורסם בנבו, 16.8.2009).

2. תחולת ערכי חוזה היחסים על מערכת היחסים שבין מעסיקה ציבורית לעובדיה

מסלול אחר שבו נעשה שימוש בחוזה יחסים הוא במערכת היחסים בין עובד במגזר הציבורי למעסיקתו. הנורמות המצופות ממעסיק ציבורי כוללות גם התנהגות אמונית והתנהלות כדין בהגינות ובתום לב. לכן כאשר עירייה התכחשה להתחייבותה הכתובה להשוות תנאיו של התובע לאלו של עובד אחר שלה, נקבע כי עליה לעמוד בה. הנימוק המרכזי היה מערכת חוזה היחסים שבין העובד למעסיקתו, שמתאפיינת בקרבה גדולה בין הצדדים, התמשכות היחסים תקופה ארוכה וקיומו של חוסר איזון כוחות בין העובד למעביד. כל אלו מטילים על הצדדים חובות תום לב והגינות. לנוכח אלו נקבע כי העירייה אינה יכולה לחמוק מהתחייבותה.¹²⁴

כך אירע גם כאשר רשות הדואר פיטרה עובדים לפני סיום מועדו הקצוב של חוזה העבודה.¹²⁵ בבית הדין נבדקה תקפותה של הפעולה במסגרת של המשפט הציבורי ושל דיני העבודה. במסלול דיני העבודה שימשה תבנית חוזה היחסים והנורמות שהיא מביאה עמה כלי הבדיקה. השופט לובוצקי נעזר בה כדי לקבוע כי בכואו לבחון את תקינות התנהלותה של הרשות בעניין פיטורי עובדים לפני תום התקופה, הוא עושה כן מבעד לפריזמה של דרישה מוגברת ומחמירה להתנהלות כדין, בהגינות ובתום לב. נורמות אלו נסמכות הן על המסלול המנהלי והן על מסלול דיני העבודה, ומהן נצמחו החובות שהוטלו על הרשות כמעסיקה ציבורית, שהחליטה לסיים את כהונתם של עובדים בכירים בטרם מיצה חוזה העסקתם את תקופת חייו הקצובה.

3. מינוף ערכי חוזה היחסים לעבר יחסי מעסיק וארגון עובדים

בית הדין משתמש בתאוריית חוזה היחסים גם לשם הטלת חובות על המעביד הנוגעות לארגון העובדים. בעניין הסתדרות המעו"ף נ' עיריית רמלה¹²⁶ החליטה העירייה לגייס הון לתקופה ממושכת כדי להתמודד עם קשייה הכלכליים. היא התכוונה להנפיק איגרות חוב למשקיעים מוסדיים ולשעבד לשם כך את תקבולי הארנונה שלה. ארגון העובדים הגיש בקשת צד בסכסוך קיבוצי, שבה התבקש בית הדין להורות לעירייה לגלות לנציגות העובדים את כל המידע הרלוונטי בתכנית ההנפקה באשר ל"מצבה של העירייה ומצב העובדים וזכויותיהם", וכן לעצור את הליך ההנפקה "עד להבטחת תשלום זכויות העובדים ושכרם

124 עב' (אזורי י-ם) 1897/05 מוטהדה – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 7.1.2008).

125 עב' (אזורי ת"א) 5067/03 קלפנר – רשות הדואר (פורסם בנבו, 28.3.2007).

126 עס"ק (ארצי) 85/05 הסתדרות המעו"ף – עיריית רמלה (פורסם בנבו, 17.11.2005).

והבטחת יציבות תוכנית ההבראה". בית הדין אמנם לא עיכב את ההנפקה, אולם החליט להטיל עליה חובה ליידע את ארגון העובדים ולהיוועץ עמו בנושאים הנוגעים לתנאי העבודה בהיות עיריית רמלה מקום עבודה מאורגן. את התימוכין לכך הוא מצא גם בתשתית חוזה היחסים שבין העירייה לעובדים, שמטילה עליה חובות גילוי. כך אירע גם בעניין ההסתדרות הכללית החדשה – האגף לאיגוד מקצועי נ' אוניברסיטת תל-אביב,¹²⁷ שבו נדרשו עובדים להיבחן במבחני התאמה חיצוניים כחלק מהליך הגשת מועמדות למכרז פנימי לתפקיד באוניברסיטה. בית הדין דחה את התנגדות ארגון העובדים לדרישתה זו של האוניברסיטה ועיגן החלטתו בפררוגטיבה הניהולית שלה. אולם בד בבד הוא יצר מנגנון איזון של יידוע מוקדם. לאמור, על הנהלת האוניברסיטה הוטלה החובה למסור לנציגות העובדים טיוטה של הכללים המעודכנים בטרם הפצתם וליתן לנציגות הזדמנות הוגנת להשמיע את עמדתה בעניין. את חובתה זו של האוניברסיטה הוא עיגן בכמה עקרונות שאביאם כאן לפי סדר אזכורם: [א] ההידברות ככלי לניהול יחסי עבודה וישוב סכסוכים; [ב] קיומו של חוזה יחס בין הצדדים, היינו קיומם של יחסי עבודה מאורגנים מתמשכים; [ג] מעמדם של העובדים כבעלי עניין במקום עבודתם (stakeholders); [ד] חובת תום הלב המוטלת על הצדדים.

רשימה זו מורכבת למעשה משני סוגי מקורות בעלי עצמה נורמטיבית שונה: האחד – מקור נורמטיבי בעל תוכן מסודר: חוזה יחסים. ממנו גם נובע מעמדם של העובדים כבעלי עניין במקום עבודתם. מעמד זה משקף גם את מודל החוזה הסימביוטי, המייחס יחסי שליחות הדדיים לעובדים ולמעסיק. השני – ערכים אמוניים מקובלים ביחסי עבודה מאורגנים דוגמת הידברות ותום לב. הערכים האמוניים נובעים מתוך המקור הנורמטיבי המסודר, אך עצמתם אחרת ותקפותם שונה מאחר שאינם המקור עצמו אלא תוצאתו. לסיכום, מכל אלו עולה כי השימוש בדוקטרינת חוזה היחסים נקלט בפסיקת בתי הדין לעבודה בנושאים שונים. אולם הוא טרם זכה למקומו הראוי. השימוש בו עדיין אינו ייחודי, ותמיד מצטרפת אליו דוקטרינת תום הלב כמעין כלי חיזוק ותמיכה.

י. סיכומי דברים

דוקטרינת חוזה היחסים, שהתאזרחה בעולם העבודה באמצעותה של השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין, היא כלי הולם ויעיל לעיצוב כללי התנהלות במסגרת יחסי העבודה. התאמתו לתחום יחסי העבודה מושתתת על מקורו החוזי המסודר. שורשים אלו מעניקים

127 עס"ק (ארצי) 8/99 ההסתדרות הכללית החדשה – האגף לאיגוד מקצועי – אוניברסיטת תל-אביב, פד"ע לט 791 (2004).

לגיטימציה לפנות לקודקס דיני החוזים הן לשם הדרכה והן לצורך תרופות.¹²⁸ יעילותה נסמכת על קבוצת הערכים המקניליאניים, שכבר הפכו חלק מ"ערכת חוזה היחסים האחד" שמשמשת את הפסיקה לפתרון הסכסוך. כפי שהראיתי, הפנייה למודל חוזה היחסים שהותוותה על ידי אליקה ברק־אוסוסקין בעניין נהרי כבר הפכה לדפוס "עבודה" קבוע במלאכת השיפוט של בתי הדין לעבודה. השימוש הגובר במודל זה עומד בניגוד לביקורת שהוטחה בו. קבוצה אחת של מבקרים שייכת לזרם ה"מוסדי" של דיני החוזים שרואים בו חלק מאקטיביזם שיפוטי מוגזם.¹²⁹ קבוצה אחרת מטילה ספק בהלימותו לספק תשתית נורמטיבית לתמיכה בתהליך השיפוטי.¹³⁰ חששות אלו אינם ישימים בבתי הדין לעבודה. בתי הדין לעבודה מגדירים עצמם בעלי תפקיד אקטיבי לשמור על איזון הכוחות בין הצדדים לקשר העבודה.¹³¹ משימה זו כרוכה גם באקטיביזם שיפוטי, שהוא חלק מעבודתה של מערכת בתי הדין לעבודה.¹³² סגל וליטור כותבים כי בית הדין הארצי קיבל על עצמו את התפקיד האקטיביסטי של הגנה על העובד החלש כדי להעניק זכויות לשכבת עובדים חדשה שהתגבשה במציאות ההעסקה בעידן המודרני. אכן, נוכח הפערים שבכוח המיקוח בין המעביד לעובד קיימת הצדקה להתערבות שיפוטית פעילה, ולכן דוקטרינת חוזה היחסים אינה אמורה להפר את ציפיות הצדדים אלא דווקא להגשימן. מציאות כזו שונה מזו המתוארת בזרם הביקורת על בתי המשפט הכלליים, שעל פיו שופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע כהלכה את תוכניהם של חוזים באופן הקשרי. מערכת בתי הדין לעבודה הוקמה כערכאה מקצועית בעלת תפקיד משפטי ופוליטי.¹³³ המתוב בבתי הדין הוא בעל הרכב מעורב, שכולל שופט מקצועי ונציגי ציבור, ולכן האזנה ל"רחשי" השטח ולקולו הם חלק מהעבודה השיפוטית השוטפת. לפיכך יישומו של מודל חוזה היחסים הולך והופך טכניקה מקובלת בתהליך השיפוטי.

- 128 על תרופות ההולמות את חוזה היחסים ראו לדוגמה: Yehuda Adar & Moshe Gelbard, *The Role of Remedies in the Relational Theory of Contract – A Preliminary Inquiry*, weblaw.haifa.ac.il/he/Events/eveFile/ADARGELBAR.pdf
- 129 ראו מאוטנר, התערבות שיפוטית בחוזה, לעיל ה"ש 22.
- 130 ראו לדוגמה Mitchell, לעיל ה"ש 44.
- 131 עניין מוטהדה, לעיל ה"ש 124.
- 132 ראו לדוגמה השופט אדלר בע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625, 645 (2001).
- 133 ראו לדוגמה אסיסקוביץ, לעיל ה"ש 19.

היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

מאת

חיים ברנזון*

הקדמה לכבוד השופט אלישבע ברק אוסוקין. א. ההרחבה ההלכתית של חובת השימוע המנהלי במשפט העבודה במגזר הפרטי. ב. חובת השימוע וההשמעה המנהלית בחוק יסודות התקציב. ג. חריגים לחובת השימוע. ד. שלושת השלבים של הליך השימוע המנהלי – חובות המעביד וזכויות העובד. ה. המקורות הנורמטיביים המבטיחים לכל עובד הליך שימוע מנהלי הוגן ושקוף. ו. החובות הנוהליות העיקריות הנגזרות מחובת השימוע המנהלי. ז. היקף חובת ההשמעה והשימוע כחובות יסוד יחסיות בהליך מנהלי. ח. שימוע כהליך מנהלי פנימי במקום העבודה שונה משימוע בהליך משפטי. ט. כללים מחייבים בנהלי השימוע המנהלי החלים על כלל העובדים בישראל. י. תמצית הכללים המחייבים בקיום חובת ההשמעה הסופית בהחלטת השימוע. יא. משפט הליכי השימוע המנהלי במגזר הפרטי ובמגזר הציבורי. יב. פירוט חובת ההשמעה הראשונית וגבולותיה בנהלי השימוע המנהלי. יג. עיקרי ההלכה המרחיבה את חובת השקיפות המנהלית של כל מעביד ואת זכות העיון של העובד. יד. סייגים לזכות העיון בשימוע המשפטי בחוק בתי הדין המנהליים ובפסיקה. טו. סופיות הגילוי והעיון המנהלי מקל וחומר. טז. פסק הדין המקיף בבג"ץ בפרשת קיסר, שהגביל את צורתו ותוכנו של הגילוי המנהלי. יז. סיכום. יח. המלצות. יט. אחרית דבר: הליך שימוע מנהלי פנימי הוא הליך כדין אם הוא הליך הוגן וצודק.

* המחבר שימש כסגן פרקליט המדינה, וכמנהל המחלקה לסכסוכי עבודה והמחלקה הפיסיקלית בפרקליטות המדינה – משרד המשפטים – במשך כ-10 שנים ומאז שפרש הוא מנהל עם עו"ד אסף ברנזון משרד עורכי דין בהרצליה המתמחה במשפט עבודה ובמשפט מינהלי. רוב תודות לעו"ד מיכל פרידמן ממשרדי אשר סיעה לי רבות בהכנת המאמר.

הקדמה לכבוד השופטת אלישבע ברק אוסוסקין

השופטת אלישבע ברק אוסוסקין, שהייתה לי הזכות להופיע בפניה בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים ואחר כך בבית הדין הארצי לעבודה, התאפיינה בהליכות מיוחדות כשופטת. היא ניחנה בטוב לב אנושי קורן, באורך רוח, בהקשבה סבלנית לצדדים ולבאי כוחם והצטיינה תמיד ברדיפת צדק כנה ונמנעה מגינונים פורמליים.

בבית הדין הארצי לעבודה התבלטה השופטת ברק בגישה שיפוטית אנליטית, רחבת אופקים ומקורית, בשימוש תדיר בחומרים משפטיים ממשפט העבודה המשווה, מהאמנות הבין-לאומיות ומהדירקטיבות של הקהילייה האירופית. השופטת ברק ריכזה מאמצים לפתח את משפט העבודה הקיבוצי והאישי בישראל לאור זכויות היסוד החוקתיות וזכויות האדם של העובדים ושל המעבידים – הכול להגשמת התכלית המשפטית-סוציאלית העליונה: הבטחת ערכי תום הלב, נאמנות וצדק ביחסי עבודה.

את ההגדרה העצמית הקולעת ביותר של האני מאמין השיפוטי של השופטת ברק באיזון בין זכויות יסוד יחסיות מתנגשות של עובדים ושל מעבידים כמסד לפיתוח משפט עבודה ישראלי מקובל, מצינו בפסיקתה בפרשת משה,¹ לאמור:

”לשני הצדדים ליחסי עבודה זכות יסוד. בעיני שתי הזכויות הן זכויות הקרויות 'זכויות חברתיות'. לאחד הזכות לעבוד. לשני הזכות הניהולית. שתיהן בעיניי זכויות חברתיות ועל-כן שתיהן מתאזנות זו כנגד זו. זהו איזון אופקי – איזון בין זכויות אדם בינן לבין עצמן.

זכותו של העובד לעבוד כוללת בחובה את הזכות לביטחון תעסוקתי, כולל ביטחון שלא להיות מפוטר שלא כדין ובמסגרת זו קמה הזכות שטרם סיום יחסי העבודה בגין צמצום כלכלי לצורכי הבראת המפעל, יישקל בעניינו של העובד באופן ענייני. פירוש הדבר שקילת צורכי המפעל מול שקילת נסיבותיו האישיות של העובד.

לצד הזכות לעבוד קיימת הזכות הניהולית של המעביד. בעיניי, כאמור, גם זו זכות אדם חברתית השייכת, על-פי הקלסיפיקציה הנעשית כיום, לזכויות החברתיות, כלכליות ותרבותיות. כשם שהזכות של העובד לעבוד נובעת

1 ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – אגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע לט 648, 658 (2004); אלישבע ברק "אילושים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג 209 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

מיכולתו לעבוד, מההון האנושי שלו, מהפוטנציאל הטמון בו, כך זכותו של המעביד לנהל את מפעלו נובעת מהיותו הבעלים של קניינו, אך היא זכות נפרדת מזכות הקניין. לשני הצדדים, הן העובד הן המעביד יש זכות חוקתית לחופש עיסוק. אם כן עלינו למצוא את האיזון הנכון בין זכויות האדם של שני הצדדים ליחסי עבודה תוך הגנה מרבית על כל אחת מהן ופגיעה הקטנה ביותר כראות עיניו, כפי שהוא סבור שהדבר ראוי מבחינת היחסים במפעל, ההספק והחישובים הכלכליים. על-כן הוא רשאי לקבוע את מצבת העובדים שלו. מעבר לכך בעיני יש למעביד גם חובה מוסרית לנהל את מפעלו כמיטב יכולתו. חובה זו של המעביד הוא חב קודם כל לעובדיו, המעוניינים בהצלחת המפעל. זהו מקור פרנסתם. זהו מקור הסיפוק שלהם, מקור ההערכה העצמית ומקור ההערכה של הסביבה הקרובה והרחוקה שלם כלפיהם".

תרומתה, אולי הבולטת ביותר, של השופטת ברק למשפט העבודה והחידוש החשוב והאמיץ שבפסקיה, בעיניי, היו ההדגשה הרדיקלית של כיבוד חובות הנאמנות, היושר ותום הלב המוגברים ביחסי עבודה. לפי משנתה של השופטת ברק האידאולוגית והמעשית, מדובר בחובות הדדיות כה יסודיות וכה עילאיות שהפרתן הקיצונית על ידי עובד עלולה – מטעמי צדק ויושר – לשלול ממנו זכויות קוגנטיות ואף לחייבו – מטעמי יושר של עשיית עושר ולא במשפט – בהשבה למעביד כספים עודפים שקיבל כקבלן כשמתקבלת תביעתו לזכויות כעובד.² כל זאת למרות הכרתה בנחיתות המובנית של כוח המיקוח של העובד הבודד מול מעבידו. תפיסתה הבסיסית של השופטת ברק את הייעוד השיפוטי הייתה שמשפט הוא משפט אם הוא משפט צדק. זו הייתה אחת הסיבות שבחרתי להקדיש בספר לכבודה רשימה בנושא חובת ההשמעה של המעביד וזכות העיון של העובד בהליכי שימוע. החובה, והזכות בצדה, נשענות על פיתוח הלכתי של דוקטרינת תום הלב, של כללי היושר והצדק הטבעי, של זכות היסוד החוקתית של כל אדם להליך הוגן ושל האיזונים בין הזכויות המתנגשות כדי למנוע עוול ולהשליט ביחסי עבודה ערכים עליונים של יושר, הגינות וצדק פרטני וציבורי.

2 דב"ע (ארצי) נה/145-3 מדינת ישראל – בוכריס, פד"ע לו 1, 7-8 (1997); ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל, פד"ע לו 817 (2002); ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קרור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 817 (2002). כן ראו אלישבע ברק "תם לב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 499 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

חובות ההשמעה והשימוע של המעביד ומולן זכות העיון והטיעון המקבילות של העובד נגזרות מהחובה המלכותית היסודית ביחסי עבודה – חובת תום הלב המוגברת השולטת על כל שלבי יחסי העבודה: מראשיתם במשא ומתן להתקשרות, בכל משך קשר העבודה, לקראת סיומו ואף לאחר מכן.

אצטט קטע קצר וממחיש מפסיקתה הענפה של השופטת ברק, המשיק לנושא רשימתי, שעיקרה דיוני וראייתי, והנוגע להעצמת חובת תום הלב ההודית – המהותית ואולי המלאכית – המיוחדת ליחסי עבודה. חובת תום הלב ההודית המיוחדת והמתמשכת אופיינית להתקשרות בין מעביד לעובד בחוזה יחס מתמשך, לעתים לעשרות שנים ולעתים לכל חיי העבודה של העובד מנעוריו ועד לפרישתו לגמלאות, לאמור:

”עקרון תום הלב דורש נאמנות מוגברת ביחסים בין הצדדים, נאמנות בה כל צד דואג גם לאינטרסים של הצד השני ולא רק נשמר מלפגוע בהם כפי שהדבר נדרש בחוזה מסחרי רגיל.

...

כשמדובר בפיתורין, פירושה של דאגה לאינטרסים של הצד שני הוא שעל המעביד לדאוג לכך שזכות העובד לעבוד, זכות העובד לחופש העיסוק לא תפגע מעבר למידה הדרושה. המשמעות של ניתוק יחסי עבודה הוא שעובד, שלא הביע רצון לסיים את יחסי העבודה ולכן צפייתו היא להמשיך לעבודה מוצא לשוק העבודה בגיל מבוגר מזה בו נכנס לעבודה, תוך שעליו לחפש עבודה חדשה. משהדבר נעשה בניגוד לרצונו, הרי ברי שאותו עובד לא הכין לעצמו עבודה חלופית. הוצאת עובד לשוק העבודה בגיל מתקדם ועוד בתקופת אבטלה, היא פגיעה קשה. על כן על מעביד לעשות כל שביכולתו שעובד יוכל להמשיך לעבוד. עליו ראשית לכל לנסות למצוא לעובד תפקיד חלופי, אם התפקיד שהעובד מילא אינו דרוש עוד. נימוק זה הוא נימוק משולב ממשפט חוקתי, חופש העסוק והזכות לעבודה – דיני החוזים ודיני העבודה.³

משנמצא באותו מקרה שהעובדת פוטרה שלא כדין אך חלף זמן רב ואי אפשר להחזירה לעבודתה, פסקה כבוד השופטת ברק לעובדת, שעבדה בבית התפוצות שש שנים בלבד,

3 ראו: ע”ע (ארצי) 300053/96 נתאי – בית התפוצות על שם נחום גולדמן, פד”ע לז 311, 319 (2002).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

פיצוי נפרד בגין פיטורים שלא כדין של 24 משכורות⁴ במשרה מלאה כערכן ביום הפיטורים כתחליף להחזרתה לעבודה.

א. ההרחבה ההלכתית של חובת השימוע המנהלי במשפט העבודה במגזר הפרטי

אחת המטרות המרכזיות של משפט העבודה המודרני היא איזון בין זכות היסוד הקניינית של המעביד והאינטרס המוגן שלו לנהל את עסקו כראות עיניו, לבין הגנה על מקום העבודה של העובד והגנה על זכותו היסודית לעבוד ועל כבודו כאדם וכעובד. לפיכך כאשר מעביד משתמש בפרורגטיבה הניהולית שלו ומתכנן לקבל החלטה כלשהי המשנה לרעה את מצבו של העובד הבודד במקום העבודה, אם בגריעה מזכויות העובד, אם בניודו לתפקיד אחר ואם בהשעייתו או בפיטוריו, חובה על המעביד לקיים הליך מנהלי פרסונלי הוגן ושקוף שבו תינתן לעובד הזדמנות אמיתית להשמיע את טענותיו נגד הפגיעה בו, הוא הליך השימוע.

בשנים האחרונות זכתה חובת השימוע המנהלית של המעביד לפיתוח הלכתי בבתי הדין לעבודה. חובת מעביד לערוך שימוע מוקדם הורחבה מאוד ופורטה מאוד וכבשה לעצמה מקום מרכזי בשיח המשפטי ביחסי עבודה ובמשפט העבודה המנהלי והפרטי.

ראשית, חובת השימוע המנהלית, שראשיתה רק במשפט הציבורי, משתרעת כיום על כל מקומות העבודה ועל כל סוגי המעבידים: לא רק על מעביד ציבורי ועל מעביד דר-מהותי אלא אף על מעביד פרטי ועוד "במלוא הדרה"⁵. רק לאחרונה נפסק על ידי בית הדין הארצי כי הפרת חובת השימוע כדין מהווה פגם בהליך הפיטורים אף כאשר הפיטורים אינם שרירותיים או בחוסר תום לב. אולם הסעד שלו יהיה זכאי העובד בנסיבות אלה הוא פיצוי ממוני בלבד ולא סעד של אכיפה.⁶

שנית, חובת השימוע המנהלית מוטלת על כל מעביד באופן גורף כחובה מקדמית לפני יישום של כל כוונה לפגוע חד-צדדית בתנאי העבודה או לסיימם או לגרוע מזכויות העובד,

4 פיצוי השווה כשלעצמו, לאור הוותק, ל-400% פיצויי פיטורים, נוסף על 100% פיצויי הפיטורים עצמם.

5 ראו ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן – אקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לה 458, 448 (2003); עניין משה, לעיל ה"ש 1; ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה – שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2007); ע"ע (ארצי) 412/06 האגודה למען הקשיש קרית גת – דוד (פורסם בנבו, 9.10.2007); ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2002).

6 ראו ע"ע (ארצי) 516/08 מלכה – עגם מפעלי מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 17.12.2009).

לרבות בהליכי משמעת, בהשעיה, בניוד, בפיטורי צמצום כלכליים, בסיום חוזה עבודה לתקופה קצובה⁷ ועוד.

שלישית, חובת השימוע האישי הורחבה מאוד ונדרשה באופן קיצוני כתנאי מוקדם גם כשהתקיימו הליכי בירור עם העובד קודם לפיטורים, למשל בפיטורים של מורה, אף שלפני פיטורים כאלה התקיימו עמו ובעניינו בירורים והליכים אישיים ממושכים בפני מפקחים פדגוגיים וגם הליכים קיבוציים בפני ועדות פריטטיות.⁸ כן נדרש שימוע אישי לפני החלטה סופית שלא לקדם מרצה במוסד אקדמי אף על פי שלאותה החלטה קדמו הליכים ובירורים בעניינו בוועדות אקדמיות פנימיות שונות.⁹

העיסוק המרובה בפסיקה בהיבטים השונים של סוגיית השימוע מעיד בעיקר שהמעסיקים לא הפנימו במידה מספקת את חובות השימוע. מדובר גם במעסיקים גדולים וציבוריים לרבות המדינה והרשויות המקומיות. לצערנו הדבר נכון אפילו לארגוני עובדים אשר בפעילותם כמעבידים סוטים מקיום חובות ההשמעה וזכות השימוע של עובדי הארגון.

ב. חובת השימוע וההשמעה המנהלית בחוק יסודות התקציב

באופן דומה, חובת שימוע סטטוטורית של העובד ושל המעביד הציבורי, הקשורה ליחסי עבודה, קיימת גם מכוח חוק יסודות התקציב, שבו הוטלה על שר האוצר ו/או הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרדו החובה לקיים שימוע לעובדים בגופים מתוקצבים או נתמכים אשר תנאי שכרם ו/או פרישתם ו/או גמלאותיהם הם חריגה לכאורה, הן לעניין עצם החריגה והן לעניין חובת ההשבה אם אכן נמצא כי קיימת חריגה.

בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, סעיף 29א(א)(2) וסעיף 29 ב(ב)(2), נקבעה במפורש רק חובת השימוע ללא אזכור מפורש או פירוט של חובת ההשמעה של הממונה על השכר ושל זכות העיון של הנפגע. אלה יחולו על הרשות המוסמכת הציבורית מכוח המשפט המנהלי וההלכה הפסוקה בדיני השימוע.

ג. חריגים לחובת השימוע

להשלמת התמונה נזכיר את המקרים הבודדים שבהם לכאורה אין נדרשת חובת שימוע:

- | | |
|---|---|
| 7 | ראו עב' (אזורי י-ם) 3198/04 רבינוביץ־קרפל – האוניברסיטה העברית (פורסם בנבו, 15.9.2009). |
| 8 | ע"ע (ארצי) 1349/01 אסחאק – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.2.2004). |
| 9 | עניין גוטרמן, לעיל ה"ש 5. |

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

- א. אין כמובן חובה להעניק את זכות הטיעון במקום שהעובד הביע הסכמתו במפורש ובכתב לפטורים או לצעד הרלוונטי.¹⁰
- ב. אין גם כל טעם ותועלת בשימוע לפני פטורים בגלל סגירת מפעל ופיטורי כל העובדים.
- ג. עובד שהוזמן להליך שימוע כהלכתו וסירב להופיע או לא הגיב בכתב כשהתבקש לכך או לא התייצב לשימוע בעל פה, החמיץ את השימוע וויתר על זכותו. המעביד או הגוף השומע רשאי לדון ולהחליט על סמך החומר שבפניו.¹¹
- ד. אין חובה לקיים שימוע בטרם פתיחה בהליך משמעתי כלפי עובד.¹²

ד. שלושת השלבים של הליך השימוע המנהלי – חובות המעביד וזכויות העובד

חובת השימוע של מעביד כלפי כל סוגי העובדים בישראל בהגינות ובנאמנות מורכבת הלכה למעשה משלוש חובות משנה:

- א. חובת המעביד לגלות ולהשמיע לעובד מראש מהן הכוונות, העילות והראיות כלפיו.
 - ב. חובת המעביד לשמוע ולהאזין בנפש חפצה לתגובת העובד, לטענותיו וראיותיו.
 - ג. חובת המעביד להשמיע לעובד את החלטתו המנומקת בהליך.
- שלוש חובות עוקבות ומצטברות אלה של המעביד מקימות בהתאמה שלוש זכויות דומות לעובד:

- א. זכות העיון של העובד בחומר ההשמעה של המעביד.
 - ב. זכות הטיעון של העובד בתגובה לטענות ולראיות של המעביד.
 - ג. זכות העובד להשיג על ההחלטה המנהלית של המעביד בהליך משפטי.
- בהתאמה לשלוש חובות המעביד ולשלוש זכויות העובד אפשר לפצל את הליך השימוע המנהלי הלכה למעשה לשלושה שלבים, ולכל שלב שני פנים, פן החובה של המעביד ופן הזכות של העובד:

- א. שלב ההשמעה והגילוי מצד המעביד ושלב העיון מצד העובד.
 - ב. שלב הטיעון מצד העובד ושלב השימוע וההאזנה מצד המעביד.
 - ג. שלב ההחלטה המנהלית המנומקת מצד המעביד (ואפשרות ההשגה של העובד).
- בתי הדין לעבודה קבעו טיפין טיפין כללי התנהגות די מפורטים, המחייבים מעביד בניהול הליך השימוע עצמו, דהיינו בקיום החובה השנייה והשלישית. אולם מילים מעטות

10 דב"ע (ארצי) תשן/109-3 חזן – מדינת ישראל, פד"ע כב 215, 219 (1990).

11 דב"ע (ארצי) נא/210-3 ויסוסר – מועצה מקומית רמת השרון, פד"ע כד 295 (1992).

12 ת"ת (ביה"ד למשמעת) 28/09 עיריית אשדוד נ' בן לולו (פורסם בנבו, 16.1.2010).

יחסית הוקדשו בפסיקת העבודה ובספרות המשפטית לטיבה, לפרטיה ולגבולותיה של החובה הראשונה, חובת ההשמעה ושקיפות טענותיו וראיותיו של המעביד, ולזכות העיון לעובד הנובעת ממנה – זאת אף על פי שבלעדי קיום חובת ההשמעה הראשונה אין קיום אמתי לחובת המעביד בשלב השני לשמוע את העובד ולהתחשב בזכות הטיעון שלו. במאמר זה נבקש לסקור את הפסיקה המתייחסת לחובת השימוע ביחסי עבודה במגזר הפרטי והציבורי. נתמקד בעיקר בהיקפה של חובת ההשמעה והשקיפות הראשונה של המעביד ובהיקפה של זכות העיון שהיא מקימה לעובד תוך השלכה מדיני הגילוי והעיון במשפט העבודה במשפט המנהלי, האזרחי והפלילי.

ה. המקורות הנורמטיביים המבטיחים לכל עובד הליך שימוע מנהלי הוגן ושקוף

ההלכה הכללית במשפט החוקתי, במשפט המנהלי ובמשפט העבודה היא כי כל שימוש חד־צדדי לגיטימי בסמכות חוקית או בזכות או בכוח לרבות שימוש בפררוגטיבה הניהולית של מעביד, העלול לפגוע בזולת, כפוף לבירור העובדות, לשיקולים ענייניים, לשקיפות, להנמקה ולקיום הליך הוגן.

עובד במגזר הפרטי או הציבורי לא ייפגע בשכרו, בתנאי עבודתו וודאי שלא יושעה, לא יפוטר או לא יועבר מתפקידו ולו זמנית בשרירות, בחוסר תום לב, ללא נימוק ענייני גלוי וללא קיום מוקדם של הליך שימוע שקוף והוגן, וזאת לא רק בפיטורים אישיים אלא אף בפיטורי כורח כלכליים או בייקטיביים, כגון פיטורי צמצום קיבוציים.

חובת השימוע הכללית והעקרונית נחשבת כה בסיסית ורחבה עד שהיא מוטלת מאליה על כל רשות מנהלית ועל כל מעביד באופן אוטומטי, גם אם אינה עולה מדבר חקיקה מסוים,¹³ מחוזה מסוים, מהסכם קיבוצי או מהסכם עבודה אישי.¹⁴

לזכות השימוע, כעיקרון משפטי מובן מאליו, קיימים במשפט החוקתי, המנהלי בכלל ובדיני העבודה בפרט כמה מקורות נורמטיביים משפטיים ברמה הבכירה ביותר והבסיסית ביותר של המדרג הנורמטיבי בשיטת המשפט בישראל:

13 ראו למשל ס' 158א' לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א–1961, מתנה את הפעלת סמכות פקיד השומה להוציא שומה לפי מיטב השפיטה במתן הזדמנות סבירה לנישום להשמיע טענותיו. וכן ראו ס' 60א' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, המקנה לחשוד בעברת פשע, כשתיק החקירה מועבר לתביעה, להגיש בקשה מנומקת בכתב "להימנע מהגשת כתב אישום או מהגשת כתב אישום בעבירה פלונית".

14 ע"ע (ארצי) 300253/96 המועצה הדתית נתיבות – כהן (פורסם בנבו, 20.7.2005).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

א. זכות השימוע היא זכות יסוד חוקתית כפולה הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן מכוח הפגיעה הצפויה בקניינו של העובד והן מכוח הפגיעה הצפויה בכבודו כעובד וכאדם.

ב. לזכות השימוע מקור חוקתי נוסף, זכות חוקתית הנגזרת מזכות הנפגע להליך הוגן, אזרחי, פלילי או מנהלי.

ג. העיקרון עתיק היומין של "ישמע הצד השני" – "audi alteram partem" – הוכר מימים ימימה כזכות יסוד אלמנטרית ואוטומטית, הצומחת מכללי הצדק הטבעי והישר, וראה הדברים שנאמרו לעניין זה בבג"ץ מלאך:

"זכות השימוע היא אחת מזכויות היסוד של הצדק הטבעי... היא גם חייבת להיות מופעלת לא רק כדי לצאת מהחובה הפורמאלית, אלא יש לקיימה בתנאים הוגנים וסבירים, לבל תישאר הרגשה בליבו של האזרח שלא ניתנה לו הזכות לומר את דברו".¹⁵

ד. במשפט העברי מעגנים את חובת השימוע בשורשים קדומים ביותר המגיעים לימי בראשית ובריאת העולם כחובה שאף האלוהים, בכבודו ובעצמו, הקפיד לקיימה אף על פי שהוא כידוע יודע הכול בלאו הכי. כזכור, אלוהים הקדים לענישת אדם וחוה בגירוש מגן עדן בגין האכילה מעץ הדעת מעין הליך שימוע.¹⁶

ה. לזכות השימוע, כחובה מן הצדק, מקום כבוד גם בתורה שבכתב גם בתורה שבעל פה, כפי שנאמר:

"וכבר הורונו חכמינו... דאי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענות הנתבע, כי התורה אמרה: 'שמוע בין אחיכם ושפטם צדק'" (דברים א טז).¹⁷

ו. מתן זכות שימוע מקדימה הוכרה כחלק אינטגרלי במשפט המנהלי ומקיום חובת ההגיונות הכללית של רשות שלטונית כשהיא פועלת במסגרת המשפט הפרטי. עוד בראשית ימי המדינה פסק כבוד הנשיא יצחק אולשן בפשטות:

"הצדק האלמנטארי דורש שלפני שחורצים את גורלו של האזרח, תינתן לו הזדמנות להסביר את המצב כדי להסיר את החשד".¹⁸

15 בג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פ"ד לו(3) 1 (1982); וכן ראו בש"א (אזורי חי') 2057/07 אבו אלהיג'א – המועצה המקומית אעבלין (פורסם בנבו, 22.8.2007).

16 בראשית ג, ט-יא.

17 ראו: בג"ץ 84/82 הסתדרות פועלי אגודת ישראל נ' שר הדתות, פ"ד לז(1) 813, ס' 8 (1983).

18 בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו(2) 696, 703 (1952).

ז. ולבסוף, זכות השימוע של עובד היא זכות הלכתית בסיסית בדיני החוזים, במשפט פרטי ובמשפט העבודה, כחלק בלתי נפרד מקיום חובות הנאמנות, חובות תום הלב וחובות ההגינות המוגברות של כל מעביד – פרטי או ציבורי – כלפי כל עובד, המונחות בתשתית יחסי עבודה וחווה העבודה.

בשל מקורותיה החוקתיים וההלכתיים הרבים של חובת השימוע והזכויות שבצדה אין תמה שכבר לפני שנים רבות פסק בית המשפט העליון בפרשת סיעת הליכוד¹⁹ כי זכות הטיעון היא זכות יסוד. היא אינה זכות התלויה בקיומה של הוראת חוק. היפוכו של דבר – כדי לשלול את זכות השימוע דרושה הוראת חוק ספציפית ברורה ומפורשת.²⁰

ו. החובות הנוהליות העיקריות הנגזרות מחובת השימוע המנהלי

מחובות השימוע העקרוניות רבות המעלה הללו נגזרות למעביד ולעובד חובות וזכויות קונקרטיות נוספות באשר לנוהלי השימוע, לפני שתתקבל ההחלטה הסופית בעניינו של העובד:

- א. החובה ליידע את העובד מראש על כוונת המעביד להביא לידי העברתו מתפקידו, לסיים את העסקתו, או ליידע אותו על כוונה לשנות לרעה את תנאי העסקתו.
- ב. החובה לגלות לעובד מראש על כוונתו זו ולפרט בפניו את העילות והנימוקים לה ולחשוף בפניו את הראיות המנהליות שהמעביד נשען עליהן.
- ג. החובה ליתן לעובד שהות סבירה לעיין בנימוקי המעביד ובראיותיו.
- ד. החובה ליתן לעובד הזדמנות הוגנת להכין את טיעוניו וראיותיו בתשובה לטענות המעביד וראיותיו.
- ה. החובה לשמוע בנפש קולטת ובלב פתוח את עמדת העובד המשמיעה בעצמו או בסיוע נציג, בכתב ו/או בעל פה.
- ו. החובה על המעביד לחפש מוצא חלופי לא פוגעני או פוגעני פחות במקום פיטורים או נידוד או הרעת תנאים.

19 בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פ"ת נ' מועצת עיריית פ"ת, פ"ד לד(2) 566, 574, 575 (1980); בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית דין ארצי לעבודה פ"ד לה(2) 649 (1979).

20 בג"ץ 142/70 שפירא נ' ועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה(1) 327, 336 (1971).

ז. היקף חובות ההשמעה והשימוע כחובות יסוד יחסיות בהליך מנהלי

ההיקף של חובות השימוע, קרי היקף חובת ההשמעה והחובה לשימוע תלוי במטרות ההליך ובנסיבות של כל מקרה ומקרה. אמת המידה העיקרית צריכה להיות תמיד מציאת האיזון הקונקרטי המתאים בין הזכויות היחסיות המתנגשות ובין שיקולי צדק והגינות לבין שיקולים של יעילות המנהל התקין ביחסי עבודה.

ראשית, אף על פי שמדובר בזכויות יסוד של כל עובד ובחובות יסוד של כל מעביד, אין מדובר בזכויות מוחלטות אלא בזכויות יחסיות. דרישת האיזון בין זכויות יסוד מתנגשות של העובד וזכויות יסוד של המעביד בולטת במיוחד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באותו חוק יסוד מובטחת מצד אחד זכות הקניין החוקתית של המעביד ומצד אחר מעוגנת זכות היסוד של העובד לכבוד. שתי זכויות חוקתיות מקבילות אלו, שמקורן באותו חוק יסוד, מתנגשות האחת עם רעותה בהליך השימוע.

כבוד נשיאת בית המשפט העליון השופטת דורית ביניש סיכמה את העקרונות והשיקולים הקובעים בכל מקרה קונקרטי את היקפה המסוים של זכות השימוע/הטיעון כזכות יסוד יחסית ואת איזוניה עם זכויות יסוד יחסיות אחרות, בכמה משפטים מאלפים בבג"ץ הרב הראשי לישראל, לאמור:

"על אף מעמדה הרם של זכות הטיעון בשיטתנו המשפטית הרי ככל זכות אחרת במשפט, אין היא מוחלטת ונעדרת סייגים... מדובר בזכות יחסית שהיקפה ודרכי הגשמתה נגזרים מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה יש לבחון את מכלול הנסיבות הרלוונטיות ובהן: מהותה של הסמכות המופעלת בידי הרשות; השלב בהליך בו ניתנת לאזרח זכות טיעון; עוצמת הפגיעה לה צפוי האזרח עקב החלטת הרשות; וכן מידת הסופיות של ההחלטה הנדונה. בהמשך לכך יצוין כי יש ואל מול זכות הטיעון יעמדו אינטרסים מתחרים כגון: ההגנה על תקינות תפקודה של הרשות ויעילות עבודתה או שמירה מפני שיבוש הליכי בקורת או חקירה. במקרים כאלה, ייקבעו היקפה ודרכי הגשמתה של זכות הטיעון – כמו גם היקפה של זכות העיון הנלוות לה – תוך איזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לעניין בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו..."²¹

21 בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 (פורסם בנבו, 30.7.2007).

שנית, עסקינן בהליך שימוע מנהלי מקדים במקום עבודה, המטיל הגבלות משפטיות על קניינו של מעביד ועל חופש הניהול של מפעלו, אם כי מדובר בהליך מנהלי פנימי בחייו השוטפים של מפעל או מוסד ולא בהליך שיפוטי חיצוני. הליך מנהלי, לעומתו, אמור להיות מעצם טיבו מהלך מעשי, קצר יחסית, גמיש יותר וקל יותר ממשפט אזרחי ובוודאי מהליך פלילי,²² ובין היתר:

- א. עורך השימוע המנהלי אינו שופט, וברוב המקרים איננו משפטן כלל.
- ב. לשומע אין סמכות להעיד עדים ואין לו כלים פרוצדורליים לניהול הליך הוכחות שיפוטי.
- ג. שימוע מנהלי מוגבל בהגשת חומר בכתב ובעל פה, להשמעת טענות המעביד ומתן הזדמנות הוגנת לעובד להגיב על טענות המעביד.²³

ח. שימוע כהליך מנהלי פנימי במקום העבודה שונה משימוע בהליך משפטי

שימוע תקין והוגן ביחסי עבודה הוא אפוא שימוע העומד בכללי המשפט המנהלי. השימוע אינו צריך לעמוד בכללים הדיוניים והראייתיים החמורים יותר הנהוגים בבית משפט. קרי, על הליך שימוע אין חלים סדרי הדין או דיני הראיות הנהוגים בבתי משפט – אזרחיים או פליליים – ואף לא אלה הגמישים יותר הנהוגים בבית הדין לעבודה. עם זאת על ההחלטה בשימוע להיות הוגנת מראשית ועד אחרית בניהולה ובתוצאותיה. עליה להתקבל על יסוד ראיות מנהליות ועל פי טיעונים ושיקולים ענייניים שהשומע או ועדת השימוע השתכנעו בקיומם. כל זאת כדי להבטיח הליך מנהלי הוגן ולאפשר בקרה שיפוטית על תקינותו והגינותו של הליך השימוע המנהלי.

- לכן קובעת הפסיקה כי בשלב ניהול ישיבת השימוע ביחסי עבודה כהליך מנהלי פנימי:
- א. השומע אינו אמור לאפשר לצדדים להשמיע עדויות או לחקור עדים.²⁴
 - ב. גם העובד ו/או נציגו אינם מעידים בפני ועדת השימוע כי אם מציגים את טיעוניהם וראיותיהם כנגד הפגיעה.

22 בג"ץ 646/93 ברכה נ' שר התקשורת, פ"ד מח(3) 661 (1994); בג"ץ 233/86 בן יצחק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 516-517, 505 (1986).

23 דב"ע (ארצי) נו/3-3 שגב – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.1995); בש"א (אזורי י-ם) 2140/07 אזרד – בנק ירושלים (פורסם בנבו, 31.10.2007).

24 ראו דעתו של פרופ' יצחק זמיר כי הכלל הוא שחובת השימוע איננה כוללת חובה להשמיע עדים, אולם במקרים חריגים ומתאימים אפשר להתיר חקירת עדים גם בשימוע. יצחק זמיר, הסמכות המינהלית כרך ב 813, 820 (מהדורה שנייה, 2010).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

- ג. על השומע לשמוע את העובד ו/או את נציגו בנפש חפצה.
- ד. על השומע לנהל פרוטוקול.
- ה. על השומע לשקול מחדש את כוונתו לאור טענות העובד.
- ו. על השומע לנמק את ההחלטה, כמפורט להלן.

ט. כללים מחייבים בנוהלי השימוע המנהלי החלים על כלל העובדים בישראל

- בהתייחס להליך המנהלי, מתחילתו בזימון ועד סופו בהחלטה, מקובל לדרוש מהמעביד כיבודם של כמה כללים מהותיים ודיוניים בסיסיים של הליך הוגן, הנגזרים מהחובה להשמיע ומהחובה לשימוע לפני קבלת החלטה מנהלית פוגענית, כדלקמן:
- א. אין להפתיע את העובד בשימוע על אתר בפגישה מקרית. יש לזמנו מראש לפגישה שהוגדרה כפגישת שימוע.
 - ב. יש למסור מראש לאדם העומד להיפגע את הנימוקים ואת הטענות הקיימות נגדו כדי לאפשר לו להגיב על טענות אלה.²⁵
 - ג. יש לאפשר לנפגע שהות סבירה והזדמנות הוגנת להכין את טיעונו וראיותיו וכן להגיב לטענות וראיות המועלות נגדו, ולנסות להשפיע בטיעונו על מקבלי ההחלטה לשנות את רוע הגזרה או למצוא פתרון חלופי.
 - ד. אפשר שהשימוע ייערך בכתב ולא דווקא בעל פה.²⁶ העיקר הוא מתן הזדמנות הוגנת להשמיע טענות.²⁷ עם זאת מקובל ורצוי גם בשימוע בכתב לתת לעובד ולבא כוחו הזדמנות לשימוע משלים בעל פה, אם יבקשו. בשימוע בעל פה בנוכחות העובד ובמגע ישיר עמו נוצרת הזדמנות לבידור נוסף וכן למשא ומתן לפתרון מוסכם או להחלטה חד-צדדית חלופית ופוגענית פחות. כמו כן הנוכחות בהליך מגבירה את תחושת האמון של העובד ונציגו בהגינות ההליך.

25 דב"ע (ארצי) נד/120-3 שבח – ראש עיריית ת"א, פד"ע כו 395, 400 (1994).

26 ראו ס' 26(ב) לחוק בתי דין מינהליים, התש"ס-2000, הקובע כי על בית הדין להורות כי חלק מהטיעונים יועלו על הכתב בתצהיר או בדרך אחרת וראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998).

27 ע"ע (ארצי) 173/99 חן – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2001); זמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 819.

- ה. על השומע לערוך פרוטוקול של השימוע ולרשום דוח תמציתי על השתלשלות ההליך מהזימון ועד להחלטה.²⁸
- ו. אשר לשומע – השימוע המנהלי צריך להיערך בפני בעל הכוח, מי שמוסמך להחליט. אפשר להסמיך אדם או גוף אחר לנהל את השימוע, בתנאי שמי שהוסמך יגיש דוח מלא למי שבידו הכוח לקבל את ההחלטה, וזה יסתמך על אותו דוח אך ישקול את החומר ויקבל את ההחלטה הסופית בעצמו.²⁹
- ז. אשר למשמיע – את זכות השימוע יש לתת לעובד עצמו או למי שהוסמך לכך מטעמו בהסמכה מפורשת. אין די בכך שוועד העובדים הופיע בפני הגוף המחליט אם לא הוסמך לכך במפורש על ידי העובד.³⁰ הפסיקה אף הכירה בזכותו של עובד שחפץ בכך להיות מיוצג בשימוע המנהלי על ידי עורך דין מטעמו.
- ח. הדרישה החשובה ביותר בהליך השימוע המנהלי היא הדרישה המהותית שנועדה למנוע "משחק מכור" ו"כרוניקה של טקס שימוע חיצוני, למראית עין. על השומע לקיים בירור יסודי, להאזין (ולא רק לשמוע) לטענות הנפגע "בלב נקי ובנפש חפצה", בפתיחות מחשבתית, בסבירות ובהגינות ולא כדי "לצאת ידי חובה".³¹
- מלבד הדרישות הדיוניות והראייתיות המינימליות שצוינו לעיל ומלבד קיום נוהלי השימוע יש לוודא שהמעביד קיים את הדרישה המהותית הבסיסית של בירור קונקרטי, אמתי וכן של הטענות הפרטניות נגד העובד ושל תשובות העובד. כל הכפופים לביקורת שיפוטית יבטיחו במידה רבה שהשימוע איננו טקס חיצוני ריק מתוכן ואיננו בגדר מס שפתיים שאינו מתיישב עם חובת הנאמנות ותום הלב. למשל: בשימוע כדין אין להסתפק בהטחת האשמות כלליות נגד העובד או בהפרחת כותרות סתמיות כגון שהסיבה לפיטורי העובד היא "יחסים עכורים", "חוסר כימיה", "משבר אמון" וכיו"ב. ההגינות והשקיפות מחייבות את המעביד ללוות את הסימאות הכלליות מראש בדוגמאות ספציפיות, מפורטות, שהעובד יוכל להתייחס אליהן ולהתגונן מפניהן כדי להזימן.³²

- 28 דב"ע (ארצי) נא/112-3 עיריית קריית גת – גוזלן, פד"ע כג 238, 242 (1991); עניין ברכה, לעיל הש"ש 22.
- 29 עניין גוזלן, שם, בעמ' 240; בג"ץ 290/65 אלתגר נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד כ(1) 29, 34 (1966); בג"ץ 233/86 בן יצחק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 505 (1986).
- 30 דב"ע (ארצי) נד/120-3 שבה – ראש עיריית תל-אביב-יפו, פד"ע כו 395, 401 (1994).
- 31 עניין כהן, לעיל הש"ש 14.
- 32 בש"א (אזורי ת"א) 1805/01 לוי – ויצ"ו – הסתדרות עולמית לנשים ציונית, פד"ע לו יט, כג (2001).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

ט. עם זאת העובדה שלפני הזימון לשימוע כבר הייתה למעביד כוונה להשעות את העובד, לפטרו, לניידו או לפגוע בו אינה מביאה כשלעצמה לידי בטלות הליך השימוע אם מטרתו לשימוע את טענותיו של הנפגע היא אכן כנה כאילו עדיין לא בוצעה הפגיעה. הרי אלמלא שקל המעביד מראש את אפשרות הפגיעה בעובד, לא היה מתחיל כלל הליך השימוע.³³ לעומת זאת אם מוכח שהמעביד חרץ דין מראש ושהליך השימוע נערך רק למראית עין כמועד שבו כבר הייתה החלטה מגובשת של הפוגע,³⁴ לא ייחשב הדבר למתן זכות שימוע אמיתית, וההחלטה אינה כדין.

י. תמצית הכללים המחייבים בקיום חובת ההשמעה הסופית בהחלטת השימוע

ההחלטה המנהלית בסיום הליכי השימוע של כל עובד בישראל חייבת אפוא להיות החלטה בכתב, ובה לא רק נימוקי המעביד אלא גם של המחליט לטענות העובד. על ההחלטה להיות עניינית, מושכלת, מבוררת ובעיקר מנומקת כדבעי, עם התייחסות לעמדותיו, לטענותיו ולראיותיו של העובד, המעידה על קיום חובת השימוע בנפש קולטת ובהגינות. כמו כן ראוי שהמעביד יצרף להחלטה את פרוטוקול ישיבת השימוע כדי שההחלטה והפרוטוקול יאפשרו לעובד ולפרקליטו:

- א. לערוך בקרה עניינית על תקינותם והגינותם של הליך השימוע ושל ההחלטה.
- ב. להשיג על ההחלטה מבחינה דיונית, ראייתית ו/או עניינית בפני ערכאה שיפוטית.

יא. משפוט הליכי השימוע המנהלי במגזר הפרטי ובמגזר הציבורי

בהקשר זה ראוי לציין את התפתחות התופעה של משפוט הליכי השימוע. בעקבות העיסוק ההלכתי התכוף והאינטנסיבי בהליכי שימוע מנהלי ביחסי העבודה וההכרה בזכות העובד להסתייע בפרקליט לצורך השימוע בכתב ו/או לייצגו בשימוע בעל פה, עברו הליכי השימוע המנהלי בעשור האחרון לפסים פורמליים יותר ויותר בשל שיתוף משפטים משני הצדדים. המשפטן מצד המעביד נדרש על ידי המעביד להדריך את המנהל, כגורם השומע, או את ועדת השימוע בכללי השימוע, ללוות אותם בשלבי ההליך ולסייע בהכנתה ובניסוחה של ההחלטה.

33 ראו לעיל ה"ש 19 וה"ש 15.

34 עב' (אזורי נצ') 2217/01 יפרח – מכללת נצרת עלית (יזרעאל) (פורסם בנבו, 16.5.2005).

בעניין זה יש לציין, לפחות בכל הנוגע למשפט השימוע במגזר הציבורי, כי על משפטן ציבורי מטעם מעביד ציבורי – בשונה מעורך הדין הפרטי של העובד – מוטלות, לדעת פרופ' יצחק זמיר, חובות מיוחדות ומוגברות של שקיפות, גילוי, הגינות והנמקה מכוח המשפט הציבורי, חובות הנגזרות מחובות הנאמנות וההגינות הציבורית של כל משרת ציבור.³⁵

יב. פירוט חובת ההשמעה הראשונית וגבולותיה בנוהלי השימוע המנהלי

כאמור, אפשר לראות שהפסיקה עסקה בחלק השני והשלישי של הליך השימוע המנהלי – קרי בחובת השמיעה בזמן הדיון בשימוע ובחובות ובזכויות הנגזרות ממנה בשלב ההחלטה בשימוע – יותר משעסקה בשלב הראשון של קיום חובת ההשמעה המקדמת של המעביד ומימוש זכות העיון של העובד, שהם הבסיס והתנאי המוקדם להליך שימוע הוגן. ככלל, אם שלב ההשמעה הראשוני אינו מתקיים כהלכתו, אי אפשר לומר כי העובד מימש באופן צודק את זכותו לטעון ולהישמע בשימוע מנהלי הוגן. הנפגע הפוטנציאלי זכאי לשקיפות ולגילוי הוגן ואינו צריך לנחש מהן עילותיו של המעביד המתכנן לפגוע בו ומהן הראיות שעליהן השתית המעביד את כוונת הפגיעה בו. כדי להזים עובדות, טענות וראיות ולשכנע מעביד לא לממש את כוונותיו ולבטל את רוע הגזרה, המועמד להיפגע זכאי, בעיקרון ובאופן קונקרטי, לדעת את כל העובדות הרלוונטיות ולעייין בכל חומר הראיות הרלוונטי שהניע את המעביד לזמנו לשימוע.

להלן מה צריכות לדעתנו לכלול חובות ההשמעה הראשונית של כל מעביד – פרטי או ציבורי – בהגינות ובתום לב, תחילה באופן כללי ולאחר מכן ביתר פירוט:

א. הזימון לשימוע: חובה למסור לעובד זימון מוקדם לשימוע ולנהוג בתום לב בדרך הזימון – שתהא הודעה מפורטת ככל האפשר,³⁶ ולוודא שהעובד קיבל את הזימון.

ב. עיתוי השימוע: יש למסור לעובד את הזימון לשימוע ואת המידע הרלוונטי הקשור לשימוע זמן סביר מראש לפני מועד השימוע, כדי לאפשר לעובד שהות מספקת להיוועץ במשפטן או אדם אחר אם הוא חפץ בכך, ולצורך הכנת טיעונו וראיותיו. הזמן צריך להיות

35 יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" ספר יצחק זמיר על משפט חברה וממשל 53, 56 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).
36 השוו: עב' (אזורי ת"א) 5111/08 נ.ש. – רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 19.1.2010).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

מידתי והולם את היקף העילות, העובדות, הראיות והטענות של המעביד ואת חומרת הפגיעה האפשרית בעובד.³⁷

ג. זימון בכתב: מוטב שהזימון המפורט ייעשה בכתב כדי למנוע אי-הבנות עם העובד וכן כדי לאפשר בקרה שיפוטית על קיום חובות המעביד לנהל הליך הוגן, מתחילתו ועד סופו.³⁸

ד. נוהל ההליך: בזימון יצוין מי יהיה השומע בדיון, אם מדובר בשומע יחיד או בוועדת שימוע, ואם בוועדה – מיהם חבריה. עוד יצוינו המקום והזמן שבו יתקיים הדיון ויוסבר בתמצית כיצד יתבצע השימוע – בכתב ו/או בעל פה – כדי שגם לעובד לא מיוצג יהיה מידע סביר מראש על מיהות השומע ועל מהות הליך השימוע וסדריו.

ה. פירוט העובדות והעילות: יש לפרט בזימון בבירור את כל העילות לכוונת ההחלטה הפוגעת. רמת הפירוט ההוגנת והסבירה של כל עילה תלויה בנסיבות הרלוונטיות. בעיקרון, על המעביד למסור לעובד בשקיפות את כל העובדות הרלוונטיות והחשובות בכל עילה ואת התוכן העיקרי של כל אחת מהעובדות הרלוונטיות. בהליך הוגן לא יוסתרו עובדות המשמשות להכרעה בגורל העובד, ולא תוסתר מן העובד עובדה שיש בה כדי לסייע לו ולזכות אותו.³⁹

ו. שקיפות המסמכים והראיות המנהליות: בעיקרון, כמו בסוגיית שקיפות העובדות על המעביד למסור לעובד את כל המסמכים הרלוונטיים שברשותו, או לאפשר לעובד לעיין בהם, ולא רק את המסמכים העיקריים, וודאי לא רק מסמכים שנבחרו בחירה סלקטיבית ומגמתית שיש בהם כדי להזיק. עם זאת קיימים מקרים מורכבים שנמשכו תקופה ארוכה, והיקף המסמכים הנוגעים לשימוע עלול להיות גדול מאוד. במקרים כאלה יש לבחון מה צריך להיות היקף חובת הגילוי היחסית המוטלת על המעביד. יש לבחון אם להטיל על המעביד – בהליך מנהלי פנימי, ולא משפטי – את החובה למסור את כל המסמכים הרלוונטיים או רק את המסמכים הרלוונטיים העיקריים ("המועילים" ו"המזיקים"). המבחן המהותי להחלטה הוא מסירה לעיון העובד חומר מספיק שיאפשר לו בניית הגנה טובה והכנה מספקת של טענותיו כנגד טענות וראיות המעביד. המאזן הנכון הוא מבחן מהותי ולא טכני. עם זאת אין "להציף" את ההליך המנהלי הפנימי במסמכים רבים מדי בלתי חיוניים ומכבידים, שהרלוונטיות שלהם למחלוקת רופפת או שולית, והעלולים לעכב את קיום השימוע עיכוב בלתי סביר.

37 ראו: ע"ע (ארצי) 620/07 גמליאל – חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.6.2008).

38 עניין נ.ש., לעיל ה"ש 36.

39 ראו ע"ע (ארצי) 531/08 גיטליץ – איסכור שירותי פלדות בע"מ (פורסם בנבו, 17.11.2008).

ז. גילוי מנהלי ללא תצהיר: בשימוע מנהלי פנימי רגיל חובת ההשמעה והגילוי של מסמכי המעביד הרלוונטיים לעובד גם היא חובה מנהלית. היא איננה מותנית בהגשת תצהיר אימות של המעביד או בהגשת רשימת מסמכים כמו בהליך משפטי. אם המעביד לא יפעל בהגינות ויסתיר מהעובד מסמכים רלוונטיים בהליך השימוע הפנימי, כל הליך השימוע בפני המעביד, על החלטתו הפוגענית בעובד, עלול להיפסל בהליך הבקרה השיפוטית בבית הדין לעבודה, שם סדר הדין מחייב את המעביד לגלות מסמכים, גילוי כללי וספציפי, בגיבוי תצהיר.

ח. עצמת הראיות המנהליות הנדרשות: כאמור, יש קשר ישיר בין עצמת הזכות להישמע לבין גודל הפגיעה הצפויה בשימוע. בהתאמה עולה או יורדת גם עצמת הראיה הנדרשת. כדברי כבוד השופט תאודור אור בפרשת מוסטקי:

”כגודל הזכות העלולה להפגע... גדלה עוצמתה של הראיה הנדרשת. עוצמתה של הראייה עלולה להפגם או להיות מוחלשת כאשר לא ניתנה אפשרות לנפגע מההחלטה להתמודד עמה ולהזימה.”⁴⁰

יג. עיקרי ההלכה המרחיבה את חובת השקיפות המנהלית של כל מעביד ואת זכות העיון של כל עובד

בעקבות פסיקת בית המשפט הגבוה לצדק במשפט המנהלי בית הדין הארצי לעבודה הוא שפיתח, הרחיב ופירט בשנים האחרונות את מרכיביה השונים של חובת ההשמעה והשימוע בתחום יחסי העבודה כהנה וכהנה.

לפני כעשור, בפרשת עיריית רהט, פסק בית הדין הארצי, לאמור:

”על מהותה של זכותה טיעון נשפכו נהרות של דיו. בית המשפט העליון ובית דין זה חזרו ושנו כי זכות הטיעון, היא זכות יסודית הנמנית על כללי הצדק הטבעי וזה מכבר הפכה להיות יסוד מוסד במשפטנו. יש להקפיד על קיומה טרם קבלת החלטה שיש בה כדי לפגוע בזכות מוקנית או לגרוע הימנה.”⁴¹

40 בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004).
41 ע"ע (ארצי) 300235/98 סולטאן – עיריית רהט, פד"ע לז 377 (2002).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

דברים יפים בעניין נאמרו לאחר מכן בפרשת גוטרמן⁴² מפי כבוד השופטת (כתוארה אז) נילי ארד, שלה תרומה נכבדה לפיתוח ההלכה בסוגיית זכות השימוע:

“הלכה פסוקה היא, מימים ימימה, כי זכות הטיעון הינה מזכויות היסוד הראשוניות בשיטתנו המשפטית, ומקום של כבוד שמור לה ביחסי העבודה בכלל, קל וחומר עת נשקלת אפשרות לסיום העסקתו של עובד, בין בדרך של פיטורים ובין בדרך של אי חידוש חוזה עבודה.

ודוק. זכות הטיעון איננה מטבע לשון, אין לראות בה ‘טקס’ גרדא שיש לקיימו, מצוות אנשים מלומדה, כדי לצאת ידי חובה. זכות הטיעון נמנית על זכויות היסוד של שיטתנו המשפטית ומטרתה להביא לידי כך שתתקבל החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת לב מלאה ומשקל ראוי לעמדותיו ולענייניו של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה. זוהי זכות הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו...

קיימת חובה להקפיד על כך שכללי הצדק הטבעי בעניין שימוע העובד העומד לפני פיטורים יקוימו כהלכה ותיתן הזדמנות אמיתית ונאותה לעובד להשמיע טענותיו לפני ההחלטה על פיטוריו... יש להקפיד על כך הקפדה מדוקדקת ומלאה”.

כבר שנים לפני כן, בפרשת יפרח,⁴³ פסקה כבוד השופטת ר' רוזנפלד כי חובת ההשמעה של המעביד היא חובה מוגברת כלפי העובד ומחייבת את המעביד:

“לגלות לו את כל המידע שברשותה והנוגע לו ובמיוחד מידע שלילי העלול להשפיע על החלטתה, ובהתאם חייבת הרשות לתת לכל אדם את זכות התגובה לאותו מידע”

לפני שש שנים התייחס בית הדין הארצי לעבודה בפרשת מלכה⁴⁴ להעצמת חובת ההשמעה ולהרחבת זכות העיון ככל שמדובר באפשרות של פגיעה חמורה בעובד לא רק בכיסו אלא גם בנפשו ובכבודו ו/או פגיעה חמורה בשמו הטוב כעובד וכאדם, לאמור:

42 עניין גוטרמן, לעיל ה"ש 6.

43 ע"ע (ארצי) 1070/01 יפרח – מועצה מקומית נתיבות, פס' 10 (פורסם בנבו, 25.4.2001).

44 עניין מלכה, לעיל ה"ש 5.

"כך דרך כלל. על אחת כמה וכמה כאשר המעסיק מייחס לעובד עבירת משמעת חמורה, או עבירה של גניבה. במקרים כגון אלה, עלולות להיגזר על העובד סנקציות חמורות ביותר, עד כדי שלילת זכותו לפצויי פיטורים, בנוסף לפגיעה בשמו הטוב ובעתידו התעסוקתי. על כן, לא יכסה המעסיק מפני העובד את החשדות המיוחסים לו, אלא ישטח אותם בפני העובד, באופן שהיא בידיו להפריכן, או לשכנע את מעסיקו, כי אין ממש באותם חשדות, אולם או מקצתם. וכבר פסקו בפרשת לינדר: 'ככל שטענותיו של המעסיק כלפי עובדו גוברות בחומרתן, כן מתעצמת זכות הטיעון של העובד למצות את הזדמנות הקנויה לו להזים אותן טענות, או לפחות לנסות ולשכנע את מעסיקו לחזור בו מן ההחלטה'".

דברים דומים באשר להרחבת זכות העיון וחובת הגילוי העקרונית והקונקרטית לכל החומר הרלוונטי לשימוע אמר קודם לכן בג"ץ בפרשת אלוני,⁴⁵ לאמור:

"אכן, מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיין במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה. זאת, בכפוף לסייגים ומגבלות המתחייבים להבטחת פעילותה התקינה של הרשות המינהלית... בלעדי זכות העיון, זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם... הפסיקה בפרשת טרנר (שם, עמ' 790) נתנה בדעת הרוב ביטוי לחשיבותה של זכות העיון כחלק ממיצוי זכות הטיעון של מי שעלול להיפגע מחקירה בטרם תחליט הרשות בעניינו...

כאשר מדובר בחשש לשמו הטוב של אדם עקב פעולת הביקורת, זכות העיון של המבוקר מחייבת ככלל העברה אליו של כל החומר הרלוונטי לצורך הביקורת, אלא אם קיימים טעמים בעלי חשיבות מיוחדת הנעוצים בצרכי תפקודה של מערכת הביקורת המצדיקים להימנע מכך..."

כך גם בבג"ץ טרנר,⁴⁶ שם בוטל תוקפה של חוות דעת מטעם מבקרת המדינה מכיוון שזו כשלה להעניק לעותר זכות טיעון במשמעותה המלאה, היינו לא נמסר למבוקר מלוא חומר הראיות נגדו בטרם מתן חוות הדעת:

45 בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נו(4) 577, 602 (2003).
46 בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, 790–791 (1995).

“רק בהצגת המידע הרלוואנטי המלא (בכפוף לסייגים המחייבים את חסיונו) לפני מי שעלול להיפגע מן החקירה, באה לידי ביטוי זכותו להציג באופן מושלם את עמדתו כנגד הראיות שנתקבלו, לפני הרשות הציבורית הדנה בעניינו, טרם שזו תכריע את הכף לחובתו. משנמנע מן הנפגע לקבל את כל חומר הראיות, הרי שבכך נפגמה זכותו לטעון, ואין עליו עוד להראות כי במקרה המיוחד גם הביא הדבר לעיוות-דין. החשש (גם אם אינו מבוסס) כי נפלה שגגה מלפני הרשות בהחלטתה הפוגעת, מובנה בעצם העובדה כי זכות הטיעון כנגד הראיות שנתקבלו לא עמדה לנפגע במלואה... הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק יסוד: כבוד האם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא “חגורת ביטחון” כנגד פגיעה ‘העולה על הנדרש’... כשנושא הביקורת הוא טוהר המידות, ובכלל זה יושרו או חוסר אמינותו של נושא משרה בגוף המבוקר... הסטיגמה הפומבית המוטבעת על נושא המשרה, עקב הטלת דופי במידותיו, על-ידי סמכות כמבקר המדינה, והתהודה הציבורית הרחבה שיש לקביעותיו, מחייבות, לכאורה, את מתן זכות הטיעון במובנה האמור לעיל...”.

גם כבוד השופט ד"ר יצחק לובוצקי מסכם בספרו “סיום יחסי עבודה”⁴⁷ את הסוגיה של היקף חובת ההשמעה וזכות העיון באופן מרחיב בחובה לחשוף בפני עובד את כל הפרטים וכל המסמכים הרלוונטיים מראש, לאמור:

“הליך השימוע אינו הליך, שנעשה כדי ‘לצאת לידי חובה’. זהו הליך, שמטרתו לברוק באמת ובתמים את ההצדקה לפיטורים... כוונה להשעיית עובד, דורשת הענקת זכות שימוע בפתיחות לשינוי עמדה, גם אם זו גובשה קודם לשימוע... הליך השימוע צריך להיעשות בכנות ובפתיחות. לכן זכאי העובד לדרוש שקיפות וגילוי כל הפרטים והמסמכים, להגנתו מפני כוונת המעביד להעברתו מתפקידו...”.

47 י' לובוצקי תורת העבודה כרך ג 18–20 (2007).

יד. סייגים לזכות העיון בשימוע המשפטי בחוק בתי הדין המנהליים ובפסיקה

מלבד ההסדרים החקיקתיים באשר לזכות העיון של צד להליך משפטי אזרחי בתקנות סדר הדין האזרחי ושל נאשם בהליך פלילי בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ההסדר החקיקתי הקרוב ביותר לזכות העיון של העובד בהליך שימוע מנהלי הוא ההסדר המפורט שחוקקה הכנסת בחוק בתי הדין המינהליים, התשנ"ב–1992 בדבר זכות העיון בתיק הרשות המנהלית במסגרת הליך משפטי.

סעיף 30 לחוק הזה מעניק לעורר על החלטה מנהלית בפני בית המשפט זכות עיון והעתקה רחבה של המסמכים הרלוונטיים מתיק הרשות המנהלית, אך מונה לעיקרון הרחב שבעה חריגים. מרובם אפשר להקיש מקל וחומר גם לחריגים לחובת ההשמעה והגילוי בהליך המנהלי.

- א. מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה המנהלית.
 - ב. מסמכים שיש בהם סוד מסחרי או מקצועי.
 - ג. ראיות חסויות לפי כל דין.
 - ד. מסמכים שביטחון המדינה, יחסי חוץ או עניין ציבורי אחר מחייבים לא להרשות עיון.
 - ה. מסמכים המכילים חומר פנימי כגון רשומות מדיונים פנימיים, דיווח לממונים, הצעות וטיוטות של החלטות.
 - ו. מסמכים שהעיון בהם עלול לפגוע שלא כדין בזכות או בעניין אישי של אדם אחר.
 - ז. מסמכים העוסקים במינוי, בהטלת תפקיד, בהערכות אישיות, בכשירות לתפקיד או בהישגים של אדם לרבות של העורר.
- החריגים הללו בהליך המשפטי אינם מוחלטים, ונקבע גם להם סייג של יחסיות ומידתיות שלא יימנע עיון גם במסמכים החריגים האלה אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם.
- כן נקבע בחוק שמסמכים שבמחלוקת יכול שיימסרו לבית המשפט, וכך בית המשפט יוכל לעיין בעצמו בכל החומר הרלוונטי ובכל התיק. בית המשפט מוסמך לשקול ולהחליט להתיר לעורר לעיין במסמכים שבמחלוקת אם לדעתו "הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון".
- ההסדר הזה, אשר למעשה סיכם בחקיקה ראשית את ההלכות הקודמות במשפט המנהלי,⁴⁸ מושתת על עקרון־העל של זכות העיון הרחבה כחלק בלתי נפרד מזכות השימוע

48 ראו רשימת החריגים שציין כבוד השופט חיים כהן עשרים שנה קודם בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 332 (1971).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

ועל רשימת הגבלות מידתיות שאפשר לסטות גם מהן ולהתיר עיון במסמכים חריגים מטעמי צדק. אולם הסדר זה של פיקוח שיפוטי במחלוקת בין בעלי הדין על היקף זכות העיון מתאים לשלב של התדיינות משפטית בחסות בית משפט, בלתי תלוי. הוא אינו מעשי בהליך שימוע מנהלי פנימי ביחסי עבודה כשהמעביד הוא גם התובע וגם הדיין. בשיח המשפטי מוזכרות הגבלות כלליות נוספות בשם יעילות ההליך המנהלי ובגלל שיקולי דחיפות, אולם ללא הסדר מפורט וברור באופן פרטני. יישומן של הגבלות אלה תלוי בנסיבות המקרה.

בפרשת שפירא ציין כבוד השופט חיים כהן, אגב אורחא, כי על טעמי יעילות למנוע לעתים גילוי חומר רלוונטי אפילו בהליך פלילי, וזאת אם הגילוי עלול לפגוע בחקירה נמשכת. כך גם לעניינינו אין הרשות חייבת לגלות למי שמבקש להתמנות למשרה פלונית או לזכות במכרז לעבודה מסוימת את חומר הידיעות שאספה עליו ושנמסר לה בסוד.⁴⁹ פרופ' יצחק זמיר מציין בספרו "הסמכות המינהלית"⁵⁰ מצבים יוצאים מהכלל של דחיפות וכורח השעה הגוברים על חובת השימוע. פרופ' זמיר מציע לשקול במקרים של צרכים דחופים הקלות בשימוע, למשל שימוע חלקי, חפוז או מאוחר.⁵¹

השופטת נילי ארד מסכמת בבית הדין הארצי את דעתה בקשר להיקף זכות העיון המנהלית המוקדמת גם בהשגה על החלטת הרשות במקום שחוק העבירות המנהליות לא כלל הוראה מפורשת בדבר זכות העיון המנהלית והיקפה, לאמור:

"לשיטתי שעה שקבל הנקנס את הודעת הקנס לידי קמה לו זכות העיון בחומר החקירה. זכות זו אינה זכות כמוחלטת. כנגדה רשאית הרשות המוסמכת להורות על צמצום העיון בחומר החקירה או מניעת העיון, כולו או מקצתו הכל צפוף לקיומם של טעמים המצדיקים זאת".⁵²

במקרים מסוימים לא תעמוד למעסיק הטענה של הגנה על פרטיותו של אדם או עובד אחר, והוא יהיה מחויב לערוך איזון והכרעה באשר לטיב הראיות שבמחלוקת בין זכותו של העובד להליך הוגן וחומרת הפגיעה הכלכלית ו/או הפגיעה ביושרו ובכבודו של העובד לבין הזכות לפרטיות של האדם האחר. למשל:

49 שם, בעמ' 332.
50 זמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 806-807.
51 שם, בעמ' 806-808.
52 עפ"א (ארצי) 14/06 סבן – מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, ס' 14 (פורסם בנבו, 9.1.2007).

א. במקרה של פיטורי צמצום קיבוציים מתעוררת השאלה מה צריך להיות היקף הגילוי בשימוע. יש לפרט את דבר זהותם, מעמדם ותנאיהם של עובדים אחרים שכמותו או בני אותה יחידה שלא נכללו ברשימת המפוטרים שנקבעה על ידי המעביד על פי הסכמה קיבוצית קודמת. זאת כאשר בצד אחד ניצבות ההגנה הקיבוצית וזכות העובדים האחרים לפרטיות ומנגד ניצבת זכותו של העומד בפני פיטורים קיבוציים כלכליים לשכנע על סמך נתוני ההשוואה שלא הוא שצריך להיות מפוטר אלא עובד אחר.⁵³ כן צריך לזכור כי מדובר בשיקול רגיש ומאזן, כדי לא לתקן עוול לעובד אחד, שלא יפוטר, בעוול לעובד אחר שיפוטר. מכל מקום, כבוד השופטת ברק הדגישה כי בכל זאת יש חובה לחשוף בפני המפוטר בפיטורי צמצום את הנימוק לבחירתו האישית, כגון בעיות בריאות וירידת כושר, שמא יעלה בידי העובד להוכיח כי נפתרו הבעיות וכושרו חזרו אליו.⁵⁴

ב. במקרה שהמסמכים נוגעים לליבת הפגיעה בעובד, כגון תוכן עדויות תלמידים ומורים בפני ועדת בדיקה שדנה בפיטוריהם של מרצים ומנהלים של יחידה אוניברסיטאית, שם ציווה בג"ץ, במסגרת תביעה משפטית של המפוטרים, שאין להסתפק בדוח מסכם של ועדת הבדיקה ששמעה את העדים, וחובה למסור למפוטרים – לצורך הוכחת תביעתם בבית הדין לעבודה – את עדויות המורים והתלמידים שהופיעו בפני הוועדה, אף על פי שהוועדה הבטיחה לעדים שחששו להעיד נגד המרצים סודיות וחשאיות כדי שיתייצבו להעיד.⁵⁵

ג. מנגד, ממש לאחרונה, אפילו במשפט פלילי וחרף הוראות גילוי ועיון מרחיבות בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, צמצמה כבוד השופטת עדנה ארבל את זכות העיון של סנגורי הנשיא לשעבר משה קצב ודחתה ערר שעניינו היה הדרישה לעיון בתרשומת שערך פרקליט המדינה עם אחת המתלוננות במסגרת ריאיון עד לאחר שהחקירה הסתיימה.⁵⁶

טו. סופיות הגילוי והעיון המנהלי מקל וחומר

כמו כן יש לבחון אם וכיצד יש ליישם בהליך השימוע המנהלי את הכלל של סופיות הליך גילוי המסמכים הקיים בהליך המשפטי האזרחי. מאחר שהשימוע ביחסי עבודה הוא הליך

53 ראו: ע"ע (ארצי) 1223/00 אסולין – פרוד תעשיות טכסטיל (פורסם בנבו, 11.6.2002); ע"ע (ארצי) 1268/01 החברה הממשלתית למדליות ולמטבעות בע"מ – כהן, פד"ע לט' 71 (2003); עס"ק (ארצי) 2/03 מרכז הירידים והקונגרסים בישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע לט' 106 (2003); עב' (אזורי ת"א) 1037/03 שוורצבאום – אפלייד מטריאלס ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.10.2006); בש"א (אזורי י-ם) 2058/05 מוחסין – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.5.2007).

54 ראו עניין משה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 656.

55 ראו לעיל ה"ש 17.

56 בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, ס' 9 (פורסם בנבו, 13.9.2009).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

מנהלי פנימי, קדם-משפטי, נראה שיש ליישם את הכלל של סופיות הגילוי בהליך המנהלי מקל וחומר. מה גם שכאמור בהליך השימוע המנהלי גילוי המסמכים הכללי או הספציפי אינו פורמלי ואינו מלווה בתצהיר של המעביד וגם אין מצורפת רשימה מחייבת, מפורטת ומזוהה של כל מסמכי הגילוי. יש להביא בחשבון שהמעביד יכול לנצל חובה זאת לרעה. אולם בגלל שיקולי יעילות של הליך השימוע המנהלי אין מקום לעכב את הבירור המהותי לגופו ולנהל "משפט זוטא" נוסף בעניין היקף גילוי מסמכים כללי או ספציפי בפני ועדת השימוע. אולם אם העובד יודע או חושד שהמעביד הסתיר ממנו בשימוע עובדות ו/או מסמכים רלוונטיים הוא יוכל לברר זאת בהליך משפטי בבית הדין לעבודה. שם זכותו לבקש גילוי מסמכים כללי וספציפי ועיון בהם וכן לבקש לפסול את ההחלטה שנתקבלה שלא כדין בשימוע. על פי סדרי הדין בהליך משפטי בבית הדין לעבודה, יידרש המעביד לגלות את כל המסמכים ולגבות את הגילוי בתצהיר וברשימת כל המסמכים הרלוונטיים שנמצאו ברשותו לאחר בירור, לרבות פירוט מסמכים רלוונטיים שהיו ברשותו ויצאו ממנה.⁵⁷ המעביד מסתכן אפוא בפסילת החלטתו המנהלית בבית הדין וגם בפני בורר⁵⁸ אם יתברר שהפר את חובת ההשמעה והגילוי המנהלי והעלים מסמכים רלוונטיים להגנת העובד בחוסר נאמנות והגינות.

טז. פסק הדין המקיף בבג"ץ בפרשת קיסר, שהגביל את צורתו ותוכנו של הגילוי המנהלי

לאחרונה הגיעה הסוגיה העקרונית של היקף חובות הגילוי של מעביד לפתחו של בג"ץ בעתירה בפרשת קיסר. מדובר במעביד אקדמי ובתהליכי מינוי וקידום של מרצים:⁵⁹ שש אוניברסיטאות עתרו נגד בית הדין הארצי לאחר שציווה על אוניברסיטת תל-אביב לגלות למרצים לקראת שימוע מנהלי פרוטוקולים של דיונים פנימיים מוקדמים של ועדות מינויים שדנו בעניינם של המרצים.

פסק הדין העקרוני ורחב היריעה ניתן בסיומו של מאבק משפטי ארוך בשלוש ערכאות. הבג"ץ סוקר את הדין וההלכה בישראל ובמשפט ההשוואתי באשר להיקף זכות העיון

57 גם פרופ' יצחק זמיר סבור בספרו "הסמכות המינהלית" שאין חובת גילוי כוללת וכללית במקרים שהשימוע המנהלי מקדים הליך משפטי שבו תינתן לאדם הזדמנות משפטית מלאה לעיין בכל החומר. זמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 890.

58 התוספת לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 מקנה לבורר סמכות לצוות על גילוי והמצאת מסמכים כמו לבית משפט מפר הצר עלול לשם על כך בדחיית התביעה או ההגנה.

59 בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה וד"ר צמח קיסר (פורסם בנבו, 31.1.2011).

במסמכי האוניברסיטה כחלק מזכות השימוע בהליך המנהלי הפנימי ולאחר מכן בהליך השיפוטי. נתרכז לענייננו בפסיקת בג"ץ, המחדשת בסוגיית היקף חובת ההשמעה והגילוי הראשוני של המעסיק בשלב הראשוני הפנימי של השימוע המנהלי הטרור-שיפוטי.

1. ההיבטים העקרוניים והמאזנים של חובת הגילוי החוקתית אך היחסית

בהיבט המושגי והעקרוני של זכות העיון וזכות הטיעון של כל עובד המועמד לפגיעה חזר הבג"ץ בפרשת קיסר על השיח המשפטי הקיים וחיזק את העקרונות הכלליים הפסוקים, שזו היא תמציתם:

- * נקודת המוצא העקרונית היא שהגילוי הוא הכלל וסייגיו הם החריג.
- * עקרון הגילוי של חומר רלוונטי לשימוע הוא ערך מרכזי בכמה מישורים שונים: הוא ערובה חיונית לחשיפת האמת; הוא ערך מהותי להגנה על זכויות הפרט; הוא ערך יסודי במישור הציבורי ובהתנהלות תקינה וצודקת של החברה; הוא תנאי בסיסי לקיום ביקורת שיפוטי אפקטיבית על תהליכים מנהליים.
- * חרף עצמתם של ערכי הגילוי והשקיפות של המעביד במישורים השונים חובת הגילוי וזכות העיון בצדה אינן ערכים מוחלטים.
- * מולם ניצבים ערכים ואינטרסים נוגדים שהמשפט מייחס להם משקל והם מחייבים איזונים ליצירת שיווי משקל ראוי בין האינטרסים המתמודדים.
- * גם בתהליך שיקולי האיזון נקודת המוצא העליונה היא חובת השקיפות והגילוי של המשמיע. נדרש ערך נגדי בעל משקל מיוחד כדי לגרוע מחובת הגילוי העקרונית של המעסיק על פי נסיבותיו של ההקשר המיוחד.
- * אין הצדקה ליצור חיסיון הלכתי חדש לדיונים פנימיים ולפרוטוקולים של ועדות מינויים אקדמיות, ועם זאת מוכרת החשיבות של החלפת דעות באופן חופשי בוועדות מינויים באשר למועמד למינוי או לקידום והחשיבות של הגנה על יכולת האוניברסיטה לקבל חוות דעת אקדמיות חופשיות ואמינות ללא זיהוי כותביהן.

2. ההיבטים האופרטיביים של הגבלת השקיפות המנהלית בשלב המקדמי

החידוש החשוב בפסק הדין קיסר הוא שהבג"ץ, בראשות כבוד הנשיאה השופטת דורית ביניש, לא נשאר ברמה העקרונית והציג הפעם לאוניברסיטאות ולחברי הסגל משנה פרטנית סדורה והנחיות אופרטיביות כיצד ליישם באוניברסיטאות את האיזונים של היקף חובת הגילוי היחסית של האוניברסיטה ושל זכות העיון היחסית של חברי סגל בהליך המקדמי הטרור-משפטי של הדיון האקדמי בוועדות המינויים השונות, שבהן אין למועמד שימוע אישי בעצמו ו/או עם פרקליט, וההחלטות האקדמיות מתקבלות בהיעדרו על סמך חוות דעת מקצועית והערכות אקדמיות שונות בכמה ועדות אקדמיות. בסעיף 40 של פסק הדין

הניחה כבוד הנשיאה דורית ביניש בנושא המוסדות האקדמיים מערך מפורט של כללים לגילוי חלקי ומעובד של דיונים ופרוטוקולים של ועדות המינויים האקדמיות שצריך למסרם למועמד שנדחה לפני פנייתו לערכאה שיפוטית.⁶⁰

מכללים פרטניים אלה, הייחודיים לאקדמיה, אנסה לדלות ולהסיק הנחיות רוחביות הגדרות את חובות ההשמעה המנהלית, הראשונית, טרם הליך השימוע וטרם ההליך המשפטי של כלל המעסיקים ועובדיהם, כדלקמן:

* עקרון-העל להליך שימוע הוגן לעובד הוא חובת המעביד המקדמת לגלות לעיונו של העובד את החומר הרלוונטי שעמד בפני המעביד בהחלטתו הראשונית על כוונת הפגיעה בעובד, בכפוף לשימוע כדי שהעובד יוכל לממש בפועל את זכות הטיעון, לבטל את ההחלטה או לשנותה.

* הליך השימוע הרגיל אצל מעבידים שונים – ציבוריים ו/או פרטיים – נפתח במתכונת שונה מזו שבאוניברסיטה בשל היות ההחלטה המנהלית אצלם – על כוונת פיטורים, נידוד וכיו"ב, בכפוף לשימוע – החלטה של אדם אחד (כגון מנכ"ל, יו"ר, מנהל משאבי אנוש) או של קבוצה (כגון יו"ר, מנכ"ל ויועץ משפטי וכיו"ב). בדיון פנימי מוקדם כזה לא נערך בדרך כלל פרוטוקול, לא אצל היחיד ולא אצל קבוצת דיון. ואכן עד היום לא נדרש בפסיקה לערוך פרוטוקול טרום-שימוע כזה או לגלות פרוטוקול כזה לעובד. בעקבות החלטה מנהלית כזו אמור להישלח לעובד זימון מפורט לשימוע מנהלי פנימי עם הממצאים, עם נימוקי ההחלטה ועם החומר הרלוונטי כמפורט לעיל.

* כיוון שלהבדיל מחבר סגל אקדמי, בעניינו של עובד רגיל מתקיים הליך שימוע מנהלי מסודר אחרי ההחלטה המקדמת וקבלת הזימון, החומר והנימוקים, אין לדעתי לעובד זכות לקבל לצורך השימוע, נוסף על הזימון המפורט, גם את פרוטוקול ההחלטה המקדמת של הטרם-שימוע גם לא בסיכום או בתמצית. זאת אלא אם יש לעובד ידיעה ממשית או ראשית ראייה – ולא "טענת דייג" בעלמא – שההחלטה המקדמת נגועה בפסול חמור.

60 בס' 40 לפסק הדין מנחה בג"ץ את האוניברסיטאות, בהתחשב בעקרון החופש האקדמי מול זכות העיון של חבר הסגל, בתמצית כדלקמן: הוראות הסודיות הגורפות בתקנוני האוניברסיטאות יבוטלו ויסייגו לפי הנחיות האלה: המועמד לא יקבל את פרוטוקולי ועדות המינויים אך יקבל סיכום דיון נאמן ורשמי על יסוד תרשומת במהלך הדיון, וחתום בידי יו"ר הוועדה. הסיכום יכלול את שמות המשתתפים, ויפרט את עיקר החומר שהיה בפני הוועדה ואת עיקר חוות הדעת האקדמיות שהוגשו לה, ללא חשיפת שמות כותביהן או כל פרט מזהה. יצוינו התחומים שבהם נבחנה איכותו האקדמית של המועמד, יצוינו קיומן של דעות סותרות – אם היו – ותוכנן, יפורטו נימוקי ההחלטה ושיקוליה, הטובים והרעים, וההחלטה עצמה.

- * לחלופין, לנוכח העובדה שלאחר הזימון המפורט ושלב השימוע המנהלי עומדת לרשות עובד רגיל האפשרות לשלב נוסף של הליך שיפוטי, שמתקיים בו הליך דיוני מפורט ומוסדר של גילוי מסמכים כללי וספציפי של כל החומר הרלוונטי (הלא חסוי), ושבו יש לעובד זכות לזמן את משתתפי הדיון המוקדם לעדות ולחקור אותם, אפשר להגביל את חובת הגילוי המנהלי של פרטי הדיון המקדמי, הטרומ־שימוע, ברוח פסק הדין בפרשת בר־אילן:
 - * המעסיק אינו חייב לגלות לעובד את הפרוטוקול המילולי של הדיון המנהלי המוקדם אם היה כזה. לפי פסיקת בג"ץ די במסמך מעובד – להבדיל מפרוטוקול – המסכם לעובד את עיקרי הדיון המוקדם והמשקף את הפרטים העיקריים האלה:
 - * שמות המשתתפים בדיון המוקדם ותפקידיהם.
 - * פירוט התשתית העובדתית והחומר שעליהם נשענת כוונת ההחלטה.
 - * השיקולים והנימוקים של ההחלטה, והדעות שהובעו לטוב ולרע ללא זיהוי אומריהן.
 - * השורה האחרונה של ההחלטה.
- ולבסוף, חידוש ומפנה מסוים – לא פחות חשוב – בבג"ץ קיסר הוא שהערכאה השיפוטית העליונה הגיעה למסקנה שיש לשים גבולות ולאזן איזונים הלכתיים בתהליך המשפוט המואץ של חובת ההשמעה המקדמית של המעביד ושל זכות העיון של העובד. תהליך השימוע המנהלי בכלל וחובות הגילוי המנהלי בפרט הורחבו ונפחו בשנים האחרונות לממדים קיצוניים והפכו למכשיר משפטי המשבש ומעכב הרבה הליכים מנהליים ומרבה התדיינות משפטיות במעין "משפטי שימוע זוטא". פסיקת בג"ץ בפרשת קיסר והמדיניות השיפוטית המצמצמת הנובעת ממנה בולמת את ריבוי ההתדיינות המשפטיות ומאזנת במידת מה את תהליכי השימוע.

יז. סיכום

חובת הגילוי הרחבה של מידע ושל מסמכים רלוונטיים בהליך משפטי בבית משפט מוסדרת בחוק ובתקנות סדר דין, הן בסדר הדין האזרחי, הן בסדר הדין הפלילי והן בסדר הדין המנהלי. חובה רחבה זו כפופה לחריגים מועטים ומוגבלים כתנאי להליך הוגן וכחובה ראשונית יסודית וכללית.

מצינו כי גם בהליכים מנהליים פנימיים המתקיימים במוסד ציבורי או במפעל פרטי בין מעביד לעובד קיימת כעיקרון חובת הגילוי של המעביד וזכות העיון של העובד לפני כל פגיעה במעמדו או בזכויותיו של העובד:

"כזכות בעלת אופי חוקתי אותה נושא אדם בבואו אל הרשות ובצאתו ממנה, והרשות חייבת במסירתו של המידע לאדם כל עוד לא נאסר עליה

ספר אליקה ברק-אוסוסקין היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה

בדין לעשות כן, וכל עוד עמדה בנטל של הוכחת התנאים להתקיימותו של אותו איסור שבגלוי".⁶¹

ואולם, היקפה של חובת ההשמעה הפנימית ביחסי עבודה בערוץ המנהלי וזכות העיון המנהלית המקבילה אינה מוסדרת לפרטיה ואינה מוגדרת בחוק או בתקנות. מקורה של הזכות במשפט המקובל, פרי פיתוח הלכתי ממקרה למקרה בפסיקת בית המשפט העליון⁶² ובתי הדין לעבודה.⁶³

אף על פי שמוסכם שהיקפן של חובת ההשמעה של זכות העיון בהליך שימוע מנהלי ביחסי עבודה שונה ומצומצם מזה שבהליך משפטי, עדיין אין משנה סדורה באשר למהות האיזון הראוי המבטיח בהליך שימוע מנהלי בתוככי המפעל גם יעילות ביצוע למעביד בעסק חי וגם הליך הוגן לעובד, בעת ובעונה אחת.

יח. המלצות

למרות חשיבותו הגדלה והולכת של הליך השימוע ביחסי עבודה ולמרות העיסוק ההלכתי הגובר בשנים האחרונות בסוגיה המתפתחת מתקדים לתקדים עקב בצד אגודל, עדיין אין הסכם קיבוצי, צו הרחבה או דבר חקיקה המסדיר לפרטיו את נושא השימוע המנהלי ביחסי עבודה באופן כוללני, והקובע את כללי המשחק המהותיים⁶⁴ ואת נוהלי השימוע הדינמיים והראייתיים⁶⁵ באופן שיבטיח אחידות למעבידים ושוויון לעובדים בנוהל שימוע ברור.

- 61 ע"ע (ארצי) 1091/00 שטרית – קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5 (2000).
- 62 ראו דברי הנשיא אהרון ברק שהכיר בחובת הגלוי של רשות המס וזכות העיון של הנישום בשלב ההשגה המנהלית, רע"א 291/99 ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, 322 (2004). וכן ראו אימוץ ההלכה בבית הדין הארצי לעבודה בדברי השופטת נילי ארד בעניין סבן, לעיל ה"ש 52.
- 63 וראו דברי זמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 891, כי כעיקרון יש להעדיף את ההגיונות המנהלית על פני היעילות המנהלית ואפשר לאזן את היקף הגילוי והסדרי הגילוי באופן מידתי.
- 64 באשר להסדר של שימוע מנהלי מוקדם לפני הגשת כתב אישום פלילי ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.300 (51.015) מ-1999 שעודכנו ב-2003 וב-2007.
- 65 ראו מאמרה של מיכל הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עקרון השימוע במבט אנאליטי" משפט ועסקים ט 311 (2008) שבו היא מותחת ביקורת על חוסר יעילותו של עקרון השימוע הנוהג שאינו מעניק הגנה של ממש לעובדים.

בשל החומר המשפטי הרב שהצטבר בפסיקת בית הדין לעבודה ובג"ץ ראוי שהשותפים המרכזיים ליחסי עבודה או המחוקק מיזמתו, או בעקבותיהם, יקבעו כללי התנהגות ראויים, מידתיים ובסיסיים שיחייבו את הצדדים בהליך שימוע אישי ו/או קיבוצי ככל שלביו.⁶⁶ במסגרת זו הראוי להסב את תשומת הלב לכמה נושאים בהליכי שימוע שטרם מצאו את פתרונם ההלכתי הישיר, הצודק והמאוזן.

א. במקרים רבים הליכי שימוע מנהלי נוטים להתמשך יתר על המידה בשלב ההשמעה. העובד או בא כוחו נוטים לדרוש שוב ושוב פירוט עובדות נוספות ו/או גילוי של עוד ועוד מסמכים כלליים או מסוימים לקראת השימוע, בליווי בקשות לדחות את מועד הדיון מטעמים שונים ואף מוצדקים. זאת מכיוון שכל עוד לא הסתיים הליך השימוע המנהלי כוונת המעביד להשעות, לפטר, לנייד או לשנות את תנאי העבודה, איננה יוצאת מן הכוח אל הפועל, יש לעובד אינטרס כלכלי משפטי וציבורי ברור לדחות את הקץ על ידי הארכת הליכי השימוע. עם זאת יש לוודא שהעובד יזכה להליך הוגן ושקוף ולמנוע שרירות פרוצדורלית וחיפזון בלתי ראוי מצד מעביד.

לכן כדי לחזק את יעילות הליך השימוע ולמנוע שימוש לרעה בזכויות ובחובות, יש מקום לשקול את האפשרות שהזימון של עובד לשימוע (במקרה של פיתורים) ישמש גם הודעה מוקדמת (על תנאי) לפי תקופת ההודעה המוקדמת המוסכמת בחוזה העבודה, ובאין תקופה חוזית מוסכמת בחוזה העבודה – תקופת ההודעה המוקדמת החוקית הסבירה של 30 יום.

הוראה מוסכמת דומה קיימת מימים ימימה בהסכם הקיבוצי הכללי להסדר יחסי עבודה מיום 10.1.1967 בין ההסתדרות להתאחדות התעשיינים באשר לפיטורי צמצום קיבוציים, וזאת אף על פי שההליכים שם מותנים במנגנון מורכב וארוך יותר של משא ומתן קולקטיבי, דיונים, ועדה פריטטית ובוררות. הליך שימוע מנהלי פרטני אמור להיות מורכב פחות, יעיל יותר וקצר יותר. הזימון לשימוע הכולל את עילות הפגיעה והראיות ישמש הודעה מוקדמת על תנאי לתקופה סבירה של שימוע בת חודש ימים, וייכנס לתוקפו, אם בכלל, לפי ההחלטה הסופית. כך מצד אחד יימנע שימוש לרעה של העובד בבקשות שונות ובדחיות מיותרות לקראת השימוע, שלא תבאנה לו עוד תועלת כלכלית. ומצד אחר, אם המעביד לא פעל בשקיפות ובהגינות, יתאפשר לעובד להגשים את זכות הגילוי והעיון של עובדות או של מסמכים באופן ממשי ומלא בהליך משפטי לפסילת השימוע ופיטורים.

66 ניסיון חלקי כזה למציאת המודל ההוגן נעשה במבט השוואתי לאנגליה, לאירופה ולארצות הברית על ידי שופט בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, יצחק לובוצקי ודוד א' פרנקל "בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן המהפכה החוקתית" משפט ועסקים ג 161 (2005).

ב. בכל זימון לשימוע יש להודיע לעובד על זכותו לעיין בכל החומר בתיק האישי שלו (שאיננו חסוי) גם אם לא כל החומר בתיק האישי, המתייחס לכל תקופת העבודה, נוגע ישירות לעילות השימוע הקונקרטיות. שקיפות התיק האישי חשובה לעובד ולשימוע הוגן. ראשית, יש ערך להצגת התמונה הכוללת של נקודות זכות בכל ההיסטוריה האישית של יחסי העבודה. שנית, העובד זכאי לוודא שאין בתיק האישי שלו מסמכים שליליים פסולים, כגון מכתבים אנונימיים, תלונות, הערות והערכות שליליות של העובד שלא עומתו עמו קודם לכן, ואשר יכלו להשפיע על מקבלי ההחלטה לרעתו מבלי שניתנה לו הזדמנות להזימם.⁶⁷

ג. כאמור, לפי ההלכה כיום חובת השימוע המנהלי היא חובה כללית וגורפת. היא חלה בכל שלב של יחסי העבודה לגבי כל עובד לרבות מי שמועסק בעבודה זמנית ובתקופת ניסיון קצרה. בהיעדר פגיעות חמורות או מורכבות – כדי למנוע הכבדה ולמען יעילות השימוע כחובה מנהלית יחסית ולא מוחלטת – יש מקום לשקול הקלות בנהלי ההשמעה והשימוע המנהלי בהתחשב במעמד העובד, בתקופת עבודתו – קצובה או בלתי קצובה – עובד בניסיון או עובד זמני לתקופה קצרה של עד שנתיים לעומת עובד קבוע או ותיק. אבחנות כאלה לצורך צמצום חובת השימוע מקובלות בהסכמים הקיבוציים וגם בפסיקה.⁶⁸

ד. לעומת זאת בהליך שימוע מנהלי חריג ומורכב, המתייחס לתקופה ממושכת, למידע רב ולריבוי מסמכים, מוצדק להרחיב את חובת ההשמעה ההוגנת ולהתאימה למקרה המיוחד. בנסיבות כאלה מן הדין והצדק יש להעדיף את חובת ההשמעה, השקיפות וההגינות המוגברת של המעביד כלפי העובד, וזאת לא רק להבטחת הליך הוגן לעובד אלא גם למען יעילות השימוע המנהלי. מנגד יש למנוע "הצפה" בלתי מבוקרת של העובד באלפי מסמכים, רלוונטיים ולא רלוונטיים, בערבוביה. הצפה כזו תיחשב בבלתי הוגנת ולפסולה כיוון שהיא למעשה מרחיקה את המעיין בחומר מהמסמכים הרלוונטיים – המעיין טובע בשטפון המסמכים הלא מסודרים.⁶⁹ לכן בהליכים מרובי מסמכים מוצדק לדרוש מהמעסיק:

1. לגבש בהכנה מוקדמת את רשימת כל המסמכים הרלוונטיים לטענת המעביד.

67 כפי שקרה בפרשת סרוג'י, כשהתגלתה בתיק הערכה שלילית ישנה שלא הראו לעובדת, ראו ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוג'י – המוסד לבטוח לאומי, פד"ע לט 686, 708 (2004). וכן ראו בג"ץ 656/80 אבו רוימי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185 (1981), שם פסל בג"ץ החלטת ועדה בעניינו של מתמחה ברפואה כיוון שלא ניתנה לו הזדמנות להגיב על תלונות עליו.

68 ע"ע (ארצי) 701/07 חברת החשמל לישראל בע"מ – תורג'מן, ס' 15 (פורסם בנבו, 3.3.2009).

69 ע"פ 1086/06 דיוקמן נ' א.מ.סי. טכנולוגיות רפואיות, ס' 7 (פורסם בנבו, 18.2.2007).

2. לסדר את הרשימה הארוכה של מסמכיו לפי מפתח מזוהה כמו סדור כרונולוגי או לפי העילות.
 3. לזהות כל מסמך ברשימה בחמישה פרטים לפחות: התאריך, הכותב, הנמען, העניין ומספר סידורי.
 4. למסור העתק של רשימת המסמכים המזוהה והמסודרת לעובד, מראש, במסגרת הזימון לשימוע ומבעוד מועד השימוע בכתב ו/או בעל פה, לפי העניין.
 5. למסור לעובד בד בבד העתק של המסמכים המרכזיים מהרשימה שעליהם נשען המעסיק ולאפשר לעובד לעיין בכל שאר המסמכים שברשימה ולהעתיקם, תוך מתן זמן סביר.
 6. לתת זמן סביר והולם לתגובת העובד לפי היקף חומר הגילוי הקונקרטי שברשימה, לפי היקף העיון בפועל במסמכים, ולפי חומרת הטענות המצטברות נגד העובד.
- ה. מן הדין והצדק למנוע גם מעובד להשתמש לרעה בזכות השימוע בהליך מנהלי פנימי רב־מסמכים. עובד העומד לכאורה בתוקף על זכות השימוע לדקדוקיה, אך בפועל מעמיד בפני המעביד, בחוסר תום לב, תנאים מוקדמים מופרכים או קיצוניים⁷⁰ או מנסה בתחבולות שונות לדחות את הקץ ולסכל את קיום הליך שימוע מנהלי יעיל תוך זמן סביר, צריך לדעת שהוא מסתכן בכך שייחשב למי שוויתר על זכות השימוע על ידי הכשלתה. המעביד יוכל לקבל החלטה מנהלית חד־צדדית בשימוע לפי החומר שבפניו, אם יזהיר את העובד בכתב שזאת כוונתו ויזמנו לשימוע והעובד יתמיד בסירובו. גם במקרה קיצוני כזה על המעביד לדעת שההתנהלות הפגומה של העובד וההתנהלות החד־צדדית של המעביד בתגובה כפופות לביקורת שיפוטית. בית הדין יתבקש על ידי העובד לשקול אם בנסיבות המקרה הספציפי היקף גילוי המסמכים המנהלי במסגרת השימוע המנהלי היה רחב מספיק כדי לקיים לעובד את זכויות העיון והטיעון בשימוע

70 במקרה אחד שנדון בבוררות ולא פורסם, גילה המעסיק לעובד ומסר לו מראש – לקראת שימוע מנהלי – לא פחות מ־4,000 מסמכים כולל דוחות רלוונטיים שהוציאו חוקרים, עורכי דין ורואי חשבון בנושאים חשובנאיים, וכן תרשומות של גרסאות כל האנשים שרואיינו על ידי החוקרים. ואולם העובד לא הסתפק בכך. הוא סירב להגיב לגופן של הטענות נגדו ו/או להתייב לשימוע פעם אחר פעם, בטענה שעל המעסיק לגלות לו תחילה את כל 400,000 המסמכים הקשורים לעניין באופן כזה או אחר, ולממן לו על חשבון המעביד צוות חוקרים, רואי חשבון ועורכי דין משלו שיחקרו גם הם את כל המרואיינים ויפיקו דוח דומה, הכולל לפני השימוע. כן סירב העובד להצעת המעביד להגיש למעביד רשימת מסמכים ספציפיים נוספים שהמעביד הסכים למסור לעובד לקראת השימוע. המעביד טען שהעובד שפוטר ללא שימוע סיכל את אפשרות השימוע המנהלי במו ידיו ומושתק מלטעון שהופרה זכות השימוע שלו או לטעון שפיטוריו היו שלא כדין.

- המנהלי קיום הוגן. וכן לבחון אם המעסיק היה רשאי לקבל החלטה חד-צדדית ולסרב להיענות לתנאים המוקדמים לשימוע שהציב העובד.
- הגילוי המנהלי והשימוע המנהלי, החסר או החלקי, יכול אפוא תמיד לקבל אישור או להיפסל בהליך השיפוטי. אך הוא יכול גם להירפא בהליך השיפוטי על ידי גילוי מסמכים שיפוטי רחב, בגיבוי תצהיר ובחקירת עדים שאין שומעים וחוקרים בהליך השימוע המנהלי. הקושי הניצב בפני עובד שלא זכה לשימוע מנהלי הוגן לקבל סעד אכיפה אפקטיבי הוא גורם הזמן. התמשכות ההליכים בבית הדין לעבודה אחרי פיתורים מנהליים והשינויים שחלים במקום העבודה בחלוף הזמן מקטינים את הסיכוי של עובד לקבל צו החזרה לעבודה. גם אם בית הדין פוסל את הפיתורים המנהליים כפיתורים שלא כדין בגלל פגמים של המעביד במילוי חובות הגילוי, ההשמעה והשימוע בהליך המנהלי – הסעד המעשי והמשפטי בחלוף הזמן הוא במרבית הפסיקה פיצויים ולא אכיפת יחסי עבודה.
- כידוע, לפי ההלכה הפסוקה, העובדה שהשומע הוא גם התובע וגם הדיין אינה פוסלת אותו. אולם כאחת הדרכים להגברת ההגינות בשימוע מנהלי ולהפחתת תחושת אי-האמון של העובד בהליך השימוע, במיוחד במקום עבודה גדול, ראוי לשקול כעיקרון הפרדה בין התובע, יוזם השימוע בכוונה לפגוע בזכות כלשהי של עובד, לבין הגורם שבפניו יתקיים הליך השימוע בפועל. ראוי כי הדין בשימוע יהיה אדם אובייקטיבי לכאורה ומעורב פחות, שיחליט או ימליץ בעקבות השימוע. אין כל מניעה כי את חובת ההשמעה טרם הליך השימוע עצמו יקיים התובע. למשל:
- א. בחברה פרטית או ציבורית ישמע את העובד, ינהל את הפרוטוקול ויגבש החלטה כהמלצה למנכ"ל או לדירקטוריון, דירקטור, רצוי דח"צ (דירקטור חיצוני), או ועדה של הדירקטוריון שאינה מעורבת במישרין בכוונת ההשעיה, הפיתורים, הניוד וכיו"ב.
- ב. ברשות מקומית יוזם ההליך יכול להיות מנכ"ל, ראש אגף או ראש העיר. אך כבר נחקק כי ישמעו את העובד ויגבשו החלטה בית הדין למשמעת או ועדה מנהלית מקצועית סטטוטורית (א-פוליטית) של הגזבר, היועץ המשפטי ומנהל כוח אדם. בכירים מיוחדים בעירייה, גזבר, יועץ משפטי ומבקר העירייה יפוטרו רק באישורו של רב מיוחס במועצה, לאחר שנשאו דברים ומימשו את זכות הטיעון שלהם בעל פה בפני מליאת המועצה.⁷¹
- ג. במקומות עבודה מאורגנים מתקיימים הליכי שימוע משמעתיים ואחרים בפני ועדות משותפות פריטטיות או בהליך שימוע מנהלי בהשתתפות נציג של ארגון העובדים.

71 ראו הוראות מפורטות בס' 171, 171א לפקודת העיריות [נוסח חדש].

ולבסוף ראוי להסדיר את חובת ההשמעה באופן מפורש במסגרת אותם דברי חקיקה בתחום דיני העבודה אשר מקנים לעובד את הזכות לשימוע טרם פגיעה בזכויותיו, ובכלל זה:

- א. חוק יסודות התקציב – כאמור בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, בסעיף 29א(א)(2) ובסעיף 29ב(ב)(2), נקבעה במפורש רק חובת השימוע ללא אזכור מפורש או פירוט של חובת ההשמעה של הממונה על השכר ושל היקף זכות העיון של הנפגע.
- ב. פקודת העריות – סעיפים 171 ו-171א לפקודת העריות קובעים את הליכי הפיטורים של עובדים בכירים ושל עובדים אחרים בעריות. סעיף 171 מקנה מפורשות את זכות השימוע בפני הגוף המקבל את החלטת הפיטורים רק למבקר העירייה, לגובר וליועץ המשפטי של העירייה. סעיף 171א אינו קובע חובת שימוע כלל. אף על פי שאין מחלוקת כי עובדים אלה זכאים להליך שימוע לפני פיטורים מכוח ההלכה, ראוי להסדיר את החובה גם בדבר החקיקה המסדיר את ההליך. ראוי אף לקבוע בדבר החקיקה את חובת ההשמעה והגילוי של הגורם האחראי לקיום השימוע.
- כל אלה ודומיהם יקטינו את החשדות שמא שימוע מנהלי ביחסי עבודה הוא "טקס תאטרלי" בלבד שתוצאותיו קבועות מראש, והגינותו היא למראית עין בלבד.

י.ט. אחרית דבר: הליך שימוע מנהלי פנימי הוא הליך כדין אם הוא הליך הוגן וצודק

לסיום רשימה זו, העוסקת ברובה בהיבטים דיוניים וראייתיים של הליך השימוע המנהלי בין כל עובד לכל מעביד, נדגיש: הערך העליון של המשפט, לרבות המשפט המנהלי ומשפט העבודה, הוא עשיית צדק והגשמתו בשקיפות, בהגינות ובשוויון. דיני הפרוצדורה והראיות הם שפחותיה של הגבירה – המשפט המהותי שעיקרו צדק. לכן גם ביחסי עבודה על כללי הדיון המנהלי וכללי הראיות המנהליות בשימוע המנהלי הפנימי לשרת בסופו של דבר את הצדק.

אשר לצדק ידועה האמרה שמקורה בדיני היושר:

"הצדק צריך לא רק להיעשות אלא גם להיראות".

אמור מעתה – גם בהליך שימוע מנהלי פנימי ביחסי עבודה:

"הצדק צריך לא רק להיעשות ולא רק להיראות אלא גם להשמיע ולהישמע".

חלק רביעי – זכויות עובדים מזווית חוקתית

זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי

התחולה במשפט העבודה¹

מאת

אהרון ברק*

א. הצגת הבעיה. ב. האופציות הפתוחות; 1. החלת הזכויות החוקתיות ביחסים בין פרטים (תחולה ישירה); 2. הגבלת הזכויות החוקתיות ליחס האנכי בלבד (היעדר תחולה); 3. הזכויות החוקתיות מחייבות את השופט כשהוא פועל במשפט הפרטי (תחולה על הרשות השופטת); ג. דרכי התחולה העקיפה; 1. הזכויות החוקתיות כערכים אובייקטיביים; 2. ערוץ תחולה ראשון: פרשנות המשפט הפרטי; 3. ערוץ תחולה שני: הסדר שלילי וחסר; 4. ערוץ תחולה שלישי: יצירת משפט פרטי חדש. ד. התחולה העקיפה בישראל. ה. סגירת מעגל. ו. התחולה העקיפה במשפט העבודה; 1. כללי; 1. ערוץ התחולה הראשון: פרשנות משפט העבודה; 3. ערוץ התחולה השני: הסדר שלילי וחסר במשפט העבודה; 4. ערוץ התחולה השלישי: פיתוח משפט העבודה.

1 רשימה זו מושתתת על כתיבתי בעבר בנושא זה והיא פיתוח נוסף של חשיבה זו. לפרסומים הקודמים ראו אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 647 (1994) (להלן – ברק, פרשנות חוקתית); אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן – ברק, ספר קלינגהופר) וכן Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in FREEDOM OF CONTRACT AND CONSTITUTIONAL LAW 105 (A.M. Rabello & Petar Sarcevic eds., 1998); Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds, 2001); Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, 3 REV. CONST. STUD. 218 (1996).

* נשיא בית המשפט העליון בדימוס. פרופסור במרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי העמוקה לעו"ד אסתר הרשקוביץ-רוגן על עזרתה בחלק הנוגע לתחולת הזכויות החוקתיות בדיני העבודה.

א. הצגת הבעיה

הכול מסכימים כי הזכויות החוקתיות² של הפרט מכוונות כלפי רשויות השלטון. ההיסטוריה של זכויות האדם היא היסטוריה של הכרה בזכויות הפרט כלפי הכלל. הטקסט של החוקות השונות מוציא היסטוריה זו מהכוח אל הפועל. לא פעם נמצא בחוקות הוראות מפורשות שלפיהן רשויות השלטון חייבות לכבד את הזכויות הקבועות בחוקה.³ השאלה הניצבת בפנינו היא אם הזכויות החוקתיות מכוונות כלפי רשויות השלטון (יחס אנכי), וכלפיו בלבד, או שמא הזכויות החוקתיות מכוונות גם כלפי פרטים אחרים (יחס אופקי)? האם הזכות החוקתית לחופש הביטוי של עובד (ככל אדם אחר) כלפי רשויות השלטון היא גם זכותו החוקתית של העובד לחופש ביטוי כלפי המעביד? שאלה זו ידועה בספרות המשפטית ההשוואתית כשאלה בדבר האפקט על הצד השלישי (Drittwirkung). הצד הראשון הוא הפרט. רשויות השלטון הן הצד השני. פרט אחר הוא הצד השלישי. השאלה היא אם הזכויות החוקתיות המוענקות בחוקה לצד הראשון (הפרט) מכוונות רק כלפי הצד השני (הרשות השלטונית) או גם כלפי הצד השלישי (פרט אחר). הספרות בנושא זה רבה ביותר.⁴

- 2 זכויות חוקתיות משמעותן ברשימה זו זכויות המעוגנות (במפורש או במשתמע) בחוקה והמצויות אפוא ברמה על-חוקית.
- 3 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90. ראו גם ס' 1(3) לחוק היסוד הגרמני; ס' 8(1) לחוקה של דרום אפריקה.
- 4 בעשר השנים האחרונות פורסמו מאות מאמרים בנושא זה. הספרים החשובים שפורסמו בתקופה זו הם FREEDOM OF CONTRACTS AND CONSTITUTIONAL LAW (Alfredo Mordechai Rabello & Petar Sercevic eds., 1998); AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS AND THE COMMON LAW (Rosalind English & Phiplip Havers eds., 2000); HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Erez eds., 2001); THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (Ardras Sajo & Renata Uitz eds., 2005); CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (Tom Barkhuysen & Stiewert D. Lindenbergh eds., 2006); HUMAN RIGHTS AND PRIVATE LAW: PRIVACY AS AUTONOMY (Katja Ziegler ed., 2006); HUMAN RIGHTS AND PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (Jörg Fedtke & Dawn Oliver eds., 2007) (להלן: Fedtke & Oliver); CHANTAL MAK, FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND (2008).

בשיטות משפט שונות מתעוררת השאלה מהו הסעד של הפרט אשר זכותו החוקתית הופרה על ידי רשות שלטונית.⁵ שאלה זו עניינה הזכות החוקתית של הפרט כנגד הרשות השלטונית. זו אינה השאלה הניצבת בפניי ברשימה זו. השאלה שבה אני מבקש לדון אין עניינה זכותו של הפרט כלפי הרשות השלטונית⁶ אלא זכותו של פרט אחד כלפי פרט אחר. השאלה היא אם זכויות האדם המעוגנות בחוקה מכוונות לא רק כלפי רשויות השלטון אלא גם כלפי פרטים אחרים.

הבעיה שלפנינו נפתרת לכאורה במקום שהחוקה קובעת עמדה ברורה בשאלה זו. למשל, החוקה של דרום-אפריקה קובעת הוראה מפורשת, ולפיה הזכויות החוקתיות חלות לא רק כלפי רשויות השלטון אלא גם כלפי פרטים אחרים. וזו לשון ההוראה:⁷

“A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right”.

על רקע הוראה זו לכאורה השאלה הניצבת בדרום-אפריקה אינה השאלה העקרונית אם הזכויות החוקתיות חלות גם ביחס האופקי, אלא השאלה באשר להיקף ההוראה והנסיבות שבהן מתמלאים תנאיה.⁸ מסקנה זו אינה נקייה מספקות,⁹ שכן הפסיקה של בית המשפט

5 לסוגיה זו ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 777; דפנה ברק-ארו עוולות חוקתיות (1992). ראו ס' 34 לחוקה הגרמנית; סעיף 124(1) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים; בארצות הברית פותחה הלכת *Bivens*: ראו *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1977).

6 ספרות רבה עוסקת במעמדה של הרשות השלטונית שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי. במסגרת זו פותחה הדוקטרינה של "דואליות נורמטיבית". על פיה חלים על הרשות השלטונית, כצד לחוזה, הן דיני המשפט הפרטי והן דיני המשפט הציבורי: ראו בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101 (1962); בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבוזנים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 747, 729 (1980); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 468 (מהדורה ראשונה, 1996); דפנה ברק-ארו "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א 275 (1993). בחינתה של דוקטרינה זו חורגת ממסגרת רשימה זו. כמובן, ככל שיותר פרטים הופכים לגופים דו-מהותיים, כן קטנים המקרים שבהם שאלת התחולה של הזכויות החוקתיות בין פרטים היא אקטואלית.

7 ס' 28(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

8 ראו Stuart Woolman, *Application, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 31 (Stuart Woolman, Theunis Roux & Michael Bishop eds., 2nd ed. 2005).

9 ראו H. Cheadle, *Third Party Effect in the South African Constitution, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM* 55 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005).

החוקתי קבעה שעל פי פירושה של הוראה זו – כחלק ממכלול ההוראות בעניין זה – ניתן לממש את הזכות החוקתית ביחסים בין פרטים רק באמצעות נורמות תת-חוקתיות (בין חקיקה ובין משפט מקובל).¹⁰ במספר קטן של חוקות – שאין בהן הוראה כללית לתחולת הזכויות החוקתיות כולן ביחסים שבין הפרטים – יש הוראות לתחולה ישירה של זכויות חוקתיות מיוחדות (כגון שוויון וחופש עיסוק) בתחומי המשפט הפרטי.¹¹ במגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights) האמריקנית מרבית הזכויות מנוסחות באופן השולל את תחולתן של הזכויות ביחס אופקי. כך למשל התיקון הראשון לחוק קובע:¹²

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press; or the right of the people peaceable to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

ההוראה מופנית כלפי הקונגרס, והיא מטילה עליו חובות. הוראה זו קובעת יחס אנכי בלבד. נמצא כי הבעיה מתעוררת באותן חוקות שבהן לשון החוקה (המפורשת או המשתמעת) אינה נוקטת עמדה ברורה ליחס האופקי. טול למשל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³ הזכויות החוקתיות אינן מציינות במפורש את החייב. למשל נקבע בו כי “אין פוגעים בקניינו של אדם”.¹⁴ האם זכות קניין זו מכוונת אך כלפי רשויות השלטון? האם אפשר לפרשה כמכוונת גם ליחסים בין פרטים? לשונה של ההוראה אינה נותנת תשובה ברורה לשאלה זו. גם הוראת התחולה אינה חד-משמעית בעניין זה. נקבע בה:¹⁵

“כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה”.

10 ראו Du Plessis v. De Klerk, 1996 (3) SA 850 (CC); Bernstein v. Bester NO, 1996 (4) BCLR 449 (CC); Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001(4) SA 938 (CC); Khumalo v. Holomisa 2002 (5) SA 401 (CC); Rail Commuters Action Group v. Transnet Ltd., 2005 (2) SA 359 (CC).

11 ראו התיקון ה-13 לחוקה האמריקאית, שלפיו חל איסור על עבדות. איסור זה חל כמובן ביחסים בין פרטים. ראו גם ס' 9(ד) לחוק הגרמני, האוסר על הסכמים בין פרטים המגבילים את חופש ההתאגדות.

12 U.S. CONST. art.I.

13 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

14 שם, ס' 3.

15 שם, ס' 11; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

לא נקבע בהוראה זו כי רק רשויות השלטון חייבות לכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד. שאלת היחס האופקי היא, מבחינה לשונית, פתוחה. השאלה היא אפוא אם פרשנותה של החוקה כמכלול פותרת את השאלה הפרשנית שלשונה המפורשת של החוקה משאירה פתוחה.

את היקף הבעיה יש לצמצם בהיבט נוסף. במקום שנורמה תת-חוקתית שנקבעה על ידי רשות שלטונית (כגון חוק) פוגעת בזכותו של פרט כנגד פרט, יש בכך לרוב גם כדי לפגוע בזכות חוקתית של הפרט כנגד אותה רשות שלטונית. אכן המשפט הפרטי הוא הבסיס לזכויות האדם של פרט כנגד פרט. דיני החוזים, הנזיקין, הקניין, המשפחה, העבודה ושאר דיני המשפט הפרטי מעצבים את הזכויות של פרט אחד כנגד פרט אחר. שינוי בכל אלה על ידי הרשות השלטונית יגרור לרוב פגיעה בזכותו החוקתית של הפרט כנגד הרשות השלטונית. עד כמה שפגיעה זו אינה מידתית היא אינה חוקתית.¹⁶ בחינת חוקתיות זו חורגת מגדריה של רשימה זו. טול הוראת חוק שלפיה חל איסור על פיטורי עובדת בשל הריונה. חוק זה מצמצם את חירותו של המעביד כלפי העובדת ומרחיב את זכותה של העובדת כלפי המעביד. חוק זה פועל במשפט הפרטי, כלומר ביחסים שבין הפרטים (יחס אופקי). עם זאת חוק זה עצמו הוא פעולת שלטון (הכנסת) הפוגעת בזכות החוקתית של המעביד כלפי רשויות השלטון לחופש העיסוק (יחס אנכי). חוקתיותה של פגיעה זו נבחנת על פי אמות-המידה הקבועות בחוקה, כלומר הפגיעה תהיה חוקתית אם היא מידתית (פסקת ההגבלה). חוקתיותה של חקיקה זו אינה נושא רשימתנו. איננו בוחנים עד כמה הנורמות של המשפט הפרטי – בדוגמה שלנו החוק בעניין פיטורי עובדת בהיריון – פוגעות בזכות חוקתית של המעביד כלפי רשויות השלטון. מטרת בחינתנו היא לבדוק עד כמה הזכויות החוקתיות חלות ביחסים בין פרטים. השאלה המעניינת אותנו היא אם מעביד יכול להעלות נגד העובדת טענה כי זו האחרונה (ולא רק המחוקק) פגעה בזכותו החוקתית כלפיה. השאלה שלפנינו היא אם יש לזכויות החוקתיות תחולה גם ביחס האופקי. התשובה לשאלה זו היא פרשנית. מהן האופציות הפתוחות לפרשן?¹⁷ עקרונית אפשר לחשוב על ארבע אופציות: תחולה ישירה של הזכויות החוקתיות ביחס האופקי; היעדר כל תחולה של הזכויות החוקתיות ביחס האופקי; תחולת הזכויות החוקתיות ביחס האופקי באמצעות הרשות השופטת; תחולה עקיפה של הזכויות החוקתיות ביחס האופקי. נבחן כל אחת מארבע אפשרויות אלה, ונתחיל באופצייה של התחולה הישירה.

16 ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 653; ברק, ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168.

17 ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 102 (vol 2, 5th ed. 2007).

ב. האופציות הפתוחות

1. החלת הזכויות החוקתיות ביחסים בין פרטים (תחולה ישירה)

האופציה הראשונה העומדת לרשות הפרשן היא לפרש את הוראות החוקה בעניין זכויות האדם כמכוונות הן כלפי רשויות השלטון והן כלפי הפרטים.¹⁸ על פי גישה זו תהא לזכויות החוקתיות תחולה ישירה ביחסים בין פרטים. למשל, על פי אופציה זו הזכות לכבוד ולחירות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלה גם ביחסים שבין פרטים. על פי גישה זו, חוק היסוד מכיר בחובתו החוקתית של המעביד שלא לפגוע בכבוד האדם של העובד ובחובתו החוקתית של העובד שלא לפגוע בכבוד האדם של המעביד. בדומה, חופש הביטוי המעוגן בחוקה אינו רק חופש של הפרט כלפי רשויות השלטון אלא גם חופש כלפי כל פרט אחר. תומכים באופציה זו שני השיקולים האלה: ראשית, במציאות המודרנית הסכנה לזכויות החוקתיות אורבת לא רק מרשויות השלטון אלא גם מפרטים אחרים. לאלה יש לעתים כוחות שאינם נופלים מכוחה של המדינה. ראוי הוא אפוא להחיל את הזכויות החוקתיות גם ביחס האופקי;¹⁹ שנית, לנגד עינינו מתרחש תהליך נרחב של הפרטה.²⁰ על פיו סמכויות שלטוניות, שהפעלתן על ידי הרשות השלטונית חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית, מועברות לסקטור הפרטי. אם בגדר סקטור זה לא ימשיכו לחול הזכויות החוקתיות, התוצאה תהיה כי ההפרטה תפגע בזכות החוקתית. חרף עצמתם של שיקולים אלה הנני סבור כי אופציה זו אינה ראויה.²¹ היא אינה נתמכת על ידי שני השיקולים שהובאו לביסוסה; היא אינה נכונה מבחינה מתודולוגית. אשר לשיקול הראשון (כוחם של פרטים מסוימים ככוח השלטון) – הנני סבור כי את ההגנה על

18 לאופציה זו ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 654. ראו גם Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirement and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005).

19 ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 656.

20 ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 59 (2010); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 287 (2001).

21 ייתכן שאפשר להצדיקה במקרים מיוחדים, שבהם מבקשת שיטת המשפט להניף "דגל שחור" על סוג מסוים של פעילות בלתי ראויה. על כן אפשר להצדיק את החוקה ההודית הרואה בחובה שלא להפלות חובה המוטלת לא רק כלפי המדינה אלא גם ביחסים בין פרטים: ראו ס' 15 לחוקה של הודו. ראו גם התיקון ה-13 לחוקה האמריקנית האוסר על עבדות. איסור זה חל לא רק כלפי המדינה אלא גם ביחסים בין פרטים. ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 671.

הפרט מפני כוחו של פרט אחר, יהא חזק כאשר יהא, יש להסדיר במשפט הפרטי (חוק או משפט מקובל) עצמו. אין צידוק להעניק לזכותו של פרט כלפי פרט חזק ממנו מעמד חוקתי, שכן במצב דברים זה תוענך גם לפרט החזק זכות חוקתית כלפי הפרט החלש ממנו. הענקת מעמד חוקתי לזכות חשובה הוא להגנת הזכות מפני המדינה, שבכוחה לחוקק חוקים ובכך לפגוע בזכות. הענקת מעמד חוקתי לזכות מטיל על המחוקק מגבלות על כוח החקיקה הפוגע בזכות חוקתית. תוצאה זו אינה חשובה להגנת זכותו של הפרט החלש כלפי הפרט החזק. לעניין היחסים בין פרט חלש לפרט חזק די בחקיקה הרגילה. ממילא לפרט החזק אין סמכויות חקיקה, ופסקת ההגבלה – החלה במקום שזכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית – אינה חלה בה. כמובן עד כמה שחקיקה רגילה זו אינה מתחשבת בחולשתו של צד אחד, בעיקר בשל חולשתו הכרונית יש מקום לפרשה, להשלימה, לבטלה או לשנותה באופן שיימצא האיזון הראוי בין פרט חלש לפרט חזק ממנו בגדריו של המשפט הפרטי על הסדריו, תרופותיו ומגבלותיו החוקתיות.²² בכל אלה אעסוק בגדריו האופייניים של התחולה העקיפה. אכן, הגנה לא מידתית של המשפט הפרטי על החלש מפני החזק עשויה להפוך משפט פרטי זה לבלתי חוקתי. לשם כך די בזכותו החוקתית של הצד החלש כלפי המדינה. אין צורך להכיר בזכות זו כזכות חוקתית כלפי הצד החזק. המאפיין את היחס האנכי הוא בזכותו החוקתית של הפרט כלפי הרשויות השלטוניות, אשר להן אין זכויות חוקתיות כאלה כלפי הפרט. המאפיין את היחס האופקי הוא זכותו של פרט כנגד פרט אחר, אשר לו זכות זה כלפיו. אם נראה ביחסים שבין פרטים יחסים אופקיים במישור החוקתי, לא נחזק את מעמדו של הפרט החלש, שכן לעומתו יעמוד פרט חזק בעל זכות חוקתית זהה.

השיקול השני (הפרטה שתוצאתה השתחררות מחובות חוקתיות) הוא מוגבל בהיקפו. גם אם יש מקום להכיר ביחס אופקי במצבי הפרטה, אין צידוק להרחיב יחס זה לכל הפרטים במשפט הפרטי. זאת ועוד: בעיית היחס האופקי במצבי הפרטה עשויה להיות שיקול רלוונטי באשר לחוקתיות ההפרטה.²³ למשל, הפרטת בתי הסוהר בוטלה בשל פגיעתה הבלתי מידתית בזכויות הפרט (האסיר).²⁴ במקום שההפרטה חוקתית, ראוי הוא כי הדין החל ביחסים בין הפרטים לאחר ההפרטה יהיה המשפט התת-חוקתי תוך התאמתו למצבי

22 ראו פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

23 רלוונטית לעניין זה התפיסה כי הרשות המחוקקת אינה רשאית להשתחרר מחובתה לקבוע את ההסדרים הראשוניים: ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2008); ג'דעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010).

24 ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 58 נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

ההפרטה. למשל, אפשר להרחיב את המושגיות של הגופים ה"דו-מהותיים".²⁵ יהא עניין זה באשר יהיה, אין זה ראוי כי ימשיך לחול בעניין היחס האנכי שחל בו בטרם הפרטה. מבחינה מתודולוגית כאשר שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות מתנגשות – בין שזו זכותו החוקתית של פרט כנגד הרשות השלטונית ובין שזו זכותו החוקתית של פרט כנגד פרט (על פי הגישה של התחולה הישירה) – פתרון ההתנגשות אינו במישור החוקתי.²⁶ היקפן של הזכויות החוקתיות אינו משתנה. פתרון ההתנגשות הוא ברמה התת-חוקתית, כגון ברמת החקיקה או המשפט המקובל. ברמה זו ייקבע אם החוק הפוגע בזכות חוקתית אחת כדי להגשים זכות חוקתית אחרת הוא חוקתי. על כן גם אם תוכר תחולה ישירה, הפתרון של ההתנגשות מבחינת היקף הזכויות לא יהיה ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית, כלומר במתן תשובה לשאלה אם החוק הפוגע הוא חוקתי. רמה זו צריכה כמובן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (מידתיות).^{26א}

הנה כי כן, הכרה בתחולה ישירה (אופקית) של הזכויות החוקתיות כלפי פרטים אחרים אינה ראויה. ההיגיון המונח ביסוד הצורך להכיר בזכות חוקתית של פרט כנגד הרשות הציבורית אינו קיים לעניין ההכרה בזכות חוקתית של פרט כנגד פרט אחר. אין כל צורך להוסיף על היחסים בין פרט למדינה במישור של זכויות חוקתיות גם יחסים בין פרט לפרט; אין כל צורך להחליף את המדינה בפרט לעניין היחסים בין הפרט לפרט.²⁷ אכן, המשפט המשווה תומך בעמדתו זו. אמת, בשיטות משפט אחדות מוכרת תחולה ישירה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי.²⁸ כבר ראינו כי החוקה של דרום-אפריקה קובעת זאת במפורש, אם כי פרשנותה שנויה במחלוקת.²⁹ לדעתי, כראוי נפסק כי המימוש של הזכות החוקתית בין פרטים צריך להיעשות בגדר המשפט הפרטי. התוצאה הינה כי הלכה למעשה התחולה הישירה הפכה לתחולה עקיפה.

25 ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008); דפנה ברק-ארוז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יג 273 (1995).

26 ראו אהרון ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" ספר יצחק אנגלרד 227 (דפנה ברק-ארוז וגדעון ספיר עורכים, 2009); אהרון ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 115 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט).

26א ראו לעי ה"ש 9.

27 ראו, Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights 362 (Julian Rivers trans., 2002): "[D]irect horizontal effect cannot mean that rights of the citizen against the state are also rights of the citizen against other citizens... direct horizontal effect cannot be achieved simply by exchanging the addressee of the right of the citizen against the state".

28 ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 668.

29 ראו Woolman לעיל ה"ש 8 וכן Cheadle, לעיל ה"ש 9, בעמ' 55.

2. הגבלת הזכויות החוקתיות ליחס האנכי בלבד (היעדר תחולה)

האופציה השנייה העומדת לרשות הפרשן היא לתת להוראות החוקה פירוש שלפיו הזכויות החוקתיות חלות רק כלפי רשויות השלטון.³⁰ חוקה נועדה להגן על הפרט מפני השלטון, ואין זה מעניינה לעסוק ביחסים בין פרטים. יחס זה מוסדר מימים ימימה על ידי המשפט הפרטי. על פי אופציה זו, בכל הנוגע ליחסים שבין פרטים לבין עצמם יש לחזור למשפט הפרטי ולאיוונים המקובלים בו בלא כל השפעה או חדירה של הוראות החוקה, שכל כולן בתחום הציבורי. כמובן, קו הגבול בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי אינו חד ואינו בלתי חדיר. קיימים יחסי גומלין בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. על כן בגיבוש דוקטרינות הלכתיות של המשפט הפרטי יתחשב השופט במשפט הציבורי. התחשבות זו משקפת את הצורך להשקיף על מבנה כולל של חברה, משפט ושיטה. עם זאת על פי האופציה השנייה התחשבות זו אינה מושתתת על תחולה – ישירה או עקיפה – של הוראות החוקה בדבר זכויות האדם ביחסים בין פרטים. עמד על כך השופט מקאינטייר (McIntyre) (J. בפרשה קנדיה,³¹ שבה הוחלט שהוראות הצי'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות אינן חלות במשפט הפרטי ההלכתי. מוסיף השופט:³²

“This is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the Charter is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of Charter causes of action or charter defences between individuals”.

על פי גישה זו, פסק דין המעניק סעד לפרט אחד כלפי רעהו אינו נבחן באמות המידה של הוראות החוקה, וחובתו של השלטון לכבד את זכויות הפרט אינה גם חובתו של בית המשפט לכבד את זכויות הפרט. בית המשפט מכריע בסכסוך פרטי – זאת ותו לא. על כן עשוי בית משפט להחליט כי חוזה הפוגע בזכויות אדם (כגון חופש העיסוק) נוגד את תקנת

30 לאופציה זו ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 658.

31 ראו Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2 S.C.R. 573.

(להלן: פרשת Dolphin Delivery).

32 שם, בעמ' 603.

הציבור ועל כן בטל, אך הוא יעשה כן באותו אופן שבו פעל בעבר בלא שחוקיותן של זכויות האדם, ובהן הזכות לחופש העיסוק, תהא רלוונטית להכרעה זו. המשפט הקנדי נוקט בעיקרו³³ את האופצייה השנייה.³⁴ הדבר נקבע בפרשת *Dolphin Delivery*.³⁵ באותה פרשה ניהל ארגון העובדים שביתה נגד המעביד. חברת *Dolphin Delivery* לא הייתה המעבידה אם כי סיפקה מוצרים למעביד. ארגון העובדים החליט לקיים משמרות מחאה (picketing) נגד *Dolphin Delivery*. זו פנתה לבית המשפט בבקשה לצו מניעה, אשר מנע את ארגון העובדים מלבצע עוולה של גרם הפרת חוזה. בבית המשפט טען ארגון העובדים כי אין ליתן צו אכיפה נגדו, שכן בכך תיפגע זכותו לחופש הביטוי המוגן בצ'רטר הקנדי על זכויות וחופשים. בית המשפט העליון דחה טענה זו. נקבע כי הזכויות החוקתיות הקבועות בצ'רטר הקנדי על זכויות וחופשים מכוונות כנגד המדינה ולא כנגד פרטים אחרים.

האופצייה של היעדר התחולה ראויה עד כמה שהיא דוחה את האופצייה של התחולה הישירה. עם זאת היא יוצרת חיץ חזק מדי בין המשפט החוקתי למשפט הפרטי. לדעתי, בין המשפט החוקתי למשפט הפרטי קיימים קשרים הדוקים בהרבה מאלה הניתנים על ידי האופצייה של היעדר התחולה. במרכזם של קשרים אלה עומדת חובתו של המשפט הפרטי – וחובתם של המחוקק והשופט היוצרים ומפתחים משפט זה – להגשים את הערכים והעקרונות החוקתיים.³⁶ חובה זו אינה קיימת אם נוקטים את הגישה של היעדר התחולה. ראוי הוא כי יוכר שחוקתיותם של המשפט המקובל והחקיקה מותנים בכך שאין הם פוגעים בזכויות חוקתיות של הפרט כנגד רשויות השלטון באופן לא מידתי.³⁷ חובה זו איננה מתמצית רק בכך שמוטל על המשפט הפרטי להתפתח באופן התואם את החוקה. על המשפט המקובל – כמו גם על החקיקה – להתאים לחוקה. על כן כאשר בית משפט מוצא כי המשפט המקובל אינו תואם את הוראות החוקה, עליו לקבוע זאת. בקביעה זו על בית המשפט לנקוט את אמות המידה הרגילות לעניין המידתיות בלא ליתן כל "הנחה" למשפט המקובל.³⁸ אם קביעה זו נעשית על ידי בית המשפט העליון בשיטת המשפט, בידו האפשרות לשנות את המשפט המקובל באותה הזדמנות עצמה.

33 אפשר לראות בו גם תחולה עקיפה מוחלשת: ראו *Stepher Gardbaum, The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 388 (2003).

34 ראו HOGG לעיל ה"ש 17, בעמ' 101. ראו גם *Pepsi-Cola Canada Beverages v. R.W.D.U.* דאגניס v. CBC [1994] 3 S.C.R. 835; [2002] 1 S.C.R. 156.

35 פרשת *Dolphin Delivery*, לעיל ה"ש 31.

36 לחובה זו, ראו להלן ה"ש 179.

37 ברוח זו ראו פרשת *Dagenais*, לעיל ה"ש 34; ראו גם HOGG לעיל ה"ש 17, בעמ' 159.

38 בפרשת *Hill v. Church of Scientology* [1995] 2 S.C.R. 113 קבע השופט קורי (Cory) כי את מבחני המידתיות הרגילים הקבועים בפסקת ההגבלה יש להפעיל בגמישות רבה מזו (more

3. הזכויות החוקתיות מחייבות את השופט כשהוא פועל במשפט הפרטי (תחולה על הרשות השופטת)

האופציה השלישית שאותה עשוי הפרשן לנקוט היא האופציה שעניינה התחולה על הרשות השופטת.³⁹ נקודת המוצא של אופציה זו היא התפיסה כי הזכויות החוקתיות מכוונות כלפי רשויות השלטון בלבד. השופט הוא רשות שלטונית, ועל כן הזכות החוקתית מכוונת גם כלפיו. משמעות הדבר, מבחינתו של השופט, כפולה: ראשית עליו לפתח את המשפט המקובל באופן העולה בקנה אחד עם חובתו שלא לפגוע באופן לא מידתי בזכויות החוקתיות; שנית עליו לפעול בגדריו של סכסוך ספציפי באופן העולה בקנה אחד עם זכויותיהם החוקתיות של הצדדים. על פי האופציה של התחולה על הרשות השופטת, השופט הוא זרוע של המדינה. כאשר השופט מדבר, המדינה מדברת; כאשר השופט פועל, המדינה פועלת (state action). השופט הוא רשות שלטונית, ולזכויות האדם מגיעה הגנה גם מפניה. בשיטת משפט שבה החקיקה של הרשות המחוקקת מוגבלת בהיקפה ועליה לפעול במסגרת דיני המידתיות, אין לשחרר את המשפט המקובל, פרי היצירה השיפוטית, מהגבלות אלה. אם המשפט המקובל כפוף לזכויות היסוד החוקתיות, גם הסכסוך הספציפי צריך להיות כפוף להן. אין הברדל, לעניין זה, בין פעולה נורמטיבית כללית של השופט, המפתח את המשפט המקובל, לבין פעולה נורמטיבית אינדיווידואלית של השופט, המעניקה תרופות בסכסוך בין פרטים.

גישה זו פותחה במשפט החוקתי האמריקני, שבו הזכויות החוקתיות מכוונות כנגד רשויות השלטון בלבד.⁴⁰ בפרשת *New York Times v. Sullivan*⁴¹ היא הופעלה לעניין פיתוח דיני לשון הרע שבדיני הנזיקין. בפרשה זו נידונה תביעת לשון הרע שהגיש Sullivan (דמות ציבורית) נגד העיתון *New York Times*. נקבע כי בשל הוראות התיקון הראשון לחוקה, הדן בחופש הביטוי כזכות חוקתית של הפרט כנגד המדינה, על השופט, כאורגן של המדינה, לפתח את דיני המשפט המקובל הדנים בדיני לשון הרע באופן שיעלה בקנה אחד עם הזכות החוקתית לחופש הביטוי. בפרשת *Shelley v. Kraemer*⁴² היא הופעלה לעניין מניעת סעדים מפלים בסכסוכים אינדיווידואליים. באותה פרשה רכשה משפחת Shelley (משפחה אפרו-

flexible) שבה הם מופעלים לעניין החקיקה. גישה זו אינה נראית לי. דין המשפט המקובל כדין חקיקה לעניין ההגבלה על זכות חוקתית.

39 לאופציה זו ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 663. הספרות בנושא זה רבה. עניין מיוחד מצאתי ב- Stephen Gardbourn, *The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 387 (2003).

40 ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 676.

41 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

42 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

אמריקאית) בית. Kraemer גר בסביבת אותו מקום. הוא פנה לבית המשפט למנוע ממשפחת Shelley לתפוס חזקה בבית, שכן הדבר נוגד חוזה מגביל (restrictive covenant) החל על הבית, שלפיו לא ירכוש את הבית Negro. בית המשפט העליון של ארצות הברית – שאליו הגיעה הפרשה מבית המשפט העליון של מיסורי (Missouri) – קבע כי שופט אינו רשאי ליתן צו אכיפה שיהיה בו פגיעה בעקרון השוויון הקבוע בתיקון הארבעה־עשר לחוקה. לדעתי האופצייה של תחולה על הרשות השופטת – ככל שהיא נוגעת לסכסוך האינדיווידואלי – אינה ראויה.⁴³ אין היא מקובלת במשפט המשווה, וגם באמריקה היא לא פותחה. לעומת זאת הדין עם אופצייה שלישית זו ככל הנוגע למשפט המקובל. על פי השקפתי המשפט המקובל כפוף למבנה החוקתי הכללי.⁴⁴ הלכה של המשפט המקובל עשויה לפגוע כדין בזכות חוקתית. לשם כך עליה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – עליה להיות מידתית.⁴⁵ על כן הנני סבור כי פרשת *New York Times v. Sullivan*⁴⁶ נפסקה כדין. לא כן הלכת *Shelley v. Kraemer*.⁴⁷ כאשר השופט נדרש להעניק צו אכיפה, עליו לפעול על פי דיני המשפט המקובל, שהם המסגרת המשפטית שבה פותחו דיני החוזה המגביל ודיני האכיפה. אם דינים אלה מאפשרים שלא להעניק צו אכיפה מפלה, עליו לפעול על פי דינים אלה. אם דינים אלה קובעים שיש מקום להעניק צו אכיפה גם אם הוא מפלה, עליו החובה להביא לשינוי דינים אלה (ובלבד שהוא מוסמך לכך בהייררכייה השיפוטית (כגון שהעניין נדון בבית המשפט העליון) או לפי דיני הסמכויות השיפוטיות (בשיטת משפט פדרלית). דיני המשפט המקובל אינם יכולים לפגוע בזכויות חוקתיות אלא אם הם מקיימים אותן דרישות המוטלות על חקיקה הפוגעת בזכויות חוקתיות. כל עוד המשפט המקובל לא שונה, עליו לפעול על פי דיני המשפט המקובל, שאם לא כן הוראת החוקה, הרואה בזכות השוויון זכות כנגד רשויות השלטון ולא כנגד פרטים אחרים, נעשית פלסטר. לכך אין השופט מוסמך. אכן, אם הוראת החוקה בעניין הזכות לשוויון חלה כלפי המדינה בלבד ואינה חלה ביחסים שבין פרטים, אין מקום למסקנה כי כשסכסוך בין פרטים מגיע לבית המשפט, על השופט להכריע בסכסוך בדרך שוויונית. מסקנה זו מבטלת הלכה למעשה את הוראת החוקה שלפיה הזכות לשוויון חלה ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון. אם בית המשפט פועל כלפי הפרטים על פי חובתו לפעול בשוויון, הוא מטיל את חובת השוויון של השלטון כלפי פרט על שכמו של כל פרט כלפי פרט אחר. הטלה זו אינה יכולה

43 ראו דברי השופט מקאינטייר (Mcintyre) בפרשת *Dolphin Delivary*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 443.

44 ראו פרשת *Carmichele*, לעיל ה"ש 10.

45 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26.

46 ראו לעיל ה"ש 41.

47 ראו לעיל ה"ש 42.

להיעשות בהחלטה אינדיווידואלית של כל שופט ושופט. היא מחייבת שינוי המשפט המקובל עצמו והתאמתו לזכות לשוויון. אכן, להלכת *Shelley v. Kraemer* לא היה המשך. תחתיה התפתחה במשפט האמריקני הדוקטרינה של מעשה מדינה (State Action).⁴⁸ תחולתן של הזכויות החוקתיות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית (ה־Bill of Rights) כלפי השופט מותנית בכך שהגורם הפרטי שלפי הטענה פוגע בזכות החוקתית ביחסיו עם זולתו, מבצע פונקציות שהן באופן מסורתי פונקציות של המדינה. לעניין זה פותחה פסקה ענפה אשר קבעה מתי הקשר (nexus) בין המדינה לפרט הוא קרוב מספיק כדי שיהיה אפשר לייחס פעולה זו למדינה עצמה. דוקטרינה זו מבטלת הלכה למעשה, אם כי לא במפורש, את הלכת *Shelley v. Kraemer*. לאור התפתחותה של דוקטרינה זו שוב אין לראות במשפט האמריקני כמי שמאמץ את מודל התחולה על הרשות השופטת. יש הסבורים כי הגישה האמריקנית מאמצת את התחולה העקיפה.⁴⁹

4. החלה של הזכויות החוקתיות באמצעות המשפט הפרטי (תחולה עקיפה)

האופצייה הרביעית שבה עשוי הפרשן לבחור היא האופצייה של התחולה העקיפה.⁵⁰ על פיה הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית חלות במשפט הפרטי – לא במישורין אלא בעקיפין. אין הן חלות במישורין. אין להכניס לנעליה של הרשות השלטונית, כבעלת החובה בזכויות החוקתיות, את הפרט. אין לפרט אחד זכות חוקתית כלפי פרט אחר. הזכויות בין הפרטים הן ברמה תת-חוקתית ולא ברמה חוקתית. אכן, "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם".⁵¹ "חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של פרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר".⁵² חופש העיסוק של הפרט כנגד הרשות השלטונית שונה בהיקפו מחופש העיסוק של הפרט כנגד פרט אחר. הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית חלות ביחסים שבין פרטים בעקיפין. תחולה עקיפה זו מתרחשת על סמך ההנחה

48 ראו ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 518 (3rd ed. 2006).

49 ראו Gardboun, לעיל ה"ש 39.

50 לאופצייה זו ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 661. אופצייה זו מכונה בספרות הגרמנית "תחולה אמצעית" (mittelbare Drittwirkung). לניתוח גישה זו ראו ALEXU, לעיל ה"ש 27, בעמ' 351; Kumm & Comella, לעיל ה"ש 18.

51 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 531 (1992).

52 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 362 (2000).

שלכל זכות חוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון יש היבט ערכי-אובייקטיבי המוקרן לכל ענפי המשפט. משמעות הדבר היא כי הזכויות של הפרט כנגד הרשות השלטונית לכבוד, חירות, פרטיות וקניין מבטאות גם ערכים אובייקטיביים המעצבים את היחסים בין פרטים במסגרת המשפט הפרטי. ערכים אלה משמשים לפרשנות המשפט הפרטי, להשלמת חסר בו ולפיתוחו. פיתוח זה עשוי להיות חובה המוטלת על הרשויות הציבוריות, עד כמה שאי-פיתוחו של המשפט הפרטי מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכותו של הפרט כנגד הרשות השלטונית להגנה על זכותו החוקתית.⁵³

מבין ארבעת האופציות שעליהן עמדתי, אופצייה זו נראית לי הראויה. היא מקובלת במרבית שיטות המשפט שבהן התעוררה הבעיה.⁵⁴ היא חלה במסגרת האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם והחירויות הבסיסיות (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)).⁵⁵ עם שיטות המשפט הנוקטות את תחולה העקיפה אפשר לציין את גרמניה,⁵⁶ איטליה,⁵⁷ הולנד⁵⁸ וניו זילנד.⁵⁹ האופצייה של התחולה העקיפה מכירה בשוני בין הזכות החוקתית של פרט, המכוונת כלפי רשות שלטונית, לבין הזכות התת-חוקתית של פרט, המכוונת כלפי פרט אחר. שוני זה מתבטא במעמד הנורמטיבי של הזכות ובהיקפה. לעניין המעמד הנורמטיבי – זכותו של הפרט כלפי השלטון היא זכות ברמה חוקתית, ואילו הזכות של פרט כנגד פרט אחר היא ברמה תת-חוקתית. היא מעוגנת לרוב במשפט הפרטי. לעניין ההיקף – הזכות החוקתית של פרט כנגד

53 לעניין חובה זו, ראו להלן בעמ' 388–394.

54 ראה ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 672.

55 ראו FRANCIS G. JACOBS & ROBIN C. A. WHITE, EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 38 (Ovey & White eds. 3rd ed. 2002); E.A. Alkema, *The Third-Party Application of 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights*, in PROTECTING HUMAN RIGHTS: THE EUROPEAN DIMENSION. STUDIES IN HONOUR OF GERARD J. WIARDA 33 (F. Matscher & H. Petzold eds, 1989); Richard S. Kay, *The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law*, 5 EUR. HUM. RTS. L. REV. 466 (2005); Andrew Clapman, *The 'Drittwirkung' of the Convention*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 163 (R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold eds., 1993). לגישתו של המשפט הבין-לאומי ראו John H. Knox, *Horizontal Human Rights Law*, 102 A.J. INT'L L. 1 (2008).

56 ראו MAK, לעיל ה"ש 4, בעמ' 57.

57 שם, בעמ' 104.

58 שם, בעמ' 83.

59 ראו Hosking v. Runtig (2004) 7 HRNZ 301. לניתוח הפסיקה ראו Andrew Geddis, *The Horizontal Effects of the New Zealand Bill of Rights Act, as Applied In Hosking v. Runtig*, N.Z. L. REV. 681 (2004); P. RISHWORTH, G. HUSCROFT, S. OPTICAN & R. MAHOMEY, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS 102 (2003).

השלטון מקיפה יותר מזכותו של פרט כנגד פרט. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, הטעמים הענייניים המונחים ביסוד הזכות החוקתית מכוונים במלוא עצמתם כלפי הרשות השלטונית ולא כלפי פרט אחר. שנית, בקביעת היקף הזכות החוקתית של פרט כנגד השלטון יש להתחשב אך בטעמים המונחים ביסוד הזכות. אין לערוך איזון בינה לבין שיקולים המצדיקים את הגבלת הזכות. איזונים אלה נערכים במסגרתה של קביעת החוקתיות של הפגיעה בזכות החוקתית.⁶⁰ שונה הדבר בקביעת זכותו של פרט כנגד פרט. היקף זה נקבע על ידי המשפט התת-חוקתי (כגון חוק או משפט מקובל), והוא תוצר של איזון בין ההיבטים הערכיים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות – בינם לבין עצמם ובינם לבין טובת הכלל. חוקתיותו של איזון זה נקבעת על ידי פסקת ההגבלה. על כן יהיה משפט תת-חוקתי זה (כגון חוק או משפט מקובל) חוקתי רק אם הוא מידתי.

התחולה העקיפה אינה מטשטשת את ההבחנה בין זכותו החוקתית של הפרט כלפי רשויות השלטון לבין זכות הפרט כלפי פרט אחר. על פי גישתה של התחולה העקיפה, הזכויות בין הפרטים אינן זכויות חוקתיות. אין הן חלק מהחוקה; הן חלק מהמשפט התת-חוקתי. הן מעוגנות בחקיקה רגילה או במשפט המקובל (כגון דיני החוזים, הנזיקין, הקניין והעבודה). הזכויות והתרופות בגין הפרתן עוצבו על ידי המשפט הפרטי במשך מאות בשנים. בעיצוב זה יש משקל נכבד לכך שהמשפט החוקתי מכיר בזכויות אלה כלפי רשויות השלטון (יחס אנכי). קיומו של יחס זה משפיע בעקיפין על הזכויות בין פרטים (יחס אופקי). השפעה זו מתבטאת בפירוש הנורמות של המשפט הפרטי, בהשלמת חסר בהן וביצירת משפט פרטי חדש ומידתי. מכאן השוני בין גישה זו לבין האופציות של היעדר תחולה. אופציית היעדר התחולה יוצרת חיץ בין הזכויות החוקתיות לבין המשפט הפרטי. החיץ נסדק רק שעה שאופציית היעדר התחולה קובעת שפיתוח המשפט המקובל מושפע מהזכויות החוקתיות. האופצייה של התחולה העקיפה נוקטת עמדה חזקה הרבה יותר. השפעת הזכויות החוקתיות על המשפט המקובל מקיפה ומוגבלת הרבה יותר בתחולה העקיפה מאשר בהיעדר התחולה. כמוכן, משפט פרטי זה, הנקבע על ידי המחוקק או השופט,⁶¹ פוגע בזכות שיש לכל פרט כנגד הרשות השלטונית. על משפט זה חלה פסקת ההגבלה הקבועה בחוקה, ובמרכזה הדרישה כי משפט פרטי זה יהיה מידתי. היחסים בין התחולה העקיפה לבין התחולה על הרשות השופטת הם מורכבים: מחד גיסא לשתי האופציות משותפת הגישה כי הזכויות החוקתיות חלות רק ביחס האנכי. על פי שתיהן, על המחוקק והשופט לפעול להתאמת החקיקה והמשפט המקובל לזכויות

60 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 43.

61 לעניין תחולתה של פסקת ההגבלה והמידתיות שביסודה על המשפט המקובל, ראו שם, בעמ' 156.

החוקתיות. על כן פסיקת בית המשפט האמריקאי בפרשת *New York Times v. Sullivan*⁶² תואמת הן את האופצייה של התחולה העקיפה והן את האופצייה של התחולה על הרשות השופטת, ומאידך גיסא האופצייה של התחולה העקיפה רואה בזכויות החוקתיות ערכים אובייקטיביים הפועלים במשפט הפרטי ועל פיו. לא כן האופצייה של התחולה על הרשות השופטת. תורת ה־"State Action" כפי שהיא התפתחה בארצות הברית פועלת מחוץ למשפט הפרטי. פעולתה היא במשפט הציבורי, אולם הזכות החוקתית מכוונת לא רק כלפי הרשויות הציבוריות אלא גם כלפי פרטים המבצעים פונקצייה של המדינה.

ג. דרכי התחולה העקיפה

1. הזכויות החוקתיות כערכים אובייקטיביים

נקודת המוצא של התחולה העקיפה היא בתפיסה כי לזכויות החוקתיות היבט סובייקטיבי ואובייקטיבי גם יחד.⁶³ ההיבט הסובייקטיבי הוא החובה שהן מטילות על רשויות השלטון כלפי הפרט. בצד ההיבט הסובייקטיבי קיים היבט אובייקטיבי (Objective Wertordnung). כל זכות חוקתית סובייקטיבית משקפת ערך אובייקטיבי. ערכים אובייקטיביים אלה פועלים בכל ענפי המשפט. למשל, לכבוד האדם שני היבטים – סובייקטיבי ואובייקטיבי. ההיבט הסובייקטיבי מוצא את ביטויו בזכות החוקתית לכבוד האדם המוענקת לפרט כנגד הרשות השלטונית; ההיבט האובייקטיבי מתבטא בכך כי כבוד האדם הוא ערך אובייקטיבי של שיטת המשפט בכלל ושל המשפט הפרטי בפרט.

הבחנה זו בין שני ההיבטים של הזכויות החוקתיות מצאה את ביטוייה בפרשת לות' (Luth) שנפסקה בבית המשפט החוקתי הגרמני.⁶⁴ כותב בית המשפט:⁶⁵

“[The] Basic Law is not a value-neutral document, ... Its section on basic rights establishes an objective order of values, and this order strongly reinforces the effective power of basic rights. This value system, which centers upon dignity of the human personality developing freely within

62 ראו לעיל ה"ש 41.

63 השימוש במונחים "סובייקטיבי" ו"אובייקטיבי" בהקשר זה נלקח מהמשפט החוקתי הגרמני. ההיבט הסובייקטיבי עניינו הזכות של הפרט כלפי הרשות השלטונית; ההיבט האובייקטיבי עניינו הערך החוקתי החל על כל היחסים במשפט.

64 BVerfGE 7, 198 (1958).

65 שם. התרגום לאנגלית הוא של DONALD KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 363 (2nd ed., Revised and Expanded, 1997).

the social community, must be looked upon as a fundamental constitutional decision affecting all spheres of law [public and private]. It serves as a yardstick for measuring and assessing all actions in the areas of legislation, public administration, and adjudication. Thus it is clear that basic rights also influence [the development of] private law. Every provision of private law must be compatible with this system of values, and every such provision must be interpreted in its spirit.

The legal content of basic rights as objective norms is developed within private law through the medium of the legal provisions directly applicable to this area of the law. Newly enacted statutes must conform to the system of values of the basic rights. The content of existing law also must be brought into harmony with this system of values. This system infuses specific constitutional content into private law, which from that point on determines its interpretation. A dispute between private individuals concerning rights and duties emanating from provisions of private law – provisions influenced by the basic rights – remains substantively and procedurally a private-law dispute. [Courts] apply and interpret private law, but the interpretation must conform to the Constitution”.

בפרשת לות' נבחנה חוקיות התנהגותו של לות', אשר פנה לציבור בבקשה להחרים סרט שביים במאי נאצי ידוע. מפיק הסרט פנה לבית המשפט האזרחי למנוע מלות' לדרוש החרמת הסרט. בית המשפט האזרחי קבע כי התנהגותו של לות' היא עוולה, שכן היא נופלת בגדריו של סעיף 826 לספר החוקים האזרחי (ה-B.G.B.), הקובע:

“Whoever causes damage to another person intentionally and in a manner offensive to good mores is obliged to compensate the other person for the damage”.

לות' פנה לבית המשפט החוקתי. הוא טען שפסק הדין פגע בזכותו החוקתית לחופש הביטוי. בית המשפט החוקתי פסק כי זכותו החוקתית של לות' לחופש ביטוי היא ערך אובייקטיבי של שיטת המשפט. את המושג “good mores” שבסעיף 826 ל-B.G.B. יש לפרש באופן העולה בקנה אחד עם ערך אובייקטיבי זה. בהתחשב בנסיבות המקרה, אין לראות בהתנהגותו של לות' משום פגיעה ב”good mores”. הנה כי כן, זכותו החוקתית של לות' לחופש הביטוי מכוונת כלפי הרשויות השלטוניות בלבד. אין ללות' זכות חוקתית לחופש ביטוי כנגד המפיק של הסרט. עם זאת ביחסים שבין

לות' למפיק יש תחולה לערך האובייקטיבי של חופש הביטוי. ערך זה משפיע על פירושן של הוראות המשפט הפרטי; הוא מעניק תוכן למושגי השסתום של המשפט הפרטי. נפנה עתה לבחינת הערוצים השונים שבאמצעותם משפיע ההיבט האובייקטיבי של הזכות החוקתית על המשפט הפרטי (החקוק או ההלכתי). אעמוד על שלושה ערוצים עיקריים: (1) פרשנות המשפט הפרטי; (2) התייחסות לחסר ולהסדר שלילי במשפט הפרטי; (3) פיתוח המשפט הפרטי.

2. ערוץ תחולה ראשון: פרשנות המשפט הפרטי

(א) היבט אובייקטיבי של זכויות חוקתיות ופרשנות המשפט הפרטי

התחולה העקיפה יוצאת מנקודת המבט שהזכויות החוקתיות חלות ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון בלבד. עם זאת כל אחת מהזכויות החוקתיות של הפרט כנגד רשויות השלטון מבטאת ערך אובייקטיבי של שיטת המשפט. ערך אובייקטיבי זה אינו מוגבל אך ליחסים בין הפרט לרשויות השלטוניות. הוא חל בכל תחומי המשפט ובכל היחסים המשפטיים, לרבות היחסים בין הפרטים. ממילא הוא חל במשפט הפרטי. עמדתי על כך בפרשת סער:⁶⁶

”זכויות האדם שבחוקי היסוד מכוונות כנגד הרשות הציבורית. אין הן מעניקות כשלעצמן ובמישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת זכויות היסוד – ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד – קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט (הציבורי והפרטי).”

להיבטים ערכיים-אובייקטיביים אלה – הנגזרים מהזכויות החוקתיות של הפרט כנגד רשויות השלטון – חשיבות רבה במשפט הפרטי. אחד הביטויים לכך הוא בפרשנותן של הנורמות החקוקות המעצבות את המשפט הפרטי. פרשנות זו בישראל היא הפרשות התכליתיות.⁶⁷ על פיה ניתן לטקסט המשפטי החקוק אותו פירוש המגשים את תכליתו. תכלית זו כוללת בחובה, ברמת הפשטה גבוהה, את ערכי היסוד של שיטת המשפט.⁶⁸ אלה הם מעין ”מְיֻטְרָה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה כולם”.⁶⁹ בכך בא לידי ביטוי כי

66 ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 860, 850 (2000).

67 ראו אהרון ברק, פרשנות תכליתית במשפט 397 (2003).

68 שם, בעמ' 418.

69 ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985). ראו גם ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 29 (1999):

חוק הוא "יצור החי בסביבתו".⁷⁰ סביבתו של חוק כוללת "לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב, אלא אף מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות".⁷¹ עקרונות יסוד אלה כוללים את הערכים האובייקטיביים המונחים ביסוד הזכויות החוקתיות. ערכים אלה חודרים אל המשפט הפרטי באמצעות פרשנותו התכליתית. על כן יש לפרש את דיני החוזים, הנזיקין או הקניין, המעוגנים בחוקי החוזים, בחוקי הנזיקין או בחוקי הקניין באופן המגשים את כבוד האדם, החירות, הקניין ושאר הערכים האובייקטיביים הנגזרים מהזכויות החוקתיות. למשל, הקודקס האזרחי האיטלקי התפרש תקופה ארוכה כמעניק פיצויים רק בגין נזק רכושי. לאור ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות ניתן למשפט הפרטי פירוש חדש, המעניק פיצוי גם בגין נזק שאינו רכושי.⁷² בדומה נפסק בישראל כי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי (המתרחשת כאשר נערך ניתוח בלא לקבל הסכמת החולה – הסכמה שהייתה ניתנת אילו נשאל להסכמתו) היא מעשה נזיקין (רשלנות) לפי פקודת הנזיקין, והיא מזכה את הניזוק בפיצוי בגין הנזק הלא רכושי שנגרם לו.⁷³ מקורו של הערך בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי הוא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה מכיר, בעיקר בגדרי הזכות החוקתית לכבוד האדם, באוטונומיה של הפרט כזכות חוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון.⁷⁴ לזכות חוקתית זו היבט אובייקטיבי שלפיו מוכר בישראל הערך (האובייקטיבי) בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי. ערך אובייקטיבי זה משמש לפרשנותה התכליתית של פקודת הנזיקין – הן לעניין היקפן של העוולות והן לעניין הפיצויים הנפסקים בגין הנזק שהעוולה גורמת. כדרכם של עקרונות היסוד המעצבים את תכלית החקיקה, הם מצויים בהתנגשות מתמדת.⁷⁵ ההיבט האובייקטיבי של זכות חוקתית אחת (חופש הביטוי) מתנגש עם ההיבט

"בצד התכלית הספציפית המונחת ביסוד זכות התלייים מונחת תכלית כללית. זוהי תכלית אובייקטיבית. היא משקפת את ערכי היסוד של השיטה... היא ביטוי לתפיסה, כי דבר חקיקה אינו מעשה חד-פעמי של מחוקק חולף, אלא חוליה של יצירה חקיקתית של מחוקק קבוע. היא מהווה 'מיטריה נורמטיבית' הפרוסה מעל דברי החקיקה כולם... תכלית כללית זו 'מחלחלת' לתכלית של כל דבר חקיקה. היא ביטוי למבנה השיטה וערכיה" (הנשיא ברק).

70 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 513, 477 (1970).

71 פרשת קיבוץ חצור לעיל ה"ש 69, בעמ' 75.

72 ראו MAK לעיל ה"ש 4, בעמ' 107.

73 ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

74 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק דיני (2006): "ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי". ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); פרשת דעקה, לעיל ה"ש 73.

75 ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 226.

האובייקטיבי של זכות חוקתית אחרת (השם הטוב). לעתים מתנגש ההיבט האובייקטיבי של זכות חוקתית עם עקרונות המגשימים את טובת הכלל, כגון ביטחון, סדר ציבורי ובריאות. התנגשות זו אינה נפתרת בניצחוננו המלא של היבט אובייקטיבי אחד ובהפסדו המלא של היבט אובייקטיבי אחר או של טובת הכלל. פתרון ההתנגשות בגדריה של תכלית החקיקה הוא בדרך איזון בין הערכים המתנגשים על פי מידת חשיבותם בנקודת ההכרעה. זהו איזון פרשני.⁷⁶ אפשר לנקוט לצורכי איזון זה דרך של היקש פרשני ממרכיב המידתיות במובן הצר של דיני המידתיות החוקתית.⁷⁷ עם זאת אין בעניין זה תחולה לפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. עניין לנו כאן באיזון לצורכי פרשנות תכליתית ולא באיזון לצורכי חוקתיות.

(ב) פרשנותם של מושגי השסתום

(1) פרשנות לאור ההיבט האובייקטיבי של זכויות היסוד

מקרה מיוחד של פרשנות המשפט הפרטי קיים במקום שהמשפט הפרטי משתמש במושגי שסתום (ventilbegriffe; conceffi volvola).⁷⁸ דוגמאות למושגים אלה הם תום לב, תקנת הציבור, רשלנות וסבירות. מושגים אלה מעוצבים כעקרונות (להבדיל מכללים).⁷⁹ הם משקפים את ערכי החברה ואת עקרונות היסוד שלה. הם מעניקים לשיטת המשפט את הגמישות הראויה. בעזרתם מתאימה עצמה שיטת המשפט לצרכים המשתנים, ועם זאת נשארת נאמנה לעצמה. החקיקה והמשפט המקובל גם יחד משתמשים במונחי השסתום כדי למנוע קיפאון במשפט וכדי להתאים את המשפט לתנאים המשתנים. אכן, שיטת המשפט היא מעין שתי וערב של דינים: חלקם בעלי גמישות קטנה יחסית. הם נועדו להבטיח את הביטחון והוודאות. הם מרבית המשפט בשיטת המשפט. החלק האחר הם בעלי גמישות רבה יחסית. הם נועדו להבטיח צמיחה, שינוי והתאמה למציאות המשתנה. הם מיעוטו של המשפט. האיזון הראוי בשיטת המשפט בין שני סוגי הדינים קובע את מידת השינוי הפנימי בדינים ואת קצבו. מושגי השסתום "קולטים" את הערכים של שיטת המשפט ואת עקרונות היסוד שלה ומחדירים אותם לסוגיות המשפטיות השונות שבהן הם רלוונטיים. אכן, "עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה והן מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה... חדירתם של ערכי היסוד... אל תחומי

76 על האיזון הפרשני, ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 98.

77 ראו שם, בעמ' 101.

78 על מושגי השסתום ראו אהרון ברק, שופט בחברה דמוקרטית 248 (2004).

79 להבחנה בין עקרונות לכללים בהקשר שלפנינו ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 62.

המשפט הפרטי נעשית בדרכים שונות... אחת מאותן דרכים היא השימוש ב'מונחי השסתום' של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, הרשלנות ותום הלב.⁸⁰ פרשנותם של מושגי השסתום החלים במשפט הפרטי נעשית על רקע ערכי היסוד של שיטת המשפט. אלה כוללים בקרבם בין השאר את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לחירות, לקניין, לפרטיות, לתנועה ולחופש העיסוק. אכן, מושגי השסתום של המשפט הפרטי מקבלים מובן שהושפע בין השאר מההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. להיבט אובייקטיבי זה "השפעה מקרינה" (radiating effect) על מושגי השסתום.⁸¹ תוכנו של מושג השסתום נקבע על ידי איזון פרשני בין מכלול הערכים המשקפים אותו, ובהם ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות הסובייקטיביות. אדגים זאת בשני מושגי שסתום חשובים של המשפט הפרטי: תקנת הציבור ותום הלב.

(2) תקנת הציבור

(I) מהותה של תקנת הציבור

אחד ממושגי השסתום החשובים היא תקנת הציבור. היא פועלת בתחומי המשפט הציבורי⁸² והפרטי⁸³ גם יחד. באמצעות מושגיות זו "מבטיחה שיטת המשפט זרימה בלתי פוסקת של ערכי היסוד לתוך המשפט הפרטי. בכך מובטחת הרמוניה כללית בשיטת המשפט. בעזרת 'תקנת הציבור' מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבין-אישיים".⁸⁴ החקיקה הנוקטת למונח שסתום זה אינה מגדירה אותו לרוב. תוכנו והיקפו נקבעים בדרך של פרשנות. נקבע בפסיקה כי תקנת הציבור "משמעותה הערכים, האינטרסים

80 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 362.

81 על "תורת ההקרינה" ראו ALEXY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 352.

82 ראו למשל ס' 16 לחוק השמות, התשט"ז-1956, ס"ח 94: "השר רשאי לפסול בחירת שם לפי הסעיפים 8, 9 ושינוי שם לפי סעיפים 10, 11, 13 אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו". לפירוש תקנת הציבור בהקשר זה ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993). ראו גם ס' 5 לחוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח-1998, ס"ח 356. למקומה של תקנת הציבור בבבירת הדין ראו אביגדור לבונטין בבירת הדין: הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים 70 (1998).

83 ראו ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118. ראו גם בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 15.6.2008); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.10.2008); ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ (טרם פורסם, 9.8.2010); ע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011), בפס' 18 לפסק דינו של השופט י' דנציגר.

84 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 53, בעמ' 363.

והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה מבקשת לקיים, לשמר ולפתח".⁸⁵ תקנת הציבור "הינה המכשיר המשפטי, אשר באמצעותו החברה מבטאת את 'האני מאמין' שלה".⁸⁶ תקנת הציבור "הוא מושג כולל שתכנון הפנימיים מגוונים, במידה רבה בלתי מוגדרים, החשוף לתמורות ושינויים של זמן, מקום, ותרבות חברתית נתונה".⁸⁷ בעזרת תקנת הציבור "מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבין-אישיים. התנהגות ראויה זו משתנה עם שינוי הזמנים".⁸⁸ "תקנת הציבור מושפעת מן השיקולים החברתיים. תוכנה משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת".⁸⁹

מרכיב מרכזי של תקנת הציבור הם הערכים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. תקנת הציבור היא כי הערכים של כבוד האדם, החירות, הפרטיות, הקניין וחופש העיסוק יוגשמו ולא ייפגעו. למותר לציין כי בצד ערכים אלה קיימים עוד ערכים המשקפים את טובת הכלל. מכלול ערכים אלה מצויים בהתנגשות: "לעתים קרובות עקרונות היסוד מתנגשים זה בזה... חופש העיסוק של האחד פוגע בחופש החוזים של האחר. חופש הביטוי של האחד פוגע בכבוד האדם של האחר. דבר זה בולט במיוחד במסגרת העיקרון של 'תקנת הציבור' בחוזים, שכן אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו הוא העיקרון בדבר חופש החוזים... ואחת מזכויות היסוד של האדם שיש להתחשב בה היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. זהו חלק מכבוד האדם וחירותו. התקשרות חוזית היא ביטוי לאוטונומיה זו. חופש החוזים הינה זכות חוקתית. כאשר תוכנו של חוזה פוגע בחופש העיסוק, בכבוד האדם, בחופש התנועה, בחופש המצפון והדת או בחופש הביטוי – אין לגבש את 'תקנת הציבור' על ידי הפעלה פשוטה של עקרונות אלה".⁹⁰ פתרונה של ההתנגשות נעשה באיזון ראוי, המשקף את חשיבותם היחסית של הערכים המתנגשים: "בקביעת היקפה של 'תקנת הציבור' נדרשת עריכתו של איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים".⁹¹ על כן "רק כאשר משקלו של העיקרון בדבר חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי קטן ממשקלו של הערך הנוגד להתנגשות – רק אז יש מקום לבטל תניה

85 שם, בעמ' 779.

86 שם.

87 ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 25.6.2007).

88 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 363 (הנשיא ברק).

89 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 222 (2004).

90 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 51, בעמ' 535.

91 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 89, בעמ' 222. ראו גם פרשת סער, לעיל ה"ש 66, בעמ' 864; פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 83; ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל נ' רכטמן, פ"ד נג(5) 25, 36 (1999).

בחווה או את החווה כולו בשל ניגוד לתקנת הציבור".⁹² בצדק ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "קביעת היקפה של תקנת הציבור מחייב, לא אחת, איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים, ומציאת נקודת האיזון הראויה, פרי תהליך שקילה מורכב".⁹³ איזון זה עשוי ללמוד, בדרך של היקש פרשני, מדיני האיזון הקבועים בכללי המידתיות החוקתית.⁹⁴

(II) תקנת הציבור בחוזים

ביטוי חשוב לענייננו של תקנת הציבור הוא בהוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973:

"חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

מכוחה של הוראה זו עשוי חוזה המשקף את האוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים לו להתבטל, אם כריתתו, תוכנו או מטרתו של החווה נוגדים את תקנת הציבור. מכיון שתקנת הציבור כוללת בחובה את הערכים המשקפים את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות, הרי חוזה עשוי להתבטל אם הוא נוגד לערכים אובייקטיביים אלה או לאיזון ביניהם ובין ערכים אחרים של שיטת המשפט, כגון טובת הכלל, במקרה של התנגשות.⁹⁵ איזון זה משקף את החשיבות החברתית היחסית של הערכים המתנגשים.⁹⁶ בהגשמתו אפשר להפעיל, בדרך של היקש פרשני, את דיני המידתיות שבמשפט החוקתי.⁹⁷ במסגרת האיזון הפרשני יש להביא בחשבון את הערך האובייקטיבי – הנגזר מכבוד האדם – של החופש להתקשר והחופש לקבוע את תוכן ההתקשרות. כן יש להביא בחשבון את הערך האובייקטיבי – שהוא חלק מטובת הכלל – בדבר הצורך החברתי לכבד התחייבויות.⁹⁸ כל אלה עשויים להיות מונחים, במקרה ספציפי, על הכף האחת של המאזניים. על הכף השנייה יונחו הערכים האובייקטיביים הרלוונטיים – הנגזרים מהזכויות החוקתיות – וערכים אובייקטיביים אחרים הפועלים בכיוון ההפוך. האיזון ייעשה על פי המשקל שיינתן לכל אחת מהכפות. המשקל ישקף את החשיבות החברתית היחסית של השיקולים הנוגדים בנקודת החיכוך. כך למשל עשוי איזון זה להעניק משקל כבד לצורך

92 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 51, בעמ' 535.

93 פרשת דולב, לעיל ה"ש 87, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

94 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 101.

95 פרשת דולב, לעיל ה"ש 87.

96 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 430.

97 ראו שם, בעמ' 101.

98 ראו פרשת סער, לעיל ה"ש 66, בעמ' 861.

להבטיח שוויון מול יחסי כוחות בלתי שווים ומול הפליה כרונית. על רקע נורמטיבי זה הנני סבור כי התוצאה בפרשת *Shelley v. Kraemer*⁹⁹ היא נכונה, אך לא על יסוד ההנמקה שניתנה לו. לדעתי, אפשר להגיע לתוצאת הבטלות של ההוראה המפלה בחוזה שנידון בפרשה זו על יסוד הניגוד בינה לבין תקנת הציבור.

(3) תום לב

(I) מהותו של תום הלב

לדיבור "תום לב" משמעויות שונות. לעתים משמעותו מצב נפשי של היעדר זדון ושל שכנוע פנימי ואמונה בהגינות הפעולה. זו משמעות סובייקטיבית. זו המשמעות שיש ליתן ל"תום הלב" בהלכות השוק הפתוח. מי שמבקש לרכוש בנכס זכות טובה מזכותו של המעביר צריך לפעול בלא ידיעה על פגם בזכותו.¹⁰⁰ מובן זה אינו רלוונטי לענייננו. אנו מתמקדים במשמעותו האובייקטיבית של תום הלב.¹⁰¹ על פיה תום הלב הוא אמת מידה להתנהגות בין־אישית ראויה. הוא מבטא אמת מידה של יושר, הגינות ואמונים ביחסים בין יריבים.¹⁰² הוא נועד לקבוע כי אדם הדואג לענייניו שלו צריך לעשות כן בהגינות ומתוך התחשבות בצדק המוצדק של הצד האחר: "אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם".¹⁰³ "עיקרון תום הלב קובע את אופן התנהגותם של אנשים שמציאות החיים הפגישה ביניהם. הוא קובע כי התנהגות זו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות כנדרש על פי תחושת הצדק של החברה הישראלית. מעצם מהותו, עיקרון תום הלב מהווה אמת־מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה בין בני־אדם. הקטגוריות של תום לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים".¹⁰⁴

99 ראו לעיל ה"ש 42.

100 ראו אהרון ברק שיקול דעת שיפוטי 471 (1987); ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 78, בעמ' 254; ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.6.1999).

101 בכל מקרה שנשלל בו תום לב סובייקטיבי יישלל גם תום הלב האובייקטיבי; לא בכל מקרה שנשלל בו תום הלב האובייקטיבי נשלל גם תום הלב הסובייקטיבי.

102 ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 484, 441 (1989); פרשת אריאל, לעיל ה"ש 83.

103 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999). ראו גם בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (1980); פרשת בית יולס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 484.

104 פרשת רוקר, לעיל ה"ש 103, בעמ' 279.

היושר וההגינות ביחסים בין יריבים הנדרשים בתום הלב מעוצבים בין השאר על ידי הערכים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. תום הלב משקף בין השאר התחשבות בערכים האובייקטיביים בדבר כבוד האדם, פרטיות, קניין וחירות. אכן, תום הלב הוא "צינור"¹⁰⁵ שדרכו מוזרמים הערכים האובייקטיביים של שיטת המשפט, המשקפים את הזכויות החוקתיות, אל תוך המשפט הפרטי. כן מוזרמים לתוכו ערכים נוספים הקשורים להתנהגות בין-אישית בין צדדים בעלי אינטרסים נוגדים. ערכים אלה מצויים בהתנגשות מתמדת. תום הלב משקף את האיזון הראוי ביניהם. איזון זה ייתן ביטוי לחשיבות החברתית היחסית של הערכים המתנגשים.¹⁰⁶ בקביעתו של איזון זה אפשר ללמוד, בדרך של היקש, מדיני האיזון שבכללי המידתיות החוקתית.¹⁰⁷ בפרשת בית יולס¹⁰⁸ נידונה השאלה אם עקרון תום הלב כולל בחובו את עקרון השוויון. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בשלילה: "תום לב אין פירושו שוויון... עמדה זו, שאיסור ההפליה וחובת הנהיגה בשוויון חלים גם על פרטים העורכים מכרז, סותרת עיקרון יסוד של תפיסתנו המשפטית-חברתית בדבר חופש ההתקשרות".¹⁰⁹ דעת המיעוט הייתה כי השוויון הוא ערך אובייקטיבי והוא אחד המרכיבים של תום הלב. בפסק דין המיעוט שלי ציינתי כי "אין זהות בין עיקרון תום הלב לבין עיקרון השוויון... עם זאת, עקרון תום הלב ועקרון השוויון אינם עקרונות נוגדים. אין האחד מוציא את השני. על כן, עשוי עקרון תום הלב להתבטא בדרישה של שוויון, ופעולה מפלה עשויה להיחשב כפעולה שלא בתום לב".¹¹⁰ עוד ציינתי בפסק דיני כי "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה. הגינות, יושר, טוהר מידות, שוויון – כל אלה הם אינטרסים ראויים, העשויים, בתנאים מסויימים ובנסיבות מסויימות, לאזן את חופש החוזים".¹¹¹ הבסיס לחובת תום הלב מקורו בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.¹¹² הוראות חוזיות אלה הוחלו "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".¹¹³ מכוחה של הוראה זו פרץ עקרון תום הלב לתוך מערכת המשפט כולה. כל כוח וכל זכות – יהא מקורם אשר יהא

105 ש.ם.

106 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 430.

107 ש.ם, בעמ' 101.

108 פרשת בית יולס, לעיל ה"ש 102. ראו גם פרשת פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 83.

109 ש.ם, בעמ' 470.

110 ש.ם, בעמ' 479.

111 ש.ם, בעמ' 486.

112 ס' 39 לחוק החוזים.

113 ש.ם, ס' 64(ב).

– צריכים להיות מופעלים בתום לב. על רקע זה כונה עקרון תום הלב "עיקרון מלכותי"¹¹⁴, "אשר מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל"¹¹⁵. הוא "ביטוי של כלל ההתנהגות האוניברסלי, הנדרש בין אדם לחברו, וכן בין אדם לרשויות"¹¹⁶.

(II) תום הלב בדיני החוזים

(a) כללי

הבסיס לחובת תום הלב בחוזים מקורו בהוראות חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973.¹¹⁷ נקבע בחוק זה כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"¹¹⁸, וכי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה"¹¹⁹. "אכן, חייו של החוזה ומותו – החל במשא ובמתן ליצירתו, עבור לתוכן חיוביו וכלה בסיומו – נשלטים על-ידי עיקרון תום-הלב"¹²⁰.

(b) תום לב במשא ובמתן לקראת כריתת החוזה

המשא והמתן לקראת כריתת החוזה חייב להתנהג בתום לב.¹²¹ עליו לשקף את ההגינות, הישר והאמון במשא ובמתן החוזי בין צדדים בעלי אינטרסים נוגדים. מכאן החובה "לגלות מידע באותם עניינים, אשר קבלת מידע לגביהם עשויה להיות חשובה בקבלת החלטה, אם להיכנס לקשר חוזי אם לאו"¹²². תום לב זה משקף בין השאר את הערכים החוקתיים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. על כן כוללת החובה לנהל משא ומתן בתום לב איזון ראוי בין חופש ההתקשרות (כהיבט האובייקטיבי של כבוד האדם) לבין השוויון (כהיבט האובייקטיבי של כבוד האדם).¹²³ כאן מתבקשת לדעתי המסקנה כי מי

- 114 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993).
- 115 ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984) (השופט אלון).
- 116 ע"א 402/76 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270, 274 (1976).
- 117 ראו ישראל וינבוים בדרך מקובלת ובתום לב (2000); אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה 216 (2001) (להלן: ברק, פרשנות החוזה); גבריאלה שלו דיני חוזים 59 (מהדורה שנייה, 1995).
- 118 ס' 12 (א) לחוק החוזים.
- 119 שם, ס' 39.
- 120 ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן, פ"ד נה(1) 289, 303 (1998).
- 121 ס' 12(2) לחוק החוזים; ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (פורסם בנבו, 14.6.2009).
- 122 ע"א 230/80 פנידר בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 726 (1981).
- 123 ראו נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993).

שנותן שירות לציבור מנהל משא ומתן שלא בתום לב שעה שהוא מסרב להיכנס לקשר חוזי עם המבקש את שירותיו בשל טעמים מפלים. באיזון בין חופש ההתקשרות לבין השוויון במצב דברים זה (בעיקר השוויון של פרטים שהפגיעה בשוויון שלהם היא סיסטמית) – יד השוויון על העליונה.¹²⁴ חופש ההתקשרות נחלש ביחס לשוויון במקום שהשירות מכוון כלפי הציבור כולו או במקום שיש פערי כוח ניכרים בין הצדדים. לעומת זאת אפשר לטעון כי מי שמבקש להשכיר חדר בדירתו ומסרב להיכנס לקשר חוזי עם המבקש לשכור הדירה בשל טעמים מפלים – אין לומר עליו כי אין הוא מנהל משא ומתן בתום לב. אף במקרה זה מתנגש, במסגרת תום הלב, חופש ההתקשרות עם השוויון. במצב דברים זה – יד חופש החוזים על העליונה.¹²⁵ אפשר לטעון כי חופש ההתקשרות מתחזק ביחס לשוויון במקום שהשירות נוגע ליחסים פרטיים ולעתים אף בעלי אופי אינטימי. איזון זה בין חופש ההתקשרות לבין השוויון – המשקף את ערכיה האובייקטיביים של שיטת המשפט – מצוי בשינוי מתמיד לאור השינויים בחשיבותם היחסית של הערכים החברתיים. על כן ייתכן כי היבטים מסוימים של הפליה "פרטית" – שאינה קשורה בשירות לציבור – עשויים אף הם לגבור על חופש ההתקשרות בעיקר במצבים של הפליה סיסטמית. למותר לציין כי לעתים קרובות החקיקה "מתערבת" וקובעת את המותר והאסור בניהול המשא והמתן. במקום שזו קיימת – יש לנהוג על פיה.¹²⁶ עם זאת בתחום שאינו מוסדר על ידיה ימשיכו דיני תום הלב בכריתת החוזה לחול. לדעתי אין לפרש חקיקה זו כקובעת הסדר שלילי באשר למקרים שאינם מכוסים על ידיה. פירוש גישה כזו עשוי להביא לידי כך שההסדר השלילי יהא בלתי חוקתי, שכן הוא פוגע באופן לא מידתי בזכות החוקתית לשוויון שיש לפרט כנגד הרשות השלטונית. בתחום שאינו מכוסה יחולו בו העקרונות הכלליים, ובענייננו החובה לנהוג בתום לב במשא ובמתן לקראת כריתת חוזה.

(c) תום לב בקיום החוזה ובסיומו

בקיום החוזה יש לנהוג בתום לב.¹²⁷ כל צד לחוזה מחויב "לפעול בחריצות ובהגינות להגשמת כוונתם המשותפת של הצדדים, בהתאם לרוח העסקה ותוך שיתוף פעולה עם הצד

124 ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 691. ראו גם רדאי, לעיל ה"ש 22.
125 שם.

126 ראו ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; ס' 2 לחוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993, ס"ח 48; ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152; ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58. ראו גם משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003).

127 ראו שלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 53; ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 1.9.2005).

האחר והתחשבות באינטרסים שלו".¹²⁸ בדומה, השימוש בזכות (במובן הרחב) שהוענקה לצד לחוזה צריך להיעשות בתום לב. כל צד לחוזה מחויב "להתחשב בצד האחר ובמטרת החוזה כאשר הוא מגשים את זכויותיו החוזיות".¹²⁹ על כן במקום שהוענקה לצד הזכות לסיים את הקשר החוזי עליו להשתמש בזכותו (כוחו) זו בתום לב.¹³⁰ עקרון תום הלב משמש לפירוש החוזה.¹³¹ לעתים שותק החוזה בסוגיה פלונית, ושתיקתו שקולה כנגד חסר בחוזה. חסר זה ניתן להשלמה באמצעות עקרון תום הלב.¹³² כך הדבר לעניין שיערוך החיובים בתקופות של שינויים חדים בערך הכסף.¹³³

תום הלב בהקשרים אלה כולל בחובו – כמו בכל הקשר חוזי אחר – גם את הערכים החוקתיים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. אין הם הערכים היחידים הנותנים תוכן נורמטיבי לעקרון תום הלב, אך הם בוודאי מרכזיים לתום הלב. כאשר הערכים הללו מתנגשים ביניהם נדרש איזון פרשני¹³⁴ ראוי כדי לגבש את דרישת תום הלב. למשל, יש לאזן בין החופש לעצב את תוכן החוזה (כהיבט האובייקטיבי של כבוד האדם) לבין השוויון, הפרטיות, חופש העיסוק וכיוצא בהם ערכים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לפרטיות ולחופש העיסוק.

(ג) פרשנות המשפט הפרטי ותוקפו

מה הדין אם פרשנותו של המשפט הפרטי – פרשנות שמתחשבת בהיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות – מביאה לתוצאה שאינה נותנת ביטוי מלא להיבט זה? דבר זה יקרה במקום שהמשפט הפרטי קובע הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם האיזון הפרשני בין ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לבין עצמם, או בינם לבין ערכים אובייקטיביים אחרים הזוכים להגנה חוקתית. מה דינו של משפט פרטי זה? התשובה היא כי חוקתיותו של משפט פרטי זה תעמוד במבחן. אכן, משפט פרטי זה הוא פעולה של רשות שלטונית (בין חקיקה ובין משפט מקובל). עד כמה שיש במשפט פרטי זה כדי לפגוע

128 ראו שלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 59.

129 שם, בעמ' 62.

130 שם, בעמ' 65; ע"א 8566/06 אמריקר שירות ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו – ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.11.2009).

131 ראו ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 216; אייל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 23 (1996); שלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 65, 315; ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 327 (1995).

132 ראו ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 172.

133 ראו שלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 67.

134 לאיזון הפרשני ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 101.

בזכויות החוקתיות שיש לפרט כנגד הרשות השלטונית, הפגיעה תביא לאי-חוקתיותו של המשפט הפרטי אלא אם הוא מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה בכלל ואת דרישות המידתיות במובן הצר שבה בפרט. הנה כי כן, עצם ההקרנה של הערכים האובייקטיביים שבסוד הזכויות החוקתיות אל תוך המשפט הפרטי אינה מבטיחה כשלעצמה כי משפט פרטי זה הוא חוקתי. ייתכן שבשל מגבלות הלשון, קיומם של ערכים נוספים ונוגדים, האמצעים שנוקט החוק ומכלול פרשנותו יביאו את הפרשן למסקנה כי המשפט הפרטי פוגע בזכויות החוקתיות של פרטים כנגד רשויות השלטון, ופגיעה זו אינה מידתית.

3. ערוץ תחולה שני: הסדר שלילי וחסר

(א) שתיקת המשפט הפרטי

פרשנות המשפט הפרטי מניחה קיומו של טקסט משפטי רלוונטי. מה הדין אם טקסט מפורש כזה אינו קיים? אם קליטתן של הזכויות החוקתיות כערכים אובייקטיביים במשפט הפרטי נעשית באמצעות הוראות המשפט הפרטי – מה הדין אם אין משפט פרטי רלוונטי? דווקא במצב זה חשוב לתת ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. והנה, בשעת הצורך האופציה של התחולה העקיפה נכשלת. האם אכן זו היא התוצאה? כדי להשיב על שאלה זו יש לעמוד על המשמעויות השונות של שתיקת המשפט הפרטי.¹³⁵ שתיקה זו משתמעת לכמה פנים. השתיקה משמיעה קולות שונים. היא ניתנת להתפרש באחד מארבעת המובנים האלה: המובן הראשון של השתיקה הוא שהטקסט שותק בסוגיה פלונית כיוון שאותה סוגיה מתייחסת לסוג מצבים שהטקסט על פי טבעו לא נועד לטפל בהם כלל. במקרה זה הפרשן מופנה לאותן סוגיות אחרות. עד כמה שהפרשן מופנה לחלקים אחרים של המשפט הפרטי השאלה היא אם משפט פרטי כזה אכן נמצא. אם הוא מצוי – שוב אין מתעוררת כל שאלה של "שתיקת המחוקק". אם משפט כזה אינו נמצא, יש לפתחו.¹³⁶ למשל, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 אינו דן בתרופות בגין הפרת חוזה. שתיקה זו אינה מצביעה על חסר בחוק החוזים (חלק כללי). את הפתרון לשאלת הסעד יש למצוא מחוץ לגדרו של החלק הכללי. הוא נמצא בישראל בחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), התשל"א-1971. לעתים נמצא כי החוק אינו דן בסוגיה מסוימת משום שהוא מבקש להשאירו להסדר בין הצדדים עצמם, או להסדר על פי הכוחות הפועלים

135 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א: תורת הפרשנות הכללית 465 (1992) (להלן: ברק, תורת הפרשנות הכללית); ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 107; ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638 (1998).

136 לפיתוח המשפט, ראו להלן בעמ' 386-387.

בחברה (דת, מוסר, שוק).¹³⁷ במצב דברים כזה יהא מקום לבחון אם הסדר זה אשר אליו מפנה החוק פוגע בזכות חוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון, ואם פגיעה זו מידתית.¹³⁸ המובן השני של השתיקה הוא שהטקסט אמנם איננו קובע הסדר מפורש של הסוגיה, אך מפרשנותו של הטקסט על פי תכליתו – תוך התחשבות בערכים האובייקטיביים המבטאים את הזכויות החוקתיות – עולה כי הוא קובע הסדר משתמע "חיובי". לפנינו "שתיקה מדעת" חיובית של המשפט הפרטי או "שתיקה מדברת" חיובית. במצב דברים זה המשפט הפרטי מסדיר את הסוגיה. קיים טקסט משפטי, אם כי זהו טקסט משתמע. דינו של טקסט זה, לעניין פרשנותו, כדין טקסט משפטי מפורש.¹³⁹ המובן השלישי של השתיקה אף הוא דן ב"שתיקה מדעת" או "שתיקה מדברת". מפרשנותו של הטקסט על פי תכליתו עולה הסדר משתמע. זהו הסדר שלילי.¹⁴⁰ זוהי "שתיקה מדעת, יצירה מכוונת של הסדר שלילי".¹⁴¹ משמעותה של השתיקה היא שבסוגיה פלוגית אין משפט פרטי המעניק זכויות. אעמוד על כך בהמשך. המובן הרביעי של השתיקה הוא שתיקה שלא מדעת. זהו המקרה שבו מפירוש הטקסט, על פי תכליתו – תוך התחשבות בערכים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות – עולה כי הטקסט שואף להסדיר סוגיה מסוימת, אך הוא נכשל בכך. אפשר לדמות את הטקסט לחומה אשר חסרה בה לבנה אשר הבנאים שכחו אותה. זהו חסר (Lucke, lacunae, gap). זהו מחדל, חלל, "שטח ריק".¹⁴² על קיומו של חסר לומד הפרשן מפרשנותו של הטקסט הקיים. פרשנות זו נעשית, כפי שראינו, על רקע ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. היעדר נורמה המגשימה את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות עשוי להתפרש כחסר בטקסט של המשפט הפרטי. שימוש במונחי סתום אינו יוצר חסר, שכן הסוגיה מוסדרת על ידי הוראת השסתום.¹⁴³ המובן השלישי (הסדר שלילי) והרביעי (חסר) רלוונטיים לענייננו. נדון בכל אחד מהם בנפרד. נפתח בהסדר השלילי.

- 137 ראו ג' טרסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו 160 (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט).
- 138 ראו להלן בעמ' 387–388.
- 139 ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108.
- 140 על ההסדר השלילי ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 135, בעמ' 467; ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108; טרסקי, לעיל ה"ש 137.
- 141 ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ בפירוק, פ"ד יד 1545, 1549 (1960).
- 142 ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108; פרשת חכם, לעיל ה"ש 135, בעמ' 649.
- 143 ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 135, בעמ' 498; ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108.

(ב) הסדר שלילי

הסדר שלילי מושתת על מסקנה פרשנית שלפיה מההסדר שנקבע בחוק משתמע הסדר שלילי בעניינים שלא הוסדרו על ידיו. כשם שמשתיקת החוק אפשר להסיק הסדר משתמע חיובי, כך אפשר להסיק משתיקת החוק הסדר משתמע שלילי.¹⁴⁴ לעתים ישקף ההסדר השלילי את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות. במצב דברים זה מצאה התחולה העקיפה פתרונה בהסדר השלילי. אך מה הדין אם ההסדר השלילי דוחה את הקרנתם של הערכים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לתוכו? מה דין התחולה העקיפה במצב דברים זה? האם משמעות הדבר היא כי התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות אינה אפשרית?

תשובתי היא כי אין בהסדר השלילי כדי למנוע את התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות. הסדר שלילי במשפט הפרטי משמעו הסדר בחקיקה שעניינה היחסים בין הפרטים שאינו נותן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. אי-מתן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות עשוי לפגוע באופן לא מידתי בזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית שקבעה את ההסדר השלילי. התוצאה עשויה להיות שההסדר השלילי אינו חוקתי. אכן, דינו של הסדר שלילי לעניין החוקתיות כדין הסדר חיובי לעניין החוקתיות. שניהם עשויים לפגוע באופן לא מידתי בזכות חוקתית של הפרט כנגד הרשות השלטונית. בטלותו של ההסדר השלילי עשויה להביא ליצירת חסר או צורך בפיתוח המשפט. על שני אלה אעמוד בהמשך.

(ג) חסר

אנו מניחים כי המשפט הפרטי החקוק אינו קובע כל טקסט שיש לפרשו על רקע ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. אנו מניחים עוד כי היעדרו של הטקסט החקיקתי נובע מחסר. האם משמעות הדבר היא כי אין מקום לתחולה עקיפה?

כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון את דיני החסר ואת תגובתו של המשפט החקוק לחסר שבו. אם אין סמכות לבית המשפט להשלים חסר בחקיקה – כפי שהדבר הוא במרבית שיטות המשפט המקובל¹⁴⁵ – כי אז החסר נשאר בעינו. פתרונה של הבעיה המשפטית ימצא עצמו בגדרי המשפט המקובל. משפט זה מהווה את "רשת הביטחון" הכללית שנועדה לפתור בין השאר את עיקרי החסר בחקיקה. כל שיש לבחון אם מצב זה של המשפט הפרטי

144 טול חוזה הקובע כי ראובן משכיר לשמעון שתי דירות, וכי אחת הדירות מרוהטת. משתמע מכאן הסדר שלילי שלפיו הדירה השנייה אינה מרוהטת: ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108.

145 שם, בעמ' 109.

– בדומה למצב של הסדר שלילי – הוא חוקתי. במרבית שיטות המשפט הקונטיננטליות ובישראל יש לבית המשפט סמכות להשלים חסר בחקיקה.¹⁴⁶ דין משלים זה מושתת על השלמה בדרך של היקש מנורמה חקיקתית דומה במשפט הפרטי. בהיעדר היקש מתאים מופנה השופט לעקרונות כלליים. דוגמה טיפוסית הוא הדין המשלים הקבוע בקודקס האזרחי האיטלקי:¹⁴⁷

”אם מחלוקת אינה ניתנת לפתרון על ידי הוראה מפורשת, יש לפנות להוראות המסדירות מקרים דומים. אם המקרה עדיין נשאר בספק, יש להכריע בו על בסיס העקרונות הכלליים של שיטת המשפט של המדינה.”

עד כמה שקיימת נורמה חקיקתית דומה, היא עצמה מתפרשת על פי תכליתה. תכלית זו כוללת את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. אם חקיקה דומה אינה קיימת, יתמלא החסר על ידי עקרונות כלליים של המשפט, ואלה כוללים כמובן את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות.

השלמת החסר אינה אך רשות הנתונה לשופט. זו חובה המוטלת עליו. משהתגלה חסר בחקיקה, על השופט להשלים את החסר על פי הכללים הנוהגים בשיטתו להשלמת חסר. אין הוא רשאי להימנע מפנייה לדינים בדבר השלמת חסר. עליו לפעול על פיהם. משתמה השלמת החסר, נוסף למשפט הפרטי דין חדש. דין משלים זה נוצר על ידי רשות שלטונית (השופט). זהו דין תת־חוקתי, המוסיף נורמה משלימה לחקיקה. כמו דיני המשפט המקובל, גם דין זה עשוי לפגוע בזכות חוקתית של הפרט כלפי הרשות השלטונית. חוקתיותה של פגיעה זו תיקבע על פי מידתיותה.

בישראל הוסמך בית המשפט להשלים חסר בחקיקה. דבר זה נקבע בחוק יסודות המשפט, התש”ם–1980:¹⁴⁸

”ראה בית המשפט שאלה פרשנית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.”

השלמת החסר, על פי הוראה זו, חייבת להיעשות בראש ובראשונה על ידי היקש (אנלוגיה) מדין דומה. במקרים דומים נקבע פתרון דומה. למשל, חוק ההתיישנות קבע כי “בחישוב

146 ש.ם.

147 ס’ 12 לקודקס האיטלקי. ראו גם ס’ 4 לקודקס האזרחי של ונצואלה (1942); ס’ 7 לקודקס האזרחי האוסטרי (1811); ס’ 1 לחוק האזרחי השווייצרי (1911).

148 ס’ 1 לחוק יסודות המשפט, התש”ם–1980, ס”ח 163. לניתוח הוראה זו ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה”ש 135, בעמ’ 491.

תקופת ההתיישנות לא יובא במניין הזמן שבו התובע חולה נפש". בית המשפט העליון קבע כי בהוראה זו קיים חסר בכל הנוגע לתובע הסובל מפגור שכלי מלידה. חסר זה הושלם על ידי היקש מהוראות חוק ההתיישנות בעניין חולה הנפש.¹⁴⁹ בהיעדר דין שממנו אפשר להקיש, יש להשלים החסר "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".¹⁵⁰ כל השלמה – בין בדרך של היקש ובין בדרך של פנייה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל – יוצרת נורמה תת-חוקתית חדשה. עד כמה שנורמה זו פוגעת בזכות חוקתית, חוקתיותה תיקבע על פי מידתיותה.

היעדר הסדר בחקיקה להיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות עשוי להצביע על חסר. שתיקת החקיקה באשר לערכים בדבר כבוד האדם, החירות, העיסוק ושאר ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות עשויה להביא את הפרשן לידי מסקנה כי ההסדר בחוק אינו שלם. במצב דברים זה יחדרו היבטים אובייקטיביים אלה למשפט הישראלי חרף החסר בחוק, בדרך של היקש מהסדרים דומים המבטאים היבטים אלה.

4. ערוץ תחולה שלישי: יצירת משפט פרטי חדש

(א) חקיקה חדשה ופיתוח המשפט המקובל

פרשנותו של המשפט הפרטי – לרבות מושגי השתתוף שבו – עשויה להביא לידי מסקנה כי אין בגדריו הסדרים שיש בכוחם "לקלוט" את ההקרנה של ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. כן עשויה פרשנות זו להביא לידי מסקנה שהיעדרו של הסדר במשפט הפרטי בעניין קליטתם של הערכים האובייקטיביים אינו הסדר שלילי ואף אינו מצביע על חסר. האם במצב דברים זה הגיעה התחולה העקיפה לסוף הדרך? תשובתי היא בשלילה. אם המשפט הפרטי איננו קיים – צריך ליצור אותו. המחוקק (בגדרי החקיקה) והשופט (בגדרי המשפט המקובל) אינם יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם. עליהם להתעשת ולהביא ליצירת דין חדש (חקיקתי או הלכתי לפי העניין) אשר יהיה בכוחו ליתן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות.

(ב) חקיקה חדשה

מרבית המשפט הפרטי בישראל הוא חקוק. אם אין חקיקה העשויה "לקלוט" את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות, אין מנוס מחקיקה חדשה. המחוקק יחוקק חוקים חדשים אשר יפתרו את הבעיה שטרם נפתרה במשפט הפרטי. בתוכנה תיתן החקיקה

149 פרשת חכם, לעיל ה"ש 135.

150 לפירוש הוראה זו ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 135, בעמ' 524.

החדשה ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקיות. הוא יעשה כן על ידי הכרה חקיקתית בזכויות תת-חוקתיות של פרטים כנגד פרטים אחרים.

(ג) פיתוח המשפט המקובל

בשיטות המשפט שבהן נוהג המשפט המקובל (ה־common law), וישראל בתוכן, מוכר כוחו של השופט ליצור משפט.¹⁵¹ שופטי המשפט המקובל יצרו את המשפט המקובל ואת דיני היושר. דיני החוזים והנזיקין ברבות משיטות המשפט המקובל הם הלכתיים, ומעורבות החקיקה בהם מועטה. בישראל חלקים נרחבים של המשפט המנהלי, של תורת הפיצויים ושל דיני הראיות הם פרי פעילות שיפוטית של פיתוח המשפט המקובל "נוסח ישראל". פעילות זו מושתתת בעיקרה על הצורך להתאים את המשפט למציאות החיים.¹⁵² עמדתי על כך באחת הפרשות:¹⁵³

"פעילות זו אינה פעילות שיפוטית פרשנית. היא גם לא פעילות שיפוטית בהשלמת חסר (לאקונה). זוהי פעילות שיפוטית בפיתוח המשפט. ההיסטוריה של המשפט המקובל היא היסטוריה של פיתוח המשפט על ידי השופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים של משפטנו – המתאפיין בשיטת משפט מעורבת – היא היסטוריה של יצירה שיפוטית. מרבית המשפט המנהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, תורת שיקול הדעת המנהלי – כל אלה הם יצירה שיפוטית בה פעל בית המשפט לפיתוח המשפט. באופן דומה פעל בית המשפט גם בתחומי המשפט הפרטי... פעילות שיפוטית זו נעשית לרוב תוך הסתמכות על עקרונות היסוד של השיטה. ממנה אנו גוזרים זכויות וחובות חדשות. כך אנו מגשרים בין המציאות לבין המשפט. אכן, המשפט מתקדם ומתפתח באופן טבעי להליך השיפוט... זהו 'מהלכה הגאוני' של ההלכה הפסוקה... הצמח המשפטי החדש צומח על אדמת המשפט הישנה. הצמיחה מאפשרת שינוי תוך יציבות, תנועה תוך דריכה במקום, יצירה תוך המשך".

פיתוח הלכתי זה צריך להתקיים גם בענייננו. כאשר שופט נתקל בבעיה משפטית שעניינה היחסים בין הפרטים, ואשר ערכיה הבסיסיים נגזרים מההיבט האובייקטיבי של הזכויות

151 ראו שם, בעמ' 184, 609.

152 ראו בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 858, 749 (1991).

153 בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 364, 353 (1990).

החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית, עליו לפתח את המשפט המקובל באופן שערכי היסוד החוקתיים ייקלטו במשפט הפרטי. פיתוח המשפט המקובל יתרגם את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות לזכויות תת-חוקתיות-הלכתיות של פרטים כנגד פרטים. גישה זו אומצה בחוקתה של דרום אפריקה. כפי שראינו, נקבע בה כי הזכויות החוקתיות מחייבות גם פרטים תוך התחשבות בטבעה של הזכות וטבעה של החובה המוטלת עליהם. בצד קביעה זו נקבע כי בהפעילו הוראה זו על בית המשפט:¹⁵⁴

“(a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and

(b) may develop rules of the common law to limit the rights, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)”.

עולה מהוראה זו כי פיתוח המשפט המקובל חובה הוא על הרשות השופטת. למותר לחזור ולציין כי פיתוח הלכתי זה אפשרי רק במקום שהחקיקה אינה קובעת הסדר נוגד ואין חסר בחקיקה. משפט מקובל איננו יכול לשנות חקיקה, והוא איננו יכול למלא חסר בחקיקה. הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט היא, כאמרתו הידועה של הולמס (Holmes), בתוך הסדקים (interstitially) של החוק החרות.¹⁵⁵

ברוח זו פעל בית המשפט העליון שעה שהכיר בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי במקום שנערך ניתוח רפואי בלא הסכמה מדעת של המנותח.¹⁵⁶ ברוח דומה התבקש בית המשפט העליון להכיר בהסדרים דיוניים שיאפשרו חשיפת זהותם של תְּגוּבְּנִים (טוקבקיסטים) באינטרנט לצורכי תביעת נזיקין בגין לשון הרע. הבקשה נדחתה ברוב דעות.¹⁵⁷

(ד) מידתיות החקיקה ופיתוח המשפט המקובל

החקיקה החדשה ופיתוח המשפט המקובל בתחומי המשפט הפרטי צריכים להיות מידתיים. אכן, פיתוח המשפט הפרטי על ידי המחוקק או השופט היא פעילות של רשות שלטונית. פעילות זו עשויה לפגוע בזכות החוקתית של פרט כנגד רשויות השלטון. פגיעה זו תהא

154 ס' 38(3) לחוקה של דרום אפריקה (1966).

155 ראו משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 297 (1969).

156 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 73.

157 ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2010).

חוקתית רק אם היא מידתית.¹⁵⁸ לעניין המידתיות יש לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. על כן יש להבטיח כי האיזון בין ההיבטים האובייקטיביים המתנגשים יתאים לאיזון הנדרש בין הזכות החוקתית של הפרט כנגד הרשות השלטונית לבין זכויות חוקתיות של אחרים. איזון זה נקבע על פי דיני המידתיות במובן הצר.

(ה) חקיקה חדשה ופיתוח המשפט המקובל – רשות או חובה?

(1) זכויות "שליליות" וזכויות "חיוביות"

התחולה העקיפה מושתתת על משפט פרטי קיים, לרבות השלמת חסר בו, ה"קולט" את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. במקום שמשפט פרטי כזה אינו קיים, אין בכך כדי למנוע את קליטתו של ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. הקליטה של ההיבט האובייקטיבי תיעשה אז על ידי משפט פרטי חדש המעוגן בחקיקה או במשפט מקובל, אשר יפתח את המשפט הפרטי. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא אם פיתוח משפט פרטי זה הוא רשות של המחוקק (בפיתוח החקיקה) ורשות של השופט (בפיתוח המשפט המקובל) או חובה המוטלת עליהם. אם פיתוח המשפט הוא רשות בידי בעל סמכות הפיתוח והוא מסרב להשתמש בסמכותו, מתעוררת השאלה בדבר יעילותה של האופציה של התחולה העקיפה. מהו אפוא הדין בסוגיה זו?

התשובה לשאלה זו מעבירה אותנו לסוגיה חשובה של המשפט החוקתי שעניינה הוא ההיבט ה"חיובי" של הזכויות החוקתיות.¹⁵⁹ השאלה היא אם הזכויות החוקתיות הן אך זכויות שליליות (זכויות "אל תעשה"), כלומר מטילות חובה על הרשות השלטונית (מחוקק, מבצע, שופט) שלא לפגוע בבעל הזכות, או שמא הן גם זכויות חיוביות (זכויות "תעשה"), כלומר מטילות חובה על הרשות השלטונית להגן על בעל הזכות. במקום שהגישה היא כי חובתה של הרשות השלטונית היא אך חובת "אל תעשה", אין מוטלת עליה כל חובה להגן על זכותו החוקתית של הפרט. בענייננו משמעות הדבר היעדר חובה לפתח את המשפט

158 לתחולתה של המידתיות על פיתוח המשפט המקובל ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 156. הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בס' 8(3)(b) לחוקה של דרום אפריקה, ולפיו כללי המשפט המקובל המפתחים את היחסים בין הפרטים צריכים להיות מידתיים.

159 לסוגיה זו ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 513. ראו גם Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM* 138 (George Nolte ed., 2005); ALASTAIR MOWBRAY, *THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* (2004); SANDRA FREDMAN, *HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES* (2008); H. SHUE, *BASIC RIGHTS* 155 (2nd ed. 1996).

הפרטי ברוח התחולה העקיפה. אם לעומת זאת חובתה של הרשות השלטונית היא גם חובת "תעשה", כי אז על הרשות השלטונית להגן על הזכות החוקתית של הפרט כלפיה מפני פגיעה בה על ידי פרט אחר. הרשות השלטונית תצא ידי חובה זו על ידי פיתוח המשפט על פי ההיבט האובייקטיבי של הזכות החוקתית. הרשות השלטונית תעשה כן אם היא תכיר בזכות תת-חוקתית של בעל הזכות החוקתית. זכות תת-חוקתית זו תהא של הפרט (בעל הזכות החוקתית כלפי הרשות הציבורית) כלפי פרטים אחרים. היא תהיה חלק מהמשפט הפרטי. החייבים על פיה הם פרטים אחרים.

התשובה לשאלת ההיבט ה"חיובי" של הזכויות החוקתיות משתנה משיטת משפט לשיטת משפט. המשפט האמריקאי אינו מכיר, עקרונית, בהיבט החיובי.¹⁶⁰ הזכויות החוקתיות נועדו למנוע פעולות פוגעות של המדינה. הן לא נועדו להטיל עליה חובת הגנה על הפרט. שיטות משפט אחרות מכירות בהיבטים חיוביים של כמה זכויות, אך לא של כולן.¹⁶¹ המשפט החוקתי הגרמני מכיר בהיבט חיובי כללי של כל הזכויות החוקתיות (ה-schutzpflicht).¹⁶² הוא הדין בחוקתה של דרום אפריקה.¹⁶³

160 ראו Jackson v. City of Joliet, 715 F. 2d 1200, 1203 (1982), שבו תיאר השופט פוזנר (Posner) כי מגילת זכויות האדם האמריקאית: "[I]s a charter of negative rather than positive liberties... The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that Government might do too little for the people but that it might do too much to them" ראו: Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984); Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984); Laurence H. Tribe, *The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence*, 99 HARV. L. REV. 330 (1985); Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services, 109 S. Ct. 998 (1989); Webster v. Reproductive Health Services, 109 S. Ct. 3040 (1989); David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Susan A. Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1989).
161 כך למשל האמנה האירופית לזכויות האדם מכירות בהיבט החיובי של כמה זכויות: ראו Mowbray, לעיל ה"ש 159.

162 ראו KONRAD HESSE, GRUNDZUGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND PAR 350 (1999); MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ ; 159 לעיל, ה"ש Grimm ; GRUNDRECHTE 44 (2003) KOMMENTAR 265 (2006); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE, STAATSRECHT II, par. 58 (2006); Donald P. Kommers, *Germany: Balancing rights and Duties*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 83 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); Javier Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE (Schaffer et. al. eds., 2008).

המצב במשפט הישראלי אינו נקי מספקות. דומה שהכול מכירים בכך כי הזכות לחיים, לגוף ולכבוד היא בעלת היבט שלילי וחיובי גם יחד.¹⁶³ ההיבט השלילי (חובת הרשות השלטונית לא לפגוע בזכות החוקתית) מוצא את ביטויו בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

“אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם”.

ההיבט החיובי (חובת הרשות השלטונית להגן על הזכות החוקתית) מעוגן בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

“כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו”.

מכוחו של היבט חיובי זה מוטלת על רשויות השלטון בישראל החובה להגן על החיים, על הגוף ועל הכבוד של הפרט מפני פגיעה בהם על ידי פרטים אחרים. באחת הפרשות שדנה בזכות לכבוד ציינתי:¹⁶⁴

“שני ההיבטים (ה'שלילי' (הפסיבי) וה'חיובי' (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר... איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה”.

על רקע זה נפסק בישראל כי הזכות לכבוד משתרעת על “הקיום החומרי, הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן-אנוש, בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי

163 ראו ס' 7(2) לחוקתה של דרום אפריקה, הקובע: “The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights” .and “respect” משמעו שלא לפגוע בזכות חוקתית. זהו ההיבט השלילי; “protect” משמעו הגנה על הזכות החוקתית. זהו ההיבט החיובי. “fulfill” משמעו להגשים את חובת המדינה על פי הזכויות החוקתיות, כגון החובה לנקוט צעדים חוקיים סבירים, במסגרת האמצעים הקיימים, לקידום הגשמתן של זכויות חברתיות וכלכליות שונות. לפירושה של הוראה זו ראו Lourens du Plessis, *Interpretation, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 32 (Stuarad Woolman at al. eds., 2008).

164 א ראו בג”ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה”ש 74, בעמ’ 680; ע”פ 5121/98 יששכרוב נ’ התובע הצבאי הראשי, פ”ד סא(1) 461, 560 (2006); בג”ץ 2557/05 מטה הריב נ’ משטרת ישראל, פסקה 14 לפסק דיני (פורסם בנבו, 12.12.2006).

164 בג”ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ’ שר האוצר, פ”ד ס(3) 464, 479 (2005).

התפיסה, לפיה הזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים, שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי".¹⁶⁵ ברוח זו נפסק באחת הפרשות כי "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש".¹⁶⁶ בפרשה אחרת נפסק:¹⁶⁷

"כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

בפרשה עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נפסק ברוב דעות:¹⁶⁸

"מחובת המדינה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולות הרפואה המודרנית".

דעת המיעוט של השופט א' לוי סברה כי הזכות לכבוד רחבה יותר והיא כוללת בהיבט החיובי את הזכות "לתנאי מחייה נאותים".¹⁶⁹

השאלה שטרם נפתרה בישראל היא אם ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות חל אך לעניין הזכות לכבוד הכלולה בסעיף 4 לחוק היסוד – המשתרעת על ההגנה, החיים, הגוף והכבוד – או שהוא משתרע על מלוא הזכויות החיוביות הקבועות בחוק יסוד זה (קניין, חירות אישית, יציאה מישראל וכניסה אליה, פרטיות) ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (חופש העיסוק).

165 שם, בעמ' 481.

166 בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994).

167 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 375, 360 (2001). ראו גם ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 579, 580 (2003); רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214, 221 (2003); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, 942 (2004); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 738 (2004); בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70 (2004).

168 פרשת עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 164, בעמ' 483.

169 שם, בעמ' 496 (השופט א' לוי).

לטובת הגישה המרחיבה (תחולת ההיבט החיובי על כל הזכויות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם) אפשר להביא שני טיעונים: האחד טיעון "פנימי" והאחר טיעון "חיצוני". הטענה הפנימית מושתתת על הפרשנות (הפנימית) של הזכויות החוקתיות.¹⁷⁰ על פי פירוש זה הגשמת התכלית המונחת ביסוד הזכויות החוקתיות מצדיקה את המסקנה כי הן מטילות על הרשות השלטונית הן חובה שלילית (שלא לפגוע) והן חובה חיובית (להגן). הערכים האובייקטיביים המונחים ביסודה של אחת מהזכויות החוקתיות – כבוד האדם, הקניין, החירות, הפרטיות, חופש העיסוק – משקפים אידאליים השואפים למימוש מרבי.¹⁷¹ יש להבין ערכים אלה מתוך מבט רחב.¹⁷² הבנה זו מובילה למסקנה כי היקפן של הזכויות החוקתיות יכול גם את ההיבט האובייקטיבי. טול למשל את הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט. חוק היסוד קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".¹⁷³ ההיבט השלילי מחייב את המדינה שלא לפגוע על ידי פעולותיה שלה בפרטיות ובצנעת החיים של האדם. ההיבט החיובי מחייב את הרשות השלטונית למנוע פגיעה בפרטיות ובצנעת החיים על ידי צדדים שלישיים, במיוחד כשדבר הפגיעה בפרטיות ובצנעת החיים על ידי צדדים שלישיים ידוע למדינה, והיא נמנעת ממתן הגנה על הקניין. גישה פרשנית זו תחול כמוכח רק במקום שהיא אינה נוגדת את הטקסט החוקתי. כך הדבר לעניין פרטיות וצנעת הפרט. מכוחה של זכות זו מוטלת על הרשות השלטונית החובה שלא לפגוע בפרטיותו של אדם ובצנעת פרטיו. נראה לי כי אפשר להוסיף ולקבוע כי הזכות לפרטיות ולצנעת החיים של אדם כנגד הרשות השלטונית משתרעת גם על חובתה למנוע מצדדים שלישיים לפגוע בפרטיותו של אדם ובצנעת חייו. בהיעדר הגנה זו אין מתממשת ההוראה החוקתית שלפיה כל אדם "זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". דין דומה אפשר להחיל גם לעניין חופש העיסוק. חוק היסוד קובע כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח־יד". פרשנותה של הוראה זו יכולה להביא לידי מסקנה כי ההוראה משתרעת הן על ההיבט השלילי (איסור על המדינה לפגוע בחופש העיסוק) והן על ההיבט החיובי (הגנת המדינה על חופש העיסוק מפני פגיעה בו על ידי פרטים אחרים). גישה שונה תיתכן לעניין החירות האישית, שלפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם".¹⁷⁴ חובה זו מוטלת על הרשות השלטונית. הטקסט מקרין משמעות שלילית. המדינה חייבת שלא ליטול חירותו של אדם

170 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 520.

171 שם, בעמ' 64.

172 ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 460; ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 94.

173 ס' 7 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

174 שם, ס' 5: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

או להגבילה. ספק אם לשון הטקסט מאפשרת הכרה בחובה חיובית להגן על החירות האישית מפני פעולות של צדדים שלישיים.

הטיעון השני (החיצוני) מושתת על "פסקת הכיבוד" הקבועה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. פסקה זו קובעת, כפי שראינו, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".¹⁷⁵ על פי הטיעון השני, חובת הכיבוד משמעותה החובה שלא לפגוע בזכויות החוקתיות והחובה להגן עליהן. כאשר הרשות השלטונית מודעת לפגיעתם של צדדים שלישיים בזכות החוקתית של הפרט כלפי הרשות השלטונית, והיא אינה עושה דבר, אין היא מכבדת את הזכות החוקתית כנדרש ממנה בפסקת הכיבוד.¹⁷⁶ שני הטיעונים (הפנימי והחיצוני) אינם נקיים מספקות. הטיעון הפרשני מוגבל בלשון של הזכויות החוקתיות. מקום שהן מנוסחות בלשון "שלילית" ("אין פוגעים בקניינו של אדם") לא קל הוא להסיק חובת הגנה. הטיעון השני מטיל על הרשויות השלטוניות את החובה "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". טיעון חזק הוא שבכך הוא מפנה לחובות המצויות בזכויות עצמן ואינו מטיל חובת כיבוד, שאינה חלק מפרשנותן של הזכויות עצמן. על פי גישה זו, פסקת הכיבוד היא פסקת "תחולה" – כאמור בחוק היסוד – ואין היא פסקה הקובעת את תוכנה של הזכות החוקתית.

דומה שהפתרון במסגרת חוקי היסוד שלנו בדבר זכויות האדם הוא כי עקרונית יש להכיר בגדרי הזכויות השונות הן בהיבט החיובי והן בהיבט השלילי. ההכרה בהיבט החיובי תימנע מאותם מקרים שבהם הדבר אינו מתיישב עם לשון ההוראה החוקתית. על כן יחול ההיבט השלילי בלבד לעניין הזכות החוקתית לקניין ("אין פוגעים בקניינו של אדם": סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); לעניין החירות האישית (סעיף 5); לעניין הפגיעה בהיבטים מסוימים של הפרטיות (סעיף 7(ב)–(ד)). בשאר הזכויות החוקתיות (סעיפים 4, 2; 6; 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) יחול הן ההיבט השלילי והן ההיבט החיובי.

(2) מימוש החובה בזכויות חיוביות

ההכרה בהיבט החיובי של זכויות חוקתיות (כולן או מקצתן) מעוררת שתי שאלות: האחת, אם כנגד חובת הרשות השלטונית עומדת זכותו של הפרט; השנייה, כיצד ניתן לממש הלכה למעשה את ההיבט החיובי.

175 שם, ס' 11; ס' 5 לחוק-יסוד חופש העיסוק. לניתוח הוראה זו, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446.

176 ראו גם ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו זכויות היסוד של האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

לעניין השאלה הראשונה דעתי היא כי אם מוטלת חובה על הרשות השלטונית להגן על ערכים מסוימים, כי אז כנגד חובה זו עומדת זכותו של הפרט.¹⁷⁷ חובתה של הרשות השלטונית היא זכותו של הפרט. אכן, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי "כל אדם זכאי"¹⁷⁸ להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. כבוד האדם אינו רק זכות "שלילית", אלא גם זכות "חיובית". על כן מוטלת החובה החוקתית על הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת להגן על הזכויות החיוביות של הפרטים. אין זו אך סמכותן – זו חובתן, ואין היא נתונה לרצונן החופשי. על כן מוטלת החובה על הרשות השופטת לפתח את המשפט המקובל באופן שזכויותיו החיוביות של הפרט כנגד הרשות השלטונית יזכו להגנה.¹⁷⁹

כיצד יממש הפרט את זכותו החיובית? תשובתי היא כי הוא יעשה כן באותן הדרכים העומדות לרשותו למימוש זכותו השלילית. אכן, בית המשפט החוקתי הגרמני ציווה על המחוקק לא פעם להפעיל את כוח החקיקה כדי להגשים את ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות.¹⁸⁰ בשיטות המשפט המקובל יוכל בעל הזכות לבקש מבית המשפט להשתמש בכוחו ליצור משפט, ותחת לחייב את המחוקק לחוקק – ובעיקר במקום שהמחוקק גילה דעתו שאין ברצונו לחוקק – יפעיל את סמכותו ליצור משפט מקובל חדש.¹⁸¹ למותר לציין כי אם משפט מקובל זה אינו לרוחו של המחוקק, הכוח בידו לבטל דין הלכתי זה או לשנותו.

ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות – בדומה להיבט השלילי – אינו מכיר בזכות חיובית מוחלטת. זוהי זכות חיובית יחסית. אפשר להגבילה בהוראת דין (חוקק או הלכתי) מידתית. על כן אם לא כל ההיבט החיובי של הזכות החוקתית מוגן על ידי שיטת המשפט, ייתכן שמצב דברים זה חוקתי שכן הוא מידתי.¹⁸² חקיקה חדשה המגנה על ההיבט החיובי צריכה להיות מידתית. הוא הדין בפסיקה חדשה. חקיקה שתבטל את הדין ההלכתי המגשים את ההיבט החיובי או תשנה אותו תהא חוקתית רק אם היא מידתית.

- 177 ראו Grimm לעיל, ה"ש 159, בעמ' 153, ALEXY; לעיל ה"ש 27, בעמ' 301.
 178 ס' 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 179 ראו פרשת Carmichele, לעיל ה"ש 10. בפרשה זו הטיל בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה על בתי המשפט את החובה לפתח את המשפט המקובל של דיני הנזיקין באופן שתוכר חובתה של המשטרה לנקוט פעולות חיוביות להגן על פרט מפני מעשי תקיפה של פרט אחר. ראו גם פסקי הדין הנוספים שבה"ש 9 לעיל.
 180 ראו Grimm, לעיל ה"ש 159, בעמ' 153. ראו גם Fedtke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 153.
 181 כפי שעשה השופט רובינשטיין בפרשת מור, לעיל ה"ש 157.
 182 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 522.

ד. התחולה העקיפה בישראל

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעים רשימה של זכויות חוקתיות. לשון חוקי היסוד אינה קובעת מיהו הנמען של זכויות אלה. אין הכרעה מפורשת בשאלה אם זכויות אלה מכוונות אך כנגד רשויות השלטון או גם כלפי פרטים אחרים. אמת, שני חוקי היסוד קובעים כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד"¹⁸³ את הזכויות הקבועות בהם. לא נקבע כי רק על רשויות השלטון מוטלת חובה זו. שאלת התחולה של הזכויות החוקתיות ביחסים שבין פרטים היא אפוא פתוחה והיא נתונה להכרעה פרשנית של בית המשפט.

הבעיה התעוררה לראשונה בפרשת חברא קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום.¹⁸⁴ פרשה זו עסקה בשאלה אם לקרובי מנוחה מוענקת הזכות להוסיף על המצבה את שמה באותיות לטיניות ואת תאריך לידתה ופטירתה בספרות. בפסק דיני ציינתי כי זכות זו אפשר לבסס בין השאר על פי דיני המשפט הפרטי. בהקשר זה ציינתי כי ההתניה בדבר כיתוב בעברית בלבד העולה מהטפסים שעליהם חתם בעלה של המנוחה נוגדת את תקנת הציבור, ועל כן בטלה. מסקנה זו נשענה על האופציה של התחולה העקיפה, תוך שציינתי כי שאלת התחולה הישירה נשארת בצריך עיון.¹⁸⁵ קו המחשבה שלפיו נבחן פסק הדין היה כי "עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. על כן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם".¹⁸⁶ השאלה שעליה עמדתי בפסק הדין היא "כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסו עם פרטים אחרים".¹⁸⁷ בתשובה לשאלה זו הפניתי את תשומת הלב לעקרונות הפרשנות.¹⁸⁸ נוסף על כך ציינתי כי "המשפט הפרטי כולל בחובו מספר דוקטרינות, אשר משמשות כלים שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אל תוך המשפט

183 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

184 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 51.

185 שם, בעמ' 530.

186 שם.

187 שם.

188 שם.

הפרטי".¹⁸⁹ אחת מאותן דוקטרינות היא זו של "תקנת הציבור". ציינתי כי "הוראה זו... מזרימה אל תוך המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט בכלל ואת זכויות האדם הבסיסיות בפרט".¹⁹⁰ הדגשתי כי "בהעברתם של עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט מתחומי המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם. ברור כי חובתו של השלטון חמורה היא יותר, וההגנה על זכויות היסוד כלפיו היא מקיפה יותר. עם זאת, גם כל פרט חייב בכיבוד זכויות היסוד של הפרט האחר. אכן, חובתו של הפרט לקיים את זכויות היסוד של זולתו נגזרת מאותו מקור עצמו ממנו נגזרת חובת השלטון – הלא הם תפיסות היסוד החברתיות ועקרונות היסוד המשפטיים עליהם בנויה שיטת המשפט".¹⁹¹

שאלת התחולה העקיפה התעוררה שוב בפרשת AES system Inc. נ' סער.¹⁹² בפרשה זו חתם עובד על התחייבות כלפי מעבידו שלא להתחרות בו. השאלה הייתה אם התחייבות זו היא בעלת תוקף. כמו בפרשת חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים",¹⁹³ כך גם בפרשה שלפנינו הוחלט כי ההתחייבות בטלה בהיותה נוגדת את תקנת הציבור. בפסק דיני ציינתי כי "תקנת הציבור" משקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר לרמה הראויה של התנהגות ביחסים חוזיים. היא מבטאת את עמדתו של המשפט הישראלי באשר למותר ולאסור בהתקשרות החוזית. תוכנה של תקנת הציבור משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת... על תפיסות היסוד של החברה הישראלית – ועל עמדתו של המשפט הישראלי – באשר למותר ולאסור, לומד השופט ממכלול ערכיה של שיטת המשפט. הראשונים בערכים אלה הם הערכים החוקתיים של המשפט ושל המשטר. על כן מהוות זכויות האדם, המעוגנות בחוקי היסוד, מקור מרכזי – אם גם לא יחיד – שממנו שואב השופט את הנתונים הערכיים המגבשים את 'תקנת הציבור' הישראלית. ודוק: זכויות האדם שבחוקי היסוד מכוונות כנגד הרשות הציבורית. אין הן מעניקות, כשלעצמן במישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת זכויות היסוד – ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד – קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט (הציבורי והפרטי)."¹⁹⁴ בהמשך פסק הדין עמדתי על כך כי "ערכיה של שיטת משפט,

189 ש.ם.

190 ש.ם, בעמ' 531.

191 ש.ם. ראו גם ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, פ"ד נה(1) 939, 952 (1999).

192 פרשת סער, לעיל ה"ש 66.

193 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 51.

194 פרשת סער, לעיל ה"ש 66, בעמ' 860.

תפיסותיה היסודיות והמטרות והאינטרסים שלה מצויים בהתנגשות מתמדת".¹⁹⁵ התנגשות זו נפתרת "על פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים".¹⁹⁶ התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות הוכרה בכל תחומי המשפט הפרטי. היא חלה למשל בדיני החוזים,¹⁹⁷ בדיני הנזיקין,¹⁹⁸ במשפט המסחרי,¹⁹⁹ בדיני הקניין²⁰⁰ ובדיני המשפחה.²⁰¹ אך טבעי הוא שהתחולה העקיפה תוכר גם במשפט העבודה.

ה. סגירת המעגל

עם ההכרה בחובת העשה של המדינה – וכדי היקפה של חובה זו – נסגר המעגל. הזכות החוקתית הסובייקטיבית הפועלת ביחסים בין הפרט לרשויות השלטון במישור החוקתי הופכת לזכות תת-חוקתית סובייקטיבית של הפרט כנגד פרטים אחרים. מטמורפוזה זו מתרחשת באמצעות שלושת השלבים האלה: בשלב הראשון נשלפים מתוך הזכויות החוקתיות הסובייקטיביות ערכים חוקתיים אובייקטיביים. בשלב השני חודרים ערכים אובייקטיביים אלה למשפט הפרטי – בפרשנות ובהשלמת חסר. בשלב השלישי ההיבט האובייקטיבי של הזכות החוקתית חודר למשפט הפרטי באמצעות חקיקה חדשה או משפט מקובל חדש. עד כמה שחקיקה זו ופיתוח משפט מקובל זה הם חובה על המחוקק והשופט, כי אז הם יוצאים ידי חובתם על ידי הכרה חוקתית או הלכתית בזכויות סובייקטיביות ברמת החקיקה או המשפט המקובל (כלומר התת-חוקתית) של פרט כנגד פרט. משפט תת-חוקתי זה יהא חוקתי רק אם הוא מידתי.

ראוי להדגיש כי התחולה העקיפה משפיעה על היחסים בין פרטים. עם זאת היא אינה הופכת יחסים אלה ליחסים חוקתיים. ברמה החוקתית היחס הוא בין הפרט לרשות

195 שם, בעמ' 861.

196 שם. ראו גם פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 83, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת נאור.

197 ראו פרשת אלחנתי, לעיל ה"ש 83. דפנה ברק-ארו וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית משפט ח 11 (2009). ראו גם Deeksha Bhana & Marius Pieterse, *Towards a Reconciliation of Contract Law and Constitutional Values, Brisley and Afrox Revisited*, 122 S. AFRICAN L.J. 865 (2005).

198 שם.

199 ראו רות פלאטו-שנער "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר" הפרקליט מט 385 (2007).

200 ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005); מיגל דויטש קניין 224 (כרך א, 1997).

201 בעיקר בהתחשב בכך שהזכות לחיי משפחה הוכרה כזכות בת של זכות האם בדבר כבוד האדם: ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 74.

השלטונית. היחס בין הפרטים, אשר תוכנו מושפע מהתחולה העקיפה, אינו יחס ברמה החוקתית. הוא מצוי כל כולו ברמה התת-חוקתית. הוא נטוע בתוך המשפט הפרטי (החוק או ההלכה). זאת ועוד: המישור החוקתי נותן ביטוי לזכות החוקתית של פרט כלפי הרשות השלטונית במלוא היקפה. האפשרות החוקתית להגביל היקף זה אינה מצמצמת אותו אלא רק משפיעה על חוקתיותה של הנורמה התת-חוקתית הפוגעת בו.²⁰² נורמה תת-חוקתית זו – המשקפת את המשפט הפרטי כפי שעוצב מכוח השפעתה של התחולה העקיפה – אינה נותנת ביטוי למלוא היקפה של הזכות החוקתית. המשפט הפרטי ייתן ביטוי לזכות החוקתית כפי שהוגבלה על ידי הזכויות החוקתיות של אחרים ועל ידי טובת הכלל. היקף זכותו של פרט כלפי פרט אחר במשפט הפרטי תהא לעולם צרה בהיקפה מזכותו של פרט כלפי הרשות השלטונית במשפט החוקתי. עמדתי על כך באחת הפרשות:²⁰³

”בהעברתם של עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט מתחומי המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם. ברור כי חובתו של השלטון חמורה היא יותר.”

זכותו של פרט כנגד פרט אחר בגדרי המשפט הפרטי משקפת את ההגבלות המידתיות על הגשמתה של הזכות החוקתית. היא ביטוי לתפיסה כי הזכות החוקתית של פרט כלפי רשות שלטונית מועברת למשפט הפרטי כזכות של פרט כנגד פרט אחר. זכות זו נותנת ביטוי להגבלות המידתיות על הגשמת הזכות החוקתית כנגד הרשות השלטונית במשפט הפרטי. ודוק: אף שהיקפה של הזכות החוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון רחבה יותר מהיקפה של הזכות התת-חוקתית של פרט כנגד פרט, המימוש של הזכות החוקתית של הפרט כנגד הרשות השלטונית נעשה אף הוא בגדרי המשפט התת-חוקתי, ומכאן הדמיון הרב בין השתיים. עם זאת דמיון זה אינו מביא לזהות. הטעם לכך הוא בשוני בין העקרונות והערכים המצויים על כפות המאזניים.^{203א}

במקרים רבים התוצאה המתקבלת על ידי התחולה העקיפה אינה שונה מזו המתקבלת על ידי התחולה הישירה.²⁰⁴ עיון במשפט המשווה מעלה כי לעתים באותה שיטת משפט

202 ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 46, 115. ראו גם אהרון ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" ספר יצחק אנגלרד 227 (דפנה ברק-ארז וגדעון ספיר עורכים, 2009).

203 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 51, בעמ' 531.

203א ראו פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 83, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת בן ישי, לעיל ה"ש 191, בעמ' 952.

204 ראו Kum & Comella לעיל ה"ש 18.

נוקטים את שתי דרכי התחולה מבלי שבית המשפט עמד על השוני ביניהן.²⁰⁵ אכן, בשיטת משפט (כמו המשפט החוקתי הגרמני) שבה מתקיימים שלושת השלבים שעליהם עמדת – הפיכת זכות חוקתית סובייקטיבית לערך אובייקטיבי, החדרת הערכים האובייקטיביים למשפט הפרטי בפרשנות ובהשלמת חסר, חובת פיתוח המשפט הפרטי על ידי המחוקק – יהיו הפתרונות על פי שתי דרכי התחולה דומים ביותר. עם זאת אין לטשטש את השוני בין שתי דרכי התחולה. לא תמיד תהיינה התוצאות זהות; לא תמיד יוכר ההיבט האובייקטיבי של כל זכות חוקתית; לא תמיד נוהגת הפרשנות התכליתית המעניקה מעמד פרשני לתכלית האובייקטיבית של כל נורמה משפטית; לא תמיד תסכים שיטת משפט להחדרת הערכים האובייקטיביים למושגי השסתום; לא תמיד תוטל חובה על הרשות המחוקקת והשופטת לפתח את המשפט באופן המגשים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. בכל מקרה שבו אחד משלושת השלבים לא יופעל בצורתו המלאה, יורגש השוני בין תחולה ישירה לעקיפה. גם אם כל אחד משלושת השלבים יופעל בצורתו המלאה, עדיין יעמוד בעינו הבדל מרכזי בין התחולה הישירה לעקיפה. הבדל זה מתבטא בכך שבתחולה הישירה יש לפרט זכות חוקתית כלפי פרט אחר. לעומת זאת בתחולה העקיפה אינה מוכרת זכות חוקתית בין פרטים. התחולה העקיפה מכירה בזכות התת-חוקתית (חוקתית או הלכתית) של פרט כנגד פרט. שוני זה מבחינה מעשית עשוי להיות קטן. הטעם לכך הוא, שהן בתחולה הישירה והן בתחולה העקיפה, המימוש של הזכות והסעדים בגינה, הם במישור התת-חוקתי. עשוי שלא להיות שוני רב בין תוכנו של המשפט התת-חוקתי במקום שהוא מממש את זכותו של הפרט כנגד רשויות השלטון לבין תוכנו של המשפט התת-חוקתי במקום שהוא מממש את זכותו של הפרט כנגד פרט אחר. עם זאת השוני קיים ועומד. הטעם לכך הוא שהאינטרסים והערכים הנלקחים בחשבון בגיבוש משפט תת-חוקתי שעניינו היחסים בין פרט לרשויות השלטון עשויים להיות שונים מהאינטרסים והערכים הנלקחים בחשבון בגיבוש משפט תת-חוקתי שעניינו היחסים בין פרט לפרט. זאת ועוד, הסעד בגין הפרתה של הזכות – כמו הזכות עצמה – הוא ברמה תת-חוקתית והוא כפוף להוראות השונות של המשפט הפרטי בעניין אשם תורם סיבתיות והערכת הנזק.

ו. התחולה העקיפה במשפט העבודה

1. כללי

התחולה העקיפה חלה בכל דיני העבודה – החקוקים, ההלכתיים והחוזיים (בין חוזה אינדיווידואלי ובין חוזה קיבוצי). המשפט המשווה מלמד כי היה זה דווקא בתחום דיני

205 ראו Oliver & Fedlke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 520–557.

העבודה שבו פותחו דיני התחולה העקיפה.²⁰⁶ תחילה נקט בית המשפט העליון לדיני העבודה בגרמניה, בראשותו של Hans Carl Nipperdey, תחולה ישירה.²⁰⁷ במשך השנים גברה ידו של בית המשפט החוקתי אשר דגל בתחולה העקיפה.²⁰⁸ בשיטות משפט אחרות, כגון איטליה²⁰⁹ ויוון,²¹⁰ אפשר למצוא תחולה עקיפה וישירה בדיני עבודה בלא הבחנה ברורה ביניהן. כפי שראינו, בישראל אומצה התחולה העקיפה כדרך הראויה ליחסים בין הזכויות החוקתיות למשפט הפרטי. גישה זו הוחלה על ידי בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה גם בתחום דיני העבודה.²¹¹ כך למשל קבע בית הדין הארצי לעבודה כי הזכות החוקתית של פרט כנגד רשויות השלטון לחופש העיסוק חודרת ליחסים בין פרטים במשפט העבודה בתחולה עקיפה.²¹² בפרשת טועמה ציין הנשיא מ' גולדברג:²¹³

“לנו נראה כי לעקרונות ולמגמות אשר בחוק-יסוד: חופש העיסוק צריך שתהא השפעה עקיפה אף על התקשרויות חוזיות בתחום יחסי העבודה, שעניינן הגבלת חופש העיסוק לאחר הפרישה מעבודה.”

בפרשה אחרת ציינה השופטת א' ברק:²¹⁴

- 206 ראו Oliver & Fedtke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 139.
- 207 ראו HANS CARL NIPPERDEY, GRUNDRECHTE UND PRIVATRECHT 15 (1961). לעמדתו של ניפרדי ולפסקת בית המשפט העליון לדיני עבודה ראו Jörg Fedtke, *Drittwirkung in Germany*, בתוך Oliver & Fedtke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 139.
- 208 שם. ראו גם Gert Bruggeneier, *Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective*, in CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW 59 (Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh eds., 2006); Christion Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 97 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds, 2001); Ulrich Preuss, *The German Drittwirkung Doctrine and its Social-Political, Background*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 23 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2006).
- 209 ראו Chiara Favilli & Carlo Fusaro, *Italy: The Protection of Constitutional Rights, in the Private Sphere*, בתוך Oliver & Fedtke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 276.
- 210 ראו Christina Akrivopoulou, *Greece: Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights*, בתוך Oliver & Fedtke, לעיל ה"ש 4, בעמ' 157.
- 211 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך ב: בני סברה 183 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 212 ראו מנחם גולדברג חופש העיסוק והגבלתו 177 (1999).
- 213 דב"ע (ארצי) נג/17-3 טועמה נ' טכנו גומי ליסיצקי בע"מ, פד"ע כה 227, 239 (1992).
- 214 דב"ע (ארצי) נז/27-41 ההסתדרות הכללית החדשה נ' מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449, 472 (1997).

“בית הדין הארצי לעבודה ראה מאז ומתמיד את זכויות האדם כזכויות החלות על פרטים והציבור כאחד. לאחר חקיקת חוקי היסוד ראה בית הדין הארצי לעבודה את הזכויות הנובעות מחוקי יסוד אלו, כחלות גם ביחסים בין פרטים, וזאת בדרך עקיפה.”

על גישה זו חזרו בתי הדין לעבודה פעמים מספר.²¹⁵ אפנה עתה לערוצי התחולה העקיפה – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט – כפי שהם פועלים בתחום משפט העבודה בישראל ובמשפט המשווה. בהקשר זה יש לזכור כי למרבה הצער לא כונן בישראל חוק-יסוד: זכויות חברתיות.²¹⁶ הזכויות החוקתיות הרלוונטיות למשפט העבודה מעוגנות כולם בשני חוקי היסוד הדנים בכבוד האדם וחירותו ובחופש העיסוק.

2. ערוץ התחולה הראשון: פרשנות משפט העבודה

(א) ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות ופרשנות משפט העבודה

ערוץ החדירה הראשון של ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות למשפט הפרטי הוא בפרשנות המשפט הפרטי.²¹⁷ חדירה זו מתאפשרת בגדרי הפרשנות התכליתית הנהוגת בישראל. כפי שראינו, על פי הפרשנות התכליתית תכליתו של כל חוק כוללת, ברמת הפשטה גבוהה, את עקרונות היסוד של שיטת המשפט. בגדרם ניתן מקום של כבוד להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות.²¹⁸

גישה פרשנית תכליתית זו חלה כמובן גם בפרשנותם של חוקי העבודה.²¹⁹ אכן, שיטת הפרשנות הנהוגה בשיטת משפט לפירוש החוקים חלה כמובן גם לעניין פירוש חוקי

215 ראו דב"ע (ארצי) נג/223-3 פלסטין פוסט בע"מ נ' יחיאל, פד"ע כז(1) 436 (1994); דב"ע (ארצי) נו/216-3 מודקון בע"מ נ' בש, פד"ע לא 613 (1996); דב"ע (ארצי) נז/44-4 חיפה כימיקלים בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע ל 216 (1997); ע"ע (ארצי) 1046/04 גואטה נ' מפעל הפיס, פס' 40 (פורסם בנבו, 7.8.2005).

216 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 211.

217 ראו לעיל בעמ' 370–381.

218 ראו לעיל בעמ' 370–372.

219 ראו ע"ע (ארצי) 1010/02 מדינת ישראל נ' רסמי, פד"ע מ 156 (2005); ע"ע 568568/06 שושן נ' קל שירותי נופש ותיירות בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2008); דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); ע"ע (ארצי) 1247/01 גדרה נ' מדינת ישראל – צבא ההגנה לישראל (פורסם בנבו, 16.1.2006); תב"ע (ארצי) נה/109-02 לוי נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326 (1996); ע"ע (ארצי) 1120/02 וענקין נ' המועצה הדתית אופקים, פד"ע לט 751 (2003); ע"ע (ארצי) 480/05 בן שיטרית נ' פלונית (פורסם בנבו, 8.7.2008); ע"ע (ארצי) 509/05 בורובסקי נ' מועצה מקומית ביר אל מכסור (פורסם בנבו, 20.8.2006).

העבודה. אין לחוקי העבודה שיטת פרשנות משלהם. על כן יפורשו בישראל חוקי העבודה בפרשנות תכליתית. משמעות הדבר היא כי חוקי העבודה יתפרשו על סמך ההנחה כי התכלית של חוקי העבודה ברמת הפשטה גבוהה היא להגשים את ערכי היסוד של המשפט הישראלי. ערכים אלה כוללים בחובם בין השאר את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. על כן יפורשו חוקי העבודה על סמך ההנחה כי תכליתם היא לקדם בין השאר את כבוד האדם של העובד והמעביד, את פרטיותם, קניינם וחופש העיסוק שלהם. כאשר ערכים אובייקטיביים אלה מתנגשים זה בזה, מוכרעת ההתנגשות בדרך של איזון (פרשני) ראוי בין הערכים המתנגשים.²²⁰ על כך עמדה השופטת נ' ארד בפרשת איסקוב:^{220א}

“הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, הן בעלות תחולה ביחסים שבין הפרט לשלטון (ההיבט הסובייקטיבי). זכויות חוקתיות-סובייקטיביות אלה, עליהן נמנות הזכויות לכבוד האדם, פרטיות, קניין וחופש העיסוק, מהוות אף חלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ככאלה, מבטאות הזכויות החוקתיות-הסובייקטיביות ערכים אובייקטיביים החלים בכל ענפי המשפט. הערכים החוקתיים-אובייקטיביים ובהם, כבוד האדם, פרטיות, קניין וחופש העיסוק, מחלחלים מתחומי המשפט החוקתי, באמצעות מושגי השסתום, כגון תום לב ותקנת הציבור, אל עבר ענפי המשפט השונים ובכלל זה המשפט הפרטי, לרבות משפט העבודה. בכך בא לידי ביטוי מודל התחולה העקיפה של זכויות היסוד במשפט הפרטי ומכאן תחולתן של הזכויות החוקתיות-סובייקטיביות כערכים אובייקטיביים בין הפרטים לבין עצמם.”

(ב) פרשנותם של מושגי השסתום במשפט העבודה

(1) מושגי השסתום במשפט העבודה

מושגי השסתום של המשפט הפרטי, שעליהם עמדנו,²²¹ חלים גם בתחום משפט העבודה.²²² תקנת הציבור ותום הלב, המקובלים במסגרת הדין הכללי, חלים גם בתחום משפט העבודה (האינדיווידואלי והקיבוצי). אעמוד על פרטיה של תחולה זו.

²²⁰ על האיזון הפרשני, ראו ברק, מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 98. ^{220א} ע"ע (ארצי) 8/90 איסקוב ענבר – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים, פסקה 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.2.2011). ראו גם ע"ע (ארצי) 10-08-33680 דיוניגוף קלאב בע"מ – זואילי, פסקאות 11 ו-25 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 16.11.2011).

²²¹ ראו לעיל בעמ' 372–380.

²²² ראו עניין גואטה, לעיל ה"ש 215. ראו גם עניין מכתשים, לעיל ה"ש 214.

(2) תקנת הציבור בחוזים שבין מעביד לעובד

(I) כללי

הדינים הכלליים החלים בדבר ביטולו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור חלים גם בחוזי העבודה. אכן, פסקי הדין המרכזיים שפירשו את תקנות הציבור בדיני החוזים עסקו ביחסי העבודה.²²³ במסגרתם חלה תקנת הציבור הן לעניין ההסכם הקיבוצי והן לעניין החוזה האינדיווידואלי. הוראה בחוזה עבודה (קיבוצי או אינדיווידואלי) הסותרת את תקנת הציבור – בטלה. הטענה בעניין זה יכול שתבוא מפי המעביד (או ארגון העובדים) או מפי העובד (או ארגון העובדים). במצב דברים זה מונחים על הכף האחת הערכים האובייקטיביים בדבר חופש ההתקשרות, חופש עיצוב החוזה וכיבוד הסכמים הנגזרים מכבוד האדם וחופש העיסוק. כן יונחו על כף זו זכויות מיוחדות לדיני העבודה, כגון הפרוגטיבה הניהולית של המעביד (הנגזרת מחופש העיסוק והזכות לקניין, הזכות לעבוד והזכות לבחור את המעסיק). על הכף האחרת יונחו הערכים אשר החוזה פגע בהם והמצדיקים את בטלותו בשל סתירה לתקנת הציבור. מקצת ערכים אלה הם בעלי אופי כללי, כגון שוויון הזדמנויות, חופש עיסוק, פגיעה בפרטיות. הם אינם מיוחדים ליחסי העבודה. מקצתם מיוחדים ליחסי העבודה (כגון יחסי האמון שבין הצדדים או פערי מיקוח ביחסים בין מעביד לעובד). האיזון בין הערכים המתנגשים ייעשה על פי דיני האיזון הרגילים. על העליונה תהא אותה כף אשר חשיבותה החברתית היחסית בנקודת החיכוך גוברת. נדגים גישתנו זו בכמה מצבים טיפוסיים.

(II) הסכם להגבלת חופש העיסוק

בחוזה שבין מעביד לעובד נקבע כי בסיום יחסי העבודה תוטלנה מגבלות שונות, הקבועות בחוזה, על כוחו של העובד להתחרות במעבידו. מגבלות אלה עשויות להיות כה חמורות עד שהן בטלות בהיותן סותרות את חופש העיסוק. חופש העיסוק הוא זכות חוקתית של כל פרט כנגד רשויות השלטון. זהו גם ערך אובייקטיבי החודר לתחומי המשפט הפרטי בכלל ולדיני החוזים בפרט באמצעות מושג השסתום של תקנת הציבור.²²³ חופש העיסוק משתרע על הזכות לעבודה בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. הוא כולל את הזכות לבחור מקצוע,

223 ראו בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995); ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל נ' נהרי, פד"ע לה 318 (2000); ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה נ' גרינשפן (פורסם בנבו, 24.4.2006); בג"ץ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 22.4.2009).
224 ראו פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 83; ס"ק (ארצי) 56/09 הסתדרות המעו"ף – ההסתדרות הכללית החדשה – חבר המועצות הדתיות (פורסם בנבו, 4.04.2012).

ולחיכנס לתוכו. הזכות משתרעת גם על הזכות שלא לבחור מקצוע ושלא לעבוד. הזכות לעסוק במקצוע משתרעת על עיסוק כעצמאי או כשכיר וכן את הזכות להתפרנס בכבוד.²²⁴ מתי פגיעה בערך האובייקטיבי של חופש העיסוק של העובד מגיעה לדרגות חומרה של סתירה לתקנת הציבור?

לשם מתן תשובה על שאלה זו יש לעמוד על הערכים המתחרים על הבכורה ועל האיזון הראוי ביניהם. על הכף האחת מונחים הערך בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי (כחלק מכבוד האדם) אשר ממנו נגזר העיקרון של חופש החוזים. "אינטרס הציבור – אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית גם יחד – הוא שהתחייבויות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על-ידיו".²²⁵ כן מונח על כף זו אינטרס הציבור והמעביד בהגנה על מידע של המעביד שנרכש על ידי העובד. "זהו אינטרס (פרטי וציבורי) כי תינתן הגנה למעביד על השקעותיו בהכשרת עובדיו, בגיבוש לקוחות ושיטות עבודה".²²⁶ על הכף האחרת מונח חופש העיסוק של העובד. משמעותו של ערך זה הוא "החופש של העובד שסיים את קשר ההעסקה עם מעבידו להתקשר עם כל מעביד שיחפוץ וכן החופש של העובד לפתוח לעצמו עסק משלו, בלא שיהא כבול בהתחייבויות להגבלת המסחר.²²⁷ כן מונחים על כף זו כושר העבודה והיצירה של העובד, שהוא חלק מאנושיותו ועל כן נגזר מהערך (האובייקטיבי) של כבוד האדם".

כיצד ייקבע האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים?²²⁸ שאלה זו נידונה בהרחבה בפרשת סער. נקבע כי "באיזון הכולל, חופש העיסוק גובר כאשר מנגד עומד אך האינטרס של המעביד לאי-תחרות, ואילו חופש החוזים גובר כאשר לצידו עומד אינטרס לגיטימי של המעביד, כגון אינטרס 'קנייני' או 'כעין קנייני' של המעביד".²²⁹ בהמשך בוחן פסק הדין את האינטרסים הלגיטימיים של המעביד.²³⁰

- 224 ראו ע"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה נ' האיגוד הארצי לקציני הים - צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97 (2000).
- 225 פרשת סער, לעיל ה"ש 66, בעמ' 862.
- 226 ש.ם.
- 227 ש.ם. ראו גם דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994), פ"ד נו(1) 56, 74 (2001).
- 228 ראו מנחם גולדברג "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה" מחקרי משפט ה 7 (1987).
- 229 פרשת סער, לעיל ה"ש 66, בעמ' 873.
- 230 פסיקתם של בתי הדין לעבודה פיתחה את השיקולים השונים המונחים על כפות המאזניים. ראו ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר - רד גארד בע"מ, פד"ע לד 294, 912 (1999) (להלן: פרשת צ'ק פוינט); ע"ע 292/99 עמיחי - חברת יוסי גולדהמר בע"מ, פד"ע לה 204 (2000); ע"ע (ארצי) 1141/00 הר זהב שרותי מזון בע"מ - פודליין בע"מ, פד"ע לח 72 (2002); ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ - אביב, פד"ע לט 728 (2003); ע"ע 15/99 דיירקס מערכות רפואיות בע"מ - ספקטור, פד"ע מ 721 (2005); ע"ע (ארצי) 80/08 דאטה פול בע"מ - יניב

(III) הפליה

מרבית החוקות מכירות בזכות לשוויון. בישראל היא מוכרת כ"זכות בת" של "זכות האם" בדבר כבוד האדם.²³¹ היא משתרעת על כל הפליה הפוגעת באנושיותו של האדם. הפליה ביחסי עבודה נופלת במסגרת זו:²³² "כבודו של עובד כאדם – כולל זכותו לשוויון הסיכוי – אינו מצורך לסחור בו, אינו נקנה ואינו נמכר בכסף".²³³ זוהי זכותו של הפרט כלפי רשויות השלטון. היא חלה ביחס האנכי. האם חלה הזכות החוקתית לשוויון במשפט הפרטי? האם היא זכות חוקתית של פרט כנגד פרט? על פי האופצייה של התחולה העקיפה הזכות החוקתית לשוויון אינה חלה במישורין ביחס בין פרטים (אין יחס חוקתי אופקי). עם זאת היא חלה בעקיפין גם ביחסים בין פרטים כחלק מהמשפט הפרטי (יחס תת-חוקתי אופקי). במעבר זה מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי היא משנה את מעמדה. היא חדלה להיות זכות ברמה החוקתית. היא הופכת להיות ערך אובייקטיבי המוקרן לתוך המשפט הפרטי. לעתים ההקרנה מתבטאת ביצירת זכות חקיקתית לשוויון בין פרטים. אכן, כמה חוקים קובעים הוראות בדבר שוויון בין הפרטים, למשל חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 קובע כי המעביד לא יפלה את עובדיו.²³⁴ הוא הדין בחוק גיל פרישה, התשמ"ד-2004;²³⁵ חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959;²³⁶ חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996;²³⁷ חוק שוויון לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.²³⁸ לעתים היא מתבטאת

- טכנולוגיות מדיה בע"מ (פורסם בנבו, 7.10.2010); ע"ע (ארצי) 457/09 הדיה בע"מ נ' תיצוג פדגו פלסטיק בע"מ (פורסם בנבו, 28.10.2011); ע"ע (ארצי) 2912-11-10 מן נ' ספיר ספרינט בע"מ (פורסם בנבו, 14.11.2011); מנחם גולדברג "חופש ההתקשרות החוזית במשפט העבודה" עיוני משפט ב 672 (1972).
- 231 ראו בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 74; עניין עדאלה, לעיל ה"ש 74; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 21.2.2012).
- 232 ראו דב"ע (ארצי) נו/3-129 פלוטקין נ' אחים איזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1999).
- 233 דב"ע (ארצי) לג/3-25 ועד אנשי צוות אוויר ואל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' חזן, פד"ע ד 365 (1973).
- 234 הגישה המקובלת היא כי חוק זה מצהיר על משפט העבודה שנהג אותה עת: ראו פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 369; מונדלק, לעיל ה"ש 211, בעמ' 241; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002); ע"ע (ארצי) 1353/02 אפלבוים נ' הולצמן, פד"ע לט 495 (2003).
- 235 ס"ח 46.
- 236 ס"ח 32.
- 237 ס"ח 230.
- 238 ס"ח 152.

בהלכות המשפט המקובל המכירות בזכות לשוויון בין פרטים כחלק מהמשפט הכללי, ומשפט העבודה המקובל כחלק ממנו.²³⁹

אחד מדרכי החדירה העקיפה של הערך האובייקטיבי לשוויון למשפט הפרטי הוא באמצעות מושג השסתום בדבר תקנת הציבור. דרך הילוכה של חדירה זו הוא זה: הזכות החוקתית לשוויון (החלה ביחסים בין הפרט לרשויות השלטון) היא גם ערך אובייקטיבי לשוויון. ערך זה אינו מוגבל ליחסים בין רשות שלטונית ופרט. הוא חל גם ביחסים בין פרט לפרט. ערך זה חודר ליחס שבין פרטים בדרכים שונות. אחת מאותן דרכים היא השימוש במושגי השסתום – ולענייננו זו תקנת הציבור החלה בדיני החוזים בכלל ובדינים החלים על חוזה העבודה (האישיים והקיבוציים) בפרט. אכן, "אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עיקרון השוויון".²⁴⁰ עיקרון זה, החל בכל חלקי המשפט הפרטי, חל גם ביחסים בין מעביד לעובד,²⁴¹ בין ביחסים האישיים ובין ביחסים הקיבוציים.^{241א} למשל, בפרשת נבו²⁴² קבע הסכם קיבוצי גיל פרישה שונה לעובד ולעובדת. בית המשפט העליון פסק כי בכך הפלה החוזה את העובדת, וכי הפליה זו נוגדת את תקנת הציבור, ועל כן בטלה. שאלת המפתח היא כמובן מתי פגיעה בערך האובייקטיבי של שוויון ביחסים בין מעביד לעובד מגיעה לדרגת החומרה של סתירה לתקנת הציבור. שאלה זו התעוררה בפרשת רקנט.²⁴³ בין אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ לבין ההסתדרות הכללית נכרת הסכם קיבוצי. נקבע בו בין השאר כי גיל הפרישה של דיילי אוויר הוא 60, ולעומת זאת גיל הפרישה של עובדי הקרקע הוא 65. אחת השאלות שהתעוררו היא אם הבחנה בין הדיילים לבין עובדי הקרקע לעניין גיל הפרישה היא הפליה הסותרת את תקנת הציבור. כדי להשיב על שאלה זו עמד בית המשפט העליון על הערכים המתחרים על הבכורה ועל האיזון הראוי ביניהם. על הכף האחת הונח העיקרון בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי, אשר ממנו נגזר חופש החוזים. כן הונח על כף זו קניינו של המעביד וחופש העיסוק שלו, שמהם הוכרה חירותו לעצב את קניינו-עסקו כרצונו. על הכף האחרת הונח כבודו של הדייל המבוגר והצורך להבטיח את שוויונו. באיזון בין שתי

239 דוגמה לכך הם דיני המכרזים באשר לקבלה לעבודה: ראו ע"ע (ארצי) 300204/98 מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2003); עניין צים, לעיל ה"ש 224; אלישבע ברק "ייחודם של דיני מכרזים לקבלה לעבודה" שנתון משפט העבודה ו 145 (1997).

240 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 91.

241 שם. ראו גם שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131 (2002).

241א ראו סק"כ (ארצי) 51/09 "סאוט אלעאמל" – להגנת זכויות העובדים והמובטלים – שר התעשייה המסחר (פורסם בנבו, 3.1.2012).

242 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, מד(4) 749 (1999).

243 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52.

הכפות נקבע כי הכף של הבטחת השוויון על העליונה. בפסק דיני הבאתי שני שיקולים עיקריים לתמיכה במסקנה זו: ראשית, השיקול בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש החוזים הנגזר ממנו, נחלש בהסכם הקיבוצי, שבו אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד; שנית, הערך בדבר השוויון הוא בעל משקל נכבד, במיוחד בהפליה של עובד מבוגר: "הפלייתו של העובד המבוגר היא קשה במיוחד. יש בה יסוד של השפלה ופגיעה בכבודו כאדם".²⁴⁴

(3) תום הלב בחוזים שבין מעביד לעובד

(I) כללי

הדינים הכלליים החלים בחובת ניהול המשא והמתן לקראת כריתתו של חוזה ובקיום החוזה חלים גם ביחסי העבודה (האינדיווידואליים והקולקטיביים). חלקם של פסקי הדין העקרוניים בישראל בעניין תום הלב בחוזים עסקו ביחסי העבודה. אכן, תחולתו של עקרון תום הלב ביחסי העבודה מתבקש במיוחד בשל אופיים של יחסי העבודה.²⁴⁵ עמד על כך הנשיא מנחם גולדברג:²⁴⁶

"בתחום משפט העבודה האינדיווידואלי, נובעת החובה מקדמת דנא מההלכה הפסוקה על-פיה יחסי עובד-מעביד 'ממהותם מחייבים מידה רבה של ביצוע ב'תום לב' ו'נאמנות'. מידות אלה נדרשות לא רק מאחד הצדדים ליחסים החוזיים, אלא מהשניים – הכל, כמובן כמתחייב מהשוני שבתפקידיהם' ובתחום הקיבוצי – מהותם של יחסי העבודה 'מחייבת תום לב בכל השלבים'".

ועל אותו עיקרון חזרה השופטת אלישבע ברק בציינה כי יחסי העבודה דורשים תום לב מיוחד ומוגבר:²⁴⁷

"שניים הם הנימוקים עליהם אפשר להצביע כמיוחדים לחוזה העבודה – האחד, היותם של יחסי העבודה יחסים נמשכים ובכך דומים הם במידת-מה ליחסים בתוך משפחה או ליחסי שותפות. הצדדים ממשיכים לחיות זה עם

244 שם, בעמ' 365.

245 ראו ת"ב (ארצי) מב/74-3 ורדי נ' עירית נתניה, פד"ע יד 59, 65 (1982).

246 מנחם גולדברג "תום לב במשפט העבודה" ספר בר ניב, קובץ מאמרים בדיני עבודה 139 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר, יצחק אליאסוף עורכים, 1987).

247 אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך ב: בני סברה 499, 507 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: אלישבע ברק "תום לב").

זה. השני, היות היחסים מעין יחסים היררכיים. על רקע זה ניתן להביא את הדרישה לתום לב מיוחד מוגבר כשמדובר בחוזה עבודה ונאמנות מיוחדת של הצדדים ליחסים זה לזה".

על פי גישה זו "על צד למשא ומתן או לחוזה, לא רק לדאוג שלא לפגוע באינטרס של הצד האחר אלא גם לדאוג באופן פוזיטיבי לאינטרסים של הצד האחר. צד ליחסי עבודה הוא מעין נאמן של הצד האחר".²⁴⁸ אכן, "יחסי העבודה מהווים דוגמה פרידגמטית לחוזה יחסי. הם אישיים, ארוכי-טווח, מורכבים, מערבים השקעות לטווח-ארוך של שני הצדדים, מבוססים על אמון, חשובים לעובד מבחינה אישית וחברתית, ונוגעים בחלק משמעותי מחייו הן מבחינה כמותית והן מבחינה מהותית. בגלל הקונפליקט הבסיסי בין העובד למעבידו – הן בנוגע לגובה השכר ושאר התנאים, הן בנוגע לאופן ביצוע העבודה והן בנוגע לחלוקת המשימות בין העובדים – מדובר ביחסים המתאפיינים במאבקי כוח תכופים. בדרך כלל המעביד יכול להכריע במאבק לטובתו בזכות כוחו העדיף, שכן רוב העובדים סובלים מנחיתות מובנית ביחסים. מדובר אם כן ביחסים שלחברה יש אינטרס מיוחד להסדיר. אופי היחסים יוצר פוטנציאל גבוה יחסית לשימוש לרעה בכוח, ושימוש לרעה כזה כרוך במחיר כבד במיוחד הן מבחינת הפרט והן מבחינת החברה בכללותה. בנסיבות אלה יש הצדקה מלאה לדרוש ממעבידים כי יפעילו את כוחם באחריות".²⁴⁹ המושגות של תום הלב היא אחד המכשירים החשובים למתן ביטוי ליחסים אלה שבין עובד למעביד. במסגרת עקרון תום הלב יש מקום להחיל בין הצדדים ליחסי העבודה חובת תום לב "מוגברת".²⁵⁰ על עקרון תום הלב במשפט העבודה עמדה סגנית הנשיא אלישבע ברק בפרשת רפפורט:²⁵¹

"עקרון תום הלב הוא עקרון חיצוני לחוזה, ששיטת המשפט מחילה על החוזה כאשר היא סבורה לגבי חוזה מסוים שאין זה הוגן וסביר לכרות אותו או לקיימו כפי שהוא, כפי שהוסכם בין הצדדים. זהו עקרון המכניס לתוך החוזה כמו גם לכל היחסים המשפטיים האחרים אלמנט נוסף על זה שהצדדים התנו ביניהם, אלמנט ששיטת המשפט סבורה שהוגן להחילה וצודק להחילה. זהו כלי אובייקטיבי לבחינת מחויבותו של כל אחד מהצדדים לחוזה כלפי הצד השני. כלי זה אינו קבוע ואחיד לכל סוגי החוזים. הוא משתנה מעניין לעניין. לעולם לא מדובר עוד בצדדים שהם

248 ש.ם.

249 גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני עבודה" עיוני משפט לא 5, 30 (2008–2009).

250 ש.ם.

251 ע"ע (ארצי) 1341/01 רפפורט נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 19.3.2003).

'זאבים' זה לזה, יחסים במ כל צד דואג אך לאינטרסים של עצמו ולא חייב כלל לשקול את אלו של הצד השני, כפי שהיה בעידן ה־laissez faire. כיום, מדובר בעידן שונה בו הצדדים מתחשבים לא רק באינטרסים של עצמם אלא גם באלו של זולתם. תום הלב ובעקבותיו חובת הגילוי בהסכמים מסחריים רגילים מצטמצמת בדרך כלל לכך שכל צד חייב, מעבר לדאגה לאינטרסים של עצמו, שלא לפגוע באלו של זולתו. אין הוא חייב לדאוג לאלו של זולתו. בחינת אדם לאדם אדם.

ישנם חוזים במ דרישת תום הלב מוגברת. על צד לחוזה להיות בבחינת 'מלאך' לזולתו, לדאוג גם לאינטרסים של זולתו. תום הלב המוגבר דורש גילוי מוגבר של פרטים רלוונטיים הידועים לצד אחד. במסגרת עובדות אלו לא מדובר רק בעובדות העולות מתוך החוזה. כאלו הם חוזה היחס דוגמת יחסי העבודה. כאלו הם החוזים במ לצד אחד יש מידע רלוונטי שאי ידעתו עלולה לפגוע בצד השני. כאלו הם חוזים בין חברות שתפקידן הוא לספק שרות פיננסי לאדם, דוגמת בנקים, חברות ביטוח, קרנות פנסיה. יחסים ממין זה דורשים אמון מיוחד מכל אחד מהצדדים."

(II) תום לב במשא ובמתן לקראת כריתת חוזה עבודה

החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חלה כמוכח גם ביחסי העבודה. חובה זו מוטלת על הצדדים המנהלים משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה עבודה אינדיווידואלי (עובד פוטנציאלי ומעביד פוטנציאלי). כן מוטלת חובה זו על הצדדים המנהלים משא ומתן לקראת כריתתו של הסדר או חוזה עבודה קיבוצי (ארגון עובדים ומעביד או ארגון עובדים). חובת תום הלב מוטלת על הצדדים, תהא דרך המשא והמתן אשר תהא. על כן היא מוטלת גם על הליכי מכרז.

חובת תום הלב, כפי שראינו, מטילה חובת הגינות, יושר ואמונים ביחסים בין יריבים. היא נבדלת מחובת הנאמנות של מי שחייב לדאוג אך לאינטרסים של זולתו, כגון השלוח ביחסיו עם השולח, הדירקטור ביחסיו עם החברה, השותף ביחסיו עם שותפיו, האפוטרופוס ביחסיו עם פסול הדין או עובד הציבור ביחסיו עם הציבור. אכן, הן העובד והן המעביד רשאים להביא בחשבון את האינטרסים שלהם. עם זאת עליהם לעשות כן תוך התחשבות ביחסים המיוחדים שבין הצדדים. בקביעת היקפו של תום הלב במשא ובמתן ביחסי העבודה יש להביא בחשבון את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות של הצדדים. למשל, יש להביא בחשבון את פרטיותו של העובד כערך אובייקטיבי המשקף את זכותו החוקתית לפרטיות, ואת חופש העיסוק וההתקשרות של המעביד כערך אובייקטיבי המשקף את זכותו החוקתית לעיסוק ולכבוד האדם. האיזון בין השניים עשוי להתבטא בין השאר בדין שלפיו מעביד מנהל משא ומתן שלא בתום לב אם הוא מבקש לקבל מידע מהעובד הפוגע

בפרטיותו ושאינו רלוונטי לעבודה, או שאינו מגלה פגמים וקשיים בעבודה ובתנאי העבודה הרלוונטיים למועמד ולמשרה; ²⁵² בדומה, העובד מנהל משא ומתן שלא בתום לב אם הוא איננו מוסר מידע – גם אם לא נשאל עליו – הפוגע בפרטיותו אך הקשור לעבודה. ²⁵³ לדעתי, בקביעת תוכנו של תום הלב לעניין חובת ניהול משא ומתן בתום לב יש להתחשב בערך האובייקטיבי של השוויון. ²⁵⁴ על כן עשויה להיות מוטלת על מעסיק החובה, הנגזרת מתום הלב הנדרש ממנו, לא להפלות בין המבקשים להתקבל לעבודה אצלו. כיום חל בעניין זה חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. ²⁵⁵ לדעתי אין חוק זה יוצר הסדר שלילי לעניין תחומים שבהם הוא אינו חל. למשל, חובת תום הלב תחול במשא ובמתן לעניין איסור על הפליה בין המבקשים להתקבל לעבודה במקום שהמעביד מעסיק פחות משישה עובדים. במצב דברים זה אין תחולה לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ²⁵⁶ אך אין כל סיבה שלא תחול חובת תום הלב הכללית. כמובן, בקביעת תוכנו של תום הלב במצב דברים זה יש להתחשב גם בעקרונות אחרים, כגון חופש ההתקשרות של המעסיק. האיזון (הפרשני) בין העקרונות המתנגשים יקבע את היקפו של תום הלב בכל מקרה קונקרטי. ככל שמהות העבודה היא בעלת אופי "פתוח", יגבר משקלו של הערך בדבר השוויון. ככל שמהות העבודה היא בעלת אופי "אינטימי" יגבר משקלו של הערך בדבר חופש ההתקשרות. על כן לא הרי תום הלב לעניין קבלה לעבודה במלון בוטיק שבו עובדים חמישה עובדים, כהרי תום הלב לעניין קבלה לעבודה בעזרה סיעודית למעביד חולה. בראשון (קבלה לעבודה במלון) עשוי לגבור הערך בדבר השוויון, ועל כן הפליה באי-קבלה לעבודה תהיה ניהול משא ומתן שלא בתום לב. לעומת זאת בשני (קבלה לעבודה סיעודית) יגבר הערך בדבר חופש החוזים, ועל כן הפליה באי-קבלה לעבודה לא תהיה ניהול של משא ומתן שלא בתום לב.

- 252 ראו אלישבע ברק "משא ומתן לקראת חוזה עבודה: עיונים בעקבות הרחבת סמכות בית הדין לעבודה" שנתון משפט העבודה ג' 47 (1993).
- 253 ראו ע"ע (ארצי) 1487/02 סופר נ' רשת אורט ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2005); אלישבע ברק "תום לב", לעיל ה"ש 247, בעמ' 508–511; מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה חברה ומשפט ט 85 (2002); ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר ג 775, 800–801 (2003); עס"ק (ארצי) 8/99 ההסתדרות הכללית החדשה האגף לאיגוד מקצועי נ' אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו, 22.1.2004); ע"ע (ארצי) 300228/05 ויטראול נ' אבא מרגלית יצור ושיווק דברי מאפה בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.2006); ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב נ' פואמיקס בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2010).
- 254 ראו לעיל בעמ' 378–379.
- 255 ס"ח 38.
- 256 ראו ס' 21(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

(III) תום לב בקיום חוזה עבודה

החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת חלה אף על הצדדים לחוזה העבודה, בין האינדיווידואלי ובין הקולקטיבי. זוהי חובה מוגברת,²⁵⁷ העשויה לעתים להתגבר על דין קוגנטי.²⁵⁸ על כן כוח ("הוהפלדיאני") הניתן לאחד הצדדים לחוזה צריך להיות מופעל בתום לב. זהו הדין בכוח השביתה ובכוח ההשבתה; זהו הדין בהפעלת כוח ("פררוגטיבה") הניהול של המעביד.²⁵⁹

בקביעת היקפו של תום הלב לעניין חוזה העבודה יש להתחשב בערכים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות (הסובייקטיביות) של הצדדים לחוזה העבודה כלפי המדינה. על כן יש להביא בחשבון ערכים של כבוד האדם, קניין, פרטיות, חירות וחופש עיסוק. במקום שערכים אלה מתנגשים יש לאזן ביניהם. למשל, מעביד עשוי לפעול שלא בתום לב בכיצוע חוזה העבודה אם הוא מונע מהעובד להביע דעותיו (חופש הביטוי); אם הוא מפלה בין עובדים (כבוד האדם); אם הוא מונע מהם להתארגן (חופש ההתאגדות).

(IV) תום לב בסיום חוזה העבודה

לעתים נתון בידי הצדדים לחוזה העבודה הכוח להביא את החוזה לידי סיומו. הפעלת כוח זה צריכה להיעשות בתום לב. בקביעת היקפו של תום לב זה יש להתחשב בהיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות של הצדדים לחוזה. למשל, פיטורי עובד בשל דעותיו הפוליטיות, פעילותו הפוליטית או רצונו להתארגן ולהשתתף בשביתה עשויים להיות פעולה שאינה בתום לב.²⁶⁰ בדוגמאות אלה ואחרות יש לאזן בין הערך האובייקטיבי של חופש הביטוי וחופש ההתאגדות לבין הערך האובייקטיבי של חופש העיסוק.

(ג) פרשנות משפט העבודה ותוקפו

פרשנותו של משפט העבודה (החקוק או ההלכתי) – פרשנות המתחשבת בהיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות – עשויה להביא לידי כך שמשפט זה הוא חוקתי. אמת, נפגעה זכות חוקתית של העובד או המעביד על ידי הרשות השלטונית שיצרה את משפט העבודה, אך הפגיעה מידתית. עם זאת ייתכנו מקרים שבהם משפט העבודה – אף שהתפרש

257 ראו עניין ורדי, לעיל ה"ש 245, בעמ' 66; פרשת צ'ק פוינט, לעיל ה"ש 230, בעמ' 314. על חובת תום הלב בפיתורי צמצום, ראו ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי נ' בית התפוצות על שם נחום גולדמן, פד"ע לו 311, 317 (2002).

258 ראו דב"ע (ארצי) נה/145-3 מדינת ישראל נ' בוכריס, פד"ע לו 1, 9 (1997); ע"ע 712/07 מנשרוף נ' גלצרנר (פורסם בנבו, 13.5.2009).

259 ראו פרשת ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 83, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת נאור. שם. 260

בהתחשב בהיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות – פוגע בזכות חוקתית של העובד או המעביד כלפי הרשות השלטונית באופן שאינו מידתי. במקרה זה משפט העבודה יהא בלתי חוקתי. אכן, חוקתיותו של משפט העבודה – פרי יצירתו של המחוקק (בחקיקת העבודה) והשופט (משפט מקובל) – נבחנת על פי דיני המידתיות.²⁶¹

3. ערוץ התחולה השני: הסדר שלילי וחסר במשפט העבודה

(א) הסדר שלילי

הדין הכללי באשר להסדר השלילי חל גם במשפט העבודה. לא פעם מגיע בית המשפט למסקנה כי בחקיקת העבודה קיים הסדר שלילי.²⁶² מצב דברים זה עשוי לבטא את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות.²⁶³ כאשר ההסדר השלילי אינו מבטא את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות, יהא מקום לבחון את חוקתיותה של חקיקת עבודה זו על פי דיני המידתיות.

(ב) חסר

תורת החסר הכללית חלה גם במשפט העבודה.²⁶⁴ דוקטרינת החסר במשפט העבודה והשלמתו לאור הערכים האובייקטיביים של זכויות חוקתיות מוצאת ביטוייה בפרשת ברמן.²⁶⁵ באותו מקרה התשלום למערערת היה לפי קיבולת העוגיות והבייגלה שהכינה מדליים של בצק במקום עבודתה. חוק שכר מינימום שותק באשר לזכות לשכר מינימום כאשר העבודה היא לפי קיבולת, ונבחנה תחולת הזכות לשכר מינימום במתכונת העסקה

261 לעניין פרשנותו של המשפט הפרטי וחוקתיותו ראו לעיל בעמ' 370–372. למיקומה של המידתיות בדיני העבודה ראו דוידוב, לעיל ה"ש 249.

262 על תחולת דוקטרינת ההסדר השלילי במשפט העבודה ראו ע"ע (ארצי) 1300/04 וקנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.8.2005); דב"ע (ארצי) נב/2-7 גולדמן נ' קלוז'ני, פד"ע כד 399 (1992).

263 ראו עב"ל (ארצי) 136/09 אלטורי נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 8.3.2010).

264 על חלות החסר במשפט העבודה ראו: ע"ע (ארצי) 1017/01 געימאת נ' דולפין ים בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2004); ע"ע (ארצי) 34/03 שפרן נ' אלוש אורטופדיה בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2006); עב"ל (ארצי) 1362/04 אוחנה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 20.4.2006); ע"ע (ארצי) 263/05 פלנר נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 15.11.2006).

265 ע"ע (ארצי) 440/99 ברמן נ' משה ישראלי, קונדיטוריית פילאס, פד"ע לז 807 (2002). וראו: ע"ע (ארצי) 300162/96 חברת בתי מלון פנורמה ירושלים בע"מ נ' סנדוקה (פורסם בנבו, 1.6.2004).

לפי קיבולת. בית הדין עמד על תכליתו של חוק שכר מינימום להבטיח קיום מינימלי לעובד באופן שאדם העובד למחייתו ישתכר לפחות שכר מינימלי לקיומו. תכליתו של חוק שכר מינימום מתיישבת עם תכלית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור הערך האובייקטיבי של הזכות החוקתית לכבוד קבעה השופטת ברק:²⁶⁶

”יש להחיל את החוק על כל עובד ולא לאבחן בין צורות העסקה שונות או צורות תשלום שכר שונות. תשלום שכר לפי קיבולת מוכר במשפט העבודה. חוק הגנת השכר, תשי”ח-1958 דן, בסעיף 11 שבו, במועד תשלום השכר לפי קיבולת. השיטה מכירה אם כן בצורת תשלום לפי קיבולת. אין זה מתקבל על הדעת שמעובד ששכרו משולם לפי קיבולת תישלל הזכות לשכר מינימלי המבטיח לעובד קיום מינימלי. מתכלית החוק מתבקש על כן שכל עובד יזכה לשכר מינימום בהתאם להיקף משרתו.”

משתכלית החוק היא תשלום שכר מינימום לכל עובד והחוק שותק בעניין שכר על פי קיבולת, קבע בית הדין כי מדובר בחסר (לאקונה):²⁶⁷

”לאחר שקבענו כי תכלית החוק דורשת תשלום שכר מינימום לכל עובד, נשאלת השאלה מהו הבסיס הנורמטיבי לתשלום שכר מינימום לעובד ששכרו משולם על פי קיבולת כאשר החוק שותק בעניין זה. המחוקק ומתקין התקנות לא נתנו דעתם לשאלה זו, לאור תכליתו של החוק ברי שמדובר בחסר ולא בהסדר שלילי. עלינו אם כן לפנות לחוק יסודות המשפט, תש”ם-1980 לשם מילוי החסר.”

כיצד יושלם חסר זה? על שאלה זו ניתנה התשובה הזאת:²⁶⁸

”משאין בחוק תשובה לשאלה והגענו למסקנה שלא מדובר בהסדר שלילי אלא בחסר, עלינו לפנות ראשית לכול לדרך של היקש. עלינו להיקש מן החוק הדין בחובה לשלם שכר מינימום למי ששכרו משולם לפי חודש, שבוע או יום גם למקרה שבפנינו, בדרך של היקש נאמר שיש לשלם שכר מינימום גם למי ששכרו משולם בדרך אחרת מן המוזכרות בחוק ובתקנות... מקום שמדובר בתשלום שכר לפי קיבולת יש צורך לקבוע מכסה מסוימת המהווה את ה-100%, היינו משרה מלאה, וממכסה זו לגזור את היקף משרתה של

266 ש.ם.

267 ש.ם.

268 ש.ם.

המערערת. משלא הוכחה מכסה כזו ומשלא נטען כי המערערת לא עמדה במכסה, הרי שיש להניח כי עבדה במשרה מלאה. עולה מכל האמור שעל המשיבה להשלים את שכרה של המערערת לגובה שכר מינימום כפי שהיה בעת עבודתה".

4. ערוץ התחולה השלישי: פיתוח משפט העבודה

מה הדין אם במשפט העבודה הקיים (החקוק וההלכתי) אין הסדר נורמטיבי (חיובי או שלילי) הנותן ביטוי לערכים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות, בלא שהדבר יהווה חסר? כפי שראינו, במצב דברים זה על הרשויות השלטוניות המעצבות את משפט העבודה (הרשות המחוקקת והשופטת) ליצור משפט עבודה חדש אשר ייתן ביטוי מידתי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות. עד כמה שמשפטה החוקתי של המדינה מכיר בחובת החקיקה והשפיטה להגן על זכויות חוקתיות, על הרשות המחוקקת והשופטת מוטלת החובה לפתח באופן מידתי את משפט העבודה. בשיטות משפט שאינן מכירות בחובה חוקתית להגנה על הזכויות החוקתיות פיתוח המשפט הוא רשות בלבד. כפי שראינו, בישראל "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". מכאן חובתן של הרשויות השלטוניות בישראל – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לפתח את משפט העבודה, באופן שיגשים באופן מידתי חובה זו. בכך יוחדרו הזכות החוקתית לחיים, לגוף ולכבוד אל תוך המשפט הפרטי. התחולה העקיפה תתממש במלוא היקפה. חקיקת העבודה הקיימת הגשימה בעיקרה חובה זו. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 למשל החדיר לתוך המשפט הפרטי את הזכות החוקתית לשוויון. בעניינים נוספים, שבהם טרם הוחק משפט עבודה המגן על הזכויות החוקתיות, החובה על המחוקק להמשיך במלאכה. למותר לציין כי חקיקה זו צריכה להיות מידתית. בהיעדר חקיקה המגנה על הזכויות החוקתיות, על הרשות השופטת לפתח את משפט העבודה. פיתוח זה הוא חלק מהמשפט המקובל הישראלי, שאין בו השלמת חסר בחקיקה הקיימת. תפקיד זה של הרשות השופטת הוא חובה המוטלת עליה לעניין הזכות החוקתית להגנה על החיים, על הגוף ועל הכבוד. פיתוח הלכתי זה צריך להיות מידתי. החובה לפתח משפט עבודה זה מוטל על כל ערכאות השיפוט בישראל. היא מוטלת על בתי הדין לעבודה, ובראשם בית הדין הארצי לעבודה. במקום שהדין הקיים אינו מגן כל זכותו החיובית של המעביד או העובד, על בית הדין לעבודה ליצור משפט עבודה מקובל, אשר יגשים באופן מידתי את חובת של כל אחת מרשויות השלטון – לרבות הרשות השופטת – לכבד את הזכויות החיוביות.

בתי הדין לעבודה – ובראשם בית הדין הארצי לעבודה – פיתחו בהרחבה את המשפט המקובל הישראלי בתחום משפט העבודה. תרם לכך גם בית המשפט העליון באותן עתירות שבהן הוא דן במשפט העבודה²⁶⁹ במסגרת סמכותו על פי חוק-יסוד: השפיטה.²⁷⁰ עיקר המלאכה נעשתה על ידי בית הדין הארצי לעבודה. מאמר זה אינו המסגרת הראויה לבחינתו של פיתוח הלכתי זה ולהערכתו. טובים ומומחים ממנו בוודאי יעשו זאת. כל שבאתי הוא להצביע על שני אלה: ראשית, כי הערכים האובייקטיביים המונחים ביסוד הזכויות החוקתיות חדרו למשפט העבודה וסייעו לפיתוחו. כך היה בעבר; כך ראוי שיהיה גם בעתיד. שנית, כי חובתה של הרשות השופטת להגן "על חייו, על גופו ועל כבודו"²⁷¹ של "כל אדם"²⁷² הוגשמה הלכה למעשה על ידי בית הדין הארצי לעבודה, וכי ראוי כי היא תוגשם גם בעתיד.

269 ראו בעיקר פרשת נבו, לעיל ה"ש 242; בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63 (1997); פרשת זגורי, לעיל ה"ש 223; פרשת יכין פלסט, לעיל ה"ש 114; דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); פרשת רקנט, לעיל ה"ש 52.
270 ראו ס' 15(ד)(3) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.
271 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
272 שם.

שינוי חוזה העבודה: מפרדיגמה חוזית לפרדיגמה חוקתית

מאת

חני אופק-גנדלר*

א. מבוא. ב. הפרדיגמה החוזית ומגבלותיה. ג. פיצוי כמכשיר להפנמת עלות השינוי – האם תרופה מספקת? ד. הפרדיגמה החוקתית: זכות הקניין; 1. הקצאת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי – הדדית או תכליתית?; 2. הבסיס העיוני להכרה בזכות הקניין של העובדים. ה. יישומה של הפרדיגמה החוקתית; 1. נפקות הסכמת העובד; 2. עצמת זכות הקניין של העובדים ועצמת הפגיעה בה; 3. תכלית ראויה; 4. מידתיות הפגיעה; 5. סעד חוקתי. ו. סיכום.

א. מבוא

“אין אותו אדם עובר באותו נהר פעמיים”, קבע הפילוסוף הרקליטוס. הן האדם הן הנהר והן סביבתם משתנים ללא הרף, ולכן כל אינטראקצייה ביניהם שונה, ולו במעט, מקודמתה. התובנה כי בכל רגע נתון מתרחשים בעולם אין-ספור שינויים, קטנים כגדולים, אינה מוגבלת רק לתהליכים פיזיים, וכוחה יפה גם ליחסים בין-אישיים, לרבות יחסי עבודה. יחסי העבודה הם יחסים דינמיים הנתונים לשינויים מתמידים הן מפאת גורמים חיצוניים (כגון תמורות כלכליות, טכנולוגיות, חברתיות, ערכיות, תרבותיות, משפטיות) והן מפאת גורמים הקשורים לצדדים הישירים להם וליחסי הכוחות ביניהם (תמורות הנוגעות לעובד, למעביד ולארגון העובדים). חשיפת יחסי העבודה לשינויים אלה גוברת, מטבע הדברים, ככל שאלה מתמשכים. הנחת המאמר היא כי גמישות ניהולית מסוימת ביחסי העבודה היא בגדר הכרח

* דוקטור למשפטים, מרצה מן החוץ, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לד"ר גנדלר על הערותיו. העמדות המובאות במאמר משקפות את עמדותיי האישיות, והאחריות לטעויות ככל שתימצאנה היא שלי בלבד.

בל יגונה. היא מאפשרת למעביד להסתגל לנסיבות החדשות שנוצרו ובכך לשמר את יעילותו. קיבעונם של יחסי העבודה חרף השינוי המתמיד בנסיבות יפגע בטווח הקצר במעביד הספציפי ובטווח הארוך בחברה על כלל מרכיביה, לרבות קהילת העובדים. ההכרה בנחיצות הגמישות הניהולית מחדדת את השאלה מהי הפרדיגמה החולשת על עיצוב גבולותיה כדי שזו לא תהיה פתח לניצול העובדים לרעה בידי המעביד. במאמר זה אבקש לטעון כי הפרדיגמה החוזית – שפותחה על ידי בית המשפט העליון באמצע שנות התשעים – אינה מספקת. נוכח התפתחות התפיסות החוקתיות בעשור האחרון אבקש לטעון שבשלה העת להמיר את הפרדיגמה החוזית בפרדיגמה חדשה ויעילה יותר מקודמתה: הפרדיגמה החוקתית. בפרק הבא אציג את הפרדיגמה החוזית ומגבלותיה. בפרק השלישי אציג את ההתפתחות שחלה בפסיקה בשנים האחרונות בניסיון לשכלל את הפרדיגמה החוזית, וזאת באמצעות חיוב המעביד להפנים חלק מעלות השינוי בדרך של תשלום פיצוי חד־פעמי, ואת מגבלותיו של שכלול זה. בפרק הרביעי אציג את הבסיס העיוני להכרה בזכות הקניין של העובד. בפרק החמישי אציג את הפרדיגמה הראויה – היא הפרדיגמה החוקתית – ואת יישומה מבחינת נפקות הסכמת העובד, הערכת עצמת הפגיעה, תכלית ראויה ומידתיות וקשת הסעדים החוקתיים.

ב. הפרדיגמה החוזית ומגבלותיה

עד אמצע שנות התשעים התפתחה במערכת בתי הדין לעבודה תפיסה שלפיה אם נתונה למעביד הסמכות לפטר, קל וחומר שניתנת לו הסמכות לשנות את סדרי העבודה באופן חד־צדדי.¹ כדי להדוף מגמה זו פיתח בית המשפט העליון בשנות התשעים את הפרדיגמה החוזית.² על פי פרדיגמה זו, למעביד ככלל אין הכוח המשפטי לקרוע באופן חד־צדדי חלק מתניות חוזה העבודה. הבררה הניתנת בידו על פי דיני החוזים היא שכנוע העובד להסכים לשינוי או הבאת חוזה העבודה לקצו, היינו פיטורי העובד תוך תשלום פיצויי פיטורין. לכלל זה קבע בית המשפט העליון ארבעה חריגים: הראשון, כאשר קיימת הסמכה מפורשת בחוק לביצוע השינוי באופן חד־צדדי;³ השני, כריתת חוזה חדש המחיל שינוי בתניה פלונית תוך

1 דב"ע (ארצי) מז/6-4 רשות השידור – האיגוד הארצי על עיתונאי ישראל, פד"ע יח 287 (1986).

2 בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 (1987).

3 דוגמה להסמכה כזו מצויה בס' 99 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951, הקובע כי "מעביד רשאי לשנות באופן סביר את תנאי עבודתו וסדרי עבודתו של מי שהודיע לפי ס' 99 או 99, שאינו מסכים לעבוד בימי המנוחה השבועית [על פי איסור שבמצוות דתו שאותן הוא מקיים – ח' א']".

שמירת שאר הוראות החוזה; השלישי, התניה, על פי מהותה, באה לידי סיום טרם החוזה כולו; הרביעי, קיום הסכמה מפורשת או משתמעת לשינוי. באמצעות תפיסה חוזית זו הפך חוזה העבודה לבעל שני ממדים: ממד קבוע (הגלום בכלל שלפיו אי אפשר לשנות את חוזה העבודה באופן חד-צדדי) וממד משתנה (הגלום בארבעת החריגים). במבט ראשון נראה כי שילוב הממדים יוצר שביל זהב בין האינטרס של העובד לבין האינטרסים של המעביד. לכאורה, הממד הקבוע מגן על האינטרסים של העובד, ואילו הממד המשתנה מגן על אינטרס המעביד בגמישות ניהולית. אולם לאחר כמה פסיעות בשביל זה מזדקקת המסקנה כי עסקינן בדרך רווית מהמורות המובילה להחלשת העובדים המוחלשים ממילא.

הביקורת על הפרדיגמה החוזית בהקשר של סוגיית שינוי תנאי העבודה מושתתת בראש ובראשונה על ההכרה הכללית במגבלות חוזה העבודה כמכשיר יעיל להגנה על אינטרסים לגיטימיים של העובד. כידוע, בשוק העבודה מובנים כמה "כשלי שוק"⁴. להלן אגע בכשלים המרכזיים: ניידות העובדים מוגבלת בשל העלויות הכרוכות במעבר, בשל מגבלות הנובעות מהיעדר הכשרה מתאימה, בשל סיבות אישיות ומשפחתיות כמו גיל, קשיי שפה, שוני תרבותי, היעדר מידע רלוונטי ובשל חוקי ההגירה.⁵ היעדר מידע מלא בידי העובדים. אחד התנאים ליעילותו של השוק החופשי הוא שכל המידע הרלוונטי מצוי בידי השחקנים, והם מסוגלים לעבדו ולהפנימו. נגישות המידע לעובד והיכולת לעבדו נחוצים לצורך מיצוי יכולת המיקוח עם המעביד. בשוק העבודה קשה לייחס לכלל העובדים גישה מלאה למידע, וכל שכן יכולת להפנימו.⁶ בנוסף, המעביד – עקב היותו מעסיק מספר רב יחסית של עובדים לאורך תקופה ממושכת – הוא "שחקן חוזר". ככזה יש לו גישה למידע והוא יודע לנצל לטובתו. לצד כשלים אלה יש לזכור כי העובד מפתח תלות כלכלית במעביד, ולכן כוח המיקוח שלו נמוך מכוח המיקוח של המעביד. תלות זו מתגבשת כבר בכריתת החוזה בשל הרצון העז להתקבל לעבודה, היא מתחזקת במהלך יחסי העבודה בשל היות העבודה מקור הכנסותיו העיקרי של העובד ונמשכת במידה מסוימת גם לאחר סיומו, שכן יכולת העובד להשתלב במהירות בשוק העבודה מושפעת מטיב יחסיו עם מעסיקו ונכונותו להמליץ עליו. הראיה הטובה ביותר לחולשתה של הפרדיגמה החוזית היא אופיים האחיד של חוזי העבודה האינדיבידואליים. כל עוד ההאחדה היא פרי שימוש חד-צדדי בכוח המיקוח העודף שיש למעביד ולא בדרך של משא ומתן עם נציגות העובדים – הרי היא ראייה לחולשת העובד

- Clause Offe, *The Political Economy of the Labour Market, in* DISORGANIZED CAPITALISM – CONTEMPORARY TRANSFORMATION OF WORK AND POLITICS 10 (Clause Offe & John Keane eds., 1985) mitpress.mit.edu/books/chapters/0262650312chap1.pdf 4
- .HENRY PHELPS BROWN, THE INEQUALITY OF PAY 13–17 (1977) 5
- Steven L. Willborn, *Individual Employment Right and the Standard Economic Objection: Theory and Empiricism*, 67 NEB. L. REV. 101 (1988) 6

הבורד במשא ומתן האישי.⁷ בנוסף, יש לזכור כי ההכרה בקוצר ידו של חוזה העבודה האינדיווידואלי עמדה בין היתר ביסוד פיתוחם של שני מנגנונים ייחודיים למשפט העבודה: חקיקת מגן ומשפט העבודה הקיבוצי. חקיקת המגן מיועדת להגן על זכויות מהותיות של העובד כדי שחויית הקיום שלו תכלול מאפיינים בסיסיים של חוויית הקיום האנושית (פנאי, היעדר פחד מפני מחסור קיומי ועוד).⁸ משפט העבודה הקיבוצי וזכות ההתארגנות בארגוני עובדים נועדו לאזן בין חולשתו האינדיווידואלית של העובד לבין עצמתו הכלכלית של המעביד וברוך זו לייעל את המשא ומתן ביניהם. על רקע כברת הדרך הארוכה שצעד משפט העבודה כדי לעבות את מעטה ההגנה הדק הניתן לעובדים מכוח חוזה העבודה האינדיווידואלי במנגנונים המתוארים, ברי כי אימוץ הפרדיגמה החוזית בסוגיית גמישות חוזה העבודה – מוקשית. היא בבחינת נסיגה לתבניות שכשלו בפיתוח משפט העבודה. אמנם אימוץ פרדיגמה זו נעשה ממניעים ראויים שתכליתם הסרת העיוות הטמון במתן כוח למעביד לשנות את חוזה העבודה באופן חד-צדדי, וזאת בשל המגמה שהחלה להתגבש בראשית שנות התשעים בבתי הדין לעבודה, אולם בשל מוגבלות כוחה של פרגידימה זו נראה שהיא אינה מסוגלת להסיר את העיוות אלא לשעתקו תוך שינוי קוסמטי בכסותו.⁹ אמנם חולשת הפרגידימה החוזית לא נתגלתה מיד, שכן פרות משפט העבודה הקיבוצי הסתירו חולשה זו. עם זאת הפיחות התלול שחל בשלהי שנות התשעים בהיקף ההתארגנות, היינו במספר העובדים המאורגנים, בהיקף כיסויים של ההסכמים הקיבוציים ובעצמת ההתאגדות,¹⁰ חידד את דבר מוגבלותה של פרדיגמה זו.

התובנה בדבר היות הפרדיגמה החוזית מוגבלת מבחינת יעילות ההגנה על זכויות העובדים מחוזקת לנוכח ניתוחו הביקורתי של הכלל שעיצב בית המשפט העליון, של חריגיו והיחס ביניהם, כפי שארחיב להלן. כאמור, הכלל קובע כי בפני מעביד החפץ בשינוי

7 חני אופק-גנדלר "חוזה העבודה כחוזה אחיד" עיוני משפט לג 51 (2010) (להלן: אופק-גנדלר "חוזה העבודה כחוזה אחיד").

8 חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים 63 (2007) (להלן: אופק-גנדלר "הרהורים חוקתיים").

9 בסמוך למתן פסק הדין בעניין מילפלדר, לעיל ה"ש 2, מתחה פרופ' רדאי ביקורת על פסק דין זה באמרה כי "ההלכה המונעת שינוי חד צדדי לא מגבילה את הכוח של המעביד להשיג את השינוי בסופו של דבר, אלא רק תמריץ את המעביד להשיג את השינוי באמצעות הטכניקה של פיטורין והצעת חוזה חדש". פרנסס רדאי "שינוי חד צדדי של תנאי העבודה – היתר, איסור או שביל זהב?" משפטים יט 47, 56 (1989). תיאור זה מדויק בעיניי. המסקנה הנובעת ממנו צריכה להיות שיש לתור אחר פרדיגמה אחרת המובילה למערכת יחסים מאוזנת יותר.

10 משרד העבודה והרווחה: ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא שיעור המאורגנים בארגוני עובדים וכיסוי הסכמים קיבוציים: תמונת מצב 2000 (2000) www.kablan.org.il/files/xmeurgan.pdf. כן ראו פנינה אלון-שנקר "מועצות עובדים בישראל: לקראת מודל משולש לייצוג ושיתוף של עובדים" עיוני משפט ל 319 (2007).

תניה פלונית בחוזה העבודה עומדת הבררה לשכנע את העובד להסכים לשינוי או להביא את חוזה העבודה לקצו. צדה השני של המטבע היא הבררה העומדת בפני העובד: מתן הסכמתו לשינוי התניה או הסתכנות בפיטוריו. יוצא אפוא כי הפרדיגמה החוזית אמנם מגנה על העובד מפני חרב שינוי חוזה העבודה באופן חד-צדדי, אולם זאת באמצעות חרב חדה יותר ופוגענית יותר – היא חרב הפיטורין. ככל שגיל העובד מתקדם יותר, איזמה של חרב הפיטורין הופך יותר ויותר לבלתי נסבל בשבילו, שכן אם יתממש הסיכון לפיטורין – עלול הוא להיפלט משוק העבודה ולהתקשות ולהשתלב בו מחדש. סכנת ההיפלטות משוק העבודה היא תולדה של הקושי למצוא עבודה בשוק הריווי בהפליה מחמת גיל, כשהפליה זו נותנת אותותיה בסכיבות ראשית שנות הארבעים של העובד. במצב כזה חלק נכבד מהעובדים, בהיותם רציונלים, מבכרים לתת הסכמתם לשינוי חוזה העבודה על פני היחשפות לסיכון של פיטורין, על כל הכרוך בהם. אותו חלק עובדים – הממאנים לתת הסכמתם לשינוי ונכונים להיאבק על כך – עלול למצוא עצמו מפוטר ואז להיות מועסק מחדש אצל אותו מעביד, באותו תפקיד, בחוזה בעל תנאים מופחתים.¹¹ מסקנת ניתוח זה היא כי גם לאחר אימוץ הפרדיגמה החוזית מעטה ההגנה על העובד מפני כוח המעביד נותר דקיק למדי. אמנם מבחינה רטורית חל שינוי, שכן לכאורה המעביד נדרש כעת להשיג את הסכמת העובד, אולם שינוי זה רטורי בעיקרו. טעם הדבר הוא שלמעביד קל יחסית להשיג הסכמה זו כשחרב הפיטורין מונפת מעל ראשו של העובד. יוצא אפוא כי גם היום, כאז, עצמתו הכלכלית של המעביד מאפשרת לו להטות את ההסדרים החוזיים תוך כדי ביצוע חוזה העבודה לטובתו, וזאת ללא בקרה מהותית של דיני העבודה על סבירות ההטיה ומידתיותה. הכלל הנגזר מהפרדיגמה החוזית אינו אוצר אפוא את הכוח לווסת את עצמת המעביד באמצעות בקרה מהותית על תוכן השינוי, נחיצותו וסבירותו.

לכלל האמור לעיל קבע בית המשפט העליון ארבעה חריגים אשר הוא עצמו ציין בפסק הדין כי ספק אם מדובר בחריגים אמתיים או במקרים שמלכתחילה אינם באים בגדר הכלל. אכן, במבט ראשון נראה כי הגם שחריגים אלה אינם עשויים מקשה אחת, כולם מדומים. שלושת החריגים האחרונים עוסקים בהסכמה מפורשת, משתמעת או חלקית לשינוי התניה החוזית. חריגים אלה מדומים במובן זה שהם משתלבים בפרדיגמה החוזית ואינם מבקשים לסטות ממנה. אמנם החריג הראשון – שעניינו הסמכה מפורשת בחוק לביצוע השינוי באופן חד-צדדי – סוטה מהפרדיגמה החוזית, אולם סטייה זו היא מצוות המחוקק הראשי. מאחר שמצוות המחוקק ממילא הייתה מכובדת, גם אלמלא עיגון חריג זה, הרי שהחריג הוא בעל אופי דקלרטיבי. הוא נועד להגביר את אחידותה של שיטת המשפט, ואין הוא מוסיף תכנים על אלה הגלומים בחקיקה הראשית. מכאן כי הערך המוסף שלו נמוך, ובמובן זה הוא גם

11 דב"ע (ארצי) מו/29-2 עיריית תל-אביב-יפו – מוטס, פד"ע יט 180 (1987).

מדומה. האם המסקנה המתבקשת ממבט ראשון על יתר החריגים היא כי אלה – עקב היותם נחזים למדומים – אינם מועילים אך גם אינם מזיקים? לדעתי התשובה לכך שלילית. תפיסת החריגים כמדומים מתעתעת. החריג השני (כריתת חוזה חדש המחיל שינוי בתניה פלונית תוך שמירת שאר הוראות החוזה) והחריג הרביעי (קיום הסכמה מפורשת או משתמעת לשינוי) הם בעלי תחולה פוטנציאלית כה רחבה עד כי מאיימים המה להפוך את הקערה על פיה, היינו להפוך את החריגים לכלל או למצער לשווי ערך לו. משמעות מהפך זה היא כי בחסות החריגים יהא למעביד קל – כפי שארחיב מיד – למצוא נתיבי מילוט מהחובה להשיג את הסכמת העובד טרם עריכת שינוי בחוזה העבודה, והלכה למעשה יוכל לבצעו באופן חד־צדדי.

נתיב המילוט הראשון נובע מהכללת תניה חוזית מפורשת בחוזה העבודה שלפיה רשאי המעביד לשנות מעת לעת ובאופן חד־צדדי את תנאי חוזה העבודה על פי צרכיו הניהוליים. האם תניה כזו תהיה בעלת תוקף משפטי, וכך בכל תקופת קיום יחסי העבודה יוכל המעביד לבצע את השינויים בחוזה העבודה באופן חד־צדדי? על פני הדברים התשובה חיובית, שכן זו משמעות החלופה הראשונה בחריג הרביעי והנכונות להכיר בגדרו בהסכמה מפורשת של העובד לעריכת שינויים חד־צדדיים בידי המעביד כמקנים למעביד כוח לבצע שינויים כאלה באופן חד־צדדי. אכן, לפחות במקרה אחד רמו בית המשפט העליון באשר לחיילי קבע כי הסכמתם – עם כניסתם לשירות – כי על שירותם יחולו תנאי שירות, לרבות תנאי פרישה "כפי שיפורטו מזמן לזמן בהוראת הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי", מקיימת לכאורה את החריג הרביעי.¹² משמעות פסק דין זה היא כי מכוח הסכמה מפורשת של

12 בבג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270 (2000) נאמר כי "אין לנו צורך להכריע בשאלה (הלא פשוטה) אם בין המדינה לבין איש צבא הקבע קיימים יחסים של מעביד ועובד. אין לנו צורך להכריע בשאלות אלה שכן, כאמור, כל איש צבא קבע הסכים, עם כניסתו לשירות, כי על שירותו יחולו תנאי שירות, לרבות תנאי פרישה, 'כפי שיפורטו מזמן לזמן בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי'". כנגד הסכמה זו לא הועלתה בפנינו כל טענה. מכוחה אפשר לפגוע בתנאי השירות (ככל שהדבר אינו נאסר על ידי כלל מתחום המשפט הציבורי) גם אם היינו מחליטים כי אלה מעוגנים בחוזה שבין המדינה לאיש צבא הקבע, וגם אם היינו רואים ביחסים שבין המדינה לבין משרתי צבא הקבע משום יחסי מעביד-עובד. צד לחוזה רשאי לשנות מתנאי החוזה אם הצד השני הסכים לכך מראש, ומעביד רשאי לשנות מתנאי השירות של עובד אם הלה הסכים לכך מראש (ראו עניין מילפלדר, לעיל ה"ש 2). אכן, בחתמו על ההתחייבות לשירות קבע נטל על עצמו איש צבא הקבע סיכון כי בעת שירותו ועד לפרישתו יורעו תנאי השירות. באותה מידה היה לאיש צבא הקבע סיכוי כי התנאים ישונו לטובתו. כך לעניין תנאי השירות בדרך כלל; כך לעניין תנאי הפרישה, אשר כידוע מתגבשים בעת הפרישה... כמובן, השינויים החד־צדדיים בתנאי השירות יחולו בתום לב. כך דורשים כללי המשפט הפרטי (ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). כך – ואף למעלה מכך – דורשים כללי המשפט המנהלי לעניין פעולת המדינה. אולם כאמור לעיל,

העובד (אפילו אם זו כללית וכוללנית), הניתנת בדרך כלל בעת כריתת חוזה העבודה, רשאי המעביד לשנות את חוזה העבודה באופן חד-צדדי וללא הסכמת העובד לשינוי הקונקרטי של תניות חוזה העבודה. הנה כי כן, באמצעות תניה מסוג זה מצליח המעביד לייצר מסגרת חוזית שבה בעל השליטה המלאה והחד-צדדית על חובות וזכויות העובד בעת יחסי העבודה. תניה זו מחזקת אפוא את כוח השליטה של המעביד ואיננה מבזרת אותו. עינינו הרואות כי החריג הרביעי שנחזה למדומה – שכן מיוסד הוא על הסכמת הצדדים – הוא למעשה בעל הכוח לרוקן את הכלל מתוכנו (המוגבל), ולכן הוא ראוי לביקורת. במאמר מוסגר אציין כי בהנחה שתניה מעין זו כלולה בחוזה עבודה רבים, בחינתה בראי דיני החוזים האחידים תביא למסקנה שונה שלפיה חזקה כי תניה מעין זו מקפחת, ולכן בטלה.¹³ בחינה כזו טרם נעשתה עד היום, ולדעתי ראוי לעשותה. בחינה כזו, לו תיערך, תחזק את הטענה שלפיו חריג זה אינו משקף מדיניות משפטית ראויה, ולכן לכל הפחות יש לצמצם את היקפו.¹⁴

נתיב המילוט השני גלום בטיעון בדבר קיומה של הסכמה משתמעת לשינוי חוזה העבודה אשר מיוחסת לעובד לאור מכלול נסיבות העניין, וזאת על פי החלופה השנייה שבחריג הרביעי. בית המשפט העליון קבע כי פררוגטיבת הניהול של המעביד היא תנאי מכללא בחוזה העבודה. כל עובד מקבל על עצמו מרצון – עם כניסתו למערכת יחסי העבודה – את עולה של פררוגטיבה זו.¹⁵ משמעות קביעה זו היא כי פררוגטיבת הניהול של המעביד אינה נגזרת רק מזכותו החוקתית של המעביד לקניין אלא גם מהסכמתו המשתמעת של העובד. העמסת פררוגטיבת הניהול, קרי הכוח לבצע שינוי חד-צדדי בחוזה העבודה ללא הסכמת העובד, על יסודות ההסכמה מכללא עלולה להפוך את היוצרות: החריג עלול להפוך לכלל והכלל לחריג. השאלה אם מהפך זה יתרחש תלויה במידה רבה בתשובה לשאלה מהו הרציונל העומד ביסוד ההסכמה מכללא: האם מרכז הכובד במבחן זה הוא עובדתי (היינו התחקות על רצונו המשווער של העובד) או נורמטיבי (היינו יצירת דין

בכל הנוגע לדחיית תשלום תוספת השכר וקיצור חופשת הפרישה המדינה פעלה כדין בגדרי המשפט המנהלי, ופשיטא שהיא פעלה לגבי עניינים אלה גם "בתום לב", כמשמעות דיבור זה במשפט הפרטי.

13 ס' 4(2) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 קובע חזקה בדבר קיפוח ל"תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה". ס' 4(4) קובע חזקת קיפוח ל"תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק".

14 אופק-גנדלר "חוזה העבודה כחוזה אחיד", לעיל ה"ש 7.

15 בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, ס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא וס' 30-38 לפסק דינו של השופט אור (2004).

ראוי סביר) ¹⁶ ככל שמרכז הכובד במבחן הוא ביסוד העובדתי, מוטלת על בית המשפט המשימה לדלות ממכלול נסיבות העניין אינדיקציות פוזיטיביות לכך שרצונו המשוער של העובד הוא שהשינוי יתבצע. במקרה זה האפשרות להפיכת היוצרות קטנה יחסית. ככל שמרכז הכובד הוא ביסוד הנורמטיבי, הרי שבית המשפט למעשה מעצב דין ראוי, וזאת במנותק מאומד דעת העובד בנסיבות המקרה. במקרה זה האפשרות להפיכת היוצרות קשה לחיזוי. בתי המשפט בזקקם ובחדדם את מהות מבחן ההסכמה מכללא אפשרו לכפל המהויות – היינו העובדתית והנורמטיבית – לדור בכפיפה אחת. תוצאת הדברים היא אי-בהירות אופיו של המבחן האמור, ואי-בהירות זו היא כר גידול פורה ליישומים שונים – ולעתים סותרים – של המבחן. כך למשל בעניין רמת"א נתעוררה השאלה אם אפשר לייחס לעובד הסכמה מכללא לחילופי המעביד מכוח החריג הרביעי. השופט אור – אשר דעת היחיד שלו הפכה למכריעה עקב היותו אב בית הדין – השיב על כך בשלילה, ואילו השופט מצא והשופט גרוניס השיבו על כך בחיוב. השופט חשין והשופט ריבלין הלכו בדרך ביניים, שעל אודותיה נפרט בהמשך. המחלוקת שבין השופטים נגעה להיקף התפרסותה ותיחום גבולותיה של הפרוגטיבה הניהולית. השופט אור סבר כי ייחוס הסכמה כזו – הפוגעת לשיטתו בזכות יסוד של העובד לחופש עיסוק – אינו אפשרי, שכן אי אפשר לראות בעובד מי שמסכים לפגיעה ניכרת בזכויות, וכזו היא הפגיעה בכל תחלופת מעבידים. השופט מצא סבר כי אפשר לייחס לעובד הסכמה מכללא לעריכת שינויים אורגניים, שכן אלה חלק מהפרוגטיבה הניהולית שראוי לראות בעובד מי שמסכים להכפיף עצמו אליה. השופט חשין מחדד כי לדידו מבחן ההסכמה מכללא הוא מבחן נורמטיבי מובהק. ביישומו נוקט הוא עמדת ביניים: מחד המעביד אינו נדרש בכל מקרה לקבל את הסכמת העובד כתנאי לחילופי המעבידים (כדעת השופט אור), ומאידך המעביד אינו פטור לעולם מקבלת הסכמת העובד (כדעת השופט מצא). הסכמת העובד נדרשת רק כאשר שינוי זהות המעביד כרוך בהרעה מוחשית בתנאי העבודה או שמתקיימות נסיבות אחרות שבהן אין לדרוש מהעובד שימשיך בעבודתו. פסק הדין בעניין רמת"א ממחיש את אי-הבהירות השוררת בפסיקה באשר לטיבו של מבחן ההסכמה מכללא ורוחב יישומו. מקריאת פסק דין זה עולה מסקנה ברורה: חריג ההסכמה מכללא – בשל המחלוקות בנוגע לטיבו ויישומו – פוגע בוודאות משפט העבודה בסוגיה רגישה זו. בנוסף, אם תאומץ פרשנותו הנורמטיבית הרחבה, אזי מספק חריג זה נתיב מילוט רחב מן הכלל המחייב קבלת הסכמת העובד לשינויים בפרוגטיבה הניהולית.

נתיב המילוט השלישי גלום בטיעון – המושתת על החריג השני – בדבר הסכמת הצדדים לכריתת חוזה חדש שלפיו יחול שינוי בתניה פלונית בחוזה הישן תוך שמירת שאר

16 על כפל התפקידים של ההסכמה מכללא ראו שם, דברי השופט חשין.

הוראותיו בתוקף. בית המשפט העליון הבהיר בעניין מילפלדר כי לעתים, מעצם התנהגותם של הצדדים על פי ההסדר החדש אפשר להסיק הסכמה לשינוי בתניה הישנה. עוד הבהיר בית המשפט העליון באותו עניין כי "כמובן, לא יהא מקום להסיק הסכמה במשתמע מקום שאחד הצדדים מודיע במפורש, כי אין הוא מסכים לשינוי המוצע בתניה".¹⁷ בחינת חריג זה לאורך השנים שחלפו מלמדת על התרחבותו עד למחוזות שבהם יישומו מנוגד לכלל האמור ואפילו להנחות היסוד של דיני העבודה. כדוגמה ניקח מקרה שבו המעביד מפר תניה מסוימת (כגון תשלום חלקי של שכר העבודה החוזי) ונמנע מביצועה המלא לאורך זמן. העובד מודע לפגיעה בזכויותיו אך אינו מלין עקב החשש כי יבולע לו. האם אפשר וראוי לייחס לו הסכמה לשינוי בתניה זו עקב הימנעותו מלמחות על השינוי בתניות החוזה? מבחינת מדיניות משפטית ראויה התשובה לשאלה זו שלילית. אקדים ואציין כי הניסיון ללמוד על הסכמת העובד משתיקתו מנוגדת לכאורה להיגיון החוזי שלפיו שתיקה מלמדת על קיבול הצעה רק כאשר מדובר ב"הצעה שאין בה אלא לזכות את הניצע".¹⁸ על פני הדברים ההיגיון החוזי הצרופ איננו מאפשר להסיק שעובד מסכים להצעה פוגענית עקב מחדלו מלמחות עליה. מנגד אפשר לטעון כי ההסכמה אינה נלמדת רק משתיקת העובד אלא בעיקר מהתנהגותו האקטיבית, היינו המשך התייצבותו לעבודה חרף הפרת התנאי, ולכן היגיון חוזי זה לא חל. אכן, בכמה פסקי דין קבע בית הדין לעבודה כי כאשר עובד ממשיך בעבודתו משך זמן ארוך בשכר מופחת – יש לראות בכך ראייה להסכמתו להפחתה זו.¹⁹ אולם היסק זה בעייתי, שכן הציפייה כי עובד יימנע מלהתייצב לעבודה ו/או יגיש תביעה נגד מעבידו בגין הפרה של תניה בחוזה העבודה בעת קיום יחסי עובד-מעביד – אינה מעשית. במדינה כישראל, שבה אין מוקנית לעובדים זכות לביטחון סוציאלי מכוח חוק אלא מכוח הסכמים קיבוציים ששיעור כיסויים פחת באופן תלול בשנים האחרונות – קשה לעובד, התלוי כלכלית במעבידו, לנסות ולמחות נגד העוולה שנגרמה לו. מחיר המחאה עלול להיות פיטוריו, וזאת לא כאקט כוחני פסול מצד המעסיק אלא כשימוש מושכל בקשת האפשרויות הלגיטימיות שהפרדיגמה החוזית מעניקה לו, ואת הביקורת על קשת אפשרויות זו מתחתי לעיל. לדעתי, את המשך התייצבות העובד לעבודה והימנעותו מהגשת תביעה יש לייחס לחולשתו ולתלותו הכלכלית במעביד ולא להסכמתו לשינוי החוזה. הקושי ביישום חריג זה מתחדד כאשר העובד אוזר עוז ומוחה על הגריעה מזכויותיו אך נמנע מהגשת תביעה. האם בנסיבות כאלה עשוי לחול החריג השני? לכאורה, בעניין מילפלדר הבהיר בית המשפט העליון כי מחאה מפורשת שוללת את תחולת החריג השני. עם זאת בתי הדין

17 עניין מילפלדר, לעיל ה"ש 2.

18 ס' 7 לחוק החוזים (תרופות), התשל"ג-1977.

19 ראו לדוגמה ע"ע (ארצי) 772/07 תמר – קיבוץ כנרת (פורסם בנבו, 1.12.2008); ע"ע (ארצי) 1397/02 קורקוס – "שנאב" חברה לשמירה וניקיון (פורסם בנבו, 1.6.2004).

לעבודה כרסמו בתפיסה זו במרוצת השנים. בעניין גולן, שעסק באי-תשלום מלוא השכר החוזי בנסיבות שבהן מחה העובד על אי-תשלום זה תוך כדי יחסי העבודה, הוגשה התביעה המשפטית רק לאחר שמונה חודשים לאחר שנסתיימו יחסי העבודה עקב פיטוריו. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי "עברו שמונה חודשים מהמועד בו ידע העובד על ההפרה ועד מועד הגשת התביעה (וזאת לאחר פיטוריו) והדבר מצביע על השלמה עם תנאי החוזה החדש".²⁰ פסק דין זה מלמד כי מחאה מילולית אינה בהכרח מספקת, ונדרשת הגשת תביעה בפרק זמן קצר יחסית. במילים אחרות, פסק הדין בעניין גולן צמצם את הכלל הנגזר מהפרדיגמה החוזית בשניים: ראשית, אורך החיים של הכלל – שבו על המעביד לטרוח ולהשיג את הסכמת העובד – צומצם לחודשים ספורים; שנית, הכלל מטיל על המעביד את הנטל להשיג את הסכמת העובד, ואילו בעקבות פסק הדין בעניין גולן מוטל על העובד הנטל להביע את מחאתו על השינוי. ודוק, מחאה מילולית אינה מספקת אלא נדרש הוא להגיש תביעה. נטל כבד משקל זה – המנוגד כאמור להנחות היסוד של דיני העבודה – פותח למעביד פתח מילוט רחב מכלליה של הפרדיגמה החוזית.

המסקנה העולה מניתוח הפרדיגמה החוזית היא כי מובנות בה חולשות רבות, ובעטיין קצרה ידה מלווסת את הכוח המצוי בידי המעביד. הכלל הנגזר מהפרדיגמה החוזית מספק לעובד מעטה הגנה דק, שכן עובד רציונלי – ובמיוחד אם הוא מתקרב לשנות הארבעים לחייו – נדחק לתת את הסכמתו לשינוי המבוקש. החריגים לכלל פותחים למעביד פתחי מילוט רחבים מאוד מן הכלל, והתוצאה היא שגם מעטה הגנה דק זה אינו מסוכך בפועל על העובד. בסופו של יום מוצא העובד את עצמו ניצב בנקודה שאינה רחוקה בהרבה מהנקודה שבה ניצב עובד להלכת מילפלדר, ובה המעביד – באמצעות שוט הפיטורין – הוא בעל הכוח לשנות את זכויותיו וחובותיו של העובד תוך כדי יחסי העבודה באופן חד-צדדי. המרחק האפשרי בין נקודות הציון בהתפתחות ההלכה יכול לכאורה להיווצר מהתפתחותה של גישה בפסיקה שלפיה הכוח החוזי לשנות את חוזה העבודה באופן חד-צדדי כפוף לעקרון תום הלב. דרישת תום הלב היא מכשיר אפשרי ליצור איזון – העומד באמות מידה של סבירות ומידתיות – בין עקרון הפררוגטיבה הניהולית ובין האינטרסים הלגיטימיים של העובד.²¹ ודאי שעקרון תום הלב יכול למתן את עיוותיה של הפרדיגמה

20 דב"ע (ארצי) נד/86-3 גולן – אי.אל.די בע"מ, פד"ע כז 270 (1994).

21 ראו לדוגמה ע"ע (ארצי) 674/05 ויזנר – רשות השידור (פורסם בנבו, 28.3.2007), שם נידונה שאלת גבולות כוחותיו של מעסיק להעביר עובד מתפקיד אחד למשנהו לעומת זכותו של העובד להמשיך ולעבוד בתפקיד שאליו נבחר ובו הוא מועסק. באותו עניין נקבע כי הגם שפררוגטיבת המעביד כוללת את הכוח לנייד עובדים מתפקיד לתפקיד, הרי שבנסיבותיו המיוחדות של המקרה החלטת הנייד לא הביאה די בחשבון את עניינו של העובד. לגופם של

החוזית, אולם איני סבורה שהוא מייתר את הצורך בחיפוש אחר פרדיגמה חלופית אשר תהא יעילה יותר בהגנה על העובדים מפני ניצול לרעה של המעביד את הפררוגטיבה הניהולית המוקנית לו. כמה סיבות עומדות ביסוד עמדה זו: ראשית, קיומו של חוסר תום לב נקבע על ידי בית הדין בדיעבד (ex-post), ויכולתם של הצדדים לנבא מראש באילו נסיבות יושט הסעד – מוגבלת. כאמור, מפאת תלותם הכלכלית במעביד העובדים מתקשים להגיש תביעה נגדו בעת קיום יחסי העבודה ביניהם, שכן הסכנה הכרוכה בכך – בהיעדר הגנה יעילה לזכות לביטחון תעסוקתי – היא אבדן מקום העבודה. דחיית הגשת התביעה בכמה חודשים לאחר תום יחסי העבודה אינה יעילה, שכן על פי פסק הדין בעניין גולן עלול להשתמע ממנה בינתיים הסכמה לעריכת חוזה חדש, ובשל הסכמה זו יתייחר הצורך בבחינת עקרון תום הלב. במילים אחרות, העובד על פי הפרדיגמה החוזית מצוי בין הפטיש לסדן, ולא נראה כי עקרון תום הלב – דווקא כי תוכנו נקבע בדיעבד – מצליח לחלק אותו משם. בנוסף יש לזכור כי התדיינות כזו עשויה להצריך שכירת שירותים של עורך דין שידו של העובד (בהיותו שחקן חד-פעמי ומוחלש) אינה תמיד משגת. שנית, מושגי השסתום, מפאת מופשטותם, יכולים לשמש כלי קיבול לשיקולי מדיניות חברתית הפוכים. השימוש בעקרון תום הלב אינו מפיג אפוא בהכרח את הערפל המחשבתי האופף את הסוגיה המורכבת של גבולות הפררוגטיבה הניהולית, שכן אין הוא מספק אמות מידה מהותיות, הקובעות גבולות אדומים וברורים לשיקול הדעת השיפוטי. בהקשר זה יש לזכור כי עקרון תום הלב היה בהקשרים אחרים בדיני עבודה מחסום בפני מימוש זכויות מובהקות של העובד המוקנות לו, כגון מחסום בפני מימוש זכויות קוגנטיות מכוח חקיקת המגן,²² בפני מימוש זכויות קוגנטיות מכוח הסכם קיבוצי²³ ובפני מימוש זכויות חוקתיות.²⁴ הניתוח דלעיל הראה כי בסוגיה מורכבת זו קיימות גישות שונות והשקפות רבות ואף מנוגדות של שופטים שונים. עקרון תום הלב – מפאת מופשטותו – מסוגל להכיל את כל הגישות הקיימות לרבות אלה המעצימות את הפגיעות בעובד. שלישית, היישום המסתמן בפסיקה לשימוש בעקרון תום הלב הוא חיוב המעביד בפיצוי לתקופת הסתגלות מסוימת ובכך לגרום לו להפנים חלק מעלויות השינוי תחת החצנתן המלאה לעובד. יישום זה – כפי שאנתח להלן – צר מכדי לספק הגנה יעילה לעובד בסוגיית שינוי חוזה העבודה.

דברים נפסק כי מדובר בהחלטה אשר על פני הדברים אינה סבירה ואינה מידתית, ומשום כך דינה להתבטל.

22 דב"ע (ארצי) נה/143-3 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1 (1997).

23 ע"ע (ארצי) 1406/02 עירית גבעתיים – ברקוביץ (פורסם בנבו, 4.10.2006).

24 ע"ע (ארצי) 1055/01 אירוקה – קורי (פורסם בנבו, 6.3.2001). בעניין זה דנה השופטת ברק בפתיחות ברעיון כי אפשר לכבול עובד בתניית אי-תחרות, אשר אינה חוקית, בשל חוסר תום לב המתבטא במודעותו לפסול שבה כבר במעמד כריתת החוזה.

ג. פיצוי כמכשיר להפנמת עלות השינוי – האם תרופה מספקת?

הפרדיגמה החוזית שוכללה בשני פסקי דין שניתנו בעניין נהרי²⁵ וגרינשפן²⁶. בשני פסקי הדין עמדה תשתית עובדתית וזהה שלפיה העסיק המעביד לאורך השנים עובדים בעבודת לילה באופן החורג מן ההגבלות הקבועות בסעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א – 1951. החוק אוסר על העסקת עובד "בעבודת לילה יותר משבוע אחד בתוך שלושה שבועות", ואילו העובדים שם עבדו ברציפות ובקביעות במשמרות לילה. עבודת הלילה הרצופה זיכתה אותם בתוספת שכר גדולה. מקץ כמה שנים ביקש המעביד לחולל שינוי במשמרות כדי שעבודת העובדים תהיה על פי המגבלות הקבועות בסעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, היינו חלקה בלילה וחלקה ביום. שינוי סדרי העבודה והפחתת מספר משמרות הלילה הביאו לידי הפחתת תוספת השכר שניתנה בגין העבודה במשמרות לילה. בעניין נהרי קבעה דעת הרוב כי המעביד היה רשאי לשנות באופן חד-צדדי את השיבוץ במשמרות, במיוחד כשהסדר הקודם ממילא היה בלתי חוקי, אך הוא לא היה רשאי להפחית את תוספת השכר בגין משמרות הלילה אשר הפכו לתנאי מכללא עצמאי בחוזה העבודה של נהרי. השופטת ברק סברה בדעת מיעוט כי יש להגביל את הפרורוגטיבה הניהולית באמצעות העקרונות של סבירות ומידתיות, וכי השינוי שבוצע לא עמד באמות מידה אלה. לשיטתה, דרך המלך הייתה שנהרי יעבוד מחצית החודש במשמרות בוקר ובמחציתו השנייה במשמרות לילה. בדרך זו תמותן הפגיעה הכלכלית בו הגם שמחיר מיתון זה הוא הפרת הוראות סעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה. העוגן האפשרי לדרך זו הוא בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), 1973, המאפשר אכיפתו החלקית של חוזה בלתי חוקי (וזאת כאשר הצד השני לחוזה הבלתי חוקי כבר ביצע את חלקו). בעניין גרינשפן – שנסיבותיו כאמור זהות לעניין נהרי – הסכימו כל השופטים פה אחד שיש לפסוק לעובד פיצוי חד-פעמי בגין תקופת ההסתגלות הנדרשת בגין ההפחתה הצפויה בהכנסה עקב שינוי סדרי עבודתו. תקופת ההסתגלות הועמדה על שנה. השופטים נחלקו ביניהם בנוגע לבסיס העיוני המוביל לתוצאה מעשית זו: הנשיא אדלר סבר כי הפחתת השכר (הנלווית לשינוי השיבוץ במשמרות) מהווה הפרת חוזה, ולכן הבסיס העיוני לתשלום הוא פיצוי בגין הפרת חוזה. השופט רבינוביץ סבר כי הפסקת התשלום אינה מהווה הפרת חוזה, שכן מדובר בתוספת המותנית בתנאי שהוא עבודת לילה. משחדל להתקיים התנאי חדלה להתקיים גם החובה המשפטית לשלם את התוספת. הבסיס לתשלום הפיצוי הוא אפוא עקרון תום הלב,

25 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000).

26 ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה – גרינשפן (פורסם בנבו, 24.4.2006).

היינו ביצוע הדרגתי של השינוי תוך מתן תקופת הסתגלות למצב החדש. השופטת ברק חזרה על עמדתה שלפיה יש להפעיל את סעיף 31 לחוק החוזים, אלא שלגישתה יש לברור את הסעד שיהיה האמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר הן ברשות המנהלית והן בעובדים. אמצעי זה הוא פיצוי חד-פעמי, ולא המשך העסקה במתכונת בלתי חוקית.

בפסק דין מאוחר שבה ונתעוררה שאלת הבסיס העיוני לחובת הפיצוי אגב דיון בשינוי דפוס העסקתם של עובדי אחזקה ב"ידיעות אחרונות", אשר הועסקו בניגוד לחוק.²⁷ הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ שבו על עמדותיהם. השופט פליטמן (שלא דן בעניין נהרי וגרינשפן) העמיד את חובת הפיצוי על רציונל שונה: ההעסקה הבלתי חוקית במשך שנים היא המזכה בפיצוי. לצד הדעות השונות הקיימות בפסיקה הובעה בספרות הדעה כי החידוש המבורך בהלכת נהרי-גרינשפן הוא בחיוב המעביד להפנים, במידה כזו או אחרת, את עלויות השינוי שהוא מבקש לחולל.²⁸ הפנמה זו מגשימה שני יעדים: היא מקדמת עקרונות הגיינות בדיני העבודה ומחייבת את המעביד לחשיבה קפדנית אם לערוך את השינוי, היינו אם התועלת שבעריכתו גדולה ממחירו.

האם שכלול הפרדיגמה החוזית באמצעות הטלת חובת פיצוי מהווה הגנה יעילה על זכויות העובדים? אני סבורה כי שכלול זה אכן ממתיק את הגלולה המרה של שינוי תנאי ההעסקה באופן חד-צדדי, ולכן מדובר בתרופה ראויה. עם זאת השכלול אינו נותן מענה מלא ומספק לאתגרים המורכבים של סוגיית גבולות הפררוגטיבה הניהולית מהטעמים האלה: ראשית, הלכה זו נפסקה בנסיבות שבהן השינוי כשלעצמו הוא הכרחי, שכן מתכונת ההעסקה נוגדת הוראת חוק חרות, ולכן היא מתמקדת בסוגיית הסעד הכלכלי בגינו. משכך היא אינה יפה בהכרח למקרים אחרים שבהם נדרשת בחינתה של חוקיות השינוי עצמה ולא רק של הסעד בגינו. ואבהיר, מאחר שהלכה זו היא שכלול של הפרדיגמה החוזית, חלק ניכר מן הקשיים שהוצגו לעיל נותרו בעינם ולא התפוגגו. לצורך ביסוס ביקורת זו אשתמש בהבחנה המקובלת בעולם המשפט בין כללים ראשוניים המנחים גוף כיצד לנהוג ובין כללים משניים המסדירים את התוצאות המשפטיות של הפרת הכללים הראשוניים ואת הסעדים בגין הפרה.²⁹ חובת הפיצוי ממוקמת בסמוך למערכת הכללים המשניים, לפחות לשיטת הנשיא אדלר, פליטמן וברק. לכאורה, לשיטת השופט רבינוביץ ממוקמת החובה בשדה הכללים הראשוניים, אולם מיקום זה אינו בעל ערך מעשי, שכן הכלל הראשוני לדידו

27 עס"ק (ארצי) 1054/04 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ידיעות אחרונות (פורסם בנבו, 15.1.2008).

28 גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשת נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417 (2008).

29 מיון זה עומד בבסיס דוקטרינת הבטלות היחסית במשפט המנהלי כאמור בבג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993).

מצומצם מאוד. הוא אינו כולל קווים מנחים ומגבילים בהפעלת שיקול הדעת של המעביד אם וכיצד להנהיג שינוי, אלא הוא מתמצה בחיוב המעביד להושיט סעד כלכלי לעובד בגין עריכתו. ממיקום ההלכה החדשה בשדה הכללים המשניים מתחוור קוצר ידה. היא אינה מספקת אמות מידה לבחינת חוקיות השינוי, נחיצותו, מידתיותו וסבירותו, כמצופה מכללים ראשוניים. בהיעדר אמות מידה כאלה חשיפת העובד לשינויים פוגעניים בחוזה העבודה – נותרת על כנה. כלומר, מחד הלכה זו אינה מעבה הרבה את שכבת ההגנה על העובד (שכן עוסקת היא בכללים משניים), ומאידך גודלם של פתחי המילוט המתוארים לעיל לא הצטמצם עקב הלכה זו.

שנית, כדי לנסות ולהשיג צדק יחסי בין העובד למעביד תיחמה ההלכה את הפיצוי הניתן על פני ציר הזמן (בעניין גרינשפן ניתן הפיצוי בגין כשנה) וקבעה כי דרך המלך לתשלומו תהא בתשלום חד-פעמי ולא עתי. אמנם במקרים נדירים וחרגיגים יהא בית הדין נכון לפסוק כי הפיצוי ישולם דרך קבע ולא באופן חד-פעמי, אולם מדובר בנסיבות חריגות, ולכן אין בהן ללמד על הכלל.³⁰ משמעות הכלל שלפיו הפיצוי העתי תחום ומוגבל בזמן היא כי פועלה העיקרי של ההלכה הוא דחיית בליעתה של הגלולה המרה, המובנית בשינוי הפוגעני.³¹ אמנם אין להקל ראש בדחייה זו המאפשרת בטווח הקצר לעובד להסתגל לשינוי, ועם זאת אין ללכת שבי אחריה. מדובר בתקופת הסתגלות לשינוי, ותו לא. בטווח הארוך פוגעניות השינוי נותרת בעינה. כדי לחדד ביקורת זו ניטול לדוגמה מקרה שבו המעביד מחליט להפחית את שכר העובדים – בין ישירות ובין באמצעות הפחתת מרכיב

30 ס"ק (ארצי) 1002/04 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים – מרכז השלטון המקומי (פורסם בנבו, 30.9.2009). באותו מקרה נערך הסכם קיבוצי בין המעביד לבין הסתדרות המורים שלפיו השיעור הכולל של התשלומים המועברים לקרן הפנסיה תואם את הדין, אולם חלוקתו הפנימית בין המעביד לעובד אינה תואמת את תקנה 19 לתקנות קופת הגמל. מכוח הסכמה קיבוצית זו שילמו המורים דמי ביטוח בחסר, ואילו המעביד שילם ביתר. תשלומי-היתר (של המעביד) והחסר (של העובדים) היו בשיעור זהה: אחוז אחד משכר העובד. בית הדין קבע כי המעביד היה רשאי לסטות מהסכמה זו בדבר החלוקה היחסית של נטל דמי הביטוח באופן חד-צדדי, שכן זו בלתי חוקית. משמעות הדבר היא כי מכאן ואילך יישאו העובדים בתשלום-החסר בשיעור אחוז אחד משכר העבודה. המעביד יהיה פטור מתשלום-היתר ששילם עד כה לחברת הביטוח הפנסיוני בשיעור אחוז אחד משכר העובד. עם זאת הן כיישום של תפיסת הפיצוי הנמצאת במוקד דיוננו והן מתוך שאיפה חוזית לבצע את ההסכמה הקיבוצית בקירוב – חייב בית הדין את המעביד להעלות את שכר העובד כאחוז אחד. בדרך זו צומצמה הפגיעה הכלכלית בעובדים, והמעביד אינו חסר כלל, שכן עומס תשלומים זה נקבע בהסכם הקיבוצי והיה נוהג עד כה. כפי שאפשר לראות מדובר בנסיבות חריגות – הקשורות בטווח לשינוי הסכם קיבוצי שנהגו לפיו – אשר אינן יכולות להעיד על הכלל.

31 עס"ק (ארצי) 11/08 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2010).

השעות הנוספות – בעקבות המשבר הכלכלי. על פי ההלכה הנוכחית המעביד נדרש לממן לעובדיו תקופת הסתגלות של שנה, שבה לא תחול הפחתה בשכר, ולאחריה לכאורה ההפחתה חוקית. ההסדר שמבקש המעביד לשנות הפך לזמני, וההפחתה היא נדחית אך קבועה. אם תתקבל הצעתי – שאת טעמיה ומרכיביה אפרט בהמשך – הפחתת השכר הנובעת מאילוץ כלכלי היא מיידית אך זמנית. לאחר חלוף זמן (והתאוששות המעביד) היא המעביד חייב בתשלום השכר החוזי הקודם, וכך בטווח הארוך פוגעניות השינוי תבוטל. דוגמה זו ממחישה את הביקורת הטמונה באימוץ רעיון תקופת ההסתגלות כחזות הכול ולא כאחד ממרכיביו של מודל רחב ומשוכלל יותר, שאותו אציע להלן.

שלישית, כפי שאפשר לראות, בין השופטים קיים שוני בתפיסת הבסיס העיוני להלכה החדשה, והשוני משפיע על יישומה של ההלכה. למשל, מצב שבו המעביד מבקש לחולל שינוי העתיד לגרוע מזכויות העובד בלא שהיה פגם חוקי בדפוס העסקתו עובר לשינוי (כגון הפחתת שכר). לכאורה, במצב דברים כזה אין לשיטת השופט פליטמן והשופטת ברק בסיס לחיובו בתשלום הפיצוי. לשיטת הנשיא אדלר ולשיטת השופט רבינוביץ, חלה חובת הפיצוי. זאת ועוד, אפשר להעריך כי דעותיהם של השופט רבינוביץ והנשיא אדלר תהיינה שונות במקרה שבו השינוי משפיע על העובד אך אינו כרוך בפגיעה בזכויותיו. לשם דוגמה נניח כי מעביד העתיק את מקומו הפיזי של מפעלו למרחק קילומטרים ספורים ממקומו הקודם. דא עקא שדרכי הגישה למקום החדש (לפחות לחלק מהעובדים) נוחות פחות בשל תדירותה הנמוכה יחסית של התחבורה הציבורית למקום החדש או בשל עומסי תנועה כבדים יותר בדרך לשם. יש להניח כי הנשיא אדלר יקבע כי העתקת מקום הסניף אינה מהווה הפרת חוזה, ולכן לא קם הצורך בפיצוי, ואילו השופט רבינוביץ יטה אוזן קשבת יותר לצורך לפצות את העובד גם במקרה זה כדי לאפשר את הסתגלותו לשינוי. ריבוי הרציונלים

להלכה בדבר חובת הפיצוי גורע מבהירותה ועם הזמן צפוי להקשות את יישומה. רביעית, הלכה זו יעילה בעיקר במקומות עבודה מאורגנים, שבהם העובדים נהנים מביטחון תעסוקתי, ולכן חרב הפיטורין לא תונף מעל ראשם אם יסרבו להרכין ראש ולקבל את השינוי ו/או לוותר על הפיצוי בהכנעה. ראיה לכך היא דיון בהלכה זו ויישומה עד כה במקרים שבהם מקום העבודה מאורגן (שירות המדינה, השלטון המקומי ו"ידיעות אחרונות", שם הוגשה התביעה על ידי הארגון). התועלת שבהלכה זו במקומות עבודה פרטיים ובקרב עובדים שאינם מאורגנים ואינם נהנים מביטחון תעסוקתי – קטנה מאוד. אלה יוכלו לממש את פרות ההלכה החדשה רק אם יחליטו להתפטר או להגיש תביעה בעת קיום יחסי העבודה ולהסתכן בפיטורים. במקרים אלה מחיר הפרי מבחינת העובד גבוה מדי, שכן הוא כרוך בהיפלטות משוק העבודה. אפשרות אחרת היא לדחות את ההנאה מפרות ההלכה החדשה עד לתום יחסי העבודה ואז להסתכן בהצטמקות הפרי ואולי אף בהיעלמו – בשל חלוף הזמן.

לסיכום, הפסיקה האחרונה שמחייבת את המעביד בתשלום פיצוי לעובד במשך כשנה ממתנת את הקשיים בהלכה הקיימת אך אינה מפיגה אותם. משכך אני סבורה כי שכלול הפרדיגמה החוזית אינו פוטר מהצורך לנסות ולתור אחרי פרדיגמה חלופית יעילה יותר אשר אחד ממרכיביה יהא חובת תשלום הפיצוי, וזאת כפי שאציע בפרק הבא.

ד. הפרדיגמה החוקתית: זכות הקניין

פסק הדין בעניין מילפלדר ניתן בתקופה שבה המשפט הישראלי, בדרגת התפתחותו דאז, לא יכול לספק פרדיגמות אחרות זולת הפרדיגמה החוזית. מאז חלו תמורות ניכרות במשפט הישראלי והמהפכה החוקתית סיפקה פרדיגמה חדשה: הפרדיגמה החוקתית. באופן קונקרטי אבקש לטעון כי יש להכיר בתנאי העסקת העובד ובסדרי עבודתו כחלק מהזכות לקניין, ולכן את חוקתיות עריכת השינוי יש לבחון בראי מבחניה של פסקת ההגבלה. המודל המוצע מושתת על שני יסודות עיוניים שאותם אפתח בשני תת-הפרקים הבאים: היסוד העיוני הראשון גלום בטיעון כי החלת זכויות היסוד במשפט הפרטי צריכה להיות תכלתית (היינו לעובד) ולא הדדית (לעובד ולמעביד). תכלית הזכויות החוקתיות במשפט הציבורי היא ויסות כוח-היתר המוקנה לריבון ומניעת ניצולו לרעה. זכויות היסוד הן מכשיר להעצמת המוחלש ולא לחיזוק המחוזק. לפיכך הקצאת זכויות היסוד במשפט הפרטי צריכה להיות באופן שהעובד המוחלש יעוצם, ואילו כוח-היתר של המעביד ימותן. היסוד העיוני השני גלום בטיעון שלפיו בשל מכלול זיקות העובד למקום העבודה יש לעצב את הזכות החוקתית לקניין על פי דגם של שיתוף ולא על פי דגם של ריבונות ושליטה. דגם השיתוף יביא – כפי שארחיב בהמשך – להקניית כוחות משפטיים לעובדים בהליכי קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול המשאב, ולכן טמונה בדגם זה העצמת העובד המוחלש וויסות כוחו של המעביד החזק. לאחר פיתוח יסודות עיוניים אלה אציג בפרק האחרון את יישומו של המודל החוקתי המוצע.

1. הקצאת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי – הדדית או תכליתית?

בטרם אפתח את המודל המוצע אבקש להסיר קושי מקדמי הנוגע ליעילות הפרדיגמה החוקתית. לכאורה יכולה להישמע הטענה כי התועלת שבאימוץ הפרדיגמה החוקתית קטנה, שכן זו תביא להקצאת זכות קניין חוקתית הן לעובד והן למעביד (שממנה נגזרת

הפררוגטיבה הניהולית).³² הטענה היא אפוא כי אם תוקצינה הזכויות החוקתיות בד בבד לעובד ולמעביד, המזור שימצא העובד בפרדיגמה זו מועט, שכן זכותו החוקתית ממילא צפויה להתאזן באיזון פנימי עם זכות הקניין החוקתית של המעביד. טענה זו אין בידי לקבל, משני טעמים: ראשית, גם אם תוקצינה הזכויות החוקתיות בעת ובעונה אחת, הקצאה זו תמתן את חוסר האיזון הקיים כיום בפסיקה מכוח הפרדיגמה החוזית שלפיה רק זכויות המעביד זכות להגנה מכוח הזכות לקניין. השוואת סוג ההגנה הניתנת לאינטרסים של העובד והמעביד כשלעצמה משנה את המצב הנוכחי. שנית – וזה העיקר – הקצאתן ההדדית של הזכויות החוקתיות אינה מתחייבת מן ההיגיון החוקתי, ואפשר להעמיד במסגרת הפרדיגמה החוקתית תזה שלפיה יש להקצות את הזכות החוקתית לקניין לעובד בלבד. הקצאה חד-צדדית זו – שעל יסודה העיוני ארחיב מיד – מביאה לידי העצמה ממשית של העובד, ומכאן חשיבותה בהגנה על זכויות העובד.

שאלת המידה והאופן של החלת הזכויות החוקתיות על גורמים פרטיים היא שאלה יסודית בתחום התאוריה החוקתית והפוליטית.³³ הדיון בשאלה העיונית והמעניינת אם ראוי להחיל את העקרונות החוקתיים במשפט הפרטי חורג מגדרי מאמר זה. בקליפת האגוז אציין כי מרבית החוקות אינן קובעות במפורש אם הוראותיהן חלות גם על גופים פרטיים. גם כאשר קיימת הוראה חוקתית מפורשת המחילה את העקרונות החוקתיים על פרטים, דוגמת סעיף 35(3) לחוקה בשווייץ³⁴ או סעיפים 8(2) ו-8(3) לחוקת דרום אפריקה,³⁵ הרי שזו קובעת רק מסגרת כללית שלפיה ההחלה תיעשה ככל שהיא מתאימה. בישראל שותקים חוקי היסוד בעניין תחולתם על גופים פרטיים, ואת שהחסירו אלה השלימה הפסיקה בקבעה כי העקרונות החוקתיים חלים גם במשפט הפרטי באמצעות מודל התחולה העקיפה, כשמושגי השסתום (כגון תום לב, תקנת ציבור והפרת חובה חקוקה)³⁶ משמשים צינור

32 אלישבע ברק "אילווצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג 210, 222 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001); עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 15.

33 ראו משה אליה כהן "תחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי" מסמך רקע לקראת דיון בוועדת חוק, חוקה ומשפט בכנסת (2005); אהרן ברק "זכות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט ציבורי 162 (יצחק זמיר עורך, 1993).

34 ס' 35(3) לחוקת שווייץ קובע (ההדגשה שלי – ח' א'): "The authorities ensure that fundamental rights, as far as they are suitable, also become effective among private parties"

35 ס' 8(2) לחוקת דרום אפריקה קובע (ההדגשה שלי – ח' א'): "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right"

36 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 647–697 (1994).

להזרמתם למשפט הפרטי תוך התאמתם למטריה זו.³⁷ מהי אפוא ההתאמה המתבקשת בעת החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי?

מאמר זה קורא תיגר על ההנחה המשפטית שלפיה במישור היחסים שבין העובד למעבידו פרוגטיבית המעביד לנהל את מקום עבודתו על פי ראות עיניו נובעת גם מזכות היסוד החוקתית לקניין ולחופש עיסוק. עמדתי היא כי הקצאת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי צריכה להיות פונקציונלית ולא טכנית. עמדה זו מושתתת על היות אחת ההצדקות המרכזיות להחלת זכויות היסוד במשפט הפרטי בעלת אופי פונקציונלי. בבסיס הצדקה זו מונחת ההכרה כי כוח ועצמה פוגעניים מרוכזים כיום לא רק בידי רשויות השלטון אלא גם בידי גופים פרטיים.³⁸ כלומר, כיום גם גורמים פרטיים (בדומה לרשויות השלטון) הם בעלי השפעה רבה על איכות החיים של תושבי המדינה. יכולת השפעה רבה זו היא שמצדיקה החלת הערובות המשפטיות למניעת שימוש לרעה בכוח השלטוני – קרי הכפיפות לזכויות היסוד – גם על הגופים הפרטיים. הצדקה זו כאמור בעלת אופי פונקציונלי, ולכן מתחייבת ממנה החלה פונקציונלית של זכויות היסוד במשפט הפרטי, קרי החלה לשם ויסות כוח הפרט החזק והעצמת הפרט המוחלש.³⁹ לפיכך החלה טכנית שאינה פונקציונלית נטולת הצדקה ולכן אינה ראויה. היא צפויה להביא לשיבוש חברתי המתבטא בכך שזכויות היסוד ישמשו מכשיר להעצמת הפרט החזק ולהחלשת המוחלש. אפשר לדמות החלה טכנית זו להשתלת איבר (זכויות היסוד) בגוף מושגל (המשפט הפרטי) במנותק מהמקום, ההקשר והתפקיד שהיה לאיבר משפט זה בגוף התורם (המשפט הציבורי). בעולם הטבע השתלה כזו גם אם תיקלט היא תהא חסרת תועלת מבחינה פונקציונלית. בעולם המשפט מחייבת התבונה דחיית אפשרות השתלה כזו, שכן היא עלולה להביא לשיבוש שעלול להתבטא בכך שזכויות היסוד ישנו עורן וייעודן. בעקבות ההחלה הטכנית יהפכו העקרונות החוקתיים מטענת מגן של הפרט המוחלש מפני העצמה השלטונית לחרב המופנית כלפיו.

מהי משמעות החלתן הפונקציונלית של זכויות היסוד במשפט הפרטי בכלל וביחסי עבודה בפרט? מילת המפתח בזיקוק משמעות זו היא סלקטיביות בהקצאתן. במשפט הציבורי הזכויות החוקתיות אינן מוקצות הן לרשויות השלטון והן לפרט, אלא לפרט בלבד כמגן מפני ניצול לרעה של הכוח השלטוני. הקצאה סלקטיבית זו נובעת מכך שתכלית זכויות היסוד במשפט הציבורי היא כאמור ויסות כוח־היתר המוקנה לריבון, היינו רשויות המדינה, באמצעות הצבת גבולות ערכיים לשליטתו. מבחינה פרטית, התלוי ברשויות השלטון, זכויות היסוד הן מכשיר להעצמתו ולא להחלשתו. שימור התפקיד המסור לזכויות

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

38 Mac Donald, *Postscript and Prelude – The Jurisprudence of the Chapter Eight These*, 4 Sup. Ct. L. R. 321 (1982).

39 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות אדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

היסוד במשפט הציבורי בעת החלתן במשפט הפרטי מחייב אפוא שהחלתן תיעשה באופן סלקטיבי המביא לוויסות כוחו של הפרט החזק והמעצים את כוחו של הפרט המוחלש, ולא בהדדיות טכנית.⁴⁰ המשמעות הקונקרטית של החלתן הפונקציונלית של זכויות היסוד ביחסי העבודה היא שבמערכת היחסים הפנימית שבין העובד למעביד תוקצינה זכויות היסוד לעובדים בלבד, וזאת בשל חולשתם המבנית שעל טעמיה הרחבתי לעיל. במערכת יחסים פנימית זו לא תוקצינה הזכויות החוקתיות למעביד, בעל הכוח השלטוני, כשם שבמשפט הציבורי הזכויות החוקתיות אינן מוקצות כלל למדינה. הקצאה סלקטיבית זו של זכויות היסוד מקבלת חיזוק מעיון השוואתי בנוסחן של חוקות מתקדמות ומפורטות בהיבט יחסי העבודה, שממנו עולה כי הזכויות החוקתיות בתחום יחסי העבודה מוקצות בדרך כלל לעובדים בלבד. ממד השוואתי זה מחזק את התזה שלפיה אחת ההתאמות המתבקשות בעת החלת זכויות היסוד ביחסי העבודה היא סלקטיביות באופן שאלה תוקצינה מטעמים פונקציונליים לעובד בלבד. למותר לציין כי ההימנעות מהקצאת זכויות יסוד למעביד בגדרי המשפט הפרטי אינה משפיעה על הקצאתן למעביד בגדרי המשפט הציבורי – כל שכן שאינה מונעת אותן או גורעת מהן. מבחינת המעביד מצטיירת אפוא תמונת עולם מורכבת: במערכת היחסים שבינו לבין רשויות השלטון (קרי המשפט הציבורי) הוא הצד המוחלש, ולכן הזכויות החוקתיות מוקצות לו בלבד. במערכת היחסים הפנימית שבין העובד למעביד (קרי המשפט הפרטי) הוא הצד החזק, ולכן הזכויות החוקתיות אינן מוקצות לו. אולם נהפוך הוא, בגדרי המשפט הפרטי הוא כפוף לחובות חוקתיות הנובעות מהקצאת הזכויות החוקתיות לעובדים שמסיבות מבניות סובלים מחולשה.

נראה כי עד היום פסיפס מורכב זה של זכויותיו החוקתיות של המעביד (כלפי רשויות השלטון) וחובותיו החוקתיות (כלפי עובדיו), המתחייב מסיבות פונקציונליות – לא הובהר דיו. תחת זאת הוקצו הזכויות החוקתיות במערכת היחסים הפנימית שבין העובד למעביד בהדדיות טכנית, היינו הן לעובד והן למעביד. הקצאה טכנית נוטעת את התחושה שהחלת משטר זכויות היסוד ביחסי העבודה מביאה לאחד משני תרחישים בעייתיים: על פי התרחיש הראשון מביאה ההקצאה ההדדית של הזכויות החוקתיות לידי התנגשות פנימית (ועקרה) בין שני ממדי הזכות החוקתית. על פי התרחיש השני מביאה הקצאה זו לידי חיזוק המעביד (הנהנה מזכות קניין מלאה) ביחס לעובדו (הנהנה מזכויות מעין קנייניות בלבד). שני תרחישים אלה מעוררים קושי, שהרי במשפט הציבורי אין מוקצות זכויות היסוד גם לרשויות השלטון וגם לפרט, וקל וחומר שאלה אינן מוקצות לרשויות השלטון בלבד כנגד הפרט. אימוץ נקודת מבט מורכבת יותר, המתחייבת מהסיבות הפונקציונליות שמניתי לעיל, יוביל לתרחיש שלישי, ולפיו במערכת היחסים הפנימית שבין העובד למעביד מוקצות

זכויות היסוד לעובד בלבד. באמצעות הקצאה סלקטיבית זו עתיד המשפט החוקתי להשיא תרומה ממשית ומשמעותית יותר להעצמת העובד המוחלש ולוויסות כוח השררה של המעביד.

לאחר הצגת הפוטנציאל הטמון בהחלת זכויות היסוד במשפט הפרטי נפנה לבחון אילו – אם בכלל – מבין זכויות העובד וסדרי עבודתו חוסים בצלה של הזכות החוקתית לקניין.

2. הבסיס העיוני להכרה בזכות הקניין של העובדים

האינטרסים של העובד במקום עבודתו רבים ומגוונים. מבלי להתיימר למצותם אציין כי חלקם חוזיים-כלכליים (כגון שכר עבודה) והם חלק מתנאי עבודתו של העובד; חלקם הם מציאות מתמשכת, אשר בעניינה יש לעובד ציפייה כי תוסיף ותתקיים אלא אם יש סיבה סבירה להפסיקה. מציאות זו יכולה להיות בעלת השלכות כלכליות (כגון מיקום מקום העבודה) ואחרות שאינן כלכליות (כגון תפקיד העובד בהנחה שניודו אינו צפוי להביא להפחתה בשכרו ובשיבוצו במשמרות). נהוג לכנות הסדרים מתמשכים אלה – סדרי עבודה. לבסוף, אינטרס העובד הוא גם כי התרבות הארגונית הפורמלית, הנובעת מזהות המעביד, תישמר כדי שמקום העבודה לא ישנה פניו כי אז עלול העובד למצוא עצמו אנוס להיפלט "מרצונו" ממקום העבודה. אילו ממכלול האינטרסים הללו חוסה בצלה של הזכות החוקתית לקניין? מבט חטוף בזכויות הנזכרות מגלה כי מרביתן הן בגדר זכויות חיוביות, היינו זכויות שמימושן מצריך עשייה אקטיבית מצד הזולת. האם זכויות חיוביות יכולות להיכנס תחת כנפי הזכות החוקתית לקניין? מה היקפה של הזכות לקניין? ומהי אבן הבוחן למיון זכויות כקנייניות ולא קנייניות?

נקודת המוצא הראויה בעיניי היא הגישה הרואה בדין את המקור לזכות הקניין.⁴¹ נקודת מוצא זו נהירה למשפטן המחזיק בהשקפת פוזיטיביסטית, אולם היא צריכה להיות ברורה גם למי שדוגל בעת המודרנית בעקרונות "משפט טבע", משלושה טעמים: ראשית, השיח המודרני בדבר זכויות "טבעיות" המוקנות לאדם באשר הוא אדם אינו כולל את הזכות לקניין.⁴² הטעם לכך הוא שזכות זו אינה חלק מגרעין חוויית הקיום האנושית הבסיסית והיא אף אינה חלק מקנון הערכים הזוכה להגנה מוחלטת במשפט הביין-לאומי ובמשפט החוקתי ההשוואתי. בנוסף, היקפה של הזכות לקניין והיקף ההגנה הניתנת לזכות זו משתנים מחברה לחברה ומתרבות לתרבות. למשל, במדינות ליברליות מרכז

41 יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 23–25 (1993).

42 זאת להבדיל מתפיסות מוקדמות יותר (כגון ג'ון לוק) שראו בקניין זכות טבעית (ראו ג'ון לוק על הממשל המדיני – המסכת השנייה (יוסף אור תרגם, 1948)); לסקירת קנון הזכויות הבסיסיות ראו חני אופק-גנדלר "הרהורים חוקתיים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 84–108.

הכובד הוא בהגנה על הפרט מפני השלטון בדרך של יצירת מרחב שבו הריבונות פרטית ולא ציבורית, ואילו במדינות סוציאליסטיות מקבל המושג "קניין" משמעות מצומצמת יותר, שכן בקדמת הבמה מצויה טובת הכלל ולא זכות הפרט. יחסיות תרבותית זו מחזקת את הטענה כי אין מדובר בזכות טבעית אלא בזכות שהיא תוצר הליך חברתי-פוליטי.

שנית, הגישה הרואה בקניין זכות "טבעית" נשענת במידה רבה על תפיסה מסוימת של תוכן זכות הקניין, היא הריבונות שיש לבעל הנכס להחליט על אופן השימוש בו. אולם תפיסה זו חלקית ואינה מדויקת. הטעם לכך הוא שהדין מגדיר למי מוענק מרחב הריבונות ומה היקפו ולא הנחות אפריוריות חיצוניות לו. הדין יכול לתמוך בהענקת מרחב הריבונות לבעל הנכס, אך בה במידה יכול הוא להעניק את מרחב הריבונות לקהלים אחרים המושפעים מניהול הנכס לרבות קהילת העובדים. טענה זו אדגים באמצעות ארבע דוגמאות מתחום יחסי העבודה שבהם העניק הדין מרחב ריבונות מסוים דווקא לעובד כדי לקדם אינטרסים ציבוריים ובמיוחד שוויון הזדמנויות בעבודה.

הדוגמה הראשונה היא סעיף 9'ד' לחוק שעות עבודה ומנוחה הישראלי, הבא להגן על עובדים מפני הפליה מחמת דת. החוק מעניק לעובד את הכוח לסרב לדרישת מעביד לעבוד בימי המנוחה השבועית מחמת איסור שבמצוות דתו שאותן הוא מקיים. משמעות הדבר היא שמרחב הריבונות אם לעובד בימי המנוחה השבועית מוקנה לעובד הדתי ולא למעביד. מרחב הריבונות של המעביד מצטמצם לעריכת שינוי סביר בתנאי העבודה ובסדרי העבודה של אותו עובד עקב סירובו לעבוד ביום המנוחה השבועי.

הדוגמה השנייה היא חוק שעות עבודה ומנוחה ההולנדי משנת 2000, הבא לקדם שוויון הזדמנויות בעבודה, בעיקר מחמת הורות.⁴³ החוק מאפשר לכל העובדים במגזרים הפרטי והציבורי (ובהם אנשי צבא) להגדיל, או להקטין, את מספר שעות העבודה לצורך מימוש החובות ההוריות שלהם, ובלבד שמועסקים בהם עשרה עובדים לפחות. זכות זו מוקנית לבעלי ותק של שנה לפחות במקום עבודתם. החוק מאפשר להגיש בקשה לשינוי שעות העבודה אחת לשנתיים בלבד, כלומר השינויים אמורים להיות ארוכי טווח ולא זמניים. המעסיק רשאי לסרב לבקשה לעבוד במשרה חלקית רק אם היא גורמת לקשיים מהותיים למקום העבודה. החוק מונה רשימה בלתי ממצה של נסיבות שחזקה עליהן כי הן גורמות לקשיים, וזו כוללת מקרה שבו אין אפשרות למצוא מחליף לשעות העבודה אשר אותן העובד מבקש להפחית, או אם מצבו הכלכלי של העסק אינו מאפשר הגדלה של שעות העבודה, אם זו בקשתו של העובד.

43 Working Hours (Adjustment) Act 2000, שעיקריו מופיעים באתר ארגון העבודה העולמי: www.ilo.org/public/english/employment/gems/eo/law/nether/1_wa.htm

הדוגמה השלישית שאובה מבריטניה ואף היא עוסקת ביכולת העובד/ת להגמיש את שעות עבודתו/ה מחמת הורות/ה. סעיפים 80F-80I לחוק זכויות העובדים הבריטי משנת 1996,⁴⁴ לאחר תיקונו בשנת 2002⁴⁵ ובשנת 2006,⁴⁶ מקנה לעובדים המטפלים בילדיהם או בתלויים אחרים את הזכות לבקש הגמשת שעות עבודתם. הגמישות בעבודה יכולה לבוא לידי ביטוי בין היתר בהגמשת היקף שעות העבודה ובמועד ביצוע העבודה. המעביד רשאי לסרב לבקשה בהתקיים אחת העילות שמונה החוק, ואלה הן: עומס העלויות הנוספות שהמעביד צפוי לספוג אם תאושר הבקשה; אישור הבקשה כרוך בפגיעה של ממש בדרישות הלקוחות כי יהיה קשה לספקן; חוסר יכולת לארגן מחדש את העבודה בהרכב העובדים הנוכחי או לגייס עובדים נוספים; אישור הבקשה כרוך בפגיעה של ממש באיכות העבודה או ביכולת לבצע אותה; היצע העבודה אינו מספיק בתקופות שבהן העובד מבקש לעבוד יותר; צפויים שינויים מבניים בעסק.

הדוגמה האחרונה לקוחה מהדין הישראלי, ולמיטב ידיעתי אף ייחודית לו. סעיף 7(א)(1) לחוק עוולות מסחריות קובע סייג לעולת גזל סוד מסחרי של עובד מידי מעבידו כאשר "הידע הגלום בסוד המסחרי הגיע אליו במהלך עבודתו אצל בעליו של הסוד המסחרי וידע זה הפך לחלק מכישוריו הכמקצועיים הכלליים". ביסוד סעיף זה מונחת ההשקפה כי הקניין הרוחני הגלום בסוד המסחרי אינו בהכרח נחלת המעביד, והזכות יכולה להיות מוקנית דווקא לעובד, ובלבד שהידע הגלום בסוד "הפך לחלק מכישוריו הכלליים של העובד". במסגרת מאמר זה לא אוכל להרחיב על אודות אמות המידה להיות הידע הגלום בסוד המסחרי חלק מכישוריו הכלליים של העובד, היינו כי הנסיבות מוציאות את הידע הגלום בסוד המסחרי מקניין המעביד ומעניקות את הזכות בו לעובד דווקא. הסייג הקבוע בסעיף 7(א)(2) הוא בעל תכלית סוציאלית שנועדה להבטיח את ניידות העובד בשוק העבודה, וזאת במסגרת המקצוע שרכש ושבו הוא מיומן. סייג זה מאפשר לעובד לממש את זכותו לחופש העיסוק. תכלית סוציאלית זו מוגשת באמצעות תפיסת הקניין בכלל והקניין הרוחני בפרט כמצויים במעין שותפות בין המעביד והעובד, כשהראשון אינו יכול למנוע מהאחרון לממש את הונו האנושי שנצבר ופותח בעת יחסי העבודה ביניהם לאחר פקיעת יחסי העבודה. תפיסה זו מבטאת שיתוף בזכות הקניין הרוחני תוך הענקת מרחב הריבונות לעובד אם יוכח כי הידע הגלום בסוד המסחרי הפך לחלק מכישוריו הכלליים. הדוגמאות לעיל מלמדות כי מרחב הריבונות אינו יכול להיות אבן הבוחן לקיומה של זכות קניינית, וקל וחומר להיות זכות הקניין זכות "טבעית" שאינה תלויה בדין. הן

.Employment Rights Act 1996 (eng) 44

.Employment Act 2002 (eng) 45

.Work and Families Act 2006 (eng) 46

ממחישות שמרחב הריבונות יונק את חיותו מהדין ומעוצב על ידיו. בענייננו לעתים דווקא בהקשר של יחסי עובד-מעביד, ומשיקולים ערכיים, בוחר הדין להעניק לעובד את מרחב הריבונות בקביעת שעות העבודה ומועד ביצועה.

שלישית, ה"זכות" הנחזית לטבעית עומדת רק לצד מי שהוא בעל עצמה, פיזית או כלכלית, המאפשרת לו להשליט את רצונו. יוצא אפוא שהמצב הטבעי מכונן עצמו על יסודות של כוחניות. הקושי במתן לגיטימציה למצב הנחזה לטבעי אינו מתמצה רק ברגע כינונו אלא נמשך ומתבטא גם באופן הפעלתו לאורך זמן. הכוחניות האופפת את המצב הטבעי היא כר גידול נוח להפעלת כוח בלתי מרוסן המביא לפגיעה בלתי הוגנת במוחלשים אך ורק מפאת חולשתם. העיוות הטמון במצב הטבעי הוא שיקול לשנותו באמצעות מערכת כללים חברתיים שתגדיר בצורה מושכלת ומחושבת את היקפה של זכות הקניין תוך התחשבות בקהילות המושפעות ממנה.⁴⁷

רביעית, התפיסה המתפתחת של "הקניין החדש", ברוח מאמרו הקלסי של צ'רלס רייך, קוראת תיגר על התפיסה המסורתית של הקניין וקוראת להרחבתה באופן שתכלול גם טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון.⁴⁸ הבסיס לקריאת תיגר זו הוא היותן של טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון מקורות מרכזיים – בעידן הנוכחי – לרווחתם של בני האדם. משכך, אין ראוי להדירן מכנפי ההגנה החוקתית אך ורק בשל אופיין החיובי, היינו היותן מותנות בעשיית מעשה אקטיבי מצד המדינה. מכאן שמוקד הניתוח החוקתי הוא בהשלכה שיש לאינטרסים אלה על חירות האנשים ואישיותם. מידת חלחולה של תפיסת הקניין החדש לדין הפוזיטיביסטי – הן בהיבט ההשוואתי⁴⁹ והן בהיבט המקומי⁵⁰ – היא מושא למחקר נפרד. עם זאת לצורכי מאמר זה חשובה עצם הפתיחות המחשבתית להרחיב את יריעתה של זכות הקניין גם להקשרים ואינטרסים שאינם נכללים בתבניות הטיפוסיות של זכות הקניין לרבות זכויות חיוביות, היינו זכויות שמיושן טעון עשיית מעשה מצד הזולת. פתיחות מחשבתית זו

47. Edmund Byrne, *Building Community into Property*, 7 J. BUSINESS ETHICS 171 (1988)

48. Arles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964)

49. VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY CLUSES – A COMPARATIVE ANALYSIS 151–

158, 183–185, 221–227, 373–375, 441–451, 492–494 (1996)

50. בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 253 (2002) נוטה השופטת (כתוארה אז) ביניש, מבלי להכריע בכך באופן מפורש, להרחיב באשר לזיכיון להפעלת מונית את זכות הקניין החוקתית גם לעבר טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון. בבג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004), נידונה השאלה אם קצבת הזקנה המשולמת על ידי המוסד לביטוח היא חלק מזכות הקניין. הנשיא ברק, בדעת יחיד, הביע את דעתו החיובית בשל הסתמכות המוטב הנובעת מהפרשת הכספים לביטוח הזקנה במשך מרבית שנות חייו. השופטים ריבלין וגרוניס לא הביעו דעתם בסוגיה.

מלמדת כי הגדרת זכות הקניין היא עניין דינמי המותאם לצורכי החברה וערכיה ואין לקבעה בסד הריבונות.

סיכום ביניים: ממכלול טעמים אלה סבורה אני שזכות הקניין אינה זכות טבעית החיצונית לדין, אלא הדין הוא המקור ליצירתה.⁵¹ לגישה זו תרומה חשובה אך מוגבלת, והתרומה ומוגבלותה יונקות שתיהן את חיותן מאותו מקור: משקלן המכריע של תאוריות חברתיות בהגדרת הזכות לקניין. התרומה מתבטאת בכוח המשחרר הטמון בה, היינו השחרור מכבלי הגישה המזהה את הזכות לקניין עם קיומו של מרחב ריבוני, שבו הבעלים חופשיים לעשות את המרב למען האינטרס העצמי שלהם ואף מחזיקים המה בכוח המשפטי לנהוג בשרירותיות ובעריצות.⁵² שחרור מתאפשר בזכות ההכרה שאין מרכיבים הכרחיים ("טבעיים") להגדרת זכות הקניין אלא זו מעוצבת על פי ערכי החברה וצרכיה. מוגבלות הגישה הרואה בדין מקור לזכות הקניין נובעת מכך שכעת אפיון הזכות הקניינית מחייב תאוריה חברתית-ערכית משלימה. במילים אחרות, הגישה הרואה בדין מקור הזכות לקניין היא כלי ריק, הטעון מילוי באמצעות תאוריות חברתיות. ריקנות זו עומדת ביסוד תפיסתה של גישה זו כמוגבלת. לסיכום אפשר לומר כי הגישה הרואה בדין מקור זכות הקניין היא כר גידול לצמיחתן של תאוריות חברתיות משלימות,⁵³ שאינו חייב להיות מונוליתי, והוא עשוי להיות פלורליסטי כדי שתצמחנה עליו באופן מתואם ומבוקר תאוריות חברתיות אחדות על פי צורכי החברה.

זכות הקניין היא מוסד משפטי המקפל בתוכו תפיסות נורמטיביות שהחברה מעוניינת לקדם. עם התפיסות הנורמטיביות המתגוששות, והרלוונטיות לעניינו של מאמר זה, נמנית הדילמה באיזו מידה ערך הקניין הוא מכשיר לקידום ערכים אינדיווידואליסטיים מובהקים של חירות אישית, ובאיזו מידה מקפל הוא בתוכו ערכים קהילתיים במובן של אחריות חברתית וצדק חלוקתי. הגישות הנורמטיביות המתוארות הן למעשה שני קצוות של קשת נורמטיבית רחבה המכילה גוונים רבים ותמהילים שונים של הגישות הללו. קיימות שיטות משפט שבהן החוקה עצמה משמיעה הנחיה נורמטיבית כוללנית שלפיה זכות הקניין אינה אך מעוז ליברלי אלא גם מכשיר לקידום אינטרסים חברתיים. כך למשל קובע סעיף 14(2) לחוק היסוד הגרמני כי הזכות החוקתית לקניין כוללת גם מחויבות ותשמש לקידום טובת הציבור.⁵⁴ בשיטות משפט כאלה העוגן המפורש בחוקה מקל את עיצובה של זכות הקניין

51 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 30 (2005).

52 ביקורת נוקבת על הגישה הראויה בקניין כריבונות ראו דגן, שם, בעמ' 27–30.

53 ויסמן, לעיל ה"ש 41, עמ' 25.

54 Basic Law for the Federal Republic of Germany, 14 sec.: "(1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws. (2) Property entails obligations. Its use shall also serve the public good"

וקביעת תוכנה הקונקרטי תוך מתן עדיפות לשיקולים של אחריות חברתית במיוחד כלפי צדדים מוחלשים. בשיטות משפט אחרות, דוגמת שיטת המשפט הישראלית, אין עוגן מפורש בחוקה למיקומה על פני הקשת, ולכן מלאכת עיצוב זכות הקניין הונחה לפתחם של המחוקק ובתי המשפט. במקרה כזה יהא יומרני ולא ראוי מבחינה מוסדית ומבחינה מתודולוגית לקבוע את תמהיל הגישות האמורות באופן כוללני וגורף לגבי כלל הנכסים, הזכויות והאינטרסים. דווקא בשיטות משפט אלה, שבהן הרקמה החוקתית פתוחה יותר – כי הרשות המכוננת לא טוותה אמות מידה בנוגע להיקף פריסתה של הזכות החוקתית לקניין – ראוי לאמץ גישה זהירה יותר, הצועדת עקב בצד אגודל בהגדרת תוכן הזכות הקניינית תוך מתן משקל לטיבו של הנכס/זכות/אינטרס הנידון, לטיבו של מרקם היחסים הבין-אישיים המאפיינים אותו וכיוצא באלה. במסגרת גישה זהירה זו אציג את הבסיס העיוני להכרה בזכותם הקניינית של העובדים במערכת היחסים שבינם לבין מעסיקם.

ההכרה בזכות הקניין של העובדים, ויתרה מזו הקצאת זכות זו באופן חד-צדדי לעובדים בלבד ולא למעביד, משמעה בהקשרם של יחסי עבודה – נסיגה מתפיסת הקניין כערך אינדיווידואליסטי שבמוקדו מצויה הריבונות.⁵⁵ התפיסה המוצעת בדבר זכותם הקניינית של העובדים מושפעת במידה רבה ממאמרו של סינגר, אשר ככלל ראה בקניין מכשיר לעיצוב יחסים חברתיים.⁵⁶ סינגר טען כי דיני הקניין מעצבים מערכות יחסים רבות ומגוונות, החל ביחסים בין צדדים זרים וכלה ביחסים אינטימיים בין בני זוג. לשיטתו, הגדרת הזכות הקניינית משתנה על פי מערכת היחסים החברתית שבה נבחנת שאלת החלטה. במסגרת יחסים קרובים, הדוקים וארוכי טווח – דוגמת יחסי עובד-מעביד ויחסים בין בני זוג – אינטרס ההסתמכות הוא לשיטתו בסיס להכרה בזכות הקניין. הקצאת הזכות הקניינית יכולה להיות בדרך של שיתוף (sharing) או אפילו בדרך של הסטה (shifting), וזאת כדי להעצים את המוחלש ולווסת את כוחו של החזק. העצמה זו מבטיחה את גישתו של המוחלש (קרי העובד) למשאב ומגבילה את כוחו של החזק (קרי המעביד) לפעול למקסום האינטרס העצמי תוך אדישות לאינטרס ההסתמכות של הזולת.

אינטרס ההסתמכות הוא אפוא העוגן המשפטי להכרה בזכות הקניין של העובד. אולם חומר הגלם שממנו עשוי עוגן זה כולל שיקולי מדיניות חברתיים וערכיים. להלן אציג ואשכלל את שיקולי המדיניות המוצגים בספרות ובמיוחד במאמרו של סינגר: ראשית, תוצרי הפעילות העסקית – בין שמדובר בפעילות יצרנית ובין שמדובר במתן שירותים – הם תרכובת של ההון הכלכלי של המעביד וההון האנושי של העובדים. קהילת העובדים היא תנאי ההכרחי ליציאת הפוטנציאל הגלום בהון המעביד מן הכוח אל הפועל. אמנם תיתכן תחלופה פנימית בזהות העובדים אצל המעביד, אולם תחלופה זו אינה גורעת מחיוניות

55 מיכל הורוביץ (סלומי) הגנה על זכויות עובדים במסגרת הבראת חברות 109–125 (2007).
56 Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 614 (1988)

נוכחותה המתמדת של קהילת העובדים. המעביד אינו יכול לפטר את כלל עובדיו.⁵⁷ העובדה החברתית שבגדרה מוקצות זכויות הקניין היא שיתוף פעולה מתמיד וקבוע בין המעביד ובין קהילת עובדיו. לעובדה חברתית זו יש לתת משקל בעת עיצובן הקונקרטי של זכויות הקניין בעסק כדי שאלה תוקצינה גם לעובדים ותוך הבנה שראוי לשותף את העובדים כקולקטיב במשאב זה בשל תרומתם ומאמצייהם המתמידים וההכרחיים לפיתוחו.⁵⁸ שנית, העבודה היא מקור הכנסתו המרכזי של העובד, ומכאן השפעתה המרכזית על חוויית הקיום שלו. עובדה זו יוצרת תלות כלכלית של העובד במעבידו. כשלי השוק המתוארים לעיל ואשר פועלים לרעת העובד מעצימים תלות זו. תלות כלכלית זו מצדיקה שיתוף העובדים בניהול המשאב שבו הם תלויים למחייתם. שלישית, בין העובד ומקום עבודתו נרקמת עם הזמן זיקה שאינה מצטמצמת להיותו של מקום העבודה מקור פרנסה בלבד. העובד משקיע במקום עבודתו את מרב זמנו ואת מיטב מרצו, הוא קושר במקום העבודה קשרים חברתיים המלווים אותו בשגרת יומו, וזהו לו מקור של סיפוק, התפתחות והגשמה עצמית. העבודה היא אפוא אחד המקורות המעצבים את זהותו של האדם, ולכן "אדם שעבודתו ניטלה ממנו, מיקצת מכבודו ניטל ממנו".⁵⁹ ההשפעה הניכרת שיש לעבודה על זהות העובדים ואישיותם מצדיקה שיתופם בניהול משאב זה.

רביעית, עובדים משקיעים רבות בפיתוח ההון האנושי עוד בטרם תחילת עבודתם כדי לרכוש את המיומנות הנדרשות לתפקיד הספציפי. יתרה מזו, במהלך עבודתם מפתחים העובדים התמחויות הנחוצות לביצוע תפקידם. התמחויות אלה כוללות הרחבת הידע המקצועי באפיקים המועילים לצורכי המעביד; פיתוח כישורים ומיומנות הנחוצים להצלחה בעבודה; יצירת מערכת קשרים בין־אישיים המותאמת לצורכי המעביד ותחזוקתה השוטפת. במילים אחרות, הבחירות הנעשות על ידי העובד בתקופת עבודתו בדרך כלל מותאמות – הן

57 שם, בעמ' 656–657.

58 שם, בעמ' 688–689. במאמר מוסגר אעיר כי בכתביו של ג'ון לוק, ובעיקר בתאוריית העבודה, אפשר למצוא את שורשיו ההיסטוריים של שיקול זה. על פי תורתו של לוק, מזכות האדם על גופו נובעת גם הזכות הטבעית למלאכת כפיו. משכך, עובד המשקיע עבודה בנכס הופך להיות בעלי הנכס, בכפוף לסייג שהנכס היה עובר להשקעת העבודה נחלת הכלל ולא בבעלות זולת; משקיע העבודה אינו נוטל מעבר לנחוץ לשימוש; נותר די לצורכיהם של אחרים. על פי תאוריה זו זכות הקניין של העובד מתפרסת, לכל הפחות, על הערך המוסף של עבודתו (ראו לוק, לעיל ה"ש 42). התאוריה של לוק קשה ליישום ביחסי עבודה, שכן הונו הכלכלי של המעביד, קרי עסקו, היה גם עובר ליחסי העבודה בבעלות המעביד ולא חלק מנחלת הכלל. סינגר העמיק והרחיב את הבסיס העיוני להכרה באחריותו החברתית של המעביד כלפי עובדיו בדרך של הכרה בזכות הקניין המוקנית להם, ללא הסייגים האמורים. משכך, מצליח העובד לרכוש זכות קניין גם בנכסים בבעלות המעביד, לרבות עסקו, מכוח המאמץ המשותף והמתמיד.

59 דנג"ץ 4191/97 אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 381 (2000).

בגרעין המקצועי והן במעטפת האופפת אותו – לתרבות הארגונית הנוהגת במקום העבודה ולערכים המצויים בבסיסה.⁶⁰ החלטת העובד לפתח את הונו האנושי בעת קיום יחסי העבודה באופן המותאם לצרכיה טומנת בחובה מניה וביה גם החלטה להימנע מפיתוח ההון האנושי באופן שונה, שאולי היה מקל את העברת השקעתו ממקום עבודה זה לאחר אך אינו מביא למקסום האינטרסים והערכים של המעביד הנוכחי. ודוק, החלטת העובד האמורה אינה נקודתית אלא היא למעשה אגד של החלטות הנעשות באופן תדיר, רציף וכמעט באופן יום-יומי. בחירת העובד לעצב את הונו האנושי על פי צורכי העבודה אינה ניתנת לשינוי בדיעבד, ועל כן נוצרת מכווחה הסתמכות – מעבר לפן הכלכלי הטהור – הראויה להגנה משפטית.

לאור מכלול זיקות אלה של העובד למקום העבודה זכות הקניין בהקשרם של יחסי עובד-מעביד צריכה להתפרש על פי דגם של שיתוף ולא על פי דגם של ריבונות ושליטה. דגם השיתוף יביא – כפי שארחיב בהמשך – להקניית כוחות משפטיים לעובדים בהליכי קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול המשאב, ולכן טמונה בדגם זה העצמת העובד המוחלש וויסות כוחו של המעביד החזק. דגם השיתוף עולה בקנה אחד עם הרציונל החוקתי בדבר אופיו הפונקציונלי של הליך הקצאת זכויות היסוד במשפט הפרטי בכלל ובמשפט העבודה בפרט, כמפורט לעיל. לפיכך בפסקי הדין של השופטת ברק באה לידי ביטוי בולט נכונות לעצב את יחסי העבודה תוך הכרה בזכויותיהם הקנייניות של העובדים.⁶¹ לאחר פריסת הטעמים העיוניים להכרה בזכות הקניין של העובד אציג להלן את משמעות יישומה של הפרדיגמה החוקתית.

ה. יישומה של הפרדיגמה החוקתית

1. נפקות הסכמת העובד

על פי הפרדיגמה החוזית, הסכמת העובד היא תנאי הכרחי ומספיק לעריכת השינוי שמבקש המעביד לערוך בתנאי העבודה שגובשו בהסכמה.⁶² על פי הפרדיגמה החוקתית, הסכמת העובד אינה תנאי הכרחי, וודאי שאינה תנאי מספיק, לשכלול חוקתיות הפגיעה. הסכמת

60 ידידיה שטרן תכלית החברה העסקית 48–51 (2009).

61 ראו לדוגמה: עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי.סי.איי. טלקום בע"מ, פד"מ, פד"ע לו 289 (2001), וכן עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות וועד עובדי המנהל והמשק – מדינת ישראל, פד"ע לה 103 (2000).

62 במקרים מיוחדים, כגון כאשר המצב הנוהג היה בלתי חוקי והמעביד מבקש לשנותו כדי להפכו לחוקי – ייערך השינוי אף ללא הסכמת העובדים (ראו עניין נהרי, לעיל ה"ש 25, ועניין גרינשפן, לעיל ה"ש 26).

העובד אינה תנאי הכרחי – הכיצד? נקודת המוצא במשפט החוקתי היא כי חוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד של הפרט אינה מותנית בהסכמת הנפגע לה. משכך, לכאורה על פי פרדיגמה זו הסכמת העובד לפגיעה בזכויותיו אינה הכרחית לשכלול חוקתיות הפגיעה בזכותו לקניין. עם זאת יש לתת את הדעת על כך שכאן מיושמת הפרדיגמה החוקתית בגדרי המשפט הפרטי ובאופן קונקרטי מיובאת היא לענף החוזים, שבו יסוד ההסכמה מושל בכיפה. מכאן כי נקודת המוצא – שעליה ארחיב בהמשך במסגרת יישום עקרון המידתיות – היא כי על המעביד לפעול בשקידה ראויה להשגת הסכמת העובדים כקולקטיב לשינוי כללי ורוחבי במפעל ואת הסכמת העובד הפרטני לשינוי אינדיווידואלי.

מהי השקידה הראויה שאותה מחויב המעביד לנקוט כדי להשיג את הסכמת העובד? שקידה זו אינה בעלת דרגה אחידה, והיקפה נקבע בשים לב לנסיבות המיוחדות של המקרה, וזאת בראי השיקולים שיפורטו להלן בפרק ה-2 להערכת עצמת זכות הקניין ועצמת הפגיעה בה. אי-השגת הסכמת העובד – האישית או הקיבוצית, לפי העניין – מקימה חזקה כי הפגיעה אינה חוקתית שכן אינה מידתית. עם זאת ייתכנו נסיבות שבהן חזקה זו תיסתר, היינו הפגיעה תהא חוקתית חרף אי-קבלת הסכמת העובד לה. כך, ומבלי למצות, הם פני הדברים כאשר דפוס העסקתו של העובד היה בלתי חוקי במובן זה שהוא עמד בסתירה להוראות חקיקת המגן (כפי שהיה למשל בעניין נהרי וגרינשפן). במקרים כאלה אין מנוס מהנהגת השינוי הפוגעני על אתר כדי למנוע המשך העסקה בצורה בלתי חוקית. הסכמת העובד אינה תנאי מספק – מדוע? הסכמת העובד – בין שניתנה במסגרת שינוי קונקרטי, וכל שכן אם ניתנה היא באופן כוללני במסגרת חוזה העבודה הראשוני – אינה אוצרת את הכוח לשכלל את חוקתיות השינוי ולמנוע בקרה שיפוטית, משני טעמים השלובים זה בזה: ראשית, הנחת המוצא היא כי העובד סובל מחולשה מבנית ביחס למעסיקו, ממכלול הסיבות שמנתי לעיל. נוכח חולשה מבנית זו אין זה ראוי ש"הסכמתו" לויתור על ההגנה החוקתית תפטור את בתי המשפט מבחינה מהותית של ההסדר ואת המידה שבה מקיימת הפגיעה בזכות הקניין של העובד איזונים חוקתיים ראויים.⁶³ שנית, מטרת הדין החוקתי היא למנוע ניצול לרעה של כוח־היתר הנתון לריבון. כאשר מיובאת הפרדיגמה החוקתית למשפט הפרטי, מטרת היבוא, כפי שהצעת לעיל, היא לווסת כוחם של פרטים חזקים ולמנוע מהם לנצל לרעה כוח־היתר הנתון להם מסיבות מבניות וקבועות. מתן תוקף משפטי לתניה שקבע המעביד (לרוב חד־צדדית), שלפיה רשאי הוא מעת לעת לשנות את תניות חוזה העבודה על פי צרכיו, יביא להחמצת תכלית הניתוח החוקתי. אין זה ראוי שגוף הנתון לבקרה שיפוטית (המעביד) יוכל לשלוט בהבל פיו על מינונה ודרגתה של הבקרה השיפוטית שנועדה לווסת

63 מיכאל בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות" עבודה, חברה ומשפט יב 9 (2010).

את כוחו, ואפילו להביא לסיכולה של זו. העקרונות החוקתיים מחייבים כי היקף הבקרה השיפוטית ייקבע על סמך שיקולים שאינם נתונים לשליטת מי שפעולותיו נתונות לבקרה ושאותם אמנה להלן בפרק ה-2. במאמר מוסגר אעיר כי ספק אם הסכמה זו בעלת תוקף על פי הפרדיגמה החוזית, שכן אם היא תנאי בחוזה אחיד, תוקפה עשוי להישלל מכוח חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(2) ו-4(4) לחוק החוזים האחידים.⁶⁴

העולה מן האמור הוא שהסכמת העובד לפגיעה אינה תמיד הכרחית, ובדרך כלל אינה מספקת לשכלול חוקתיות הפגיעה. עם זאת על המעביד כדאי לנסות ולהשיגה – והדברים אמורים במיוחד בהסכמה קולקטיבית – שכן זו בעלת כוח ראייתי בבחינת מידתיות הפגיעה.

2. עצמת זכות הקניין של העובדים ועצמת הפגיעה בה

נדבך מרכזי בניתוח החוקתי הוא הערכת עצמת הזכות החוקתית והערכת עצמת הפגיעה בה. כידוע, היקף ההגנה החוקתית משתנה מזכות לזכות, ואף במסגרת אותה הזכות עשויה היא להשתנות, שכן לא הרי ההגנה על ליבת הזכות כהרי ההגנה על שוליה.⁶⁵ הערכת היקף ההגנה החוקתית הראויה חשובה, שכן היא מקרינה על יישומה של פסקת ההגבלה, היינו עצמת התכלית הראויה הנדרשת והיקף מרחב התמרון המוקנה לרשויות השלטוניות (בענייננו המעביד) במסגרת הדרישה למידתיות.

מבלי להתיימר למצות את מכלול המשתנים האפשריים המשפיעים על עצמת זכות הקניין של העובד אפשר למנות את הנסיבות האלה: (א) משך יחסי העבודה – כל אחת מהזיקות המתוארות העומדות בבסיס ההכרה בזכות הקניין של העובד גדלה ומתעבה עם חלוף הזמן. למשל, ככל שיחסי העבודה ממושכים יותר, בה במידה מועמק שיתוף הפעולה בין העובד למעביד ומתארך משכו; תלותו הכלכלית של העובד במעביד גדלה עם חלוף הזמן, כשלתלות זו מתווספת לעתים התלות המתעצמת עם הזמן עקב החשש להיפלט לשוק עבודה רווי ההפליה מחמת גיל; ההשפעה שיש לעבודה על אישיות העובד וזהותו אף היא מתעצמת עם חלוף הזמן; לבסוף, חלוף הזמן מביא להגברת התאמת ההון האנושי של העובד לצורכי המעביד. משמעות עיבוי הזיקות האמורות בגלל חלוף הזמן היא כי הגברת עצמת הזכות הקניינית לפי משך יחסי העבודה. עצמת זכות הקניין של עובד ותיק גדולה מעצמת הזכות של עובד שרק התקבל לעבודה.⁶⁶ בהקשר זה אציין כי סוג חוזה העבודה

64 אופק-גנדלר "חוזה עבודה כחוזה אחיד", לעיל ה"ש 7.

65 אופק גנדלר "הרהורים חוקתיים", לעיל ה"ש 8.

66 משפט העבודה הפוזיטיבי מעניק כבר כיום זכויות ששיעורן עולה עם הוותק של העובד במקום העבודה כגון פיצוי פיטורין, חופשה שנתית ועוד. אפשר לפרש הסדר פוזיטיבי זה כעיבוי זכות הקניין של העובד במקום עבודתו, כשעיבוי זה הוליד זכות כלכלית מוגדלת.

שבו הועסק העובד עד כה, היינו חוזה לתקופה שאינה קצובה או חוזים מתחדשים לתקופה קצובה – ראוי שיהא בעל חשיבות משנית בלבד בהערכת עצמת הזכות הקניינית. הטעם לכך הוא שמרכז הכובד של הניתוח דלעיל הוא בהשלכה שיש להצטברות השנים על הזיקות האמורות ולא בתבנית המשפטית הפורמלית שמכוחה הצטברו שנות העבודה. עם זאת סוג חוזה העבודה עשוי להיות חשוב כאשר מדובר בתקופה החוזית הראשונה של חוזה עבודה לתקופה קצובה. כאן חוסר הוודאות באשר לאפשרות של הארכת החוזה עם תום התקופה שנקצבה בו מפחיתה מסבירות ההסתמכות של העובד, ולכן פוחתת – אך לא מתפוגגת – עצמת זכות הקניין שבידו. אם נוצר נוהג של חידוש/הארכת חוזה העבודה מעת לעת, הציפייה לחידוש חוזה העבודה לפי הנוהג (אלא אם קיים טעם ראוי ומבורר להימנע מחידוש החוזה) – לגיטימית ומבוססת יותר. ציפייה לגיטימית זו מקרבת – מבחינת אינטרס ההסתמכות – את החוזה הקצוב המתחדש דרך קבע לחוזה לתקופה שאינה קצובה. לפיכך מרכז הכובד של הניתוח החוקתי של עצמת זכות הקניין הוא אפוא במשך יחסי ההעסקה ולא בסוג התבנית החוזית שמכוחה נוצרה. ככל שיחסי העבודה מתמשכים, כך גדלה עצמת הזכות הקניינית.

(ב) נסיבות הנוגעות לזהות המעביד – הצד השני של הכרה בזכות הקניין של העובדים היא הטלת אחריות על המעסיק לכבד את האינטרסים של העובדים החוסים בצל הזכות לקניין. נקודת המוצא של הטלת אחריות חברתית זו על כל מעביד מוצדקת בלי תלות בסוגו וזהותו, ומכאן כי ההכרה בזכות הקניין של העובדים אינה מושפעת משיקולים אלה. חקיקת המגן אכן הטילה גרעין אחריות זה על המעביד בלי תלות בסוגו וזהותו. חקיקת המגן כמובן רחוקה מלמצות את מכלול היבטיה של האחריות החברתית. קשת השיקולים המשליכים על אופן פיתוחה והרחבתה של האחריות החברתית מעבר לגרעין האמור מקורה בין היתר בנסיבות הקשורות למעסיק: האם מדובר במעביד ציבורי, מעין ציבורי או פרטי? האם פעילות המעביד נתמכת על ידי רשויות המדינה? האם פעילות המעביד טעונה רישיון או זיכיון? וכיוצא באלה.⁶⁷ התקיימות נסיבות אלה היא שיקול המצדיק הרחבת יריעתה של אחריותו החברתית של המעביד כלפי עובדיו בדרך של העצמת זכות הקניין המוקנית להם.

(ג) מספר העובדים – מספר העובדים אצל המעביד ראוי להיות שיקול רלוונטי להערכת עצמתה של האחריות החברתית המוטלת עליו באמצעות התבנית הקניינית, משלושה טעמים: ראשית, ככל שהמעביד גדול יותר, כוחו, עצמתו – ולמעשה פוטנציאל פוגעניותו – ביחס לעובד הבודד גדולים יותר. החרפת הפער ביחסי הכוחות בין העובד למעביד מצדיקה ייסות מוגבר של כוח המעסיק בדרך של הגברת החובות המוטלות עליו כלפי הכלל. שנית,

67 ע"ע (ארצי) 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ – ג'אבר, פד"ע לה 245 (2000).

השפעת מעבידים גדולים מאוד על יחסי העבודה חורגת מגבולות מפעליהם. מעבידים כאלה עשויים להיות בעלי השפעה על תנאי ההעסקה בענף (ולעתים אף במשק) בכללותו. השפעה ציבורית זו של המעביד על עיצוב תנאי ההעסקה בענף/משק (ולא רק בחצריו) היא טעם נוסף להטלת חובות מוגברות עליו לשם ויסות כוחו. שלישיית, עסק גדול נהנה מיתרונות גדול. היתרונות האלה מגדילים את מסוגלותו להתמודד עם העול הכלכלי הנלווה להטלת אחריות חברתית על מעביד – ולהפנימו ביתר קלות. בדין הפוזיטיבי המקומי שיקול גדול המעביד פועל בדרך כלל באופן חד-ערכי, היינו מתן פטור מתחולת חקיקת המגן למעביד זעיר שמספר העובדים אצלו קטן יחסית על פי הרף שנקבע בחקיקה.⁶⁸ בישראל המשפט הפוזיטיבי כמעט שלא שכלל את צדה השני של המטבע, היינו העמקת האחריות המוטלת על מעבידים גדולים.⁶⁹ במשפט המשווה אפשר למצוא אחיזה לרעיון האחריות המוגברת המוטלת על מעבידים על פי גודלם.⁷⁰ משתנה זה אפשר וראוי לפתח בישראל בדרך פסיקתית כחלק מן המשתנים המשפיעים על עצמת זכות הקניין העומדת לעובד. לשם הערכת עצמת הפגיעה בזכות הקניין אפשר לשרטט מעגלים של אינטרסים מוגנים. מיון זה הוא כלי עזר מחשבתי בהערכת עצמת הפגיעה, שכן ככלל – ובכפוף לשקילת הנסיבות הקונקרטיות – משקל האינטרסים המוגנים במעגלים הפנימיים רב ממשקל האינטרסים הממוקמים במעגלים חיצוניים יותר. במעגל הפנימי מצויות זכויות חוזיות (אובליגטוריות) של העובד בעלות אופי כלכלי. התניה החוזית – בין שהיא מפורשת ובין שהיא מכללא מכוח נוהג ממושך ומחויבות המעביד לקיים נוהג זה – מכוננת אינטרס הסתמכות כבד משקל של העובד. לתפיסה זו עוגן מוצק בדין הפוזיטיבי, שכן בפסק דין בנק המזרחי הוכרו זכויות חוזיות בעלות אופי כלכלי (שם ריבית חוזית) כחוסות בצלה של הזכות הקניינית.⁷¹ אופייה הכלכלי של התניה החוזית (כגון שכר העובד) מביא להידוק הזיקה בינה לבין חוויית הקיום של העובד, ולכן אלה מצויות במעגל הפנימי. במעגל השני מצויות זכויות חוזיות שאינן בעלות השלכה כלכלית ישירה. בהערכת עצמת האינטרס יש

68 'ס 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; 'ס 7 (ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשמ"ח-1998; 'ס 18 (א) לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התשל"ל-1970; 'ס 9 (א) לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998; 'ס 3 (ב) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל תקין), התשנ"ז-1997.
69 עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000).

70 Civil Rights Act of 1991, sec 102 יוצר מדרג לעניין גובה הפיצויים שעתיד לחוב המעביד בגין הפליה פסולה לפי מספר העובדים. מעסיק המעסיק בין 14 עובדים ל-101 עובדים יחוב בפיצוי של 50,000 דולר; בין 100 ל-201 יחוב המעביד בפיצוי של 100,000 דולר; בין 200 ל-501 יחוב ב-100,000 דולר; 500 ויותר – 300,000 דולר.

71 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

לתת את הדעת על כך שהכלי החוזי שמכוחו נוצרו הזכויות מעצים גם את אינטרס ההסתמכות ומקרב אותן למעגל הראשון. עם זאת בשל אופייה הבלתי ממוני של הפגיעה נחלשת הזיקה לחוויית הקיום הכלכלית של העובד, ולכן עצמתה של פגיעה זו חלשה מזו של הפגיעה במעגל הראשון. במעגל השלישי מצויים סדרי עבודה שהתקיימו לאורך זמן ושינויים בעלי השלכה כלכלית (כגון עבודה בשעות נוספות, העתקת מקום המפעל למקום מרוחק יותר). הפוגעניות הכרוכה בשינוי הסדרים המצויים במעגל זה נמוכה, שהרי נוהג המעביד לא הבשיל כדי התחייבות חוזית אכיפה, אז אינטרס ההסתמכות הוא כבד משקל. עם זאת שינויים אלה נתונים לבקרה שיפוטית, אם כי מופחתת, בשל ההשלכות הכלכליות שהשינוי טומן בחובו. במעגל האחרון מצויים סדרי עבודה שהתקיימו לאורך זמן ושינויים נטולי השלכה כלכלית (כגון העברת העובד לתפקיד רחב ללא פגיעה בשכרו). כאן נקודת המוצא היא כי הפוגעניות הכרוכה בשינוי הסדרים אלה נמוכה מאוד, שכן נוהג המעביד לא התגבש לכדי התחייבות חוזית, והשינוי אינו טומן בחובו גריעה מהאינטרסים הכלכליים של העובד.⁷² עם זאת נקודת מוצא זו אינה נקודת סיום, שכן העובד יוכל להרים את הנטל להוכיח את פוגעניות השינוי חרף היעדר פגיעה כלכלית בו.

כפי שאפשר לראות, המיון המוצע לאינטרסים השונים של העובד מושתת על מקורם (תניה חוזית/סדרי עבודה) ועל אופיים (ממוני/שאינו ממוני). עם זאת מיון האינטרסים למעגלים השונים אינו חזות הכול, וממילא אינו ממצה. עסקינן בכלי עזר שהשימוש בו אינו יכול להיות טכני, ולכן אין להסיק ממנו מסקנה חפוזה שלפיה הפגיעה באינטרסים המצויים במעגל פנימי לעולם חמורה מפגיעה באינטרסים המצויים במעגלים חיצוניים יותר. משכך, לשם הערכת עצמת הפגיעה הקונקרטית של האינטרסים המצויים במעגלים השונים יש לבחון נסיבות נוספות, ובהן הפער בין המצב עובר לשוני למצב שאחריו – היינו היקף הגריעה מהאינטרסים של העובד; התדירות שבה צפוי השוני לבוא לידי ביטוי – האם השוני יתבטא באופן יום-יומי או עתי אחר; התקופה שבה צפוי השוני להתרחש – היינו אם השוני צפוי להיות קבוע או זמני, ואם זמני למשך כמה זמן, וכיוצא באלה נסיבות. המיון המוצע למעגלים עשוי לעורר קושי מסוים, שכן לכאורה המעביד יכול להטות את המיון לטובתו באמצעות קביעה חוזית שלפיה נתון לו הכוח לשנות את תניות החוזה באופן חד-צדדי ועל פי צרכיו התפעוליים. בדרך זו לכאורה יוכל המעביד למנוע מיון הסדרים/תניות למעגל הראשון והשני המתוארים לעיל מפאת הגמישות החוזית ה"מוסכמת". אני סבורה כי שיטת המשפט צריכה להימנע מלייחס נפקויות משפטיות להסכמות אלה. תוקפן המשפטי של תניות אלה מוטל בספק על פי דיני החוזים עצמם (ובמיוחד אם החוזה שבגדרו הוכללו

Mia Ronnmar, *The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work*: 72
.Comparative Perspectives on Functional Flexibility, 56 INDUS. L. SOCIETY 35 (2006)

התניות הוא חוזה אחיד), ולכן יש להיזהר מפני מתן הכרה שיפוטית להם. בהמשך אבסס את הטענות כי גם העקרונות החוקתיים הראויים אינם מתיישבים עם מתן כוח מכריע להסכמות אלה בגדרי הפרדיגמה החוקתית.

3. תכלית ראויה

על פי הפרדיגמה החוקתית, זכויות היסוד הן יחסיות באופן שפגיעה בהן לתכלית ראויה ומידתית – חוקתית. קשת התכליות האפשריות רחבה ומגוונת וכוללת בין היתר הנהגת דפוס העסקה חוקי תחת דפוס קודם שהיה בלתי חוקי מאחר שעמד בסתירה להוראות חקיקת המגן; קידום רווחת העובד על פי הרציונל של חקיקת המגן הגם שדפוס פעולה זה לא נאסר על ידיה (עבודה בשעות נוספות); מטרת חירום – מניעת קריסת עסק שנקלע לקשיים כלכליים; השאת רווחי המעביד וכיצא באלה. הצבת הדרישה להיות תכלית הפגיעה ראויה היא בעלת השלכות דיוניות ומהותיות.

באופן עקרוני על המעביד מוטל הנטל להוכיח כי תכלית השינוי הפוגעני – ראויה. לשם כך עליו לפרט תחילה את התכלית העומדת מאחורי השינוי הפוגעני שביקש להנהיג במקום העבודה. פירוט זה צריך להיות כן ולעלות בקנה אחד עם התשתית הראייתית. למשל, מעביד המבקש לטעון כי מטרת השינוי שהנהיג הייתה מניעת קריסת העסק יאלץ להוכיח – באמצעות דוחות כספיים – כי מצב העסק אכן אנוש. לעניין זה לא יהיה די בהוכחת משבר כלכלי לאומי או אפילו עולמי, אלא יהא צורך להוכיח כי זה נתן אותותיו בעסק הקונקרטי באופן המצדיק עשיית שינויים אלה. בנוסף, טענה מסוג זה צריכה להלום את מכלול נסיבות העניין. חוסר הלימה כאמור עלול להתקיים אם יתברר כי בד בבד עם הפחתת שכר העובדים הועלה השכר המשולם לעובדים בכירים. החובה הדיונית המוטלת על מעביד לנהוג בשקיפות באשר לתכלית השינוי הפוגעני היא בעלת חשיבות החורגת מהשדה הדיוני. הדעת נותנת כי הטלת חובה על המעביד לנהוג בשקיפות כאמור תביאו להפעיל שיקול דעת קפדני יותר בנוגע לנחיצות השינוי טרם עריכתו נוכח תג מחירו וקיומה של בקרה יעילה על טענותיו. העמדת תמריץ למעביד לקיים בדק בית יסודי טרם עריכת השינוי הפוגעני היא תועלת נוספת הנובעת מהפעלת התבניות המחשבתיות של הפרדיגמה החוקתית. מבחינה מהותית יש לבחון אם התכלית שמנה המעביד ראויה, ואם כן – מהו משקלה הסגולי. פשיטא, שתכלית בלתי ראויה אינה יכולה להצדיק את הפגיעה בזכות הקניין של העובד. כך למשל כאשר תכלית השינוי היא התנכלות לעובד – ברי כי זו אינה ראויה ולכן אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכותו לקניין. במקרה כזה הניתוח החוקתי מסתיים בשלב הראשון, ולפיו השינוי – אסור. עם זאת הוכחת המעביד כי מדובר בתכלית שאינה פסולה היא שלב ראשון בניתוח התקיימות הדרישה ל"תכלית ראויה" אך אינה ממצה אותו. בשלב השני נדרשת הערכת משקלה הסגולי של התכלית הראויה, שהרי לא כל התכליות הראויות בעלות משקל סגולי זהה. הערכה זו חשובה משני טעמים: ראשית, ככל שעצמת זכות הקניין ועצמת

הפגיעה בה גבוהות יותר, על פי השיקולים המפורטים בפרק 3 ועל פי מאמר זה, בה במידה נדרש כי משקלה הסגולי של התכלית הראויה יהיה רב יותר. שנית, משקלה הסגולי של התכלית הראויה משפיע בין היתר על היקפו של מרחב התמרון המוקנה למעביד לשם הגשמתה במסגרת הדרישה למידתיות.

בבואנו להעריך את משקלן הסגולי של התכליות הראויות השונות קל לקבוע כי תכליות שישודן באילוף – בין שזה כלכלי (מחמת היות העסק על סף קריסה) או משפטי (מחמת היות דפוס ההעסקה בלתי חוקי) – הן בעלות משקל סגולי גבוה. תכליות אלה אוצרות את הכוח להצדיק פגיעות קשות יחסית בזכות הקניין של העובד, ומרחב התמרון הניתן למעביד בהגשמתן גדול יחסית. הקושי מתעורר בהערכת משקלה הסגולי של התכלית של השאת רווחי העסק. אין ספק כי תכלית זו עוברת את רף התכליות הראויות, וגדר הספק הוא מהו משקלה הסגולי הראוי של תכלית זו. משקלה הסגולי של התכלית נגזר ישירות מדרגת האחריות החברתית המוטלת על המעביד כלפי עובדיו. ככל שהאחריות החברתית שחב המעביד כלפי עובדיו גדולה יותר, בה במידה קטן משקלה הסגולי של התכלית של השאת רווחי העסק, ולהפך.

מהם המקורות המשפטיים להתחקות על תכלית הפעילות העסקית והמידה שבה נושא המעביד באחריות חברתית כלפי עובדיו?⁷³ במבט ראשון נדמה כי התשובה הממצה לכך, לפחות באשר לישויות תאגידיות, מצויה בהגדרת תכלית הפירמה בסעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט–1999. סעיף זה קובע כי "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור. כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון...".

סעיף 11 עוסק ישירות ומפורשות בתכלית החברה. הוא עושה זאת מזווית ראייה עקרונית, כוללנית, ומכאן נובע הרושם הראשוני (השגוי) בדבר היות ההסדר הקבוע בו ממצה את תכלית הפעילות העסקית. גם מיקומו של סעיף 11 בפתח חוק החברות (בפרק הראשון העוסק ב"התאגדות") מוסיף חוסן לרושם הראשוני (השגוי) בדבר תחולתו הכללית והבלעדית של הסעיף בכל מערכות היחסים המרכיבות את הפקעת החוזית של התאגיד לרבות יחסי עבודה. על פרשנות סעיף 11 לחוק החברות נשפך דיו רב.⁷⁴ המכנה המשותף

Kent Greenfield, *The Place of Workers in Corporate Law*, 39 BOSTON COLLEGE L. REV. 73 (1998) 283.

74 ראו באופן כללי ידידה צ' שטרן "האם חברות נועדו להשיא את רווחיהם של בעלי המניות? ניתוח כלכלי ביקורתי" משפט ועסקים א 105 (2004); עמיר ליכט "תכליות החברה" משפט ועסקים א 173 (2004); עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק

הבסיסי לגישות השונות – כעולה מלשון הסעיף – נעוץ בתפיסת תכליתה הדומיננטית של החברה כתועלתנית-אופורטוניסטית, היינו קידום האינטרס העצמי של החברה. משמעות הדבר היא כי המעביד נושא במחויבות חברתית כלפי עובדיו רק אם זו תורמת למקסום תשואתו, ולו בטווח הארוך. העובדה שסעיף 11 לחוק החברות מתייחס לעובדים מפורשות ומתיר שקילת אינטרסיהם אך ורק במסגרת האינטרס העצמי של החברה ולא בניגוד לאינטרס זה, מחזקת לכאורה תפיסה זו.

עם זאת במבט שני מתחוויר כי הרושם הראשוני בדבר היות סעיף 11 לחוק החברות המקור הבלעדי להתחקות על תכלית החברה – שגוי. המארג הנורמטיבי החולש על הפעילות העסקית כולל רבדים נוספים המסייגים את האינטרס העצמי של המעביד (לרבות המעביד המאוגד), וזאת מטעמים חברתיים וערכיים. למשל, עם הרבדים הנוספים אפשר למנות את חקיקת המגן, המבטאת את מחויבות המעביד – בין שהוא מאוגד ובין שלא – לכבד את זכויותיהם הכלכליות הבסיסיות של עובדיו אפילו אם כיבוד זה מנוגד לאינטרס העצמי בהשאת רווחים. רובד נוסף של הגבלות מצוי בחקיקה ראשית שנועדה לקדם זכויות יסוד של עובדים אף בניגוד לאינטרס העצמי של המעביד. למשל, חובת שוויון הזדמנויות בעבודה, ובאופן ספציפי איסור ההפליה מחמת הורות או שירות מילואים, נועדו לשרש מוטיבציה כלכלית של המעביד להפלות עובדים מסיבות אלו. הפליה בשל מאפיינים אלה היא בעלת "היגיון" כלכלי, שכן זמינות קבוצות אלה לביצוע העבודה באופן שוטף ורציף פחותה, אלא ש"היגיון" זה מעוות מבחינה חברתית. איסור ההפליה והחובה לנהוג בשוויון הזדמנויות מדגימים אפוא כי קיים רובד חקיקתי נוסף שבו אינטרס העובד גובר על האינטרס העצמי של המעביד. הנה כי כן, ובניגוד לרושם הראשוני, סעיף 11 לחוק החברות – הנותן בלעדיות ובכורה לאינטרס העצמי של המעביד – אינו ממצה את תכלית החברה.

המקורות הנורמטיביים שלאורם ראוי לזהות את תכלית הפעילות העסקית רחבים יותר וכוללים הם הסדרים נורמטיביים נוספים, המצויים בענפי משפט אחרים, שבהם נסוג האינטרס העצמי של המעביד לאחור. נוכח נסיגה זו ממילא אי אפשר עוד לומר כי האינטרס העצמי בהשאת רווחים נהנה מעליונות ובלעדיות כפי שמשמע מסעיף 11 לחוק החברות. עקרונות משפט העבודה המעוגנים בחקיקה ראשית – דוגמת חוקי המגן וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 – הם חלק כאמור מהסדרים נורמטיביים אלה. גם חוקי יסוד המעניקים זכויות יסוד לעובדים, אפילו אם זכויות יסוד אלה לא הוטמעו בחקיקה ראשית, ראוי שיהיו חלק מהסדרים אלה. ההיגיון העומד מאחורי סיווג זה הוא שחוקי היסוד מצויים במדרגה נורמטיבית גבוהה מזו של חקיקה ראשית (לרבות סעיף 11 לחוק החברות),

החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א 229 (2004); שטרן, לעיל ה"ש 60; עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 437-475 (2007).

ולכן הם חולשים על חקיקה זו ואינם כפופים לה. כך נתפסה זכות העובדים להתאגדות טרם עיגון זכות זו בחקיקה ראשית.⁷⁵ כך נתפסת זכות העובד לפרטיות.⁷⁶ כך ראוי לתפוס גם את זכות העובד לקניין. מכאן כי סעיף 11 לחוק החברות, כשלעצמו, מבטא הסדר חלקי (ובמקרים מסוימים אפילו אפשר להרחיק לכת ולסווגו כשירותי), שכן לצדו קיימים הסדרים נורמטיביים אחרים שבהם אינטרס העובד שוקל כנגד האינטרס העצמי של המעביד (ולעתים אף מכריע אותו). הנה כי כן, בבואנו לזהות את תכלית הפעילות העסקית מצטיירת תמונה מורכבת, ומורכבות זו נובעת מריבוי המקורות הנורמטיביים החולשים על הסוגיה כשחלק מהמקורות סותרים זה את זה בתוכניהם. מה המשמעות של תמונה מורכבת זו בבואנו להעריך עד כמה ראויה התכלית של השאת רווחי העסק? אפשר לקבוע כי התכלית של השאת רווחי החברה היא תכלית ראויה (כפי שעולה בבירור מסעיף 11 לחוק החברות). עם זאת משקלה הסגולי נמוך ביחס לתכליות שיסודן באילוץ, כמבואר בפתח סעיף זה (נוכח איזונה עם זכויות העובדים לרבות זכות הקניין של העובד). משמעות הערכה זו כפולה: ראשית, תכלית זו אינה אוצרת את הכוח להצדיק פגיעות קשות יחסית בזכות הקניין של העובד כפי שאוצרות התכליות שיסודן בכורח. שנית, מרחב התמרון הניתן למעביד להגשמתן במסגרת דרישת המידתיות קטן יחסית למרחב המוקנה לו שעה שכורח הביא לעריכת השינוי הפוגעני. מצוידת בתובנות אלה אפנה לתת אמות מידה להערכת מידתיות הפגיעה בראי השונות בתכליות ובמשקלן הסגולי השונה.

4. מידתיות הפגיעה

כללי

הדרישה לבחינת מידתיות הפגיעה מזמינה את בית המשפט לערוך בקרה שיפוטית על היחס שבין התכלית הראויה ובין עצמת הפגיעה בעובד. מושא הבקרה השיפוטית בעל מאפיינים כלכליים מובהקים, ולכן יש המתנגדים לעצם עריכת הבקרה או למצער ליישומה באופן קפדני. בשל כך אבקש כעת, ועוד בטרם יציקת התוכן לדרישת המידתיות, להשיב להתנגדות זו. ההתנגדות אינה יכולה להישען על התפיסה שאפשר לסמוך על כלכלת השוק שתביא באמצעות "יד נעלמה" להסדרים מידתיים גם ללא בקרה שיפוטית. כשלי השוק המובנים בשוק העבודה, שעליהם הרחבתי לעיל, ואשר באו לידי ביטוי בפרדיגמה החוזית – שומטים

75 דב"ע (ארצי) 209/11-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996).
 76 עב' (אזורי ת"א) 10121/06 איסקוב ענבר – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 22.4.2007); עב' (אזורי נצי') 1158/06 אפיקי מים – פישר (פורסם בנבו, 9.4.2008). כן ראו: הסכם קיבוצי כללי בין ההסתדרות הכללית לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – פרטיות במערכות מחשב (25.6.2008).

את הקרקע מתחת לטענה זו. ההתנגדות גם אינה יכולה להישען על התפיסה כי פררוגטיבת המעביד מקפלת בתוכה גם את הכוח לפגוע בעובדיו באופן בלתי מידתי ושרירותי. מטענה זו נידף ריח הקניין כשליטה, והיא אינה עולה בקנה אחד עם הרציונליזם – שעליהם הרחבתה לעיל – אשר הצדיקו אימוץ דגם הקניין כשיתוף ביחסי עבודה. על פי מודל הקניין כשיתוף, מניעת המעביד מלערוך שינויים פוגעניים בלתי מידתיים ביחסי העבודה אינה פגיעת־יתר במעביד אלא מגלמת את האיזון החוקתי הראוי. בהקשר זה אציין כי סעיף 9ה' לחוק שעות עבודה ומנוחה מסדיר את זכות המעביד לערוך שינויים פוגעניים סבירים בתנאי וסדרי עבודתו של עובד שאינו מסכים לעבוד בימי המנוחה השבועית. הנה כי כן, המחוקק עצמו קבע כי סטנדרט הסבירות חולש על הגדרת השינויים הפוגעניים האפשריים (וזאת הן מבחינת תנאי העבודה והן מבחינת סדרי העבודה), ולכן הטענות נגד עומקה והיקפה של הבקרה השיפוטית הנדרשת מכוח עילת הסבירות/מידתיות אינן יכולות לעמוד. גם הטענה הנכונה שלפיה בקרה שיפוטית כזו מצריכה מומחיות כלכלית, שאינה מצויה באמתחת שופטי בית הדין לעבודה, אינה צריכה להרתיע מהפעלת הבקרה השיפוטית. הטעם לכך הוא שככל שבקרה זו תצריך מומחיות ייחודית, ראוי שצורך זה יסופק בדרך של מינוי מומחה מטעם בית המשפט⁷⁷ ולא בהימנעות מהפעלת בקרה שיפוטית. לאור כל האמור נראה אפוא כי החשש הלגיטימי היחיד הוא מפני אפקט מקפיא האופף בקרה שיפוטית זו ושבעטיו יחשוש המעביד מפני עריכת שינויים אפילו אם אלה הכרחיים ומידתיים. מאפקט מקפיא זה יוצאים נפסדים המעביד והחברה בכללותה, שכן מתן אפשרות למעביד להתאים את עסקו למציאות המשתנה באופן מתמיד מגשים אינטרס פרטי וציבורי כאחד. אמנם הדעת נותנת כי אם תאומץ התזה המוצעת יפחתו מספר השינויים הפוגעניים שיערכו מעבידים, אולם הפחתה זו כשלעצמה אינה ראויה ניצחת לקיומו של אפקט מקפיא. ייתכן שההפחתה נובעת מאימוץ מדיניות ראויה של ריסון ואיפוק והימנעות מניצול לרעה של כוח־היתר הניהולי. בנוסף מציעה אני – כפי שארחיב מיד – להעמיד למעביד ששמר על כללי הצדק הטבעי והשיג הסכמה קולקטיבית לשינוי קבוצתי חזקה משפטית שניתנת לסתירה, היא חזקת המידתיות. חזקה משפטית זו היא מענה מסוים לחשש מפני אפקט מקפיא, שכן היא מעניקה למעביד שליטה על היקפה של הבקרה השיפוטית.

חזקת המידתיות – הסכמה קבוצית

בפיתוחה של חזקת המידתיות יש להבחין בין שינוי אינדיווידואלי (המיועד לחול על עובד פלוני בלבד) ובין שינוי רוחבי (המיועד לחול על קבוצת עובדים). באשר לשינוי רוחבי

77 ס' 4 לחוק שכר שווה לעובדת ועובד, התשנ"ו-1996 מסמין את בית הדין למנות מומחה לניתוח עיסוקים לצורך הכרעה בתביעה מכוח חוק זה.

קובעת ההלכה היום כי על המעביד להיוועץ בארגון העובדים טרם עריכתו, אולם אין הוא חייב לקבל את עצתו.⁷⁸ הצעתי היא לתמרץ את המעביד לנסות ולהשיג את הסכמת הארגון לשינוי, שכן זו תקים למעביד חזקה משפטית, הניתנת לסתירה, בדבר מידתיות השינוי. אם לא ניתנה הסכמה כזו יהא המעביד חשוף בגין עריכת שינוי רוחבי לבקרה שיפוטית מכוח חוק החוזים האחידים. הצעה זו מיוסדת על הגיונו של המשפט המנהלי, שם נקבע כי קיימת זיקת גומלין בין איכות הליך קבלת ההחלטה ובין היקף הבקרה השיפוטית על ההחלטה שנתקבלה בסיומו. כאשר הליך קבלת ההחלטה איכותי, הבקרה השיפוטית על ההחלטה גופה מוגבלת יחסית, ולהפך. קיום דיאלוג טרם עריכת השינוי הפוגעני אשר מסתיים בהסכמה רצונית לשינוי האמור היא ראיה לנאותות ההליך. הסכמה רצונית קיימת כאשר ההידברות היא בין צדדים השקולים בכוחותיהם, או למצער הפער ביחסי הכוחות מתון יותר, היינו גוף ייצוגי של העובדים. איכות הליך הנהגת השינוי – ובעיקר גיוס ההסכמה הקיבוצית בסיומו – מצדיקים אפוא הקלת נטל ההוכחה הרובץ על כתפי המעביד. הדרך להקל היא מתן כוח ראייתי להסכמה, היינו פיתוח חזקה פרשנית בדבר מידתיות השינוי. החזקה הפרשנית המוצעת מספקת אפוא למעביד תמריץ לנסות ולהשיג את הסכמת הקולקטיב לשינוי הפוגעני, שכן הישג זה יקל עליו בהוכחת מידתיות הפגיעה וישחרר אותו מבקרה שיפוטית לפי חוק החוזים האחידים.

עם זאת – ובכך מובחנת הפרדיגמה החוזית מהפרדיגמה החוקתית – הסכמה זו אינה תנאי הכרחי או מספיק לחוקתיות הפגיעה. היא אינה הכרחית כי ייתכן שגם אם לא תושג הסכמה עשוי בית הדין לקבוע – לאחר בדיקה קפדנית של הראיות שמגיש המעביד – שהשינוי מידתי. ההסכמה אינה מספקת כי עובד יוכל לנסות ולהרים את הנטל לסתור את חזקת המידתיות. יתרונה של הצעה זו בכך שהיא נותנת למעביד תמריץ להשיג הסכמה זו מבלי להעניק לעובדים כקולקטיב זכות וטו, העלולה לשתק את פעילות העסק מזה, ומבלי לחסום את העובד לטעון נגד אי-מידתיות השינוי חרף השגתו בהסכמה קולקטיבית מזה. לכאורה, החזקה המוצעת והתמריצים המונחים ביסודה אינם ישימים במקומות עבודה שאינם מאורגנים, שכן אז לא קיים גוף יציג הכשיר ליתן הסכמה קולקטיבית לשינוי. אני סבורה כי מפאת שכיחותם של מקרים אלה (נוכח הנסיגה המתוארת לעיל בהיקפם של יחסי עבודה קיבוציים) ראוי לשקוד על מנגנונים לשימות ההצעה גם במקומות עבודה אלה. הצעתי – ברוח סעיף 3 לחוק ישוב סכסוכי עבודה – היא להסתפק ביציגות של העובדים שהוקמה אד הוק לצורך מימוש הדיאלוג עם המעביד.⁷⁹ היציגות תידרש לעמוד בתנאים

78 עניין הסתדרות ועד עובדי המנהל והמשק, לעיל ה"ש 61.

79 לעניין זה אפשר להקיש מס' 3 לחוק ישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957, הקובע כי "בסכסוך-עבודה שבין מעביד לעובדיו או לחלק מהם, הצדדים לסכסוך הם המעביד וארגון-העובדים המייצג את רוב העובדים שהסכסוך נוגע להם, ובאין ארגון-עובדים כאמור –

החלים על ארגון עובדים (כגון בחירות, עצמאות מהמעביד, ניהול דמוקרטי) למעט אותם תנאים המבטאים פעילותו הממושכת של הגוף הייצוגי בעבר ואת מחויבותו להתמשכותה אף בעתיד (כגון קיום של קבע, התאגדות כעמותה). המהלך של יצירת התנאים שבהם למעביד יש תמריץ לאפשר התאגדות אד הוק של העובדים (לצורך הפקת הנאה מחזקת המידתיות) ראוי לא רק מבחינת השינוי הקונקרטי אלא גם בטווח הארוך. בטווח הארוך עשוי מהלך זה לתרום להתבססותם של ארגוני העובדים, וזוהי מגמה ראויה בהתחשב בפערי הכוחות הקיימים בין העובד למעביד והתכווצותם הניכרת של ארגוני העובדים. כאשר מדובר בשינוי אישי, על המעביד לקיים שימוע לעובד פרטני, לפרוס את התשתית העובדתית המצדיקה את קיומו ולתת לעובד הזדמנות להתמודד עמה. מתן זכות הטיעון כשלעצמה לא תקים את חזקת המידתיות, כדי לא להצר את גבולות הבקרה השיפוטית.

יישום המידתיות בראי התכליות הראויות השונות

להלן אנסה לשים דגשים מרכזיים בקביעת היקף מרחב התמרון המוקנה למעביד, וזאת בראי התכליות השונות ומשקלן הסגולי השונה.

התמודדות עם כורח כלכלי – כורח כלכלי (במובן של הסרת סיכון לקריסת העסק) יכול להצדיק פגיעות קשות בזכות הקניין של העובד. אם לא תותרנה פגיעות אלה עלול לצאת שכרו של ציבור העובדים בהפסדו, שכן העסק עלול לקרוס ואז הם עלולים לאבד את מטה לחמם. לכן בנסיבות מסוימות יכולה ההתמודדות עם כורח כלכלי להצדיק אפילו הפחתת שכר, שהיא כאמור פגיעה קשה בזכות הקניין. עם זאת יש למנוע מצב שבו טענת כורח כלכלי משמשת עלה תאנה לניצול פוגעני מעבר לנדרש של הכורח. לפיכך סבורתני כי בראש ובראשונה יש לאפיין את מצב הכורח הכלכלי כמצב זמני (הגם זמניות זו יכולה להתפרס על חודשים רבים). משמעות הדבר היא כי הפוגעניות בזכויות העובדים המתחייבת מתכלית זו צריכה להיות בעלת אופי זמני. הפחתת שכר זמנית, כפתרון לכורח כלכלי, מגלמת איוון בין אינטרס העובד לבין אינטרס המעביד. מבחינת העובד מבטיחה הזמניות שעם חלוף הכורח הכלכלי יחזור שכרו אוטומטית להיות השכר החוזי המקורי ללא צורך בנקיטת פעולה כלשהי מצדו. חזרה אוטומטית זו של השכר החוזי המקורי היא ערובה מפני ניצול המעביד לרעה כוח־יתר המוקנה לו. בשל המתקת הגלולה המרה של הפוגעניות, המובנית בזמניות, ניתן למעביד הכוח לנקוט צעדים שפוגעניותם גבוהה יחסית, דוגמת הפחתת שכר. הזמניות מגלמת אפוא "איוון לשעה" המתחייב מן הכורח הכלכלי. אכן,

הנציגות שנבחרה על-ידי רוב העובדים האלה בין לכל ענין ובין לסכסוך־העבודה הנדון" (ההדגשות שלי – ח' א'). כן ראו אלון-שנקר, לעיל ה"ש 10.

במשפט החוקתי זמניותה של פגיעה משפיעה על יישום דרישת המידתיות,⁸⁰ והדברים יפים גם לפגיעות בזכות קניין במובן הסוציאלי.⁸¹

השימוש בתבנית של הזמניות בעתות כורח כלכלי אינו חדש. למשל, במשבר הכלכלי של שנת 2002 הופחת שכר עובדי המדינה מכוח הסכם קיבוצי עם ההסתדרות הכללית למשך שנתיים,⁸² ועם חלוף השנתיים שב ועלה שכר העובדים. אשר לעובדים אחרים במגזר הציבורי במובנו הרחב, אשר עליהם לא חל ההסכם הקיבוצי, עוגנה ההפחתה הזמנית למשך שנתיים מכוח חוק.⁸³ עתירה נגד חוקתיות החוק נמחקה לאחר שבית המשפט המליץ לצדדים לחזור ממנה.⁸⁴ בית הדין הארצי, שנדרש לסוגיה זו (בהקשר של תנאי הפנסיה), אף דחה את התובענה.⁸⁵ לאחרונה בעקבות המשבר הכלכלי של שנת 2008 הופחתו בחקיקה דמי הבראה המשולמים לעובדי ציבור למשך שנתיים.⁸⁶ הצעתי היא למסד את הדרישה להיות הפגיעה בזכות קניין של העובד בעתות כורח כלכלי – זמנית. בהקשר זה אבקש להבהיר כי זמניות הפגיעה היא תנאי הכרחי לשכלול מידתיותה שעה שעסקינן בפתרון לכורח כלכלי זמני, אך – וזה העיקר – היא אינה תנאי מספיק. זמניות אינה מילת קסם המונעת בקרה שיפוטית על מידתיות הפגיעה, ולכן גם כאן יש חשיבות מכרעת לניתוח היחס בין עצמת ההפחתה הזמנית ובין עצמת הכורח הכלכלי. בניחות דרישת המידתיות אפשר להניח שאם עסק לא קרס, אזי לאחר פרק זמן מסוים יתחיל תהליך הדרגתי של התאוששות. תהליך ההתאוששות ההדרגתי הוא בעל משמעות ביישום דרישת המידתיות. משמעותו היא כי לא די בהיות הפוגעניות זמנית, אלא מוצע לקבוע כי עצמת הפוגעניות

80 בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008); בג"ץ 1139/07 בוק בינלאומי נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 5.9.2007).

81 עניין מנור, לעיל ה"ש 50.

82 הסכם קיבוצי לעידוד הצמיחה במשק (2003).

83 חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003–2004), התשס"ג–2003.

84 בג"ץ 7557/03 ארגון סגל המחקר במשרד הביטחון, ברפא"ל ובמשרד ראש הממשלה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2003).

85 ס"ק (ארצי) 7/03 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות – מדינת ישראל – משרד האוצר (פורסם בנבו, 29.9.2005) שם נאמר כי "בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משדובר בתכנית כלכלית כלל משקית לגביה נוהל משא ומתן עם ההסתדרות, אין לומר כי השינוי נעשה ללא משא ומתן והסכמה כלל ועיקר. דברים אלה יפים גם להליך דנא".

86 חוק לתשלום חלקי של דמי הבראה בשירות הציבורי בשנים 2009 ו-2010 (הוראת שעה), התשס"ט–2009. בס' 1 הוגדרה מטרת החוק, ונאמר כי "מטרתו של חוק זה היא להביא להשתתפות של עובדי השירות הציבורי בצעדים שנועדו להתמודד עם השלכות המשבר הכלכלי הפוקד את משק המדינה, ובכלל זה להביא לפינוי מקורות בתקציב המדינה לצורך ההתמודדות האמורה".

צריכה לפחות (היינו שכר העובד צריך לעלות) בהדרגה בד בבד עם תהליך התאוששותו ההדרגתי של המעביד עד להיעלמות הפוגעניות (היינו תשלום מלוא השכר החוזי המקורי). כיצד יקבע בית הדין כי קיים יחס סביר בין הכורח הכלכלי לבין שיעורי הפחתת השכר? כאשר שיעורי הפחתה הם פרי משא ומתן בין המעביד להתארגנות העובדים קמה חזקת המידתיות באשר לשיעורי הפחתה כמפורט לעיל. כאשר גובה הפחתה נקבע באופן חד-צדדי, על המעביד להתכבד ולהניח תשתית ראייתית המבססת את מידתיותה, ואין לשלול כי במקרים מסוימים ניתוח זה אף עשוי להצריך מינוי מומחה מטעם בית המשפט. כהערת סיום ברצוני לציין כי חוקתיות הפגיעה הזמנית עקב קיומו של כורח כלכלי אינה שוללת את זכות העובד הבוחר להתפטר בדין מפורט, היינו קבלת פיצוי פיטורין מחמת הרעה מוחשית כאמור בסעיף 11 לחוק פיצוי פיטורין, תשכ"ג-1963. חוקתיות הפגיעה אינה שוללת את יסוד ה"הרעה" אלא אך מלמדת כי זו בגדר הכרח בל יגונה, ולכן קמה הזכות לפיצוי. מבחינה רעיונית הדבר דומה להפקעה העומדת במגבלות החוקתיות לעריכתה ואשר מזכה היא (כחלק מדרישת המידתיות) בפיצוי הפקעה.

התמודדות עם כורח משפטי – העסקה בניגוד לחקיקת המגן יוצרת כורח משפטי, המצדיק – ואף מחייב – שינוי תנאי וסדרי ההעסקה כדי שיעמדו בדרישות הדין. שינוי זה, הגם שהוא מקדם את רווחת העובד – שהרי זו תכלית חקיקת המגן – עלול בד בבד להסב לו בטווח הקצר נזק כלכלי. דוגמה מובהקת, ולא ממצה, היא כאשר עקב השינוי נשללת זכות העובד לקבל תוספות מותנות (דוגמת גמול שעות נוספות) היות שהתנאי (עבודה בשעות נוספות) אינו מתקיים בו עוד. הפרדיגמה החוקתית מעמידה צידוק לחלוקת הנזק הכלכלי, הנובע מהתאמת דפוס העבודה של העובד לדרישות החוק – בין המעביד לעובד. ההצדקה נובעת מהחובה לכבד את זכות הקניין של הזולת כשחובת הכיבוד כוללת גם נקיטת פעולות אקטיביות – היינו הקצאת משאבים לשם כיבוד זכות הקניין של הזולת – ולא רק נגטיביות (הימנעות מפגיעה). ברוח זו פסק בית הדין הארצי בעניין נהרי וגרינשפן – אם כי לא תוך עיגון ההלכה בפרגידמה החוקתית אלא בחובת תום הלב. הלכה זו מתאימה באופן מובהק לשינויים הנובעים מכורח משפטי, ולכן מציעה אני להמשיך ולפתח את אמות המידה הראויות לחלוקת הנזק בין העובד למעביד בראי הפרדיגמה החוקתית. להלן אציע שלוש אמות מידה לחלוקה זו:

אמת המידה הראשונה המוצעת היא עצמת זכות הקניין ועצמת הפגיעה בזכות הקניין של העובד על פי השיקולים המפורטים בפרק ה-2. משמעות אמת מידה זו היא שאין הכרח לחלק את הנזק חלוקה אחידה ושווה בין כלל העובדים. חלוקה הנזק יכולה, ואף ראוי שתהא, רגישה למשתנים המשפיעים על עצמת זכות הקניין, כגון משך יחסי ההעסקה עובר להתאמת חוזה העבודה להוראות הדין ועוד. לפיכך עשוי המעביד להידרש לגיבוש מדרגות פיצוי על פי עצמת הפגיעה בזכות הקניין. על פי הצעתי דלעיל, ככל שגיבוש מדרגות

האחריות יהא פרי הסכמה קיבוצית בין המעביד לבין נציגות העובדים, תעמוד למעביד חזקת המידתיות.

אמת המידה השנייה היא בחינת קיומה של הסתמכות יתרה של עובד פלוני על גובה ההכנסה עובר לשינוי, כשהסתמכות יתרה של עובד היא שיקול להגדלת אחריות המעביד כלפיו. יישום אמת מידה זו יצריך בדיקה אינדיווידואלית של מקרים חריגים כדי להעריך אם אכן קיימת הסתמכות יתרה של העובד. ההצעה לערוך בדיקה אינדיווידואלית של דרגת ההסתמכות היא בעלת אחיזה במשפט החוקתי. היא עולה בקנה אחד עם הכרעת בית המשפט העליון בפסק דין שניתן בדבר חוקתיות חוק אשר ביטל למפרע מענק שניתן לרוכשי דירות בירושלים.⁸⁷ באותו עניין נמנעה דעת הרוב מביטול חוק, ותחת זאת קבעה בדרך פרשנית כי החוק לא יחול על מי ששינה מצבו לרעה על סמך החוק טרם ביטולו. לצורך זה הונחתה המדינה לבצע בדיקה אינדיווידואלית מי שינה מצבו לרעה בפועל על סמך התחייבות המדינה ומי לאו. על פי היגיון חוקתי זה יש לתת משקל לנסיבותיו המיוחדות של העובד במסגרת ההחלטה על גובה הפיצוי הראוי.

אמת המידה השלישית היא יכולתו הכלכלית של המעביד, שכן אין זה רצוי מבחינה תועלתנית שמעביד יגיע לחדלות פירעון מחמת חיובו להפנים את נזקי עובדיו שנגרמו מהתאמת דפוסי ההעסקה במפעלו לחקיקת המגן. אמת מידה זו מבטאת את הרף העליון לחיוב המעביד להפנים את עלויות השינוי.

השאת רווחי המעביד – מטרה זו היא בעלת מאפיינים ייחודיים ביחס למטרת הכורח הכלכלי או המשפטי שנידונו לעיל. מאפיינים ייחודיים אלה משפיעים על היקפו של מרחב התמרון. מחד משקלה הסגולי של מטרה זו נמוך ביחס למטרות הכורח, ולכן מרחב התמרון המוקנה למעביד בעטייה מוגבל יותר, ומאידך המטרה של השאת רווחים חולשת על כלל פעילות המעביד, ולכן היא מובחנת מהכורח המשפטי החולש על היבט מסוים של ההעסקה המעוגן בחקיקת המגן. בנוסף, מטרה זו בעלת אופי יציב במובן זה שהיא מתקיימת כל עוד קיימת הפעילות העסקית, ובכך היא מובחנת מהכורח הכלכלי שהוא זמני מעצם טיבו. משילוב מאפיינים אלה נובע כי הגשמת המטרה הלגיטימית של השאת רווחי המעביד עשויה להצדיק שינויים ארוכי טווח (בשל אופייה היציב של מטרה זו) ובעצמות נמוכה (בשל משקלה הסגולי הנמוך יחסית של מטרה זו). מרחב התמרון המוקנה למעביד רחב אפוא בציר הזמן אך צר יותר בהיבט טיב הפעולות ועצמת פוגענותן.

מהי המשמעות של הצרת מרחב התמרון המוקנה למעביד? מבלי להתיימר למצות את הנושא אציין כי אפשר להיעזר במעגלים ששרטטנו לעיל בפרק 2 בעניין עצמת זכות הקניין. ככלל, פעולות המכוונות למעגל הפנימי (כגון הפחתת שכר) אינן יכולות להיות

87 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

מוצדקות כאשר המטרה היא השאת רווחים. כאן בא לידי ביטוי השוני ביישומה של דרישה המידתיות כאשר התכלית היא התמודדות עם כורח כלכלי או השאת רווחים. זאת ועוד, גם כאשר פעולה מסוימת לגיטימית משום שהיא נוגעת לאינטרסים המצויים במעטפת הרחבה של זכות הקניין (כגון העתקת המפעל), ראוי שמחויבות המעביד להפנים את הנוקמים שהחלטה ניהולית זו הסבה לעובדים תהא גבוהה יותר (ביחס למחויבותו אגב שינוי הנובע מכורח משפטי). כך למשל כאשר המפעל מועתק למקום המרוחק כשעה נסיעה ממקומו הנוכחי לצורך הפחתת העלויות והשאת הרווחים ראוי כי הנוקם – הכרוך בהארכת שעות הזמינות של העובדים לעבודה בשעתיים מדי יום עקב הנסיעות – יחולק בין העובדים למעביד. משמעות חלוקה זו היא שכל צד אמור לספוג מרכיב מהנוק המתואר. הנטל המוטל על המעביד להפנים חלק מהנוק (עקב קיצור שעות העבודה) בשל משקלה הסגולי המופחת של המטרה להשיא רווחים צריך להיות גדול יותר. אכן, מחויבות המעביד להפנים חלק מהעלויות הכרוכות בביצוע שינוי שנועד להשיא את רווחיו מפחיתה – ולעתים אף מפיגה – את הכדאיות הכלכלית בעריכת השינוי. אולם בכך, על פי הפרדיגמה החוקתית, אין פסול, שכן מדובר כאמור בהשבת האיזון למערכת יחסי העבודה ולא בהפרתו.

5. סעד חוקתי

אחד מיתרונותיה המובהקים של הפרדיגמה החוקתית על פני הפרדיגמה החוזית הוא במישור הסעדים. על פי הפרדיגמה החוקתית, מוסמך בית הדין להושיט סעד חוקתי, היינו סעד הנותן הגנה מרבית לזכות החוקתית או המיטיב ביעילות פגיעה שאינה חוקתית בזכות יסוד. הסעד החוקתי המרכזי הרלוונטי לענייננו הוא אכיפה. משמעותו הראשונית של סעד האכיפה היא כי מעביד המתיימר לשנות את תנאי וסדרי העבודה של עובדיו באופן הכרוך בפגיעה בלתי חוקתית בזכות הקניין של העובד – אינו מצליח לחולל שינוי במערך הזכויות והחובות אפילו אם העובד נתן הסכמתו לשינוי. משמע, העובד זכאי לתבוע קבלת תנאי העסקתו המקוריים או למצער קבלת ההפרש בין תנאי העסקתו הנוכחיים ובין אלה המתחייבים מדרישת המידתיות, והכול בצירוף פיצוי הלנה. אמנם תביעות מסוג זה עלולות להניע מעבידים לנסות ולפטר עובדים המסרבים לשינוי תנאי או סדרי העבודה באופן המביא לפגיעה בלתי חוקתית בזכותו לקניין. על פי הפרדיגמה החוקתית ניסיון זה בלתי צליח, היינו הפיטורים אינם תקפים והעובד זכאי לקבל את שכרו השוטף בצירוף פיצוי הלנת שכר. ידיעת העובד כי ניסיון פיטוריו בלתי צליח – ולכן מחאתו/היעדר הסכמתו לשינוי אינם עתידים לגרום להיפלטותו משוק העבודה – תהווה תמריץ למימוש זכות הקניין תוך כדי יחסי העבודה ולא רק בסיומם. בהקשר זה אציין כי הרגישות לצורך להושיט סעד חוקתי

– במובן של אכיפה – כדי ליתן הגנה מרבית לזכות החוקתית באה לידי ביטוי בחקיקה ראשית המיישמת את ההגנה על ערכים חוקתיים, כגון קידום ערך שוויון ההזדמנויות בעבודה⁸⁸ וחופש התאגדות.⁸⁹ לתפיסה זו יש גם עוגן בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה שאסרה לפטר עובדים על רקע פעילותם להקמת ארגון עובדים, וזאת בטרם נכנס לתוקפו התיקון לחוק הסכמים קיבוציים.⁹⁰ עוגנים אלה מחזקים את ההשקפה שלפיה פיתוח פסיקתי של הסעד החוקתי האמור בגדרי הפרדיגמה החוקתית – אפשרי וראוי. ככל שסעד חוקתי זה יפותח כך יהיה בעל פוטנציאל לייצר ממד של ביטחון תעסוקתי לעובד, הנגזר מזכות הקניין שלו. ממד זה של הזכות לביטחון תעסוקתי צפוי להעצים את העובד כבר בעת קיום יחסי העבודה ביניהם, ובכך מתגבר על הקושי המרכזי בפרגידמה החוזית, אשר אינה מצליחה להעצים את העובד המוחלש.

1. סיכום

כפי שתמצת הפילוסוף הרקליטוס באמרתו, זרמי משפט העבודה מצויים בשינוי מתמיד, ולכן אי אפשר לטבול פעמיים באותו נהר. הנהר שבו נאלץ העובד לטבול טרם פיתוח הפרדיגמה החוזית היה סוער, שוצף וגועש, שכן אז היה בידי המעביד הכוח לקרוע באופן חד-צדדי תניות מחוזה העבודה. פסק הדין בעניין מילפלדר – שבו פותחה הפרדיגמה החוזית – התיימר למתן סערה זו. אולם מפאת חולשת הפרדיגמה החוזית השינוי שחולל היה מועט מכדי לספק הגנה ממשית. חולשת הפרדיגמה החוזית נובעת מכך שבהיעדר הגנה מלאה לזכות לביטחון תעסוקתי (למעט במקומות עבודה מאורגנים) ונוכח חולשת העובדים ותלותם הכלכלית במעביד – אנוסים המה לתת את הסכמתם לשינוי או להימנע מלמחות עליו כדי לא להסתכן בפיטורים. בנוסף, החריג של "הסכמה משתמעת" לשינוי עלול להיות מנוף לשינויים פוגעניים ביחסי העבודה, וזאת ללא בקרה שיפוטית. מכאן כי גם לאחר פיתוח הפרדיגמה החוזית נותר בידי המעביד הכוח להתאים את ההסדרים החוזיים למידות האינטרסים האישיים שלו. הזרמים החוקתיים ששטפו את המשפט הישראלי מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אוצרים את הכוח לשכך את הסערה המתוארת ולהעצים את העובד. הפרדיגמה החוקתית מעמידה תבניות מחשבתיות חדשות ויעילות לבחינת חוקתיות השינוי שמבקש המעביד להנהיג בתנאי העבודה וסדרי העבודה: הכרה בזכות הקניין של

88 ס' 10 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וכן ס' 14 לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות.

89 ס' 33"א לחוק הסכמים קיבוציים.

90 עניין הורן את ליבוביץ, לעיל ה"ש 69.

העובד והערכת עצמתה, הערכת עצמת הפגיעה בזכות הקניין, הערכת משקלה הסגולי של התכלית הראויה ואמות מידה לתיחומו של מרחב התמרון המוקנה למעביד במסגרת דרישת המידתיות. בנוסף, פרדיגמה זו היא בעלת פוטנציאל לייצר ממד של ביטחון תעסוקתי לעובד – אשר עתיד להיות מפוטר מחמת סירובו להסכים לשינויים בלתי מידתיים בחוזה העבודה. ביטחון תעסוקתי זה חיוני להעצמת העובד, והוא ערובה לכך שהמעביד לא ינצל לרעה את כוחו הכלכלי. נראה אפוא שאם תאומן הפרדיגמה החוקתית, הנהר שבו יטבול העובד יהיה שלו יותר ויכלול זרמים של צדק חלוקתי ואחריות חברתית, תוך העמדת כלים להעמקת המחויבות להם במערכת היחסים שבין עובד למעבידו.

מישהו מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות

מאת

שלי ולך*

א. הקדמה. ב. סוגיית הפרטיות בשיטות המשפט השונות ומקורות משפטיים;
1. גישת המשפט האמריקאית; 2. גישת הדין האירופי ומקורות משפטיים; 3. מקורות המשפט בדין הישראלי. ג. המעקב האלקטרוני אחר עובדים; 1. אינטרנט ודוא"ל; 2. הסדרים ומגמות של סוגיית השימוש באינטרנט ודוא"ל במשפט המשווה; 3. מהם העקרונות שלפיהם יש לבחון אם אפשר לקיים מעקב אחר תקשורת אלקטרונית של עובד או לתפסה?; 4. הסכמת העובד – איזו הסכמה נדרשת ומהי משמעותה של הסכמה כזו; 5. אינטרנט ודוא"ל – הדין בישראל. ד. הזכות לפרטיות והשימוש בטלפון/טלפון נייד. ה. מעקב באמצעות מצלמות וידאו/מעקב שוטף. ו. חיפוש בשער המפעל ומעקב אחר עובדי שטח (איכון); 1. בדיקות בשער המפעל; 2. איכון. ז. שונות. ח. סיכום.

א. הקדמה

הטכנולוגיה המודרנית בעידן המדיה הדיגיטלית מעוררת סוגיות ובעיות בתחום הגנת הפרטיות אשר לא התעוררו בעבר, ודאי שלא בהיקף ובאופן שבהם יש להתמודד עמן כיום. הטכנולוגיה הדיגיטלית, על כל אופניה, נמצאת היום למעשה בכל מקום, והשימוש בה רק מתפתח ומשתכלל ככל שחולף הזמן.

* רשמת בית הדין לעבודה בתל-אביב. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה על ידי במסגרת הכינוס הארצי ה-13 ללימודי עבודה של המועצה הכלכלית חברתית – ישראל, באילת בפברואר 2009.

הסכנה הטמונה בטכנולוגיה הדיגיטלית לחירותו האישית של הפרט אינה ייחודית כמובן לעולם העבודה, אך במסגרת מאמר זה אתייחס אליה רק בהקשר של עולם העבודה ויחסי עובד ומעביד.

קשה להעלות על הדעת כיום מקום עבודה אשר אין במסגרתו שימוש במדיה הדיגיטלית, והכוונה למחשבים (אינטרנט ודוא"ל), לטלפון סלולרי (גם בטלפון הקווי ה"קלאסי" נעשה כיום שימוש בטכנולוגיה דיגיטלית) ולאמצעי מעקב למיניהם, החל מאיכון ועד למצלמות מעקב ממש.

המקומות היחידים שבהם, אולי, אין משתמשים בטכנולוגיות אלה היום הם בענפים של טכנולוגיה פשוטה ואלה הולכים ומתמעטים.

במסגרת מאמר זה אגביל עצמי כמובן לנושא זה ככל שמתעורר בהקשר של עולם העבודה ויחסי עובד ומעביד.

לסוגיית הפרטיות פנים רבות ומגוונות, ואפשר לבחון זכות זו בהקשרים שונים, כגון קבלה לעבודה, מבחני מיון, מבדקים ובדיקות, מאגרי מידע ועוד,¹ אולם הסוגיה שבחרתי להתייחס אליה במאמר זה היא סוגיית המעקב, ובאופן ממוקד יותר: אם מעביד בכלל רשאי לעקוב אחר עובד, ואם כן – מתי ובאילו תנאים וסייגים יוכל לעשות זאת.

באופן עקרוני ותאורטי גם בעבר יכלו מעבידים לעקוב אחר עובדיהם ככל שמצאו לנכון או לצורך לעשות כן, אולם האמצעים שעמדו אז לרשותם היו יקרים, מסורבלים, גוזלי זמן וכספים – הן אלה ששימשו להשגת האינפורמציה והן אלה ששימשו לאחסונה (למשל תיקיות), לאיתורה ולשליפת הנתונים (בשל צורת האחסון) – מה עוד שאת רובם ככולם היה קשה להסתיר מהעובד, שידע באופן זה או אחר שעוקבים אחריו.² הטכנולוגיה הדיגיטלית והאמצעים האלקטרוניים העומדים כיום לרשותו של מעביד ממוצע שינו כל זאת ללא הכר.

כיום אפשר לעקוב אחר העובדים באמצעים זמינים ובעלויות נמוכות, ולעתים קרובות אף באמצעים המצויים ממילא במקום העבודה, כגון מחשב וטלפון. המעקבים נועדו למטרות שונות, החל מווידוא נוכחותו של העובד במקום העבודה, עבור בזמינותו, ההספק

1 לסקירה מקיפה של כל סוגיות הזכות לפרטיות והגנה על המידע האישי של עובד במקום העבודה, לרבות נושאי קבלה לעבודה, מבחני קבלה לעבודה, שאלונים, פוליגרף וכיו"ב, מעקב אחר עובדים ומאגרי מידע ראו במאמרי: Shelley Wallach, *Who's Info is it Anyway? Employee's Rights to privacy and Protection of Personal Data in the Workplace*, 23 *INT'L J. COMP. LAB. L. & IND. REL.* 195 (2007).

2 לדיון נוסף בהשפעת הטכנולוגיה על עולם העבודה והשלכותיה על פרטיות עובדים ראו Mark Jeffery, *Information Technology and Workers Privacy: Introduction*, 23 *COMP. LAB. L. & POL'Y J.* 251, 255–261 (2002).

שלו, עם מי הוא משוחח/מתכתב, בדיקת תוכן של השיחות, וכלה במעשיו בכלל בזמן העבודה.

האמצעים האלקטרוניים³ למיניהם, למשל אינטרנט, טלפון ואף עין אלקטרונית של מצלמת מעקב, יעילים משום שהעין האלקטרונית למשל, בניגוד לעין האנושית, איננה מתעייפת לעולם ואיננה מסיטה מבטה למקום אחר כל עוד מפעילה לא שינה את תפקידה. זהו מבט של מעקב שוטף, טוטלי, על גבי רצף זמן, והמבט הזה, כשהוא מתמקד באובייקט המעקב, דהיינו העובד, הוא מקפיא ומצמית ושולל את פרטיותו שלילה מוחלטת. המעקב יכול להיעשות גם מבלי שהעובד יחוש בו כלל.

כיצורי אנוש איננו בנויים פסיכולוגית להתמודד היטב עם חדירה כזו לפרטיותנו.⁴ מאחר שהטכנולוגיה המאפשרת את המעקב כבר קיימת (ואפשר לצפות בביטחון שלא זו בלבד שאינה עתידה להיעלם מחיינו אלא היא אף תוסיף ותשתכלל), הדרך היחידה להגביל את המעקב ולהגן על זכות העובד לפרטיות היא על ידי הסדרים אשר יטילו על המעקב מגבלות וסייגים בין בחקיקה ממש, תקנונים שונים, Codes of practice (קוד כללי התנהגות שאין לו תוקף משפטי מחייב), guidelines (הוראות מנחות), הסכמים קיבוציים, ובין כמובן בפסיקה של בתי המשפט.

ייאמר כבר עתה כי הזכות לפרטיות עובד, חשובה ככל שתהיה, ואני אכן רואה בה ערך חשוב בחברה דמוקרטית, אינה זכות בלתי מסויגת. כנגדה עומדות זכויות המעביד, בראש ובראשונה זכות הקניין שלו במקום העבודה וכן פררוגטיבות ניהוליות שלו לנהל את עסקו כראות עיניו ובצורה המשרתת את מטרות העסק באופן מיטבי. מדובר אפוא בהתנגשות של אינטרסים או זכויות, ושם המשחק הוא תחמת הגבולות.

ב. סוגיית הפרטיות בשיטות המשפט השונות ומקורות משפטיים

בסוגיית הפרטיות, לרבות המעקב אחר עובדים, קיים הבדל בסיסי ותהומי בין שיטת המשפט האמריקאית לבין זו של המשפט האירופי (שגם בה יש הבדלים וגישות שונות

3 ככל מקום שמצוין מעקב במאמר זה הכוונה לכל סוגי המעקב האלקטרוני אלא אם יצוין אחרת.

4 מיכאל בירנהק מכנה רעיון זה פאנאופטיקון (panopticon), רעיון שהגה לראשונה סמיואל בנתהאם, שתכנן סביבת עבודה המעוצבת באופן שאפשר לשלוט בקלות בעובדים על ידי יצירת רושם שהם נתונים במעקב מתמיד, ולמעשה אינם יודעים מתי עוקבים אחריהם ומתי לא. מיכאל בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנתהאם והזכות לפרטיות" עבודה, חברה ומשפט יב 9 (2008). הנרי פורד עשה זאת במפעליו.

מארץ לארץ): בתפיסת המשפט האמריקאית כמעט שאין זכות לפרטיות, והגישה האירופית שונה ממנה בתכלית השינוי.

1. גישת המשפט האמריקאית

מפתיע ככל שהדבר עשוי להישמע, שיטת המשפט האמריקאית אינה מגדירה את סוגיית הפרטיות כערך, ודאי לא כערך הראוי להגנה, בפרט בהקשר שבו אנו עוסקים, ואפשר לומר באופן גורף כי כמעט שאין כל הגבלה חוקית על מעסיק אמריקאי להפעיל אמצעי מעקב אחר עובדים במקום העבודה, למעט שתי מדינות שבהן יש הגבלה מסוימת על המעקב האלקטרוני.⁵

אפילו החוק הפדרלי היחיד הקיים בנושא זה – The Federal Electronic Communications Privacy Act (ECPA) – אינו מכיל סייגים על מעקב שכזה, ובלבד שניתנה לכך הסכמתו של העובד (וזה, כפי שנראה בהמשך, סוגיה בעייתית בהקשר של יחסי עבודה), או אם הדבר נעשה במסגרת הניהול הרגיל – “ordinary course” – של ניהול העסק. יועץ משפטי טוב ייעץ למעביד אמריקאי להפעיל מדי פעם אמצעי מעקב – למשל מצלמות, מעקב אחרי הרגלי גלישה, קריאת דוא”ל ועוד – גם אם הדבר אינו נחוץ לו כלל, וזאת כדי שיוכל לטעון כי הוא נוהג לעשות כן במהלך הניהול הרגיל של עסקו אם תעלה טענה של עובד כי במקום עבודה זה אין נהוג לקיים מעקב, וקיומו פתאום הוא בבחינת הרעת תנאים או פגיעה חד־צדדית. בכך למעשה נותנת שיטת המשפט תמריץ למעבידים לקיים מעקבים שכאלה כדי למנוע טענות אפשריות בעתיד – תוצאה שבוודאי אינה רצויה. ציון והדגמה של האופן שבו גישת המשפט האמריקאית באה לידי ביטוי בפסיקה תובא בהמשך כשאדון בחלק העוסק במעקב אחר אינטרנט ודוא”ל. כאמור, הפרטיות כערך אינה נזכרת כלל בחוקה האמריקאית ואינה מוגנת בה, והמקור המשפטי בדין האמריקאי שמכוחו דנים בתי המשפט שם בסוגיות שבהן שאלה זו מתעוררת בפניהם, מצוי בתיקון מספר 4,6 אשר זה לשונו:

“The right of People to be secure in their persons, houses, papers and effects against unreasonable search and seizure, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or

5 לדיון וסקירה בנושא זה בגישת הדין האמריקאי ראו Matthew Finkin, *Information Technology and Workers' Privacy; The United States Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 471 (2002).

6 את הנוסח המלא של התיקונים לחוקה האמריקאית אפשר למצוא באתר הזה: www.caselaw.lf.findlaw.com/data/constitution/amendments.html

affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

מבלי להרבות בפרטים אפשר לומר כי בהקשר זה של מעקב ופרטיותו של עובד הדין האמריקאי מדגיש את העיקרון שלפיו על המעביד ליידע את העובד כי קיימת אפשרות של מעקב אחריו או כי בכוונתו להפעיל מעקב כזה. אם העובד הסכים לעבוד לאחר שהובהר לו העניין, בכך נתן הסכמתו לאפשרות המעקב. זאת ועוד, הדגש, כפי שנראה בהמשך, הוא בציפייה של העובד לפרטיות, אם בכלל הייתה לו ציפייה כזאת. אם לא הייתה כזו ציפייה, למשל כאשר המעביד יידע אותו מראש כי קיימת אפשרות של מעקב, מוטלים מעט מאוד סייגים, אם בכלל, על המעביד לביצוע המעקב, ומכאן גם התמריץ שהוזכר לעיל – לקיום מעקבים מדי פעם כחלק משגרת העסק כדי לאיין טענה אפשרית של עובד שהייתה לו ציפייה סבירה לפרטיות מאחר שבמשך זמן רב לא נהג המעביד לקיים מעקב כאמור.

2. גישת הדין האירופי ומקורות משפטיים

בניגוד גמור לתפיסה האמריקאית, הנמנעת ככל האפשר מהסדרת נושא זה בחקיקה ובהסדרים אחרים בעלי אופי משפטי מחייב או מנחה, בדין האירופי קיימים מקורות משפטיים רבים המעגנים זכות זו.

ההסבר לשוני המהותי בין שתי תפיסות משפטיות אלה – האמריקאית והאירופית – הוא בעל רבדים וסיבות שונים שלא כאן המקום לנתחם לעומק היות שהדבר חורג ממסגרת הדיון הזה, אולם אפשר לומר כי ככלל, האזרח האמריקאי מבקש להיות מוגן דווקא ככל האפשר מהתערבות המדינה בענייניו וקשריו עם אזרחים אחרים ומגלה מעין חשדנות מובנית כלפי כל התערבות שכזו מצד המחוקק והרשויות, ולעומתו האזרח האירופי דווקא מצפה מהמחוקק וממדינתו לפעול ליצירת מחסומי חקיקה אשר יעגנו את זכויותיו, יגנו עליהן ויבטיחו אותן בהסדרים חוקיים מחייבים.⁷

על הבדלי התפיסה והגישה בין ארצות הברית לאירופה בסוגיה זו של הגנת הפרטיות עמדו משפטנים ומלומדים אמריקאים^{8, 9} ואף מתחו עליה לא מעט ביקורת.^{10, 11}

7 ראו Wallach, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199. כמו כן לדיון מקיף ומעמיק יותר בהסדרי המשפט המשווה בסוגיות מושא מאמר זה, ראו Shelley Wallach, *The Medusa Stare: Surveillance and Monitoring of Employees and the Right to Privacy*, 27 THE INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 189 (2011).

8 לדיון מעמיק ולהשוואה בין שתי שיטות המשפט, לרבות ההסדרים המשפטיים הנוהגים לעניין זה בכל אחת מהן, ראו *Privacy and the Internet: a Study Report to the Michigan Law Revision Commission*, www.council.legislature.mi.gov/files/mlrc/2000/privacyandinternet.

על כך יש להוסיף כי בארצות הברית זכות הפרטיות, ככל שקיימת כזאת, נתפסת כחלק ממושג ה"חירות" (Liberty), ואילו על פי תפיסת העולם האירופית, זכות זו היא פן נוסף של כבוד האדם (Human Dignity) ונגזרת ממנו.

המקור הראשון החשוב בתחום זה באירופה הוא Council of Europe's Convention for the protection of Human Rights and Fundamental freedoms מ-1950, אשר אושרה על ידי כל מדינות האיחוד האירופי וכן על ידי נורווגיה (שאינה חברה בו), הקובעת בסעי' 8, שכותרתו: Right to respect for private and family life, בזה הלשון:

1. "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

בשנת 1970 קבעה ועדת מומחים של מועצת אירופה לזכויות אדם (The Council of Europe committee of experts on human rights) כי הזכות לכיבוד החיים הפרטיים מבוססת על הכרה בזכותו של הפרט להגנה מפני חדירה לצנעת הפרט שלו.

בפסק הדין המפורסם והמכונן שניתן בנושא זה באירופה – *Niemitz v. Germany* – קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם, שמקום מושבו בשטרסבורג, כי הזכות לכבוד החיים הפרטיים משתרעת גם על "פעילויות מקצועיות או עסקיות". וכך קבע בית המשפט שם:

- 9 ראו J.R. Reidenberg, *Privacy Protection and the Interdependence of Law Technology and Self-regulation* (2001) www.parisconference2001.org/eng/contribution/reidenberg.contri.pdf
- 10 כמו כן ראו S.J. KOBRIN & E. JOHNSON, ECONOMICS MAY BE GLOBAL BUT POLITICS ARE LOCAL: PERSONAL PRIVACY IN THE DIGITAL AGE (The Wharton Schools University of Pennsylvania, 1999), אשר מנתחים את הסיבות ההיסטוריות, החברתיות, הפוליטיות והכלכליות להבדלי הגישות בין ארצות הברית לאירופה, תוך ביקורת על הגישה האמריקאית וקריאה לפיקוח רב יותר באמצעות חקיקה על ידי המחוקק האמריקאי כדי לא להשאיר את הנושא להסדרה עצמית כפי שהדבר נעשה כיום.
- 11 כמו כן ראו Finkin, לעיל ה"ש 5; Matthew Finkin, *Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 577 (2002).

“Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of ‘private life’ should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. A fact that has been underlined by the Commission confirms this: it is not always possible, in someone’s occupational activities, to disentangle what falls within the professional domain from what lies outside it”.¹²

בית הדין קבע שם כי תקשורת (Correspondence) כוללת גם שיחות טלפון פרטיות או עסקיות. אפשר להסיק כי עיקרון זה מתייחס גם לאינטרנט ולדוא"ל.
המדריך ליישום סעיף 8 של האמנה האירופית לזכויות האדם קובע את הדברים האלה:

“It is anticipated that the concept will continue to be interpreted so as to keep pace with development in technology which may bring other methods of communication such as E-mails, within it’s sphere of protection”.¹³

גם הצ'רטר של זכויות היסוד של האיחוד האירופי (The Charter of Fundamental Rights of the European Union), אשר נחתם בניס בדצמבר 2000, חוזר בסעי' 7 שבו על הפסקה הראשונה של סעי' 8 של אמנת מועצת אירופה, ומכריז בזו הלשון:

“Everyone has the right to respect for his private and family life, home and communications”.¹⁴

יש לשים לב כי כדי להתאים את הניסוח להתפתחויות הטכנולוגיות שחלו בזמן שחלף בין חתימתה וניסוחה של האמנת האירופית לזכויות אדם לבין הצ'רטר של זכויות היסוד

Niemitz v. Germany (1992) 16 EHRR 97, para 30; R. BLANPAIN & M. VAN GESTEL, USE AND MONITORING OF E-MAIL, INTERNET AND INTERNET FACILITIES AT WORK 150-151, 268-269 (2004)

Ursula Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights*, 1 HUMAN RIGHTS HANDBOOK (Council of Europe, 2001)

.EU 0012288F 14

של האיחוד האירופי שונה המונח "correspondence", המופיע באמנה, למונח "communication", שהוא רחב יותר ונועד במפורש להתייחס לכל האספקטים של המדיה הדיגיטלית. אולם העיקרון נותר ברוח האמנה.

הצ'רטר הוא כעת חלק בלתי נפרד מחוקת האיחוד האירופי. זאת על פי אמנת ליסבון, אשר נחתמה בדצמבר 2007, ולאחר כמה שנות עיכוב בהעברתה ובקבלת הסכמתן של כל מדינות האיחוד, נכנסה לתוקף ב-1 בדצמבר 2009, ומאז יש לה תוקף משפטי המחייב את כל המדינות החברות. ראוי לציין בהקשר זה כי אף בטרם ניתן לצ'רטר תוקף כזה באופן רשמי, נהג בית הדין האירופי (The European Court of Justice) להפנות אליו לעתים קרובות בפסיקותיו המחייבות את כל מדינות האיחוד, ובכך למעשה הקנה לו מעמד בעל משמעות משפטית רבה באיחוד האירופי.

מאחר שהזכות לפרטיות מופיעה כחלק בלתי נפרד מהצ'רטר, הרי שבכך גילה האיחוד את עמדתו המייחסת לזכות זו משמעות של ערך חשוב וזכות יסוד באיחוד האירופי.¹⁵ מקורות משפטיים חשובים ביותר באיחוד האירופי הן כמובן הדירקטיבות שחוקקו בתחום זה.

הדירקטיבה הראשונה היא זו: Directive on the protection of Individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data¹⁶. דירקטיבה ספציפית יותר חוקקה שנתיים אחר כך – Directive concerning the processing of personal data and protection of privacy¹⁷ – ואומצה לסקטור התקשורת האלקטרונית. הדירקטיבה נועדה לתת מענה להתפתחויות בתחום הטכנולוגיה הדיגיטלית, אך משחלו התפתחויות ושינויים בשוק ובתחום התקשורת האלקטרונית, הוחלפה דירקטיבה זו בדירקטיבה אחרת: Directive concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communication sector¹⁸. קיימת דירקטיבה נוספת: Directive dealing with visual display units¹⁹, אך היא אינה נוגעת לסוגיית הפרטיות אלא עוסקת בבטיחות וגיהות.

15 לדיון מפורט בצ'רטר ובזכויות היסוד המנויות בו, לרבות זכות הפרטיות, ראו: M. Weiss, *The Politics of the EU Charter of Fundamental Rights*, in SOCIAL AND LABOUR RIGHTS IN A GLOBAL CONTEXT 83 (B. Hepple ed., 2002) available at europa.eu/lisbontreaty/fulltext/indexen/htm.

16 .95/46/EC

17 .97/66/EC

18 .2002/58/EC

19 90/270/EEC. כן קיימת דירקטיבה נוספת, 2009/136/EC, המתקנת את שתי הדירקטיבות 2002/22/EC ו-2002/58/EC, אולם היא אינה מתייחסת לסוגיות מושא מאמר זה ואינה רלוונטית להן.

למרות ההסדרים המשפטיים הקיימים באיחוד האירופי כבר כעת, כפי שמניתי לעיל, הגיעו במועצת האיחוד (ה-Commission) למסקנה כי ההסדרים הקיימים אינם מספיקים כדי להתמודד עם הסוגיות והבעיות המתעוררות בעולם העבודה בשל התפשטותה והשתכללותה של המדיה הדיגיטלית, וקיימת יזמת חקיקה של דירקטיבה ספציפית האמורה להתייחס לכלל הסוגיות המתעוררות בהקשר זה והנוגעות לפרטיות עובד במקום העבודה, לרבות סוגיית המעקב על כל אופניו: אינטרנט, דוא"ל, מצלמות מעקב וכיו"ב. בשלב זה עדיין לא הבשילה היזמה לכדי דירקטיבה, אך חלה התקדמות בעניינה.²⁰ אציין כי להערכתי הדבר אכן עומד לקרות בעתיד הלא רחוק.

מלבד המקורות המשפטיים שתארתי לעיל – חקיקת-על אירופית המתייחסת לכלל המדינות החברות באיחוד (ובמקרה של האמנה לזכויות האדם נכללת גם נורווגיה, שאינה חברה בו) – קיימים כמובן חוקים העוסקים בהגנת הפרטיות במדינות הספציפיות. ההסדרים המשפטיים שונים ממדינה למדינה, אולם בכולן קיימת חקיקה העוסקת הן בפרטיות והן בהגנת מידע.²¹ עם זאת במעט מאוד מדינות קיימים הסדרי חקיקה ספציפיים המתייחסים ליחסי עובד ומעביד בהקשר זה.

יודגש כי הגם שכל מדינה יכולה ורשאית לחוקק חוקים לפי שיקול דעתה, לאמנה שהוזכרה ולדירקטיבות יש מעמד-על, הגובר על ההסדרים שקבעה המדינה, ובמקרה של קונפליקט יגברו העקרונות הקבועים באמנה ובדירקטיבות, כפי שאראה בהמשך.

כאמור, הדירקטיבות מחייבות את כל המדינות החברות באיחוד האירופי (כיום כבר 27 מדינות חברות בו), והן קובעות עקרונות חשובים בנושא הגנת הפרטיות והכללים הנוגעים לה, אשר ככלל קבועים כי איסוף המידע צריך להיות למטרה לגיטימית (תכלית ראויה) וצמוד-מטרה, באופן מידתי ותוך שקיפות כלפי העובד – על אלה אעמוד בהמשך.

כללים אלה משמשים בפועל את בתי המשפט באירופה, לרבות בית המשפט הגבוה לצדק – European Court of Justice.

שני מקורות אירופיים נוספים שראוי להזכיר בהקשר זה הם אלה: ה-Code of Practice (של ארגון העבודה הבינ-לאומי (ILO)), משנת 1996, העוסק בהגנת מידע של עובדים;

20 יזמת חקיקה זו מופיעה בתכנית החומש של הקומישן כפי שהועלתה בשנת 2005. היא כבר עברה את שני שלבי ההיוועצות הנדרשים של נציגי העובדים והמעבידים – הראשונים תמכו ביזמת החקיקה, ואילו האחרונים היו בדעה שדי בהסדרים הקיימים. לקריאת נוסח החקיקה המוצעת ראו www.eiro.eurofound.eu.int/2002/11/feature/euro21120gt.html. לעמדת נציגי העובדים והמעבידים ולמידע נוסף ראו EU0211206F וכן www.eiro.eurofound.eu.int/2005/feature/eu0502205f.html.

21 לסקירה השוואתית של הסדרי החקיקה הקיימים במדינות האיחוד השונות בהקשר של הטכנולוגיות החדשות והגנת הפרטיות במקום העבודה ראו: www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn03071s.html וטבלה מס' 3 המופיעה שם.

International Labour Office (ILO) Code on protection of Workers data (1996), הקובע את הכללים האלה:

- “1. If Workers are monitored they should be informed in advance of the reasons for monitoring, the time schedule, the method and technique used and the data to be collected, and the employer must minimize the intrusion on the privacy of workers.
2. Secret monitoring should be permitted only:
 - a. if it is in conformity with national legislation or
 - b. if there is suspicion on reasonable grounds or criminal activity of other serious wrongdoing.
3. Continuous monitoring should be permitted only if required for health and safety or the protection of property”.²²

עוד ברמה הבין-לאומית קיים ארגון ה-International Union Network (UNI), שהוא ארגון עולמי המאגד בתוכו עובדי צווארון לבן וארגונים ואיגודים של עובדים ומעבידים בארצות שונות. גם ה-UNI פרסם Code of Practice באשר לזכויות השימוש באמצעים האלקטרוניים במקום העבודה. קצרה היריעה מלהביא כאן את תמציתו של הקוד,²³ ונסתפק בציון שהוא מתייחס לארבעה נושאים עיקריים: תקשורת עם ארגון העובדים, תקשורת לא עסקית, מעקב אחר תקשורת ותנאים לשימוש באמצעים אלקטרוניים.

הכוח המניע ליצירת קוד זה היה תחושת ה-UNI כי סוגיית התקשורת האלקטרונית הפכה לפצצת זמן ביחסי עבודה, וכי אי-הבהירות בנושאי השימוש והמעקב מחד והשימוש ההולך ומתפשט במהירות באמצעים הדיגיטליים מאידך מעמידים בסיכון את פרטיותם של העובדים בהיעדר כללים מוגדרים ונהירים לשני הצדדים, כפי שביטא זאת Gerhard Rohds:

“In too many companies there are no fair rules and in many others the rules are just not known. We want employers to sit down with their workers and their unions to agree fair rules which give on-line rights to on-line workers – but protect employers against abuses. Used

22 לדיון מעמיק ומעקיף יותר בקוד ולהערותיו של פרופ' Spiros Simitis, המשבח אותו, ראו International ILO Convention No.135 & Recommendation No.143 (1971). www.worldii.org/journals/PLBIN/1998/21.html. כן ראו

23 ראו לעניין זה www.eurofound.europa.eu/eiro2002/10/feature/eu021205f.htm.

appropriately, the exploitation of electronic facilities like E-mail and the internet improve work efficiency and facilitate new ways of working”.

דיון פרטני יותר המתייחס לקוד זה יובא בהמשך כאשר אתייחס ספציפית לנושא השימוש באינטרנט וברוא”ל.

עוד ראוי לציין בהקשר זה ההסכם שנחתם באיחוד האירופי בנושא: The Framework Agreement on Telework²⁴. ההסכם נחתם על ידי נציגי העובדים ונציגי המעסיקים באירופה ביום 16.7.2002. לענייננו רלוונטי סעיף 6 שבו, העוסק במעקב אחר העובד (מדובר בסוג עבודה הנעשית באמצעות מדיה אלקטרונית שלא במקום עבודה מסוים ולא בפיקוח המעביד), האומר את הדברים האלה:

“The Privacy of the teleworker must be respected by the employer. If a monitoring system is put in place it must be proportionate to the employer’s objective and comply with the EU directive (90/270/EEC) on visual display units”.²⁵

בארצות מסוימות באירופה, ונראה שבתחום זה בלגיה מובילה, הוסדרו נושאים אלה בהסכמים קיבוציים. למשל, עניין האינטרנט והרוא”ל הוסדר בהסכם קיבוצי מס’ 81 בשנת 2002 (אתייחס אליו ביתר פירוט בהמשך), ובעניין התקנת מצלמות מעקב במקום העבודה – בהסכם קיבוצי מס’ 68, שנחתם בשנת 1998. כן הושג הסדר בבלגיה בשנת 2006 בין ארגוני העובדים והמעבידים בדבר אפשרות בדיקת עובדים בשער המפעל החשודים בכיצוע גנבה, אשר הפך בינתיים לחוק.

עם זאת המדינות שבחרו בהסכמים קיבוציים כדרך להסדרת נושאים אלה הן עדיין מעטות הגם שנראה כי זו דווקא דרך מתאימה ביותר להסדרתו.²⁶

24 לפרטי ההסכם והרקע לחתימתו ראו www.eurofound.com.

25 לדיון בהסכם זה תוך הדגמה מתוך יישומו באחת מארצות האיחוד – גרמניה – ראו מאמרו של פרופ’ מנפרד וייס: Manfred Weiss, *Germany, in EUROPEAN FRAMEWORK AGREEMENT AND TELEWORK, LAW AND PRACTICE, A EUROPEAN COMPARATIVE STUDY, BULLETIN OF COMPARATIVE LABOUR RELATIONS* 171 ff. (R Blanpain ed. 2007).

26 את עמדתי זו כבר הבעתי במאמרי: Shelley Wallach, *Who’s Info is it Anyway? Employees Rights to Privacy and Protection of Personal Data in the Workplace*, 23 INT’L J. COMP. LAB. L. & IND. REL. 195, 226 (2007). עמדה דומה מביע גם Mark Jeffery במאמרו: Mark Jeffery, *Information Technology and Workers Privacy: The English Law*, 24 COMP. LAB. L. & POLY J. 301 (2005).

על כך יש להוסיף כי באופן מפתיע יש מעט מאוד פסיקה בתחום זה בערכאות הגבוהות, והדבר אופייני לא רק לישראל אלא גם לאירופה ולארצות הברית. בהמשך המאמר אביא את אותה פסיקה מועטה, וזאת כאשר אפשר לראות בה פסיקה מנחה או לפחות מתוות דרך בתחום זה של זכות הפרטיות ומעקב אלקטרוני אחר עובד תוך שימוש במדיה הדיגיטלית.

3. מקורות המשפט בדין הישראלי

בדומה לשאר מדינות אירופה, גם בישראל אין חוק הגנת פרטיות ספציפי המסדיר את הסוגיה במישור יחסי העבודה, אולם שני המקורות המתייחסים לסוגיית הפרטיות ושמהם שואבים בתי המשפט ובתי הדין את הבסיס המשפטי לפסיקתם (מלבד המשפט המשווה באותם מקרים בוודדים שבהם נעשה בו שימוש), הם שניים:

חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו, ס' 7, שזו לשונו:²⁷

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

וכן חוק הגנת הפרטיות התשמ"א–1981.²⁸

נוסף על כך קיים כיום ההסכם הקיבוצי שנחתם ב־25.6.2008, המסדיר את נושא השימוש באינטרנט ובדוא"ל במחשב שהמעביד מעמיד לרשות העובד – אתיחס לכך בהרחבה בהמשך.²⁹ כן קיימים כמה פסקי דין בסוגיית המעקב אחר עובד.

ג. המעקב האלקטרוני אחר עובדים

עד עתה סקרתי באופן כללי את ההסדרים המשפטיים הקיימים בשיטות משפט שונות – ארצות הברית ואירופה (בעיקר האיחוד האירופי) – בעניין סוגיית פרטיות העובד בהקשר של התקשורת האלקטרונית. ההתפתחות המואצת של הטכנולוגיה האלקטרונית והדיגיטלית

27 נחקק ב־17 במרס 1992.

28 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 128; תיקון מס' 3, ס"ח התשנ"ה 326; תיקון מס' 4, ס"ח התשנ"ו 290.

29 לסקירת הדין בישראל בנושא פרטיות עובד במקום העבודה ראו סקירתה של השופטת אלישבע ברק שהוגשה במסגרת 12th Meeting of European Labour Court Judges, June 2009.

וחדירתה כמעט לכל מקום בעולם העבודה יצרה בצד יתרונותיה גם סיכונים לא פשוטים לפרטיותו של העובד שלא היו מוכרים קודם לכן. האינטרס של המעביד לעקוב אחר העובד יכול לנבוע מכמה סיבות – חלקן לגיטימיות ותכליתן ראויה, וחלקן חורגות ממסגרת זו.

כמו כן אופני המעקב יכולים ללבוש צורות שונות, החל מעצם השימוש במחשב והגישה לאתרים ולדואר האלקטרוני ועד לסוגיית אפשרות המעביד לעקוב אחר הרגלי הגלישה של העובד ולדעת באילו אתרים הוא גולש, לקרוא את הדוא"ל שהוא שולח או מקבל, להתקין מצלמות מעקב, לערוך בדיקות בשער המפעל ולהפעיל תוכנות איכון המאפשרות לאתר מקום הימצאותו המדויק של העובד. כל אלה עשויים לחדור לפרטיות העובד ולעתים בצורה פולשנית ביותר.

מאחר שהטכנולוגיה היום מאפשרת מעקבים אלה – על כל היבטיהם – בקלות וללא כל ידע טכנולוגי מיוחד, וכן קיים, תאורטית, האינטרס או הפיתוי של המעביד לנקוט אפשרות זו, הרי שזהו תפקידו של המשפט לתחום ולהגדיר את גבולות המותר והאסור בתחום זה באופן שיהיה ברור למעביד ולעובד.

כפי שנראה מיד, גם התשובות שניתנו על ידי שיטות המשפט השונות אינן אחידות, ובמידה רבה הן אף תלויות-תרבות ומשקפות את השקפת העולם של החברה שבה חי הפרט. ההבדל בין התפיסה האמריקאית לאירופית בתחום זה הוא תהומי, ואולם אף במדינות אירופה בינן לבין עצמן קיימים שינויים ותוצאות שונות בחקיקה ובפסיקה ממדינה למדינה. עם זאת כאשר מדובר באיחוד האירופי, חשוב לזכור כי האמנה לזכויות אדם, בסעיף 8 שלה, והדירקטיבות הן חקיקת-על המחייבת את כל מדינות האיחוד, ואף על פי שהן מותרות מרחב תמרון לחקיקה פנימית שונה בתוך המדינות, הרי שבמקרה של קונפליקט בין החקיקה הפנימית לחקיקת-העל של האיחוד האירופי, תיסוג החקיקה הפנימית מפני חקיקת-העל כשהדבר יובא לדיון בפני הערכאות המשפטיות, בין שמדובר בערכאות המדינה או בבית המשפט האירופי לצדק (The European Court of Justice) ובית הדין לזכויות האדם.

נבחן עתה סוגים שונים של אופני מעקב ואת ההסדרים או הפסיקות הקיימים באשר לסוגיות אלה.

1. אינטרנט ודוא"ל

באשר לאינטרנט ולדוא"ל יש להבחין תחילה בין שתי סוגיות: האחת היא סוגיית השימוש – use או usage – שעושה העובד במחשב שהמעביד מעמיד לרשותו, בגלישה באתרי האינטרנט או בשליחה וקבלה של דוא"ל, והשנייה היא סוגיית המעקב – monitoring – אחר שימוש זה, היינו מעקב המעביד אחר האתרים שבהם גולש העובד, כניסה לקבצים שהוא מוריד ושומר על המחשב וקריאת תוכנם של פריטי הדוא"ל. בסוגיה השנייה מתעוררת

במלוא עוזה הבעייתיות. האינטרסים של העובד ושל המעביד מתנגשים, כי כאן טמון פוטנציאל החדירה לפרטיות.

אשר לעצם השימוש אין מתעוררת עקרונית בעיה של פרטיות דווקא. בהקשר זה קיימות עמדות שונות של מעבידים, למשל הגישה הנוקשה, שלפיה המחשב הוא ציוד ככל ציוד אחר שהמעביד מעמיד לרשות העובד, והוא רשאי להגביל ולאסור לחלוטין כל גלישה של העובד באינטרנט שאינה לצורכי עבודה או לשלוח ולקבל דוא"ל שאינו במסגרת ביצוע עבודות וכן לחסום אתרים מסוימים לגלישה באינטרנט.

גישה זו נפוצה בארצות הברית יותר מאשר באירופה, אולם גם באירופה יש מעסיקים וגם מלומדים, כגון Roger Blanpain, המצדדים בגישה הנוקשה יותר של אפשרות השימוש במחשב – לאו דווקא שלילה מוחלטת של השימוש אבל שימוש מוגבל מאוד כאשר אין מדובר בצורכי העבודה.

לעומת זאת קיימים מעסיקים הנוקטים גישה ליברלית, וכל עוד העובד אינו מגזים בשימוש במחשב לצרכיו הפרטיים על חשבון זמן עבודתו, אין המעסיק מגביל אותו או רואה זאת בשלילה.

נראה כי אפשרות השימוש או הגבלתו אינה בעייתית בהקשר של הדיון כאן, וכעיקרון מדובר בתחום הנופל בגדר פררוגטיבת המעביד, שהרי אי אפשר לומר כי יש לעובד זכות מוקנית לגלוש לאתרי חדשות או לשלוח דוא"ל לחבר בזמן העבודה, וכל עוד המעביד אינו מונע מהעובד גישה למחשב, הנחוצה לו לצורך ביצוע עבודתו, שהרי במקרה כזה מדובר ביצירת סביבת עבודה עוינת, אין מניעה משפטית כי המעביד ינקוט הגבלות כאלה או אחרות, לרבות סינון אתרים, כגון אתרים פורנוגרפיים.

עם זאת יש לדעתי מקום כי מעביד סביר יאפשר שימוש גם למטרות פרטיות כל עוד הדבר נעשה באופן סביר ומידתי והעובד אינו מנצל זאת לרעה, שהרי בסופו של דבר יש בכך כדי לתרום לאווירה טובה במקום העבודה, ולעתים אף לחסוך עלויות למעביד, למשל אם העובד מסדר עניין אישי כלשהו דרך המחשב, כמו באתר הבנק שלו, במקום לקחת לשם כך יום, או כמה שעות, חופשה מהעבודה, ואכן גישה כזאת נקט ההסכם הקיבוצי שנחתם בנושא זה בישראל.

הבעייתיות מתעוררת דווקא באספקט של המעקב. כאמור, הטכנולוגיה מאפשרת למעביד לעשות זאת בקלות, אך האם יש לאפשר לו לעשות זאת? ואם כן, באילו תנאים וסייגים?

קיימים כמה סיבות ואינטרסים שבגינם יכול מעביד לרצות לעקוב אחרי הרגלי הגלישה או הדוא"ל של העובד, ואלו הם בקצרה:

1. להבטיח את יעילות העבודה של העובד. זמן עבודה רב עשוי להתבזבז בגלל עיסוק בדוא"ל לא ראוי, פרסומות, תוכנות זבל, קניות בזמן העבודה, הורדת קובצי מוזיקה או סרטים וכיו"ב.

2. למנוע הצפה או העמסת-יתר של הרשת על ידי פעולות של הורדת קובצי מולטימדיה, מוזיקה או צפייה באירועי ספורט בעוד למעביד עניין להבטיח שהרשת תהיה פנויה וזמינה לצורכי עבודה.
3. להגן על החברה/העסק מפני תביעות פוטנציאליות. שימוש לרעה בדוא"ל יכול להוביל לתביעות בתחומים שונים, כגון בגין הטרדה מינית או הצהרות גזעניות העשויות להעמיד את העסק באור שלילי בהשלחן מן המחשבים שלו וכיו"ב.
4. להבטיח את ההגנה והסודיות של מידע הנוגע לעסק. כיום מרבית הקניין הרוחני של חברה מאוחסן על גבי שרתי המחשב שלה, ובלחיצת כפתור אפשר להעביר מידע מסחרי רגיש מאוד, אם בטעות או במזיד, למי שאינו אמור לקבלו.
5. למנוע חשיפת הרשת לוורוסים ותוכנות ריגול עקב גלישה לא זהירה באתרים מפוקפקים או שליחה וקבלה של דוא"ל באופן לא מבוקר.

2. הסדרים ומגמות של סוגיית השימוש באינטרנט ובדוא"ל במשפט המשווה

התמודדות הדין האמריקאי והאירופי עם סוגיות אלה מגלה שוני מהותי בין תפיסות העולם של ארצות הברית ואירופה. כפי שכבר צויין במאמר זה, המקור המשפטי בארצות הברית שאליו מתייחסים בתי המשפט הוא התיקון הרביעי לחוקה. בענייננו התעוררה הסוגיה בפסק הדין בעניין *O'Connor v. Ortega*³⁰, שם נקבע כי סטנדרט סביר – "reasonable standard" – מונח השאוב מהתיקון הרביעי, מתייחס גם לחיפוש בפיקוח של עובדי ציבור. במקרה של אורטגה נקבע כי אם לעובד יש "ציפייה סבירה לפרטיות", יש לבחון את סבירות החיפוש המבוצע באותן נסיבות. מפסק הדין בעניין אורטגה עלה כי לעובדים במגזר הפרטי אין הגנת פרטיות בנסיבות אלה. כן אפשר ללמוד ממנו כי הדוא"ל נחשב לצידוד של המעביד שהוא מעמידו לרשות עובדו למטרות תקשורת הנוגעות לעבודה בלבד. עוד אפשר להסיק מפסק הדין שם כי דוא"ל הוצא מתחום הגנת הפרטיות, וכי במקום העבודה הפרטיות נהנית מהגנה פחותה מזו שבביתו של הפרט.

פסק דין נוסף³¹ רק חיזק מגמה זו וקבע כי לעובד יש ציפייה סבירה של פרטיות במקום עבודתו באזורים שהוקצו לו לשימוש, לדוגמה משרדו, אלא אם המעביד הודיע מראש כי המשרד מחויב בבדיקה בתדירות מסוימת למטרות העבודה. בית המשפט קבע באותו עניין כי למרות ציפייה סבירה של העובד לפרטיות חיפוש במשרדו ללא צו מותר אם נעשה למטרות הנוגעות לעבודה.

³⁰ *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987).

³¹ *Schowengerdt v. General Dynamics Corp.*, 823 F.2d 1328 (9th Cir. 1987).

במקרה נוסף, בפסק הדין בעניין *United States v. Simmons*,³² היה מדובר בסימונס, עובד משרד שהוא אגף של ה-CIA. המנהל בדק שימוש לא תקין במערכת המחשב וגילה כי סימונס גולש באתרים העוסקים בפורנוגרפיית ילדים. סימונס טען כי החיפוש שנעשה במחשבו ותפיסת החומר שנתגלה בחיפוש, שכלל תקליטונים, כונן קשיח ומאמרים, נעשו תוך הפרת זכויותיו על פי התיקון הרביעי לחוקה, אולם בית המשפט לא קיבל טענה זו וקבע שלא הייתה לו ציפייה סבירה לפרטיות מאחר שהמעביד הודיע כי הוא נוקט מדיניות שלפיה הוא יכול לעקוב אחר שימוש העובדים במחשב ולבחון אותו, לרבות התיקיות והודעות הדוא"ל. לפיכך לא הייתה יכולה להיות לסימונס ציפייה סבירה לפרטיות.³³ ככלל אפשר להסיק מכל האמור לעיל כי בארצות הברית אין למעשה כל הגנת פרטיות לעובד, ואין כל הגבלה של ממש על מעביד לעקוב אחר הרגלי הגלישה של עובדו לרבות קריאת הדוא"ל שלו.

לעומת זאת באיחוד האירופי, הגם שכפי שצינתי קודם לכן עדיין אין דירקטיבה ספציפית המסדירה נושא זה במסגרת יחסי עובד ומעביד, העמדה היא כי הדירקטיבה הקיימת (95/46/EC) מתייחסת גם למעקב אחר אינטרנט ודוא"ל. כך קבעה קבוצת העבודה בנושא הגנת המידע בחוות דעתה מס' 8/2001:

“There should no longer be any doubt that data Protection requirements apply to the monitoring and surveillance of workers whether in terms of E-mail use, internet access video cameras or location data”.³⁴

כאמור, כבר קיימת יזמת חקיקה לגיבוש דירקטיבה ספציפית אשר תעסוק באופן ספציפי בנושא הפרטיות בהקשר של הטכנולוגיה הדיגיטלית במקום העבודה ותתייחס בין היתר לכל סוגיית המעקב, על כל אופניה.³⁵

פסק הדין החשוב ביותר באירופה בנושא זה עד כה ניתן בצרפת בעניין *Nikon*,³⁶ בעניינו של מר O, ב-2.10.2001, על ידי בית המשפט לערעורים – ה-Cour de Cassation – שהוא הערכאה האזרחית הגבוהה ביותר במדינה זו.

- 32 United States & Simmons, 206 F.3d 392 (4th Cir. 2000).
 33 לדיון מקיף בעמדת המשפט האמריקאי בסוגיית הפרטיות בעבודה והמעקב האלקטרוני ראו מאמרו של Finkin, לעיל ה"ש 5.
 34 זהו סעיף 29 מתוך ה-Data protection working group opinion 8/2001 on the processing of Personal Data in the Employment context EU Doc.5662/01/WP48 (13 September 2001). וראו גם את ה-Working Documentation on the Surveillance of Electronic communications in the Workplace, EU Doc. 5402/01/WP55 (29 May 2002).
 35 ראו לעיל ה"ש 20.
 36 אפשר לקרוא את פסק הדין באתר הזה: www.courdecassation.fr.

באותו עניין פוטר העובד מסייה O על ידי ניקון ביוני 1992 לאחר שהשתמש בדוא"ל בניגוד למדיניות החברה. העובד טען כי אין בנסיבות אלה הצדקה לפיטוריו. במשפט התברר כי חברת ניקון בדקה את פריטי הדוא"ל שלו כדי לגלות את תוכנם. בית המשפט לערעורים קבע כי הזכות לפרטיות של תכתובת, שכבר הוכרה בעניינה של תקשורת כתובה בצרפת, משתרעת גם על הדואר האלקטרוני, ושלעובד יש זכות לפרטיות גם בשעות עבודתו ובמקום העבודה.³⁷ מחמת חשיבותה של החלטה זו אביא ציטוט מתוכה (מתוך התרגום לאנגלית):

“Employees have the right, even during working hours and in the workplace, to respect for the privacy of their private lives. This entails the secrecy of correspondence in particular: the employer therefore cannot, without violating this fundamental freedom, examine the contents of personal messages sent and received by employees using computer equipment made available to them for their work, even in cases where an employer has forbidden non-business use of the computer”.

החלטה זו, חשובה ככל שתהיה, ולדעתי אף מוצדקת ומבוססת היטב, אינה משקפת את עמדתם של כל בתי המשפט באירופה. במקרה דומה בנסיבותיו לזה של פסק הדין בעניין *Nikon* החליט בית הדין העליון לצדק של קטלוגיה שבספרד שלמעבידים זכות לקרוא כל אינפורמציה המצויה במחשב העובד,³⁸ ולתוצאה דומה הגיע בית משפט במילנו בשנת 2002. לעומת זאת בית המשפט העליון באוסטריה – בשנת 2002 – ובהולנד – ב-1998 – הגיעו לאותה תוצאה של פסק דין *Nikon*.³⁹

ב-Code of practice של Uni, הנזכר לעיל, נקבע כי לעובדים תהיה הזכות להשתמש באמצעים האלקטרוניים שבמקום עבודתם למטרות שאינן לצורכי עבודה, ובתנאי שהדבר אינו פוגע בביצוע מטלות עבודתם.

37 אגב, בפועל החלטת בית המשפט לא עזרה לתובע, אשר היה מעוניין בביטול פיטוריו, מאחר שבית המשפט, הגם שהכיר בזכותו לפרטיות התכתובת שלו, קבע כי מאחר שהחברה הבהירה כי שימוש בדואר אלקטרוני לצרכים פרטיים אינו מותר והתובע התעלם מכך, יש בכך הפרת משמעת חמורה המתירה פטורים על פי הדין הצרפתי.

38 Case AS/3452 of 2000.

39 מצוטט במאמרו של Jeffery, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264. פסקי דין מאזכרים ב- www.eiro.eurofound.europa.eu/en-inf/2003/07/study/in030710/s.html.

עוד נקבע שם כי על המעביד להתחייב שלא לנקוט מעקב נסתר (clandestine surveillance and monitoring). על פי קוד זה תקשורת יכולה להיות מושא למעקב רק בהתמלא התנאים האלה:

- הדבר הותר על פי הסכם קיבוצי.
 - המעביד מחויב לעשות כן על פי חוק.
 - למעביד יסוד סביר להאמין שהעובד ביצע עברה פלילית או הפרת משמעת חמורה.
- עוד מונה הקוד את התנאים לשימוש העובד באמצעים האלקטרוניים שהמעביד מעמיד לרשותו במקום העבודה:
- על התקשורת להיות חוקית ולא לשאת אופי משמיץ או הוצאת שם רע.
 - אין להשתמש באמצעים האלקטרוניים של מקום העבודה להטרדה מינית של עובדים אחרים או להפצת הערות פוגעניות המתייחסות למינו, גילו, מיניותו, גזעו, נכותו או הופעתו של עובד אחר. כן אסור לגלוש במכוון באתרים בעלי אופי פורנוגרפי, גזעני או בלתי סובלני.
 - למעביד זכות לדרוש כי תוסר ממנו האחריות לתקשורת פרטית כזו באופן שיובהר במפורש כי הדעות והעמדות שמביע העובד משקפות את דעתו של העובד בלבד ולא של העסק.
- יצוין בהקשר זה כי לקוד זה, בדומה לזה של ILO שכבר הוזכר, אמנם אין תוקף משפטי מחייב, בשונה מדבר חקיקה, אולם בכל זאת אין להמעיט בחשיבותם של שני הקודים, מאחר שהם מסמנים כיוון חשיבה ויכולים לשמש השראה והנחיה להסדרי חקיקה ו/או הסדרים "רכים" יותר, כגון הסכמים קיבוציים או תקנוניים ו־Code of Practice בין עובדים ומעבידים במדינות השונות, ובפועל אף עושים זאת.
- דרך אחרת להתמודד עם סוגיה זו ננקטת בבלגיה, שם נחתם באפריל 2002⁴⁰ ההסכם הקיבוצי הראשון בתחום זה, המסדיר את נושא השימוש באינטרנט ובדוא"ל במקום העבודה ואת סוגיית פרטיות העובד בהקשר זה⁴¹ – דרך התמודדות מתאימה להתוויית העקרונות וקביעת ההתנהלות בתחום.
- עוד ראוי לציין בהקשר הדיון כאן כי בכמה מדינות נחקקו חוקים אשר לכאורה (ומיד אבהיר מדוע "לכאורה") מסדירים את נושא המעקב אחר עובדים, לרבות סוגיית השימוש

40 BEO 28302 signed 26 April 2002 – National collective Agreement No.81 on the protection of employees personal privacy with respect to the monitoring of electronic on-line communication data. ההסכם קיבל תחולה כלל-ארצית בצו מלכותי מיום 12.6.2002.

41 לטקסט המלא של ההסכם הקיבוצי וכן לניתוח וביקורת עליו ראו בספר: BLANPAIN & VAN GESTEL, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106–173, 189, 247. כן אפשר למצוא בספר דוגמאות של 30 Codes of Practice שנאספו לעניין זה מגופים, מפעלים ומקומות עבודה שונים.

והמעקב באינטרנט ובדוא"ל (וגם מעקב אחר תקשורת אלקטרונית אחרת למשל באמצעות הטלפון, שאליו אגיע בהמשך), בנתנם זכויות מעקב רחבות למדי למעביד על חשבון פרטיותו של העובד (בניגוד למשל למגמת ההסכם הקיבוצי הבלגי, שכוונתו לשמר ככל האפשר את זכות הפרטיות של העובד במקום העבודה ולהגן עליה, ההסדר הזה נוטה דווקא לכיוון המעסיקים ולזכות הקניין והפררוגטיבה הניהולית שלהם).

חוקים אלה נחקקו ונוסחו בניסוח הנוטה לטובת המעביד בעקבות שדולה (לובי) חזקה ולחץ של ארגוני המעסיקים באותן מדינות.

בבריטניה מדובר ב־Regulation of investigatory powers Act 2000, שנועד בין היתר להסדיר תפיסת תקשורת (interception of communication), וכן The Telecommunications Regulations 2000 (Lawful Business Practice), אשר נוצרו מכוחו. התקנות הללו, שנוצרו כאמור מכוח אותו חוק, קובעות את הנסיבות שבהן יכול מעביד לעקוב אחר תקשורת אלקטרונית של עובדיו, כגון דוא"ל ואינטרנט, ואף להקליטם מבלי לקבל את הסכמת העובד או הצד השני לתקשורת (הצד שעמו משוחח העובד או שולח/מקבל ממנו דוא"ל) לכך, אם כי המעסיקים נדרשו לנקוט צעדים סבירים כדי ליידע את העובדים בדבר האפשרות שיהא אפשר לתפוס (Intercept) את התקשורת הזו.

החוק והתקנות שהותקנו מכוחו חוקק בעקבות פעילות שדולה חזקה של ארגון המעסיקים הגדול בבריטניה – CBI.⁴²

חוק נוסף נחקק לאחרונה, אף הוא בלחץ ארגוני המעסיקים, הפעם בפינלנד. שמו הפורמלי של החוק הוא The Act on the protection of Privacy in Electronic Communications מאפריל 2009, אך הוא ידוע בעיקר בכינויו "Lex Nokia" עקב מעורבותה הרבה של חברת נוקיה ביזמת חקיקתו (הגם שהיא טרחה להכחיש מעורבות בהליכי החקיקה עצמם). החוק קובע אף הוא עקרונות דומים ומקנה סמכויות נרחבות למדי למעסיקים לעקוב אחר התקשורת האלקטרונית של עובדיהם.⁴³

לכאורה מדובר בחקיקה העשויה להצר ולהגביל מאוד את פרטיותם של העובדים במקום העבודה כאשר הם משתמשים בצידוד האלקטרוני שהמעביד מעמיד לרשותם. אולם כפי שמסביר ומנתח מרק ג'פרי במאמרו⁴⁴ בעניין החוק והתקנות שחוקקו לעניין זה בבריטניה, וניתוח זה יפה גם למקרה המאוחר יותר של Lex Nokia: אמנם אין מניעה כי מדינות אלה תחוקקנה חוקים פנים-מדינתיים לעצמן, אך מאחר שהן חברות באיחוד האירופי, מעל חקיקה זו עומדים בהיררכייה המשפטית הדירקטיבות של האיחוד (ולענייננו

42 לדיון בדין האנגלי בסוגיית פרטיות עובד והתקשורת האלקטרונית ראו Jeffery, לעיל ה"ש 26.

43 למידע נוסף כולל הרקע לחקיקה זו והתגובה לה ראו: www.eurofound.europa.eu/eiro/2009/03/articles/fi0903029i.htm.

44 Jeffery, לעיל ה"ש 26.

הכוונה ל-95/4C/EC וכן 97/66/EC) וסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם, וכל קונפליקט שמקורו בהיותה של חקיקה של המדינה עומדת בסתירה לזכות או עיקרון שהוכרו באמנה או בדירקטיבה – יוכרע לטובת האחרונות. לפיכך אם הסוגיה תגיע לערכאות המשפט הגבוהות באירופה – אם לבית המשפט האירופי לצדק (ECJ) או לבית הדין לזכויות האדם⁴⁵ – אפשר לומר במידה רבה מאוד של ודאות כי החקיקה תידחה או תיפסל במלואה או בחלקה – בכל הנוגע לאותה סוגיה – מפני עקרונות הפרטיות שכבר נקבעו בדירקטיבות ובאמנה. זאת כפי שסביר להניח כי אם סוגיית השימוש במחשב ובדוא"ל תובא בפני בית המשפט האירופי הגבוה לצדק, הוא יגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע בית המשפט לערעורים בצרפת בעניין *Nikon*. כפי שציינתי קודם לכן, מאחר שהתחושה במוסדות האיחוד האירופי היא כי עדיין אין הסדר ספציפי מספק בדבר סוגיית הפרטיות בהקשר של עולם העבודה, קיימת יזמת חקיקה בנושא זה העתידה להסדיר את כל הסוגיות המתעוררות בהקשר זה, לרבות סוגיית המעקב על כל גווייה, מושא מאמר זה.

3. מהם העקרונות שלפיהם יש לבחון אם אפשר לקיים מעקב אחר תקשורת אלקטרונית של עובד או לתפסה?

כפי שראינו בסקירה הממצה שלעיל, קיימים פתרונות שונים והסדרים שונים הן בשיטת המשפט בארצות הברית לעומת זו שבאירופה והן במדינות אירופה בינן לבין עצמן, ומדינות שונות מגיעות באותה סוגיה ממש לתוצאות שונות ונוקטות גישה שונה.

עם זאת אפשר להצביע על שלושה מבחנים מהותיים עיקריים המשותפים לכולם: 1. מבחן התכלית הראוייה (Legitimate Purpose) – לא די שלמעביד יהיה אינטרס, שהוא מבחינתו לגיטימי, לרצות לעקוב אחר העובד, אלא שכפי שציין, ובצדק, מיכאל בירנהק, לא די באינטרס אישי כשר כשלעצמו של המעסיק לקיים מעקב, אלא צריכה להיות לו סיבה והצדקה של ממש. הצדקה כזו יכולה להיות למשל תפקוד תקין של החברה; מניעת מעשים לא חוקיים או הוצאת דיבה, או מעשים העשויים לפגוע באחר, כגון הפצת דואר שנאה, הטרדה באמצעות התקשורת האלקטרונית וכיו"ב; הגנה על

45 ההבדל בין שתי ערכאות אלה הוא זה: לבית המשפט האירופי לצדק מופנות סוגיות משפטיות אך ורק על ידי בתי משפט של מדינות החברות באיחוד האירופי. בכל מקרה של סתירה בין חוק המדינה לחקיקת האיחוד, על הערכאות העליונות של מדינות אלה לפנות לבית המשפט האירופי לצדק תחילה ולקבל הכרעתו. לעומת זאת לבית הדין לזכויות אדם יכול לפנות ישירות כל אזרח של המדינות החברות באיחוד האירופי אם סבור הוא שמדינתו הפרה את זכותו בניגוד לזכות העומדת לו במשפט האירופי.

- אינטרסים כלכליים, מסחריים או פיננסיים של החברה; אבטחה של התפקוד והתחזוקה התקינה של המערכת האלקטרונית.
- למבחן זה יש מעין תת-מבחן והוא עקרון צמידות המטרה: הגבלת השימוש במידע למטרה שלשמה נאסף (מלומדים מסוימים באירופה אינם נוקטים את הכינוי Legitimate Purpose אלא Finality Principle, אך העיקרון ביסודו הוא אחד).
2. מבחן המידתיות (proportionality) – אפשר לנקוט מעקב במידה הנחוצה, אך לא מעבר לכך. באופן עקרוני יש לעשות כל האפשר כדי לצמצם את החדירה לצנעת הפרט של העובד, וכאשר אין מנוס מחדירה כזו, יש להקפיד שתיעשה באופן המינימלי האפשרי.⁴⁶
- מבחן המידתיות מורכב משלושה חלקים: מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי המינימלי, שלפיו אי אפשר להשיג אותה מטרה באמצעים פוגעים פחות בהקשר של הדיון שלנו כאן; מבחן איוון הנזק מול התועלת, שפירושו כי על המעביד יהיה להראות כי התועלת שצמחה לו מהאמצעים שנקט אינה קטנה ביחס בלתי ראוי מהנזק שאמצעים אלה גרמו לעובד.
3. מבחן השקיפות (Transparency) – בכל מקרה שמתקיים בו מעקב אחר עובד, לרבות התקנת אמצעי אלקטרוני כלשהו, יש ליידע את העובד על כך, ובמקום שקיים ארגון עובדים, גם את ארגון העובדים. יש להדגיש כי מעקב נסתר מאחורי גבו של העובד נתפס כבלתי ראוי אפילו בשיטות משפט שבהן הגנת הפרטיות בהן חלשה עד בלתי קיימת, דוגמת ארצות הברית, ולעתים אף אסורה ממש על פי חוק, למשל בגרמניה. עוד ראוי לציין בשולי הדברים כי כל שלושת העקרונות שצוינו לעיל רלוונטיים לדין האירופי והישראלי, אולם בארצות הברית חולש על נושא זה עקרון הציפייה הסבירה לפרטיות, אשר כפי שכבר נאמר קודם לכן והודגם מתוך הפסיקה האמריקאית, קל מאוד להתגבר עליו ולאייץ למעשה את זכות העובד לפרטיות מתוכן.

4. הסכמת העובד – איזו הסכמה נדרשת ומהי משמעותה של הסכמה כזו

סוגיית הסכמת העובד איננה פשוטה מאחר שתמיד עולה השאלה עד כמה הסכמתו של העובד היא הסכמה של ממש, גם אם נתן אותה במפורש ואף בכתב, מאחר שבדרך כלל אין לעובד בררה אלא להסכים לתנאי המעביד, בפרט כשמדובר בעובדים שאינם בכירים. גם כאשר אנו דנים בשאלת ההסכמה, השאלה היא איזו הסכמה, אם די בהסכמה מכללא או שיש צורך בהסכמה מודעת (Informed consent), או שאולי די בעצם הודעתו של המעביד

46 לדיון בסוגיית עקרון המידתיות ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

לעובד (notice) כי קיים מעקב או אפשרות של מעקב כדי להכשיר מעקב כזה מבחינת אספקט ההסכמה.

בארצות הברית אין צורך בהסכמה מפורשת או מודעת, וככלל די בהודעת המעביד כי קיים מעקב או אפשרות של מעקב במקום העבודה כדי להכשיר אותו מבחינת אספקט ההסכמה. למעשה, הודעת המעביד והסכמת העובד לעבוד די בהן לעניין זה. כלומר, לפנינו הרף הנמוך ביותר.⁴⁷

לעומת זאת באירופה, במדינות החברות באיחוד האירופי, אין כמובן די בהודעה בלבד (notice), ויש צורך בקבלת הסכמה ממש, ואפילו אין די בהסכמה מכללא, שכן הדירקטיבה העוסקת בנושא זה נוקטת לשון explicit consent, ומובן שמדובר גם בהסכמה מודעת – informed consent – מאחר שקיימת חובה ליידע את העובד באשר לפרטי המעקב וגם את ארגון העובדים, אם קיים כזה במקום העבודה, בין שאלה נציגי איגוד מקצועי – Union – או כמקובל ברבות ממדינות אירופה נציגי ה־Works council, ואין די בהודעה כללית על קיומו של מעקב או כוונה לקיימו.

יודגש כי ברבות מהמדינות, למשל גרמניה,⁴⁸ מעקב נסתר אסור על פי חוק (למעט במקרים ספציפיים ומוגדרים, כגון חשש ממשי לביצוע עברה או עוולה אזרחית על ידי העובד). לעניין זה לא די בחשד גרידא וודאי שלא בהשערות או מעקב שוטף ליתר ביטחון). יצוין כי בישראל לא די בהודעה, וחוק הגנת הפרטיות, שבתחילה קבע כי הסכמה פירושה הסכמה שניתנה במפורש או מכללא, תוקן לאחרונה,⁴⁹ והגדרת ההסכמה שונתה באופן שנדרשת היום "הסכמה מדעת". התיקון הציב רף גבוה יותר של הסכמה. כלשון דברי ההסבר של הכנסת, הכוונה והמשמעות היא כי "שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה מידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט אם להסכים או לא, והמידע יימסר לו

47 ראו במאמרו של Finkin, לעיל ה"ש 11.

48 ראו לעניין זה: Armin Hoelandt, *A Comparative Study of the Impact of Electronic Technology on Workplace Disputes: National Report on Germany*, 24 COMP. LAB. L. & TECHNOLOGY 147 (2002). כן ראו Hans-Joachim Reinhard, *Information Technology and Workers Privacy: The German Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 377 (2002). בשני מאמרים אלה מובאת סקירה מקיפה של עמדתו והסדריו החוקיים של הדין הגרמני בהקשר של סוגיית פרטיות העובד בעידן המדיה הדיגיטלית, לרבות סוגיית המעקב על כל אופניו. ככלל אפשר לומר כי הדין הגרמני מייחס חשיבות רבה מאוד להגנת הפרטיות של העובד, ואף החקיקה הראשונה באירופה בתחום זה הייתה בגרמניה, במדינת הסן.

49 ראו ס' 2(2) לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז–2007, ס"ח 368.

בצורה מובנת⁵⁰. שינוי ותיקון זה הוא צעד חשוב לדעתי ונדבך נוסף של הגנת זכות הפרטיות שיש מקום ליישמה במקרים המתעוררים בהקשר זה בבתי הדין לעבודה בכלל ובסוגיות הקשורות לנושא המעקב בפרט.

יש להדגיש בעניין סוגיית ההסכמה כי ככלל בכל שיטות המשפט, ואפילו בארצות הברית, שבה כאמור רמת הגנת הפרטיות נמוכה ביותר, ויש הטוענים שכמעט שאינה קיימת כלל, רואים בשלילה מעקב נסתר אחרי עובד (למעט במקרים של חשד ממשי וסביר לביצוע עברה על ידיו נגד המעסיק, המצריך נקיטת פעולה מידית), שגם אם אינו אסור במפורש על פי חוק – נתפס כחוסר הגינות.⁵¹

5. אינטרנט ודוא"ל – הדין בישראל

עד עתה עסקתי בפירוט רב למדי בהסדרים המשפטיים (והפסיקה) בשיטות משפט זרות. זאת משום שחשוב להכיר את המשפט המשווה במדינות השונות כדי ללמוד מהן ולשאוב רעיונות, השראה וקווים מנחים, כדי שיהיה אפשר להתמודד טוב יותר עם האתגרים שנושא המעקב והטכנולוגיה מעמיד בפני המשפטנים המלומדים ובתי המשפט בערכאות השונות.⁵² כאמור לעיל, המדיה הדיגיטלית, פרי הטכנולוגיה המתפתחת, הפכה לחלק בלתי נפרד מחיינו בכלל ומעולם העבודה ומקומות העבודה בפרט. לצד יתרונותיה הגדולים של הטכנולוגיה קיים גם איום הולך וגובר על זכות הפרטיות של הפרט, ובהקשר שלנו – של העובד, החשוף לאפשרות הולכת וגדלה של חדירה לפרטיותו, היכולה להיעשות אף מבלי ידיעתו וללא יכולת ממשית להתגונן מפניה. זאת ועוד, התפתחות המשפט תמיד אטית מהתפתחות הטכנולוגיה, וחקיקות ספציפיות המתייחסות ליחסי עובד ומעביד (בשונה מחקיקות בנושא הפרטיות והגנת מידע באופן כללי שאינן מכוונות דווקא למישור משפטי זה) מעטות יחסית בעולם כולו. קיומה של פסיקה מועטה של ערכאות בתי המשפט במדינות

50 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו–2005, ה"ח 230, בעמ' 232. לדיון נוסף ראו גם מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 49–54 (2007).

51 לדיון מעניין ומקיף בסוגיית ההסכמה וההודעה לעובד ראו: Roberto Fragale Filho & Mark Jeffery, *Information Technology and Worker's Privacy: Notice and Consent*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 551 (2002).

52 ב-12.6.2009, החקיים בסלובניה הכינוס ה-17 של שופטי בתי הדין לעבודה באירופה – XVII Meeting of European Labour Court Judges – שהוקדש כולו לנושא הפרטיות במקום העבודה, ובמסגרתו – במענה לשאלון מפורט שהוכן לעניין זה על ידי פרופ' אלן ניל מבריטניה – הוגשו סקירות מפורטות של שופטים בנוגע למצב המשפטי בארצם. הסקירות התייחסו למצב בבלגיה, בגרמניה, בהונגריה, באירלנד, בישראל (על ידי השופטת אלישבע ברק), בסלובניה, בספרד, בשוודיה ובפינלנד, כדי להכיר זה את זה וללמוד זה מזה.

השונות, וודאי כשמדובר בהלכות מנחות של ערכאות גבוהות, בצירוף הנאמר לעיל מבהיר מדוע חשוב להכיר את משפטן של מדינות אחרות בנושא זה.

(א) ההסכם הקיבוצי הכללי לעניין שימוש העובד במחשב המעביד

כעולה מהפסיקה (המועטה) הקיימת בארצות הברית בנושא זה (כנזכר לעיל), דומה כי גם בתחום זה זכות העובד לפרטיות שם וזכותו כי המעביד לא יעקוב אחר הרגלי הגלישה שלו במחשב, כי לא יתפוס (intercept) את הדוא"ל שלו ויקרא את פרטיו – מוגבלות ביותר. התפיסה האמריקאית מתבססת על יסודות הציפייה הסבירה לפרטיות ועל הסכמת העובד במובנה הצר ביותר, ולעתים קרובות די בהודעה (notice) בלבד על אפשרות התפיסה והקריאה כאמור, ולמעשה משעה שהבהיר המעביד לעובד כי הרגלי הציפייה שלו והדוא"ל שלו עשויים להיות מושא למעקב, והעובד הסכים לעבוד, די בכך כדי שזכותו לפרטיות תיסוג לגמרי. בישראל רק בחודש יוני 2008 נחתם הסכם קיבוצי אשר נועד להסדיר סוגיה זו באופן ברור.⁵³

ההסכם הוא השני מסוגו בעולם, וקדם לו רק ההסכם הקיבוצי מס' 81, שנחתם בבלגיה והוחל על כל הסקטור הפרטי מכוח צו מלכותי בשנת 2002⁵⁴ (קיימים עוד כמה הסכמים סקטוריאליים במקומות מועטים באירופה, אך מחמת הגבלת תחולתם אכן ראוי לראות רק בשני הסכמים שצינתי את ההסכמים היחידים המסדירים נושא זה).

חשיבותו של ההסכם, אשר נחתם בין ההסתדרות מצד העובדים ובין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – ארגון גג המאגד את רוב ארגוני המעסיקים והארגונים הכלכליים בישראל (בסוף ההסכם אפשר לראות את הרשימה המלאה של הארגונים שבשםם נחתם) – היא רבה, מאחר שלראשונה נוצרה מסגרת המתווה בבירור הן לעובד והן למעביד את הכללים באשר לסוגיה שנראה כי עדיין שוררת בעניינה אי־בהירות רבה. ההסכם, אשר הלך בעקבות התפיסה האירופית של סוגיה זו וברוחה, אף חותר לאיזון ראוי בין זכות הקניין של המעביד, שהוא בעל המחשב, מחד לבין העובד המשתמש בו מאידך.

חשוב להדגיש כי ההסכם מתייחס אך ורק למחשב שהמעביד מעמיד לרשות העובד ולא למחשבו הפרטי של העובד אף על פי שיתכן שהוא משתמש בו גם לצורכי עבודתו. הוא הדין כאשר מדובר בכתובת הדואר, ולכך אתייחס מיד. עוד ראוי לציין כי ההסכם חל בשלב זה על המגזר הפרטי ולא על המגזר הציבורי (הגם שמצוינת בסעי' 6 שבו כוונת

53 ההסכם נחתם ביום 25.6.2008 והוגש לרישום אצל רשם ההסכמים הקיבוציים כחודש לאחר מכן.

54 ראו לעיל ה"ש 40–41.

הצדדים לבקש להוציא מכוחו צו הרחבה, דבר שטרם נעשה. אם וכאשר הדבר ייעשה, תהא לו תחולה על כל המשק לרבות המגזר הציבורי).

אין כוונתי להתייחס במפורט לכל סעיפי ההסכם, אולם ראוי להדגיש כמה נקודות. ראשית דבר, כבר בפתיח ההצהרתי של ההסכם מובהרת כוונתו של ההסכם והיא כיבוד זכות הקניין של המעסיק מחד ושל הזכות לפרטיות של העובד מאידך, והחתימה ליצור איזון הוגן ביניהן.

סעיף 2 להסכם עוסק בעקרונות המוסכמים, שלפיהם הצדדים מכירים בזכות הקניין ובזכות הניהולית של המעביד, שבמסגרתן ישתמש העובד במחשב לצורכי העסק בהגיונות, בסבירות ובתום לב, אך גם קובע בס"ק ד', באשר לעובד, כי "חיי הפרטיים של אדם אינם מעניינו של אחר. כבוד האדם ופרטיותו במקום העבודה ישמרו".

סעיף 3 להסכם עוסק בכללי התנהגות שבהם ראוי להדגיש את ס"ק ב', המקנה במפורש לעובד את הזכות להשתמש במחשב גם שימוש פרטי שאינו קשור לעבודתו, וזאת בהיקף מידתי ובזמן סביר.

ס"ק ג' מציין כי על המעסיק לבצע את הפעולות בס"ק א', העוסק ברובו בתחזוקת המחשב והתקנת תוכנות, בתום לב, בסבירות ובשקיפות, במידה ולמטרה ראויה, וכי לא יעשה שימוש במידע אישי שיעלה כדי שימוש פוגע בכבוד העובד ובצנעת הפרט שלו. אך אולי הסעיף החשוב ביותר הוא ס"ק ד'. סעיף זה דן במצב שבו המעביד רשאי לבדוק את המחשב שהעמיד לרשות העובד, את האינטרנט או הדוא"ל. מפאת חשיבותו לדיון כאן יובא הציטוט במלואו:

"ד3': בהתקיים נסיבות, שמקימות למעסיק סביר סיבה להניח בתום לב, כי העובד עושה במחשב שימוש בלתי חוקי או שימוש החושף את המעסיק לתביעות צד שלישי או שימוש שיש בו כדי לפגוע בעסק, רשאי המעסיק לבצע פעולות לבדיקת שימוש העובד במחשב, באינטרנט ו/או בדוא"ל, והכל במידה ראויה וסבירה, לפרק זמן סביר ותוך צמידות למטרה. לכל כניסה לתיבת דואר אישית, הנושאת כתובת עם שם העובד בלבד ולקבצים אישיים שלו, נדרשת הסכמה מפורשת מצד העובד, ואם ביקש זאת העובד, יעשה הדבר בנוכחותו".

מילות המפתח טמונות ברישה לסעיף זה: "בהתקיים נסיבות שמקיימות למעסיק סיבה להניח בתום לב...", כלומר המעסיק לא יוכל להשתמש בזכות זו שלו – לבדוק את השימוש במחשב – בשרירות לב, מתוך גחמה או מתוך חשד בלתי סביר בעלמא; על בדיקתו זו של המעסיק להיות מבוססת היטב על יסודות הסבירות ותום הלב.

חשוב להדגיש בהקשר זה כי ס"ק זה מתייחס לשני מצבים: באחד תיבת הדואר שהמעסיק מקצה לעובד והנושאת את כתובת הדוא"ל של מקום העבודה (לדוגמה:

(shelleywallach@court.gov.il), ובשנייה תיבת הדואר אמנם נבחרה על ידי העובד ככתובת פרטית, אולם היא מצויה על גבי המחשב שהמעסיק העמיד לרשותו ועל גבי שרת המעסיק (לדוגמה: shelleywallach@gmail.com). במקרה כזה כל בדיקה של תיבת הדואר כפופה להסכמת העובד, והוא אף רשאי לבקש כי תיעשה בנוכחותו.

יודגש כי בשני המצבים אין מדובר במחשב פרטי שבבעלות העובד עצמו. נראה לי כי בעתיד, כאשר יגיעו מקרים וסכסוכים לפתחם של בתי הדין לעבודה, סביר להניח כי סעיף זה יהיה מושא הדיון העיקרי, ואני מקווה כי הוא יפורש ברוח הגנת הפרטיות העולה בבירור הן מנוסח הסעיף עצמו והן מרוח ההסכם כולו.

ההסכם עוסק, בסעיף 5 שבו, גם במנגנון יישוב חילוקי דעות, לרבות בסוגיות העולות מפרשנות ההסכם. אין בכונתי לתאר פרטי המנגנון. אלה מפורטים בהסכם ואפשר לקרוא אותם שם, אולם חשוב לי להדגיש כי נוצר שם מכניזם שלפיו תחילה ייעשה ניסיון ליישב את הקונפליקט בין נציגי העובדים והמעבידים ישירות בלא צורך בהפנייתו לבית הדין לעבודה, אשר לו מסורה הסמכות לדון בו אם לא ייושב בין הצדדים לבין עצמם.

כמו כן קיים בהסכם מנגנון המאפשר להכניס בו שינויים, בהסכמה, שיהפכו לחלק ממנו, דבר התורם אף הוא לממד הגמישות ושיתוף הפעולה.

מילות המפתח בהסכם הן אלה: למטרה ראויה, מידתיות, שקיפות ותום לב. זוהי הפעם הראשונה שהדין בישראל מאמץ לתוכו מונחים השאובים מהדין האירופי, התפתחות חיובית לדעתי.⁵⁵ נראה לי כי הגם שבישראל הסכם קיבוצי כזה, מעת שנרשם, הופך להיות חלק מהדין (Hard Law לעומת Soft Law), בכל זאת יש בו אלמנט הגמישות הראוי, וכן מגולמת בו רוח שיתוף הפעולה בין העובדים והמעבידים, שחשובה כשלעצמה בהסדרת סוגיות מסוג זה. בנושאים אלה של סוגיות המעקב, השימוש במחשב נמנה עמן, דרך הסדרה זו מתאימה במיוחד מאחר שהיא יכולה להתאים עצמה ביתר קלות, מהירות וגמישות לטכנולוגיה המשתנה והמתפתחת בתחום זה, לעומת חקיקה שהיא בדרך כלל הליך מסורבל וארוך יותר.

חשיבותו של ההסכם טמונה אף בהתווייתו לצדדים ליחסי העבודה כללים ברורים ובתחיימת גבולות מוגדרים במקום להשאיר תחום זה פרוץ, והוא יוצר לדעתי איזון נכון וראוי בין האינטרסים של שני הצדדים – העובד והמעביד.

(ב) הפסיקה בישראל בנושא השימוש במחשב

בפסיקה הישראלית כמעט שאין פסיקה כלל הנוגעת לנושא זה. בכך אגב ישראל איננה שונה משאר ארצות העולם, שכן כפי שכבר ציינתי קודם לכן במקום אחר במאמר זה, באופן

⁵⁵ אגב, להערכתי, לו הייתה ישראל חברה באיחוד האירופי, היה הסכם זה עולה בקנה אחד עם הדין הנוהג שם ועומד בקריטריונים שלו, לרבות עקרונות הדיקטיבות הרלוונטיות.

מפתיע למדי סוגיה זו לא התגלגלה לעתים קרובות לפתחן של הערכאות, ולכן גם לא הניבה אלא פסיקה דלה ביותר (בארצות הברית פסק הדין המרכזי שמצוטט בהקשר זה הוא בעניין *Ortega*,⁵⁶ ובאירופה – פסק הדין בעניין *Nikon*⁵⁷).
בשני פסקי הדין שניתנו בנושא זה בישראל בבתי הדין האזוריים לעבודה, השופטים שדנו בהם הגיעו לתוצאות הפוכות.

בפסק הדין הראשון – בעניין איסקוב ענבר⁵⁸ – הגם שלכאורה הכיר בית הדין בצורך של העובד במתחם של פרטיות גם במקום העבודה, גם כאשר הוא משתמש ברכוש המעסיק, לרבות שימוש בטלפון ובדוא"ל לצרכים פרטיים, כל עוד הדבר נעשה בהיקף סביר, הגיע בית הדין למסקנה בסוף הניתוח המשפטי, כי יש לראות בעובדת מי שהסכימה לעיון החברה בהודעות הדוא"ל שלה.

שתי סיבות עיקריות הביאו בסופו של דבר לתוצאה זאת: האחת, יישום בפועל של מבחן הציפיות האמריקאי, אשר כפי שכבר נאמר קודם לכן, מרוקן כמעט לחלוטין את זכות העובד לפרטיות מתוכנה ונוטה באופן גורף לכיוון המעביד; השנייה, הדיון בסוגיית ההסכמה שממנה עולה כי מהסכמת התובעת לניטור תיבות הדוא"ל לשם בדיקת וירוסים, אפשר להסיק גם הסכמה מכללית למעקב אחר תיבת הדואר לרבות קריאת המכתבים עצמם. הנמקה זו מעוררת שתי הסתייגויות: ראשית, אין מקום שבתי המשפט, ובכללם בתי הדין, יאמצו דווקא בסוגיה רגישה זו את גישת הדין האמריקאי, שכמעט שאין בו כל הגנה לפרטיות העובד במקום העבודה, כשכל שאר הדינים בישראל מבוססים על הדין האירופי או שאובים ממנו, שבו הדגש הוא כבוד האדם, כפי שבא לידי ביטוי גם בחוק היסוד: חוק כבוד האדם וחירותו, ואינם נשענים על סוגיית הציפיות כמו הגישה האמריקאית.

באשר להסכמה, לא די בהסכמה מכללית של עובד שאותה מסיקים מהסכמתו או מידיעתו על מעקב שונה לגמרי במהותו ובמטרותיו: ניטור של וירוסים לצורך שמירת מערכת המחשב, וללמוד ממנה על הסכמה או ויתור על זכות כה מהותית כזכות לפרטיות והסכמה לקריאת דואר פרטי או תקשורת פרטית.⁵⁹ הסכמתו של עובד צריכה להיות לפחות

56 *O'Connor v. Ortega*, לעיל ה"ש 30.

57 *Nikon*, לעיל ה"ש 36.

58 עב' (אזורי ת"א) 10121/06 איסקוב ענבר – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 15.7.2007).

59 אגב, במקרה הספציפי בעניין איסקוב ענבר, המסמך מושא הדיון היה קורות חיים שהעבירה התובעת בדוא"ל למעסיקים פוטנציאליים, מסמך שהגם שהיה מסמך פרטי שלה, ודאי שאינו נושא אופי אינטימי במיוחד, ואפשר להעלות על הדעת מקרים מתאימים יותר לדיון בסוגיה רגישה זו, שבהם בחשיפת המסמך יש פגיעה ממשית בפרטיותו של העובד ובצנעת הפרט שלו. עם זאת אין הדבר מעלה או מוריד מהדיון העקרוני בזכות המעביד לעיין בדוא"ל פרטי או בהיעדרה, וההכרעה היא ברמת העיקרון, מאחר שבית המשפט או בית הדין נאלץ להכריע

הסכמה מדעת (informed consent) ולהתייחס לכל פן אפשרי של המעקב הפוטנציאלי של המעביד לאחר יידוע מפורט של העובד על כך (בינתיים, אגב, וכמעט בד בבד עם מתן אותו פסק דין אך ללא כל קשר אליו, תוקן חוק הגנת הפרטיות, וההסכמה בסעי' 12(2) לחוק הגנת הפרטיות הפכה להסכמה מדעת).⁶⁰

ממילא סוגיית ההסכמה, גם כאשר היא מודעת, תמיד מעוררת את החשש והתהייה עד כמה הסכמתו של עובד היא אכן הסכמה חופשית לגמרי בהקשר של יחסי עבודה (בעיקר כאשר אין מדובר בעובד בכיר בחברה).

אפילו הייתה כאן הסכמה מדעת ולא רף נמוך ביותר של הסכמה מכללא, עדיין היה מקום לדון על עצם חדירת המעסיק לפרטיות העובדת בנסיבות העניין, ואם אכן הייתה לכך הצדקה של ממש.⁶¹

לתוצאה הפוכה הגיע בית הדין לעבודה בנצרת בעניין אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' פישר,⁶² שם קיבל בית הדין את בקשת העובד להוציא מתיק הראיות תכתובת הודעות דוא"ל אישית שמצא המעסיק, שלטענתו בחלקן הופקו מהמחשב, וחלק, לטענת החברות המעסיקות, נמצא בפח האשפה, ועמדת בית הדין הייתה כי אין די בהוכחת הסכמה מכללא לצורך פגיעה בפרטיות עובד, אלא נדרשת הסכמה מפורשת של העובד לעיון כאמור.

אני סבורה כי במקרים אלה ראוי לאמץ את הגישה הדווקנית ביותר לעניין ההסכמה באופן שתידרש הן הסכמה מדעת, הנדרשת כיום ממילא בעקבות התיקון לחוק הגנת הפרטיות, והן הסכמה מפורשת, כפי שנדרשת בדירקטיבות של האיחוד האירופי לעניין זה, מאחר שדוא"ל של עובד יכולים לשאת גם אופי אינטימי, ויש בעיון בהם פגיעה ממשית בפרטיותו ובצנעת הפרט שלו. בימים אלה, לאחר שנכתב מאמר זה וכבר נשלח לפרסום, יצא פסק הדין שניתן בבית הדין הארצי לעבודה אשר דן בערעורים שהוגשו על שני פסקי

בסוגיות כפי שהן מובאות בפניו ואינו יכול לבחור או ליצור לו מקרה מתאים יותר. בחרתי להדגיש עניין זה מאחר שאף על פי שאולי באותו מקרה העיון אינו כה קריטי לפגיעה בפרטיות במובן של צנעת הפרט ושמירת האינטימיות של התובעת, ההכרעה עקרונית, שכן היא תקפה גם למקרים בעלי אופי אינטימי ופוגעני הרבה יותר.

60 ס' 12(2) לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז–2007, ס"ק 368 שפורסם ברשומות ביום 26.6.2007.

61 ייתכן שהאופי הבלתי אינטימי של המסמך שנדון שם היה הסיבה שדיון מהותי בכך לא נעשה – ראו לעיל ה"ש 59.

62 עב' (אזורי נצ') 1158/06 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ – פישר (פורסם נבו, 9.4.2008).

הדין.⁶³ בפסק דין ארוך ומקיף שנכתב על ידי נשיאת בית הדין הארצי השופטת נילי ארד ואליה הצטרפו יתר חברי המותב, התקבלה עתירתה של טלי איסקוב ענבר, ולעומת זאת נדחה ערעורן של חברות אפיקי מים, ואושרה החלטתו של בית הדין האזורי בצנרת. בשני המקרים לא התיר בית הדין למעסיק לעשות שימוש בתכתובת הדוא"ל האישית והפרטית של העובד.

חשיבותו של פסק הדין – מלבד ההכרעה הפרטנית במקרים שנדונו בשני הערעורים⁶⁴ – היא בדין בסוגיית הפרטיות בהקשר של תכתובת הדוא"ל במקום העבודה.

במסגרת פסק הדין נעשו הפניות ואזכורים רבים הן להסכם הקיבוצי הכללי שנחתם (שאליו התייחסתי בהרחבה קודם לכן), והן להנחיות שנקבעו על ידי ה- Working party on the protection of individuals with regard to the processing of personal data, שהוא גוף מייצג שהקים האיחוד האירופי על פי דירקטיבה 65.95/46/EL

בית הדין הלך בעקבות הגישה האירופית, וברוח פסק הדין בעניין *Nikon* ובפסק דין שנועד לקבוע עקרונות מנחים ונורמות קבע כי המעסיק רשאי לקבוע באופן מידתי כללי אסור ומותר בשימוש במחשב ויישומיו, ועליו לקבוע את המדיניות שתנהג במקום העבודה בכל הנוגע לניהול תיבות דואר אלקטרוני במרחב הווירטואלי בעבודה, שאותה יש להביא לידיעת העובדים ולתת לה ביטוי בחוזה האישי של העובד ואף בהנחיות פנימיות.

פסק הדין מבחין בין סוגי תיבות הדואר וכמו מדרג אותן: תיבה מקצועית – מיועדת לצורכי עבודה בלבד, והמעסיק רשאי לאסור על העובד עשיית שימוש פרטי בה, אולם גם אם העובד ניהל תכתובת כזו בניגוד למדיניות מקום העבודה, אין המעסיק רשאי להיכנס לנתוני התוכן של אותה תכתובת אישית, אלא אם מתקיימים תנאים חריגים המצדיקים חדרה כזו. החדירה תיעשה לאור עקרונות הלגיטימיות, המידתיות, צמידות המטרה ולאור

63 ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 8.2.2011); ע"ע (ארצי) 312/08 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ – פישר (פורסם בנבו, 8.2.2011).

64 לפחות במקרה של איסקוב ענבר הייתה הכרעה בעלת משמעות עקרונית יותר מאשר מעשית, שכן החברה ביקשה להוציא מתיק בית הדין את נספח 15 – הדוא"ל מושא המחלוקת – ולסיים בכך את הסכסוך מושא הליך הערעור, אולם בית הדין הארצי סבר כי הערעור גילה על פני הדברים שאלה עקרונית כללית הדורשת הכרעה מעבר לשאלת הסכסוך הקונקרטי ולפיכך החליט לדון בו.

65 Data protection Working Group, opinion 8/2001 on the processing of personal data in the Employment context EU Doc. 5062/61/WP48 (13 September 2001); Working document on the Surveillance of Electronic Communications in the Workplace, EU Doc. Fragale Filho & Jeffery, לעיל ה"ש 51; Wallach, 5402/01/WP55 (29 May 2002); בעמ' 214; לעיל ה"ש 51.

הדין החל, וככל שהמעסיק ביקש מראש וקיבל הסכמת העובד לכך במפורש מדעת ומרצון חופשי; התיבה המעורבת – בתיבה זו המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב אחר תכתובת שמנהל העובד לצרכיו האישיים, למעט בנסיבות חריגות ומכוח עקרון הלגיטימיות ולאחר שנקט תחילה אמצעים חודרניים פחות. גם בהתקיים התנאים המצטברים המנויים בפסק הדין עליו לבקש, ולקבל, הסכמה מפורשת של העובד, מדעת ומרצון חופשי, למדיניות הכללית של המעקב ולחדירת המעסיק לתיבה. על המעסיק לקבל הסכמה ספציפית לכל פעולת חדירה לתוכן התכתובת האישית שלו, להבדיל מתכתובתו המקצועית באותה תיבה. אם הקצה המעביד לעובד תיבה אישית – תיבה נפרדת שבמסגרתה יוכל לנהל תכתובת אישית שאינה בענייני העבודה ולצרכיה ונועדה אפוא מלכתחילה לצרכיו הפרטיים בלבד – נדרשת הסכמתו הספציפית של העובד בגין כל פעולת מעקב הכוללת חדירה לתיבה האישית ולאיסוף נתוני תקשורת ותוכן. אם לא ניתנה ההסכמה, רשאים הצדדים לפעול במסגרת מנגנון חילוקי הדעות שבהסכם הקיבוצי ככל שהוא חל עליהם, או רשאי המעסיק לפנות לבית הדין האזורי ולבקש סעד זמני לגילוי תכתובת הדוא"ל והקבצים של העובד ולעיון בהם, סעד שיינתן רק בהתקיים אינטרס לגיטימי שיעמוד בקריטריונים של נסיבות חריגות ויוצאות דופן המקנות לגיטימציה לחדירת המעסיק לתכתובת האישית כאמור, וכאשר המעסיק ממלא אחר תנאי הסף המצטברים של עקרונות הלגיטימיות, המידתיות השקיפות, הסבירות, צמידות המטרה ותום הלב. כמו כן המעסיק רשאי להתיר לעובד להשתמש בתיבה חיצונית פרטית שהיא כולה בבעלות העובד ולצרכיו הפרטיים, והגם שהגישה לתיבה זו במקום העבודה נעשית טכנית באמצעות השרת והטכנולוגיות שבבעלות המעסיק, מדובר במה שבית הדין מגדיר כ"גישה לוגיסטית" בלבד, שאין בה כדי להפחית מהיות התיבה בבעלותו הבלעדית של העובד בכל עת, ואסור למעסיק לקיים בה כל מעקב של נתוני תקשורת או תוכן המשמשים את העובד, ואסור לו לחדור אליה ולתוכן תכתובת הדוא"ל של העובד המתנהלת במסגרתה.

ההגנה על פרטיות העובד בתיבה זו היא הרחבה ביותר, וככל שהמעסיק סבור כי התקיימו התנאים המצדיקים פעולה כזו, עליו לפנות לבית הדין ולשכנעו תחילה כי יש מקום ליתן סעד מסוג "צו אנטון פילר" לחיפוש ותפיסה בתיבה פרטית זו, צו שבית הדין נותן אותו במקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד. פסק הדין, המדגיש את הזכות לפרטיות לא רק כזכות אלא כערך – מוטיב העובר בו כחוט השני – תוך פירוט והדגשה של עקרונות הלגיטימיות, המידתיות, השקיפות, הסבירות, צמידות המטרה ותום הלב, ותוך עמידה על יסוד דרישת ההסכמה של העובד, הוא נדבך חשוב הנוסף על ההסכם הקיבוצי שנחתם

בנושא זה, לשם ביסוסה ועיגונה של הזכות לפרטיות במרחב הווירטואלי במקום העבודה כערך יסוד חשוב ובר הגנה בישראל.⁶⁶ אגב, ייתכן מאוד כי לאחר שניתן פסק הדין, יוחל המנגנון שנקבע בהסכם הקיבוצי להוצאת צו הרחבה על כל מקומות העבודה בישראל בדומה להחלת ההסכם הקיבוצי בבלגיה.

לדעתי אין זכות למעביד לעיין בכל מקרה בדוא"ל פרטי של עובד על דעת עצמו, ועליו לפנות ולקבל תחילה צו לעניין זה מבית הדין ולשכנע אותו כי במקרה זה הגילוי והעיון אכן נחוצים ועומדים בקריטריונים של לגיטימיות ותכלית ראויה, מידתיות ושקיפות, וזאת גם אם ניתנה הסכמת העובד, משום הבעייתיות הטמונה בהסכמה כזו (למעט כמובן מקרים שבהם הדוא"ל הוא לצורכי עבודה ואיננו בעל אופי אישי).

ד. הזכות לפרטיות והשימוש בטלפון/טלפון נייד

מובן שהדיון בסוגיה זו, כמו בסוגיה הקודמת של שימוש במחשב, מתייחס אך ורק לשיחות טלפון המבוצעות בקו טלפון שהמעביד העמיד לרשות העובד (או הטלפון/רשת התקשורת במקום העבודה), או בטלפון נייד שקיבל העובד ממעבידו לשימוש לצורכי העבודה, ולא בטלפון שבשליטתו ובבעלותו של העובד או של אדם אחר שאינו המעסיק, החורג מגדר הדיון כאן.

אף על פי שהטלפון הנייד (ובכלל זה מכשירי הקשר השונים, המשמשים עובדים רבים שחלק ניכר מעבודתם נעשה מחוץ לתחום העסק), וודאי שקו הטלפון הקווי במקום העבודה, הם חלק בלתי נפרד מכל מקום עבודה, תמוה שכמעט אין פסיקה בנושא זה לא בארץ ולא בחו"ל.

אין ספק כי אותם מקורות אירופיים שהוזכרו בראשית המאמר, המדברים על הפרטיות של communications, חלים גם על אמצעי קשר זה, ולכן ברור כי הדין האירופי רואה בהם אמצעים הראויים להגנת פרטיות העובד במקום העבודה.

על פי התפיסה האירופית בעניין זה, כפי שבאה לידי ביטוי הן במקורות אלה והן בהתבטאויות אחרות, בעולם המודרני קשה להפריד הפרדה ברורה בין עולם העבודה לחיי הפרט/המשפחה, שהרי חלק נכבד מיחסי האנוש החשובים מתקיימים במסגרת העבודה. האדם המודרני מבלה זמן ניכר מחייו במקום העבודה, וכחלק בלתי נפרד מחיים אלה הוא גם מקיים באותו זמן תקשורת עם אנשים אחרים תוך שימוש באמצעים אלקטרוניים.

66 על פסק דין זה הוגש בג"ץ על ידי אפיקי מים שטרם נדון.

אחד מפסקי הדין הבודדים שניתנו באירופה לעניין זה ניתן על ידי בית המשפט האירופי לזכויות האדם, שמושבו בשטרסבורג, בעניין *Copland v. The United Kingdom*.⁶⁷ באותו מקרה נדונה טענת התובעת/העובדת כי המעביד שלה הפר את זכותה לפרטיות כשבדק שיחות בינה לבין עובד אחר שעמו נסעה לנסיעת עסקים במסגרת העבודה המשותפת (המעביד רצה לעמוד – באמצעות מעקב אחר השיחות – על טיב היחסים ביניהם כי חשד שהם חורגים ממסגרת העבודה).

בית המשפט ציין שם כי במועד הרלוונטי לא הייתה בחוק האנגלי כל זכות לפרטיות (בינתיים חוקק חוק מתאים – The Regulation of Investigatory Powers Act 2000. וכך *The Telecommunications (Lawful Business Practice) Regulation 2000*, אשר קבע נסיבות מסוימות ביותר שבהן מעביד יכול להקליט תקשורת אלקטרונית מכל סוג של עובדו או לעקוב אחריה אף ללא הסכמת העובד, אך על המעביד ליידע את העובד שאפשר לקרוא או לתפוס (Intercept) את התקשורת הזו.⁶⁸

באותו פסק דין של בית הדין לזכויות האדם פסק בית הדין לזכות העובדת בהסתמכו על סעיף 8 לאמנה לזכויות האדם, וקבע כי אין זה משנה אם המעביד השתמש באותם נתונים אם לאו, עצם איסוף המידע הנוגע לתקשורת הטלפונית ואחסונו ללא ידיעת העובדת הם הפרה של זכותה לחיים ולתקשורת פרטיים, ולעובדת נפסקו פיצויים על ידי בית הדין. חשוב לציין בהקשר זה כי לא דובר שם על האזנה כלשהי לתוכן השיחות (שגם היא ממילא האזנת סתר אסורה, וכמו כן החוק האנגלי דורש הסכמת שני הצדדים לשיחה לשם כך) אלא על מידע שהתייחס רק למשך השיחות וליעדן.

נראה לי כי התוצאה שאליה הגיע בית הדין לזכויות האדם נכונה וראויה – אין מקום שמעביד יהא רשאי לעקוב אחר שיחות הטלפון של עובדיו ללא ידיעת העובדים, ואם המידע על נושא זה (למשל, יעד השיחות) רלוונטי ולגיטימי לצורך תכלית ראויה, כגון במסגרת הליך משפטי המתנהל בין הצדדים, וזו הדרך היחידה העומדת לפניו, או שיש בזה חשיבות מכרעת לבירור ולהכרעה בסוגיה מושא ההליך, יש לפנות תחילה לגורם שיפוטי ולקבל ממנו צו לעניין זה לאחר שהשתכנע בנחיצות גילוי המידע.

באשר לציטוט תוכן שיחות, בישראל וביתר מדינות העולם הנאור הדבר נופל ממילא בגדר חוקי האזנת סתר, ולפיכך מחוץ לענייננו במסגרת דיון זה.

אגב, אפשר להניח כי עמדתו של בית הדין לזכויות האדם לא הייתה משתנה לו עניין *Copland* היה מובא בפניו גם לאחר חקיקתם של החוק והתקנות משנת 2000 בכריטניה בשל

Copland v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application no. 67 62617/00.

68 לדיון רחב יותר בחקיקה זו ראו לעיל ה"ש 42. כן ראו ההנחיות שהוציאה הנציבה לענייני מידע בכריטניה 2003. The Employment Practices Data Protection Code.

עדיפותה ההייררכית (מבחינה משפטית) של האמנה לזכויות האדם על חקיקת פנים-מדינתית אם זו סותרת אותה.⁶⁹

פסק דין חשוב נוסף לעניין זה, שניתן אף הוא על ידי בית הדין לזכויות האדם, היה בעניין 'Halford v. United Kingdom'⁷⁰ שם באותו עניין הגישה הגב' הלפורד תלונה בשל הטרדה מינית נגד מעסיקתה – המשטרה. בהיותה קצינה בכירה עמדו לרשותה שני קווי טלפון במשרדה, האחד לצורכי עבודה והשני לשימושה הפרטי, וניתנה לה רשות לעשות שימוש בקו הפרטי בנוגע לתלונה שהגישה. המעסיק שלה (המשטרה) עקב אחר השיחות בקו הפרטי ועשה בתוכנן שימוש נגדה.

בית הדין קבע כי הייתה כאן הפרה חמורה של האמנה לזכויות אדם וגינה את מערכת המשפט בבריטניה על היעדר הגנה לפרט בנסיבות כאלו (ובכך אגב יצר את התמריץ לחקיקה שהוזכרה לעיל, שנעשתה בשנת 2000, מאחר שהאמנה קובעת כי אפשר לעקוב אחר תקשורת אלקטרונית (Interception of communication) רק לפי חוק, ובהיעדר כל חוק באותה עת בבריטניה לא התמלא תנאי בסיסי מקדמי זה).⁷¹

אפשר כי אותם כללים ועקרונות אשר ניתנו בהקשר של השימוש באינטרנט ובדוא"ל (מטרה לגיטימית ותכלית ראויה, מידתיות ושקיפות) יהיו גם הקריטריונים שינחו את בתי המשפט ובתי הדין במקרה שעניין כזה יובא בפניהם, ואלה גם הקריטריונים שראוי שיהיו נר לרגליהם של המעסיקים עצמם בהקשר זה במקום העבודה.

באשר למסרונים (SMS) שנשלחו או התקבלו בטלפון הנייד, נראה לי כי דינם צריך להיות כדין דוא"ל, ויש להתייחס אליהם באותו אופן ולהחיל עליהם אותם כללים שנקבעו בהסכם הקיבוצי שנחתם בישראל, שהם נכונים וראויים ליישום גם בעניינים. ודאי שעל פני הדברים מדובר בנתונים הנהנים מחזקת פרטיות, ואין מקום לדרוש לראותם ללא כל צידוק סביר, מוצדק וממשי (מה גם שבדומה לדוא"ל הם עשויים להכיל מידע בעל אופי אינטימי, הנוגע במישרין לצנעת חייו של העובד).

עוד ייאמר כי יש להבחין בין סוגיית המעקב לבין סוגיית השימוש, כפי שכבר נאמר בעניין השימוש במחשב. כוונתי היא כי מאחר שמדובר בטלפון (קווי, נייד, מכשיר קשר וכיו"ב) אשר המעביד מעמיד לרשות העובד, וככזה הוא ציוד של המעביד, אין מניעה כי לעניין עצם השימוש בו ולהיקף השימוש, הדבר יוסדר מראש בין העובד למעביד. ההסדר יכלול למשל את מספר השיחות שרשאי העובד לבצע על חשבון המעסיק בחודש, לפי אופי

69 ראו במאמרו של Jeffery, לעיל ה"ש 26, בעמ' 330–332, 305–308.

70 Halford v. U.K., 24 Eur. Court of Human Rights 523 (1997).

71 אך כאמור גם כאשר קיים חוק כזה, לא תמיד יש בכך כדי להכשיר את פעולת המעקב, ובמקרה של ביקורת שיפוטית על הפעולה לעמוד בקריטריונים של האמנה ושל אלו הקבועים בדירקטיבות הקיימות לעניין זה. ראו לעיל ה"ש 16–18.

העבודה (למשל, סביר כי לעובד שעיסוקו כרוך בשיחות עם לקוחות, כגון סוכן מכירות, יוקצו יותר שיחות מלנהג משאית), ובעלות השיחות שיחרגו מהמספר שנקבע (אם יהיו כאלה) יישא העובד.

ה. מעקב באמצעות מצלמות וידאו/מעקב שוטף

מכל צורות המעקב שהוזכרו עד כה, זוהי ללא ספק צורת המעקב הפולשנית ביותר – החודרת ישירות אל המרחב הפרטי של העובד, היינו הוא עצמו. גם בסוגיה זו יש מספר קטן מאוד של פסקי דין, ודווקא בארץ יש כמה פסקי דין שניתנו בעניין זה.

יש לומר כי לא אחת קיימת סיבה ומטרה לגיטימית של המעביד להתקין מצלמות וידאו, אבטחה או מעקב שוטף. למשל, כאשר מדובר במקום המצריך אבטחה מאחר שמוחזקים בו כספים או רכוש בעל ערך רב, כמו חדר כספות בבנק או חנות תכשיטים. במקרה כזה לא העובד הוא מושא המעקב, והמצלמה הותקנה בגלל אינטרס אחר, לגיטימי, אבל גם העובד מצולם באמצעותה (אפשר לומר כי במקומות כאלה קיום המצלמה אף תורם לביטחונם האישי של העובד, שכן היא מרתיעה עבריינים פוטנציאליים מלפגוע בו).

עם זאת חשוב לציין כי גם כאשר קיים אינטרס לגיטימי של המעביד (פרט למקרים חריגים ביותר), על המעביד ליידע את העובד באשר לקיום ציוד המעקב. עמדה זו מקובלת אף על המשפט האמריקאי, אשר ככלל, כפי שכבר נאמר קודם לכן, נוטה לכיוון העדפת אינטרס המעביד על חשבון זכות הפרטיות כפי שהיא נתפסת באירופה, ואולם גם שם מעקב נסתר נחשב לפסול ולא ראוי מאחר שיש בו אלמנט של חוסר הגינות ביחסי העבודה.

על פי שיטות המשפט והדין האירופי על המעביד ליידע את העובד, ופעמים רבות אף נדרשת הסכמה של העובד או של ועד העובדים / ארגון העובדים (אם קיים כזה), להתקנת ציוד מעקב גם כאשר מותר למעביד להתקינו, והדבר נופל בגדר הפרוגטיבה הניהולית שלו (בארצות אירופיות מסוימות מעקב נסתר אסור במפורש על פי דין, כך למשל בדין הגרמני). גם בתי המשפט בישראל ראו זאת באותו אופן. למשל, בעניין אייזנר נ' ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ⁷² דן בית הדין בתביעות שונות של זבנית בחנות שפוטרה אחר שגילתה כי המעסיק התקין מצלמות וידאו בחנות ללא ידיעתה, ובחמת זעם היא עקרה אותן ממקומן. בית הדין אמנם קבע שלמעביד פררוגטיבה לנהל את עסקו כרצונו, אך ראה בהתקנת

⁷² ד"מ (אזורי ת"א) 2734/00 אייזנר – ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ, פד"ע לט נא (2001).

המצלמות ללא ידיעת העובדת שינוי חד-צדדי של תנאי עבודתה. כן קבע כי צילום סמוי פוגע בפרטיות העובדת.

מפסק הדין עולה כי אמצעי המעקב צריך להיות מותאם למטרה קונקרטית (כגון מניעת גנבה על ידי לקוחות או להבדיל חשד למעילה של העובד), שעליה להיות לגיטימית, ושנית, כל עוד אין הדבר מפריע למימוש המטרה, יש להודיע לעובד על השימוש באמצעים. אמנם בפסק הדין לא היה דיון ספציפי על הזכות לפרטיות, אך עולה ממנו כי בית הדין סבור כי אכן קיימת זכות כזו, וזאת לאור הניתוח שם. בעניין ריבין נ' גרינקו⁷³ דן בית הדין בצילום עובדים ללא ידיעתם, ונתבקשה על ידי העובד פסילת קלטות שהמעסיק ביקש להגיש כראיה לפי סע' 32 לחוק הגנת הפרטיות. נקבע שם כי זכות המעסיק לניהול אינה בעלת אותו מעמד כשל הזכות לפרטיות, ובית הדין השתמש בניתוחו במבחנים של תום לב, סבירות ומידתיות כדי להגיע לתוצאת פסק הדין. מאחר שגם עקרונות אלה זקוקים לפירוט, הציב בית הדין כמה אמות מידה: תוכן המידע שבו מדובר (אם מדובר בענייניו האישיים של העובד), מקום הפגיעה הנטענת בפרטיות (אם מדובר ברשות היחיד או רשות הרבים) וסירוב לראות בעצם קיומם של יחסי עבודה משום הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיות. עוד נאמר במסגרת פסק הדין כי ככלל צילום אדם ללא ידיעתו, גם אם הוא במסגרת העבודה, פוגע בפרטיות.

עם זאת בנסיבות המקרה שנדון שם, מאחר שבית הדין בחן את ההגנות שמציע סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, ובעיקר את ההגנה על פעולה שנעשתה בתום לב ולשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע, וקרא לתוכו את עקרון המידתיות, הוא קבע כי חשד ספציפי לגנבה מקים הגנה כזו בכפוף לבחינת סבירות ומידתיות.

בעניין מוחי נ' מרכז משען⁷⁴ שם הוצבו מצלמות מעקב בגלל חשד מבוסס של המעסיק כי התובעות גונבות ממנו (והן גם הודו בכך כשעומתו עם הממצאים), נדחתה טענתן לפגיעה אסורה בפרטיות מאחר שנאמר כי המקום שבו צולמו לא היה רשות היחיד אלא אזור עבודה פתוח וגלוי לעין כול, ולא יכלה להיות להן כל ציפייה סבירה לפרטיות. אפילו הייתה פגיעה כזו, הוסיף וקבע בית הדין, גם אז עומדות לנתבעות ההגנות שמעניק חוק הגנת הפרטיות בס"ק 18, על פי מבחן המידתיות על כל חלקיו בנסיבות העניין. בעניין עדאקי נ' מרכז משען⁷⁵ נדון עניינו של קב"ט שפוטר מעבודתו משהתברר בין היתר שהציב מצלמות אבטחה וצויד תשתית הקלטה ללא ידיעתו של המנכ"ל החדש שנכנס לתפקידו וללא קבלת אישור ממנו, וכי המצלמה צילמה את המזכירה במקום במשך כל

73 עב' (אזורי חי') 2887/03 ריבין – גרינקו (פורסם בנבו, 2.11.2006).

74 עב' (אזורי חי') 2673/04 מוחי – מרכז משען (פורסם בנבו, 10.6.2008).

75 בש"א (אזורי ת"א) 4270/07 עדאקי – מרכז משען (פורסם בנבו, 21.6.2007).

שעות העבודה ללא ידיעתה ומבלי שהיה כל חשד כלפיה. בית הדין ראה את העניין בחומרה וקבע כי הייתה כאן הפרת פרטיותה של המזכירה שלא לצורך וללא כל הצדקה. מכל מקבץ הפסיקה שהובא לעיל עולה כי בתי הדין בישראל החלו ליישם את המבחנים בפועל כפי שקיימים למעשה גם בדין האירופי בסוגיה זו.

באשר למשפט המשווה העוסק בסוגיה של מצלמות המעקב, מלבד המקורות שפורטו בהרחבה בתחילת המאמר, ראוי לשים לב גם ל-*Uni Code of Practice on on-line at work*, שהוזכר לעיל, ועוסק גם בהסדרת סוגיה זו (אין לקוד זה תוקף של מעמד משפטי מחייב, אולם יש בו כדי להעניק השראה ולהתוות דרך לתקנונים והנחיות פרטניות שיכולים ארגוני עובדים ומעסיקים או עובדים ומעבידים פרטיים ליצור במקומות העבודה השונים).

דרך נוספת שננקטה להסדרת הנושא היא על דרך של הסכם קיבוצי, ושוב מובילה בלגיה בתחום זה – ראו ההסכם הקיבוצי שנחתם שם, ההסכם קיבוצי מס' 68 מתאריך 16.6.1998.⁷⁶ ההסכם – *Collective Labour Agreement No.68 on the protection of workers private – life as regards video surveillance in the workplace* – אשר בין היתר שאב השראתו מה-*ILO code of good practice of workers privacy* – נעשה בין נציגי העובדים והמעבידים כדי לקבוע גבולות ספציפיים מובנים וברורים בתחום צילום המעקב האלקטרוני במקום העבודה. ההסכם מתייחס לכל סוג ומין של ציוד צילום מעקב שכזה וקובע ארבע מטרות שבגינן – ורק בגינן – אפשר להפעיל מעקב שכזה, ואלו הן:

1. בטיחות וגהות;
2. הגנה על רכוש העסק;
3. מעקב אחר השפעת המיכון או העובדים על הליך הייצור;
4. מעקב אחר תפוקת העובדים.

אשר לשלושת הראשונים המעקב יכול להיות קבוע, למעט החלק השני של הסיבה השלישית, שכן אם מדובר במעקב אחר השפעת העובדים על תהליך הייצור (בשונה מהמיכון), על המעקב להיות זמני, והוא הדין בסיבה הרביעית.

הסעיפים החשובים בהסכם זה לענייננו הוא סעיף 7, הקובע כי המעקב "Should be appropriate, relevant and not excessive with respect to the objective" וכך סעיף 8 הקובע לגבי המעקב: "That it should not intrude into private life".

עוד קובע ההסכם כי חובה ליידע את נציגות העובדים בנוגע להכנסת מצלמות הווידאו ולהבהיר במפורש מהי מטרת המעקב, אם התמונות נשמרות, כמה מצלמות הותקנו ומהם מקום התקנתן ותקופת הפעלתן. כן יש חובת היוועצות בגוף זה אם קיים חשש כי למעקב מצלמות הווידאו תוכל להיות השפעה על חייהם הפרטיים של העובדים, שאז על המעביד

⁷⁶ www.eurofound.europa.eu/eiro/1998/inbrief/be9807150n.htm

לדאוג שהחדירה לפרטיות תהיה במידה הקטנה ביותר האפשרית. כאשר מדובר בבדיקת תפוקת עובדים, יש צורך בהסכמה משותפת (עובדים-מעבידים). עם זאת יש לציין כי למרות ההסכם הזה, שהוא פרי הסכמה ומשא ומתן בין נציגי העובדים והמעבידים, עובדים אינם רואים בעין יפה התקנת מצלמות מעקב, וב-2005 למשל פרצו בבלגיה שביטות על רקע התקנת מצלמות כאלה.⁷⁷

הסכסוך הדגים עד כמה נושא זה רגיש אצל עובדים. ככלל יש לומר כי רצוי וראוי להימנע ככל האפשר מהשימוש במצלמות מעקב אם העובד עצמו הוא מושא המעקב או חשוף לו ישירות, ואם מתקיימים מצלמות כאלה, הדבר צריך לעמוד במבחנים של מטרה לגיטימית ותכלית ראויה וכן במבחני המידתיות ותום הלב, ותוך הקפדה שהפגיעה בפרטיות העובד תהיה פחותה ככל האפשר. למשל, גם כאשר מותקנת מצלמת מעקב בחדר כספות של בנק, מטרה לגיטימית כשלעצמה ללא ספק, רצוי במידת האפשר לכוונה להשגחה על דלת הכניסה לכספות ולא על עובד חדר הכספות.

גם את ההגנה הקיימת בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות יש לפרש בכפיפות לאותם כללים שנמנו לעיל, היינו: תום לב, מטרה לגיטימית, תכלית ראויה ומידתיות ולא באופן גורף המכשיר כל אינטרס מרוחק של המעביד המנוי לכאורה באותו סעיף, ובאופן כזה אכן נהגו בתי הדין בארץ עד כה.

כן יש לחזור ולציין כי המעקב והתקנת מצלמות המעקב צריכים להיות ידועים לעובד ושלא יהיה מעקב נסתר, המעורר אסוציאציה למשטרים אפלים (חריג לכך יכול להיות למשל מקרה שבו יש יסוד סביר לחשד כי העובד מבצע עברה, והתקנת המצלמה נועדה לוודא חשד זה, וזאת לזמן מוגבל).

יש לזכור כי עצם הידיעה שקיימת מצלמת מעקב, ובעיקר כשהנעקב הוא אדם הגון, יוצרת אפקט פסיכולוגי לא קל,⁷⁸ וכי אווירה של חשדנות איננה יוצרת סביבת עבודה נעימה.

77 ראו הסכסוך שפרץ בחברת Strong Trailers at your service, שאפשר לקרוא עליו באתר: www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/10/articles/be0610069i/htm

78 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 4; הכינוס ה-17 של שופטי בתי הדין לעבודה באירופה, לעיל ה"ש 52. בהקשר זה, בכל המדינות שהגישו סקירותיהן מופיעים – בשינויים קלים – פחות או יותר אותם הסדרים ולפי העקרונות שצוינו לעיל, המוחלים בפועל כפי שנוהגים בתי הדין בישראל. מובן שמרבית המקרים אינם מגיעים כלל לדיון משפטי, ונותר רק לקוות כי המעבידים אכן נוהגים לפי עקרונות אלה, וכי העובדים מודעים לזכותם לפנות לערכאות לקבלת סעד במקרה שזכותם לפרטיות הופרה. מקרה כזה התעורר לאחרונה בגרמניה במקרה של חברת Lidl, אשר התקינה רשת מעקב הן באמצעות מצלמות וידאו והן באמצעות ציוד האזנה (אפילו בשירותים) וכן מעקב באמצעות בלשים, כדי להתחקות על סיבות העובדים להיעדרות, מחלות, חריגות בתפקידם ואפילו כמה זמן מבזבזת קופאית בשירותים ושיחות העובדות על כוונתן להרות

הייתי משאירה בצריך עיון את שאלת התקנת מצלמות מעקב אחר מטפלים בחסרי ישע (ילדים, נכים וקשישים תשושים), שהתעוררה לאחרונה בכמה מקרים. דעתי היא כי אין מקום להפוך אדם למושא מעקב על דרך השגרה אך ורק בשל טיפולו בחסר ישע וללא כל חשד סביר שאכן הוא מבצע עברה. מובן שכאשר מתעורר חשד סביר ומבוסס לכאורה אין כל מניעה להתקין מצלמה כאמור כדי לאמת או לשלול זאת, והדבר אף עומד בכל הקריטריונים.

1. חיפוש בשער המפעל ומעקב אחר עובדי שטח (איכון)

1. בדיקות בשער המפעל

באשר לחיפוש בשער המפעל (Theft checks), נראה כי גם בנושא זה הקדימה בלגיה מדינות אחרות, והחל מינואר 2007, בעקבות הסכמה שתחילה הושגה בין העובדים והמעבידים במדינה, בהסכם קיבוצי מס' 89, ולאחר מכן הפכה לחוק,⁷⁹ יש עקרונית זכות למעבידים לבדוק את היוצאים את שערי המפעל בבדיקות אקראיות לאיתור גנבות, לרבות עובדים, עובדים עצמאיים, קבלני משנה, נושאי שירות וספקים. את הבדיקה אפשר לבצע רק לאחר קבלת הסכמה מראש של הנבדק.

כמו כן אפשר לבדוק עובדים ספציפיים כאשר קיים חשד מבוסס של גנבה. כמה כללים נקבעו לצורך זה, והחשובים שבהם הם אלה: איסור על בדיקה גופנית (המותרת רק על ידי קצין משטרה); על המעביד להבהיר מה נחשב גנבה; הבדיקות האלה (theft checks) מותרות רק למניעת גנבות או תפיסה בעת גנבה, אך לא לבדיקה ביצוע עבודה או נוכחות

וכיו"ב. נציגות העובדים – Works councils – ממילא כמעט שאינה קיימת שם, מאחר שהחברה מצליחה למנוע כמעט לגמרי את קיומה במפעליה (בניגוד גמור לנוהג המקובל בגרמניה), והעובדים לא ידעו דבר על קיום ציוד המעקב והתקנתו, וכך אף לא מינתה חברת Lidl נאמן מידע כנדרש על פי החוק הגרמני במקרה של התקנת מעקב שכזה. נאמן הבטחת חופש המידע של המדינה, שהדבר נודע לו, התערב ונקט צעדים נגד החברה, וזו נקנסה בסכום של 1.5 מיליון אירו. בעקבות מקרה זה ומקרים אחרים של הפרת פרטיות עובדים שהתרחשו בגרמניה (בהקשר שאינו מושא מאמר זה דווקא) קיים היום דיון רציני בגרמניה על הכוונה ליזום חקיקה ספציפית בנושא הגנת הפרטיות בהקשר של עולם העבודה מלבד חקיקת הפרטיות הקיימת כיום שאינה ספציפית ליחסי עובד ומעביד. כן נקבע בגרמניה על ידי בית המשפט הפדרלי לעבודה כי מעקב מותר רק בכפוף לעקרון המידתיות, וכי על הגבלת הזכות לפרטיות (המוגדרת בגרמניה כ־Personality right) להיות ביחס הולם למידת הצורך במעקב. הדברים מופיעים בסקירת הדין הגרמני, שהובאה על ידי השופטת Annelie Mavquardt במסגרת כינוס השופטים הנ"ל בנושא הפרטיות במקום העבודה.

79 www.eurofound.europa.eu/2006/12/articles/be0612029i/htm

בעבודה; הבדיקה תיעשה באמצעות מכשיר מערכת אלקטרונית, כחלק מתכנית מניעת גנבות; על הבדיקות להיות סבירות ושקופות באמצעי הפוגע אך פגיעה מינימלית בפרטיות העובד; על העובד הנחשד בגנבה לתת תחילה הסכמתו לבדיקה; אם אירעה גנבה, אמצעי הבדיקה יונהגו בדיסקרטיות ותועבר הודעה בכתב למעביד שעותק ממנה יימסר גם לעובד. בדומה למה שצוין קודם לכן בנוגע להסכם הקיבוצי בעניין מעקב במצלמות מעקב ובווידאו, גם כאן נדרש מתן אינפורמציה לנציגי העובדים או לעובדים עצמם, בהיעדר נציגות כזו, על כל פרטי הסדרי הבדיקה במקום העבודה, שאם לא כן היא הופכת לבלתי חוקית, דבר הגורר בעקבותיו סנקציות מנהליות ופליליות.

נראה כי כללים כגון אלה שאומצו בבלגיה לעניין זה שואפים ליצור איזון עדין בין הצורך של המעביד בבדיקות מסוג זה מחד ובין פרטיות העובד מאידך. עם זאת ייתכן כי מנגנון בדיקה שכזו כשגרה עשוי ליצור את התחושה הלא נוחה של חשדנות הדדית, שאינה גורם חיובי במערכת יחסי העבודה, ולפיכך דעתי היא כי לא ראוי לאמץ שיטה כזו אלא אם כן במקום עבודה מסוים אכן מתעוררים חשדות סבירים של גנבות שיטתיות על ידי עובד או קבוצת עובדים.

יודגש כי הן בישראל הן במרבית מדינות האיחוד האירופי אסור למעביד לבצע חיפוש גופני על גופו של העובד.⁸⁰

2. איכון

בישראל התעוררה סוגיה זו של מעקב אחר עובדי שטח בפסק הדין שניתן בעניין הסתדרות העובדים החדשה נ' תש"ן תעשיות נפט ואנרגיה בע"מ.⁸¹ באותו עניין בדק המעסיק את הדוחות שמילאו עובדים ששימשו בתפקיד סיירים של קווי דלק ברחבי הארץ על מקום הימצאם במשך יום העבודה והשווה אותם לדוחות שהופקו ממכשיר איכון שהותקן ברכב העבודה שבו השתמשו (מכשיר איתוראן). ההשוואה העלתה כי העובדים דיווחו על סיורים לאורך קו נפט בעת שהיו במקום אחר.

העובדים ביקשו לפסול את הראייה בטענה כי היא פוגעת בפרטיותם, ובית הדין דחה טענה זו וקבע את הדברים האלה:

80 ראו הסקירות של המדינות השונות בכינוס ה-17 של שופטי בתי הדין לעבודה באירופה, לעיל ה"ש 52, רק בשלוש מתוכן יש אפשרות של בדיקה גופנית. וגם זאת בתנאים מסוימים בלבד ובמגבלות, למעביד או מי מטעמו, לבצע גם בדיקה פיזית של העובד, וזאת בהונגריה, באירלנד ובספרד. ביתר המדינות בדיקה גופנית יכולה להתבצע רק על ידי איש משטרה.

81 ס"ק (אזורי ב"ש) 1026/06 הסתדרות העובדים החדשה – תש"ן תעשיות נפט ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2006).

“איתור מקום הימצאם של העובדים בזמן העבודה עת מדובר בעבודה שמטבעה הינה ניידת, אינו פוגע בפרטיות, והוא בא לסייע בידי המעבידים לפקח על העובדים. זאת במיוחד כאשר העובד מוסר מידע בדוחות הנוכחות היכן הוא נמצא והבדיקה של המעביד נעשית בדיעבד”.

נראה לי כי גישה זו נכונה. בעת שעבודה מתבצעת רובה ככולה בשטח שבו למעביד לא יכול להיות פיקוח עליה, אין כל פגם בבדיקת המעביד באמצעות איכון אם אכן העובד מצוי בעבודה או באזור שבו אמור להימצא, ואינני רואה בכך חדירה אסורה לפרטיותו, אך זאת בשני סייגים: האחד, על העובד לדעת מראש, ויש ליידע אותו על כך במפורש, כי המכשיר משמש את המעביד גם לאיתור מקום הימצאו, ולא רק למשל לצורך דיווח על הקילומטרוֹ שעושה הרכב. הסייג השני הוא כי בשונה מהדיווח על מקום הימצאו של העובד, שזוהי זכותו של המעביד לדעת כדי לוודא שהעובד אכן נוכח בעבודה, אין על המעביד ככלל לתחקר את העובד כדי לדעת היכן בדיוק היה בעת שדיווח דיווח שקרי על הימצאו במקום אחר לצורכי עבודה מעבר לנדרש, אלא אם קבלת המידע דרושה למטרה לגיטימית. למשל, אם חילק באותו זמן סחורה למתחרה של המעסיק, הידיעה היכן בדיוק היה ומה עשה באותו זמן אכן רלוונטית, אך לא כן הדבר אם במקום להימצא בשטח לצורכי עבודתו, העובד למשל מנהל רומן ונמצא באותו זמן במקום אחר עם אישה שאינה אשתו. שמה ופרטיה של האישה שעמה בילה ופרטים אינטימיים אחרים שאינם ממין העניין וחדורים לצנעת חייו של העובד צריכים ליהנות מהגנת הפרטיות.

במקרה האחרון די בעצם קבלת המידע שבעת שהעובד היה אמור להימצא במקום מסוים לצורך ביצוע עבודתו, בבדיקת האיכון הוכיחה כי שהה במקום אחר לגמרי. יש להוסיף ולומר בהקשר זה כי לאחר שיצא תיקון מס' 24 לחוק הגנת השכר,⁸² ומאחר שסעיף 26ב' לחוק הגנת השכר – שהוסף במסגרת התיקון הזה – שינה את נטלי ההוכחה לעניין שעות עבודה ושעות נוספות והעבירו אל שכם המעביד, הרי שאין למעביד כל דרך לבדוק היכן עובדי השטח היו בשעות העבודה ולוודא כי דיווחיהם, ככל שהם מדווחים, הם דיווחי אמת. אין כל היגיון למנוע מהמעביד להשתמש באיכון, בהיותו הכלי היחיד כמעט העומד לרשותו כדי להוכיח היכן היה העובד בזמן מסוים,⁸³ והוא הדין במקרה ההפוך, כאשר העובד יבקש להשתמש בנתוני האיכון כדי להוכיח שאכן היה במקום שבו נדרש להיות לצורכי עבודה ומתי.

82 חוק הגנת השכר (תיקון מס' 24), התשס"ה–2008, שהתקבל בכנסת ביום 24.6.2008.
83 אגב, גם באירופה הוכרה אפשרות מעקב מעביד אחר עובד בנסיבות שאין לו אפשרות אחרת מאחר שמדובר בעבודה המתבצעת שלא בשטח המפעל/העסק, כעולה מסעיף 6 של Framework Agreement on Telework, המאפשר monitoring.

בשולי הדברים ייאמר שאין סיבה שהמעביד יעקוב אחר מעשי העובד מחוץ לתחום המפעל ומעבר לזמן העבודה (שוב, אין מדובר במקרה של חשד ממשי ומבוסס למעשים פליליים, העשוי להיות חריג מותר לכלל זה). כך נקבע למשל בפסק הדין בעניין צוקרמן נ' מורגנשטרן.⁸⁴

ז. שונות

רציתי להתייחס על קצה המזלג לעוד שני נושאים שעשויים לעורר שאלות בנוגע לנושאי הדין כאן: האחד הוא הנוהג הקיים בחברות מסוימות העוסקות במהותן או כחלק מפעילותן במתן שירות טלפוני ומקליטות את השיחות בין המוקדן/נותן השירות לבין הלקוח (כנראה מוכרת לכולנו אמירתו של המענה הקולי: "חלק מהשיחות מוקלטות לשיפור השירות..."). לדעתי, סיטואציה זו, אף על פי שלכאורה מעוררת שאלה לעניין פרטיות, בפועל אינה כזו. ההודעה עצמה מיידעת הן את הלקוח והן את נותן השירות כי נעשית הקלטה כזו, או לפחות קיימת אפשרות כזו. לפיכך ודאי שאין כאן מעקב נסתר. השיחות הללו מעצם טיבן וטבען אינן נושאות כל אופי אינטימי אלא נועדו לצורכי עבודה במובהק (פר אקסלנס), ומלבד מטרתן המוצהרת של הקלטות – לתת למעביד אינדיקציה לאופן מתן השירות, ליעילותו ואדיבותו של נותן השירות מטעמו – שהיא מטרה לגיטימית כשלעצמה, ייתכן אף כי במידה מסוימת הן אף מגנות על נותן השירות מפני לקוח מטריד או מאיים שידיעתו כי השיחה תוקלט ממתנת את אופן השיח שלו. מכל מקום, ברור כי שיחות אלה אינן נושאות אופי פרטי, ולפיכך הן עומדות בכל הקריטריונים של מבחן המטרה, המידתיות והשקיפות.

עם זאת תשובתי הייתה שונה לו היה מתברר כי ההקלטה מתקיימת גם בקו שאינו אמור לשמש למטרת שירות לקוחות במקום, וללא יידוע נותן השירות, כשהוא לתומו מניח, ואך סביר שיניח, כי בקו זה הוא יכול לנהל שיחות בעלות אופי פרטי ואישי. נושא נוסף שביקשתי להתייחס אליו נוגע לשמירת הקבצים על גבי מחשב המעביד. הנושא מוסדר כיום לפחות במגזר הפרטי על ידי ההסכם הקיבוצי שנחתם בישראל, בסעיף 3ד' שבו, אך מצאתי לנכון לומר בעניין זה מילים מספר, מאחר שבמגזר הציבורי עדיין אין הסדר חוקי בסוגיה זו.

קבצים שהעובד שומר על גבי המחשב יכולים להיות קבצים לצורכי עבודה או קבצים פרטיים שלו שאין בין תוכנם לבין ביצוע עבודתו דבר. בעניין הקבצים הפרטיים אמורה

84 ת"א (מחוזי ת"א) 1285/89 צוקרמן נ' מורגנשטרן (פורסם בנבו, 14.12.1999).

לחול חזקת הפרטיות, וגם הכללים שנקבעו בהסכם הקיבוצי אמורים לחול בעניינם בדיוק כמו בעניין דוא"ל פרטי, ואפשר להקיש מהסדר זה גם למגזר הציבורי. באשר לקבצים המשמשים לצורכי עבודה נראה לי כי בעת שעובד נעדר מעבודתו – אם עקב מחלה, חופשה או מכל סיבה אחרת – והכניסה לקבצים דרושה לצורך העבודה השוטפת, אין מניעה כי המעביד או מי מטעמו יעשו כן, אם כי רצוי מאוד ליידע את העובד שהדבר עומד להיעשות, ככל שהדבר אפשרי, ואלא אם הצורך להיכנס לקבצים דחוף ואינו סובל כל דיחוי.

ח. סיכום

השימוש הגובר והולך בתקשורת האלקטרונית ובטכנולוגיה המתפתחת ומשתכללת בתחום זה בעידן המדיה הדיגיטלית שבו אנו חיים, מציב בפנינו אתגרים חדשים. יש לציין שלצד יתרונותיה של הטכנולוגיה המתפתחת קיימים גם אימים וסכנות על פרטיותנו בחברה המודרנית בכלל וכעובדים בפרט, בהיקף שלא נודע בעבר.

הסוגיה של מעקב אחר עובדים היא מורכבת, ויש בה אינטרסים וזכויות מנוגדות: מחד זכות המעביד לקניין ולפררוגטיבות ניהוליות ולציפייתו הסבירה כי העובד יעמיד עצמו לרשות העבודה, ומאידך זכות העובד לפרטיות ושמירה על צנעת חייו גם במסגרת העבודה. במאמר זה השתדלתי לבחון את הסוגיה מאספקטים שונים שלה, לרבות הפניה לפסיקה מקומית וזרה ולמשפט משווה, ככל שהיו כאלה.⁸⁵

נקודת המוצא צריכה להיות כי מעקב מכל סוג שהוא מלווה בפגיעה בפרטיות, גם כשמטרתו לגיטימית, ויוצר אי־נוחות אצל העובד.

ככלל, המעביד הסביר איננו חשדן כפייתי, וגם העובד הסביר מגיע למקום העבודה כדי לעבוד ולא כדי לגנוב ולרמות את מעסיקו. לפיכך ראוי כי סוגיות אלה יוסדרו, ככל האפשר, באווירה של כבוד הדדי תוך שיתוף פעולה ואיזון ראוי של האינטרסים המביאים בחשבון את צורכי שני הצדדים שבמשוואה, כפי שנעשה בהסכם הקיבוצי שנחתם לאחרונה בישראל בנושא השימוש במחשב. ההסכם הקיבוצי הוא דרך ראויה מאין כמותה למציאת פתרונות משותפים ומוסכמים על שני הצדדים תוך שמירת עקרונות המטרה הלגיטימית, תכלית ראויה, מידתיות, תום לב ושקיפות, התורמים לשרטוט גבולות ידועים וברורים לשני הצדדים, וזאת כדי לשמור על האווירה הטובה וההוגנת במקום העבודה, המשרתת בסופו של יום את האינטרסים של שני הצדדים.

85 בהיעדר חקיקה ספציפית בתחום זה באשר לעולם העבודה, ולנוכח מיעוט פסיקה מנחה בכל המדינות, יש תרומה רבה בהחלפת רעיונות ובלמוד פתרונות שהועלו בארצות שונות תוך הפריה הדדית, וזו אף הייתה מטרת הכינוס ה־17 של שופטי בתי הדין לעבודה באירופה, לעיל ה"ש 52. כן ראו Wallach, לעיל ה"ש 7.

חלק חמישי – משפט עבודה קיבוצי

התארגנות עובדים בישראל: מגמות, היבטים משפטיים ומדיניות

מאת

סטפן אדלר*

מאמר זה מוקדש לחברתי סגנית הנשיא השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין. זכות הייתה לי לעבוד לצד אליקה שנים רבות, ללמוד ממנה, מהילוכה, מטוב לבה וחכמתה. מאז ומעולם היו זכויות העובדים במקום העבודה בנפשה של אליקה והיא פעלה להגשמתן. אליקה ראתה בעובדים ובמעסיקים שותפים במקום העבודה, והדגישה את החשיבות שביישוב סכסוכי עבודה בהסכמה ובהידברות. בפסיקתה העלתה אליקה על נס את הזכויות החברתיות במקום העבודה בכלל ואת חובות תום הלב והגילוי במסגרת יחסי העבודה האישיים והקיבוציים בפרט. דברים אלה באו לידי ביטוי בין היתר בהליכים בעניין התארגנות עובדים, ואנו נייחד להם התייחסות במסגרת מאמר זה.

מבוא – על התארגנות עובדים בישראל. א. ביצור מעמדה של הזכות לחופש ההתארגנות במשפט הבין-לאומי, ובפסיקה ובחקיקה בישראל; 1. המשפט הבין-לאומי והפסיקה בישראל; 2. החקיקה בישראל. ב. יישום הזכות לחופש ההתארגנות בפסיקה; 1. הפסיקה בעניין כלים שהמעסיקים נוקטים למניעת התארגנות או לניתוק "הקשר הקיבוצי"; 2. הגנה על התארגנות עובדים ראשונית. ג. הגדרת יחידת המיקוח; 1. פתח דבר; 2. שינוי יחידת המיקוח במפעל מאורגן; 3. קביעת יחידת המיקוח בהתארגנות ראשונית; 4. קביעת יחידת המיקוח בנסיבות של קונפליקט בין ארגוני עובדים; 5. שיקולי מדיניות בקביעת יחידות מיקוח. סיכום: התארגנות עובדים – חברה, כלכלה ומשפט.

* נשיא בית הדין הארצי לעבודה בדימוס. אני מודה לעו"ד אפרת קוקה על עזרתה בהכנת המאמר לפרסום ולסגנית הנשיא השופטת לאה גליקסמן כוכבי על הערותיה.

מבוא – על התארגנות עובדים בישראל

התארגנות עובדים בארגוני עובדים קנתה לה אחיזה של ממש במרוצת מאה השנים האחרונות במדינות מערביות רבות. ההתארגנות צמחה על רקע לחץ כלכלי, תנאי עבודה ירודים או בהשפעת התנועה הסוציאליסטית. יש מדינות שבהן צמחה ההתארגנות על בסיס פוליטי, וארגוני העובדים היו בעלי זיקה לתנועות פוליטיות. במדינות אחרות, דוגמת ארצות הברית, צמחו ארגוני עובדים עצמאיים, א-פוליטיים, שמטרת קיומם הייתה אחת: קידום תנאי עבודתם של חברי הארגון. יושב הראש הראשון של "פדרציית העבודה האמריקאית" (AFL), מר סמואל גומפרס, הכריז כי האיגוד המקצועי בראשותו פועל אך ורק לשם השגת יעדים כלכליים, ובלשונו: "we want more"¹. באמרה ידועה זו ביקש גומפרס לחדד את ההבדל בין ארגוני העובדים הא-פוליטיים בארצות הברית לבין הארגונים האירופיים שהיו קשורים למפלגות השמאל הסוציאליסטיות או הקומוניסטיות.

התארגנות העובדים בישראל אימצה על פי רוב את "המודל האירופי" של ארגוני עובדים שהם בעלי זיקה לבסיס מפלגתי או השקפתי, אולם היא הייתה בעלת מאפיינים ייחודיים. התארגנות העובדים בישראל כוננה טרם ייסודה של תשתית כלכלית למשק הארץ-ישראלי. ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (להלן: ההסתדרות או ההסתדרות הכללית) הוקמה בראשית שנות העשרים של המאה הקודמת כאיגוד מקצועי, ועד מהרה הפכה לגוף כלכלי חזק וחשוב במשק הישראלי, שסיפק מקומות עבודה לחבריו. באותה תקופה ובמשך שנים לאחר מכן מילאה ההסתדרות פונקציות חשובות במשק של טרום-המדינה, ובהן היותה מעסיק גדול שהחזיק בבעלותו חלק ניכר מהמשק הישראלי; הענקת שירותי רווחה במובן הרחב – בריאות (קופת חולים כללית), קרנות פנסיה, תרבות וחינוך (מועדונים, הוצאת ספרים, עיתון); היותה איגוד מקצועי שייצג את מרבית העובדים בישראל; היותה חלק מרכזי מתנועת העבודה. עובדות היסטוריות אלה והרוח הסוציאליסטית והקיבוצית שנשבה בארץ בשנותיה הראשונות של המדינה שופכות אור על שיעורי החברות הגבוהים בהסתדרות בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, שהיו כ-80%–85% משוק העבודה בישראל. זאת משום שלעומת מדינות אחרות שבהן הקימו יזמים קפיטליסטים מפעלים, והתארגנות העובדים צמחה מקרב העובדים, בישראל של שנות העשרים אירעו הדברים בסדר הפוך: העובדים התארגנו בהסתדרות, והיא שהקימה מפעלים וסיפקה מקומות עבודה. בדרך זו החלה התארגנות העובדים בהסתדרות הכללית במשק של

1 Samuel Gompers, יהודי אזור ארצות הברית, היה הנשיא הראשון של ה-AFL. האמרה המלאה הידועה שלו בעניין מטרת האיגוד המקצועי היא זו: "We do want more, and when it becomes more, we shall still want more. And we shall never cease to want more until we have received the reward of our labor".

טרום-המדינה. לאחר קום המדינה התרחבה התארגנות העובדים בהסתדרות בשל ה"חפיפה" בין החברות בהסתדרות הכללית לבין החברות בקופת החולים הכללית. מבחינת מבנה המשק הישראלי באותה תקופה אפשר לומר כי הוא התאפיין בקיומו של מגזר ציבורי והסתדרותי מאורגן גדול מאוד ולצדו מגזר פרטי צנוע, שהיה גם הוא מאורגן ברובו.

בשל אופי התהוותה של העבודה המאורגנת בישראל לא התפתח בה מודל מנהגי של התארגנות עובדים, והמשפט הישראלי לא נדרש לפתח הלכה סדורה בסוגיית ההתארגנות או בעניינים הכרוכים בה. בשנים שלאחר הקמתם של בתי הדין לעבודה עסקו מרבית הסכסוכים הקיבוציים בשאלות בעניין פרשנות הסכמים קיבוציים, דיני שביתות, פיטורי צמצום וכיוצא באלה, והעיסוק בסוגיות משפטיות הנוגעות להתארגנות עובדים היה מועט. ככל זאת נדונו באותה תקופה כמה עתירות של קבוצות עובדים לייצוג נפרד – בתוך ההסתדרות או מחוצה לה.²

באמצע שנות השמונים ובשנות התשעים של המאה הקודמת נקלעו גופים הסתדרותיים גדולים למשבר כלכלי חמור,³ וההסתדרות איבדה את השליטה בגופים כלכליים גדולים דוגמת בנק הפועלים,⁴ חברת הבנייה "סולל בונה", "הפועל" ואחרים. מאוחר יותר איבדה ההסתדרות את השליטה גם בקרנות הפנסיה ההסתדרותיות.

באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת חלה ירידה חדה בכוח העבודה המאורגן בישראל, שהייתה תוצאה של גורמים שונים, ובעיקר של אלה: חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שנכנס לתוקף ביום 1.1.1995, וההפרדה בין החברות בקופות החולים לחברות בהסתדרות הכללית; "האטת" המגזר ההסתדרותי וצמיחת המגזר הפרטי ובמרכזו ענף ההיי טק שאיננו מאורגן; שינויים מבניים במשק. בסופו של התהליך נותרו כ-33%-40% מהשכירים במשק מאורגנים, על פי רוב במגזר הציבורי, ועל כ-60% מהשכירים במשק חלים צווי הרחבה. וכך נכון להיום, על כ-40% מהשכירים במשק אין חלים הסכמים קיבוציים או צווי הרחבה.

2 דב"ע (ארצי) לה/5-1 מרקוביץ – ההסתדרות הכללית, פד"ע ו 197 (1975); דב"ע (ארצי) מב/5-2 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – אגודת העובדים הבכירים בפז, פד"ע יד 367 (1983). ראה גם: דב"ע (ארצי) ל/5-1 ארגון דוורי ישראל – מדינת ישראל, פד"ע א 7 (1969).

3 לדוגמה: חברת כור נקלעה לפשיטת רגל בשנת 1988 והתאוששה ממנה בתוך כמה שנים.

4 בנק הפועלים "הולאם" בשנת 1983 עקב "משבר מניות הבנקים". מאז 1983 ועד 1996 היה הבנק מוחזק בשליטת המדינה. בשנת 1996 נמכר גרעין השליטה בבנק לקבוצת אריסון-דנקנר והוא מוחזק מאז בידיים פרטיות.

חרף הירידה החדה בכוח העבודה המאורגן בישראל אי אפשר להצביע על פעילות נמרצת, בולטת או כוללת של ארגוני עובדים להביא לארגון מקומות עבודה בלתי מאורגנים במחצית השנייה של שנות התשעים. ייתכן שהסיבה לכך הייתה נעוצה בחוסר ניסיונם של ארגוני העובדים בישראל בארגון מקומות עבודה בלתי מאורגנים. עם זאת היו באותה תקופה כמה ניסיונות התארגנות שצמחו בענפים או במקומות עבודה ששררו בהם תנאי עבודה ירודים או יחסי אנוש לקויים. ניסיונות התארגנות מועטים אלה הביאו לשערי בית הדין לעבודה במחצית השנייה של שנות התשעים של המאה הקודמת "סנוניות ראשונות" של סכסוכי עבודה שעסקו בסוגיות משפטיות הנוגעות להתארגנות עובדים. סכסוכי עבודה אלה נגעו בעיקר לשני עניינים: (א) עתירות הנוגעות להתארגנות ראשונית של עובדים, כמו פסקי הדין מפעלי תחנות⁵ והורן את לייבוויץ;⁶ (ב) עתירות בעניין חוקיותן של פעולות שונות שנקטו מעסיקים לניתוק יחסי העבודה הקיבוציים במפעל, להחלשתם או לביטול הסכם קיבוצי קיים. כאלה היו פסקי הדין דלק⁷ וחיפה כימיקלים.⁸

בשנים האחרונות צובר הדין בהתארגנות עובדים ובסוגיות הכרוכות בה תאוצה רבה, עד שאפשר לתארו כמי שעומד במרכז השיח של המשפט הקיבוצי העדכני המתפתח. הצבתו של הנושא במרכז סדר היום של המשפט הקיבוצי נעוצה בתמורות המתחוללות ביחסי העבודה בישראל בשנים האחרונות, שהן תוצאה של גורמים שונים, ובכללם רצונם של עובדים רבים להתארגן; כניסתם של ארגוני עובדים חדשים, דוגמת "כוח לעובדים" – ארגון עובדים דמוקרטי (להלן: כוח לעובדים) למגרש יחסי העבודה; הגברת פעילותם של ארגוני עובדים קיימים, דוגמת הסתדרות העובדים הלאומית (להלן: הסתדרות הלאומית). פעילותם של ארגוני עובדים אלה, שאף המריצה את פעילותה של ההסתדרות הכללית לארגון מקומות עבודה בלתי מאורגנים, הביאה לפתחם של כתי הדין לעבודה כמה וכמה הליכים שעסקו בהיבטים שונים של התארגנות עובדים.

במאמר זה אבקש לאפיין את התמורות ביחסי העבודה הקיבוציים בישראל לאורך השנים; את ההתפתחויות שחלו בחקיקה ובפסיקה על רקע המציאות המשתנה של יחסי העבודה בישראל; את התמודדותה של הפסיקה עם סוגיות הכרוכות בהתארגנות עובדים – זאת מתוך מבט לעתיד יחסי העבודה ומשפט העבודה בישראל.

- 5 דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996).
- 6 עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את לייבוויץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000).
- 7 דב"ע (ארצי) 98/4-10 "דלק", חברת הדלק הישראלית בע"מ – ההסתדרות הכללית, פד"ע לג 337 (1998).
- 8 דב"ע (ארצי) נו/44-4 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ההסתדרות במרחב חיפה, פד"ע ל 216 (1997).

א. ביצור מעמדה של הזכות לחופש ההתארגנות במשפט הבין-לאומי, בפסיקה ובחקיקה בישראל

1. המשפט הבין-לאומי והפסיקה בישראל

חופש ההתאגדות הוכר כזכות אדם אוניברסלית⁹ במסמכים שאימץ האו"ם, באמנות של ארגון העבודה הבין-לאומי (ILO)¹⁰ ובהצהרה בדבר עקרונות היסוד והזכויות בעבודה שקיבל ארגון העבודה הבין-לאומי בוועידה שהתקיימה בשנת 1998.¹¹ יסודה של הזכות לחופש ההתאגדות הוא בזכות לחירות אישית, שהתארגנות קבוצתית משמשת בסיס למימושה, בדרך של הגשמת יעדים משותפים. זכות ההתארגנות בארגון עובדים מאפשרת מתן קול לאלה שקולם מוחלש במסגרת הממוסדת המקובלת; תורמת לקידום ההליך הדמוקרטי ולהבטחת החופש הכלכלי והחברתי של כל אזרח במדינה. זכות ההתארגנות מאפשרת את הגשמת יעדיו של משפט העבודה הקיבוצי, ובכללם איזון החסר הדמוקרטי (democratic deficit); השמעת קולם של העובדים והגדלת השתתפותם, ולו במידת-מה, בניהול המפעל; יתר-שוויון בין העובדים עצמם; יתר יעילות של המפעל, כשעצם היחסים הקיבוציים מרחיבים את שיתוף הפעולה מצד העובדים, מצמצמים עלויות של ניהול משא ומתן עם קבוצות עובדים שונות ומאפשרים רציונליזציה של השקעת המשאבים במקום העבודה תוך חשיבה כללית ולטווח רחוק.¹² זכות ההתארגנות לא עוגנה בחוק הישראלי עד שנת 2001, למעט הוראות חוק שעסקו בכך בעקיפין.¹³ מהות הזכות, מעמדה, היקפה, מאפייניה והשלכותיה המעשיות לא פורטו בספר החוקים, ובית הדין לעבודה נדרש לקביעת מעמדה של הזכות, היקפה ויישומה בחיי המעשה על פי עקרונות היסוד של משפט העבודה.

- 9 ראה ספרה של פרופ' רות בן ישראל דיני עבודה כרך ג 860 (2002).
- 10 אמנה בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתאגד, כ"א 59 (נפתחה לחתימה ב-1948); אמנה בדבר הפעלת הזכות להתארגנות ולמיקוח קולקטיבי, כ"א 277 (נפתחה לחתימה ב-1949).
- 11 ראו למשל: דיון (ארצי) מד/5-2 שקט – ההסתדרות הכללית, פד"ע יז 140, 150 (1985); דיון (ארצי) נה/4-30 "עמית", הסתדרות עובדים מכבי – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע כט 61, 78-80 (1995) (להלן: עניין עמית); בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63 (1997) (להלן: בג"ץ עמית).
- 12 Guy Davidov, *Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope*, 20 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 81, 82-93 (2004).
- 13 ס' 3-4 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; ס' 25(א)(ב3) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

הפסיקה ביצרה את מעמדה של הזכות לחופש ההתאגדות וקבעה כי אף שהזכות אינה מעוגנת בחוק החרות, מעמדה הוא כשל זכות יסוד חוקתית.¹⁴ בפסק דין עמית של בית הדין הארצי לעבודה (להלן: פסק דין עמית) הוכרה זכות ההתארגנות כזכות יסוד ראשונה במעלה, בעלת מעמד חוקתי, ובית הדין הטעים כי "חופש ההתאגדות הוכר בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר, בשורה ארוכה של פסקי-דין של בית המשפט העליון ושל בית-דין זה".¹⁵ כמה שנים לאחר מכן בפסק דין הורן את ליבוּבִיץ נאמר כך: "חופש ההתאגדות נמנה על הזכויות החברתיות שזכו להכרה במשפט העבודה הבינלאומי. חופש ההתאגדות זכה להכרה כזכות יסוד חוקתית אף בארץ".¹⁶ כך כתב גם הנשיא אהרון ברק בספרו "פרשנות במשפט": "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בחובו את זכותם של עובדים ומעבידים 'להתארגן', כלומר להקים ארגון עובדים ומעבידים".¹⁷

מעמדה הנורמטיבי הרם של זכות ההתארגנות מצא לא אחת ביטוי בפסיקת בית הדין לעבודה. בשלהי שנות התשעים של המאה הקודמת באו הדברים לידי ביטוי בהליכים שעסקו בפירוט עובדים המעורבים בהתארגנות¹⁸ ובהליכים בעניין שינוי יחידות המיקוח במפעל או פיצולן.¹⁹ לאחרונה השתקף מעמדה של זכות ההתארגנות בפסיקה שעסקה בסוגיות נוספות הנוגעות להתארגנות עובדים, כגון הגדרת יחידת המיקוח הקיבוצית

- 14 בג"ץ עמית, לעיל ה"ש 11; ראו גם: עניין שקט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 149–150; עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 206; דב"ע (ארצי) נג/5-1 הסתדרות הרפואית בישראל – ההסתדרות הכללית, פד"ע כה 516, 522 (1993); עניין הורן את ליבוּבִיץ לעיל ה"ש 6.
- 15 עניין עמית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 76; ראו גם: דיון (ארצי) מח/5-1 ארגון עובדי בנק המזרחי בע"מ – הסתדרות הפועל המזרחי בארץ ישראל, פד"ע כא 283, 296 (1990); דב"ע (ארצי) שם/4-18 ההסתדרות הכללית של העובדים – עיריית תל-אביב, פד"ע יב 52, 73–74 (1980); עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 206. לפסיקת בית המשפט העליון ראו בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 486, 480 (1979).
- 16 עניין הורן את ליבוּבִיץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 156.
- 17 אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג: פרשנות חוקתית 431 (1994). הדברים מוצאים ביטוי גם בעס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל, משרד התחבורה, פס' 10–11 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 3.3.2005). (להלן: עניין מטרוֹדן).
- 18 עניין מפעלי תחנות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 320; עניין דלק, לעיל ה"ש 7; עניין הורן את ליבוּבִיץ, לעיל ה"ש 6.
- 19 דב"ע (ארצי) נה/28-4 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון – ההסתדרות הכללית, פד"ע לא 54 (1996); דב"ע (ארצי) 41-96/97 תדיראן קשר בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לב 306 (1998); עס"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97 (2000).

בהתארגנות ראשונית והחובה לנהל משא ומתן עם ארגון העובדים היציג בשלב הטרומ-קיבוצי.²⁰

רכיביה של זכות ההתארגנות, כפי שנקבעו בפסקי דין שונים, הם בעיקרם אלה: החופש להתארגן (להצטרף או לא להצטרף לארגון עובדים); הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי; הזכות לנהל מאבק מקצועי עד כדי שביתה; הגנה מפני התנכלות או פיטורים בשל התארגנות או מעורבות בה. בפסק דין מטרודן²¹ עמדתי על משמעותה של זכות ההתארגנות ועל רכיביה, כדלקמן:

”זכות ההתאגדות ביחסי העבודה מורכבת מאלה: הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי וחופש השביתה...”.

בפסק דין מרקוביץ התייחס בית הדין הארצי למהותה של זכות ההתארגנות כך:

”הזכות לחופש ההתארגנות היא זכות לעובדים ולמעבידים להקים ארגונים, ותוך כפיפות לתקנון של הארגון הנוגע בדבר בלבד, להצטרף לארגון שירצו בו, ללא צורך בהיתר מראש מטעם השלטונות. אחד היסודות של חופש ההתאגדות, הוא הזכות אשר לארגון לקבוע את חוקתו, בכפוף לדיני המדינה, במידה ואותם דינים אינם נוגדים את העקרון של חופש ההתאגדות.”²²

בפסק הדין הורן את ליבוביץ נקבע כי “הזכות להתארגן כוללת גם את זכותו של ארגון העובדים לנהל משא ומתן קיבוצי עם המעסיק”. כך נקבע גם בפסק דין עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים²³ ובפסק דין הסינמטק.²⁴

20 ע”ק (ארצי) 23/10 אקרשטיין תעשיות בע”מ – כוח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנבו, 24.3.2010); ס”ק (אזורי ת”א) 504/09 ארגון כוח לעובדים – מכון דוידסון לחינוך מדעי (פורסם בנבו, 23.3.2009); ס”ק (אזורי ב”ש) 1033/07 הסתדרות העובדים הכללית החדשה במרחב אשדוד – ויטה פרי הגליל שיווק בע”מ (פורסם בנבו, 6.4.2008); ס”ק (אזורי ת”א) 562/09, 563/09 ארגון כוח לעובדים – ש.ל.ה שירותי רפואה בע”מ (פורסם בנבו, 8.7.2010); ע”ק (ארצי) 64/09 כוח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים (פורסם בנבו, 2.7.2009).

21 עניין מטרודן, לעיל ה”ש 17, ס’ 10 לפסק הדין.

22 עניין מרקוביץ, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 206; ראו גם עניין דלק, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 361; עניין עמית, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 78.

23 ע”ע (ארצי) 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל, פד”ע לה 103 (2000).

24 עניין הסינמטק, לעיל ה”ש 20.

בפסק הדין הורן את ליבוביץ התייחס בית הדין הארצי לרכיבים נוספים של זכות ההתארגנות והם הגנה מפני פיטורים או התנכלות בשל מעורבות בהתארגנות או בשביתה; זכות לנקוט צעדים ארגוניים, לרבות שביתות.²⁵

2. החקיקה בישראל

(א) הגנה על זכות ההתארגנות בחקיקה

בתיקונים לחוק הסכמים קיבוציים משנת 2001 ומשנת 2009 (תיקונים 6, 7, 8) עיגן המחוקק נורמות שתכליתן ביצור זכות ההתארגנות והגנתה. העקרונות שהותוו על ידי בית דין זה ועל ידי בית המשפט העליון לאורך השנים עוגנו בחוק, ואף הורחבה מעבר לכך ההגנה על זכות ההתארגנות. על כך אפשר ללמוד מדברי ההסבר להצעה לתיקון החוק,²⁶ שבה נאמר כך:

“מטרתה של הצעת חוק זו לעגן את זכותו של כל עובד לפעול למען התארגנות עובדים בועד עובדים ובארגון עובדים וכן להיות חבר באותן התארגנויות ולפעול במסגרתן”.

בתיקון 6 לחוק הסכמים קיבוציים הוספו בשנת 2001 סעיפים 33א–33טז. ואלה הזכויות שנקבעו בהם:

(ב) זכותו של עובד להשתתף בהתארגנות

סעיף 33א לחוק הסכמים קיבוציים קובע את זכותו של כל עובד:

“לפעול למען התארגנות עובדים בועד עובדים ובארגון עובדים, להיות חבר בועד עובדים ובארגון עובדים ולפעול במסגרתם”.

(ג) איסור פגיעה בעובד בשל פעילותו בארגון עובדים/התארגנות/שביתה

סעיף 33ב לחוק הסכמים קיבוציים קובע איסור פגיעה בעובד בשל חברות או פעילות בוועד עובדים או בארגון עובדים, בזו הלשון:

25 ראו גם סטיב אדלר “חופש השביתה בראי הפסיקה” ספר ברנזון כרך שני 475 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

26 דברי ההסבר להצעת חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 5) (הגנה על עובד לעניין חברות, או פעילות בועד עובדים או בארגון עובדים), התשס"א–2000, ה"ח 38.

33. (א) מעביד לא יפטר עובד, לא ירע תנאי עבודה של עובד, ולא יימנע מקבלה של אדם לעבודה, בשל אחד מאלה:

(1) חברותו או פעילותו בארגון עובדים;

(2) פעילותו לצורך הקמה של ארגון עובדים;

(3) הימנעותו מהיותו חבר בארגון עובדים או הפסקת חברותו בארגון עובדים;

(4) חברותו בועד עובדים או פעילותו בועד עובדים הפועל במסגרת ארגון עובדים; לענין זה, יראו ועד עובדים כפועל במסגרת ארגון עובדים אם יושב ראש ארגון העובדים או מי מטעמו נתן הודעה בכתב המאשרת זאת;

(5) פעילותו לצורך הקמה של ועד עובדים.

(ב) בסעיף זה, "תנאי עבודה" – לרבות קידום בעבודה, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיצויי פיטורים, הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

בבסיס חקיקת סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים – בדומה לנפסק עוד קודם לחקיקתו²⁷ – עומד הרציונל שלפיו הפליה של עובד על רקע חברותו או פעילותו בארגון עובדים או בוועד עובדים יש בה משום הפרה של עקרון השוויון – בין עובדים מאורגנים לבין אלה שאינם מאורגנים – שלילת זכותו של העובד להחליט אם להצטרף לארגון העובדים ופגיעה בזכות ההתארגנות של העובדים.

(ד) כניסה של נציג ארגון עובדים למפעל

סעיף 33 לחוק קובע איסור מניעת כניסת נציג ארגון עובדים למקום העבודה כדלקמן:

"מעביד לא ימנע מנציג של ארגון עובדים להיכנס למקום עבודה שבו מועסק עובד, לשם קידום הזכות כאמור בסעיף 33 ולשם קידום ענייני עובדים, וזאת בהתחשב בצרכי העבודה ובצנעת הפרט".

27 עניין דלק, לעיל ה"ש 7.

(ה) תרופות, סעדים וסנקציות בגין פגיעה בזכות ההתארגנות

סעיף 33א לחוק הסכמים קיבוציים מעניק לבית הדין לעבודה סמכות ליתן צו מניעה, צו עשה או לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק על הפרת סעיפים 33ט ו-33א לחוק. בסעיף 33ב לחוק הסכמים קיבוציים קבע המחוקק סנקצייה פלילית על מעביד הפוגע בתנאי עבודתו של עובד, נמנע מקבלתו לעבודה או מפטרו בשל חברותו בארגון עובדים או בוועד עובדים.

בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב לעניין הסעדים בגין הפרת זכות ההתארגנות כך:

“הצעת החוק קובעת לראשונה את סעד האכיפה, באמצעות צו עשה או צו מניעה, כסעד ראשוני, ואילו את סעד הפיצויים כסעד שני במעלה. חידוש זה עולה בקנה אחד עם פסיקתו האחרונה של בית הדין הארצי לעבודה בעניין הורן את ליבוביץ בע”מ”.

בשנת 2009 צעד המחוקק צעד נוסף לביצור זכות ההתארגנות. במסגרת “עסקת החבילה במשק”²⁸ הוסכם על תיקון סעיף 33א לחוק הסכמים קיבוציים באופן שמעניק לבית הדין לעבודה שיקול דעת לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק עד לסכום של 50,000 ש”ח ופיצויים לדוגמה עד לסכום של 200,000 ש”ח במקרה של הפרת הוראות סעיפים 33ט ו-33א לחוק. בנוסף הוארכה תקופת ההתיישנות להגשת תביעות על הפרת סעיפים 33ט ו-33א לחוק, הקבועה בסעיף 33ג, לשלוש שנים.²⁹

בדברי ההסבר להצעת החוק³⁰ נכתב כי ההצעה נועדה “להגביר את האכיפה של סעיפים 33ט ו-33א לחוק הסכמים קיבוציים”.

סיכומם של דברים בסעיף זה: המחוקק עיגן את האיסור לפגוע בתנאי עבודתו של עובד, להימנע מלקבלו לעבודה או לפטרו בשל פעילותו בוועד העובדים או בארגון העובדים; קבע את סעד האכיפה כסעד ראשון; העניק לבית הדין לעבודה סמכות ליתן סעדים אפקטיביים, לרבות צו לאכיפת יחסי עבודה ופיצויים הרתעתיים ללא הוכחת נזק כדי להבטיח את מימושו של הזכויות הקבועות בסעיפים 33ט ו-33א לחוק הסכמים קיבוציים.

28 הסכמות בין ההסתדרות הכללית, לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים ומדינת ישראל שהתקבלו במסגרת הדיונים על תקציב המדינה לשנים 2009–2010.

29 חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס’ 7), התשס”ט–2009, ס”ח 243; ס’ 135 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס”ט–2009.

30 הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס”ט–2009, ה”ח הממשלה 348.

ב. יישום הזכות לחופש ההתארגנות בפסיקה

1. הפסיקה בעניין כלים שהמעסיקים נוקטים למניעת התארגנות או לניתוק "הקשר הקיבוצי"

(א) כללי

"גל" ההתארגנות ששוטף את יחסי העבודה בישראל בשנים האחרונות, במגזר הציבורי ובמגזר הפרטי, נתקל בניסיונות של מעסיקים לבלום את התופעה בדרכים שונות. המעסיקים נוקטים פעולות מגוונות למניעת ההתארגנות או לניתוק "הקשר הקיבוצי" – חלקן לגיטימיות ומצויות במתחם הפרווגטיבה של המעסיק, וחלקן פסולות וראויות לכל גינוי. עם אלה אפשר למנות: פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות;³¹ הקמת ארגוני עובדים מטעם המעסיק כדי שיהיו תחליף לארגון עובדים אותנטי;³² "שבירת" צעדים ארגוניים באמצעים פסולים,³³ ביטול ההסכם הקיבוצי החל על המפעל³⁴ או פרישה מארגון מעבידים.³⁵

פעולות דוגמת פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות והקמת ארגוני עובדים המצויים בשליטת המעסיק הן פסולות, ראויות לכל גינוי, ונכון שיעוררו ביקורת ציבורית. לעומת זאת קיימות פעולות חוקיות הנעשות במסגרת הפרווגטיבה של המעסיק, כמו ביטול הסכם קיבוצי לפי ההליכים הקבועים בדין או פרישה מארגון מעסיקים.

קיימים כמה הסברים אפשריים לרצונם של המעסיקים לפעול למניעת התארגנות עובדים או לניתוק הקשר הקיבוצי: (א) מנקודת מבטו של המעסיק הלא מאורגן, ניסיונות של עובדי להתארגן מהווים על פי רוב איום על פרווגטיבת הניהול שלו ועל עצמאותו במפעלו; (ב) מעסיקים רבים רואים בהתארגנות עובדים מעין "הפרת נאמנות" למפעל ומסר של חוסר אמון או חוסר הערכה להנהלת המפעל ולפועלה במשך השנים למען העובדים;

31 ראו סקירת הפסיקה להלן פרק ב1 (ב) ובפרק ב2 (ב).

32 עב' (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 277 (2004); דעת המיעוט בפסק דין עמית של בית הדין הארצי ובבג"ץ עמית, לעיל ה"ש 11.

33 עניין מטרודן, לעיל ה"ש 17.

34 עס"ק (ארצי) 20/06 ידיעות אחרונות בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 9.12.2007).

35 עס"ק 52/05, עס"ק 53/05 (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית החדשה – עיריית קרית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005); עס"ק (ארצי) 25/06 הסתדרות המעו"ף – עיריית יהוד-נהר מונסון (פורסם בנבו, 12.1.2009); עס"ק 11/08 (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2010).

(ג) הנהלת המפעל חוששת כי הישגיו של ארגון העובדים ייקרו את עלות כוח האדם במפעל; (ד) קיימים מקרים שבהם נציגי ארגון העובדים או ועד העובדים נתפסים בעיני הנהלת המפעל כלוחמניים או כבלתי מתפשרים.

עם זאת חשוב לציין כי יש מעסיקים הרואים בעין יפה את קיומם של יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה, מכמה טעמים אפשריים: (א) קביעת תנאי עבודה אחידים לכלל עובדי המפעל או לחלק גדול מהם, חלף ניהול משא ומתן אישי עם כל עובד; (ב) "נטרול" לחץ של עובדים בעלי כוח מיקוח גבוה; (ג) מסורת של יחסי עבודה קיבוציים במקום העבודה ששני הצדדים מעוניינים בהמשכתה; (ד) שיתוף פעולה בין המעסיק וארגון העובדים אל מול רשויות השלטון.

מכל מקום, הכלים שנקטו ונוקטים חלק מהמעסיקים בישראל להדיפת התארגנות עובדים מוכרים בעולם ונפוצים במיוחד בקרב המעסיקים בארצות הברית, מאז שנות העשרים של המאה העשרים ועד היום. פעולות אלה, שרובן לא נאסרו בדין האמריקאי, "ריסקו" את שיעור ההתארגנות בארצות הברית לפחות מ-10% מכוח העבודה, והביאו למצב שבו מרבית העובדים בארצות הברית אינם נהנים מחופש התארגנות. יש לציין כי מדיניותם של מעסיקים בארצות הברית בכל הנוגע לסיכול התארגנויות עובדים הצמיחה "תעשייה" של עורכי דין ויועצים המתמחים בתחום.

על רקע דברים אלה פועלים המחוקק הישראלי, בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון למיגור הכלים הפסולים שנוקטים המעסיקים למניעת התארגנות עובדים במקום העבודה או לניתוק יחסי עבודה קיבוציים קיימים.

נוסיף כי הדיון בסוגיות הכרוכות בהגנה על התארגנות עובדים בישראל נמצא בראשית דרכו, ובתי הדין לעבודה טרם נדרשו להכרעה במגוון סוגיות, לרבות בשאלת חוקיותם של כלים שונים שנוקטים המעסיקים בארצות שונות כדי לסכל את מהלכי התארגנות העובדים.

(ב) פגיעה בהתארגנות קיימת בדרך של פיטורי עובדים

במרוצת שני העשורים האחרונים דנה הפסיקה במקרים של פיטורים או פגיעה בעובדים מאורגנים או כאלה ששימשו נציגי ארגון העובדים או ועד העובדים במפעלים מאורגנים. מדובר בפעולות שנקטו מעסיקים שונים כדי לנתק את יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה או להחלישם.

בפסק דין דלק³⁶ עמדה לדיון החלטתה של החברה לבצע פיטורי צמצום של 23 עובדים במפעל שחלק מעובדיו היו מאורגנים, ונמצא כי מרבית העובדים ברשימת המפוטרים היו

36 עניין דלק, לעיל ה"ש 7.

עובדים מאורגנים. בית הדין הארצי קבע כי יש לבטל את הודעות הפיטורים ולהשיב את העובדים לעבודה מאחר שפיטורי העובדים נעשו תוך פגיעה בעקרון השוויון – בין עובדים מאורגנים לשאינם מאורגנים – ובזכות ההתארגנות. עוד נקבע כי המעסיקה נהגה בחוסר תום לב בביצוע ההסכם הקיבוצי החל על היחסים בין הצדדים. באותה פרשה נאמרו דברים אלה:

“פיטורי חלק מהעובדים המאורגנים במסגרת פיטורי צמצום, מבלי לפטר עובדים שאינם מאורגנים, או תוך פיטורי מספר זעום של עובדים לא מאורגנים, מהווה איום על עובדי המפעל ומעביר להם המסר, שלא יעזו להיות חברים בארגון העובדים... מעסיק החותם על הסכם קיבוצי מתחייב בזה שלא לפעול כדי לחסל או לפגוע בשותפו להסכם. מעסיק מאורגן אינו רשאי לגרום למצב בו לא ייוותר עובד במפעל שעליו חל ההסכם.”³⁷

בפסק דין מתנ”ס קרית מלאכי³⁸ עתרה ההסתדרות נגד פיטוריהם של יושב ראש ועד העובדים במתנ”ס וחברת ועד נוספת. בית הדין הארצי קבע כי פיטוריהם של השניים היו על רקע חברותם בוועד העובדים ופעילותם במסגרתו. באותה פרשה נקבע כך:

“פיטורים בשל חברות או פעילות בארגון עובדים או בשל צעדים ארגוניים, הם פיטורים פסולים ובטלים, אפילו נעשו במסגרת פיטורי צמצום.”³⁹

כמה שנים לאחר מכן, בפסק דין ידיעות אחרונות,⁴⁰ הוכרזו כבטלים פיטוריהם של שמונה עובדי מחלקת ההפצה בדפוס “ידיעות אחרונות”, שפוטרו לטענת העיתון במסגרת צמצומים במחלקה. בית הדין הארצי קבע כי “פיטורי הצמצום” כווננו אך ורק נגד העובדים המאורגנים במחלקה, וגלומה בהם הפליה ברורה. באותה פרשה נאמרו דברים אלה:

“בנסיבות בהן מפוטרים עובדים תוך פגיעה בזכות החוקתית להתאגדות, יש להורות על ביטול פיטוריהם של העובדים ואין להסתפק בסעד הפיצויים שהוא דרך המלך במקרים אחרים.”

37 שם, בעמ' 362.

38 עס”ק (ארצי) 1013/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מתנ”ס קרית מלאכי, פד”ע לט 295 (2003).

39 שם, בעמ' 303.

40 עס”ק (ארצי) 28/07 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ידיעות אחרונות בע”מ (פורסם בנבו, 13.1.2008).

נטל ההוכחה – תביעות בעניין פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות מאופיינות דרך כלל בקושי הוכחתי מובנה. כפי שנבאר להלן בפרק העוסק בהתארגנות עובדים ראשונית, פיטורי העובדים המעורבים בהתארגנות יוסוו דרך כלל בטעמים המצויים במתחם הפרווגטיבה של המעסיק, כגון בעיות תפקוד או צמצומים. מטעם זה, ובשל הפגיעה הקשה שגורמים פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות בזכות ההתארגנות של כלל עובדי המפעל, נדרשה הפסיקה לא פעם לדיון בסוגיית נטל ההוכחה בתביעות בעניין פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות.

בפסק דין אי. סי. אי. טלקום⁴¹ חיוויתי דעתי כי בתביעות שבהן נטען לפיטורים עקב מעורבות בהתארגנות עובדים, רובצת על המעסיק חובת ההוכחה כי בחירת המועמדים לפיטורים נעשתה מנימוקים ענייניים ולא מטעמי השתייכות לארגון עובדים. עוד נקבע בנסיבותיו של אותו עניין כי די בחשד שנימוקי הפיטורים אינם ענייניים כדי להעביר את נטל ההוכחה אל כתפי המעסיק להראות כי הליך הפיטורים נעשה כדין ומשיקולים ענייניים.⁴² בפסק דין הוט טלקום,⁴³ שדן בפיטורי עובד שהיה מעורב בהתארגנות ראשונית, קבע בית הדין הארצי כי יש להטיל נטל שכנוע מוגבר על המעסיק בנסיבות של טענה לפיטורים בשל מעורבות בהתארגנות עובדים. זאת, בשל מעמדה הרם של זכות ההתארגנות, כפי שמצא ביטויו בתיקונים האחרונים לחוק הסכמים קיבוציים.

יש להבהיר ולסייג: העברת נטל ההוכחה אל שכמי המעסיק והטלת נטל הוכחה מוגבר על כתפיו מותנות בכך שהעובד יציג ראשית ראיה לכאורה לקיומו של חשד סביר שהרקע לפיטורים נעוץ בפעילותו הארגונית. ראשית הראיה יכול שיהיה קשר של זמן, דברים של ממונה, מסמכים וכד'. ככל שבית הדין ישתכנע בקיומו לכאורה של חשד סביר לקשר סיבתי בין מעורבותו של העובד בהתארגנות העובדים לבין פיטוריו, יועבר נטל ההוכחה אל שכמי המעסיק, והוא יהא נטל מוגבר.

בפסק דין רשות שדות התעופה,⁴⁴ שדן אף הוא בהתארגנות עובדים ראשונית, הציע בית הדין האזורי בתל-אביב (אב"ד סגנית הנשיא לאה גליקסמן-כוכבי) דוקטרינה נוספת בכל הנוגע לנטל ההוכחה בתביעות בעניין פיטורים בשל מעורבות בהתארגנות עובדים. מדובר בעריכת היקש מסעיף 9(א)(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, וכך ככל שהעובד

41 עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי. סי. אי. טלקום בע"מ, פד"ע לו 298 (2001).

42 ראו גם עניין מתנ"ס קרית מלאכי, לעיל ה"ש 38; עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 35.

43 עס"ק (ארצי) 24/10 הוט טלקום בע"מ – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו, 16.3.2010).

44 ע"ב (אזורי ת"א) 111/08 נ.ש. – רשות שדות התעופה, פסק דינם של סגנית נשיא השופטת לאה גליקסמן ונציג מעבידים אדי דלל (פורסם בנבו, 19.1.2010).

יוכיח כי לא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו, יועבר נטל ההוכחה אל כתפי המעסיק. בעניין רשות שדות התעופה ייחס בית הדין האזורי בתל-אביב חשיבות לחלוף הזמן בין הליכי ההתארגנות לבין מועד הפיטורים ונסיבותיהם וקבע כי בנסיבות העניין אין מתעורר "חשד" כי הפיטורים היו קשורים למעורבותו של העובד בהתארגנות העובדים. על פני הדברים נראה כי מדובר במבחן ראוי, אף שמן הבחינה המעשית ייתכן שהעברת הנטל על פיו לא תהא בעלת משמעות רבה, מאחר שבית הדין יידרש להכריע במסגרתו בין גרסאות הצדדים באשר לטעמי הפיטורים.

(ג) ניתוק "הקשר הקיבוצי" בדרך של ביטול הסכם קיבוצי או פרישה מארגון מעסיקים

ביטול הסכם קיבוצי – ניתוק הקשר הקיבוצי יכול להיעשות בדרך של ביטול ההסכם הקיבוצי, על פי הוראות סעיפים 13 ו-14 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. בפסק דין חיפה כימיקלים⁴⁵ נקבע כי מעביד רשאי לבטל הסכם קיבוצי לתקופה קצובה ככל שהדבר נעשה בתום לב ולפי הוראות החוק. הלכה זאת מוצאת ביסוס בסעיפים 13 ו-14 לחוק הסכמים קיבוציים ובעקרונות מתחום דיני החוזים.⁴⁶ לעתים ביטול ההסכם הקיבוצי לא נעשה כדי לנתק את יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה אלא כ"קלף מיקוח" במשא ומתן עם ארגון העובדים בנוגע לשינוי תנאי ההסכם הקיבוצי הקיים. במקרים מסוימים ארגון העובדים יגיב על ביטול ההסכם הקיבוצי בדרך של החרפת המאבק המקצועי, וייתכן שתוצאת הדברים תהיה חתימת הסכם קיבוצי חדש. למשל, במקרה של חיפה כימיקלים נחתם הסכם קיבוצי חדש ביום 10.3.1997, לאחר מתן פסק דינו של בית הדין הארצי.⁴⁷

פרישת מעביד מארגון מעבידים – במסגרת הדיון בעניין ההגנה על זכות ההתארגנות נדרשו בתי הדין לעבודה במרוצת השנים האחרונות לדיון בתופעה של פרישת רשויות

45 עניין חיפה כימיקלים, לעיל ה"ש 8.

46 להרחבה בעניין ביטול הסכם קיבוצי והשלכותיו על העובדים ראה: הדרה בר-מור "רקוויאם לקשר קיבוצי על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על העובדים" מאזני משפט, א' 108 – 179 (2000). להרחבה בעניין ביטול הסכמים קיבוציים על ידי ארגון עובדים ראו דב"ע (ארצי) מז/17-4 ההסתדרות המדיצינית הדסה – שוטן, פד"ע יט 312 (1988).

47 הנתונים באדיבותו של בא כוח החברה, עו"ד נחום פינברג, אשר אלה דבריו: "ההסכם הקיבוצי האריך את תוקפם של ההסכמים הקיבוציים הקיימים בשינויים מסוימים. בהסכם הקיבוצי נקבעו הוראות שהפחיתו את עלות העבודה בחברה והדבר סייע לחברה לעבור בהצלחה תקופה של משבר עסקי. מאז נחתמו מספר הסכמים קיבוציים תקופתיים נוספים. מדובר במפעל מאורגן המקיים יחסי עבודה פעילים מאד עם נציגות העובדים".

מקומיות ומעסיקים פרטיים מארגון מעסיקים, והשלכותיה על יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה.

במקרים רבים פרישתו של המעביד מארגון המעבידים נעשתה כדי לנתק את יחסי העבודה הקיבוציים במפעל ו"להשתחרר" מהתחייבויותיו כחבר ארגון המעסיקים, ובעיקר אלה הקבועות בהסכם הקיבוצי. היו גם מקרים שבהם פרישת המעסיק מארגון המעסיקים נעשתה על רקע אחר, כגון מחלוקת פנים-ארגונית שגרמה לפילוג, לפרישתם של חברים מארגון המעסיקים ואף להקמת ארגון מתחרה.

במקרים שבהם דנה הפסיקה בעניין פרישתן של רשויות מקומיות ממרכז השלטון המקומי או ממרכז המועצות האזוריות, הגורם המידי אשר הביא את הרשות לפרוש מארגון המעבידים היה מבוי סתום במשא ומתן עם ההסתדרות בעניין הסכם ההבראה שנדרשה הרשות ליישם כדי להיחלץ מגירעונותיה הכספיים. תכנית ההבראה שגיבשה הרשות ואושרה על ידי משרד הפנים הייתה כרוכה דרך כלל בפיטורי צמצום, וההסתדרות לא "הקלה" על הרשות במשא ומתן על ההסכם ליישומה. משרד הפנים מצדו היה מוכן להשתתף במימון הגירעון של הרשות רק בכפוף לכך שייחתם הסכם ההבראה עם ההסתדרות, בין היתר תוך פיטורי עובדים וצמצום עלויות ניהול. לכן הייתה הרשות "בין הפטיש לסדן", ומשלא השיגה שיתוף פעולה מצד ההסתדרות, פעלה לניתוק הקשר הקיבוצי באופן שיאפשר לה לפטר עובדים ללא ההליכים הקבועים בחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות. תהליך זה גרם ברשויות מסוימות להתדרדרות ביחסים בין הנהלת הרשות לבין נציגי ההסתדרות ולאבדן אמון במוסד יחסי העבודה הקיבוציים. התוצאה של התהליך הייתה כי רשויות מסוימות הודיעו על פרישתן מארגון המעסיקים.⁴⁸

השלכות פרישתו של מעסיק מארגון מעסיקים זכו לליבון משמעותי לראשונה בפסק דין עיריית קריית גת.⁴⁹ דובר באותו עניין בשתי רשויות מקומיות – עיריית קריית גת והמועצה האזורית לכיש – שנקלעו למשבר כלכלי עמוק ונדרשו על ידי משרדי הפנים והאוצר ליישם תכנית הבראה. בשל קשיים להגיע להסכמות עם נציגות העובדים באשר ליישום תכנית ההבראה הודיעו שתי הרשויות על פרישתן מארגוני המעסיקים שבהם היו חברות – מרכז השלטון המקומי ומרכז המועצות האזוריות, כדי "להשתחרר" מהחובה הקבועה בהסכם הקיבוצי (חוקת העבודה) לבצע פיטורי צמצום בהסכמת הסתדרות המעוּף ונציגות העובדים המקומית או באמצעות מנגנון יישוב סכסוכי העבודה הקבוע בחוקה.

48 כפי הנראה היו רשויות שהגיעו להסכמים מקומיים עם ועד העובדים, ללא יידוע מרכז הסתדרות המעו"ף, אולם לא הובאו על כך ראיות בבית הדין.
49 עניין קריית גת, לעיל ה"ש 35.

בפסק דין עיריית קריית גת נקבע כי הזכות לפרוש מארגון מעסיקים היא חלק מאופייה הוולונטרי של זכות ההתארגנות. בית דין זה עמד על כך עוד לפני שנים בפסק דין טירת הכרמל:⁵⁰

“...שרשויות מקומיות ולמועצות מקומיות הזכות להתאגד כך שיקום ארגון מעבידים הכשר להיות צד להסכם קיבוצי. ברור שהמדובר הוא בהתאגדות שהינה התאגדות מרצון, כך שהחברות בה אינה כפויה ואינה לנצח... הכלל הוא, שכל רשות מקומית רשאית להיות חברה במרכז השלטון המקומי על כל המשתמע מכך לעניין משא-ומתן קיבוצי, אך כמובן שחופשית היא גם לפרוש מהמרכז.”

עם זאת נקבע בפסק דין עיריית קריית גת כי נוכח ההשלכות כבדות המשקל של פרישת רשות מקומית מארגון המעסיקים, על הפרישה להיות אותנטית וחד-משמעית. אותנטיות הפרישה נבחנת על ידי בית הדין על יסוד כלל הראיות הנוגעות לפרישת המעסיק, לרבות התנהגותו ביחסיו עם הארגון לאחר הפרישה, והוראות תקנון/תקנות הארגון. על יסוד אמות מידה אלה נקבע באותו עניין כי פרישתה של המועצה האזורית לכיש ממרכז המועצות האזוריות הייתה אותנטית, ובית הדין נתן לה תוקף. לעומת זאת נקבע באותו פסק דין כי פרישתה של עיריית קריית גת ממרכז השלטון המקומי לא הייתה אותנטית ונעשתה למראית עין בלבד, כדי להשתחרר מתחולת ההסכמים הקיבוציים החלים על המעסיקים החברים בארגון, לרבות חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות. נקבע כי העירייה לא השכילה להוכיח במידת ההוכחה הצריכה לעניין זה – הוכחה ברורה וחד-משמעית – שהיא פרשה באמת ובתמים מחברותה במרכז, לכל דבר ועניין. לפיכך נקבע כי חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות ממשיכה לחול על העירייה ועל עובדיה, כמו גם יתר ההסכמים הקיבוציים הרלוונטיים, הממשיכים לחייב את הרשות.

משמעות הדברים היא כי מעסיק רשאי לפרוש מארגון מעסיקים, אולם כחלק מרשת ההגנה על קיומם של יחסי עבודה קיבוציים במקום העבודה דרשה הפסיקה ראיות ברורות וחד-משמעיות לכל מרכיביה של הפרישה. בנוסף, בפסק דין עיריית קריית גת, שלא כמו בפסיקה קודמת,⁵¹ נאמר כי פרישת המעסיק מארגון המעסיקים לא תביא באופן מידי לידי פגיעת תחולתם של ההסכמים הקיבוציים במפעלו. ואלה הדברים:

50 דב"ע מג/3-64 המועצה המקומית טירת הכרמל – וידר, פד"ע טז 291 (1985).
 51 בעבר נפסק כי עת מעסיק מפסיק חברותו בארגון מעסיקים אין עוד תחולה ישירה להסכם הקיבוצי הכללי החל עליו. דב"ע (ארצי) נב/145-3 זוויל – יהלומי אורטל, עבודה ארצי כה(3) 336.

“עקרון תום הלב תומך בכך שאי תחולת ההסכמים הקיבוציים כתוצאה מן הפרישה מארגון המעסיקים לא תהא מיידית, אלא שקמה בעניין זה חובת מתן הודעה מוקדמת לארגון העובדים (אפשר של חודשיים, אנלוגית לקבוע בסעיף 14 לחוק הסכמים קיבוציים) על הפרישה העתידית. תקופת צינון זו, תאפשר הערכות של העובדים ונציגיהם ותאפשר פרק זמן של משא ומתן, טרם יורד המסך על תחולת ההסכמים...”.

בכל הנוגע להסכם קיבוצי לתקופה קצובה נאמר בפסק דין עיריית קריית גת כי מעסיק הפורש מארגון מעסיקים בתקופתו של ההסכם הקיבוצי לתקופה קצובה, ישתחרר מהתחייבויותיו על פי ההסכם רק בסוף תקופתו. זאת, בשל נימוקים מתחום דיני החוזים ובשל חוסר תום הלב הגלום בפרישת מעסיק בתקופתו של הסכם קיבוצי לתקופה קצובה לצורך “התחמקות” ממילוי התחייבויותיו על פי ההסכם.

הקביעות התקדימיות בפסק דין עיריית קריית גת יושמו וקיבלו משנה תוקף בפסק דין עיריית יהוד-נווה מונסון.⁵² באותה פרשה דובר בשתי רשויות מקומיות שאוחדו על פי חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004 (מס' 2), התשס"ג-2003 ותקנות התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004 (מס' 2) (איחוד רשויות מקומיות) (הוראת שעה), התשס"ד-2004. סמוך לאחר כניסת איחוד הרשויות לתוקף הודיע ראש העירייה המאוחדת למנכ"ל מרכז השלטון המקומי על הפסקת חברותה של העירייה בארגון. העירייה ביקשה לנקוט פיטורי צמצום וניוד עובדים שלא על פי הוראות חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות. או אז עתרה ההסתדרות לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה שיצהיר כי על עיריית יהוד-נווה מונסון לנהוג בכל הנוגע לפיטורי העובדים וניודם על פי חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות. בקשתה של ההסתדרות נדחתה על ידי בית הדין האזורי.

בית הדין הארצי קיבל את הערעור וקבע כי על פי הוראות חוק איחוד הרשויות ועל פי הוראת סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, מוסיפים לחול על העירייה המאוחדת ועל עובדיה ההסכמים הקיבוציים שחלו על שתי הרשויות קודם לכן. בהמשך לקביעות בפרשת עיריית קריית גת נקבע כי פרישתו של מעסיק מארגון המעסיקים כשלעצמה אינה משחררת אותו מתחולת ההסכמים הקיבוציים במפעלו. בכל הנוגע להסכם קיבוצי כללי לתקופה מסוימת נקבע כי תחולתו על מעסיק הפורש מארגון מעסיקים תהא עד תום תוקפו של ההסכם. בכל

52 עניין עיריית יהוד-נווה מונסון, לעיל ה"ש 35.

הנוגע להסכם קיבוצי כללי לתקופה בלתי מסוימת, נקבעו קריטריונים ל"השתחררות" מעסיק הפורש מארגון מעסיקים מתחולת ההסכם, כדלקמן:

1. פרישה מארגון המעסיקים והודעה על כך לארגון העובדים.
2. מתן הודעה מוקדמת בכתב לארגון העובדים על ביטול תחולת ההסכם הקיבוצי במפעל.
3. מתן הודעה בכתב לרשם ההסכמים הקיבוציים על ביטול תחולת ההסכם הקיבוצי על המעסיק הפורש.

בנסיבותיה של אותה פרשה נקבע כי הוראות ההסכם לתקופה קצובה יחולו על העירייה עד תום תוקפם. בכל הנוגע להוראות חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות נקבע כי העירייה לא נקטה פעולות הנדרשות לשם "השתחררות" מתחולת ההסכם, לרבות הודעה לארגון העובדים ולרשם ההסכמים הקיבוציים על ביטול ההסכם. עוד נקבע כי אימתן ההודעה להסתדרות היא התנהגות בחוסר תום לב.

יצוין כי השופט יגאל פליטמן חלק על תוצאת הדברים בפסק דין עיריית יהוד-נווה מונסון. לשיטתו, תחולת ההסכם הקיבוצי הכללי על מעסיק "הולכת אחר" חברותו בארגון המעסיקים באופן שפרישתו מהארגון משחררת אותו מתחולת הוראות ההסכם לאחר שהודיע על כך לגורמים הרלוונטיים – זאת בין שמדובר בהסכם קיבוצי כללי לתקופה קצובה ובין שמדובר בהסכם קיבוצי כללי לתקופה בלתי מסוימת.

סוגיית פרישתו של מעסיק מארגון מעסיקים נדונה לאחרונה פעם נוספת בפסק דין ידיעות אחרונות.⁵³ באותה פרשה דובר בפרישתו של העיתון "ידיעות אחרונות" מהתאחדות התעשיינים. על פי אמות המידה שנקבעו בפסק דין עיריית קריית גת ובפסק דין עיריית יהוד-נווה מונסון נקבע כי הוראות ההסכם הקיבוצי הכללי בענף הדפוס ממשיכות לחול על עובדי דפוס "ידיעות אחרונות" חרף פרישתו מהתאחדות התעשיינים, מאחר ש"ידיעות אחרונות" לא מסר להסתדרות הכללית ולרשם ההסכמים הקיבוציים הודעה על ביטול תחולת הסכם הדפוס על עובדיו.

התפרקות ארגון מעבידים – בפסק דין ידיעות אחרונות⁵⁴ נדונה גם סוגיית התפרקותו של ארגון מעסיקים והשלכתה על יחסי העבודה הקיבוציים במפעל. דובר באותו עניין ב"איגוד הנהלות העיתונים היומיים", שחדל להיות ארגון מעבידים בשנת 1988. שם צעד בית הדין כברת דרך נוספת, בקבעו:

"התפרקותו של ארגון המעסיקים אינה גורעת מתוקפו או מתחולתו של ההסכם במפעלו של כל אחד מן המעסיקים, והוא יחול ביחסים שלו עם עובדיו, עד שיבוטל כדין".

53 עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 35.

54 שם.

קביעה זו נסמכה על הוראת סעיף 16 לחוק הסכמים קיבוציים, המחילה את ההסכם הקיבוצי גם על –

”16... המעבידים, בענפים או בשטח הכלולים בהסכם, שהיו בעת חתימת ההסכם חברים בארגון המעבידים שהוא בעל ההסכם, או שנעשו לחברים תוך תקופת תקפו של ההסכם, חוץ מחברים שהוצאו מכלל ההסכם במפורש; (3) כל העובדים מהסוגים הכלולים בהסכם, המועבדים על ידי מעביד כאמור בפסקה (2), במקצועות או בתפקידים הכלולים בהסכם.”

עוד נקבע באותה פרשה כי ביטול ההסכם הקיבוצי אצל כל אחד מהמעסיקים שהיו חברי הארגון יעשה על פי הפרוצדורה הקבועה בסעיפים 13, 14 לחוק הסכמים קיבוציים, שאפשר להחיל אותה בדרך היקש ובשינויים המחויבים גם על המעבידים שחל עליהם ההסכם.

תוצאת הדברים היא כי ההשלכות המשפטיות של התפרקות ארגון מעסיקים על קיום יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה דומות לאלה שנקבעו בפסיקה בנוגע לפרישתו של מעביד מארגון מעבידים.

2. הגנה על התארגנות עובדים ראשונית

(א) אמצעי תקשורת – זכות העובד לקבל מידע מארגון העובדים ומהמעסיק

זכותו של כל עובד להחליט אם להצטרף לארגון עובדים אם לאו היא מרכיב מרכזי של זכות ההתארגנות. כדי שלעובד תינתן הזדמנות אמיתית לבצע בחירה “מדעת” בעניין הצטרפותו לארגון העובדים, הוא נדרש לתשתית מידע על אודות היתרונות והחסרונות של עבודה מאורגנת והשתייכות לארגון עובדים במקום עבודתו. חשיפתו של העובד למידע זה נעשית הן באמצעות נציגי ארגון העובדים – שזכותם לפעול במקום העבודה ולהיכנס לחצרי המעסיק מעוגנת בחוק – והן באמצעות המעסיק, שרשאי לשטוח בפני עובדיו את משנתו באשר להצטרפות לארגון עובדים או לכינונם של יחסי עבודה קיבוציים במפעל. אולם זאת מבלי להפעיל לחץ, השפעה פסולה או בלתי הוגנת על עובדיו. הליך ההתארגנות צריך אפוא להתקיים במסגרת של דו־שיח דמוקרטי במקום העבודה בפרט ובחברה הישראלית בכלל. הפצת מידע מטעם המעסיק – המעסיק מחזיק יתרון רב בכל הנוגע להפצת מידע לעובדיו בדבר כינון יחסי עבודה קיבוציים במפעלו, מכמה טעמים: ראשית קיימים פערים גדולים בין המעסיק לבין ארגון העובדים בכל הנוגע לגישתם לעובד: עובד נגיש למעסיק יום יום במשך שעות ארוכות, פיזית ו/או באמצעים אלקטרוניים, ואילו ארגון העובדים פועל מחוץ למפעל ונציגיו רשאים להיכנס לחצריו רק בתיאום עם המעסיק “בהתחשב בצורכי העבודה ובצנעת הפרט”, כקבוע בסעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים. כך המעסיק

יוכל להפיץ את משנתו לעובדיו ב"לחיצת כפתור", ואילו הארגון יידרש להשקיע משאבים רבים כדי לגבש את רשימת עובדי המפעל ולשטוח בפניהם את היתרונות הגלומים בעבודה מאורגנת. זאת יעשה ארגון העובדים באמצעות ביקור של נציגי האיגוד המקצועי במפעל, פגישות מחוץ לשעות העבודה, שיחות טלפון וכד'. בשל פערים מובנים אלה יידרשו בתי הדין לעבודה לשקול בבוא העת מתן סעדים אפקטיביים שייצרו שוויון הזדמנויות בהתקשרות של הארגון עם העובדים בהשוואה להתקשרות של המעסיק עם עובדיו. במסגרת זו יהא אפשר לשקול מתן סעדים שיאפשרו לארגון העובדים להגיב באופן שוויוני למידע המופץ מטעם המעסיק. במקרים שבהם סעד ממין זה לא יעניק שוויון הזדמנויות לארגון יהא אפשר לשקול אף הטלת מגבלות על הפצת המידע לעובדים מטעם המעסיק כדי למנוע הפעלת לחץ על העובדים וכדי שבפני העובד ייפרס מלוא המידע הדרוש לו לשם קבלת החלטה מושכלת באשר להצטרפות לארגון העובדים. על החלטת בית הדין בעניין זה להביא בחשבון מחד גיסא את חופש הביטוי של המעסיק, ומאידך גיסא את זכות ההתארגנות של העובדים ולערוך איזון ראוי בין השניים בכל עניין ועניין. שנית, המעסיק יכול ליצור סביבת עבודה ידידותית שבה העובד אינו מרגיש צורך לפנות לגוף חיצוני שיסייע לו ביחסיו עם מעסיקו, בין היתר באמצעות ניהול משאבי אנוש קשוב ומתקדם. מובן שהתנהלות זו כשלעצמה אינה פסולה. אדרבה, בימים כתיקונם מדובר בפעולות רצויות שנעשות לרווחת העובדים. אולם ככל שמעסיק נוקט פעולות ממין אלה בתגובה להליך התארגנות לתקופת הליך ההתארגנות בלבד או בליווי לחצים והתנהגות לא ראויה, הרי שמדובר בהתנהלות פסולה.

הפצת מידע מטעם ארגון העובדים – המחוקק קבע בסעיף 33ט לחוק הסכמים קיבוציים כי נציגי ארגון העובדים רשאים להיכנס למפעל בתיאום עם המעסיק "בהתחשב בצורכי העבודה ובצנעת הפרט". סביר להניח שבתי הדין לעבודה יגבשו את התנאים לכניסת נציגי ארגון העובדים למפעל וימצאו את הדרכים למתן פתרונות מידיים בסוגיה זו, לרבות באמצעות מינוי בוררים או פוסקים. הכלל המנחה במקרים אלה יהיה הגשמת זכותו של נציג ארגון העובדים להיכנס למפעל ולהעביר את המידע שברשותו לעובדים באופן דמוקרטי, ללא לחץ או התערבות מצד המעסיק.

בפסק דין דב"ע נד/4-12 חיווייתי דעתי כי "כדי שהיחסים הקיבוציים בין מעביד לבין ארגון יציג יתנהלו באופן תקין... מוטלת חובה על המעביד למסור לארגון את המידע הדרוש לו לביצוע תפקידו".⁵⁵ באותו פסק דין קבעתי כי מדובר במידע כללי על מספר העובדים במפעל או הדירוגים שבהם הם מועסקים. אולם המעסיק אינו מחויב להעביר לארגון

55 דב"ע (ארצי) נד/4-12 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.8.1994).

העובדים מידע על פרטיהם האישיים של העובדים, את רשימת עובדי המפעל, כתובותיהם, דירוגם ודרגתם, מצבם האישי וכל כיוצא באלה. עוד יש לציין כי במקרים רבים, ובמיוחד בעת האחרונה, עובדי המפעל הם שפונים לארגון העובדים בבקשה לארגן את מקום עבודתם. במקרים כאלה הארגון מפנה את משאביו למאמץ ההתארגנות. (עורכי דין, דמי שביתה וכו').

(ב) הגנה מפני פיטורים שנועדו למנוע התארגנות ראשונית או להכשילה

תופעת פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות ראשונה במקום העבודה או בניסיונות לכינונה פשטה בקרב מעבידים בישראל עד שהפכה לתופעה רחבת ממדים שבתי הדין לעבודה פועלים למיגורה. פיטוריהם של פעילים מרכזיים בהתארגנות העובדים מרתיעים את כלל עובדי המפעל מהצטרפות לארגון העובדים, מפעילים לחץ בלתי הוגן על העובדים, ולמעשה שוללים את רצונם החופשי של העובדים להצטרף לארגון העובדים. לפיכך יש לראות בפיטורים בשל מעורבות בהתארגנות כפוגעים פגיעה אנושה בזכות ההתארגנות של העובד המפוטר, ובזכותם של כלל עובדי המפעל להתארגן. במקרים מעין אלה באה לידי ביטוי, במלוא עצמתה, ההגנה שמעניק המשפט הישראלי על זכות ההתארגנות.

קיימים מקרים שבהם המעסיק אינו נוקט אקט של פיטורי העובדים הפעילים בהתארגנות אלא משתמש בכלים פסולים אחרים להדיפתה, לרבות איזמים או פגיעה בתנאי עבודתם של העובדים המעורבים בהתארגנות. יש מעסיקים הנוקטים גישה "מתוחכמת", של מתן הטבות מופלגות לעובדי המפעל בתקופת ההתארגנות כדי "להוכיח" לעובדים כי תנאי עבודתם טובים, ושהם אינם זקוקים לסיועו של ארגון העובדים.

עם זאת יש לציין כי קיימים מעסיקים המכבדים את רצונם של עובדיהם לכוונן יחסי עבודה קיבוציים במפעל, אינם פוגעים במהלכי ההתארגנות, ואף משתפים את נציגי העובדים בהחלטות מסוימות מתחום משאבי האנוש במפעל.

מכל מקום, אחד הכלים הפוגעניים למניעת התארגנות או להדיפתה הוא פיטורי העובדים הפעילים המרכזיים בהתארגנות. במקרים רבים סיבת הפיטורים תוסווה בטעמים כמו תפקוד לקוי, ענייני משמעת או צמצומים.

פסק דין מפעלי תחנות היה אחד מפסקי הדין התקדימיים שעסקו בסוגיה זו. באותה פרשה נדונה חוקיות פיטוריהם של שני חברי ועד עובדים שפעלו לארגן את עובדי החברה בהסדרות הכללית. העובדים טענו כי פיטוריהם נעשו בשל פעילותם בוועד העובדים וניסיונותיהם "לארגן" את העובדים כדי לחתום על הסכם קיבוצי עם המעסיק. בית הדין האזורי ובית הדין הארצי שוכנעו כי פיטוריהם של השניים היו קשורים בפעילותם בוועד העובדים. בית הדין הארצי, מפי הנשיא מנחם גולדברג, הכריז על בטלות פיטוריהם של העובדים והעניק להם סעד של השבה לעבודה. וכך נאמר באותה פרשה:

“משהתברר כי המשיבים פוטרו לאלתר, תוך הפרת הסכם העבודה האישי עימם... הרי שהרקע לפיטורים, שהוא מחמת פעילותם לארגון חבריהם, נראה לנו כמקרה המצדיק את הפעלת שיקול-הדעת בכיוון של מתן צו אכיפה, מאחר שאין די בסעד של פיצוי כספי... בהיות חופש ההתארגנות מחירויות היסוד של שיטתנו המשפטית, על בתי-הדין לעבודה לסכל כל ניסיון לפגוע ברצונם של עובדים להתארגן באיגוד מקצועי שיגן על זכויותיהם.”⁵⁶

כמה שנים לאחר מכן הכריז בית הדין הארצי בפסק דין הורן את ליבוביץ על בטלות פיטוריהם של 33 נהגים שהצטרפו להסתדרות הכללית ופתחו בשביתה משום שהחברה סירבה לנהל משא ומתן קיבוצי עם ארגון העובדים היציג. באותה פרשה ציינתי כי “פיטורי הנהגים היוו פעולה שכל מטרתה פגיעה בחופש של עובדי המעסיקה להצטרף לארגון עובדים ולנהל משא ומתן קיבוצי”. בכל הנוגע לסעד הראוי במקרה של פיטורים תוך פגיעה בזכות ההתארגנות, כתבתי כך:

“הגנה אפקטיבית על זכותם של העובדים להתארגן מחייבת ליתן סעדים אשר ירתיעו את המעסיק מלפגוע בהתארגנות עובדיו. לשון אחר, על הסעדים הניתנים להפוך את הפגיעה בהתארגנות עובדים לבלתי כדאית מבחינה כלכלית. מנקודת מבטו של מעסיק, הפועל באמצעים שאינם כשרים כדי למנוע התארגנות עובדים במפעלו, התארגנות משמעה פגיעה בכוחו כבעל השליטה היחיד במפעל, תוספת ניכרת לעלות העבודה, וכפועל יוצא, ייקור המוצר שהוא מייצר. מצב דברים זה מוביל לנכונות המעסיק “לספוג” תשלום פיצויים – אפילו מוגדלים – בגין הפרת זכותם החוקתית של אותם עובדים המנסים לארגן את המפעל, ובלבד שהתארגנות העובדים או יחסי העבודה המאורגנים במפעל יופסקו. משכך, ברי כי במקרים רבים פסיקת פיצויים בגין הפרת חוזה העבודה או פגיעה בזכות החוקתית של העובדים להתארגן לא תשיג את מטרת הסעד – להגן על הזכות החוקתית של העובדים. על-כן, הסעד הראוי הוא דווקא אכיפת יחסי העבודה בצירוף תשלום פיצויים...”⁵⁷

56 עניין מפעלי תחנות, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 320.

57 עניין הורן את ליבוביץ, לעיל ה”ש 6, עמ’ 167, 170.

בפסק דין הוט טלקום⁵⁸ שניתן לאחרונה אושרה פסיקתו של בית הדין האזורי, אשר הכריז על ביטול פיטוריו והשבתו לעבודה של עובד שהיה "הרוח החיה" בניסיונות לארגון ראשוני של עובדי חברת "הוט" בהסדרות הלאומית. באותה פרשה נדחתה טענת החברה כי הפיטורים נעשו מטעמים ענייניים של חוסר יעילות ותפקוד לקוי, נקבע כי קיימת זיקה בין פיטוריו של העובד לבין מעורבותו הפעילה לארגון עובדי "הוט" בארגון עובדים, וכי מדובר בפיטורים פסולים בניגוד לסעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים. באותה פרשה קבענו כי בבוא בית הדין "לדון בתוקף פיטוריו של פעיל מרכזי בהליך של התארגנות עובדים, נדרש בית הדין לשקול גם את השפעת הפיטורים על חופש ההתארגנות של עובדי החברה". כשבוע לאחר מכן ניתן פסק דין חביב,⁵⁹ שבמסגרתו הורה בית הדין הארצי על השבתו לעבודה של טייס שפעל לארגון טייסי החברה בהסדרות הכללית. בית הדין שוכנע שקיים קשר בין פיטוריו של הטייס לבין פעילותו לארגון עובדי החברה ועמד על ניסיונותיה העיקשים של החברה לסכל את מהלך ההתארגנות, בין היתר על ידי הקמת "צוות משא ומתן" חלופי שהיה למעשה מעין "ארגון מטעם" החברה. באותה פרשה הוברר כי חברת ק.א.ל דרשה מטייסייה לחתום במסגרת חוזה עבודתם האישי על התחייבות שלא להיות מיוצגים על ידי ארגון עובדים או ועד עובדים. בפסק הדין נקבע כי הוראה זו בחוזה העבודה היא בלתי חוקית, פוגעת בזכות ההתארגנות של העובדים, ובית הדין הורה על ביטולה. הוראות בלתי חוקיות מסוג זה נדונו גם במסגרת הליכים אחרים בעת האחרונה, ובית הדין הכריז על בטלותן.⁶⁰

(ג) "חשיפת" ארגון מטעם המעביד (company union)

אחד האמצעים הקיצוניים לשבירת התארגנות עובדים, שנפסל אף במשפט האמריקאי לפני שנים רבות,⁶¹ הוא הקמת "ארגון עובדים מטעם המעביד". הכוונה היא שבעוד עובדי המפעל נוקטים בפעולות התארגנות במסגרת ארגון עובדים אותנטי, המעביד מגייס קבוצת עובדים "נאמנה" שתקים ארגון עובדים מתחרה הנשלט על ידיו. הקמת הארגון "מטעם המעסיק" מלווה דרך כלל בפעולות "שכנוע" רחבות היקף להעברת העובדים לארגונו בדרך של לחצים, הבטחות או מתן הטבות. התוצאה היא שבמקום ארגון עובדים אותנטי ועצמאי במקום העבודה יהיה במפעל ארגון המצוי בשליטת המעביד. הפסיקה חזרה וקבעה לאורך

58 עניין הוט טלקום, לעיל ה"ש 43.

59 ע"ע (ארצי) 56/10 חביב – ק.א.ל. – קווי אוויר למטען בע"מ (פורסם בנבו, 24.3.2010). ההסדרות הכללית החדשה התייצבה לדיון.

60 ראו למשל: עניין אקרשטיין, לעיל ה"ש 20, ס' 3 לפסק הדין.

61 National Labor Relations Act, 29 U.S.C.A §151 Unfair Labor Practices Section 8(2) (1935).

השנים כי תפקידו של ארגון העובדים במרחב יחסי העבודה הקיבוציים מחייב "קיום עצמאי" של הארגון,⁶² מן הטעם שארגון עובדים המצוי בשליטת המעסיק או בהשפעה מהותית שלו, שרוי במצב של ניגוד עניינים ואינו יכול למלא את תפקידו נאמנה. לפיכך נקבע כי אין לראות בארגון עובדים המצוי בשליטת המעסיק ארגון עובדים.

בפסק הדין בעניין עמותת עובדי נותב⁶³ נדונה בהרחבה סוגיית "האיגוד המפעלי" או "הארגון מטעם" והדרישה בדבר עצמאותו של ארגון העובדים. באותה פרשה הצטרפו רבים מעובדי מפעל "חיפה כימיקלים דרום" להסתדרות הכללית בעקבות פיטוריו של אחד מהעובדים, וההסתדרות הודיעה להנהלת המפעל כי היא ארגון העובדים היציג במפעל. הנהלת המפעל סירבה לנהל משא ומתן עם ההסתדרות, והעובדים פתחו בשביתה. זמן קצר לאחר מכן הקימה הנהלת המפעל ארגון עובדים מטעמה בשם "עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול" ופעלה לשכנע את העובדים להצטרף לשורותיו. עמותת עובדי "נותב" עתרה לבית הדין הארצי בבקשה שיכיר בה כארגון העובדים היציג במפעל "חיפה כימיקלים דרום". בית הדין הארצי קבע כי "עמותת נותב" היא יציר כפיה של הנהלת המפעל ומדובר ב"ארגון מפעלי" או ב"ארגון מטעם". נמצא כי הנהלת המפעל שולטת ב"עמותת נותב" וטביעות אצבעותיה ניכרות בכל אחד משלבי התארגנות העמותה והקמתה. לפיכך נקבע כי המעסיק פגע בחופש ההתארגנות של העובדים; אין לראות ב"עמותת נותב" ארגון עובדים; ההסתדרות הכללית היא הארגון היציג של עובדי המפעל. לאחר מתן פסק דינו של בית הדין הארצי מאמציה של ההסתדרות הכללית לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד עם הנהלת מפעל "חיפה כימיקלים דרום" לא צלחו, ובמשך שנים רבות לא שררו במפעל יחסי עבודה קיבוציים. זאת, עד ליום 4.3.2010, שבו נחתם הסכם קיבוצי מיוחד בין ההסתדרות לבין הנהלת מפעל "חיפה כימיקלים דרום".

אזכיר כי פסק דין עמית של בית הדין הארצי עסק אף הוא בסוגיית עצמאותו של ארגון העובדים. באותה פרשה הוקם "ארגון מטעם" קופת חולים מכבי – ארגון "עמית" – שמרבית חבריו היו עובדי הקופה, אף כשפתח את שערו לחברים מן החוץ. דעת המיעוט של בית הדין הארצי פסלה את הארגון מן הטעם שדובר בארגון המצוי בשליטת המעסיק. דעה זו אומצה בסופו של דבר בפסיקת בית המשפט העליון.⁶⁴

סוגיה שהפסיקה טרם הכריעה בה עניינה ב"התערבות" של מעסיק במאבק בין שני ארגוני עובדים במפעלו. ראוי שהמעסיק לא ינקוט עמדה במאבק בין ארגוני עובדים

62 בפסק דין עמית ובג"ץ עמית לעיל ה"ש 11, דעת המיעוט; עניין ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 523; עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 384; עניין ארגון עובדי בנק המזרחי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 308–309.

63 עניין נותב, לעיל ה"ש 32.

64 בג"ץ עמית, לעיל ה"ש 11.

במפעלו ולא יחווה דעתו באשר להצטרפות לאחד מארגוני העובדים. אולם הפסיקה תידרש להכריע בבוא העת אימתי התערבות מצד הנהלת המפעל, מכוונת או שאינה מכוונת, פוגמת בהתארגנות העובדים ומשליכה על וולונטריות ההצטרפות לארגון, אם בכלל. ככל שיקבע כי התערבותו של המעסיק אכן פוגמת בדרך זו או אחרת בהתארגנות, בית הדין יידרש לקביעת תוצאתו של אותו פגם.

סוגיה דומה אחרת שהתעוררה לאחרונה בהקשר זה עניינה בטענה של ארגון עובדים כי ארגון עובדים אחר פועל "בשיתוף" או ב"הזמנת" המעסיק כדי לסכל את מהלכי ההתארגנות במסגרתו.⁶⁵ ככל שתוכח הטענה, יידרש בית הדין להכריע בבוא העת באשר להשלכות התנהלותו הפסולה של המעביד, ואם יש בה כדי לפגום בהצטרפות העובדים לארגון שפועל בשיתוף עמו.

(ד) אלמנט הזמן בהתארגנות ראשונית

סוגיה חשובה שטרם זכתה לליבון בפסיקה או בחקיקה עניינה בממד הזמן כפרמטר חשוב במאמצים לכינון עבודה מאורגנת. ניסיונות ההתארגנות שאנו עדים להם בתקופה האחרונה מלמדים כי ככל שתקופת ההתארגנות מתארכת כך נחלשת עצמתה ופוחתים הסיכויים לחתום על הסכם קיבוצי עם המעסיק. כמה טעמים לדבר: ראשית חלוף הזמן מאפשר למעסיק להשפיע על העובדים לחדול ממהלכי ההתארגנות, אם באמצעות הפעלת לחץ ואם בדרך של מתן הטבות. מהלך התארגנות שיוצא לפועל באופן מידי אינו מותיר בידי המעסיק מרחב פעולה לנקוט צעדים להדיפתו או להכשלתו. שנית המשאבים העומדים לרשות ארגון העובדים לעתים אינם מספיקים לצורך קיומו של הליך התארגנות ארוך טווח או לצורך התמודדות עם מעסיק גדול ומבוסס.

ההליך המשפטי הוא לא פעם גורם מרכזי בהליך ההתארגנות, ומשכו משפיע על משך תקופת ההתארגנות. ההליך המשפטי יכול אפוא להגן על ההתארגנות ובה במידה הוא יכול לפגוע בה, ככל שהוא נמשך זמן רב. לדידי, בית הדין נדרש לטפל בתביעות בעניין התארגנות עובדים כדרך שהוא מטפל בתובענות בעניין שביתה, לשמוע אותן לאלתר ומיום ליום ולא לשעות לניסיונותיו של המעסיק "למשוך את ההליך" ללא סיבה מוצדקת, שהרי אם בית הדין לעבודה יתייחס להליכים הנוגעים להתארגנות עובדים כהליכים שאינם דחופים, ההליך יימשך שבועות או חודשים באופן שעלול לסכל את מאמצי ההתארגנות.

65 כזו הייתה טענתו של ארגון "כוח לעובדים" בפרשת אקרשטיין. "כוח לעובדים" טען כי ההתארגנות המהירה של עובדי הייצור בשני המפעלים האחרים של החברה בהסתדרות הייתה בעקבות לחצים מצד המעסיק. אולם לא הוגשה ראשית ראיה לטענה זאת, ועל כן העניין לא הוחזר לבית הדין האזורי לשם שמיעת ראיות. עניין אקרשטיין, לעיל ה"ש 20.

לפיכך כשם שבית הדין דן בבקשות למתן צווי מניעה נגד שביתה לאלתר, כך יש לדון בעתירות של ארגון עובדים למנוע פגיעה בהתארגנות עובדים. על האמור יש להוסיף כי בדומה לעתירות שעניינן צו מניעה נגד שביתה או פיטורים, כך גם בעתירות בעניין מניעת פגיעה בהתארגנות עובדים, השלב המכריע של ההליך יהיה פעמים רבות הדיון בסעד הזמני.

(ה) האם קיימת חובה לנהל משא ומתן קיבוצי עם ארגון עובדים יציג?

במקרים שבהם ארגון העובדים צלח את מסוכת ההתארגנות הראשונית וגייס לשורותיו לפחות שליש מעובדי המעסיק, ניצבים בפניו אתגרים נוספים בדרך לכינון יחסי עבודה קיבוציים במקום העבודה ולחתימה על הסכם קיבוצי. עד לעת האחרונה עלו ספקות באשר לחובתו של המעסיק לנהל משא ומתן קיבוצי עם ארגון עובדים יציג בנסיבות של התארגנות ראשונית. אולם בפסק דין הסינמטק נקבעה לראשונה חובת ניהול משא ומתן קיבוצי עם ארגון עובדים יציג בשלב ההתארגנות הראשונית בטרם נחתם הסכם קיבוצי ראשון במפעל. שם (בסעיף 7 לפסק הדין) נאמר:

“ההכרה בארגון כארגון עובדים יציג מקפלת בתוכה זכות של הארגון לכינון יחסים קיבוציים עם המעסיק או ארגון המעסיקים, לרבות זכות למשא ומתן קיבוצי בכלל הנושאים לגביהם ניתן לכרות הסכם קיבוצי”.

ובהמשך:

“ההכרה בארגון עובדים כארגון יציג במקום העבודה מכניסה את השותפים ליחסי עבודה – המעסיק וארגון העובדים היציג – למרחב “יחסי העבודה הקיבוציים” והם נדרשים לפעול במסגרתו. הימצאות במרחב יחסי העבודה הקיבוציים, בין שהיא קודמת לחתימת ההסכם הקיבוצי ובין שהיא לאחריה – משמעה, בין היתר, זכות של הארגון היציג לניהול משא ומתן קיבוצי עם המעסיק בכלל הנושאים לגביהם ניתן לכרות הסכם קיבוצי”.

ביסוד פסיקה זו עמדו שני טעמים עיקריים: הטעם האחד – כי המשא ומתן הקיבוצי משמש כלי להגשמת זכות ההתארגנות; הטעם השני – עניינו בחובת תום הלב בשלב הטרם-חוזי, החלה גם על הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, ומכוחה נגזרת חובתו של המעסיק לנהל

משא ומתן עם ארגון העובדים היציג בשלב הטרם־קיבוצי.⁶⁶ הדיון בפסיקה האמריקאית בכל הנוגע לחובת תום הלב של המעסיק הסתעף לעבר סוגיות נוספות, דוגמת חוסר תום לבו של מעסיק המציב תנאים בלתי מתפשרים במסגרת משא ומתן קיבוצי. הפסיקה הישראלית טרם נדרשה לדיון בסוגיות אלה.

חודשים אחדים לאחר מתן פסק דין הסינמטק תוקן חוק הסכמים קיבוציים והוסף סעיף 1ח33 לחוק, שקבע חובת משא ומתן של מעסיק עם ארגון עובדים יציג במסגרת התארגנות ראשונית. וזה לשון הסעיף:

1ח33. (א) מעביד חייב לנהל משא ומתן בעניינים המנויים בסעיף 1, עם ארגון עובדים יציג לפי סעיף 3, בהתארגנות ראשונית אצלו; אין באמור בהוראות סעיף זה כדי לחייב מעביד לחתום על הסכם קיבוצי עם ארגון עובדים בהתארגנות ראשונית.

(ב) בסעיף זה, "התארגנות ראשונית" – התארגנות של ארגון עובדים שהפך ליציג לפי סעיף 3, אצל המעביד.

כלומר, על פי ההלכה העדכנית, חובת ניהול משא ומתן עם ארגון עובדים יציג חלה על המעסיק בכל אחד משלבי יחסי העבודה הקיבוציים: טרם חתימת הסכם קיבוצי ראשון (התקופה הטרם־קיבוצית), בזמן תחולתו של ההסכם הקיבוצי (התקופה הקיבוצית),⁶⁷ בתקופה שלאחר גמר תוקפו של ההסכם הקיבוצי, ובתקופת המשא ומתן על חידושו (התקופה הבתר־קיבוצית) – זאת בזמן שהארגון הוא ארגון עובדים יציג על פי הוראת סעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים.

חובת ניהול המשא ומתן המוטלת על המעסיק משמעה חובתו לבוא בדברים עם ארגון העובדים היציג בתום לב על עניינים שבתנאי עבודה וביחסי עבודה. בפסק דין הסינמטק נקבע כי משא ומתן עם ארגון העובדים היציג אינו בגדר דיבורים בעלמא, ועל הצדדים ליחסי עבודה קיבוציים לנהלו בתום לב.

עם זאת חובת המשא ומתן עם ארגון עובדים יציג אינה מחייבת את המעסיק להיענות לדרישותיו של ארגון העובדים היציג בנוגע לתנאי עבודה וליחסי עבודה או לחתום על הסכם קיבוצי המעגן דרישות אלה. הסיפה של סעיף 1ח33 (א) קובעת לעניין זה כך: "אין באמור בהוראות סעיף זה כדי לחייב מעביד לחתום על הסכם קיבוצי עם ארגון עובדים

66 ראו גם עמדתו של ד"ר גיא דוידוב, התומך בהכרה שיפוטית בחובת ניהול משא ומתן בתקופה הטרם־קיבוצית. ד"ר גיא דוידוב "החובה לנהל משא ומתן קיבוצי" (הרצאה בכינוס האגודה למשפט העבודה, 2009), isllss.huji.ac.il.

67 ע"ע (ארצי) 400005/98, לעיל ה"ש 23.

בהתארגנות ראשונית". סעיף זה מעגן את עקרון האוטונומיה והרצון החופשי של השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים לקבוע את תנאי העבודה בהידברות ובהסכמה. אולם מה הדין כאשר המעביד מביע עמדה של סירוב עקרוני לחתום על הסכם קיבוצי או סירוב לעגן את תנאי העבודה בהסכם קיבוצי, כפי שהתרחש בפסק דין מטרוודן?⁶⁸ מחד גיסא אפשר לטעון כי הסיפה של סעיף 1ח33(א) לחוק הסכמים קיבוציים בדבר היעדר חובה של המעסיק לחתום על הסכם קיבוצי מתייחסת להיעדר חובה של המעסיק להסכים לתנאי ההסכם או לתוכנו, אולם אין בה כדי לקבוע כי המעסיק אינו מחויב לעגן את תנאי העבודה המוסכמים במסגרת הסכם קיבוצי. טענה זו תמצא לה אחיזה בתפיסה שלפיה יחסי עבודה קיבוציים יש להסדיר בהסכם קיבוצי אף שאין לכפות את המעסיק באשר לתוכנו. מאידך גיסא אפשר לטעון כי יש לפרש את סעיף 1ח33(א) לחוק כמשחרר את המעסיק מעצם החתימה על ההסכם הקיבוצי. פרשנות זו יכול שתמצא תימוכין בלשון הבלתי מסויגת שנקט המחוקק. אולם גם לפי פרשנות אחרונה זו, הוראת הסעיף מחילה עצמה רק בנסיבות של התארגנות ראשונית, וכך לא יהיה בכך משום קביעה כי גם המעסיק המאורגן אינו מחויב לחתום על הסכם קיבוצי. משמעות הדברים היא שבית הדין יידרש להכריע בבוא העת מה הדין כאשר מעסיק מנהל משא ומתן עם ארגון העובדים, מגיע להסכמות בעניין תנאי עבודה, אולם מסרב לעיגון בהסכם קיבוצי. חלף זאת מציע המעסיק חתימה על הסדר קיבוצי, על "כתב הבנה" או פרסום הוראות ביצוע חד-צדדיות מטעמו. סוגיה זו טרם באה להכרעה, אבל התייחסות אליה אפשר למצוא בפסק דין הסינמטק, שם סבר חברי השופט רבינוביץ כי מאחר שאין מוטלת על המעסיק חובה לחתום על הסכם קיבוצי, הוא אינו נדרש לנהל מראש משא ומתן כדי שיסתיים בחתימה על הסכם קיבוצי. חברתי השופטת ליבנה סברה כי המעביד מצדו אינו חייב לחתום על הסכם קיבוצי, אך חובה עליו לנהל משא ומתן קיבוצי בתום לב ובנפש חפצה, גם בנוגע לדרישת הארגון לחתום על הסכם קיבוצי. דעתי הייתה כי תכלית ניהול המשא ומתן הקיבוצי היא הגעה להסכם קיבוצי, העומד בבסיס יחסי השותפות הקיבוציים. לדידי, יש יסוד לטענה כי סירוב עקרוני של מעסיק לחתום על הסכם קיבוצי הוא התנהגות בחוסר תום לב.

(ו) חובת ההגינות ותום הלב בהתנהלות ארגון העובדים

נציין את המובן מאליו, כי החובה לנהוג בהגינות ובתום לב מוטלת גם על ארגון העובדים. ארגון העובדים נדרש לאפשר לעובדים להחליט החלטה חופשית אם להצטרף לשורותיו, והוא אינו רשאי להפעיל עליהם לחץ או לנקוט איומים. נורמות ההתנהגות של ארגון

68 עניין מטרוודן, לעיל ה"ש 17, בפס' 9 ו-15.

העובדים נידונו בפסיקה בקשר למכרזים, שביתות ונקיטת צעדים ארגוניים, למשל בפסק דין חברת נמלי אשדוד⁶⁹ ובפסק דין רשות שדות התעופה.⁷⁰ נורמות אלה יפות וישימות – בשינויים המתאימים – גם לנסיבות של התארגנות ראשונית במפעל.

(ז) יישוב חילוקי דעות בהתארגנות ראשונית

דינונו בסוגיית ההתארגנות הראשונית לא יהא שלם מבלי להתייחס לכלים העומדים לרשות הצדדים ליחסי העבודה לצורך יישוב חילוקי דעות במשא ומתן על הסכם קיבוצי ראשון במקום העבודה.

משא ומתן ו"מאבק כוחות" – על פי עמדתם המסורתית של המעסיקים ושל ארגוני העובדים, דרישותיו הכלכליות של ארגון העובדים יעמדו למשא ומתן בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, ובהיעדר הסכמה רשאי כל צד לנקוט צעדים שהעמיד הדין לרשותו. על פי גישה זו, דרישותיו הכלכליות של הארגון יוכרעו במסגרת "מאבק הכוחות" בין השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים. אלא שבמשק התחרותי המודרני המעסיקים וארגוני העובדים מחפשים דרכים אחרות, פוגעניות פחות, ליישוב המחלוקות ביניהם. שכן "מאבק כוחני" ככלי לפתרון מחלוקות ביחסי העבודה קיבוציים פוגע פעמים רבות קשות הן בשותפים ליחסי העבודה הקיבוציים והן בציבור.

גישור מרצון – אחד הכלים המקובלים ליישוב חילוקי דעות בכלל – המתאים וראוי אף במסגרת של משא ומתן על הסכם קיבוצי ראשון – הוא הגישור. יחסי העבודה הקיבוציים מושתתים על רוח של שותפות והידברות, ולפיכך הליך הגישור הוא כלי מתאים ליישוב חילוקי דעות במערכת יחסי העבודה הקיבוציים בכלל ובנסיבות של התארגנות ראשונית בפרט. הליך הגישור ראוי ומתאים במיוחד ליישוב חילוקי דעות במסגרת של התארגנות ראשונית מאחר שמדובר במפגש ראשון בין הצדדים ליחסי העבודה שמטבע הדברים יכול להציף אי-הבנות, בעיות בתקשורת או חוסר אמון. עניינים אלה יכולים לבוא על פתרונם במסגרת הליך הגישור. הליך הגישור משמש כלי להעמקת ההיכרות בין הצדדים, ואף מטעם זה מתאים וראוי במיוחד ליישוב חילוקי דעות בנסיבות של התארגנות ראשונית. נוכח התועלת שבהליך הגישור והעובדה כי הצלחתו מונעת פגיעה בעסק ובארגון העובדים, עלות הגישור היא במרבית המקרים "הוצאה משתלמת".

69 ע"ק (ארצי) 11/07 חברת נמלי אשדוד בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 23.1.2007).

70 ע"ק (ארצי) 28/06 רשות שדות התעופה – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 5.11.2006).

גישור חובה – בנסיבות שבהן מגיעה ההידברות בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים למבוי סתום, אפשר ורצוי להשתמש בכלים שמציע הליך הגישור כדי לקדמה. הליך הגישור הוא במהותו הליך רצוני, הנעשה על פי הסכמת הצדדים. אולם במשק המודרני, שבו שביתה עלולה לפגוע במפעל ובעובדים באופן בלתי מידתי, ראוי לשקול יישום מנגנון ליישוב חילוקי דעות שבמרכזו גישור חובה. מובן כי בסופו של דבר החתימה על ההסכם תיעשה מתוך אוטונומיה ורצון חופשי של השותפים ליחסי העבודה. אולם המחוקק והשותפים ליחסי העבודה הקיבוציים יכולים לשקול הטלת חובת גישור במקרים מסוימים, לרבות בנסיבות של מבוי סתום במשא ומתן בהליך של התארגנות ראשונית. יש לציין כי המנגנון המוצע של יישוב חילוקי דעות שבמרכזו גישור חובה ראוי אף בנסיבות של משא ומתן על חידוש הסכם קיבוצי.

ניתן ליצור מנגנון משולב ליישוב חילוקי דעות בהתארגנות ראשונית, שראשיתו במשא ומתן בין השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים, המשכו בהליך גישור חובה וסיומו בבוררות חובה באשר לסוגיות שלא סוכמו במשא ומתן ובהליך הגישור.

אציין כי יישוב חילוקי דעות בשירותים חיוניים הוא סוגיה נפרדת, שלא נרחיב בעניינה את הדיון במאמר זה.

ג. הגדרת יחידת המיקוח

1. פתח דבר

העובדים וסוגי התפקידים שעליהם יחול ההסכם הקיבוצי ושעמם ינהל המעסיק משא ומתן הם יחידת המיקוח. יחידת המיקוח תוחמת את "גבולות" המשא ומתן הקיבוצי ומשליכה במקרים רבים על הענקת יציגות לארגון עובדים זה או אחר. בשל טעמים היסטוריים הקשורים במבנה יחסי העבודה הקיבוציים בישראל⁷¹ סוגיית הגדרתה של יחידת המיקוח לא זכתה לעמוד במרכז השיח המשפטי של הפסיקה הישראלית במשך שנים רבות אף שמדובר בסוגיה משפטית יסודית ובעלת חשיבות רבה במשפט העבודה הקיבוצי בכלל ובנוגע להתארגנות עובדים בפרט.

חוק הסכמים קיבוציים אינו עוסק בשאלת הגדרתה של יחידת המיקוח. מבנה יחסי העבודה בישראל בתקופת חקיקתו של חוק הסכמים קיבוציים לא הצריך הגדרה של יחידת

71 ראו סקירה היסטורית במבוא למאמר זה; סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר בר-ניב לקט מאמרים בדיני עבודה, 17 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים, 1987) (להלן: אדלר "הסכמים קיבוציים").

המיקוח, והמחוקק הותיר בידי הצדדים ליחסי העבודה חופש פעולה רחב בכל הנוגע לקביעת מסגרת הסכמי העבודה הקיבוציים ותחולתם. דרך כלל נקבעה מסגרת תחולתו של ההסכם הקיבוצי על ידי הצדדים לו בגוף ההסכם. ברוח החוק ובהתאמה למציאות יחסי העבודה בישראל חזר בית דין זה ופסק לאורך השנים כי קביעת מסגרת ההסכם הקיבוצי והיקף תחולתו מסורה בידי הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים.⁷² בפסק דין אקרשטיין⁷³ שניתן לאחרונה נקבע "כלל ההסכמה" כ"כלל ראשון ומרכזי" בכל הנוגע לקביעת יחידת המיקוח. אולם לצד כלל ההסכמה התוותה הפסיקה אמות מידה ושיקולים משפטיים לקביעת יחידת המיקוח בכל עניין ועניין.

2. שינוי יחידת המיקוח במפעל מאורגן

בשנים עברו ועד לעת האחרונה הובאו להכרעתו של בית הדין לעבודה מקרים שנדרשה בהם קביעת יחידת מיקוח או שינויה במפעל מאורגן. דרך כלל דובר בבקשתן של קבוצות עובדים "לפרוש" מיחידת המיקוח הכלל-מפעלית ובעתירתן של קבוצות עובדים לייצוג נפרד במסגרת ההסתדרות או מחוצה לה.⁷⁴ במרבית המקרים שבהם ביקשה קבוצת עובדים "לפרוש" מיחידת המיקוח המפעלית על בסיס סקטוריאלי או אחר, בקשתה נדחתה על ידי בית הדין לעבודה. כך אירע בעניינים של דורי דואר ישראל, בפסק דין מרקוביץ ובפסק דין העובדים הבכירים של חברת פז.

לצד מקרים אלה היו גם מקרים שבהם ביקש המעסיק לפצל את יחידת המיקוח המפעלית, כפי הנראה כדי להחליש את כוח המיקוח של העובדים. בפסק דין תדיראן קשר⁷⁵ נדחתה עתירתו של המעסיק לשנות את יחידת המיקוח שעליה הוסכם בהסכם הקיבוצי. בהסכם נקבע כי כלל עובדי תדיראן יהיו יחידת מיקוח אחת. בהגיע מועד תום תקופתו החוזית של ההסכם ביקש המעסיק לנהל משא ומתן קיבוצי נפרד עם עובדי כל אחת משלוש חברות הבת של תדיראן, אולם ארגון העובדים סירב לשנות את מסגרת המשא ומתן המוסכמת. בית הדין הארצי קבע כי ההסכם הקיבוצי ממשיך לעמוד בתוקפו מכוח סעיף 13 לחוק הסכמים קיבוציים, וכי חברת תדיראן התחייבה להמשיך את מסגרת המשא ומתן הקיבוצי שנקבעה בהסכם עד שהצדדים יגיעו להסכמה אחרת. בפסק דין תדיראן קשר ניתן

72 דב"ע (ארצי) מא/3-111 "תדיראן" – תעשיות ישראל לאלקטרוניקה בע"מ – עטיה, פד"ע יג 281, 288 (1982); עניין צים, לעיל ה"ש 19; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 19; עניין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון, לעיל ה"ש 19.

73 עניין אקרשטיין, לעיל ה"ש 20.

74 עניין דורי דואר ישראל, לעיל ה"ש 2; עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 2; עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 2; עניין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון, לעיל ה"ש 19.

75 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 19.

משנה תוקף לכלל שלפיו קביעת יחידת המיקוח או שינויה ייעשו בהסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, ובית הדין לעבודה לא ימהר להתערב בהסכמה שאליה הגיעו. ככל שצד ליחסי העבודה הקיבוציים מבקש לשנות מהסכמה שאליה הגיעו הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים בעניין יחידת המיקוח, הוא רשאי לפעול להשגת מטרתו בדרכים המקובלות במשפט העבודה הקיבוצי, לרבות משא ומתן ושימוש ב"אמצעי השכנוע" המוכרים במשפט העבודה. במקרים שבהם הסכמת הצדדים באשר לגבולות יחידת המיקוח אינה ברורה די הצורך, בית הדין מוסמך לפרש את הוראות ההסכם על פי כללי הפרשנות המקובלים בדיני החוזים.

כמה שנים קודם לפסק הדין תדיראן קשר ביקשו עובדי סגל המחקר במערכת הביטחון לפרוש מיחידת המיקוח של המפעלים הביטחוניים, שכלל עובדיה יוצגו עד אותה עת על ידי ההסתדרות. עובדי המחקר עתרו להכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת המיוצגת על ידי "ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון". בפסק דין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון⁷⁶ הכיר בית דין זה באופן יוצא דופן בעובדי סגל המחקר במערכת הביטחון כיחידת מיקוח נפרדת בעלת "אינטרס מיוחד" לייצוג נפרד. באותה פרשה נקבעו קריטריונים להכרה ביחידת מיקוח על יסוד שיוך מקצועי, והם אלה: אם עובדי הקבוצה הם בעלי מקצוע אחד או בעלי מקצועות שונים; אם אפשר להגדיר את עובדי הקבוצה כ"סוג עובדים" אחד; אם יש לקבוצת העובדים "אינטרס מיוחד"; חופש ההתארגנות של העובדים וזכות הקניין של המעסיק. בחוות דעתי בפסק דין ארגון סגל המחקר הוספתי קריטריונים אלה לקביעת יחידת מיקוח:

- (א) העדפת יחידת המיקוח ה"מפעלית" על פני ה"מקצועית" כשיקול של מדיניות.
 - (ב) מתן תוקף להסכמת הצדדים ליחסי העבודה בעניין קביעת יחידת המיקוח ואישור "המצב הקיים".
 - (ג) השפעת ההחלטה בדבר הכרה ביחידת מיקוח מסוימת על יחסי העבודה במפעל או בענף, ואם היא תגרום לחוסר יציבות במקום העבודה.
 - (ד) האפשרות לנתק את מערכת ההסכמים הקיבוציים החלים ביחידת המיקוח הקיימת מהסכם קיבוצי שייחתם ביחידת המיקוח החדשה.
- הפרמטרים הנוספים להגדרת יחידת המיקוח כפי שנקבעו בחוות דעתי בפסק דין ארגון סגל המחקר קיבלו משנה תוקף בפסק דין תדיראן קשר, שניתן לאחריו. אבהיר כי במידה רבה הצטרפתי לתוצאה בפסק הדין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון משום שלעובדי סגל המחקר לא ניתנה מסגרת של ייצוג הולם בהסתדרות. לדידי, קבוצת עובדי המחקר במערכת הביטחון לא הייתה מיוחדת במידה המצדיקה הכרה בה

76 עניין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון, לעיל ה"ש 19.

כיחידת מיקוח נפרדת, הן מבחינת האינטרס המשותף של כלל העובדים במפעלים הביטחוניים והן מבחינת המבנה הארגוני של המפעל. יש להוסיף כי "פיצול" יחידת המיקוח המפעלית בפסק הדין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון היה מושא לביקורת מצד גורמים שונים שטענו כי פרישתה של "הקבוצה החזקה" מיחידת המיקוח המפעלית פגעה בכלל עובדי מערכת הביטחון, החלישה את קבוצות העובדים האחרות במפעל, יצרה פער גדול בין תנאי עבודתם של עובדי המחקר לבין יתר עובדי המערכת וגרמה לחוסר יציבות במקום העבודה.

3. קביעת יחידת המיקוח בהתארגנות ראשונית

בעת האחרונה נדרשו בתי הדין לעבודה להגדרת יחידת המיקוח במסגרת של התארגנות חדשה או ראשונה במקום העבודה.⁷⁷ במקרים אלה ההכרעה בסוגיית יחידת המיקוח הייתה פעמים רבות בעלת השלכה ניכרת וישירה על הענקת יציגות לארגון העובדים, כדלקמן: במקרים שבהם ארגון עובדים אחד היה מעורב בניסיונות לכינון עבודה מאורגנת במקום העבודה, קביעת גבולותיה של יחידת המיקוח השליכה על עמידתו של הארגון בתנאי היציגות הקבועים בסעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים; במקרים שבהם שני ארגוני עובדים היו מעורבים בניסיונות לכינון עבודה מאורגנת במקום העבודה, קביעת גבולותיה של יחידת המיקוח הכריעה את "מאבק היציגות" בין הארגונים.

בפסק דין גן המדע⁷⁸ נדרש בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב לקביעת יחידת המיקוח בהתארגנות עובדים ראשונית. באותו עניין דובר בעובדי אחת מיחידותיו של מכון דוידסון, עובדי גן המדע, שעתרו להכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת. בית הדין האזורי קבע כי אין לראות בעובדי גן המדע יחידת מיקוח נפרדת מאחר שאין להם אינטרס מיוחד המצדיק הכרה בהם ככזו. בית הדין האזורי קבע כי אין הבדל מהותי בין פעילות ההדרכה בגן המדע לבין פעילות ההדרכה במכון דוידסון, וההבחנה בין עובדי גן המדע לבין יתר עובדי מכון דוידסון היא הבחנה מלאכותית. עם זאת נקבע באותה פרשה:

"יתכן, שבנסיבות מתאימות יש מקום להתחשב בכך שמדובר ב'ארגון פורץ' ובהתארגנות חדשה במקום העבודה בהגדרת יחידת המיקוח. כך למשל, ככל שמדובר במעביד שהוא רשת של סניפים רבים או מעביד שעסקו פועל במספר אתרים גיאוגרפיים, יהיה מקום לשקול אם להכיר בכל סניף או בכל

77 עניין מכון דוידסון, לעיל ה"ש 20; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 20; עניין אקרשטיין,

לעיל ה"ש 20; עניין ש.ל.ה. שירותי רפואה, לעיל ה"ש 20.

78 עניין מכון דוידסון, לעיל ה"ש 20.

אתר כיחידת מיקוח נפרדת. אולם, בכל מקרה, הגדרת יחידת המיקוח אינה שרירותית, ואין להגדירה על פי קבוצת העובדים שהצליחה ליצור התארגנות ראשונית".

בפסק דין ויטה פרי הגליל⁷⁹ קבע בית הדין האזורי בבאר-שבע כי אין להפריד באופן מלאכותי בין עובדי תפעול (מלגזנים, אורזים ונהגים) לבין עובדי ייצור, שהם יחידת מיקוח אחת. כך נקבע אף באשר למפעל לייצור מרקים שבו עובדים עובדי הייצור, ולמחסן שממנו יוצאים מוצרי החברה, כי יש לראות בהם יחידת מיקוח אחת. עם זאת בית הדין האזורי קיבל את טענתה של ההסתדרות הכללית כי קבוצת הסדרנים המועסקת מחוץ למפעל בסידור סחורה במרכולים היא יחידת מיקוח נפרדת. זאת בשל המיקום הגאוגרפי ובשל מהות פעילותם שאינה תלויה בפעילות עובדי החברה המועסקים באתר החברה. בית הדין האזורי בבאר-שבע נתן בהכרעתו משקל לעובדה שדובר בהתארגנות עובדים ראשונית.

בפסק דין אקרשטיין דן בית הדין האזורי בבאר-שבע⁸⁰ בעתירתם של עובדי אתר הייצור של חברת אקרשטיין תעשיות בע"מ בירוחם להכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת שארגון "כוח לעובדים" הוא ארגון העובדים היציג שלה. לחברת אקרשטיין שלושה מפעלי ייצור הממוקמים בירוחם, בצ.ח.ר (אזור תעשייה ליד ראש פינה) ובאשדוד. שלושת מפעלי הייצור מנוהלים על ידי מטה ניהולי משותף השוכן בהרצליה פיתוח. עובדי מפעל הייצור בירוחם התארגנו בארגון "כוח לעובדים", אשר הודיע להנהלת המפעל על היותו ארגון עובדים יציג באתר הייצור של החברה בירוחם. הנהלת המפעל סירבה לשאת ולתת עם ארגון "כוח לעובדים" בטענה ששלושת אתרי הייצור של החברה הם יחידת מיקוח אחת, ו"כוח לעובדים" אינו מייצג לפחות שליש מכלל עובדי החברה. המחלוקת בהליך זה סבה אפוא על הגדרת יחידת המיקוח במפעל אקרשטיין: לטענת "כוח לעובדים" אתר הייצור בירוחם הוא יחידת מיקוח נפרדת שהוא מייצג שליש מעובדיה, אולם לטענת הנהלת החברה יש לראות בכלל עובדי החברה יחידת מיקוח אחת. כפועל יוצא, טענה החברה, ארגון כוח לעובדים, שאינו מייצג שליש מכלל עובדי החברה, אינו ארגון עובדים יציג שהנהלה נדרשת לנהל עמו משא ומתן. בית הדין האזורי פסק כי מאפייני העסקתם של עובדי אתר הייצור בירוחם, ובעיקר המכנה המשותף הגאוגרפי והאנושי בעבודתם, מצדיקים לראות בהם יחידת מיקוח נפרדת. לפיכך נקבע כי כוח לעובדים הוא ארגון העובדים היציג של עובדי אתר הייצור בירוחם. על החלטה זו הגישה חברת אקרשטיין ערעור לבית הדין הארצי.

79 עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 20, פסק דינו של השופט אילן סופר ונציגי הציבור מר חיים בר והגב' סתר בכר. הערעור על פסק הדין נמחק.

80 עניין אקרשטיין, לעיל ה"ש 20, פסק דינם של סגנית הנשיא יהודית גלטנר-הופמן, נציג העובדים משה גולדפרב ונציג המעבידים אסף בז'ינסקי.

זמן קצר לאחר הגשת הערעור הודיעה ההסתדרות הכללית להנהלת חברת אקרשטיין כי היא מייצגת יותר משליש מכלל עובדי שלושת המפעלים של החברה. נוכח שינוי נסיבות זה השאלה שעמדה במוקד הדיון לפני בית הדין הארצי הייתה אם יחידת המיקוח במפעל אקרשטיין בירוחם היא של עובדי מפעל ירוחם בלבד או של עובדי שלושת המפעלים של החברה. על פי הנסיבות החדשות קבע בית הדין הארצי כי כלל עובדי החברה, בשלושת אתרי הייצור שלה, הם יחידת מיקוח אחת.

בפסק דין אקרשטיין סקר בית הדין הארצי בהרחבה את הקריטריונים שהתוותה הפסיקה לעניין הגדרת יחידת המיקוח, בין היתר בפסק הדין תדיראן קשר ובפסק הדין ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון, והוסיף וקבע פרמטרים תוך התאמתם לנסיבות של התארגנות עובדים ראשונה במפעל. עם השיקולים הנוספים שנקבעו בפסק דין אקרשטיין אפשר למנות כאלה שהם בעלי חשיבות בנסיבות של התארגנות ראשונה במפעל. מדובר במכלול מאפייני העסקתה של קבוצת העובדים או ה"יחידה" העותרת להכרה כי יחידת מיקוח נפרדת, הנבחנים הן מנקודת מבטם של העובדים והן מנקודת מבטו של המעסיק.

מנקודת מבטם של העובדים יש לשקול את "האינטרסים המשותפים" (community of interests) או את האינטרס הקהילתי המשותף של העובדים המבקשים הכרה כי יחידה נפרדת. דמיון האינטרסים או שיתוף האינטרסים ייבחן במגוון עניינים כמו אם יש לעובדים הכלולים ביחידת המיקוח סביבת עבודה דומה (work environment), תנאי עבודה דומים (מסלולי קידום, שעות עבודה, שיטת פנסייה וכד'), סוג עיסוק (כגון עובדי ייצור), רקע דומה של הכשרה מקצועית, קרבה גאוגרפית, אתר עבודה, היותם חלק משרשרת ייצור או מערך עבודה, היסטוריה של משא ומתן וכד'.

מנקודת מבטו של המעסיק יינתן משקל לפרמטר "הארגוני-ניהולי" שעניינו בניהול יעיל של היחידה העסקית מתוך מגמה לשאוף, עד כמה שאפשר, להתאמה בין יחידת המיקוח לבין המבנה הניהולי והארגוני של המעסיק, כדי שחטיבה ארגונית-ניהולית אחת לא תפוצל לכמה יחידות מיקוח. בפסק דין אקרשטיין נקבע כי ככלל יש לחתור ל"הסכם קיבוצי אחד לחטיבה ארגונית אחת". בכל הנוגע למעסיק בעל כמה סניפים או אתרים נקבע כי ככל שיוכח שאלו נמצאים במטה ניהולי וארגוני משותף, יהיה הדבר שיקול להגדרת המעסיק – על כלל אתריו – כי יחידת מיקוח אחת. עוד נקבע כי האינטרסים של המעסיק ושל העובדים בכל הנוגע להגדרת יחידת המיקוח הם אינטרסים משתלבים, ולכן בדרך כלל קביעת יחידת המיקוח תהא מותאמת לאינטרסים של שני הצדדים.

4. קביעת יחידת המיקוח בנסיבות של קונפליקט בין ארגוני עובדים

כפי שהראינו, קביעת יחידת המיקוח נעשית בדרך כלל בהסכמה במישור היחסים שבין ארגון העובדים לבין המעסיק. אולם קיימים מקרים שבהם סוגיית קביעתה של יחידת המיקוח מתעוררת אגב סכסוך בין ארגוני עובדים על היציגות במקום העבודה.

בהכללה ובזהירות המתחייבת אפשר לומר כי מאבקים בין ארגוני עובדים הם תופעה שלילית, הפוגעת בעבודה המאורגנת ומחלישה את כוח המיקוח של העובדים עם המעסיק. תחרות בין ארגוני עובדים מאלצת את ארגון העובדים להפנות את משאביו לטובת המאבק עם ארגון העובדים המתחרה, ולא לרכז את מאמציו בשיפור תנאי עבודתם של העובדים. במקרים רבים מאבקים בין ארגוני עובדים על ייצוג העובדים מתרחשים על רקע חילוקי דעות בין חברי הנהלת ועד העובדים או בין קבוצות שונות של עובדי המפעל. קיימים מקרים שבהם גם המעביד מעורב בהחלשת כוחם הארגוני של עובדיו.

הכרעת המאבק בין ארגוני העובדים נעשית פעמים רבות באמצעות פסיקה בעניין יחידת מיקוח. בפסק דין אגודת העובדים הבכירים בפז נקבע לעניין יריבות בין ארגוני עובדים כך:

“המגמה היא למנוע או לפחות להגביל, ריבוי הסכמים מפעליים בתחום אותו מפעל, על ההשפעה ההרסנית שבכך על יחסי עבודה ויחסים בין ארגוני עובדים...”⁸¹

בפסק דין אקרשטיין נאמר לעניין זה:

“ריבוי יחידות מיקוח, ובעיקר ריבוי ארגוני עובדים יציגים בחטיבה ניהולית אחת אצל המעסיק, עלול לגרום לחוסר יציבות במקום העבודה, שתהא נעוצה בסכסוכים בין קבוצות עובדים ובין ארגוניהם היציגים. על כך עמדתי בחוות דעתי בפסק דין עמית ומאוחר יותר בפסק דין עמישב שירותים, באלה הדברים:

“המדיניות הדוגלת ביחידת מיקוח מפעלית אחת מצמצמת את התופעה של סכסוכי עבודה המבוססים על יריבות ותחרות בין שני ארגונים יציגים במפעל אחד”.

בפסק דין אקרשטיין הבעתי את דעתי כי מאבקים בין ארגוני עובדים על ייצוג קבוצת עובדים עלולים לערער את יציבות יחסי העבודה במפעל, לפגוע בכוח המיקוח של העובדים אל מול המעסיק, ויש להימנע מהם ככל האפשר.

קביעת יחידת המיקוח על רקע סכסוך בין ארגוני עובדים התעוררה בפסיקה בשני מצבים עיקריים: (א) במפעלים מאורגנים – כאשר שני ארגוני עובדים ביקשו לייצג את אותה

81 עניין אגודת העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 390.

קבוצת עובדים; (ב) במהלכי התארגנות ראשונית – כאשר שני ארגוני עובדים פעלו לארגון קבוצת עובדים בלתי מאורגנת. נפרט:

(א) קונפליקט בין ארגוני עובדים במפעלים מאורגנים

בתקופה האחרונה אנו עדים למחלוקות בין ארגוני עובדים בנוגע לייצוג קבוצות עובדים מאורגנות. קיימים מקרים שבהם המחלוקות מתייחסות לייצוגן של קבוצות עובדים שכבר מיוצגות על ידי ארגון עובדים שנים רבות. ביטוי לכך נמצא בפסק דין אל על⁸² שניתן לאחרונה. באותה פרשה עתרה ההסתדרות הלאומית להכרה בה כארגון העובדים היציג של טייסי החברה, שהיו מאורגנים קודם לכן, ובמשך שנים, בהסתדרות הכללית.

דוגמה נוספת היא עובדי ההוראה בחטיבות הביניים, אשר חלקם חברים בהסתדרות המורים בישראל וחלקם חברים בארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, וכל אחד מהארגונים טוען להיותו ארגון העובדים היציג של קבוצת מורים זו. בפסקי הדין של בית הדין הארצי⁸³ ושל בית המשפט העליון⁸⁴ התעוררה לדיון באופן עקיף סוגיית ייצוגם של מורי חטיבות הביניים בקשר ליישום רפורמת "אופק חדש" בקרב מורי חטיבות הביניים, שנקבעה בהסכם קיבוצי בין המדינה, המעסיקה את מורי כיתות א-ט, לבין ההסתדרות המורים בישראל.

מחלוקות בין ארגוני עובדים בנוגע לייצוג קבוצות עובדים מאורגנות הגיעה להכרעת בית הדין הארצי לעבודה גם בשנות התשעים של המאה הקודמת. בפסק הדין ההסתדרות הרפואית בישראל⁸⁵ נדונה שאלת תחולתו של הסכם קיבוצי שנחתם בין ההסתדרות הכללית לבין קופת חולים כללית. במסגרת ההסכם הסכימה ההסתדרות להפחית שכר בשיעור 5% לכלל עובדי הקופה, לרבות רופאיה. ההסכם נחתם בעקבות הסכמות בין ההסתדרות, קופת החולים והמדינה על מתן סיוע ממשלתי לקופה. ההסתדרות הרפואית טענה במסגרת ההליך לפני בית הדין הארצי כי ההסתדרות הכללית אינה מוסמכת לחתום על הסכם קיבוצי המחייב את הרופאים המיוצגים על ידיה. באותה פרשה נקבע כי ההסתדרות הכללית לא

82 ס"ק (ארצי) 21/01 הסתדרות העובדים הלאומית בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2.5.2010) (להלן: עניין אל-על).

83 עס"ק (ארצי) 62/09 הסתדרות המורים בישראל ומדינת ישראל – ארגון המורים (פורסם בנבו, 23.6.2009); סק"כ (ארצי) 1539-08-10 מדינת ישראל – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים (פורסם בנבו, 23.8.2010); סק"כ (ארצי) 55490-08-10 מדינת ישראל ומרכז השלטון המקומי – ארגון המורים (פורסם בנבו, 1.9.2010).

84 בג"ץ 7226/09 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.11.2009).

85 עניין ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 14.

טיפול במשך 20 שנה בענייניהם של הרופאים ובתנאי עבודתם, והם יוצגו כל העת על ידי ההסתדרות הרפואית, ולפיכך חברותם בהסתדרות הרפואית אינה חברות נוגדת פסולה. לפיכך נקבע כי הרופאים הם יחידת מיקוח נפרדת בקופת חולים כללית ומיוצגים על ידי ההסתדרות הרפואית בישראל ולא על ידי ההסתדרות הכללית המייצגת את יתר עובדי הקופה. התוצאה הייתה כי ההסתדרות וקופת החולים לא היו מוסמכות להסכים על פגיעה בתנאי עבודתם של הרופאים.

יש לציין כי ייצוגם של הרופאים על ידי ההסתדרות הרפואית הוא היסטורי. ההסתדרות הרפואית חתמה על הסכמי עבודה קיבוציים מיוחדים עם קופות חולים, עם הממשלה ועם בתי חולים פרטיים, כמו בית החולים "הדסה", בדבר תנאי עבודתם של הרופאים, לפחות מאז אמצע שנות השבעים. לאמור, הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים ראו בהסתדרות הרפואית ארגון העובדים היציג של הרופאים, אף אם ההיבט המשפטי של הסוגיה לא נבחן קודם לפסק דין ההסתדרות הרפואית. הייצוג הנפרד של הרופאים על ידי ההסתדרות הרפואית היה למעשה פרי הסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, ובית הדין העניק לה גושפנקה – זאת בשונה ממקרים שבאו להכרעת בית הדין לעבודה לאחרונה, שבמסגרתם התבקש "פיצול" יחידת המיקוח בניגוד להסכמה של הצדדים ליחסי העבודה. בהקשר זה יש לעמוד על כך שבמסגרת יחסי העבודה בישראל קיימים מקרים היסטוריים של ייצוג קבוצות עובדים או מגזרי עובדים בתוך המפעל על ידי איגודים מקצועיים (professional unions), דוגמת ארגוני הסגל האקדמי ואיגוד העיתונאים. במקרים האלה מדובר כאמור בהסכמות היסטוריות של השותפים ליחסי העבודה שבית הדין העניק להם גושפנקה.

(ב) קונפליקט בין ארגוני עובדים בהתארגנות ראשונית

במסגרת שוק העבודה הישראלי פועלים, נכון להיום, שלושה ארגוני עובדים כלליים: אחד גדול ושניים קטנים יותר. מאחר שמדובר במשק שבו כשני שלישים מכוח העבודה איננו מאורגן, היה מתבקש שכל אחד מארגוני העובדים יפעל לארגון מקומות עבודה בלתי מאורגנים, ולא ייווצרו קונפליקטים בין ארגוני עובדים בנוגע לייצוג קבוצות עובדים. אולם בתקופה האחרונה אנו עדים לא אחת לסכסוכים בין ארגוני עובדים על ייצוג קבוצות עובדים בהתארגנות ראשונית.

על פי רוב מאבק בין ארגוני עובדים בשלבי ההתארגנות הראשונית במפעל מעכב את השגת היציגות לאחד משני ארגוני העובדים ועלול לפורר את ההתארגנות. ככל שאחד משני הארגונים הפך לארגון יציג, המאבק בין ארגוני העובדים מרחף כ"צל" מעל יציגותו, מחליש את כוח המיקוח שלו עם המעסיק, מאלצו להפנות משאבים ל"שמירה" על חבריו ו"מרחיק" את החתימה על הסכם קיבוצי עם המעסיק. יש מעבידים שמלבים את המחלוקת בין ארגוני

העובדים כדי להחליש את ההתארגנות או לפוררה. כמובן, לעובדים עומדת הזכות לברר את תנאי החברות בארגוני העובדים השונים, את השירותים הניתנים על ידיהם, ולעבור מארגון לארגון. אולם על פני הדברים ארגוני העובדים הם בעל אינטרס ברור למנוע מעבר של קבוצות עובדים מארגון לארגון. חרף זאת אין כיום עדות לשיתוף פעולה או ל"אמנה" בין ארגוני העובדים לבין עצמם למניעת תחרות על ייצוג עובדים בכלל ובשלבי ההתארגנות הראשונית בפרט.

נוכח תמונת מצב זו ראוי לשאול: האם יש להעניק לארגון עובדים יציג בהתארגנות ראשונית מעין "חסינות" לתקופת זמן תחומה, שבמהלכה לא תיפגע יציגותו לטובת ארגון עובדים אחר? שאלה זו מעוררת דיון בסוגיות משנה נוספות, כגון אלה: כיצד תיקבע חברותו של עובד שחתם על מסמכי הצטרפות לשני ארגוני עובדים? האם ייחשב לחבר הארגון הראשון שאליו הצטרף מאחר שהדבר מצביע על רצונו החופשי ונטול השפעת המעסיק? האם ייחשב לחבר הארגון השני שאליו הצטרף מאחר שהדבר מצביע על רצונו העדכני של העובד? ככל שתובא ראשית ראייה כי המעביד הביע תמיכה באחד הארגונים, ביודעין או שלא ביודעין, כיצד ישפיע הדבר על יציגות אותו הארגון?

לאחרונה ניתן פסק דין חלקי (ללא נימוקים) שבו נקבעה מעין "תקופת חסינות" בת שנה לארגון עובדים יציג בהתארגנות ראשונית, שבמסגרתה נחתם הסכם קיבוצי ראשון במפעל. באותה פרשה דובר בחברת "ספרינט מוטורס", המפעילה את תחנות הדלק של חברת "סונול". עובדי החברה התארגנו לראשונה בהסתדרות הכללית החל מחודש יוני 2009. בחודש מרס 2010 נחתם הסכם קיבוצי ראשון בין ההסתדרות הכללית לבין החברה שנועד לשמש בסיס להמשך המשא ומתן בין הצדדים. בעוד הצדדים מנהלים משא ומתן קיבוצי הודיעה הסתדרות העובדים הלאומית לחברה כי היא הפכה לארגון העובדים היציג בחברה. ההסתדרות הכללית הגישה לבית הדין הארצי לעבודה עתירה על פי סעיף 25(2) לחוק בית הדין לעבודה, ובמסגרתה ביקשה כי בית הדין יצהיר על היותה ארגון העובדים היציג בחברה. באותה פרשה נקבע כי ארגון עובדים אחר מנוע מלטעון נגד יציגותו של ארגון העובדים היציג שחתם על הסכם קיבוצי ראשון בחברה עד תום שנה ממועד חתימת ההסכם הקיבוצי הראשון.⁸⁶ זאת בנוסחה שבהן לא מתעוררת מחלוקת באשר ליציגותו של הארגון החתום על ההסכם בשעת החתימה.

86 סב"א (ארצי) 50718-07-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו, 10.8.2010). בעת כתיבת מאמר זה טרם ניתנו הנימוקים המלאים לפסק הדין. הנימוקים המלאים ניתנו ביום 17.11.2010.

בפסק דין האוניברסיטה הפתוחה⁸⁷ נאמר כי יש טעם בקביעת חסינות לתקופת זמן סבירה גם בשלב המשא ומתן לחתימה על הסכם קיבוצי ראשון במקום העבודה, שבמסגרתה יהא ארגון עובדים אחר מנוע מלטעון נגד יציגותו של הארגון שהוכר כיציג על ידי המעסיק או בית הדין. זאת מטעמים של יציבות וודאות וכדי לאפשר קיומו של משא ומתן שיבשיל לכדי הסכמות קיבוציות.

יש לציין כי לעתים נוצר קונפליקט בין ארגוני עובדים אף כשהם אינם מתחרים על ייצוגה של אותה קבוצת עובדים. כך אירע בפסק דין אקרשטיין. באותה פרשה ארגון "כח לעובדים" ארגן את עובדי אחד מאתרי הייצור של החברה, ואילו ההסתדרות הכללית ארגנה את עובדי שני האתרים האחרים. במצב דברים כזה נדרשת הכרעה בשאלת יחידת המיקוח – אם היא תכלול את כלל יחידותיו של המעסיק, או שאפשר להכיר בכל אחת מהן כיחידת מיקוח בפני עצמה. ההכרעה במחלוקת בין הארגונים תיפול באמצעות ההכרעה בשאלת יחידת המיקוח. כך נעשה בפסק דין אקרשטיין.⁸⁸

5. שיקולי מדיניות בקביעת יחידות מיקוח

הפסיקה הכריעה בסוגיית קביעת יחידות המיקוח על יסוד שיקולי מדיניות שאימץ בית הדין לעבודה לפני שנים, מרביתם ראויים ושימיים גם היום. ואלה עיקריהם:

(א) העדפת יחידת המיקוח ה"תעשייתית-מפעלית" (industrial union) המותאמת ל"סגנון" המיוחד של יחסי העבודה בישראל – במקרים שלא הושגה בהם הסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים בכל הנוגע לקביעת יחידת המיקוח נקבעה כנקודת מוצא בפסיקה העדפת יחידת המיקוח ה"תעשייתית-מפעלית" על פני יחידת המיקוח ה"מקצועית" (professional union or craft union),⁸⁹ או במילים אחרות: "הסכם קיבוצי אחד למפעל אחד".⁹⁰

המדיניות השיפוטית שהעדיפה את "שיטת" ההתארגנות ה"מפעלית-תעשייתית" על פני ה"מקצועית" שיקפה למעשה את מציאות יחסי העבודה בישראל, שהתאפיינה בקיומו של ארגון עובדים אחד – ההסתדרות הכללית – שאיגד את מרבית העובדים המאורגנים במשק. אמנם בפועל במקומות עבודה רבים נרקם "מארג" של יחידות מיקוח בעלות רובדי משא ומתן שונים – ארצי, ענפי, מפעלי ומקצועי – ולעתים הייתה אף חפיפה בין יחידות שונות

87 סב"א (ארצי) 32690-10-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – כח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנבו, 20.1.2011).

88 ראו גם: עניין ש.ל.ה. שירותי רפואה, לעיל ה"ש 20.

89 עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 2.

90 עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 2; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 317; ע"ע (ארצי) 324/05 אצי"לדייב – עמישב שירותים בע"מ (פורסם בנבו, 27.3.2006).

של ניהול משא ומתן. עם זאת אותו "מארג" יחידות מיקוח – שכונה בפסיקה שיטת ייצוג "משולבת"⁹¹ של ההסתדרות – לא ערער את יציבות יחסי העבודה בישראל. זאת, בשל הכוח המרכזי של האגף לאיגוד מקצועי בהסתדרות הכללית ש"ראה את התמונה בכללותה". סוגיה זו נדונה בהרחבה במאמרי ב"ספר בר־ניב"⁹² ולא ארחיב את הדיבור בה. אסתפק באזכור טעמים עיקריים להעדפת שיטת הייצוג ה"מפעלית": (1) שיטת הייצוג ה"מפעלית" משולבת מעניקה ייצוג הולם הן לכלל העובדים במפעל והן לקבוצות העובדים השונות הקיימות בו, ולמעשה היא בכחינת "צילום" של מצב ההתארגנות בפועל. שיטה זו היא אחד הביטויים של עקרון האוטונומיה של השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים; (2) פיצול יחידת המיקוח עלול להחליש את כוחם של העובדים לפעול לשיפור תנאי עבודתם;⁹³ כך למשל בפסק דין תדיראן קשר ביקש המעסיק לפצל את יחידת המיקוח כדי להחליש את כוח המיקוח של העובדים. קיומה של יחידת מיקוח אחת לכלל עובדי המפעל תסייע דרך כלל בשיפור תנאי העבודה של קבוצות עובדים חלשות באמצעות כוח המיקוח של קבוצות העובדים ה"חזקות". מנגד פיצול מקום העבודה ליחידות מיקוח קטנות עלול להביא לידי כך שהקבוצות ה"חזקות" ישיגו תנאי עבודה טובים וישאירו מאחור את קבוצות העובדים ה"חלשות". עם זאת יש לציין כי יש מצבים שבהם קבוצת העובדים החזקה משיגה לעצמה תנאי עבודה משופרים ביחס לאלה של כלל עובדי המפעל אף מבלי לפרוש מיחידת המיקוח המפעלית. כזאת יתרחש בהיעדר פיקוח ראוי של ארגון העובדים; (3) יעילות ושוויון – המעסיק ינהל משא ומתן עם ארגון עובדים אחד ויוכל לגבש תנאי עבודה שוויוניים לכלל עובדי מפעלו.

יש להעיר כי הפסיקה בעניין העדפת שיטת הייצוג ה"מפעלית"־תעשייתית ניתנה על רקע יחסי העבודה ששררו בישראל באותה תקופה. סביר להניח שהפסיקה תתפתח ותתעדכן על פי התמורות ביחסי העבודה, כפי שאנו עדים להם בתקופה האחרונה. בין היתר יידרשו בתי הדין לעבודה לקבוע אמות מידה בהתייחס לסוגיית יחידת המיקוח באשר לאלה: מעסיקים בעלי כמה סניפים או אתרים; מעסיקים שחלק מעובדיהם מועסקים מחוץ למפעל (כגון נהגים וסדרני סחורה ברשתות); רשתות בעלות סניפים רבים; רשתות בעלות כמה סניפים המתופעלים על ידי בעלים או זכיינים שונים.

(ב) יציבות במקום העבודה – היא שיקול בפני עצמו בסוגיית קביעת יחידת המיקוח. אחד הפרמטרים להכרה ביחידת מיקוח כפי שנקבע בפסק דין אקרשטיין, בפסק הדין ארגון

91 כך כונתה "שיטת הייצוג" של ההסתדרות בעניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 2.

92 אדלר "הסכמים קיבוציים", לעיל ה"ש 71, בעמ' 19.

93 ראו: יצחק זמיר ופרנסיס רדאי "על הזכות שלא להצטרף לארגון עובדים" משפטים ג 275, 292–294 (1971); פרנסיס רדאי וגלעד נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל – מבט אל המאה ה-21" משפטים לד 39, 80–81 (2004).

סגל המחקר ובפסק דין תדיראן קשר עניינו בהשפעה שתהא לכך על יחסי העבודה במפעל או בענף, ואם אותה הכרה תגרום לחוסר יציבות במקום העבודה. יציבות ביחסי העבודה היא אינטרס משותף של המפעל ושל עובדיו. היא תורמת לאיתנותו של המפעל ולקיומם של מקומות עבודה ומשפיעה על מצבו הכללי של המשק. יציבות ביחסי העבודה מביאה לתוצאה של רווח לכול (win-win situation). ריבוי ארגוני עובדים יציגים בחטיבה ניהולית אחת עלול לגרום לחוסר יציבות במקום העבודה, שתהא נעוצה בסכסוכים בין קבוצות עובדים ובין ארגוניהם היציגים. כך למשל במסגרת עתירתם של טייסי "אל על" להכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת למדנו כי הגעתה של חברת "אל על" לפירוק בשנת 1982 הייתה נעוצה במידה רבה בריביות שבין שמונת ועדי העובדים בחברה ובסכסוכים ממושכים ביניהם, שהסבו לחברה הפסדים כבדים. עמדתי על כך בחוות דעתי בפסק דין אל על⁹⁴, בפסק דין עמית⁹⁵ ולאחר מכן בפסק דין עמישב שירותים, באלה הדברים: "המדיניות הדוגלת ביחידת מיקוח מפעלית אחת מצמצמת את התופעה של סכסוכי עבודה המבוססים על יריבות ותחרות בין שני ארגונים יציגים במפעל אחד"⁹⁶.

במקרים רבים "פיצול" יחידת המיקוח אצל המעסיק גורם לפגיעה קשה במרקם יחסי העבודה במפעל ולפגיעה עקיפה באיתנותו הפיננסית. הדברים אמורים ביתר שאת במצב שבו קיימות כמה יחידות מיקוח במפעל אחד המיוצגות על ידי ארגוני עובדים שונים, אז התחרות בין הוועדים השונים על "השגת" תנאי עבודה מיטביים לעובדיהם, והעובדה כי אין שום גורם ששם לנגד עיניו את האינטרסים של כלל עובדי החברה, עלולות לפגוע קשות במצבו של המפעל, שהוא מטה לחמם של עובדים רבים.

במאמרי "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום"⁹⁷ התייחסתי לעניין זה באלה

הדברים:

"אחת הבעיות הקשות בהן נתקל בית הדין הארצי לעבודה כתוצאה מהשיטה הקיימת בתחום ההסכמים הקיבוציים היא הופעת שני ארגונים יציגים של קבוצת עובדים אחת. השיטה הישראלית משתדלת לשתף במערכת אחת את ה־industrial union יחד עם ה־trade unionism וזהו שעטנז, חיבור שיטות שאינן הולמות זו את זו. לפי השיטה הקיימת, עובד מיוצג למעשה, (אבל לא רשמית) על ידי יותר מארגון עובדים אחד. הוא

94 עניין אל-על, לעיל ה"ש 82.

95 עניין עמית, לעיל ה"ש 11.

96 עניין אצילדייב, לעיל ה"ש 90, ס' 5 לפסק הדין.

97 אדלר "הסכמים קיבוציים", לעיל ה"ש 71, בעמ' 19.

מיוצג על ידי האגף לאיגוד מקצועי של ההסתדרות הכללית (שבדרך כלל פועל באמצעות הסתדרות ארצית, מועצת פועלים, או ארגון מקצועי), וכן הוא מיוצג על ידי ועד שבאופן רשמי כפוף להסתדרות הכללית, אבל במקרים רבים מתעלם מהוראותיה. המצב חמור עוד יותר כאשר אחד הארגונים המקצועיים נוטל לעצמו מעמד של ארגון יציג. במקרה כזה טוענים בבית הדין שני ארגונים יציגים כי זכותם לייצג את כלל העובדים למרות שחוק הסכמים קיבוציים מכיר רק באחד. בית הדין הארצי לעבודה, בדלית ברירה, השלים עם המצב בתנאי שלקבוצת העובדים יש 'אינטרס מיוחד' המצדיק ניהול משא ומתן נפרד."

המדיניות של העדפת יחידת המיקוח המפעלית תוך מתן משקל לפרמטר היציבות המשקית משקפת אפוא זהות אינטרסים של העובדים ושל המעסיק. משפט העבודה המודרני ויחסי עבודה בעידן החדש צריכים לשאוף ליצירת מודל של שותפות לצורך קידום האינטרסים של השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים. במציאות יחסי העבודה בישראל של שנת 2010 קביעת יחידת מיקוח אינה שאלה משפטית "יבשה" אלא הכרעה מעשית המשפיעה על זכויותיהם של העובדים ושל המעסיקים.

סיכום: התארגנות עובדים – חברה, כלכלה ומשפט

יש הרואים בהתארגנות עובדים כלי לשיפור תנאי עבודה ותו לא. אולם לאמתו של דבר, התארגנות עובדים בארגוני עובדים קשורה בטבורם של ערכי דמוקרטיה, משק וחברה. החלטה על ניהול יחסי העבודה באפיק הקיבוצי היא החלטה חברתית וכלכלית ערכית, המשקפת תפיסת עולם באשר לאופיו החברתי והדמוקרטי של מקום העבודה ובאשר למקומו של העובד במקום העבודה.

ערכי החברה והדמוקרטיה באים לידי ביטוי בהתארגנות עובדים בכמה היבטים: ראשית, קביעת תנאי העבודה במפעל המאורגן נעשית במישור היחסים שבין הנהלת המפעל לבין קבוצת העובדים במשא ומתן קיבוצי, בשיתוף ותוך בירור הדדי של צורכי הצדדים. בדרך זו מוגשמים ערכים חברתיים של הידברות ושיתוף, ומושגות על פי רוב גם תוצאות כלכליות. זאת במובדל ממקום עבודה בלתי מאורגן, שבו קביעת תנאי העבודה נעשית במישור היחסים שבין הנהלת המפעל לבין העובד הבודד; שנית, ניהול משאבי האנוש במפעל מאורגן הוא משותף במידת מה להנהלת המפעל ולארגון העובדים, שכן הנהלת המפעל מוגבלת בתנאים שנקבעו בהסכם הקיבוצי באשר לפיטורי עובדים ולהליכי יישוב סכסוכי עבודה. לעומת זאת במקום עבודה בלתי מאורגן הנהלת המפעל נהנית מפררוגטיבה בלתי מסויגת, וניהול משאבי האנוש נעשה על ידיה באופן בלעדי.

אולם השקפת עולמם של העובדים ושל המעסיקים בנוגע להתארגנות עובדים אינה מדד יחיד או בלעדי להצלחתה של ההתארגנות. הצלחתה של ההתארגנות מושפעת מגורמים רבים ושונים, ובין היתר מדעת הקהל, מהמצב הכלכלי במשק ובענף הרלוונטי, מההגנה המשפטית הפרוסה על העובדים המתארגנים, מהתדמית של ארגוני העובדים ומיכולתם של גורמים כלכליים משפיעים "לשבש" את מהלכיה.

במאמר זה עסקנו בעיקרו של דבר בסוגיות המשפטיות הנוגעות להתארגנות עובדים ובהגנות שמעניק הדין על זכות העובדים להתארגן. המשפט וההלכה בנוגע להתארגנות עובדים הם בעלי השפעה רבה על יכולתם של עובדים לממש את זכותם להתארגן ולכוון יחסי עבודה קיבוציים. המחוקק, בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון קבעו כמה וכמה נורמות שנועדו לאפשר את מימושה של זכות ההתארגנות: המחוקק העמיד לרשות ארגוני העובדים כלים שיאפשרו התקשרות עם העובדים כדי לקדם מהלכי התארגנות במקום העבודה; המחוקק, בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון פסלו פעולות שונות שנקטו מעסיקים למניעת התארגנות, כגון פיטורי פעילי ההתארגנות, הקמת "ארגון מטעם" המעסיק וכד'; בתי הדין לעבודה קבעו אמות מידה לפקיעת תחולתם של הסכמים קיבוציים בנסיבות של פרישה מארגון מעסיקים או התפרקותו.

נוכח התמורות שחלו ביחסי העבודה בישראל בשנים האחרונות ייחדנו במאמר זה התייחסות למאפייניה הייחודיים של התארגנות עובדים ראשונית להגנות שמעניק הדין במסגרתה ולמצב המשפטי הרצוי בקשר להתארגנות עובדים ראשונית, והצבענו על דרכים ליישוב חילוקי דעות בהתארגנות ראשונית. לבסוף עסקנו בסוגיית יחידת המיקוח שתופסת בעת האחרונה מקום מרכזי בשיח של המשפט הקיבוצי, בין היתר בקשר להתארגנויות עובדים ראשוניות.

סביר להניח שבתי הדין לעבודה יידרשו לסוגיות אלה או לחלקן במסגרת התדיינויות עתידיות בעניין התארגנות עובדים. מאחר שמדובר בסוגיות שאינן מוסדרות באופן מפורש בחקיקה, בתי הדין יידרשו לאמץ מדיניות שיפוטית שתונחה מדברי החקיקה הקיימים ומתקדימים משפטיים ולעצב אמות מידה להכרעה בהן.

התארגנות העובדים בישראל עברה תמורות רבות מאז היווסדה. כיום מסתמנת מגמת צמיחה בפעילותם של ארגוני העובדים לארגון מקומות עבודה חדשים. מהלכי התארגנות אלה מציינים סוגיות משפטיות, ערכיות וחברתיות רבות שמערכת המשפט רק החלה את העיסוק בהן. סביר להניח כי נכונות עוד התפתחויות מעניינות בתחום זה שיהיו בעלות השפעה ניכרת על שיעורי ההתארגנות בארץ.

יחידת המיקוח – הגדרתה, עיצובה והתאמתה למצבים משתנים ביחסי עבודה

מאת

מרדכי (מוטי) מירוני*

פתיחה. א. הגדרת המושג "יחידת מיקוח". ב. המצבים שבהם נדרשת הגדרת יחידת המיקוח; 1. הגדרת יחידת המיקוח הראשונית; 2. שינוי או עיצוב מחדש של יחידת המיקוח. ג. מיקומה של הגדרת יחידת המיקוח בשיח המשפטי. ד. הדרכים לקביעת יחידת המיקוח; 1. מאבק ארגוני; 2. הכרעה שיפוטית. ה. אמות המידה המשפטיות להגדרת יחידת המיקוח. ו. מסגרת חשיבה חדשה לצורך קביעת יחידת המיקוח; 1. צרכים וערכים; 2. Matrix; 3. המצפן. ז. סיכום, הערות והמלצות; 1. יחידת הידרבות; 2. יצירתיות בסעדים; 3. הסכמה, יחסים ושיח של צרכים, אילוצים וזהות.

פתיחה

בעולם התוכן של משפט העבודה הקיבוצי המושג "יחידת מיקוח" או "יחידת המשא ומתן" אינו חדש או בלתי מוכר. הוא התעורר בצורה עקיפה משהו בפסק הדין הראשון של בית הדין הארצי לעבודה,¹ ואף עמד במרכזם של שני אירועים מכוננים בהיסטוריה של יחסי העבודה בישראל: הראשון שבידת פקחי הטיסה בשנת 1977,² שבה היה המקרה היחיד של

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לעוזרת המחקר עו"ד אירנה נוטנקן על תרומתה.

1 דב"ע (ארצי) ל/1-5 ארגון דוורי דואר ישראל – מדינת ישראל – משרד הדואר, פד"ע א 7 (1969).

2 עמוס חרד "לראשונה בתולדות יחסי העבודה בישראל: פקחי חיל האוויר מפעילים מאמש את כל נמלי התעופה" הארץ 27.5.1977, 1-2; "משל: מתנגדים להפעלת צבא ביחסי עבודה" הארץ 30.5.1977, 3; עמוס חרד "פקחי הטיסה לא הביעו נכונות לשוב לעבודה" הארץ 31.5.1977, 3.

הפעלת צבא בזמן שביתה. במקרה זה פקחי הטיסה שבתו בדרישה לייצוג נפרד (יחידת מיקוח נפרדת). כאמצעי התמודדות עם השביתה איישו פקחי טיסה צבאיים את מגדלי הפיקוח בשדות התעופה במקום פקחי הטיסה השוכתים; השני – ההשבתה הארוכה והליכני הפירוק מרצון של חברת "אל על" בשנים 1982–1983.³ הממשלה התנתה את ביטול הליכני הפירוק וחדוש העבודה בחברה ביישום תכנית בת שישה עיקרים, ובהם שינוי יחידת המיקוח, קרי מעבר משמונה יחידות מיקוח שונות⁴ ליחידת מיקוח אחת הכוללת את כל העובדים בחברה.⁵ בני לבני הנושא של הגדרת יחידת המיקוח הגיע מדי פעם לבתי הדין לעבודה. בשנים האחרונות המושג "יחידת מיקוח" עשה את דרכו מן השוליים אל מרכז הבמה של השיח בדיני עבודה והוא מצוי בתפר שביניהם לבין יחסי עבודה. אף על פי שהמושג אינו חדש מבחינה כרונולוגית, וכבר התנהלו בעניינו קרבות משפטיים קשים, מושקעים ומתוקשרים, מן הבחינה האנליטית הוא נותר בלתי ברור ובלתי מפותח. בהיבט זה הוא משקף את מצבו של השיח המשפטי בכל תחומי המשפט בכל הקשור לנושא הרחב של קבוצות וייצוג קבוצתי.⁶

רשימה זו נועדה לספק משנה סדורה ומסגרת מושגית ואנליטית לדיון בנושא יחידת מיקוח. חלק א יוקדש להגדרת המושג; חלק ב יעסוק במצבים השונים שבהם מתעוררת שאלת ההגדרה של יחידת מיקוח; חלק ג יעסוק במקומה של סוגיית ההגדרה של יחידת המיקוח בשיח המשפטי; חלק ד ינתח את האופנים שבאמצעותם יחידת המיקוח מעוצבת ומשתנה; חלק ה יעסוק בסקירה ובניתוח של אמות המידה המשפטיות להגדרת יחידת

3 חנה הרדוף זכויות עובדים בחילופי מעבידים, בפירוק חברה ובכינוס נכסים 189–193 (1988); דב"ע (ארצי) מג/4-6 ההסתדרות הכללית – חברת אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פד"ע יד 128 (1982).

4 ראו מרדכי (מוטי) מירוני "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושה המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים" עיוני משפט ח 183 (1981).

5 הרדוף, לעיל ה"ש 3.

6 המחלוקת על דרישת ההתארגנות של אלמנות ויתומי צה"ל לייצוג נפרד מארגון יד לבנים, שייצג עד אז את כלל משפחת השכול, היא בבואה של סוגיית הגדרת יחידת מיקוח במשפט הכללי. נושא זה העסיק את בית המשפט הגבוה לצדק בשנים 1990–1991 ונפתר לאחר גישור ממושך, באמצעות הסכמה, שהושגה בין הצדדים לעריכת משאל בקרב אלמנות צה"ל באשר לשאלה אם הן חפצות בייצוג נפרד ועל ידי מי. ראו בג"ץ 858/89 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד מד(3) 802 (1990). המשאל התבסס על מודל הבחירות החשאיות בשלב ההתארגנות המקובל במשפט העבודה הקיבוצי בארצות הברית ובאנגליה. ראו: Charles S. Caulkins, *The Facts on Union Certification by Card Check* (2006) library.findlaw.com/2006/May/1/241516.html; *Statutory Trade Union Recognition Procedure Comes into Force*, EIRONLINE (28.7.2000) www.eurofound.europa.eu/eiro/2000/07/feature/uk0007183f.htm

המיקוח; חלקו ויציע מסגרת חשיבה חדשה להגדרת יחידת המיקוח; חלקו ויסכם את עיקרי הדיון ויציע הערות, הארות ודרכי פעולה.

א. הגדרת המושג "יחידת מיקוח"

מבחינה משפטית יחידת המיקוח היא האוכלוסייה אשר עליה יחול, בתחולה רעיונית, הסכם קיבוצי ספציפי, אם וכאשר הסכם כזה ייחתם.⁷ המושג רלוונטי לכל סוגי ההסכמים הקיבוציים: מיוחד, כללי ופלורלי. משפט העבודה הקיבוצי ממעט לעסוק ביחידת המיקוח לצורך הסכם קיבוצי כללי.⁸ לפיכך, למעט התייחסויות נקודתיות, הרשימה תעסוק בהגדרת יחידת המיקוח לצורך הסכם קיבוצי מיוחד.

האוכלוסייה המרכיבה את יחידת המיקוח איננה מוגדרת בעזרת שמות של עובדים או מעבידים אלא באמצעות שיוכם של מרכיבי האוכלוסייה, מבחינת קיום יחסי עובד-מעביד, לתעשייה מסוימת או למעסיק מסוים או ליחידה ארגונית של המעסיק (מפעל, סניף, אתר, אזור) או לעיסוקים, למקצועות או לתפקידים ספציפיים. מן ההגדרה אפשר ללמוד את מה שיש בה, ובעיקר את מה שאין בה. שכן קיים בלבול רב באשר למיקום המדויק של המושג ובאשר לנפקויות המשפטיות שלו.

7 ראו גם ס"ק (אזורי ב"ש) 1033/07 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מרחב אשדוד – ויטה פרי הגליל שיווק בע"מ, סע' 40 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.4.2008) (להלן: עניין ויטה פרי הגליל).

8 נראה כי הסיבה העיקרית לכך היא שהוראות של הסכם קיבוצי כללי חלות על מעבידים אך ורק מכוח חברותם בארגון המעבידים, שהוא צד להסכם (ס' 16 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957), ואילו על העובדים – מכוח היותם מועסקים על ידי המעבידים שהם חברים, אלא אם הוצאו מתחולה, בהסכם קיבוצי עצמו. כלומר, בצד המעבידים אין קיים המושג של יציגות. שאלת יחידת מיקוח לצורך הסכם קיבוצי כללי יכולה להתעורר בכל זאת בעקבות סכסוך בין-ארגוני. הכוונה לסכסוך בין שני ארגוני מעבידים או שני ארגוני עובדים על חתימת הסכם קיבוצי כללי בענף. ראו להלן ה"ש 66 (חברות כוח אדם). אפשרות נוספת לסכסוך בנושא יחידת מיקוח לצורך הסכם קיבוצי כללי היא כאשר קבוצת מעבידים תבקש לפצל את יחידת המיקוח הקיימת בענף ולהקים יחידת מיקוח נפרדת. לאחרונה הובאה לבית הדין מחלוקת בשאלה איזה צד הרחבה חל על עובדת ניקיון המועסקת על ידי מעסיק שעיקר פעילותו היא בתחום השמירה. אף על פי שדובר בבחינת תחולה של צווי הרחבה, להבדיל מהסכמים קיבוציים כלליים, ואף על פי שנוסח צווי הרחבה היה גורם חשוב בהחלטה, בית הדין בחר להתייחס בהחלטתו לנושא של יחידת המיקוח. ע"ע (ארצי) 324/05 אצילדייב – עמישב שירותים בע"מ (פורסם בנבו, 27.3.2006) (להלן: עניין עמישב). בית הדין פסק שבחברה מעורבת יחידת המיקוח היא כלל עובדי החברה, וההסכם שיחול עליהם ייקבע לפי אופי עיסוקה של קבוצת העובדים הגדולה. שם, סע' 5 לפסק הדין.

ראשית, קיומה של הסכמה או הכרעה באשר להגדרה של יחידת מיקוח איננו אומר שיש או שיהיו יחסים קיבוציים או הסכם קיבוצי. הוא גם איננו מעיד כי ביחידת המיקוח קיים ארגון עובדים יציג, הכשיר לחתום על הסכם קיבוצי, ולפי הפסיקה מן העת האחרונה, מוטלת על המעסיק חובה לנהל עמו משא ומתן.⁹ מבחינה זו קיומה של יחידת מיקוח מוגדרת הוא תנאי דרוש, אך בלתי מספיק, שכן את הבדיקה אם יש ארגון עובדים יציג ומהי זהותו (במקרה ששני ארגוני עובדים מתמודדים על היציגות) עושים בתוך ד' אמותיה של יחידת המיקוח.¹⁰

שנית, יש להבחין בין הגדרת יחידת המיקוח לבין הגדרת התחולה של הסכם קיבוצי. לכן ההגדרה של המושג נקטה את הלשון "תחולה רעיונית" או "תחולה ראשונית". הסיבה לכך היא שגם אם בסופו של דבר נחתם הסכם קיבוצי, אין בהכרח חפיפה בין גבולות יחידת המיקוח לבין תחולת ההסכם. לעולם לא תחרוג התחולה מעבר לגבולות יחידת המיקוח.¹¹ אולם יכול שטריטוריית התחולה תהיה קטנה מגבולות יחידת המיקוח, משום שבמקרים רבים ההסכם הקיבוצי עצמו מחריג מתחולתו חלק מן האוכלוסייה הנמנית על קבוצות האוכלוסייה של יחידת המיקוח ומאפשר להעסיקה, לעתים במגבלות מסוימות, באמצעות חוזים אישיים.¹²

- 9 עס"ק (ארצי) 64/09 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים (פורסם בנבו, 2.7.2009) (להלן: עניין הסינמטק).
- 10 עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את לייבוויץ' בע"מ – ההסתדרות הכללית, פד"ע לה 145, 180 (2000) (להלן: עניין הורן את לייבוויץ').
- 11 הכוונה כמוכר לתחולה ישירה (מכוח הסכם קיבוצי) ולא עקיפה (מכוח צו הרחבה). ראוי לזכור שבחלק מארצות אירופה עיקר המשא ומתן מתנהל ברמה הענפית, והסכמים קיבוציים רבים מורחבים על כלל העובדים באמצעות צווי הרחבה. מצב דברים זה הביא לתוצאות קיצוניות בצרפת ובספרד למשל שבהן שיעור החברות בארגוני עובדים עומד על 10%, ושיעור הכיסוי של נורמות הנובעות מהסכמים קיבוציים עומד על 92% ו-68% בהתאמה. ראו: MAARTEN, COLLECTIVE BARGAINING SYSTEMS IN EUROPE: A SCHEMATIC OVERVIEW 25, 40 (2006).
- 12 כך למשל סעיף 3.8 להסכם הקיבוצי המיוחד בין "בזק" חברה ישראלית לתקשורת בע"מ לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה (נחתם ביום 5.12.2006), המסדיר את תנאי העסקתם של עובדים המועסקים בחוזים אישיים; הוראה מסוג זה מעוגנת אף בהסכם הקיבוצי המיוחד שנחתם בין הסתדרות העובדים הכללית לבין התעשייה האווירית ביום 3.4.1979, המאפשר להעסיק בחוזים אישיים מומחים, טייסים ומהנדסי טייס (ואף עובדים אחרים, בכפוף לחובת היוועצות עם הארגון היציג (ראו דב"ע (ארצי) נד/85-3 גולדפרב – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כז 287 (1994)); כמו כן בהסכם הקיבוצי הכללי במלונאות שנחתם על ידי התאחדות המלונות בישראל מצד המעביד והסתדרות העובדים הכללית החדשה מצד העובדים ביום 1.1.2007, ומאפשר העסקה של עובדים בדרגת מנהלי מחלקות ומעלה ומומחים זרים בחוזים אישיים (הוראה זו נכללה עוד בהסכם הקיבוצי הכללי שנחתם בין אותם

שלישית, אוכלוסיית עובדים מסוימת יכולה להימנות בעת ובעונה אחת עם יותר מיחידת מיקוח אחת. למשל, בשתי יחידות מיקוח – אחת על פי המפעל שבו היא מועסקת ואחת על פי קבוצת המפעלים של אותו מעביד¹³ או אחת מפעלית ואחת ענפית,¹⁴ או אחת מפעלית ואחת מקצועית.¹⁵ לעתים גם ביותר יחידות מיקוח – מפעלית, קונצרנית, ענפית ורב-ענפית. ייתכן גם שבכל אחת מיחידות המיקוח יפעל ארגון עובדים יציג אחר.¹⁶ במגוון הציבורי מקובל שהעובדים נמנים עם ארבע יחידות מיקוח, לפי הרבדים השונים של המשא ומתן: הארצי, הענפי, המפעלי, והקבוצתי.¹⁷

רביעית, גם במקרה של יחידת מיקוח אחת, אין בהכרח חפיפה בין אוכלוסיית העובדים המועסקת אצל אותו מעביד לבין גבולות יחידת המיקוח. בשירות ציבורי נחתמים כדבר שבשגרה הסכמים קיבוציים מיוחדים פלורליים,¹⁸ אשר בעניינם יחידת המיקוח חורגת מגבולות המעביד, והיא מורכבת מכמה קבוצות אוכלוסייה של עובדים המועסקות אצל מעבידים שונים, שהם צד להסכם. לעומת זאת קיימים מקרים שבהם אוכלוסיית העובדים,

צדדים ביום 22.12.1994). בית הדין הארצי דן בתחולת הוראות ההסכם הקיבוצי הכללי בענף המלונאות בפסק דינו בעניין דב"ע (ארצי) 4-4/11 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – מוריה תל-אביב בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.1996) וקבע כי אין מניעה מלכלול בחוזה אישי הוראות שונות מאלו של ההסכם הקיבוצי הכללי לעניין הפסקת עבודה. עם זאת ראוי להעיר כי בית הדין הגביל לאחרונה את יכולת ארגון העובדים להחריג מתחולת ההסכם עובדים הנכללים ביחידת המיקוח. בית הדין קבע כי כדי שההחרזה תתקבל, על העובדים להיות שייכים לקבוצה מוגדרת, והחרגתם מתחולת ההסכם צריכה להיות עניינית ומוצדקת, על פי אופייה של יחידת המיקוח. לפיכך אי אפשר להוציא עובד מתחולת ההסכם על בסיס אישי, אפילו לבקשת העובד. ע"ע (ארצי) 701/05 ספן בע"מ – בן ציון, סע' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.11.2006); ראו גם ס"ק (ב"ש) 1037/03 נותב ניהול ותפעול בע"מ – לוסיין, סע' 55 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.7.2003) (להלן: עניין לוסיין).

13 כך למשל אוכלוסיית העובדים בכל אחד ממפעלי כור נמנו עם יחידת המיקוח המפעלית וכן עם יחידת המיקוח הקונצרנית של כור תעשיות.

14 דוגמה טובה אפשר למצוא בבתי המלון הגדולים אשר אוכלוסיית העובדים שלהם נמנית עם יחידת המיקוח של בית המלון או של רשת בתי המלון וכן עם יחידת המיקוח של הענף.

15 ראו דב"ע (ארצי) 4-12/נב האיגוד הארצי של קציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3, 11 (1993).

16 ראו דב"ע (ארצי) נב/4-37 בנק המזרחי המאוחד בע"מ – נכסים מ.י. בע"מ, פד"ע כה 53 (1992). במקרה זה עובדי הבנק היו מיוצגים על ידי ארגון עובדי בנק מזרחי ביחידת מיקוח שהקיפה את כלל עובדי הבנק, ואילו בנושאים הקשורים לענף הבנקאות הם היו מיוצגים על ידי ההסתדרות הכללית.

17 שם.

18 הכוונה למשל להסכמים בכל מקצועות הרפואה, בהוראה ובמוסדות האקדמיים.

המועסקת אצל אותו מעביד, מתחלקת בין מספר יחידות מיקוח על פי אתר או מפעל¹⁹, מקצוע²⁰ או תפקיד.²¹

חמישית, יש להבחין בין יחידת המיקוח לבין "יחידת ההשפעה" של יחידת המיקוח (unit of direct impact).²² הכוונה לאותם מקרים שבהם בגלל תניה הסכמית²³ או מכוח נוהג, תוצאות המשא ומתן, המתקיים בתוך גבולות יחידת מיקוח נתונה, משפיעות ישירות, לעתים בעצמה משתנה, על אוכלוסיית עובדים ביחידת מיקוח אחרת.²⁴

ב. המצבים שבהם נדרשת הגדרת יחידת המיקוח

סוגיית ההגדרה של יחידת המיקוח יכולה להתעורר כרונולוגית בשני שלבים עיקריים: בשלב שבו נדרש להגדיר את יחידת המיקוח הראשונית, ובשלב שבו נדרשים שינוי או הגדרה מחדש של יחידת מיקוח קיימת.²⁵

1. הגדרת יחידת המיקוח הראשונית

עיון במשפט האמריקאי, הקנדי והאנגלי, כמו גם בפסיקה של בתי הדין לעבודה מן העת האחרונה, מעלה כי המאבק העיקרי על גבולות יחידת המיקוח מתרכז בהגדרת "יחידת

- 19 כך למשל קורה בקבוצת טבע, שבה כל אתר או מפעל נחשב יחידת מיקוח.
- 20 כך למשל העובדים במוסדות האקדמיים מתחלקים לשלוש יחידות מיקוח – סגל בכיר, סגל זוטרי ועובדי מינהל – או ברשות שדות התעופה, אשר אוכלוסיית עובדיה מתחלקת אף היא לשלוש יחידות מיקוח – הנדסאים וטכנאים, אקדמאים ועובדי תעופה.
- 21 למשל, בבנקים מקובלת חלוקה לשלוש יחידות מיקוח – פקידים, מורשי חתימה ומנהלים. בשירות המדינה אוכלוסיית עורכי הדין מתחלקת לשתי יחידות מיקוח – אלו המועסקים כפרקליטים ואלו המועסקים כיועצים משפטיים.
- 22 Arnold R. Weber, *Introduction, in THE STRUCTURE OF COLLECTIVE BARGAINING* xix (Arnold R. Weber ed., 1961).
- 23 עס"ק (ארצי) 1002/04 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המהנדסים – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 13.9.2005); דיון (ארצי) מו/29-4 פרושן – בתי הזיקוק לנפט בע"מ, פד"ע יז 463 (1986).
- 24 למשל תנאי העבודה, שהם פרי המשא והמתן שנערך ביחידת המיקוח הפלורלית של הרופאים, הכוללת את הרופאים המועסקים על ידי המדינה, על ידי שירותי בריאות כללית ועל ידי הדסה, מאומצים אוטומטית ביחידות המיקוח של הרופאים המועסקים על ידי שערי צדק ועל ידי העיריות הגדולות. דוגמה נוספת עולה משמן של שתי יחידות המיקוח ברשות שדות התעופה. יחידת המיקוח המיוצגת על ידי ועד הט"מ (הנדסאים, טכנאים, מהנדסים) ויחידת המיקוח המיוצגת על ידי ועד מה"ט – מושווי הנדסאים וטכנאים.
- 25 עניין לוסיין, לעיל ה"ש 12, סע' 55 לפסק הדין.

המיקוח הראשונית" ובשלב המכונה במשפט העבודה הקיבוצי – "שלב ההתארגנות". הכוונה לשלב שבו קבוצת עובדים מתארגנת כדי לעבור מן המודל האישי של יחסי עבודה למודל הקיבוצי. מעבר זה מתבטא בהחלפת מערכת יחסי עובד-מעביד המתנהלת באופן אישי וישיר במערכת המתנהלת באופן קיבוצי ובאמצעות נציגות. כלומר מערכת שבה מרבית הזכויות והחובות ביחסי העבודה מעוצבות, מתעדכנות, מנוהלות ונאכפות על יסוד קיבוצי ובאמצעות נציגות מוסדית, העומדת בין המעסיק לבין כל אחד מן העובדים.²⁶ אם הכוונה שיחסים אלו יוסדרו בהסכם קיבוצי, על פי חוק,²⁷ נדרש להגדיר את "יחידת המיקוח הראשונית". קביעה זאת תאפשר לבחון אם ארגון העובדים השואף לייצג את העובדים הוא "ארגון עובדים יציג",²⁸ ולכן הוא מוסמך לכוות הסכם קיבוצי, ואת התיחום של התחולה הראשונית או הרעיונית של ההסכם הקיבוצי אם וכאשר הסכם כזה ייחתם.

2. שינוי או עיצוב מחדש של יחידת המיקוח

הצורך להכניס שינוי ביחידת מיקוח קיימת או לעצבה מחדש יכול להתעורר במצבים שונים וממניעים שונים, למשל: שיקולים אסטרטגיים וטקטיים במישור הניהול, הייצוג והמשא ומתן;²⁹ שינויים מבניים או ארגוניים אצל המעביד;³⁰ קבוצת עובדים שואפת לייצוג נפרד;³¹ שינויים טכנולוגיים (כגון ציוד, חומרים או תהליכים טכנולוגיים חדשים)³² או

Mordehai (Moti) Mironi, *Reframing the Representation Debate: Going Beyond Union and Non-Union Options*, 63 IND. LAB. RELAT. REV. 367 (2010)

27 כהגדרתו בס' 1 לחוק הסכמים קיבוציים.

28 לפי ס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים, ארגון עובדים יציג לגבי הסכם קיבוצי מיוחד הוא: "ארגון העובדים שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים שעליהם יחול ההסכם, או שהוא מייצגם לעניין אותו הסכם, ובלבד שמספר זה אינו פחות משליש כלל העובדים שעליהם יחול ההסכם". לפי ס' 4 לאותו חוק, ארגון עובדים יציג לעניין הסכם קיבוצי כללי הוא: "ארגון עובדים שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים שעליהם יחול ההסכם".

29 כך למשל הנהלת בנק מזרחי טפחות פעלה לפיצול יחידת המיקוח שהייתה קיימת בבנק המזרחי במשך שנים רבות, ולהכרה ביחידת מיקוח נפרדת למנהלים.

30 דב"ע (ארצי) 41-96/97 תדיראן קשר בע"מ – ההסתדרות הכללית, פד"ע לב 306 (1999) (להלן: עניין תדיראן קשר).

31 דב"ע (ארצי) נה/4-28 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון – ההסתדרות הכללית ומדינת ישראל, פד"ע לא 54 (1996) (להלן: עניין ארגון סגל המחקר).

32 כגון שינויים המביאים להיעלמותם של מקצועות, כגון סדרי הדפוס (עס"ק (ארצי) 28/07 איגוד עובדי הדפוס התקשורת והאמנים – ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 13.1.2008)), הנוטים (דב"ע (ארצי) לו/4-7 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – חרות, פד"ע ח 197 (1977)).

ארגוניים (כגון מיזוג,³³ רכישה, חיטוב,³⁴ פיצול, תיאגוד³⁵), ההופכים את גבולות יחידת המיקוח הקיימת לבלתי רלוונטיים. כנובע מן המצבים השונים, המאבק בנושא העיצוב הראשוני של יחידת המיקוח ושל שינויה או עיצובה מחדש יכול שיתחולל במישור יחסי העבודה (בין המעסיק לארגון עובדים³⁶), במישור בין־ארגוני או חוץ־ארגוני (בין שני ארגוני עובדים המתחרים על הייצוג³⁷) ובמישור הפנים־ארגוני (בין שניים או יותר אורגנים של ארגון העובדים³⁸).

ג. מיקומה של הגדרת יחידת המיקוח בשיח המשפטי

הגדרת יחידת המיקוח נתפסת לעתים כצעד טכני או טקטי. למעשה, יש לה כמה השלכות חשובות בהיבט הנורמטיבי, ההתנהגותי והכלכלי. ראשית, הגדרת יחידת המיקוח מעצבת את גבולות אזור הבחירה,³⁹ אשר תושביו יחליטו – אם בהצטרפות ואם בהצבעה – אם יותנע תהליך אשר אם יסתיים בהצלחה, יעברו יחסי העבודה למודל הקיבוצי;⁴⁰ שנית, לעתים קרובות עצם ההחלטה באשר לגבולות יחידת המיקוח מכריעה את המאבק בנושא ההתארגנות;⁴¹ שלישית, במקרים של מעבר ליחסי עבודה קיבוציים היא מגדירה את מבנה

- 33 כגון: המיזוג של אל אופ עם אלביט וחלקים מתדיראן עם אי.סי.אי. ראו בעניין זה עסק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי.סי.אי טלקום בע"מ, פד"ע לו 304, 289 (2001).
- 34 כגון הקמת חטיבות הביניים.
- 35 בעניין תיאגוד בתי חולים ראו למשל דב"ע (ארצי) נב 4-17/ מדינת ישראל – ארגון האחים והאחיות, פד"ע כו(1) 87 (1993) וכן דב"ע (ארצי) נד/1-4 הסתדרות הכללית של העובדים בא"י – רמת"א בע"מ, פד"ע כט 601 (1996).
- 36 עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30.
- 37 דבע (ארצי) נה/4-24 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות – מדינת ישראל, פד"ע לא 439 (1998); עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31.
- 38 דב"ע (ארצי) לח/4-5 הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – ארגון פרקליטי המדינה, פד"ע יא 157 (1980); דב"ע (ארצי) לה/1-5 מרקוביץ – ארגון עובדי קופת חולים, פד"ע ו 197 (1975).
- 39 הדרה בר-מור "רקוויאם לקשר קיבוצי: על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על העובדים" מאזני משפט 1, 108, 113 (2000).
- 40 שם, בעמ' 112.
- 41 JAMES A. GROSS, BROKEN PROMISE: THE SUBVERSION OF U.S. LABOR POLICY 1947–1994, 171 (1995).

המשא ומתן⁴² כמו גם את מבנה ארגון העובדים⁴³ ואת מערכת הכוחות בתוך נציגות העובדים;⁴⁴ רביעית, היא מסמנת את הטריטוריה של האוטונומיה הקיבוצית; הטריטוריה שבתוך גבולותיה ניתן לארגון העובדים מנדט⁴⁵ לקבוע את תנאי העבודה של אזרחי יחידת המיקוח בצורה כופה, על סמך הרעיון של האחדה וללא התחשבות בשיוכם הארגוני של העובדים; חמישית, היא מגדירה את היחידה הכלכלית שבה יתנהל המשא ומתן ואת ההגבלות של הפעלת כוח ארגוני.⁴⁶

בארצות הברית ובקנדה⁴⁷ נושא ההגדרה של יחידת המיקוח, בעיקר יחידת המיקוח הראשונית, נתפס מאז ומתמיד כבעל חשיבות עליונה בשיח של משפט העבודה הקיבוצי. לעומת זאת עד לשנים האחרונות הוא לא היה קיים כלל כנושא לדיון או למחקר במשפט העבודה הישראלי. גם המספר הדל של פסקי דין שעסקו ביחידת המיקוח התמקד בשינוי יחידת מיקוח קיימת ולא בקביעת יחידת המיקוח הראשונית. בחינת התופעות החברתיות של תרבות יחסי העבודה ושל המסגרת המשפטית, אשר הצמיחו וטיפחו את ההתעסקות הרבה בהגדרת יחידת המיקוח בארצות הברית ובקנדה, מאותתת כי הפסיקה החדשה של בתי הדין בנושא יחידת המיקוח הראשונית⁴⁸ היא בבחינת הסנונית הראשונה המבשרת את בוא האביב.

42 עס"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני ים – צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97, 110 (2001) (להלן: עניין קציני הים). בית הדין קבע כי להפרדת יחידות המיקוח תהיה השפעה גם על זהות נציגות העובדים שעמה יש להיוועץ מקום שבו הדין קבע חובת היוועצות. ס"ק (אזורי ת"א) 180/06 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון – מדינת ישראל – משרד הביטחון (פורסם בנבו, 15.10.2006) (להלן: ארגון סגל המחקר, פסק דין חדש).

43 היחסים בין מבנה ארגון העובדים ליחידת המיקוח מורכב. לדברי הנשיא אדלר, יחידות המיקוח נקבעות לפי שיטת ההתארגנות. ראו סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר בר ניב 17 (1987); עניין עמישב, לעיל ה"ש 8, סע' 5 לפסק הדין.

44 ארגון סגל המחקר, פסק דין חדש, לעיל ה"ש 42. נראה כי בגלל ההכרה ביחידת מיקוח נפרדת גבר כוחו ועלתה חשיבותו של נציג עובדי המחקר בתוך נציגות עובדי משרד הביטחון. שם.

45 עניין הורן את ליבוביץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 177.

46 כך למשל לפי הגדרת יחידת המיקוח ייקבעו העובדים המעורבים בסכסוך לצורך השבתת מגן. דב"ע (אזורי ב"ש) לב/9-17 מפעלי ים המלח בע"מ – חברי מועצת העובדים של מפעלי ים המלח בע"מ, פד"ע ג צד (1972); דב"ע (ארצי) מג/8-2 רשות השידור – מצדה, פד"ע טו 147 (1984).

47 לאחרונה גם באנגליה.

48 ס"ק (אזורי ת"א) 504/09 ארגון כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – מכון דוידסון לחינוך מדעי (פורסם בנבו, 23.3.2009) (להלן: עניין גן המדע); עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7; עב' (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול – הסתדרות העובדים הכללית

כדי לבסס השערה זאת ראוי להאיר כמה וכמה מאפיינים של שיטת יחסי העבודה הקיבוציים בארצות הברית ובקנדה אשר השפעתם המצטברת מסבירה את המקום המרכזי שתופסת הגדרת יחידת המיקוח בשיח המשפטי באותן ארצות:

- מודל הייצוג מבוסס על המסורת הפוליטית האמריקאית. כלומר, עיקרון של ייצוג בלעדי (exclusive representation) על ידי ארגון העובדים ה"זוכה" וכפיית ייצוג של אותו ארגון על כלל העובדים הנכללים ביחידת המיקוח.
- פרט למקרים שבהם מושגת הסכמה בין המעסיק לבין ארגון העובדים, המעבר ליחסי עבודה קיבוציים וזהות הארגון שייצג את העובדים נקבעים בבחירות חשאיות המנוהלות על ידי רשות סטטוטורית.
- כדי לעבור ליחסי עבודה קיבוציים ולזכות בהכרה כארגון יציג, ארגון העובדים זקוק לתמיכה של למעלה מ-50% בקרב העובדים הנכללים ביחידת המיקוח.
- קיימים הרבה ארגוני עובדים המתחרים ביניהם על ייצוג העובדים.⁴⁹
- שיעור נמוך יחסית של הצטרפות לחברות בארגוני עובדים.⁵⁰
- החוק מטיל על המעסיק חובת ניהול משא ומתן עם ארגון העובדים הייצוגי⁵¹ באשר לשכר ולתנאי העבודה של העובדים הנכללים ביחידת המיקוח.

בניגוד לתקוות של אדריכלי השיטה של יחסי העבודה בצפון אמריקה, המעסיקים שם לא קיבלו מעולם את המודל הקיבוצי ולא למדו לחיות עמו.⁵² מאז ומתמיד, וביתר שאת החל משנות השמונים של המאה הקודמת, הם רואים במאבק נגד התפשטות המודל הקיבוצי בכלל ונגד חירותו למפעלים שבבעלותם בפרט מלחמה אסטרטגית. ככזו היא מצדיקה השקעה עצומה של משאבים ונקיטת כל אמצעי למניעת אפשרות של התארגנות חדשה ואף להסגתה של התארגנות קיימת לאחור.⁵³ במלחמה הזאת, שבה אין מערכה קטנה או בלתי

החדשה, פד"ע מ' 277, 320 (2004) (להלן: עניין עמותת עובדי נותב); עב' (אזורי ת"א) 7684/03 ארגון הסגל האקדמי הזוטר באוניברסיטת תל-אביב – אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו, 23.11.2005).

- 49 בשנות השבעים היו בארצות הברית קרוב ל-200 ארגוני עובדים.
- 50 בשנות השיא עמד שיעור ההתארגנות בסקטור הפרטי על כ-32%, ובשנים האחרונות הוא ירד ל-10%. Thomas A. Kochan & Susan C. Eaton, *New Ideas on Resolving Workplace Disputes: Examples from U.S. and Abroad*, 12 NEG. J. 113 (1996); Gerald Friedman, *Labor Unions in the United States*, in EH.NET ENCYCLOPEDIA (2008).
- 51 National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 158 (a)(5) (להלן: NLRA).
- 52 THOMAS KOCHAN, HARRY C. KATZ & ROBERT B. MCKERSIE, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN INDUSTRIAL RELATIONS* (1986).
- 53 הכוונה לתהליך הנקרא במשפט האמריקאי decertification, כלומר ביטול היציגות של הארגון והחזרת המודל של חוזה עבודה אישי. שם; Mironi, לעיל ה"ש 26.

חשובה, אין פלא שההתדיינות על הגדרת יחידת המיקוח תופסת מקום מרכזי. לכן גם אפשר למצוא בשיטות משפט אלו התייחסות ענפה לנושא הגדרת יחידת המיקוח בחקיקה,⁵⁴ בפסיקה ובספרות המשפטית.⁵⁵

בניגוד למצב בארצות הברית ובקנדה, ההתייחסות לנושא של הגדרת יחידת המיקוח בשיח המשפטי בישראל עובר שינוי קיצוני בתריסר השנים האחרונות – ממצב שבו המושג "יחידת מיקוח" הוא נטע זר חסר שימוש ובעל נוכחות והשפעה מוגבלות, הוא הולך וכובש מאז אמצע שנות התשעים מקום מרכזי במשפט העבודה הקיבוצי. בדומה לניתוח הנעשה בארצות הברית וקנדה בעניין, אפשר להסביר גם בישראל את השינוי הקיצוני באופן ההתייחסות לנושא יחידת המיקוח באמצעות ניתוח המאפיינים המיוחדים של שיטת יחסי העבודה בישראל בעבר ובהווה.

54 כך למשל ההסדר החקיקתי בארצות הברית, המעוגן בסעיף 159(b) ל-NLRA, מסמך את ה-NLRB (National Labor Relations Board) לקבוע מהי יחידת המיקוח המתאימה שתביא למימוש מיטבי של זכות העובדים להתארגנות. אותה יחידת מיקוח יכול שתהיה יחידת מיקוח שהוצעה על ידי המעביד, יחידת מיקוח מקצועית, יחידת מיקוח מפעלית או כל תת-יחידה. כל זאת ובלבד שיחידת המיקוח לא תהיה כזו שמערבת עובדים מקצועיים עם עובדים לא מקצועיים, שלא תיפסל יחידת מיקוח מקצועית רק משום שיחידת מיקוח דומה לא אושרה בהחלטות קודמות של המועצה, ושיחידת המיקוח לא תכלול עובדים שתפקידם הוא בשמירה על קניינו של המעביד מפני נזק שעלולים לגרום העובדים האחרים; ההסדר המעוגן בחוק הבריטי קובע מנגנון דו-שלבי. בשלב ראשון על ארגון העובדים לנסות ולהגיע להסכמה עם המעביד, שבה יוכר כארגון יציג של עובדים ששייכים ליחידת מיקוח מסוימת. ככל שהסכמה כזו אינה מושגת, רשאים הצדדים לפנות ל-CAC (Central Arbitration Committee), שבסמכותה לקבוע מהי יחידת המיקוח המתאימה. החוק מגדיר כי קביעת יחידת המיקוח תתחשב בצורך להבטיח אפשרות של ניהול אפקטיבי ותתחשב גם בשיקולים האלה: (1) עמדת המעביד וארגון העובדים; (2) הסדרים ארגוניים רלוונטיים ברמה הלאומית והמקומית; (3) שאיפה להימנע מפרגמנטציה של יחידות מיקוח; (4) מאפייני העובדים ביחידת המיקוח המוצעת ומאפייני יתר העובדים המועסקים אצל אותו מעביד; (5) מקום ההעסקה של העובדים. ראו Employment Relations Act, Schedule 1 § 18–19.

55 לדיון בנושא יחידת המיקוח בפסיקה ובספרות אמריקאית ראו למשל: NLRB v. Auction Auto, Inc. 469, U.S. (1985); NLRB v. Catalytic Indus. Maint. Co., 964 F.2d 513 (5th Cir. 1992); Am. Hosp. Ass'n v. NLRB, 496 U.S. 606 (1991); JOHN E. ABODEELY, THE NLRB AND THE APPROPRIATE BARGAINING UNIT (rev ed. 1981); Alexandre Colvin, *Rethinking Bargaining Unit Determination Labor Law and the Construction of Collective Representation in a Changing Workplace*, HOFSTRA. LAB. & EMP. L.J. 418 (1998) (הדיון במאמר כולל גם התייחסות לאופן הגדרת יחידת המיקוח בפסיקה הקנדית). לדיון באופן הגדרת יחידת המיקוח בבריטניה ראו בין היתר: R. v. CAC ex Parte Kwik Fit (GB) Ltd [2002] IRLR 395, CA; Paul Smith & Gary Morton, *Nine Years of New Labor: Neo-liberalism and Workers' Rights*, 44 BRITISH J. INDUS. REL. 401, 407 (2006); Bob Simpson, *Judicial Control of the CAC*, 36 INDUS. L. J. 287, 295–296 (2007).

- המאפיין היחיד שהיה ונותר משותף לישראל ולארצות הברית ולקנדה הוא מודל הייצוג הבלעדי (exclusive representation).⁵⁶ קרי, ארגון העובדים היציג מייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח ללא קשר לשאלה אם שאר העובדים, שאינם נמנים עם חבריו, חפצים במודל הקיבוצי או בייצוג על ידי ארגון עובדים אחר. שאר המאפיינים הרלוונטיים בשיטת יחסי העבודה בישראל של עד אמצע שנות התשעים שונים לחלוטין:
- אין תהליך של בחירות חשאיות לבירור השאלה אם העובדים ביחידת המיקוח בכלל מעוניינים במודל הקיבוצי, ואם כן – מיהו ארגון העובדים שייצגם. חברות בארגון עובדים היא הראיה היחידה הנדרשת.
 - חוק הסכמים קיבוציים קבע כי כדי שהעובדים ביחידת המיקוח יעברו למודל הקיבוצי, וארגון העובדים יקבל מעמד של ארגון יציג לצורך חתימת הסכם קיבוצי מיוחד, די בהיותו הארגון בעל מספר החברים הגדול ביחידת המיקוח, ומספר חבריו ותומכיו.⁵⁷ אינו קטן משליש מן העובדים.⁵⁸ החוק מתעלם לחלוטין מקולם של אותם עובדים ביחידת המיקוח שאינם מעוניינים כלל במעבר למודל הקיבוצי, אפילו הם רוב ניכר.
 - הגמוניה של ההסתדרות הכללית כארגון עובדים פדרטיבי כוללני יחיד המבוסס על חברות ישירה ועל שיוך ליחידות מיקוח בשליטת המוסדות המרכזיים של הארגון.⁵⁹ ליד ההסתדרות הכללית פעלו כמה ארגוני עובדים קטנים המתמחים בייצוג על פי מקצוע (כגון מורים, רופאים, עיתונאים וסגל אקדמי).
 - שיעור החברות בארגוני עובדים גבוה, כ-85%.
 - הרוב המכריע של העובדים המאורגנים הצטרפו כחברים להסתדרות לא במסגרת תהליכי התארגנות לצורך יחסי עבודה קיבוציים אלא בשל רצונם לקבל שירותי רפואה בקופת חולים.⁶⁰
 - אין חובת ניהול משא ומתן עם הארגון היציג ביחידת המיקוח.
 - רוב המעסיקים מקבלים את המודל הקיבוצי או משלימים עמו.

56 דב"ע (ארצי) מב/5-2 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – פז חברת נפט בע"מ, פד"ע יד 367, 388, 390 (1983) (להלן: עניין העובדים הבכירים בפז).

57 החוק מאפשר לכלול בספירה גם עובדים שאינם חברים ואשר הסכימו לייצוג אד הוק על ידי הארגון. ראו ס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים.

58 ס' 4 לחוק הסכמים קיבוציים. החוק איננו קובע אחוז חסימה לגבי חתימה על הסכם קיבוצי כללי.

59 עניין קציני הים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 110; רות בן ישראל "העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – שאלות של יחידת מיקוח ויצוגיות – הרהורים ראשונים בעקבות התיקון לחוק" מאזני משפט ב 9, 11 (2002).

60 עניין עמותת עובדי נותב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 320.

- הכללים המשפטיים והמנגנונים לקביעת יציגות בשיטת יחסי העבודה בישראל לא השתנו. עם זאת מסוף שנות השמונים, ובעיקר מאמצע שנות התשעים, השתנו לחלוטין הנוף והאקלים של יחסי העבודה הקיבוציים בישראל, והם הולכים ונעשים דומים יותר לאלו של ארצות הברית וקנדה.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי שם קץ לכריכת ביטוח בריאות עם חברות בהסתדרות, שהייתה קיימת כל השנים. בעקבות זאת החברות בארגוני עובדים מבטאת לראשונה חברות לצורכי ייצוג קיבוצי.⁶¹
- נרשמה ירידה תלולה בשיעור החברות בארגוני עובדים, והוא כ-30%⁶² בכל המשק וכ-15% בסקטור הפרטי.⁶³ בעקבות זאת אפשר להניח כי כבר היום איבדו ארגוני העובדים, שהם צד להסכם קיבוצי, את יציגותם בחלק מיחידות המיקוח, וקיים קושי של ממש להגיע לסף היציגות במקומות עבודה בלתי מאורגנים גם לפי הסטנדרטים הנמוכים של יציגות, הדרושים במשפט הישראלי.
- חרף הירידה במספר החברים ההגמוניה של ההסתדרות נותרה על כנה. עם זאת בנוף הופיע שחקן חדש – כוח לעובדים – הפועל בנמרצות בנושא התארגנות עובדים⁶⁴ ומאיים על מעמדה של ההסתדרות כשחקן בלעד⁶⁵ במאבק על היציגות.⁶⁶

61 חוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156. בסקר שנערך בישראל נמצא כי בשנים 1981-1996 ירד שיעור העובדים בהסתדרות מ-79% ל-49%. מחצית מהירידה אירעה בשנים 1992-1996 והיא מיוחסת להשפעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי. ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא שיעור המאורגנים בארגוני עובדים וכיסוי הסכמים קיבוציים תמונת מצב 2000 (2001).

62 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 49.1 לפסק הדין.

63 עניין עמותת עובדי נותב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 320.

64 בין היתר סייע הארגון במאמצי ההתאגדות של עובדי בית הקפה "קופי בין", סגל ההוראה באוניברסיטה הפתוחה, עובדי המחסנים ב"קסטרו", עובדי גן המדע במכון ויצמן ועובדי סינמטק ירושלים. ראו בש"א (אזורי ת"א) 6726/07 גרין – אקסלנט קופי בין בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2007); עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48; "הסכם קיבוצי לעובדי סינמטק ירושלים" <http://cinema.workers.org.il/about/>; חיים ביאור "עובדי סינמה סיטי התארגנו: ההנהלה תקים ועד מטעמה" הארץ online 6.5.2008; עידו סלומון "הוכרו סכסוך עבודה במוזיאון גן המדע במכון ויצמן עקב מחאה על תנאי העסקה" TheMarker 10.9.2008; יהלי מורן זליקוביץ' "היום: סוף לשביתה באוניברסיטה הפתוחה" Ynet 8.6.2009; שי ניב "אלטרנטיבה להסתדרות: הסכם קיבוצי ראשון ליכוח לעובדים" גלובס 9.7.2009; תני גולדשטיין "לא על ההסתדרות לבדה: הכירו את כוח לעובדים" 2.5.2009.

65 ראוי לציין כי גם כשעמית ניסתה לאתגר את מעמדה של ההסתדרות כארגון יציג של העובדים המנהליים במסלול האקדמי של המכללה למינהל, התעוררה בין היתר שאלת הגדרת יחידת המיקוח הראשונית.

– חל שינוי באקלים שבמסגרתו ארגוני העובדים מנסים למשוך חברים ולארגן מקומות עבודה חדשים כמו גם לשמור על הקיים. המעסיקים הפרטיים, ולאחרונה אף הציבוריים, אימצו מדיניות של התנגדות אסטרטגית למודל הקיבוצי. השינוי מתבטא בין היתר בהשתחררות של מעסיקים מהמודל הקיבוצי⁶⁷ ובהשקעת משאבים גדולים ושימוש באמצעים המוכרים מן הפסיקה בארצות הברית,⁶⁸ בבלימת ניסיונות ההתארגנות של העובדים.⁶⁹

66 ראוי להוסיף גם שחקן ותיק – הסתדרות העובדים הלאומית – שהפך להיות פעיל יותר ואף אָתגר את ההסתדרות באשר למעמדה כארגון עובדים יציג בענף הספקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם. כידוע, המאבק הסתיים בכך ששני הארגונים חברו יחד וכתרו ביום 16.2.2004 הסכם קיבוצי כללי פלורלי (הסכם מספר 7003/2004) שהורחב בצו הרחבה (מיום 1.9.2004) וכעת חל על כלל העובדים המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם. ראו סעיף 13 לחוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, ס"ח 201. המאבק בין שני הארגונים המשיך גם לאחר חתימת ההסכם בענף קבלני כוח האדם, ובשנת 2006 הגישו שני הארגונים התנגדות לרישום הסכם קיבוצי שנחתם על ידי הארגון השני – הסתדרות העובדים הלאומית התנגדה לרישום של הסכם בענף אולמות השמחה, שנחתם על ידי הסתדרות העובדים הכללית, ואילו הסתדרות העובדים הכללית, בתורה, התנגדה לרישום של הסכם שנחתם בענף קבלני השיפוצים על ידי הסתדרות העובדים הלאומית. ראו עב' (ארצי) 11/06 הסתדרות העובדים הלאומית בארץ ישראל – מדינת ישראל – הממונה על יחסי עבודה (פורסם בנבו, 7.1.2007).

67 התופעה מתרחשת אצל כל סוגי המעסיקים, ובהם חברות הביטוח, הדלק, העיתונים ואף רשויות מקומיות. פירוט התופעה אפשר למצוא אצל בר-מור, לעיל ה"ש 39; במקרים שמצאו את דרכם לפסיקת בית הדין – למשל עס"ק (ארצי) 52/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף – עיריית קריית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005); דב"ע (ארצי) נז/44-4 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע ל 216 (1997); עס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל – משרד התחבורה (פורסם בנבו, 3.3.2005) (להלן: עניין מטרודן); עס"ק (ארצי) 25/06 הסתדרות המעו"ף – עיריית יהוד נווה מונסון (פורסם בנבו, 12.1.2009); עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 49.1 לפסק הדין; ולתקשורת – חיים ביאור "לראשונה: חברה ממשלתית ביטלה הסכם העסקה קיבוצי – בהסתדרות זועמים" דה מרקר 25.6.2000, 8; חיים ביאור "החברה לאוטומציה – סדין אדום מול עיני" דה מרקר 15.7.2008, 11; ניר חסון "הסתיימה שביתת נהגי מטרודן בכאר שבע" הארץ 20.4.2005; שמואל דלקו "עיריית באר שבע לבג"ץ בפרשת מטרודן: להחזיר ההיתרים לאוטובוסים של חב' נתיבי אקספרס" גלובס 10.3.2005.

68 כגון פיטורי עובדים המעורבים בהתארגנות (ראו עניין גרין, לעיל ה"ש 64), הקמת "ארגון עובדים מטעם" (עניין עמותת עובדי נותב, לעיל ה"ש 48; עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9), איום בסגירת הפעילות במפעל חיפה כימיקלים והעברתה לחו"ל, סגירת סניף וקו הסעות מיוחד ופיטורי עובדים המוניים על רקע התארגנות ושביתה (עניין הורן את לייבוכיץ, לעיל ה"ש 10; עניין מטרודן, לעיל ה"ש 67; מיכל רווה ודוד חיון "הורן את לייבוכיץ סגרה את פעילות ההסעות המיוחדות ופיטרה 103 עובדים" גלובס 14.8.2001). לסקירה שהובאה בפסיקה של

– בעקבות שני פסקי דין מן העת האחרונה⁷⁰ ושינוי שהוכנס לחוק הסכמים קיבוציים⁷¹ הולך ונסגר הפער בין המשפט הישראלי והמשפט בארצות הברית וקנדה באשר לחובת ניהול המשא ומתן עם הארגון היציג ביחידת המיקוח. בפסק הדין הראשון של בית הדין האזורי⁷² בית הדין מסתפק בהטלת חובת היועצות והידברות. ברם בפסק הדין של בית הדין הארצי⁷³ קבע הנשיא אדלר כי קיומו של ארגון עובדים יציג ביחידת המיקוח מטיל על המעסיק חובת ניהול משא ומתן. לאחר פסק הדין חובת ניהול משא ומתן עם הארגון היציג הפכה לחובה סטטוטורית.

השינויים בנוף, באקלים ובתשתית המשפטית כבר הובילו לעלייה ניכרת בנפח ההתדיינות בנושא קביעת יחידת המיקוח הראשונית. הם גם מבטיחים את מיקומו של נושא הגדרת יחידת המיקוח במרכז השיח של משפט העבודה הקיבוצי גם בעתיד.

ד. הדרכים לקביעת יחידת המיקוח

בניגוד למצב המשפטי בארצות הברית⁷⁴, בקנדה⁷⁵ ובאנגליה⁷⁶, חוק הסכמים קיבוציים אינו מסדיר ואינו מזכיר כלל את המושג יחידת מיקוח. מכאן גם שאין בחוק דבר בדבר הדרך שבה נקבעת ומשתנה יחידת המיקוח. מצב דברים זה ברור בהתחשב בתקופה שבה החוק נחקק. כפי שאמר בעבר הנשיא בר-ניב, בהתייחסו להיעדרן של הוראות בחוק בדבר זכות העובדים להתארגן ולנהל משא ומתן קיבוצי: "הסבר אפשרי... ייתכן שיימצא במקובל,

- צעדים שננקטו במקרים שונים על ידי מעבידים בניסיון לבלום התארגנויות עובדים ראו גם עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.
- 69 ראו עניין הורן את לייבוויץ', לעיל ה"ש 10; עניין מטרודן, לעיל ה"ש 67; עניין גרין, לעיל ה"ש 64; דב"ע (ארצי) נו/3-209 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1999).
- 70 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.
- 71 הכוונה לס' 1ח33 לחוק הסכמים קיבוציים, הקובע חובת ניהול משא ומתן קיבוצי עם ארגון עובדים יציג.
- 72 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.
- 73 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9.
- 74 ס' 159(b) ל-NLRA.
- 75 Labor Relations Code, R.S.A. 2000, C, L-1 § 22(1).
- 76 החוק באנגליה קובע כי בשלב הראשון ינסו הצדדים להגיע ביניהם להסכמה בנוגע ליחידת המיקוח. רק אם המעביד סירב לקבל את הבקשה של ארגון העובדים להכרה בו כארגון יציג, או שהמשא ומתן בנוגע להכרה ביחידת המיקוח כשל, יכולים הצדדים לפנות ל-Central Arbitration Committee (CAC) כדי שזו תסייע להם להכריע מהי יחידת המיקוח הראויה, על פי ההנחיות שנקבעו בחוק. ראו 18-19 § Employment Relations Act, Schedule 1.

והוא שאין מחוקקים ללא צורך, אין מחוקקים עת נורמה קיימת בגדר 'מובן מאליו'.⁷⁷ באותה עת שנחקק חוק הסכמים קיבוציים הייתה ההסתדרות בשיא כוחה הארגוני והמשקי, והיא שהכתיבה והגדירה, בתוך ביתה פנימה וכלפי חוץ (מול המעסיקים), את יחידות המיקוח, מכוח מעמדה המיוחד.⁷⁸ אף שאין על כך נתונים, דרך זאת אחראית כפי הנראה לעיצוב רוב יחידות המיקוח בישראל.

אולי ההסתדרות החדשה נזכרה בערגה "בטעם הטוב של פעם" עת טענה לאחרונה⁷⁹ כי כחלק ממימוש זכות ההתארגנות ארגון העובדים הוא הקובע חד-צדדית את יחידת המשא ומתן, ובלבד שקביעתו עומדת במבחן הסבירות. באותו עניין טען המעסיק כי הגדרת יחידת המיקוח מסורה להחלטה חד-צדדית של המעביד כנגזרת של זכות הקניין והפררוגטיבה של המעסיק לעצב את מבנה התאגיד.⁸⁰ בפועל יחידת המיקוח נקבעת ומשתנה על פי רוב בהסכמת הצדדים, ובהיעדר הסכמה – במאבק ארגוני או בהכרעה שיפוטית.

דרך המלך להגדרת יחידת המיקוח הראשונית או לעיצובה מחדש היא הסכמת הצדדים.⁸¹ בית הדין הארצי הדגיש את חשיבות ההגעה להסכמה בהחלטתו בעניין תדיראן קשר.⁸² ההחלטה עסקה בדרישת המעסיק לשינוי יחידת המיקוח. אולם הדברים יפים, וכך אף מקובל בטריבונלים בארצות הברית, בקנדה ובאנגליה, גם לקביעת יחידת המיקוח הראשונית.

הדברים מסתכמים במצבים שבהם אין הסכמה, קרי כאשר הצדדים חלוקים בדעותיהם בדבר הגדרת יחידת המיקוח הראשונית או בדבר דרישה, של מי מהצדדים, לשינוי יחידת המיקוח. כפי שיוסבר להלן, שתי הדרכים העומדות לפני הצדדים, קרי מאבק ארגוני והכרעה שיפוטית, אינן נקיות מספקות.

77 דב"ע (ארצי) שם/4-18 ההסתדרות הכללית של העובדים – עיריית תל-אביב, פד"ע יב 52 (1981).

78 עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 20 לפסק הדין.

79 שם.

80 בפסק הדין ויטה פרי הגליל בית הדין דוחה את טענת המעבידה בלקוניות וללא הסבר. עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 60 לפסק הדין. שתי הטענות פותחו בהרחבה בכתבי הטענות ובסיכומים שהגישו הצדדים בערעור מושא עס"ק (ארצי) 13/08 ויטה פרי הגליל שיווק בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ההסתדרות במרחב אשדוד (פורסם בנבו, 9.8.2009).

81 עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 79; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 319-321; עניין קציני הים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 112; עניין עמישב, לעיל ה"ש 8, סע' 5 לפסק הדין.

82 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 319-321.

1. מאבק ארגוני

לכאורה זאת הייתה אמורה להיות הדרך היחידה להגדרת יחידת המיקוח הראשונית או לשינויה. מבחינה יוריספרודנטלית, ברור שחילוקי דעות בדבר הגדרת יחידת המיקוח הראשונית כמו גם חילוקי דעות בקשר לדרישה לשינוי יחידת המיקוח הם מקרה קלאסי של סכסוך כלכלי. ככזה הוא אינו שפיט. לפיכך חילוקי הדעות אמורים להיות מוכרעים במאבק כוחות של הצדדים. כך עולה גם מההחלטה החד-משמעית של בית הדין הארצי בעניין תדיראן קשר.⁸³

באותה החלטה בית הדין קבע חד-משמעית שאם מי מהצדדים מסרב לנהל משא ומתן במסגרת יחידת המיקוח המוסכמת, מדובר בסכסוך משפטי.⁸⁴ לעומת זאת כאשר העובדים מתנגדים לדרישת ההנהלה להכנסת שינוי במבנה המשא ומתן (יחידת המיקוח), שביתתם היא שביתה בסכסוך כלכלי.⁸⁵ בית הדין דחה גם את טענת החברה כי אין להתיר את השביתה כאשר אפשר להכריע בסכסוך בהליך משפטי⁸⁶ וקיבל למעשה את עמדת העובדים שלפיה על בית הדין להימנע מלהתערב בסכסוך בעניין קביעת המסגרת לניהול משא ומתן (יחידת המיקוח).⁸⁷ בית הדין הסביר את החלטתו תוך שהוא אורג אותה בהקשר המיוחד של שיטת יחסי העבודה. לדבריו: "יחסי העבודה בארץ קובעים מנגנון לשינוי הוראות בהסכם קיבוצי, כולל יחידות מיקוח. מנגנון זה מתחיל במשא ומתן, אולם לאחר מיצוי משא ומתן רשאי כל צד להפעיל את הכוח במישור הקיבוצי".⁸⁸ הכוונה כמוכן לשביתה. ראוי לציין כי לפי הפסיקה החדשה,⁸⁹ מאחר ששביתה כזאת תיחשב לשביתה בסכסוך כלכלי בנושא התארגנות, בית הדין יאמץ בעניינה מדיניות של ריסון עצמי מרבי. לפיכך יהיה אפשר להטיל עליה מגבלות במקרים חריגים בלבד.⁹⁰ זאת ועוד, אם השביתה נועדה לקדם את עמדת העובדים בנוגע להגדרת יחידת המיקוח הראשונית, אין חובה שהיא תוכרוז על ידי ארגון עובדים יציג.⁹¹ בכך יש אף תשובה לטענה הסיבובית האפשרית, כאילו אי אפשר לשבות טרם שתוגדר יחידת המיקוח לצורך החלטה בדבר היציגות.

83 ש.ם.

84 ש.ם, בעמ' 314.

85 ש.ם, בעמ' 323–324.

86 ש.ם, בעמ' 314.

87 ש.ם.

88 ש.ם, בעמ' 323.

89 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9.

90 ש.ם, סע' 6, 8 לפסק הדין.

91 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 125.2 לפסק הדין.

מבחינה יוריספרודנטלית נראה גם כי סיווג הסכסוך השביתה ככלכליים אינו אמור להשתנות בשני המצבים שבהם נדרש לקבוע את יחידת המיקוח, קרי הגדרה ראשונית ושינוי של יחידת המיקוח. סיווגם של הסכסוך והשביתה ככלכליים אף איננו אמור להשתנות בגלל מישור הסכסוך וזהות הצדדים המעורבים בחילוקי הדעות. כלומר, סיווג הסכסוך ככלכלי או משפטי יהיה זהה בין שמדובר בסכסוך במישור יחסי עבודה (מעסיק/ארגון מעסיקים-ארגון עובדים), בסכסוך במישור בין-ארגוני (בין שני ארגוני עובדים) ובסכסוך במישור פנים-ארגוני (בין שני אורגנים של אותו ארגון עובדים).

בשולי הדברים ראוי לציין כי הלכת תדיראן קשר שונה מן העמדה המקובלת במשפט האמריקאי. לפי הפסיקה בארצות הברית, הגדרת יחידת המיקוח איננה נושא מנדטורי למשא ומתן.⁹² לפיכך אין לנהל בעניינה מאבק הכולל הפעלת כוח ארגוני, כגון שביתה. כלומר, בהיעדר הסכמה בין הצדדים, הדרך היחידה לקביעת יחידת המיקוח היא הכרעה שיפוטית של המועצה הלאומית ליחסי עבודה (NLRB (National Labor Relations Board), על פי הסמכות הספציפית המסורה לה⁹³ וההנחיות הקבועות בחוק.

2. הכרעה שיפוטית

הלוז של פסק הדין בעניין תדיראן קשר היה סיווג הסכסוך והשביתה ככלכליים. משעה שבית הדין קבע כי התנגדות העובדים לדרישת ההנהלה לשנות את המבנה המוסכם של המשא ומתן היא סכסוך כלכלי, לא היה צורך בדיון הארוך בדבר סוגי יחידות המיקוח

92 להבחנה בין נושאים מנדטוריים לבין נושאים מותרים למשא ומתן ולנפקויות ההבחנה במשפט האמריקאי ראו Donna Sockell, *The Scope of Mandatory Bargaining: A Critique and a Proposal*, 40 INDUS. LAB. REL. REV. 19 (1986). על האיסור להפעיל פעולה ארגונית (שביתה) בהקשר של משא ומתן על הגדרת יחידת המיקוח בארצות הברית ראו Oil, Chem and Atomic Workers, 486 F.2d 1268. לדיון נרחב בסוגיה ראו Colvin, לעיל ה"ש 55. האיסור לשבות על רקע זה נקבע גם בפסיקה בקנדה, וזאת כחריג לכך שהפסיקה הקנדית לא קיבלה ככלל את ההבחנה המקובלת בארצות הברית בין נושאים מנדטוריים למותרים. ראו גם דיון אצל Colvin, שם, בעמ' 444. בבריטניה גדר הנושאים המנדטוריים למשא ומתן מצומצם ביותר וכולל רק את תנאי העבודה והשכר, במובנם הצר ביותר, כאשר ההכרה בארגון עובדים והגדרת יחידת המיקוח אינם כלולים בהם. ראו William B. Gould IV, *Recognition Laws: The U.S. Experience and its Relevance to the UK*, 20 COMP. LAB. & POL'Y J. 11, 25-26 (1998).

93 ס' 159(b) ל-NLRA קובע כי סמכות המועצה איננה מוגבלת בחוק אך ורק לקביעת יחידת המיקוח המתאימה. היא מוסמכת גם להחליט בבקשות להבהרת גבולות יחידת המיקוח (unit clarification) או לעדכון במצבים לא ברורים או בשינוי מבנה העיסוקים של העובדים ביחידת המיקוח בגלל שינויים ארגוניים או טכנולוגיים.

ובאמות המידה לעיצובן,⁹⁴ כפי שצוין גם בפסק דינו של השופט רבינוביץ,⁹⁵ שכן בית הדין עצמו קבע כי הנושא של שינוי יחידת המיקוח יוכרע מחוץ לבית הדין; בשיח של כוח קיבוצי, להבדיל משיח משפטי של זכויות. אם הסכסוך הוא אכן כלכלי ומחוץ לתחום שפיטתו של בית הדין, איך אפשר להסביר את הפסיקה שקדמה להחלטה בעניין תדיראן קשר ואת אלו שבאו אחריה?

אפשרות אחת לנסות ולקרוא את פסק הדין בעניין תדיראן קשר באופן קוהרנטי היא כי בית הדין אמור להכריע לגופו של עניין בנושא הגדרת יחידת המיקוח אך ורק במקרים שבהם התשובה דרושה לצורך הכרעה בנושא אחר המובא בפניו⁹⁶ או בסכסוך במישור בין-ארגוני.⁹⁷ המציאות הוכיחה כי בתי הדין האזוריים אינם מפרשים כך את עמדת בית הדין הארצי. לאחרונה ניתנו שני פסקי דין של בתי הדין האזוריים לעבודה⁹⁸ אשר בהם נדונה בהרחבה שאלת ההגדרה של יחידת המיקוח הראשונית לא כשאלה אינצידנטלית ולא במישור בין-ארגוני אלא בסכסוך בין מעסיק וארגון עובדים. בשני המקרים לא נטען ולא נקבע דבר בעניין סמכותו העניינית של בית הדין לפסוק בנושא. נראה גם שבהווה בית הדין הארצי איננו מאמין כי עליו להגביל את עצמו מלדון בכל נושא הקשור להגדרת יחידת מיקוח ראשונית או לשינוי יחידת מיקוח קיימת. לאחרונה נקבע על ידי הנשיא אדלר כי "במקרה בו אין הסכם... על בית הדין לקבוע... את יחידת המיקוח..."⁹⁹ אי-עצירתו של בית הדין הארצי באבני הדרך שנקרו על דרכו¹⁰⁰ כדי לקיים דיון מעמיק ושקוף בשאלה אם בהיעדר חקיקה מסמיכה יש לבית הדין סמכות עניינית לדון ולפסוק בנושא שהוא עצמו הגדירו ככלכלי, ומכאן בלתי שפיט – גרמה שבפועל נפתחה הדרך להביא להכרעה שיפוטית בבית הדין כל סכסוך בנושא הגדרת יחידת המיקוח או שינויה.

94 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 314–319.

95 שם, בעמ' 324.

96 כגון קביעה אם ארגון מסוים הוא ארגון עובדים, ומכאן כשיר לתתום על הסכם קיבוצי. ראו עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 56.

97 זאת האפשרות היחידה ליישב את ההלכה, שכן במקרה זה לא היה מדובר בדיון אינצידנטלי היות שכל בקשה של ארגון סגל המחקר מבית הדין כי יכיר בו כארגון עובדים יציג, נשענה על דרישה לשינוי יחידת המיקוח הקיימת. עם זאת בשני המקרים, קרי עניין העובדים הבכירים בפז וארגון סגל המחקר, הם סכסוכים בין-ארגוניים בין ההסתדרות לארגון עובדים מתחרה. שם; עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31.

98 עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.

99 עניין עמישב, לעיל ה"ש 8, סע' 5 לפסק הדין.

100 כדוגמת עובדי המחקר ותדיראן קשר. ראו עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30.

ה. אמות המידה המשפטיות להגדרת יחידת המיקוח

כאשר מזקקים מן הפסיקה את המבחנים ואת השיקולים המנחים בנושא הגדרת יחידת המיקוח, מתקבלת התמונה הזאת:

1. בדומה למצב בארצות הברית ובקנדה התפיסה הבסיסית היא שאותם מבחנים ושיקולים ישימים בכל המצבים אם כי בדגשים שונים. למשל, באה לידי ביטוי העובדה שבגדרת יחידת מיקוח ראשונית אין אפשרות להיעזר בהיסטוריה הקודמת של יחסי העבודה הקיבוציים באותו מקום עבודה, ואין מצב של שיווי משקל ביחסי העבודה אשר אותו בית הדין מתבקש לערער.
2. הרשימה מורכבת מנקודות מוצא ומרשימה של שיקולים.
3. שתי נקודות המוצא המשותפות להגדרת יחידת המיקוח הראשונית ולשינוי יחידת המיקוח הן העדפה ליחידת מיקוח אחת כוללנית (תעשייתית), כלומר יחידה שתכלול את כל עובדי המעסיק או המפעל,¹⁰¹ ופיצול ליחידה נפרדת או ליחידות נפרדות אך ורק אם לקבוצת העובדים, אשר אותה מעוניינים להפריד, יש אינטרס מיוחד ולא רק שונה משל שאר העובדים.¹⁰² בית הדין הסביר את יתרונותיה של יחידת המיקוח

101 עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 56, בעמ' 389–390; עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 317; עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 72, 78; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 44 לפסק הדין; עניין עמישב, לעיל ה"ש 8, סע' 5 לפסק הדין. לפסיקה טרם הזדמן לדון במעביד שלו כמה אתרים (כגון בנק, רשת של בתי מלון, מרכולים, או מסעדות ובתי קפה, חברת הובלה ושילוח) או בבקשה לקביעת יחידת מיקוח הכוללת כמה אישיות משפטיות.

102 בית הדין טרם הסביר את משמעות המושג "אינטרס מיוחד". בן ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 27. הפסיקה הסתפקה בהבאת דוגמאות, כגון העיתונאים בהוצאה לאור של עיתון, הרופאים בבתי החולים ובקהילה, המורים העל-יסודיים והאקדמאים במוסדות להשכלה גבוהה. ראו עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 56, בעמ' 390; עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 79; אדלר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 23; גיא מונדלק "יחסים בין ארגונים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה ו 219 (1996); Herbert Schreiber, *Balancing Union and Individual Rights in Israeli Collective Bargaining: Job Security and Reinstatement of Wrongfully Dismissed Employees*, 29 ISR. L. REV. 459 (1995) בעניין גן המדע בית הדין קבע כי לעובדי גן המדע אין אינטרס מיוחד המצדיק הפרדתם מכלל עובדי המכון. ראו עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 65 לפסק הדין. לעומת זאת בית הדין האזורי לעבודה קבע לאחרונה כי לטייסי הניסוי המועסקים בתעשייה האווירית יש אינטרס מיוחד, ולכן ייכללו ביחידה נפרדת. בית הדין ביסס את החלטתו בין היתר על כך שטייסי הניסוי הועסקו בחוזים אישיים, להבדיל משאר עובדי החברה, המועסקים בהסכם קיבוצי. בית הדין קבע עוד כי אין מניעה שהארגון היציג ביחידת המיקוח הכוללת את שאר עובדי החברה ייצג את הטייסיים. ראו ס"ק (אזורי ת"א) 124/08 התעשייה האווירית לישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 1.3.2009).

- הכוללנית:¹⁰³ היא מחזקת את כוחם של העובדים ואת הסולידריות בין קבוצות העובדים השונות באופן שכוחן של קבוצות העובדים החזקות מסייע לקבוצות העובדים החלשות;¹⁰⁴ יחידת מיקוח אחת, הכוללת את כל העובדים, אף רצויה למעביד, שכן עליו לנהל משא ומתן עם גוף אחד בלבד; לבסוף יחידת מיקוח כזאת תורמת ליציבות יחסי העבודה ומקטינה את מספר ההסכמים¹⁰⁵ ואת מספר סכסוכי העבודה בכלל ואת סכסוכי העבודה הנובעים מיריבות ותחרות בין ארגונים בפרט.¹⁰⁶
4. רשימת השיקולים כוללת: א. הגדרה אופרטיבית של מרכיבי המבחן "הומוגניות בסביבת עבודה";¹⁰⁷ ב. רצון העובדים; ג. שיעור ההתארגנות ואופייה; ד. ההיסטוריה של יחסי העבודה הקיבוציים של הצדדים או של מעסיקים וארגוני עובדים ולוונטיים אחרים; ה. גודלו של מקום העבודה;¹⁰⁸ ו. יציבות יחסי העבודה.¹⁰⁹
5. במצבים של דרישה לשינוי יחידת מיקוח קיימת נקודת המוצא היא העדפה לשימור הסטטוס קוו.¹¹⁰ במסגרת ההחלטה אם להתיר פיצול של יחידת המיקוח יובאו בחשבון גם השיקולים המיוחדים האלה: א. אם האינטרס המיוחד של העובדים, כפי שהוא משתקף בבקשה לשינוי, מצא בעבר ביטוי מעשי בהתייחסות נפרדת;¹¹¹ ב. ההשפעה הצפויה של השינוי על יחסי העבודה;¹¹² ג. ההשפעה הצפויה על קבוצות עובדים

- 103 עניין קציני הים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 110; עניין לויין, לעיל ה"ש 12, סע' 55 לפסק הדין; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 45 לפסק הדין.
- 104 ראו גם בן ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 25.
- 105 עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 45 לפסק הדין.
- 106 עניין עמישב, לעיל ה"ש 8, סע' 5 לפסק הדין.
- 107 ובהם אלה: שעות עבודה, הכשרה מקצועית, מסלולי קידום, שיטות לקביעת שכר והטבות, אינטגרציה תפקודית, פיקוח משותף, תקשורת וקשר בין העובדים ומיקום גאוגרפי. ראו בן ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 24–25; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 59 לפסק הדין. דוגמה ליישום מבחן זה אפשר למצוא בפסק הדין גן המדע, שבו בית הדין בודק את ההיבטים האלה: מידת השוני בין הפעילויות של העובדים, מידת העצמאות של היחידה, הפרדה בניהול, סוגי העסקה וריחוק גאוגרפי. ראו עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 65–69 לפסק הדין. במקרה אחר הסתמך בית הדין על הפרדה גאוגרפית, על צורת העבודה השונה ועל היעדר קשר בין העובדים כדי לקבוע יחידה נפרדת. פסק דין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 56–58 לפסק הדין.
- 108 בית הדין אינו נוטה לאשר הקמת יחידות מיקוח נפרדות במקום עבודה קטן. ראו עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 67 לפסק הדין.
- 109 עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 86.
- 110 שם, בעמ' 79.
- 111 שם, בעמ' 74.
- 112 שם, בעמ' 80, 85.

אחרות; ¹¹³ ד. איכות הייצוג של הקבוצה המבקשת במסגרת המבנה הקיים של המשא ומתן; ¹¹⁴ ה. הקושי הצפוי של ניתוק המערכת ההסכמית, אם יאושר השינוי. ¹¹⁵

6. הפסיקה החדשה עדיין מתחבטת בשאלה אם בנסיבות מיוחדות ¹¹⁶ יש להגמיש את המבחנים, בעיקר בכל הקשור לקיומו של אינטרס מיוחד, עת מדובר בהגדרת יחידת מיקוח ראשונית בהתארגנות חדשה. ¹¹⁷

ככלי מדריך לצורך בניית טיעונים משפטיים או קבלת החלטות, הרשימה של נקודות המוצא והשיקולים המנחים לוקה בכמה היבטים: ראשית, היא ארוכה ומפורטת מדי; שנית, לא ברור מהו המשקל היחסי של כל אחד מן השיקולים ואיזה משקל מצטבר של שיקולים יצדיק סטייה מנקודת המוצא; שלישית, חרף הפופולריות הרבה שלה זוכה המבחן של "הומוגניות בסביבת עבודה", כגורם מרכזי בבחינת האינטרס המיוחד, הוא בעייתי ליישום; ¹¹⁸ ואם היה אכן רלוונטי בעבר, ¹¹⁹ הוא לא רלוונטי לעולם העבודה העכשווי ולא

- 113 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 318; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 63 לפסק הדין.
- 114 עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 76.
- 115 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 318; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 63 לפסק הדין.
- 116 כגון ארגון עובדים חדש (ארגון פורץ) וקושי לארגן את העובדים בגלל פעילות המעביד לסיכול ההתארגנות. ראו עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 69 לפסק הדין.
- 117 בפסק הדין ויטה פרי הגליל קבע בית הדין כי אין לדקדק בדרישות באשר להגדרת יחידת המיקוח הראשונית. לפיכך במסגרת של גמישות מסוימת אפשר לאמץ כהנחת יסוד כי קיימת הבחנה לגיטימית, שהיא אינטרס מיוחד, בין העובדים הכלולים ביחידת המיקוח, אשר בעניינה התבקשה הכרה, לבין קבוצת עובדים אחרת. ראו עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 60 לפסק הדין. בעניין גן המדע בית הדין סירב להגמיש את המבחנים ולראות בקבוצת העובדים הקטנה של גן המדע עובדים בעלי אינטרס מיוחד רק משום שארגון פורץ הצליח לארגן אותם. עם זאת בית הדין קבע כי ייתכן שיהיה אפשר להקל בדרישות עת מדובר בקשיי התארגנות של ארגון פורץ אצל מעביד הפועל בכמה אתרים גאוגרפיים. עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 69 לפסק הדין.
- 118 מבחן "זוהות סביבת העבודה" בעייתי מכמה היבטים: כמבחן הוא מעורפל; המרכיבים הרבים הכלולים בהגדרה האופרטיבית יכולים להצביע על כיוונים שונים; אין ברור מה מידת הזוהות הדרושה; אין ברור מהו המשקל היחסי של כל מרכיב ומהי הדרך לשקללם.
- 119 דוגמה טובה לחוסר הרגישות של המבחן יכולה לשמש יחידת המיקוח של הרופאים. הר"י מייצגת אוכלוסייה הטרוגנית ומגוונת, הכוללת את הרופאים לכל דרגותיהם (ממתמחים ועד מנהלי המחלקות ובתי החולים), את הרופאים בקהילה ובבתי חולים, במרכז ובפריפריה, המועסקים אצל מעבידים שונים ועובדים בעשרות מקצועות, אשר הכישורים, דרישות ההתמחות ותנאי העבודה שלהם שונים. אין למעשה כל אפשרות לזהות סביבת עבודה

לשונות ולרב-גוניות המאפיינת את ניהול משאבי אנוש בארגוני עבודה מודרניים;¹²⁰ רביעית, בגלל ליקוייה של רשימת המבחנים והשיקולים הפסיקה איננה מספקת מידה ראויה של שקיפות, היא מתקשה ליצור קשר ברור בין ההחלטות לבין המבחנים והשיקולים ואף איננה מאפשרת פיתוח תובנות ודיון בנושא.

בפסק הדין ארגון סגל המחקר אומר סגן הנשיא (כתוארו אז) אדלר ברוב כנותו כי הוא יוצא למסע של חיפוש דרך¹²¹ שתוביל את בית הדין להחלטה נכונה בשאלה אימתי יתאפשר פיצול של יחידת מיקוח. דבריו מדגישים שני הבדלים חשובים בין התפתחות הנושא של הגדרת יחידת המיקוח בארצות הברית ובישראל: הראשון, בארצות הברית החקיקה מגבילה ומנחה את הטריבונול המוסמך (המועצה הלאומית ליחסי עבודה) בהחלטותיו,¹²² לפיכך בשונה מעמיתו בישראל, השופט שם איננו מתחיל את תהליך קבלת ההחלטות בלוח חלק; השני, בארצות הברית התפתחה הפסיקה בחילוקי דעות באשר ליחידת המיקוח הראשונית; בישראל, בגלל סיבות היסטוריות, היא צעדה בכיוון הפוך. הזרעים החשובים הראשונים של הפסיקה נזרעו בחילוקי הדעות בנוגע לשינוי, או ליתר דיוק פיצול והפרדה של יחידות מיקוח.¹²³ בשלב מאוחר יותר של ההתפתחות ההלכה יושמה בחילוקי דעות בנוגע ליחידת המיקוח הראשונית. מצב דברים זה יצר ויוצר קושי לבית הדין. החקיקה והפסיקה במשפט העבודה הקיבוצי בישראל מקדשות את עקרון יציבות יחסי העבודה,¹²⁴ את חשיבות ההסתדרות כארגון עובדים כוללני וחיוזקה¹²⁵ ואת רעיון הערבות ההדדית והסולידריות בין קבוצות עובדים.¹²⁶ כאשר בית הדין מתבקש להכיר ביחידה נפרדת או לתת ידו לפיצול יחידת המיקוח, הוא נדרש לפעול בניגוד לפרדיגמות שהוא אימץ. התוצאה היא שהפסיקה, אשר עסקה בפיצול יחידות מיקוח או הכירה ביחידות מיקוח

- הומוגנית למתמחה ברפואת קהילה בטבריה ולמנהל מחלקת ניתוחי לב בתל השומר. לפיכך יחידת מיקוח של הרופאים איננה מקיימת את הדרישה של הומוגניות בסביבת עבודה.
- ALAIN SUPIOT, BEYOND EMPLOYMENT: CHANGES IN WORK AND THE FUTURE OF LABOUR 120
LAW IN EUROPE 31, 41 (2001).
- עניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 78. 121
- החקיקה קובעת כי שומרים יהיו ביחידת מיקוח נפרדת, וכי עובדים מקצועיים לא ישולבו 122
ביחידה אחת עם עובדים בלתי מקצועיים אלא אם רוב העובדים המקצועיים דורש זאת. החשוב ביותר, החוק קובע כי שיעור ההתאגדות בקרב העובדים איננו יכול לשמש גורם מכריע בהחלטה. ראוי להעיר כי עמדת הפסיקה היא ששיעור העובדים המאורגנים הוא שיקול לגיטימי, אם כי לא מכריע. ראו: 280 F.3d 417 (4th Cir. 2002).
- עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 63 לפסק הדין. 123
- עניין קציני הים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 115. 124
- שם; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 45 לפסק הדין. 125
- עניין קציני הים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 110. 126

נפרדות, מלאה ברטוריקה על החשיבות של יחידות גדולות וכוללניות משום תרומתן ליציבות, לשמירת הסטטוס קוו, לסולידריות ולהגנה על החלשים. המאבק על קביעת יחידת המיקוח הראשונית הוא סיפור שונה. זהו כר התמודדות בין שתי גישות קוטביות, הניזונות משיקולים אסטרטגיים הפוכים. המעסיק מעדיף יחידת מיקוח גדולה משום שהיא דורשת השקעת משאבים ומאמצים גדולה יותר בשלב ההתארגנות ומגדילה את הסיכוי שלא יושג הרוב הדרוש ליציבות.¹²⁷ בגלל האפשרות להגדלת הסיכוי שמאמצי ההתארגנות ייכשלו, המעסיק מוכן להמר על היחידה הגדולה,¹²⁸ שכן רק כך יש סיכוי שתושג מטרתו האסטרטגית – למנוע את המעבר ליחסי עבודה קיבוציים. ארגון העובדים מעדיף יחידת מיקוח קטנה¹²⁹ בגלל שיקולים הפוכים בדייק: ככל שהיחידה קטנה והומוגנית יותר, ארגון העובדים ממקסם את סיכוייו להגיע ליעד הראשוני של קבלת הכרה כארגון עובדים יציג. ארגון העובדים גם מאמין כי אם יוכר כארגון יציג ביחידה קטנה ויצליח לבסס את עצמו ולחתום על הסכם קיבוצי, היחידה הקטנה תהיה ראש גשר לקבוצות אחרות¹³⁰ או לכלל העובדים המועסקים על ידי המעביד. כאשר הפסיקה העוסקת בנושא פיצול או הפרדה של יחידות מיקוח מיושמת בשלב מאוחר יותר, על הרטוריקה שלה, בהכרעות בעניין קביעת יחידת המיקוח הראשונית, היא יוצרת לבית הדין דיסוננס. היא אמנם שומרת על הקיים ועל היציבות של יחסי העבודה, אולם בד בבד היא משרתת לכאורה את החישובים האסטרטגיים של המעסיקים ופוגעת בסיכויי ההצלחה של התארגנויות חדשות ובעתידו של המודל הקיבוצי. המסקנה היא שאין אפשרות להשתמש באותה מערכת שיקולים לכל המצבים שבהם מובאת להכרעת בית הדין בקשה להגדרה ראשונית או לשינוי יחידת מיקוח.

ו. מסגרת חשיבה חדשה לצורך קביעת יחידת המיקוח

על רקע המצב הבעייתי של המבחנים והשיקולים מוצעת מסגרת חשיבה חלופית המתאפיינת בהפשטה, בפשטות, בשקיפות ובהכלה. הפשטה, פשטות ושקיפות משום

127 קיימים שיקולים נוספים היכולים להסביר את ההעדפות של המעסיקים: הקושי הצפוי לארגון העובדים בייצוג קבוצה גדולה והטרונגנית, חיסכון ב"עלויות עסקה" הכרוכות בנייהול משא ומתן ביחידות שונות, חיסכון בעלויות הנובעות מדרישות להשוואת תנאים במצב של משאים ומתנים עוקבים, מניעת סכסוכים בין-ארגוניים, במיוחד כאשר ארגוני עובדים שונים פועלים ביחידות שונות, והימנעות משביתות מוקד.

128 Susan Orr, *Forming the Union: Representation, Constituencies and Bargaining Unit* 128 (paper presented at the annual meeting of the MPSA annual national conference, 2009).

129 ראו האירועים נשוא עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.

130 ראו Orr, לעיל ה"ש 128; עניין ויטה פרי הגליל, לעיל ה"ש 7, סע' 60 לפסק הדין.

שמסגרת החשיבה המוצעת מתבססת על דיון ושקילת מספר קטן יחסית של צרכים וערכים; הכלה משום שהיא מנסה לפתח רגישות לשלל המצבים שבהם מתעוררת שאלת ההגדרה של יחידת מיקוח, על שונותם ורב-גוניתם. מסגרת החשיבה המוצעת מורכבת משלושה רכיבים. אפשר לאמץ את המסגרת כמכלול או את כל אחד ממרכיביה.

1. צרכים וערכים

מאחורי ההחלטות של בתי הדין בנושא הגדרת יחידת המיקוח ומאחורי הסבך של הרטוריקה המופיעה בפסקי הדין והכוללת בין היתר מבחנים, נקודות מוצא ושיקולים, נחבא למעשה מאבק בין כמה צרכים וערכים פשוטים, המקיימים בתוכם וביניהם מתח של ניגודיות ודורשים עריכת שקלולי תחלוף (trade offs) מסוימים. הרשימה כוללת כוח, סולידריות, הגדרה עצמית (כולל ייצוג אותנטי וזהות מקצועית), יציבות יחסי העבודה, יעילות עסקית וטווח קצר מול טווח ארוך.

למשל, פיצול המפעל ליחידות מקצועיות נפרדות מקדם את ערך ההגדרה העצמית ולעתים את הכוח של חלק מן היחידות. אולם מחיר ההחלטה גבוה במונחי סולידריות, בהשאירה קבוצות מסוימות של עובדים ללא כוח, ובמונחי יציבות יחסי העבודה ויעילות עסקית.¹³¹

דוגמה אחרת קשורה באפשרות לכלול את עוזרות הגננות ביחידת מיקוח אחת עם הגננות והמורים. כיום הן אינן כלולות משום שאינן בעלות השכלה והכשרה מתאימות. היו מקרים שבהם הן היו עקב אכילס או היה איום שתהפוכנה לזוה בשביתות של הסתדרות המורים, שכן היותן חלק מצוות הגן יוצר אפשרות להוצאת צווים שיחייבו את הרשויות לפתוח את הגנים בעזרת עוזרות הגננות. לפיכך הכללתן ביחידת מיקוח אחת עם המורים והגננות תביא לידי תוספת נכבדה של כוח לארגון העובדים, אך תפגע בהגדרה העצמית ובזהות המקצועית של הסתדרות המורים כארגון עובדים האמור לייצג את המורים והגננות ולהיות ביתם המקצועי וקולם הקיבוצי.

דוגמה נוספת קשורה בוויכוח הציבורי שהתעורר סביב השאלה אם בהגדרתה של יחידת המיקוח הראשונית, בשלב ההתארגנות, יש להקל עם ארגון עובדים פורץ שהצליח להשיג אחיזה בגזרה צרה של המפעל. ההקלה מתבטאת כזכור בקביעת גבולות יחידת מיקוח צרים כדי לסייע לארגון העובדים להשיג יציגות. קביעה כזאת מעניקה לכאורה כוח לארגון העובדים ולעובדים ביחידה. מלבד הפגיעה בסולידריות ואולי אף ביציבות וביעילות העסקית, ברור שבהיעדרה של תמיכה רחבה יותר בקרב העובדים כוח זה יהיה לטווח קצר

131 ראו טקסט צמוד לה"ש 126.

בלבד. קיים חשש שארגון העובדים לא יצליח ליצור בסיס כוח אמתי ועמיד שיאפשר לו לבסס יחסי עבודה קיבוציים ולחתום על הסכם קיבוצי.

2. Matrix

כדי לשפר את הרגישות והשיטתיות של תהליך קבלת ההחלטות של בית הדין בנושא הגדרת יחידת המיקוח אפשר לבנות מטריצה של מצבי החלטה. הציר האנכי יתאר את מישור הסכסוך – יחסי עבודה, בין־ארגוני ופנים־ארגוני – או את הצדדים, לרבות הצד היוזם, באותם מקרים שבהם מתבקש שינוי יחידת מיקוח קיימת. הציר האופקי יתייחס למצבים השונים שבהם מתעוררת שאלת ההגדרה של יחידת מיקוח – הגדרה ראשונית של יחידת מיקוח, פיצול יחידת מיקוח ואיחוד יחידות מיקוח.

המטריצה

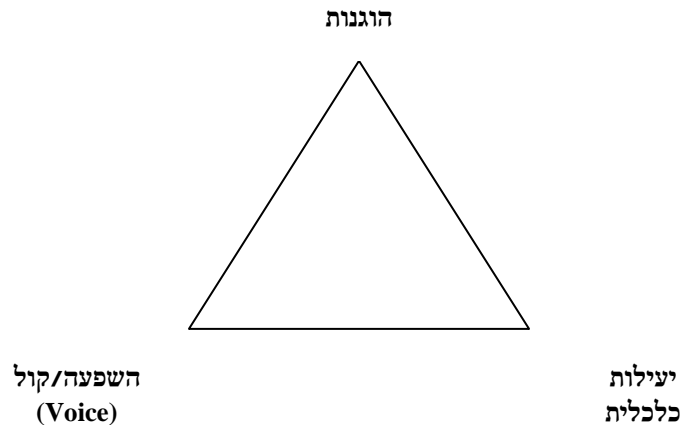
איחוד יחידות	פיצול יחידה קיימת	הגדרת יחידת ראשונית	מצבים	
			מישור הסכסוך	
			יזמת מעביד	מעביד–ארגון עובדים
			יזמת הארגון	
			ארגון עובדים–ארגון עובדים	
			אורגן–אורגן	

במטריצה שנים־עשר תאים. יכול שסכסוך מסוים יופיע בשני תאים. למשל: סכסוך על הגדרת יחידת מיקוח ראשונית בין מעסיק לבין שני ארגונים יריבים. אימוץ המטריצה יאפשר לבית הדין ליישם את המערכת של המבחנים, של נקודות המוצא ושל השיקולים, המופיעה בפסיקה, או לחלופין לבחור בניתוח המוצע של צרכים וערכים והתחלוף (trade off) ביניהם תוך גילוי רגישות למצב הספציפי שבו מתבקשת הכרעה. כד בבד תיעול הדיון המשפטי לתוך התאים יאפשר פיתוח שיטתי יותר של ההלכה.

3. המצפן

כדי לכוון את עצמו בקביעת הכללים המתאימים לכל אחד מתאי המטריצה, אם באמצעות יישום המערכת של המבחנים, של נקודות המוצא ושל השיקולים, המופיעה בפסיקה, ואם באמצעות השיח המוצע של צרכים וערכים, בית הדין יכול לאמץ כמצפן את הפרדיגמה

שפותחה על ידי Budd,¹³² שלפיה שיטה של יחסי עבודה אמורה לשאוף להשגת איזון נכון בין שלושה וקטורים או קדקודים: יעילות כלכלית, הוגנות והשפעה או קול (Voice).



שאיפה זאת נכונה גם למוסדות המרכיבים את שיטת יחסי העבודה, כגון המסגרת המשפטית. בהקשר זה ראוי לזכור כי המשפט מוגבל מאוד בהשפעה שיכולה להיות לו על איכות יחסי העבודה ועל איכות המשא ומתן הקיבוצי. אחת הדרכים היחידות שבעזרתן יכולה להיות למשפט השפעה וטביעת אצבע היא בטיפולו ובמעורבותו במבנה המשא ומתן הקיבוצי. הגדרת יחידת המיקוח המתאימה היא בריח התיוון ומרכיב מרכזי במעורבות זאת. אם בית הדין שואף לעצב ולקדם מדיניות קוהרנטית ובעלת היגיון פנימי, שתתרום לשיפור איכות יחסי העבודה והמשא ומתן הקיבוצי, הוא יכול לגייס לעזרתו את הפרדיגמה של Budd. היא תאפשר לבית הדין לפתח ואת הכללים לצקת אותם להגדרת יחידת המיקוח במצבים השונים בעזרת שיח גלוי ושקוף, שבו בית הדין ינסה למצוא בכל מקרה את האיזון הראוי בין יעילות כלכלית, הוגנות והשפעה (Voice).¹³³

JOHN W. BUDD, EMPLOYMENT WITH A HUMAN FACE: BALANCING EFFICIENCY, EQUITY AND VOICE (2004) 132

133 עריכת איזון כזה רלוונטית, למשל, בשיח חוקתי של איזונים בין זכות הקניין לבין זכות ההתארגנות. כמו שמוזכר בעניין ארגון סגל המחקר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 85; עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 63.4 לפסק הדין.

ז. סיכום, הערות והמלצות

בשנים האחרונות המושג "יחידת מיקוח" עשה את דרכו מן השוליים אל מרכז הבמה של השיח בדיני עבודה והוא מצוי בתפר שביניהם לבין יחסי עבודה. יחידת המיקוח היא האוכלוסייה אשר עליה יחול, בתחולה רעיונית, הסכם קיבוצי ספציפי אם וכאשר הסכם כזה ייחתם. הכוונה הן להסכם קיבוצי מיוחד, הן להסכם קיבוצי כללי והן להסכם קיבוצי פלורלי. סוגיית ההגדרה של יחידת המיקוח יכולה להתעורר כרונולוגית בשני שלבים עיקריים: בשלב ההתארגנות – או בשלב הטרומ־קיבוצי – שבו נדרש להגדיר את יחידת המיקוח הראשונית כדי לבחון אם ארגון העובדים כשיר לחתום על הסכם קיבוצי, ובשלב שבו נדרש שינוי או הגדרה מחדש של יחידת מיקוח קיימת. המאבק בנושא העיצוב הראשוני של יחידת המיקוח ושל שינויה או עיצובה מחדש יכול שיתחולל במישור יחסי העבודה, במישור הבין־ארגוני ובמישור הפנים־ארגוני.

חוק הסכמים קיבוציים אינו מסדיר את המושג "יחידת מיקוח" ואינו מזכירו כלל. יחידת המיקוח נקבעת ומשתנה על פי רוב בהסכמת הצדדים. בהיעדר הסכמה, יחידת המיקוח נקבעת ומשתנה בעזרת מאבק ארגוני או בהכרעה שיפוטית. בשני המצבים שבהם נדרש לקבוע את יחידת המיקוח, קרי הגדרה ראשונית ושינוי של יחידת המיקוח, מדובר בסכסוך כלכלי. אף על פי כן, בפועל בית הדין פתח את דלתו לרווחה בפני הצדדים, והוא מאפשר להביא חילוקי דעות אלו להכרעה שיפוטית.

בגלל סיבות היסטוריות עיקר הפסיקה נוצקה בחילוקי דעות באשר לשינוי יחידת מיקוח, או ליתר דיוק – פיצולה והפרדתה. בשלב מאוחר יותר היא יושמה בחילוקי דעות באשר ליחידת המיקוח הראשונית. התפיסה הבסיסית של בתי הדין היא שאותם מבחנים ושיקולים ישימים בסכסוך בנושא הגדרת יחידת המיקוח הראשונית ובנושא שינוי יחידת מיקוח קיימת. השוני הוא בדגשים המביאים לידי ביטוי את העובדה שבהגדרת יחידת מיקוח ראשונית אין אפשרות להיעזר בהיסטוריה של יחסי העבודה הקיבוציים באותו מקום עבודה, ואין מצב של שיווי משקל ביחסי העבודה, אשר אותו בקשת השינוי, אם תתקבל, עלולה לערער.

במשך השנים הורכבה בפסיקה רשימה ארוכה ומפורטת של נקודות מוצא ושל שיקולים מנחים. ברם הרשימה סובלת מכמה ליקויים וכשלים, ובהם אלה: חרף ניסיונותיו של בית הדין אין אפשרות להשתמש באותה מערכת שיקולים לכל המצבים שבהם מובאת להכרעת בית הדין בקשה להגדרה ראשונית או לשינוי יחידת מיקוח; קיים חוסר בהירות בעניין המשקל היחסי של כל אחד מן השיקולים; אין קשר בין חלק מן השיקולים לבין עולם העבודה העכשווי ולשונות ולרב־גוניות המאפיינת את ניהול משאבי אנוש בארגוני עבודה מודרניים. בעקבות כשלים אלו הפסיקה איננה מאפשרת מידה ראויה של שקיפות, מתקשה

ליצור קשר ברור בין ההחלטות לבין המבחנים והשיקולים ואיננה יוצרת תשתית נאותה לפיתוח תובנות ולעיצוב מדיניות בנושא.

על רקע המצב הבעייתי של המבחנים והשיקולים המאמר מציע מסגרת חשיבה חלופית המתאפיינת בהפשטה, בפשטות, בשקיפות ובהכלה. המסגרת המוצעת מתבססת על דיון ושקילת מספר קטן יחסית של צרכים וערכים, ומנסה לפתח רגישות לשלל המצבים שבהם מתעוררת שאלת ההגדרה של יחידת מיקוח, על שונותם ורב-גוניתם. הוצע גם כי לצורך פיתוח השלב הבא של ההלכה בנושא הגדרת יחידת המיקוח ייעזר בית הדין בפרדיגמה שהוצעה על ידי המלומד Budd ויקיים שיח גלוי ושקוף התר אחרי נקודות האיוון השונות בין יעילות כלכלית, הוגנות והשפעה (Voice). טרם נעילת השער, ראוי להוסיף שלוש הערות, הארות או הצעות.

1. יחידת הידברות

קיים קו משותף בין פסק הדין תדיראן קשר¹³⁴ לבין פסק הדין בעניין גן המדע.¹³⁵ בפסק הדין תדיראן קשר העיר השופט רבינוביץ¹³⁶ כי כל הדיון בנושא הגדרת יחידת המיקוח, אשר הפך מאז לנכסי צאן ברזל של הפסיקה, היה מיותר. כך גם בעניין הדיון בנושא הגדרת יחידת המיקוח בפסק הדין החשוב של סגנית הנשיא גליקסמן בעניין גן המדע.¹³⁷ מרגע שבית הדין הסתפק בהטלת חובת היוועצות והידברות בלבד על המעביד,¹³⁸ להבדיל מחובת ניהול משא ומתן לחתימת הסכם קיבוצי, לא היה צורך בהחלטה בדבר הגדרת יחידת המיקוח. זאת דרושה כזכור אך ורק לצורך בחינת היותו של ארגון העובדים "יציג" למטרת חתימה על הסכם קיבוצי.

לכאורה אין כל סיבה נראית לעין מדוע לא יכולה לקום חובה להיוועצות ולהידברות עם כל "התארגנות של עובדים", לרבות עם ארגון עובדים שאינו ממלא את הדרישות של ארגון עובדים יציג ביחידת המיקוח, לפי הוראות חוק הסכמים קיבוציים. החוק מכיר במוסד "התארגנות של עובדים",¹³⁹ ולפי הפסיקה, הזכות להכריז על שביתה איננה מותנית בהיות הארגון מוכר כארגון עובדים יציג¹⁴⁰ אלא די בהתארגנות של עובדים, וכלל זה חל גם על

134 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30.

135 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.

136 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 324.

137 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 53–70 לפסק הדין.

138 שם, סע' 50–51 לפסק הדין.

139 ס' 3 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז–1957, ס"ח 221.

140 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 125 לפסק הדין.

החובה לאפשר כניסה לחצרי המעביד על פי סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים.¹⁴¹ ראוי לזכור שהשימוש במושג "ארגון עובדים יציג", אשר אך ורק לצורך קביעתו דרושה ההגדרה של יחידת מיקוח, נזכר בחוק הסכמים קיבוציים¹⁴² בגלל הסמכויות המיוחדות והפריבילגיות המוענקות לארגון העובדים היציג¹⁴³ עצמו במועד שבו הוא חותם על הסכם קיבוצי¹⁴⁴ ובגלל המעמד והכוחות המיוחדים המוענקים להסכם הקיבוצי, בשונה מחוזה רגיל,¹⁴⁵ מרגע חתימתו. מכאן שכל זמן שארגון עובדים או התארגנות של עובדים מסתפקים בהיוועצות והידברות או בחתימה על הסדר קיבוצי, להבדיל מהסכם קיבוצי, אין כל צורך בהגדרת יחידת המיקוח ואין לה משמעות. אם בשלב מסוים יחליט ארגון העובדים שהוא מעוניין להסדיר את יחסי העבודה ואת תנאי העבודה בהסכם קיבוצי ואין בלתו, אז ורק אז יקום הצורך להגדיר את יחידת המיקוח כדי לברוק אם הוא כשיר לחתום בהיותו ארגון יציג. פסק הדין של גן המדע¹⁴⁶ נטע מוסד חדש בנוף המשתנה של משפט העבודה הקיבוצי – חובת היוועצות והידברות בתקופה שבה אין יחסי עבודה קיבוציים. מקריאת דפי פסק הדין אין ברורים מחוזות נביטתו, ובגלל פסק הדין של בית הדין הארצי בעניין הסינמטק,¹⁴⁷ אשר בא אחריו, אין ברור גורלו – האם שרד?

התהייה אחר מחוזות הנביטה נובעת מן האפשרות לפרש את השימוש שעשה בית הדין במושג "חובת היוועצות והידברות" בשני אופנים, אשר כל אחד מהם מוביל לתוצאות שונות. הראשון, כוונת בית הדין הייתה לקבוע חובת ניהול משא ומתן. אולם בגלל החשש שמדובר בחידוש מהפכני, החליט כי מוטב להנהיגו בהדרגה, ולכן בחר להסתפק בהטלת חובת ניהול משא ומתן מופחתת,¹⁴⁸ שאותה כינה בשם "חובת היוועצות והידברות". כפי שהוסבר למעלה, גם אם זהו הפירוש הנכון, אין צורך לעסוק בהגדרת יחידת המיקוח, שכן אין חובה לנהל משא ומתן לחתימת הסכם קיבוצי. מכל מקום, אם בחובת ניהול משא ומתן

141 שם, בעמ' 53, 55.

142 שם, בעמ' 53–55. הכוונה לסעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים.

143 עניין העובדים הבכירים בפז, לעיל ה"ש 56, בעמ' 387. רעיון דומה קיים בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד–1984, ס"ח 157, המגדיר את הארגון היציג לנושא חלוקת תמלוגים למבצעים ובעלי זכויות יוצרים בשביל השמעה או הצגה של ביצועיהם. ראו סעיף 3א(ב) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

144 נקודת הזמן של החתימה היא כה בעלת משמעות עד שחוק הסכמים קיבוציים טורח לומר שהסכם קיבוצי לא יאבד את נפקותו וסמכויותיו המיוחדות גם אם לאחר מכן ארגון העובדים איבד את מעמדו כארגון עובדים יציג (ראו ס' 5 לחוק הסכמים קיבוציים).

145 כגון האפקט הנורמטיבי, הארכת תוקף אוטומטית, קוגנטיות והמשך קיום לאחר שינוי בעלות.

146 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.

147 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9.

148 הכוונה ל-Not quite an employee, הדומה למושג Not quite duty to bargain.

מופחתת עסקינן, יש להפחית באותה מידה את הדרישות הקשורות לארגון עובדים יציג ולהגדרת יחידת המיקוח. כעומק ההפחתה בחובה, כן עומק ההקלה בדרישות הקדם. השני, חובת ההיוועצות וההידברות צמחה ממחוזות רעיוניים שונים לחלוטין, כאלו הסוברים כי יש לתת לעובדים קול, מעורבות והשפעה,¹⁴⁹ לעתים בד בבד עם המודל הקיבוצי¹⁵⁰ ולעתים במנותק ממנו.¹⁵¹ אם זהו הפירוש הנכון,¹⁵² פסק הדין גן המדע נטע, בעקיפין, עוד מוסד או מושג חדש בנוף משפט העבודה הקיבוצי: יחידת ההידברות, אשר גבולותיה והשיקולים לקביעתה שונים בהכרח מאלו של יחידת המיקוח.¹⁵³

פסק הדין של בית הדין הארצי בעניין הסינמטק,¹⁵⁴ אשר ניתן כארבעה חודשים לאחר פסק דין גן המדע,¹⁵⁵ קבע לראשונה במפורש חובת ניהול משא ומתן עם ארגון העובדים היציג בשלב הטרם-קיבוצי.¹⁵⁶ השאלה שנותרה ללא מענה, למקרא פסק הדין, היא אם בצד חובת ניהול המשא ומתן נותרה חובה אחות – אחרת, לא בהכרח בכירה פחות – חובת ההיוועצות וההידברות. אם התשובה חיובית, חיות להן גם זאת בצד זאת יחידת המיקוח ויחידת ההידברות.

2. יצירתיות בסעדים

ראוי שבית הדין יבחן את האפשרות להעשיר את ארגו הכלים העומד לרשותו כאשר הוא נקרא ליישב חילוקי דעות בנושא קביעת יחידת המיקוח. שתי התוספות לארגו הכלים,

- 149 Mironi, לעיל ה"ש 26.
 150 כמו למשל מועצות העובדים הקיימות בכמה מדינות באירופה. ראו פנינה אלון-שנקר "מועצות עובדים בישראל: לקראת מודל משולש לייצוג ושיתוף עובדים" עיוני משפט ל 319 (2007).
 151 מרדכי מירוני "חידושים וחדשנות בניהול משא ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה" משפט ועסקים ג 75 (2005); Mironi, לעיל ה"ש 26.
 152 אפשר למצוא תימוכין עקיפים לכך בעניין גן המדע, לעיל ה"ש 48, סע' 51 לפסק הדין.
 153 כך למשל האם האינטרס המשותף של קבוצת עובדים מסוימת בהידברות איננו מספיק כדי להכיר בה כיחידת הידברות? היות שפסק הדין של גן המדע לא היה ער להבחנה בין יחידת הידברות ליחידת מיקוח, לא דק בית הדין פורתא עת הניח (שם, סע' 69 לפסק הדין) שהכרה עלולה להביא לריבוי נציגויות של עובדים. הכרה בהתארגנות של עובדים כיחידת הידברות עשויה לקדם, אולם איננה מובילה בהכרח לחתימת הסכם קיבוצי. לכך צריך כוח ארגוני ותמיכה רחבה יותר. ייתכן כי דווקא בעולם העבודה החדש, המתאפיין בין היתר באבדן המשיכה של האיגודים המקצועיים המסורתיים, עובדים מסוימים יעדיפו להצטרף לארגון שכל מטרתו היוועצות והידברות ולא חתימה על הסכם קיבוצי.
 154 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9.
 155 עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.
 156 עניין הסינמטק, לעיל ה"ש 9, סע' 7 לפסק הדין.

המוצעות כאן, כבר מצאו ביטוי מסוים בפסיקה, אך לא נעשה בהן שימוש אופרטיבי בהקשר של הגדרת יחידת המיקוח.

(א) מתן קול לעובדים

בפסק הדין תדיראן קשר¹⁵⁷ מדגיש בית הדין את חשיבות מתן ההזדמנות לעובדים להשפיע על עיצוב יחידת המיקוח.¹⁵⁸ נראה כי בנושא זה, במיוחד בבקשות לשינוי יחידת המיקוח, אין להסתפק בקולותיהם של המעביד ושל ארגון העובדים. יש לשמוע את העובדים המעורבים ואת אלו העלולים להיות מושפעים מן ההחלטה, כגון העובדים אשר ההחלטה עלולה לפגוע בתחושת האחדות, הגיבוש והביטחון שלהם, כמו גם בכוחם. במקרים המתאימים בית הדין יכול להטיל חובת קיום שימוע והצבעה¹⁵⁹ בקרב העובדים המעורבים ובעלי העניין. אף אפשר להשתמש, כבסיס, במודל ההצבעה שהוצע בפסק הדין עמותת עובדי נותב.¹⁶⁰

(ב) הכרה זמנית

דרך נוספת להעשרת הסעדים של בית הדין היא מתן הכרה ביחידת מיקוח לזמן מוגבל או לתקופת ניסיון.¹⁶¹ ראוי להעיר כי האפשרות למתן סעד לזמן מוגבל כבר נוסתה בפסיקה בעניין דומה.¹⁶²

3. הסכמה, יחסים ושיח של צרכים, אילוצים וזהות

רשימה זו לא מצאה תשובה מספקת בפסיקה למקור הסמכות של בית הדין להכריע הכרעה משפטית בחילוקי דעות בנושא קביעת יחידת המיקוח, אשר הוגדר על ידי בית הדין עצמו

157 עניין תדיראן קשר, לעיל ה"ש 30.

158 שם, בעמ' 321.

159 נראה כי הרעיון של עריכת בחירות או הצבעה מקובל על הנשיא אדלר, לפחות ככל שמדובר במקרה של שני ארגוני עובדים המתמודדים ביניהם על יציגות. עניין עמותת עובדי נותב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 321. אין סיבה הנראית לעין למה לא יאומץ המודל גם בבקשות לפיצול או לאיחוד יחידות מיקוח.

160 שם, בעמ' 329–330.

161 בארצות הברית משתמשים גם בחקיקה לתקופת ניסיון. ראו: THOMAS A. KOCHAN, RONALD G. EHRENBERG, JEAN BADERSHNEIDER, TODD JICK & MORDEHAI MIRONI, AN EVALUATION OF IMPASSE PROCEDURE FOR POLICE AND FIREFIGHTERS IN NEW YORK CITY (1977).

162 ראו עניין גן המדע, לעיל ה"ש 48.

כסכסוך כלכלי.¹⁶³ מלבד ההיבט היוריספודנטלי והנורמטיבי, ומלבד העובדה שאין סטנדרטים משפטיים להכרעה, יש לכך השלכה מעשית. חילוקי דעות בנושא קביעת יחידת המיקוח מתגלעים בדרך כלל במסגרת יחסי עבודה נמשכים המתאפיינים בדרגה גבוהה של תלות הדדית בין הצדדים, ובעיקר בין העובדים למעסיק ובין העובדים לבין עצמם. לפיכך הפתרון המתאים להם הוא שיח הסכמי של צרכים, אילוצים וזהות,¹⁶⁴ אשר בכוחו לקדם פתרונות יצירתיים ולמנוע פגיעה ביחסים,¹⁶⁵ ולא שיח לעומתית¹⁶⁶ של זכויות והכרעה דיכוטומית, דוגמת השיח המתנהל בבתי הדין. לצורך כך מוצע לחייב את הצדדים לנסות וליישב את חילוקי הדעות בתהליך גישור, כתנאי מוקדם להגשת בקשה לבית הדין.¹⁶⁷

- 163 ראו טקסט צמוד לה"ש 83.
- 164 ידידיה צ' שטרן "יישוב סכסוכים שעניינם דיני חברות: הבחירה בין התדיינות לפשרה" עיוני משפט יז 323 (1992).
- 165 על תהליך הדמוניזציה והפגיעה ביחסים בהליכים משפטיים ראו: KENNETH CLOKE, *MEDIATING DANGEROUSLY: THE FRONTIERS OF CONFLICT RESOLUTION* (2001).
- 166 על ההבחנה בין שיח לעומתי להסכמי ראו אהרן ברק "על הגישור" שערי משפט ג 9 (2002).
- 167 רעיון דומה יושם באנגליה בתביעות אזרחיות, בעקבות המלצות ועדת וולף. בין היתר כוללות המלצות הוועדה (שיושמו בחקיקה) הנחיה שלפיה על השופטים לעודד את הצדדים לפנות להליכי ADR (בייחוד בשלבים מוקדמים של ההליך), וסמכות להביא בחשבון בפסיקת ההוצאות את נכונות הצדדים לנסות וליישב את הסכסוך שלא בדרך של התדיינות שיפוטית. ראו: Miryana Nestic, *Mediation – On the Rise in the United Kingdom?* 13 BOND L. REV. issue 2, art. 10 (2001).

תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

מאת

מורן סבוראי*

הקדמה. א. ההליכים מושא הדין – מאפיינים, מהות ותכלית; 1. תובענות ייצוגיות; 2. משפט העבודה הקיבוצי; 3. על ההשקה שבין המנגנונים ועל ההבדלים שביניהם. ב. תובענות ייצוגיות במשפט העבודה; 1. המצב עד לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות; 2. ההסדר בחוק תובענות ייצוגיות; 3. המצב לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. ג. מודלים עכשוויים לנקודת ההשקה שבין סוגי ההליכים; 1. מודל ראשון: חשדנות זהירה; 2. מודל שני: ההבחנה בין סוגי זכויות; 3. מודל שלישי: ההבחנה בין סוגי ארגונים. ד. שילוב המודלים השני והשלישי – יישום; 1. שאלות מקדמיות ליישום; 2. גדר השיקולים הרלוונטיים; 3. הצעה לסדר: תקנות סדר הדין בבתי הדין לעבודה (תובענות ייצוגיות). סיכום.

הקדמה

רבים מציינים את השינויים שחלו במשפט העבודה בישראל בעשרים השנה האחרונות. השינויים הם בין היתר היחלשות כוחם של ארגוני העובדים והתמעטות יכולתם לסייע סיוע מספק לחלק מאוכלוסיית השכירים, לרבות עובדים חלשים או מוחלשים במיוחד. מצב דברים זה מחייב לדעתי בדיקה מחודשת של מנגנונים אפשריים לטיפול בסכסוכים במשפט

* המחברת היא ד"ר לפילוסופיה ובעלת תואר שני במשפטים, עם מיקוד במשפט העבודה. בעבר, עוזרת משפטית של הנשיא אדלר בבית הדין הארצי לעבודה. כיום עו"ד במגזר הפרטי, שותפה במשרד עו"ד בנימין (בני) מ. כהן. הטקסט נכתב כעבודת סמינר בקורס "תכליתם של דיני העבודה", מרצה: ד"ר גיא דוידוב, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, ומוגש בהסכמת המרצה כמאמר לספר אליקה.

העבודה, אם בדרך של מיסוד מנגנונים חדשים ואם בדרך של חיזוק מנגנונים קיימים. על בדיקה כזאת להיעשות תוך הכרה בפער הכוחות המובנה שביחסי עובד-מעביד ובצורך לצמצמו. אחת הדרכים המסורתיות להתמודדות עם פער כוחות זה הייתה פיתוח צורות של פעולה משותפת של עובדים, ובעיקר משפט העבודה הקיבוצי, על כל היבטיו. בשל הקשיים שביישומו של משפט העבודה הקיבוצי כיום יש לבחון אל מול מאפייניו ויתרונותיו את מנגנון התובענה הייצוגית (Class Action), שהאפשרות להשתמש בו קיבלה "לבוש חדש" בדמות הסעיפים הרלוונטיים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).¹

המשותף לשני מנגנונים אלה הוא היותם צורת פעולה משותפת הנוגדת עקרון יסוד בשיטות משפט מודרניות, שלפיו כל אדם הוא המוכשר ביותר להביא את עניינו שלו בפני ערכאות. מבחינה זו יש קשר בין מנגנונים אלה לבין תפיסות פילוסופיות בדבר אינטר-סובייקטיביות כאמצעי המאפשר מינוף של שינוי חברתי על דרך של שיתוף הרבים. התפיסות הללו, שקיבלו צורות שונות לאורך ההיסטוריה של הפילוסופיה, מדגישות כי יש בכוחם של הרבים לאפשר שינוי איכותי, ולא רק כמותי, בשל יכולתם לחולל מהלכים בעלי אופי חברתי או משפטי.²

בשל מאפייניו של מנגנון התובענות הייצוגיות, בשל ההסדרה הסטטוטורית החדשה יחסית של מקומו ביחס לתובענות מתחום העבודה ובשל היחלשותם של ארגוני העובדים יש הטוענים כי מדובר בכלי מתאים במיוחד ליישום במשפט העבודה בישראל. טענה זו

1 פורסם בס"ח תשס"ו 2054, מיום 12.3.2006 עמ' 264 (ה"ח הכנסת תשס"ה מס' 93, עמ' 232). חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 התקבל ביום 1.3.2006 ופורסם ביום 12.3.2006. קדמו לו דיונים אינטנסיביים בהליך מהיר במיוחד בשל הניסיון (שצלח) להביא לחקיקתו טרם פיזור של הכנסת השש-עשרה (שהתפזרה עוד באותו חודש).

2 קצרה היריעה כמובן מלהקיף תחום רחב זה. בקצירת האומר יצוין כי ראשיתו המוכרת נעוצה בכתיבתו של אפלטון ובעיקר בספר ב לפוליטאה, שבו מתוארת המדינה והסיבות להתהוותה (אפלטון "פוליטאה ספר ב" כתבי אפלטון ב 201-238 (1979)). אחד מהמשכיו נעוץ בתפיסה ההגליאנית, המוצאת ביטוי ב"פילוסופיית המשפט" של הגל (HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT 105-223 (1952)); לאחר מכן בתפיסתו של מרקס (למשל: מרקס "לביקורת פילוסופיית המשפט של היגל" כתבי שחרות 72 (1950)); בתפיסה העולה מכתביהם של הוגי אסכולת פרנקפורט שראו עצמם ממשיכי מרקס (למשל: מ' הורקהיימר "תיאוריה מסורתית ותיאוריה ביקורתית" מבחר אסכולת פרנקפורט 96 (1993), לרבות כתביו של האברמס – Jurgen Habermas, *Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification*, MORAL CONSCIOUSNESS AND COMMUNICATIVE ACTION 43 (1995). זרם אחר קשור לתפישת ה"אמנה החברתית", המזוהה עם כתביהם של רוסו, לוק והובס (למשל: ז'אן ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני (יוסף אור תרגם, 1932); תומס הובס לזיתן: או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית ואזרחית (יוסף אור תרגם, 1962) שלבש צורה לאחר מכן בכתיבו של רולס (JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971)).

תיבחן בהרחבה במסגרת פרשנות לסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: סעיף 10(3) לתוספת השנייה או סעיף 10(3)) ובהתייחס לפסיקה הרלוונטית, מעניין אלמקייס³ ועד עניין בן שלמה⁴, שהם נקודות ציון פרשניות על ציר הזמן (שנקודות ההתחלה והסיום שלו מרוחקות יותר זו מזו). בהקשר זה אעמוד על טענותיהם החוזרות של בתי הדין לעבודה כי ככלל יש להעדיף את המנגנונים של משפט העבודה הקיבוצי מקריאות אחרות שנשמעות לאחרונה בפסיקה ובספרות.

במאמר מוסגר יצוין כי יש המצדדים בשימוש בכלי של "השתק פלוגתא לא-הדדי" או "מקרה מבחן" בציינם כי כלים אלה עדיפים במשפט העבודה ומייתרים את הצורך בשימוש בתובענה הייצוגית.⁵ הנושא נדון לאחרונה בהרחבה במאמר המצביע על הקשיים הגלומים בכלים משפטיים אלה, בעיקר באופן שבו פותחו במשפט העבודה.⁶ יוער עוד כי במציאות של יחסי העבודה דהיום מתגלעים בקיעים בתפיסה המסורתית שאפשרה בעבר לראות כמובנת מאליה את חובת המעסיק, ובעיקר המעסיק הציבורי – להחיל את ההכרעה השיפוטית בעניין עובד יחיד על כל עובדיו ללא מנגנון משפטי המבטיח זאת. במצב דברים זה ממילא רלוונטיים בעיקר הכלים המשפטיים המובנים סטוטורית והלכתית באמצעות משפט העבודה הקיבוצי והתובענה הייצוגית.

משכך, יבחן המאמר את סוגיית הקשר או העימות בין משפט העבודה הקיבוצי לבין כלי התובענות הייצוגיות – או את השלמתם זה את זה – במסגרת משפט העבודה. יישאלו השאלות: האם מדובר במנגנונים מתחרים או משלימים? האם המנגנון של תובענות ייצוגיות מאיים על משפט העבודה הקיבוצי? האם יש בו כדי להחליש את העובדים, או להפך – דווקא לחזקם וליתן בידם כלי חשוב לנוכח נסיגת כוחו של משפט העבודה הקיבוצי? כיצד אפשר לפרש את ההוראות בחוק תובענות ייצוגיות החדש בעניין זה אל מול הפסיקה הקודמת לו ואל מול מאפייני משפט העבודה והשינויים שהתחוללו בו בישראל?

3 דב"ע (ארצי) מח/194-3 אלמקייס – תדיראן בע"מ, פד"ע כ(1) 474 (1989) (להלן: עניין אלמקייס).

4 בש"א (אזורי ת"א) 10440/06 בן שלמה – ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ (פורסם בנבו, 11.9.2008) (להלן: עניין בן שלמה).

5 לאפשרות זו ראו למשל: ע"ע (ארצי) 1210/02 ביבריינג – אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פד"ע לח (2003) 115, 136 (2002) (להלן: עניין ביבריינג); ע"ע (ארצי) 1154/04 גרוס – משרד הביטחון, פס' 6 לפסק דינו של השופט פליטמן (פורסם בנבו, 9.1.2007) (להלן: עניין גרוס) ואף בפסיקה עדכנית יותר. להיסטוריה של תפיסה זו במשפט העבודה ראו הסקירה באלון קלמנט ושרון רבין מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 382, 380, 369 (2009).

6 שם, בעמ' 380–385.

כדי להתמודד עם שאלות אלה ייבחנו במאמר שלושה מודלים: המודל הראשון – חשדנות זהירה – מופיע בהרחבה בעניין גרוס,⁷ ולפיו תאושרנה תובענות ייצוגיות במשפט העבודה רק כאשר מדובר בסוגיות חדשניות, עקרוניות או כאלה העומדות בבסיס משפט העבודה. לדעתי, מודל זה מבוסס על פרשנות לא מדויקת של חוק תובענות ייצוגיות החדש ותכליותיו ואינו מאפשר התמודדות חזיתית עם סוגיית היחס בין כלי דיוני זה לבין משפט העבודה הקיבוצי. לפיכך אין מקום לאמצו. המודל השני – הבחנה בין זכויות – מופיע בהרחבה בעניין אלטר⁸ ובמאמרם של קלמנט ורבין מרגליות,⁹ ולפיו יש לפרש את סעיף 10(3) על יסוד ההבחנה בין נורמות שנובעות מהסכמים קיבוציים לבין נורמות אחרות. המודל זכה להכרה בבתי הדין, ויש בו יתרונות לא מעטים, אולם הוא גם אינו נעדר קשיים, ואימוצו כמודל יחיד או עיקרי עלול להביא לפיחות נוסף במעמדה של העבודה המאורגנת בישראל. המודל השלישי – הבחנה בין ארגונים – מופיע בהרחבה בעניין ביברינג¹⁰ ולאחר מכן בקצרה בדבריה של השופטת ברק-אוסוסקין בעניין גרוס,¹¹ ועיקרו מתן עדיפות להתארגנות עובדים פעילה ואמתית. מודל זה מדויק מקודמיו מבחינת לשון החוק ותכליתו ומעניק משקל נכון למצוי ולראוי במציאות יחסי העבודה כיום. בשל יתרונותיהם השונים של המודלים השני והשלישי תבחן העבודה את אפשרות שילובם.

נראה כי הצגת הבעיה ושרטוט המודלים השונים לפתרון תוך הצצה לנעשה מעבר לים היא בעלת חשיבות תאורטית ומעשית. אכן, אף שמדובר בבחינת היחסים בין שני הליכים "דיוניים", חשיבותם גלומה בקשר שבין הדיוני למהותי ובעצמתם של כלים דיוניים מרובי-צדדים להשפיע, בענייננו, על זכויות וחובות במשפט העבודה, ואף באופן רוחבי-מערכתי – על המשק, הכלכלה והחברה. הניתוח יאפשר פרשנות של החקיקה הרלוונטית, של הפסיקה הענפה בנושא זה ושל דברי מלומדים, ויאפשר גם עמידה על תכליות המנגנונים הנדונים ועל מאפייניהם. המאמר מציע אפוא פרשנות חדשה-ישנה לבעיה המלווה את בית הדין לעבודה שנים רבות, אשר לאחרונה התאפשר בה מפנה בעקבות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ובעקבות זאת יצרה ריבוי קולות בבית הדין הארצי עצמו. בשל ריבוי הקולות עולה הצורך להכריע בין פרשנויות מתחרות לסעיף 10(3) לתוספת השנייה (להכריע בין המודלים)

7 עניין גרוס, לעיל ה"ש 5.

8 עב' (אזורי חי') אלטר – מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 27.12.2006) (להלן: עניין אלטר).

9 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5.

10 עניין ביברינג, לעיל ה"ש 5.

11 בהיבט העקרוני הייתה עמדתה של השופטת ברק-אוסוסקין בעניין גרוס עמדת הרוב באותו פסק דין ולא עמדת המיעוט בו. שכן אף שדעתה הייתה דעת מיעוט בהיבט הקונקרטי ומבחינת התוצאה, הרי שבהיבט העקרוני (היחס בין תובענות ייצוגיות למשפט העבודה הקיבוצי) הצטרפו אליה למעשה השופט רבינוביץ ונציגת הציבור ביטי, ולפיכך מדובר בדעת רוב.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

ולחצביע על הדרך הפרשנית שראוי לילך בה על דרך של הצעה לסדר לכינונה של הלכה ברורה ומפורשת.

התחבטות כאמור אינה נחלתם רק של בתי הדין לעבודה בישראל. פסקי הדין המעטים העוסקים בנושא במפורש במדינות אחרות מציגים מחלוקת קשה, ולעתים כמעט שוות כוחות, בין דעת מיעוט לדעת רוב.¹² לכן נראה שגם במישור ההשוואתי יש חשיבות לניסוח המודלים השונים הרווחים בתחום לשרטוט קווי מתאר לפתרון הדילמה התאורטית והמעשית.

המאמר כולל ארבעה פרקים: בפרק הראשון יסקרו בקצרה ההליכים הדיוניים העומדים על הפרק; בפרק השני תיסקר בקצרה ההיסטוריה של מערכת היחסים בין הליכים, לרבות סעיף 10(3) לתוספת השנייה ומגמות עובר לחקיקתו; בפרק השלישי ייבחנו בהרחבה ובאור ביקורתי שלושת המודלים לפרשנותו של סעיף 10(3); בפרק הרביעי תובא הצעה לשילובם של המודל השני והשלישי, ותידון הדרך הפרקטית ליישום שילוב כאמור.

א. ההליכים מושא הדיון – מאפיינים, מהות ותכלית

עקרון יסוד המאפיין שיטות משפט שונות הוא כי כל אדם הוא המוכשר ביותר לייצג את ענייניו שלו בפני בית המשפט. אף שיש המייחסים עיקרון זה לתפיסה האדוורסרית של המשפט,¹³ תחולתו של העיקרון רחבה אף יותר והיא מוצאת ביטוייה בין היתר באמנה האירופית לזכויות אדם.¹⁴ על פי עיקרון זה מוחלים כללים שבסדרי הדין ואף עקרונות של ניהול משפט או אתיקה שיפוטית. אולם קיימים גם חריגים לעיקרון יסודי זה,¹⁵ אם משום אי-כשרותו או אי-יכולתו של היחיד לייצג את ענייניו ואם בסיטואציות של הליכי ייצוג קבוצתיים, כגון התובענה הייצוגית, התביעה על ידי ארגון והתביעה הנגזרת. האפשרות לקבוע חובות וזכויות לכלל הקבוצה, העומדת ביסודם של הליכים אלה, היא מקור עצמתם מחד ויסוד הסיכון או הקושי שבהם מאידך.

בהמשך יעסוק המאמר בשניים מהליכי ייצוג קבוצתיים אלה תוך בחינת היחס, ההבדל והניגוד ביניהם או ההשלמה שלהם זה את זה.

12 להתייחסות למישור ההשוואתי ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 60–63.
13 גיל לוטן ואיל רו תובענות ייצוגיות 27 (1996). היריבים להליך האדוורסרי מיוצגים ככלל על ידי באי כוח המשמשים להם לפה, אך בכך אין כדי חריגה מעקרון הייצוג העצמי.
14 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended by protocol No. 11) (Rome, 4. XI. 1950).
15 לוטן ורוז, לעיל ה"ש 13, בעמ' 28.

1. תובענות ייצוגיות

תובענה ייצוגית¹⁶ היא הליך שבו יחיד, או מספר מצומצם של חברים בקבוצה גדולה של אנשים אשר לכולם עילה או עילות תביעה המעלות שאלות משותפות הדורשות הכרעה שיפוטית, משמשים צד להתדיינות משפטית, ותוצאת ההליך היא מעשה בית דין לכל חברי הקבוצה.¹⁷

שורשיה של התובענה הייצוגית בדיני היושר האנגליים מהמאה השבע-עשרה,¹⁸ ועם הזמן התפתח מנגנון זה בארצות הברית במסגרת כלל היושר הפדרלי ולאחר מכן כתקנה 23 לתקנות סדר הדין הפדרלי.¹⁹ בישראל אפשר להצביע על ראשית דיני התובענות הייצוגיות בהלכת פרנקישה,²⁰ אז הוכרה האפשרות להשתמש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנה 29)²¹ לשם הגשת תביעה ייצוגית בשם של מספר רב של מעוניינים.²² משנת 1988 ואילך הוסיף המחוקק הישראלי הסדרים סטטוטוריים מגוונים,

16 באנגליה המונח הרווח הוא representative action, ואילו בארצות הברית רווחים המונחים class action או class suit. גם בעברית רווחו תחילה כמה מונחים זה לצד זה, אולם כיום מקובל המונח "תובענה ייצוגית" ובו אשתמש.

17 ראו והשוו: סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (1979) (להלן: גולדשטיין: תביעת-ייצוג-קבוצתית); סטיבן גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 412 (1981) (להלן: גולדשטיין: עוד בעניין תביעת-ייצוג קבוצתית).

18 גולדשטיין: עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית, שם, בעמ' 420.

19 לוטן ורוז, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67-72. התקנה שונה בהרבה ב-1966, ראו גולדשטיין: תביעת-ייצוג-קבוצתית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 417-418. לסקירה השוואתית חשובה של הדין החל בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות במדינות שבהן שוררת שיטת המשפט האנגלית-אמריקאית ראו RACHAEL P. MULHERON, THE CLASS ACTION IN COMMON LAW LEGAL SYSTEMS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (2004). בעמ' 5 מציינת המחברת עוד מדינות שאין חלה בהן שיטת המשפט האנגלית-אמריקאית, ואשר יש בהן שימוש בהליך של תובענות ייצוגיות. לסקירת הנעשה באוסטרליה ראו Bernard Murphy & Camille Cameron, *Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia*, MALBOURNE U. L. REV. 14 (2006).

20 ע"א 69/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (1969) (להלן: הלכת פרנקישה). לעמדה מצמצמת יותר מתקופה זו ראו המ' (מחוזי י-ם) 1021/68 אלקלעי נ' מדינת ישראל, פ"מ ס"ו 89 (1969).

21 שהיא עצמה "גלגול" של תקנה ותיקה יותר, היא תקנה 65 לתקנות הפרוצדורה האזרחית, הקיימת בספר החוקים הישראלי עוד מאז שנת 1938.

22 בתקופה שבאה בעקבות פסק דין זה התלבטו בתי המשפט בשאלת אופן החלת ההלכה ופרשנותה. ראו בעניין זה גולדשטיין: תביעת-ייצוג-קבוצתית, לעיל ה"ש 17, עמ' 434-438; רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 246-245 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת.).

בדברי חקיקה שונים, המאפשרים במפורש הגשתה של תובענה ייצוגית בתחום מסוים ומוגדר.²³ תקופה ממושכת יחסית שתק המחוקק בשאלת האפשרות להמשיך ולהגיש תובענות ייצוגיות לפי תקנה 24,29 אולם ברע"א א.ש.ת. 25 ובדנ"א א.ש.ת. 26 קבע בית המשפט העליון ברוב דעות כי הדבר אינו אפשרי. חלק משופטי המותב הדגיש כי עמדתו נשענת בין היתר על מהלכי חקיקה מתקדמים לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, שהיה אמור ליצור הסדר כולל בתחום.

חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 נחקק לבסוף ביום 1.3.2006 בשלהי הכנסת ה-16 בהליך מואץ, המעיד בין היתר על נחישותם של מוביליו. החוק מספק את הצורך בהסדר כולל ואחיד של הליך ייצוגי זה וקובע מנגנון מפורט להגשתה ולניהולה של התובענה הייצוגית בתחומים משפטיים שונים.²⁷

עוד קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות התייחסה הפסיקה למטרות אלה העומדות ביסוד ההליך: (א) הגנה על אינטרס הפרט במקרים שבהם נזקו קטן יחסית, אך נזקה של הקבוצה גדול, ובתוך כך הגנה על זכויות הפרט; (ב) הגנה על אינטרס הציבור באכיפתן של הוראות חוק על דרך של טיפוח מנגנון מרתיע שיהיה יעיל נגד הפרות שאכיפתן בדרך אחרת מוקשה, אם משום שהסנקצייה העונשית אינה יעילה או אינה מתאימה ואם משום שרשויות הפיקוח אינן מאפשרות אכיפה ברמה אופטימלית; (ג) יעילות וחיסכון במשאבים של הצדדים ושל בתי המשפט תוך צמצום התדיינות; (ד) יצירת אחריות בהחלטות בתי המשפט בעניינים דומים;²⁸ (ה) יצירת יתרון בין האזרח הקטן

- 23 שם, בעמ' 239.
- 24 לסקירה היסטורית ראו בין היתר משה טלגם "תובענה ייצוגית – יישומים בפסיקה בישראל" המשפט ז 68 (2002). כן ראו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27 (1999).
- 25 לניתוח פסק דין זה ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים: בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004) (להלן: קלמנט: מכשיר לנטרול יתרונותיו).
- 26 דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005).
- 27 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131 (2006) (להלן: קלמנט: קווים מנחים). לצורך בהסדר אחיד ראו גולדשטיין ועפרון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 34-43.
- 28 רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996) (להלן: עניין טצת). ליתרונותיו וחסרונותיו של הליך זה ראו גם ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2) 312 (1997) (להלן: עניין מגן וקשת); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276 (2001) (להלן: עניין רייכרט); גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של

לבין גופים כלכליים גדולים ורבי עצמה שצמיחתם מאפינת את החיים המודרניים; (ו) יצירת הליך של צדק קואופרטיבי-קבוצתי באופן המאפשר תוצאות חלוקתיות המשפיעות על השוק בכללותו; (ז) מניעת עשיית עושר ולא במשפט.²⁹ על תכליתיה של התובענה הייצוגית עמדו גם בתי הדין לעבודה.³⁰

עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נקבעה מטרתו של החוק בסעיף 1 לו, כדלקמן:

“מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממזה של תביעות.”³¹

עם זאת בתי המשפט עמדו לא אחת גם על הבעייתיות הגלומה בהליך זה ועל חסרונותיו במקרים מסוימים. אכן: “שימוש לא נכון [בהליך זה...] עלול לפגוע הן ביחיד הקבוצה המיוצגים והן בנתבעים ובמשק כולו... התובענה הייצוגית היא רבת עוצמה. היא עלולה

התובענה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק” משפט ועסקים ג 247 (2005); קלמנט: מכשיר לנטרול יתרונותיו, לעיל ה”ש 25, בעמ’ 390–392.

29 רע”א א.ש.ת., לעיל ה”ש 22, בעמ’ 236–237. לכתובה אמריקאית על יתרונותיו של ההליך ראו, Jenkins v. Raymark Indus. Inc., 782 F.2d 468, 473 (5th Cir. 1986); Amchem Prods., Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 617 (1997); Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815 (1999); Van Gemert v. Boeing Co., 259 F. Supp. 125 (S.D.N.Y. 1966). לכתובה אמריקאית על חסרונותיו, ראו, למשל: MICHAEL GREVE, HARM-LESS LAWSUITS? WHAT’S WRONG WITH CONSUMER CLASS ACTIONS? (2005).

30 ע”ע (ארצי) 300031/98 התעשייה האווירית לישראל בע”מ – מורג, פד”ע לה 289, 308 (2000) (להלן: עניין התעשייה האווירית); עניין אלטר, לעיל ה”ש 8, פס’ 9 לפסק הדין; ע”ע (ארצי) 339/07 אורן – בנק הפועלים בע”מ, פס’ 15 (פורסם בנבו, 18.1.2009) (להלן: עניין אורן).

31 בית המשפט העליון אמר, לאחר חקיקת החוק, כי תכליות ההסדר הסטטוטורי דומות בעיקרן לאלה שנוסחו בפסיקה (רע”א 7028/00 אי.בי. אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע”מ נ’ אלסינט בע”מ (פורסם בנבו, 14.12.2006)). לאתרים כלליים המרכזים מידע וחומר בנושא תובענות ייצוגיות, בישראל וגם בעולם, ראו גם: www.classactionlinks.com/html/index.shtml; www.gorodeisky.co.il/?CategoryID=169; www.notice.com; www.classactionlitigation.com.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

לפגוע (כמעשה בית דין) ביחיד שכלל לא ידע עליה. לעתים היא עלולה לבוא כקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים. כן יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה... תובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים מזיקות אף למשק בכללותו. כרוך בהן בזבוז משאבים. הן גוררות לעתים גידול בפרמיות הביטוח של תאגידים ושל נושאי משרה בהם.³²

2. משפט העבודה הקיבוצי

שורשיו של משפט העבודה הקיבוצי נעוצים בהתפתחויות היסטוריות שהחלו בזמן המהפכה התעשייתית,³³ כשארגוני עובדים זכו אך בהדרגה להכרה סטטוטורית וציבורית. כיום הם נחשבים שחקנים מרכזיים ביחסי העבודה, ולמעשה בכל ממשל דמוקרטי.³⁴ ככלל, המונח מתייחס למערכת הסדרים סטטוטוריים והסכמיים בין ארגון עובדים לבין מעסיק או ארגון מעסיקים, והסדרים אלה מתייחסים הן לניהול היחסים במצבים של "שקט תעשייתי" והן לעתות קונפליקט ואי-הסכמה.

כתכלית מרכזית של משפט העבודה הקיבוצי יש לקבוע את הצורך להגן על קיומו הכלכלי של העובד ועל כבודו האנושי³⁵ בסיטואציה מובנית של חוסר שוויון בין הצדדים ובדרך שיש בה כדי לאזן, לפחות במידת-מה, חוסר שוויון זה (איזון החסר הדמוקרטי (democratic deficit)).³⁶ נוסף על תכלית זו מדגישים מלומדים כי משפט העבודה הקיבוצי

32 עניין טצת, לעיל ה"ש 28. לסכנות הגלומות בהליך ראו ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק, פ"ד נה(4) 584, 620 (2001); דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385, 406 (2003). ליתרונות וחסרונות ראו עניין מגן וקשת, לעיל ה"ש 28; עניין רייכרט, לעיל ה"ש 28; הלפטק, לעיל ה"ש 28; קלמנט: מכשיר לנטרול יתרונותיו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 390–392. להתייחסויות דומות של בית הדין הארצי לעבודה, ראו עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 478; עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 301; עניין אורן, לעיל ה"ש 30, פס' 16.

33 רות בן-ישראל דיני עבודה כרך ג 827 (2002).

34 Guy Davidov, *Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope*, 20 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 81 (2004).
G. Cella & T. Treu, *National Trade Union Movements*, in COMP. LAB. L. IN INDUS. MARKET ECONOMIES 281, 321–324, 339 (R. Blanpain & C. Engels eds., 1988); פרנסס רדאי וגיל-עד נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן בישראל – מבט אל המאה ה-21" משפטים לד 39, 42–43 (2004).

35 בן-ישראל, לעיל ה"ש 33, כרך א, בעמ' 33, 45–46.

36 בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ארגון עמית, פ"ד נא(2) 63, 154 (1997) (להלן: בג"ץ עמית). ראו גם ע"א 573/68 שביט נ' חנן, פ"ד כג(1) 516, 523–524

הוא כלי להשמעת קולם של העובדים ולהגדלת השתתפותם, ולו במידת-מה, בניהולו של המפעל; ליתר שוויון בין העובדים עצמם, שכן מדיניות הקצאת השכר במפעלים מאורגנים היא על פי מפתח אובייקטיבי; ליתר יעילות ופרודוקטיביות של המפעל כשהיחסים הקיבוציים מגדילים את שיתוף הפעולה מצד העובדים, מצמצמים עלויות של ניהול ומשא ומתן עם עובדים שונים ומאפשרים רציונליזציה של השקעה במשאבים ציבוריים במקום העבודה תוך חשיבה לטווח רחוק.³⁷ בין היתר מדגישים מלומדים את תפקידו של משפט העבודה הקיבוצי בשמירה מיטבית על זכויות מתחום משפט העבודה המגן.³⁸ בטרם קום המדינה וגם לאחר הקמתה היה מעמדה של העבודה המאורגנת בישראל³⁹ גבוה. בתקופה המשתרעת בין קום המדינה למחצית הראשונה של שנות התשעים התאפיין תהליך המשפט⁴⁰ בתחום זה בחקיקה שנתפרה לפי מידותיה של ההסתדרות ולא פעם בתיאום עמה.⁴¹ בראשית שנות התשעים חלה תפנית במצב דברים זה: החלה ירידה דרסטית בכוחם ובמעמדם של ארגוני העובדים בישראל,⁴² וחלו שינויים אידאולוגיים, חברתיים וכלכליים בחברה ובמשק הישראליים,⁴³ כגון מגמות ההפרטה; עליית תרבות האינדיווידואליזם; התפתחותו של משק קפיטליסטי שפערי השכר בו הם מהגבוהים בעולם.

(1969); ע"א 350/54 אילני נ' הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד י 1693, 1697 (1956); דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לג 337, 361–362 (1998) (להלן: עניין דלק); עניין ביבריינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 137; רדאי ונועם, לעיל ה"ש 34, בעמ' 41.

37 Davidov, לעיל ה"ש 34, בעמ' 82–93.

38 שם, בעמ' 92. וראו גם נאוה פינצ'וק-אלכסנדר "כיוונים להתחדשות ארגון העובדים במאה העשרים ואחת" עבודה חברה ומשפט י 51, 57–59 (2004). פינצ'וק מצביעה בעמודים אלה על תפקידיו של ארגון העובדים בהגנה על ערכים של צדק והגינות במקום העבודה; בשמירה על תנאי העבודה, במימושם ובשיפורם; בשמירה על הדמוקרטיה הכלכלית; בייעול כלכלי ועוד. בהמשך היא מצביעה גם על הצורך בהגדרה מחדש של מטרות ואמצעי פעולה לארגוני עובדים.

39 למרות המאפיינים הייחודיים לישראל בהקשר של משפט העבודה הקיבוצי יש קשר בין ההיסטוריה המקומית לבין התהליכים שהובאו לעיל הנוגעים למישור העולמי ואף השתקפות שלהם בה. ראו GUY MUNDLAK, FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION 57 (2007).

40 בן-ישראל, לעיל ה"ש 33, כרך א, בעמ' 90.

41 רדאי ונועם, לעיל ה"ש 34.

42 ס"ק (אזורי ת"א) 504/09 ארגון כוח לעובדים – מכון דוידסון לחינוך מדעי, פס' 49.1 (פורסם בנבו, 23.3.2009) (להלן: עניין כוח לעובדים); ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י 15 (2004).

43 בן-ישראל, לעיל ה"ש 33, כרך א, בעמ' 90; רדאי ונועם, לעיל ה"ש 34, בעמ' 44–45.

בספר שיצא אך לאחרונה מציין מונדלק את ריבוי הסיבות לשינויים אלה,⁴⁴ ובכתבים אחרים ניתן ביטוי לנסיגתו של משפט העבודה הקיבוצי ממעמדו כאמצעי כללי להגנה על העובדים, כשלא פעם דווקא קבוצות עובדים מוחלשות, המועסקות בצורות העסקה שגרתיות פחות, אינן מקבלות הגנה מספקת באמצעות מנגנוני משפט העבודה הקיבוצי.⁴⁵ את נקודת המפנה הזאת יש התולים בחקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי), אולם אפשר לראות בחוק זה עצמו ביטוי וסימפטום למגמה זו (ולא רק גורם לה).

תמורות אלה מחייבות מחשבה מחודשת על משמעותן והשלכותיהן. האם השינוי מחייב לפעול לביצורו מחדש של משפט העבודה הקיבוצי בישראל, לרבות על דרך של בניית כוחן של התארגנויות חדשות? או שמא חלף זאת להעדיף את חיזוקם של מנגנונים חלופיים? יש המציינים בהקשר זה כי "המנגנונים שהותאמו להבטחת העובד בעבר אינם מותאמים עוד למציאות העכשוויות", כי יש חשיבות לכניסתם של "שחקנים חדשים" למערכת יחסי העבודה, כי יש לשלב "אסטרטגיות אכיפה עצמית" לצד יחסי עבודה קיבוציים, תקנים וארגונים חברתיים, וכי לשם כך יש להישען בין היתר על עקרונות השותפות החברתית שפותחו בישראל בעבר.⁴⁶ אחרים, בהכירם באותה תשתית עובדתית האמורה לעיל, מדגישים דווקא את הצורך בחיזוקה של העבודה המאורגנת, בין היתר על דרך של פרשנות המאפשרת להתמודד עם מכשולים המוערמים בפני זכות ההתארגנות ונגזרותיה ואף על דרך של הצמחת התארגנות חדשה, "מלמטה" ומחדש.⁴⁷ בין היתר מודגש על ידי סבירסקי לדוגמה כי הבניה מחדש צריכה להיות של התארגנות עובדים, ולא של מנגנונים אחרים כגון

44 MUNDLAK, לעיל ה"ש 39, בעמ' 56. לתמורות אלה וליחסו של בית הדין הארצי אליהן ראו גם, בהקשר של חירות השביתה: ס"ק (ארצי) 21/07 האוניברסיטה העברית בירושלים – ארגון הסגל האקדמי הבכיר של האוניברסיטה העברית, פס' 7 (פורסם בנבו, 14.1.2008) (להלן: עניין האוניברסיטה העברית); עס"ק (ארצי) 23/07 חברת החשמל לישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה, פס' 12 (פורסם בנבו, 10.10.2007) (להלן: עניין חברת החשמל).

45 עניין חברת החשמל, שם; עניין האוניברסיטה העברית, לעיל ה"ש 44, פס' 7; גרונאו ראובן וגיא מונדלק "עובדים בשכר נמוך במגזר הפרטי" יחסי עבודה בעידן של תמורות 97–98 (נייר עמדה לקראת הכנס הכלכלי השנתי של המכון הישראלי לדמוקרטיה 2004) (להלן: יחסי עבודה בעידן של תמורות); איתי סבירסקי "לא על המשפט לבדו, לא על ההסתדרות לבדה: קידום התארגנות עובדים ככלי יעיל לאכיפה עצמית של זכויות ולהעצמה חברתית" מעשי משפט ב' 87, 87, 89 (2009).

46 יחסי עבודה בעידן של תמורות, לעיל ה"ש 45, בעמ' 79, 92, 95, 97; רדאי ונועם, לעיל ה"ש 34, בעמ' 39–40.

47 עניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42, פס' 49.2–52; סבירסקי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 88–90.

ליטיגציה פרטנית או קידום חקיקה, קרי הבעייתיות העכשווית לדידו אינה נוגעת לכלי של התארגנות עובדים עצמו, שהוא הכלי הנכון, לצורה שלבשה ההתארגנות בישראל.⁴⁸

3. על ההשקה שבין המנגנונים ועל ההבדלים שביניהם

כאמור לעיל, התובענות הייצוגיות ומשפט העבודה הקיבוצי דומים ביחסם המיוחד לעקרון הייצוגי, שהוא עקרון-על במשפט האנגלי-אמריקאי. אלא שבין מנגנונים אלה קיימים גם הבדלים חשובים:

משפט העבודה הקיבוצי מאפשר בעיקרו של דבר התארגנות של קבע שאינה מתאימה אך ורק לעתות קונפליקט;⁴⁹ יצירת הליך של משא ומתן מתמשך שחלק הארי שלו אינו מתקיים בין כותלי בית המשפט אלא בין הצדדים, ולא פעם ללא תיווכה של ערכאה שיפוטית כלל; נציגות הנבחרת על ידי העובדים באורח דמוקרטי, הנחשב חלק אינטגרלי מעצם הלגיטימיות של הנציגות;⁵⁰ פעולה עצמית ועצמאית,⁵¹ שאינה נשענת בהכרח על התערבות של גורמים מקצועיים-משפטיים; מבט רחב על כלל יחסי העבודה (לאו דווקא בעתות קונפליקט) תוך יצירת מנגנונים מתמשכים לפתרון בעיות בין הצדדים; התייחסות לכלל העובדים במפעל ושאיפה לייצוג מכלול של אינטרסים (בשונה מנציגות של קבוצה חלקית, אף כי ייתכנו יחידות מיקוח באותו מקום עבודה);⁵² הליכים מעין-בג"ציים

48 שם, בעמ' 94-95.

49 מאפיין זה גלום בין היתר כתביעה ל"קיום של קבע" בכל הנוגע להגדרתו של ארגון עובדים ככזה. ראו למשל: עניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42, פס' 9-12.

50 לחשיבותו של מאפיין זה ראו עב' (ארצי) 9/07 ארגון גננות חרדיות – הסתדרות המורים של אגודת ישראל, פס' 19-21 לפסק דינו של הנשיא (פורסם בנבו, 15.9.2008) (להלן: עניין גננות חרדיות).

51 מאפיין זה גלום בין היתר ב"תנאי העצמאות" בכל הנוגע להגדרתו של ארגון עובדים. ראו למשל עב' (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 277 (2004) (להלן: עניין עמותת עובדי נותב). כן ניתן לו ביטוי בקביעה כי אי אפשר לראות ב"ארגון מטעם" ארגון עובדים. ראו עניין גננות חרדיות, לעיל ה"ש 50, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא. כן ראו הדיון ב"אכיפה עצמית" במאמרו של סבירסקי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 99.

52 דב"ע (ארצי) לד/66-3 סוקירנסקי – הסתדרות מדיציניית הדסה, פד"ע ו 70, 80 (1974) (להלן: עניין סוקירנסקי); עב' (אזורי חי') 3270/01 ועד המהנדסים בחב' חשמל – מרחב צפון – חברת החשמל בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2003) (להלן: עניין ועד המהנדסים); עניין ביברינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 138.

המתקיימים לאחרונה כשהמחלוקת ברובה אינה עם המעביד אלא עם המדינה כמובילה שינוי מדיניות או חקיקה שיש בהם כדי להשפיע על תנאי ההעסקה וזכויות עובדים.⁵³ לעומתו, מנגנון התובענה הייצוגית נעדר בארץ בדרך כלל מאפיינים מעין-בג"ציים כאמור, והאפשרות לעתור נגד המדינה באמצעות כלי זה הוגבלה בפסיקה⁵⁴ ובחוק;⁵⁵ הוא מתאפיין כהתארגנות אד הוק למקרה מסוים, ובארץ לא פעם בהקשרים צרכניים;⁵⁶ ללא יצירת פרוצדורה למשא ומתן מתמשך, החורג מעתות המשבר והקונפליקט ומתאים ליחסים מתמשכים; ללא נציגות הנבחרת באורח דמוקרטי אלא בפעילות של בודדים (שלעתים התמקצעו משפטית) ואשר התאמתם לייצוג נתונה לפיקוחו של בית המשפט;⁵⁷ תוך אפשרות לטיפול קונקרטי נקודתי שהוא לעתים אופטימלי לאותו עניין; קבוצת ההתייחסות הרלוונטית היחידה היא קבוצת המיוצגים והנתבע או הנתבעים, כשהתחשבות בשיקולים רחבים, כלליים או ציבוריים נעשית רק במקרים מוגדרים כגון תביעות נגד המדינה או רשות מרשויותיה;⁵⁸ תוך פיקוח וליזוי צמוד של בית המשפט בכל שלבי ההתדיינות: התאמת התובע המייצג ובא כוחו, התאמת העניין ונסיבותיו, בחינת קיומן של שאלות משותפות, הגדרת הקבוצה, אישור בשינויים, פיקוח על אפשרות הסתלקותו של תובע מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, לרבות פיקוח צמוד על תוכן של פשרות, ככל שמתגבשות כאלה.⁵⁹

המחלוקת הכללית לעניין פיתוחה או פיתוחה מחדש של העבודה המאורגנת אל מול פיתוחם של כלים חלופיים במשפט העבודה, וההבדלים הנסקרים לעיל בין משפט העבודה

- 53 ראו לדוגמה עס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל, משרד התחבורה (פורסם בנבו, 3.3.2005); עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 44, פס' 12–20; עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות, הועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103, 130 (2000).
- 54 ראו רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 22, בעמ' 277–278.
- 55 ס' 8(ב)(1), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 56 בארצות הברית שימש כלי זה גם בתביעות נגד הרשות הנוגעות לזכויות האזרח בהקשרים מעין-בג"ציים (כגון בעניין בראון) ראו גולדשטיין: תביעת-ייצוג-קבוצתית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 419. בארץ השימוש בתובענה הייצוגית במקרים כאלה דרוש פחות וגם בפועל לא פותח משום קיומו של בית הדין הגבוה לצדק, על הפרוצדורה המיוחדת לו והשימוש בו בהקשרים אלה. על השימוש בארץ בתובענה הייצוגית ככלי בהקשר הצרכני ראו למשל סטיבן גולדשטיין ואורה שמליץ פיתוח שיטת תביעות-ייצוג קבוצתיות כמגן לצרכנים (דוח שהוגש למועצה הישראלית לצרכנות, 1978).
- 57 ס' 8(א)(3)–(4) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 58 שם, ס' 8(ב).
- 59 שם, ס' 8, 10, 13, 16, 18 ו-19.

הקיבוצי לבין התובענה הייצוגית מעוררים את השאלות האלה: האם התובענה הייצוגית היא כלי שהשימוש בו במשפט העבודה פוגע בכוחה של העבודה המאורגנת ומחלישה? ואם כן, האם יש מקום לאפשר את השימוש בכלי דיוני זה חרף הפגיעה האמורה משום תרומתה הנטענת להגברת האכיפה? או שמא מצב הדברים דהיום מחייב דווקא צמצום השימוש בתובענות ייצוגיות מתוך הנחה שהוא מחליש עוד יותר את העבודה המאורגנת, הנודעת בחשיבותה הרבה במשפט העבודה.

ב. תובענות ייצוגיות במשפט העבודה

האמור בפרק הראשון משמש רקע להמשך הדיון בשאלת היחס הראוי בין התובענה הייצוגית לבין משפט העבודה הקיבוצי: האם המנגנון של תובענות ייצוגיות מאיים על משפט העבודה הקיבוצי? האם יש בו כדי להחליש את העובדים, או שמא להפך – דווקא לחזקם וליתן בידם כלי חשוב לנוכח נסיגת כוחו של משפט העבודה הקיבוצי? כדי לבחון שאלות אלה נפנה בפרק זה לסקירת היחס לכלי התובענות הייצוגיות במסגרת משפט העבודה בישראל ולהתפתחויות שחלו בנושא זה עם השנים.

כהערה מקדמית יצוין כי סוגיית היחס בין התובענה הייצוגית לבין משפט העבודה הקיבוצי לא נדונה הרבה מעבר לים, אם משום שלא בכל מדינה רווח הכלי של תובענה ייצוגית,⁶⁰ אם משום שבמקום שבו פותח כלי זה פיתוח מרבי – כנראה ארצות הברית – אי אפשר בדרך כלל להגיש תביעה אישית במקומות מאורגנים, ואילו העילה האישית משמשת בסיס הכרחי לעצם אפשרות אישורה של תובענה ייצוגית, אם משום שארגוני העובדים התפתחו יותר דווקא באותן מדינות שבהן לא רווח הכלי של תובענה ייצוגית, ואם משום צירופן של סיבות אלה.⁶¹ כך או כך, ראוי לציין כבר עתה שני פסקי דין זרים העוסקים בסוגיה זו באופן חזיתי: במקרה אחד נדונה הסוגיה בבית המשפט לערעורים בקליפורניה במסגרת בקשת עובדים להכיר בעתירתם לעניין הלנת שכר כתובענה ייצוגית. דעת הרוב קבעה כי כאשר הסכסוך בין הצדדים אינו נוגע להסכם הקיבוצי, אין חובה להעבירו לבוררות (הנדרשת על פי ההסכם הקיבוצי החל), ואפשר להתיר ניהולה של תובענה ייצוגית,

60 MULHERON, לעיל ה"ש 19.

61 לאתרים המרכזים חומר בנוגע למשפט העבודה ולתובענות ייצוגיות בעולם ראו www.classactionlinks.com/html/25_Employment_Claims.shtml; וכן אתר אמפירי, המרכז חומר מעודכן, מדי שבוע, על הנעשה בקליפורניה, שלפיו תובענות ייצוגיות מתחום משפט העבודה תופסות מקום נכבד, בשיעורים גבוהים מתוך כלל הבקשות לאישור המוגשות: classactiondefense.jmbm.com//index.html. אין באתרים אלה התייחסות לסוגיית ההשקה למשפט העבודה הקיבוצי.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

ואילו דעת המיעוט סברה כי אין להתיר את ניהולה של תובענה ייצוגית במקרה זה, שכן הדבר עלול לגרום להחלשתה של העבודה המאורגנת.⁶² במקרה השני נדונה הסוגיה בבית המשפט העליון בקנדה בעניין סכסוך באוניברסיטה בנוגע להפעלתה של תכנית פנסייה כשבאותו מקום עבודה היו קיימים הסכמים קיבוציים שונים לתכנית הפנסייה. דעת הרוב קבעה כי לבית המשפט אין סמכות לאשר את התובענה הייצוגית, בגלל מנגנון בהסכם הקיבוצי שחייב לטעמה להעביר העניין לבורר שמונה לכך בהסכם הקיבוצי. לעומתה סברה דעת המיעוט שבסיטואציה כזאת, שבה חלים במקום העבודה כמה הסכמים קיבוציים שונים, יש מקום לאשר התובענה הייצוגית.⁶³ מקרים אלה משמשים רקע לדיון שבהמשך יתייחס עיקרו לנעשה בישראל, עם הפניות השוואתיות ככל הנדרש וככל המצוי.

1. המצב עד לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות

עד לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות הוסדרה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית במשפט העבודה באמצעות תקנה 17 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשכ"ט–1969 (להלן: תקנות סדרי הדין), שהתחלפה לאחר מכן בתקנה 21 לתקנות סדרי הדין (להלן: תקנה 21), שנוסחה זהה.

תקנה 21 זהה בנוסחה לתקנה 29, שתקופה ארוכה הייתה הבסיס הנורמטיבי לאישורן של תובענות ייצוגיות בבתי המשפט הכלליים. חרף זהות זו⁶⁴ וחרף התפיסה כי במקרה זה תפורש התקנה בסדר הדין של בית הדין לעבודה תוך זיקה מרבית לפירוש הנהוג בעניין התקנה הכללית⁶⁵ התחבטו בתי הדין לעבודה באשר להחלתה של הפסיקה הכללית הנוגעת לתובענות ייצוגיות, מנימוקים שונים, כגון תכליותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי⁶⁶;

62 Kay Ward et al., v. The Superior Court of Los Angeles County, 2001 Cal. App. Unpublished (להלן: עניין Kay Ward).

63 Bisailon v. Concordia University, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19 (להלן: עניין Bisailon).

64 ראו למשל עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3; עניין ביברנינג, לעיל ה"ש 5; עב' (אזורי ת"א) 9048/00 יפה – אל על נתיבי ישראל לישראל בע"מ, פס"מ 10 (פורסם בנבו, 31.10.2005).

65 תב"ע (ארצי) מא/25-2 יבלונסקי – מיטלמן, פד"ע יב 286, 287 (1981); דב"ע (ארצי) שן/108-3 ליכט – וורמן, פד"ע כב 201, 206 (1990). ראו אמירות ברוח זו גם בנוגע לתקנה 21 עצמה: עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3; עניין ביברנינג, לעיל ה"ש 5; עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 30, פס"מ 16. וכן בבתי הדין האזוריים, למשל: ב"ל (אזורי ת"א) 3403/00 חברת טירת גוש 6195 כהנא בע"מ – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 13.11.2003) (להלן: עניין חברת טירת גוש 6195).

66 להתייחסות "חשדנית" למנגנון התובענה הייצוגית במשפט העבודה, באשר ליישומו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, שאינה נובעת משיקולים של משפט העבודה הקיבוצי, ראו בין היתר: עב' (אזורי חי') 3679/02 בר אור – שירותי בריאות כללית, קופ"ח

מאפייניו של חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח–1968 (להלן: חוק הביטוח הלאומי); מעמדו של המוסד לביטוח לאומי.⁶⁷

בנוסף, ניכרת מגמה ייחודית, הצומחת על רקע קיומו של מנגנון משפט העבודה הקיבוצי ומסתייגת מאישורן של תובענות ייצוגיות,⁶⁸ הווי אומר: אף שבעניין אלמקייס (1989) ההנמקה לאי־אישור התובענה כייצוגית אינה נוגעת למשפט העבודה הקיבוצי,⁶⁹ בפרשות מאוחרות ממנו מועבר מוקד הטענות לעבר עצם קיומו של משפט העבודה הקיבוצי כטעם להתייחסות זהירה כלפי אישורה של תובענה ייצוגית. למשל, בעניין התעשייה האווירית נקבע כי יש לגלות איפוק בכל הנושא של תובענות ייצוגיות ולפסוק תוך הבאה בחשבון את המיוחד את משפט העבודה:⁷⁰ "הדרך המרכזית לבידור סכסוך קיבוצי הנוגע להסכם הקיבוצי היא בהליך של סכסוך קיבוצי, המתנהל בין הצדדים החתומים על ההסכם הקיבוצי."⁷¹ הלכת התעשייה האווירית מצאה ביטויה לאחר מכן בעניין חרמוני⁷² ואף בקביעות שיצאו מלפני בתי הדין האזוריים כגון בעניין זינגר.⁷³

בפסק הדין עניין ביברניג עוגנה ההלכה שכאשר מוגשת תובענה ייצוגית נגד מקום עבודה מאורגן שקיים בו ארגון עובדים הפועל לטובת העובדים, יעיל ונכון לנהל ההתדיינות בין הצדדים במסגרת סכסוך קיבוצי ולא בדרך של תובענה ייצוגית. בית הדין התייחס לחסרונותיה של התובענה הייצוגית ופסק כי יש לנהוג בזהירות רבה בכל הנוגע לאישורה, במיוחד כאשר מדובר במקום עבודה מאורגן,⁷⁴ מה גם שחזקה על ארגון העובדים שהוא פועל לטובת כלל העובדים ביחידת המיקוח⁷⁵ וכאשר קיים חשש שניהול המחלוקת בדרך

- כללית (פורסם בנבו, 26.11.2006); עב' (אזורי חי') 1062/03 עמותת פרקינסון בישראל – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 21.5.2003).
- 67 עב"ל (ארצי) 204/97 אבירם – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 7.11.2006); בר"ע (ארצי) 1529/01 יונגר – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 11.11.2001); עניין חברת טירת גוש 6195, לעיל ה"ש 65, פס' 8; בש"א (אזורי ת"א) 3886/08 יערי – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 7.7.2009).
- 68 לסקירה מעניינת בנושא זה ראו בין היתר: עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 30, פס' 16–17; עניין בן שלמה, לעיל ה"ש 4.
- 69 עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3, פס' 10.
- 70 עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 309–310.
- 71 שם, בעמ' 310.
- 72 בר"ע (ארצי) 1310/00 חרמוני – התעשייה האווירית לישראל, פד"ע לג 26 (2001).
- 73 בש"א (אזורי ת"א) 3979/00 זינגר – מדינת ישראל, משרד הבטחון (פורסם בנבו, 29.3.2001) (להלן: עניין זינגר).
- 74 עניין ביברניג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 126.
- 75 שם, בעמ' 136–137, 142.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

של תובענה ייצוגית יפגע בכוחו של ארגון העובדים.⁷⁶ עם זאת מדגיש בית הדין בעניין ביברינג כי "הכלל המונע הגשת תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן אינו כלל ברזל", וכי "ככל שבית הדין יגיע למסקנה, כי הצדק מחייב חריגה מן הכלל, כי יחסי העבודה אינם תקינים, כי ארגון העובדים פועל ממניעים פסולים וכי תובענה ייצוגית לא תפגע קשה בהתארגנות העובדים, ניתן יהיה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית אף במקום עבודה מאורגן".⁷⁷

2. ההסדר בחוק תובענות ייצוגיות

במהלך הדיונים לקראת קבלתו של חוק תובענות ייצוגיות נתנה ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט דעתה על ההסדר המתאים בכל הנוגע למשפט העבודה,⁷⁸ ובין היתר נבחנה ספציפית הדרך הראויה להסדרת היחס שבין משפט העבודה הקיבוצי לבין תובענות ייצוגיות.⁷⁹ יש המציינים כי ההסדר שנקבע משקף במידה רבה את ההלכה שיצאה מלפני בית הדין בפרשת ביברינג.⁸⁰ קביעה זו נראית לי נכונה אף כי כידוע מלאכת הפרשנות אינה מסתיימת ברצונו של המחוקק ההיסטורי,⁸¹ ובענייננו יש ליתן הדעת על הקריאות המדגישות שהחוק בא להרחיב את השימוש בתובענות ייצוגיות במשפט העבודה.⁸² סעיף החוק המסדיר את הרשות להגיש תובענה ייצוגית הוא סעיף 3, שלפיו "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק

76 שם, בעמ' 139–140. בפסק דין זה הייתה דעת מיעוט של השופט רבינוביץ, שצידד באישורה של התובענה הייצוגית מחשש שאם לא כן תתיישנה התביעות, בעמ' 143. לעומת זאת השופט פליטמן הצטרף לדעת הרוב מפי הנשיא אדלר והדגיש שיקולים נוספים לדחייתה של הבקשה לאישור כתובענה ייצוגית (בעמ' 143–144).

77 שם, בעמ' 142.

78 פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (29.4.2005); פרוטוקול מס' 5 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (2.8.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 15 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (11.1.2006); פרוטוקול מס' 660 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (7.2.2006).

79 פרוטוקול ישיבה מס' 667 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (1.3.2006). נציגות משרד המשפטים והכנסת טענו בזכות ההסדר שהתקבל, כנגד נציגת ההסתדרות, מן הטעם שיש מקומות מאורגנים שחלק מהעובדים בהם אינם מקבלים ייצוג הולם מצד ההסתדרות.

80 עניין אורן, לעיל ה"ש 30, פס' 29. וכן ראו האמור בפס' 24–25 לאותו פסק דין.

81 אהרן ברק "על השופט כפרשן" משפטים יב 248 (1982); אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425 (1997).

82 קלמנט: קווים מנחים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 133. כן ראו רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פס' 14–19 (פורסם בנבו, 1.5.2006).

מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". ההוראות הכלולות בתוספת השנייה בכל הנוגע להגשת תובענות ייצוגיות במשפט העבודה מבחינות בין חמש קטגוריות:

א. תביעה בעילה של הפליה בעבודה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (סעיף 8(1) לתוספת השנייה).⁸³

ב. תביעה בעילה של הפליה בעבודה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (סעיף 8(2) לתוספת השנייה).

ג. תביעה בעילה לפי פרק ד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (סעיף 9(1) לתוספת השנייה).

ד. תביעה בעילה אשר לבית דין אזורי לעבודה סמכות ייחודית לדון בה לפי סעיפים 24(א)(1), (א1) או (3) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק בית הדין לעבודה) (סעיף 10(1) לתוספת השנייה).⁸⁴

ה. תביעה בעילה לפי סעיפים 6 לחוק שכר מינימום או לפי סעיפים 2-3 לחוק הזכות לעבודה בישיבה או לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (סעיף 10(2) לתוספת השנייה).

מבין קטגוריות אלה נקבע הסדר המגביל הגשת תובענות ייצוגיות בשל קיומם של יחסים קיבוציים באשר לשתי הקטגוריות האחרונות בלבד (קטגוריות ד-ה דלעיל, המופיעות שתיהן בסעיף 10 לתוספת השנייה. הסייג המגביל שנקבע בסעיף 10(3) באשר לשתי קטגוריות אלה קובע כי תביעה שאפשר להגיש בעניינה תובענה ייצוגית אינה יכולה להיות "תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי", כשהסכם קיבוצי מוגדר כ"הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, או הסדר קיבוצי בכתב". הזכות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של הפליה בעבודה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בעילה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד או בעילה לפי חוק שוויון זכויות

83 לניתוח של תביעה לפי קטגוריה זו ראו בר"ע (ארצי) 210/08 פלונית – פלונית, פס' 27-36 (פורסם בנבו, 22.5.2008) (להלן: עניין פלונית).

84 בקטגוריה זו: (א) ובלבד שלא נדרש במסגרת התובענה הייצוגית סעד של פיצויי הלנת קצבה, פיצויי הלנת שכר או פיצויי הלנת פיצויי פיטורים לפי הוראות ס' 16, 17 ו-20 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; (ב) ככל שאין מדובר בתובענות שעילתן בס' 29, 31, 62 או 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968; לתובענה בין מעביד לעובדיו בקשר לסכסוך עבודה שעילתה בס' 16 או 17 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; לתובענה בין מי שיכולים להיות צדדים להסכמים קיבוציים; לתובענה בין עובד לארגון עובדים; לתובענה שבסמכות בית הדין האזורי לעבודה מכוח חוק הביטוח הלאומי. תובענות כאמור, הכלולות בגדר סמכותו של בית הדין האזורי לעבודה מכוח ס' 24 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, אינן ניתנות כלל לטיפול במסגרת המנגנון של תובענה ייצוגית.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

לאנשים עם מוגבלות, לא הוגבלה כלל גם כשמדובר במפעל מאורגן ובעובד שחל עליו הסכם קיבוצי. נראה כי החרגתן של שלוש הקטגוריות הראשונות דלעיל מגדר ההגבלה הזאת נבעה משיקולי מדיניות הנוגעים לחשיבותן וייחודן של זכויות אלה, שעניינן – מטבע הדברים – הוא הגנות מיוחדות שהוענקו בחוק לקבוצות מוחלשות. בהמשך אתמקד בהגבלה בסעיף 10(3) דלעיל, המגלמת את ההסדר הסטטוטורי כיום, המסדיר את היחס שבין משפט העבודה הקיבוצי לבין תובענות ייצוגיות.

3. המצב לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות

המצב המשפטי לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות טרם קיבל נתיב ברור. הפסיקה בבית הדין האזוריים לעבודה ובבית הדין הארצי נעה בין כמה אפשרויות פרשניות, כשהיא אינה משרטטת מתווה ברור לדרך שבה יש לילך בכל הנוגע לפרשנותו של סעיף 10(3). אף על פי שמדובר בפסק דין שניתן בבית הדין האזורי, הרי שעניין אלתר קיבל מקום של כבוד בפנתאון של סוגיה זו. באותו מקרה נדון עניינם של אחים ואחיות עובדי משרד הבריאות שביקשו שתואר ראשון שניתן להם (B.A. כללי או רב-תחומי או משולב) יוכר לצורכי קידום ושכר. בית הדין האזורי קבע כי מאחר שעילת התביעה אינה נובעת מההסכם הקיבוצי הרלוונטי, אין לדחות את הבקשה על סמך סעיף 10(3) לתוספת השנייה. מנגד, מאחר שנמצא שאין מתקיימים כל התנאים שבסעיפים 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות (ובמיוחד לא נמצא שמתקיים תנאי "השאלות המשותפות"), לא אושרה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. הלכת אלתר פרומה אומצה בחום – בכל הנוגע לדרך החלתו של סעיף 10(3) הנ"ל – על ידי המלומדים קלמנט ורבין מרגליות במאמרם "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?"⁸⁵ והיא ממשיכה להשפיע – בין היתר באמצעות צינור הייבוא של מאמר זה – על הפסיקה בתחום. בעניין גרוס הוגשה עתירה על ידי עובד משרד הביטחון, שהתאגדות עובדים אסורה בו. בית הדין האזורי דחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, והוגש ערעור. בעת הדיון בערעור נחקק חוק תובענות ייצוגיות. בבית הדין הארצי נפסק בדעת רוב (השופטים רבינוביץ ופליטמן ושני נציגי הציבור) כי דין הערעור להידחות, בעיקר בשל השוני בסעדים בין חברי הקבוצה. צוין כי אם לאחר בירור תובענה ייצוגית סוגיות רבות עדיין נותרות לבירור בענייניו של כל אחד מחברי הקבוצה, זהו טעם טוב שלא לאשר את התובענה כייצוגית,⁸⁶ וכי עילות התביעה אינן מבוססות די הצורך. על אלה הוסיף השופט פליטמן כי לדידו כשהתובענה אינה מעלה סוגיות חדשניות, עקרוניות או כאלה העומדות בבסיס משפט

85 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5.

86 עניין גרוס, לעיל ה"ש 5.

העבודה, קיים טעם נוסף לדחיית הערעור.⁸⁷ עמדת המיעוט של השופטת ברק הייתה שונה כשהציגה שתי דרכים שונות למעשה להתמודדות עם הסייג בסעיף 10(3) והדגישה את חשיבות אישורן של תובענות ייצוגיות במקומות עבודה שהתארגנות אסורה בהם.⁸⁸ יצוין כי עמדתה של השופטת ברק בעניין הקונקרטי הייתה עמדת מיעוט, אולם עמדתה לעניין הפרשנות המצמצמת שיש ליתן לסעיף 10(3) התקבלה גם על דעת השופט רבינוביץ ונציגת הציבור ביטי, ולפיכך הייתה עמדתה – בכל הנוגע לנושא זה – עמדת רוב.

עוד קודם לפסק הדין בעניין גרוס הייתה מבוכה מסוימת בעניין פרשנותו של סעיף 10(3), אולם הפיצול בפסק דין זה מוסיף למבוכה:

- כשחלק מההנמקות המובאות במסגרת פסק הדין מתייחסות למצב שקדם לחוק וחלקן לחוק אף שברור הוא שפסק הדין ניתן לאחר חקיקת החוק ופסק הדין מכריע במפורש שהחוק חל;
- כשדעת הרוב בעניין הקונקרטי (ארבעה שופטים נגד דעת מיעוט של השופטת ברק) – שאין לאשר באותו עניין כתובענה ייצוגית – אינה חופפת את דעת הרוב בסוגיה הכללית (שלושה שופטים נגד דעת מיעוט של השופט פליטמן ונציג המעבידים), שלפיה ככלל אין לנקוט גישה מצמצמת בנוגע לתובענות ייצוגיות במשפט העבודה;
- כשבמסגרת עמדתה של השופטת ברק "חבויות" למעשה שתי עמדות או שני מודלים שונים לפרשנות מרחיבה מבלי שהשופטת מסבירה כיצד שני מודלים אלה מתיישבים זה עם זה (וכאשר על פני הדברים הם אינם מתיישבים);
- כשדעת הרוב (בעניין הקונקרטי) של השופט פליטמן, שהיא דעת מיעוט (בהקשר הכללי), כוללת עמדה שאינה ממהרת להתיישב עם הפסיקה הענפה בתחום של תובענות ייצוגיות ועם לשון החוק.

פיצול זה ועמו המבוכה שהייתה קיימת כאמור עוד קודם לכן לא הקלו את מלאכת הפרשנות הניצבת בפני בתי הדין לעבודה.

גם פסקי דין שבאו לאחר פסק הדין בעניין גרוס אינם "מתכנסים" לכדי הלכה ברורה ומפורשת. בעניין כץ⁸⁹ קבע בית הדין הארצי (מפי השופטת וירט-ליבנה ובהסכמת הנשיא אדלר וסגנית הנשיא ברק-אוסוסקין) כי דין הערעור להידחות מטעמים שונים, שחלקם נוגעים לפרשנותו הכללית של חוק תובענות ייצוגיות, חלקם לפסיקה שקדמה לחוק או

87 ש.ם.

88 ש.ם.

89 ע"ע (ארצי) 1537/04 כץ – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 9.1.2007) (להלן: עניין כץ).

להסדר ההתיישנות בחוק,⁹⁰ וחלקם – ישירות לסייג בסעיף 10(3). כל זאת בלי להכריע בעניין הפרשנות הראויה לסעיף 10(3) ובלי להכריע אפוא בין הקולות השונים שנשמעו קודם לכן בעניין גרוס. שימוש בריבוי טעמים לדחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית מאפיין גם את עניין אורן,⁹¹ תוך התייחסות לטיבן של עילות התביעה, לסוג הסעד ולגובה התביעות הכספיות (בעניין זה ההסתמכות היא על עניין כץ),⁹² למידת האפשרות לסיים את הסכסוכים הפרטניים במסגרת התובענה הייצוגית,⁹³ להיותו של ה"מפעל" מקום עבודה מאורגן⁹⁴ ועוד. בעניין פרשנותו של סעיף 10(3), אף שפרשנויות שונות מוזכרות במסגרת פסק הדין נמנע פסק הדין מהכרעה ביניהן מהטעם שהדבר אינו דרוש באותו מקרה.⁹⁵ לבד משלושה פסקי דין אלה שניתנו בבית הדין הארצי רוב פסקי הדין שנכתבו בעניין הם אזוריים.⁹⁶ בעניין שמואלוביץ⁹⁷ התייחס בית הדין האזורי לעניין גרוס וקבע כי נראה שניהול התביעה בדרך של תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה להכרעה במחלוקת;⁹⁸ בעניין וירון⁹⁹ נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית תוך אימוץ עמדת השופט פליטמן בפרשת גרוס; בעניין סבצ'קוב (2007)¹⁰⁰ קיבל בית הדין האזורי את הבקשה לאישור התובענה כיייצוגית ופסק כי מתקיימים שני השיקולים המרכזיים והמנחים לאישור תובענה ייצוגית: האחד הגנה על אינטרס הפרט במקרה הקונקרטי, והשני הגנה על אינטרס הציבור באכיפת

- 90 לנושא ההתיישנות בחוק תובענות ייצוגיות ראו גם ע"ע (ארצי) 559/05 ברמן – אורט ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2007).
- 91 ההחלטה בבית הדין האזורי שקדמה לפסק דין זה היא בש"א (אזורי ת"א) 7528/04 אורן – בנק הפועלים (פורסם בנבו, 23.4.2007).
- 92 עניין אורן, לעיל ה"ש 30, פס' 20.
- 93 שם, פס' 22.
- 94 שם, פס' 23–30.
- 95 שם, פס' 29–30.
- 96 בפסק הדין ע"ע (ארצי) 238/07 שמואלוביץ – קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 19.4.2009) (להלן: עניין שמואלוביץ בארצי) אושר הסכם פשרה בין הצדדים ללא הידרשות לסוגיה נושא עבודה זו. טיבה של הפשרה יידון בפרק השלישי של המאמר, במסגרת הדיון על המודלים המוצג שם.
- 97 בש"א (אזורי ת"א) 8436/06 שמואלוביץ – קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 11.3.2007) (להלן: עניין שמואלוביץ באזורי).
- 98 שם, פס' 25. ההתלבטות בעניין החלת הלכה זו מופיעה קודם לכן ובעיקר בפס' 17, 21. בפס' 26 מוזכר שיקול נוסף הנוגע לתחום תום הלב והנגזר באותו עניין ממועד הגשת התובענה.
- 99 בש"א (ת"א) 10239/06 וירון – תבל אבטחה ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 21.10.2007) (להלן: עניין וירון).
- 100 עב' (אזורי חי') 750/05 סבצ'קוב – בטחון לאומי בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2007).

הוראות החוק או צו ההרחבה. בהליך נוסף באותו עניין¹⁰¹ הוזכרה עמדתה של השופטת ברק בעניין גרוס. בעניין גלובוס גרופ¹⁰² נדחתה בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מן הטעם שעל פי פסיקת בית המשפט העליון¹⁰³ שאלת קיומה של עילת תביעה נבחנת ממילא במסגרת התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית, ולפיכך אין מקום לדון בנפרד בנושא במסגרת בקשה לסילוק התובענה על הסף.¹⁰⁴ בעניין חבושה (2006, 2008)¹⁰⁵ ניתנו החלטות במועדים שונים ועניינן הליכי משנה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כשבאחת מהן מוזכרת עמדת השופטת ברק בעניין גרוס.¹⁰⁶ בעניין קונסטנטינובסקי¹⁰⁷ נוהלו הליכי ביניים לבירור השאלה שבעובדה לעניין חברותה של המשיבה בארגון מעסיקים. בעניין פופיק¹⁰⁸ נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית מטעמים שונים, שאינם נוגעים לסעיף 10(3). בעניין פרטוש¹⁰⁹ נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית משום שלא הייתה למבקש עילה אישית ותוך התייחסות לסעיף 10(3) לתוספת השנייה שהוחלל בנסיבות אותו עניין. ועוד.

פסק הדין בעניין בן שלמה, שבו מובעת עמדה ברורה ומפורטת בנושא, בתיק שעניינו זכויות של עובדת בחברת שמירה, הוא עדכני יחסית. בית הדין קבע שסעיף 10(3) מבטא את העדפת המחוקק לניהול הליכים בתחום דיני העבודה על דרך של סכסוכים קיבוציים, שכן חזקה על ארגון העובדים שהוא מנהל את ההליך הקיבוצי כאשר טובת כלל העובדים לנגד עיניו.¹¹⁰ בית הדין האזורי קבע עוד שלעניין פרשנותו של סעיף 10(3) יש להבחין בין מקרה שעילת התביעה היא מכוח הסכם קיבוצי (שאז יחול הסייג) לבין מקרה שבו עילת התביעה היא מכוח צו הרחבה או מכוח חוקי המגן (שאז הסייג אינו חל), בהפנותו – בעניין זה – לפרשנותם של קלמנט ורביץ מרגליות.¹¹¹ באופן קונקרטי נקבע שהמשיבה לא הרימה את

- 101 בש"א (אזורי חי') 196/08 חברת השמירה ביטחון לאומי (1992) ע.נ. בע"מ – סבצ'קוב (פורסם בנבו, 24.7.2008) (להלן: עניין סבצ'קוב 2).
- 102 עב' (אזורי ת"א) 7017/07 גלובוס גרופ בע"מ – שרון (פורסם בנבו, 13.1.2008) (להלן: עניין שרון).
- 103 עניין רייכרט, לעיל ה"ש 28.
- 104 בקשת רשות ערעור על החלטה זו (עניין שרון, לעיל ה"ש 102) נדחתה מטעמים דומים.
- 105 עב' (אזורי ת"א) 4524/06 חבושה – יבטח אבטחה ושמירה בע"מ (פורסם בנבו, החלטות שניתנו ב-24.12.2006, 4.2.2008, 17.7.2008) (להלן: עניין חבושה).
- 106 שם, החלטה מיום 4.2.2008, פס' 8.
- 107 עב' (אזורי חי') 751/07 קונסטנטינובסקי – גשש ז.א. בע"מ (פורסם בנבו, 4.3.2008) (להלן: עניין קונסטנטינובסקי).
- 108 בש"א (אזורי ת"א) 2874/04 פופיק – מבטחים (פורסם בנבו, 16.3.2008).
- 109 בש"א (אזורי חי') 362/08 פרטוש – עיריית טירת הכרמל (פורסם בנבו, 7.4.2008).
- 110 עניין בן שלמה, לעיל ה"ש 4, פס' 33.
- 111 שם, פס' 46.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

הנטל בדבר תחולת הסכם קיבוצי על יחסי העבודה בין הצדדים, ולפיכך אושרה חלקית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.¹¹² אכן, דווקא בעניין רגיש זה, שהאחידות יפה לו, טרם גובשה הלכה אחידה. בהמשך יוצגו שלושה מודלים אפשריים לפרשנות סעיף 10(3) תוך קריאה ביקורתית שלהם וניסיון להצביע על המודל הרצוי ליישום.

ג. מודלים עכשוויים לנקודת ההשקה שבין שני סוגי ההליכים

כפי שציינתי לעיל, פסיקת בתי הדין לעבודה מתאפיינת בהתלבטות ארוכת שנים באשר למידת הצורך והכדאיות הנורמטיבית (רצוי וראוי) באישורן של תובענות כייצוגיות. ולא בכדי. התלבטות זו מאפיינת, ואפיינה, גם את בתי המשפט הכלליים, והיא כרוכה בין היתר בעצמתן, יתרונותיו וחסרונותיו של כלי דיוני זה. בבתי הדין לעבודה קיבלה התלבטות זו מאפיינים מיוחדים בהתייחס בין היתר למאפייניה הייחודיים של המטריה ולתפקידיו ומעמדו של משפט העבודה הקיבוצי. שלושה הם המודלים שאפשר לחלץ מקריאה פרשנית של פסיקת בתי הדין לעבודה בתחום:

1. מודל ראשון: חשדנות זהירה

המודל הראשון עולה באופן הבהיר ביותר בעניין גרוס, אך למעשה הוא בעל תחולה רחבה יותר. הוא מתאפיין בהתייחסות זהירה ביותר כלפי הליך התובענה הייצוגית ובנטייה לדחות בקשות לאישור ניהול תובענה כייצוגית תוך שימוש במגוון רחב של קביעות וטיעונים שאינם נוגעים לסוגיית הקשר למשפט העבודה הקיבוצי.

בעניין אלמקייס, הנשען על כמה אסמכתאות עדכניות לזמנו, בוחר בית הדין הארצי לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מטעמים שונים. בית הדין מדגיש כי דחייה כאמור אינה באה בשל היחס למשפט העבודה הקיבוצי.¹¹³ חרף זאת בהישענו על הפסיקה ועל הספרות הרלוונטיות לאותה עת מציין בית הדין כי יש לדחות את הבקשה בשל גישה מצמצמת החלה בבתי המשפט הכלליים (על פי הלכת פרנקישה), ושאותה יש להחיל גם בבתי הדין לעבודה, ובשל הרצון למנוע את סרבול הדין ויצירת מעשה בית דין כלפי

112 לפסיקה עדכנית נוספת ראו בש"א (אזורי ת"א) 3139/09 רומן – מרחב אבטחה שמירה ניקיון ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 16.8.2009); עניין חבושה, לעיל ה"ש 105 (החלטה מיום 15.7.2009); לבקשות לאישור תובענות ייצוגיות במשפט העבודה שהוגשו, אך טרם התקבלה בהם הכרעה, ראו בין היתר האתר: www.gorodeisky.co.il/?CategoryID=207.

113 עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3, פס' 7.

עובדים שאינם מעוניינים בכך, ובעיקר משום שהמשיבה הצהירה כי תנהג כלפי כל עובדיה כפי שייפסק באתו עניין.¹¹⁴ אכן, הקביעות שהובאו באתו עניין היו נכונות לזמנן ומעודכנות בנעשה בבתי המשפט הכלליים. אלא שהחלת גישה דומה כיום הוזה אינה מתאימה, בחרגה מהגיונו של הליך התובענה הייצוגית, מתכליתו, מההסדר הסטטוטורי התקף המגלם בתוכו את רצון המחוקק ואת כוונתו ומהלכות שהתפתחו בשיטתנו המשפטית בבתי המשפט הכלליים. מאז פסק הדין בעניין התעשייה האווירית נראה היה כי אם וככל שיש מקום לצמצום אישורן של תובענות ייצוגיות במשפט העבודה, הרי שההצדקה לכך צריכה להישען על עצם תפקידו ותפקודו של משפט העבודה הקיבוצי על כל המשתמע ממנו. שכן קיומו של משפט העבודה הקיבוצי הוא אכן טעם מסוים לשקילת הצורך בהליך ייצוגי נוסף.¹¹⁵ אלא שבכמה פסקי דין, שראש וראשון שבהם הוא עמדת חלק מהשופטים בעניין גרוס, ניכרת מגמת צמצום שאינה קשורה למשפט העבודה הקיבוצי ולמנגנון הייצוג באמצעות ארגוני עובדים. וכך אומר השופט פליטמן באתה פרשה:

”אשר לדעתי, הנני סבור שאם לאחר בירור תובענה ייצוגית נותרות עדיין סוגיות רבות לברור בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה בשמם נוהלה התובענה הייצוגית, מהווה הדבר טעם טוב שלא לאשר את התובענה הייצוגית. זאת, גם מן הטעם שבמקרה כזה, אין לומר כי 'תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה... להכרעה במחלוקת'. על פני הדברים, הכרעה בנוגע לזכויות אבסטרקטיות בתביעות שהגיש המערער, לו תתנהלנה כתובענות ייצוגיות, תותיר עדיין סוגיות לא מבוטלות לבירור בעניינם של כל אחד מחברי הקבוצה, לפיכך אף מטעם זה אין לאשר תביעות המערער כתובענות ייצוגיות.”¹¹⁶

ועוד:

”יתרה מזאת, בחינת סיכויי התביעות להיות מוכרעות לטובת הקבוצה, אינה הבריא התיכון לדעתי, כי אין ליתן בידי המערער האישור לנהל את תביעותיו כתובענות ייצוגיות. בריח תיכון זה נמצא לי בתיבה "סוגיות

114 שם, פס' 9-10.

115 ראו בין היתר דברי מיקי קידר לעניין היחס בין הליך התובענה הייצוגית לבין הליכים "ייצוגיים" אחרים, לרבות סכסוכים קיבוציים (פרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (3.8.2005)).

116 עניין גרוס, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק דינו של השופט פליטמן.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

מהותיות של עובדה או משפט". בחינה לכאורית של תביעות המערער אינה מעלה כי התביעות מעוררות סוגיות מהותיות. אין המדובר בסוגיות חדשניות, עקרוניות או סוגיות העומדות בבסיס משפט העבודה. נדמה שחלק מן הטענות שבתביעות או טענות דומות להן, נדונו כבר בפני בתי הדין לעבודה בהליכים אחרים. משכך, לא מצאתי כי מבחינה מערכתית, תצמח תועלת כלשהי מאישור התביעות כתובענות ייצוגיות.¹¹⁷

עם כל הכבוד, נראה לי כי פרשנות כאמור לחוק תובענות ייצוגיות אינה מדויקת. ראשית משום שהחוק מספק מנגנון יעיל ומפורט למצבים שבהם יש שוני בין חברי הקבוצה, כגון שכל חבר מחברי הקבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר בנפרד; תשלום פיצוי כספי כולל ומתן הוראות לאופן חלוקתו היחסית בין חברי הקבוצה; קביעת פיצוי לציבור ועוד.¹¹⁸ מכאן כי עצם קיומן של סוגיות לא מבוטלות לבירור נפרד בעניינם של חברי הקבוצה אינו מכריע בהכרח את הכף נגד אישור ניהולה כתובענה ייצוגית. בנוסף, וזה הנימוק החשוב יותר, הדרישה המופיעה בדברים דלעיל – לקיומן של "סוגיות מהותיות של עובדה או משפט" כתנאי לאישורה של תובענה ייצוגית – נראית לי לא נכונה. הביטוי מופיע במקור במסגרת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות וקובע כי בית המשפט יאשר תובענה כייצוגית אם מצא כי התקיים בין היתר ש"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה...". קרי: דרישת השאלות המהותיות בהקשר של סעיף החוק הרלוונטי אינה דרישה לשאלות עקרוניות או חדשניות דווקא, אלא בניגוד לדברים דלעיל – להיותן של שאלות מהותיות משותפות לחברי הקבוצה, קרי: שהשותפות בין חברי הקבוצה לעניין הבירור המשפטי לא תהיה שולית אלא ביסוד התביעה המבוררת.¹¹⁹

אין מדובר בדרישה כי התובענה תתייחס ל"סוגיות חדשניות, עקרוניות או סוגיות העומדות בבסיס [הענף המשפטי]" אלא בדרישה לשותפות מהותית, עניינית ולא שולית

117 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט פליטמן.

118 ס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות. לחוק קדם הדיון המפורט יחסית, לרבות התייחסות השוואתית, ברע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 22, בס' 19–21 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. כן ראו, לאחרונה: עניין רייכרט, לעין ה"ש 28; בש"א (אזורי ת"א) 24655/06 פרחן – מוליטלוק בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2009). לפתרונית יצירתיים בהקשר זה ראו גם: רע"א 8959/08 קריסטל מכונות ומוצרי חשמל נ' ארתור פרנק (פורסם בנבו, 5.1.2009) (להלן: עניין קריסטל).

119 לעניין זה ראו רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 707, 717 (2005); רע"א 378/96 ויינבלט נ' בורנשטיין, פ"ד נד(3) 247, 269 (2000); עניין מגן וקשת, לעיל ה"ש 28, בעמ' 332.

בשאלות הנבחנות. ודוק: לא פעם נבחנות במסגרת הליכי תובענות ייצוגיות בבתי המשפט הכלליים שאלות שאין בהן חידוש או עניין עקרוני כלל, שהן מעשה של יום ביומו מבחינת הנושאים והעניינים המובאים לפתחו של בית המשפט,¹²⁰ ואף על פי כן נבחנות הן על שום שותפות זו בשאלות המשפטיות, המתאימה לטיבה ולטבעה של התובענה הייצוגית ככזו. נמצא כי הגישה החשדנית-משהו שאומצה בעניין אלמקייס כאימוצה של הלכת פרנקישה, התגלגלה לה ובאה עד לפסיקה החדשה, שניתנה לאחר חוק תובענות ייצוגיות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם רוחו של החוק ועם תכליתו, שביקש דווקא להרחיב את השימוש בתובענות הייצוגיות, ובין היתר בתחומי משפט העבודה.¹²¹

גישה חשדנית וזהירה זו, שניתן לה ביטוי בעבר, למשל בעניין זינגר,¹²² ובאה בדמותה של הדרישה לסוגיות חדשניות ועקרוניות הגלומה בעניין גרוס, עדיין משפיעה על פסיקת בתי הדין האזוריים. אפשר להבחין בה לאחרונה בפסקי דין אזוריים נוספים, כגון בעניין שמואלוביץ¹²³ ובעניין וירון.¹²⁴ זאת ועוד, אפשר לטעון שהיא השפיעה, ולו בעקיפין, גם על פסיקת בית הדין הארצי בעניין כץ ובעניין אורן, הנוקטים שניהם קו זהיר בכל הנוגע לאישורן של תובענות ייצוגיות תוך אימוץ התפיסה שהבדלים ניכרים בין חברי הקבוצה הם טעם מספיק לפסילת הבקשה לאישור, גם כאשר הבדלים אלה אינם בשאלות המועלות אלא בסעדים המתבקשים (דבר שיכול כאמור להיפתר באמצעות שימוש מושכל בסעיף 20 לחוק).¹²⁵

- 120 כגון לעניין איסור הטעיית צרכנים (ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי (פורסם בנבו, 6.5.2009); הטעיה ותרמית במכירות: עניין קריסטל, לעיל ה"ש 118; עילות תביעה אפשריות נגד תאגיד בנקאי: ע"א 9590/05 נוני נ' בנק לאומי לישראל (פורסם בנבו, 10.7.2007); רישום לקוחות לאתר היכרויות ברשת האינטרנט: בש"א (מחוזי ת"א) 23305/06 רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2009); ועוד. באופן כללי ראו קלמנט: קווים מנחים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 133–134.
- 121 עניין כץ, לעיל ה"ש 89, פס' 47; קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 369, 371; קלמנט: קווים מנחים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 133; פרוטוקול ישיבה מס' 15 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (11.1.2006).
- 122 עניין זינגר, לעיל ה"ש 73, פס' 6.
- 123 עניין שמואלוביץ באזורי, לעיל ה"ש 97, פס' 25.
- 124 עניין וירון, לעיל ה"ש 99 (תוך התייחסות לס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות).
- 125 ראו בעניין זה לדוגמה: עניין אורן, לעיל ה"ש 30, פס' 21–22. בעניין זה ובעניין כץ, לעיל ה"ש 89, ניתן משקל רב יחסית לגובה הסכומים הנתבעים כטעם לאי-אישורן כייצוגיות, גישה הזוכה לביקורת מסוימת במאמרו של קלמנט: מכשיר לנטרול יתרונותיו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 393–398. גישה אחרת, ונכונה יותר לטעמי בכל הנוגע לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות ודרך יישומו, באה לידי ביטוי בע"ע (ארצי) 633/08 אפרים – גל מעיתון שיווק והפצת עיתונים בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2011). פסק הדין ניתן לאחר הורדתו של המאמר לדפוס.

לדעתי, בכל הכבוד, מודל זה אינו מדויק, משום שאינו מפרש נכונה את חוק תובענות ייצוגיות החדש ותכליותיו, שלא נועד כאמור לשמש אך ורק בסוגיות חדשניות ועקרוניות. בעייתיות נוספת הגלומה לדידי במודל זה היא עצם ההתעלמות מסוגיית הקשר והקונפליקט האפשרי בין משפט העבודה הקיבוצי לבין הליך התובענה הייצוגית. סוגיה זו היא בסיסית לדעתי לעצם ניתוח מקומו של הליך התובענה הייצוגית במשפט העבודה, ולא בכדי ניתן לשאלת היחס בין שני סוגי ההליכים הייצוגיים "מקום של כבוד" בפסיקה ארוכת השנים שתוארה לעיל ובדברי המחוקק. משום החסר בטיפול בסוגיה זו מתייחסת הגישה הגלומה במודל זה בצמצום בלבד, או אינה מתייחסת כלל, לשינויים ההיסטוריים, החברתיים והכלכליים המאפיינים את ישראל בעשרים השנים האחרונות ואשר השפיעו בין היתר על משפט העבודה הקיבוצי ועל מצבה של העבודה המאורגנת. קרי: מודל זה אינו מתייחס לייחודו של משפט העבודה דווקא מבחינת קיומו של הליך ייצוגי אחר – דרך ההתארגנות במסגרת משפט העבודה הקיבוצי – שנראה כי יש להעדיף את השימוש בכליו המשפטיים והארגוניים כשהדבר ניתן; הוא גם אינו מתייחס לשאלות העדכניות העולות בנוגע ליחס שבין שני ההליכים הייצוגיים כיום.

זאת ועוד זאת: לדעתי משמץא המחוקק לומר דברו ולשלב את ההסדר לעניין משפט העבודה בחוק כללי המסדיר את הגשתן ואישורן של תובענות ייצוגיות, אין מקום לפיתוחן של הלכות ייחודיות הדוחות את השימוש בכלי דיוני זה אלא בנקודת המפגש שבין הליך התובענה הייצוגית לבין משפט העבודה הקיבוצי. כך סבר המחוקק; כך אומר החוק; כך נובע מהגיגונם של דברים. בעניינים אחרים, שאינם נוגעים לנקודת מפגש זו, ראויה צמידות רבה יותר לנעשה בבתי המשפט הכלליים.

2. מודל שני: ההבחנה בין סוגי זכויות

המודל השני התפתח כאמור מעניין אלתר וקיבל תנופה חזקה בעקבות מאמר של קלמנט ורביץ מרגליות, המצוטט כיום בהרחבה רבה בפסקי דין של בתי הדין לעבודה. וכך נאמר בעניין אלתר: "הפרשנות אותה מנסה המשיבה ליתן לסעיף 10(3) לחוק, לפיה בכל מקרה בו קיים הסכם קיבוצי, גם אם אין כל נגיעה בין עניינה של התביעה לבין אותו הסכם קיבוצי, לא ניתן יהיה לברר את הסכסוך כתובענה ייצוגית, היא פרשנות מרחיקת לכת ורחבה מדי שאין בידינו לקבלה. פרשנות כה רחבה וכללית של המדינה, לאמור בסעיף 10(3) לחוק, עשויה לשלול שלא בצדק, ובאופן גורף זכותם של קבוצות עובדים רבות, לעתור לבית הדין בתובענות ייצוגיות כנגד הפרות שונות של זכויות, בין אם המדובר בזכויות מגן ובין אם לאו ולו רק מהסיבה, שהצדדים חתמו על הסכם קיבוצי שבין אותו

הסכם קיבוצי לבין עילות תביעתם של העובדים אין כל נגיעה... לכן, אין אנו מוצאים טעם לדחות את בקשתם של המבקשים על סמך סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק.¹²⁶ הווי אומר, עצם קיומו של הסכם קיבוצי בין הצדדים ליחסי העבודה אינו כשלעצמו טעם לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. כדי לדחות את הבקשה לאישור כאמור תוך הסתמכות על סעיף 10(3) לתוספת השנייה צריך שיתקיים תנאי נוסף, המצמצם את אפשרות החלתו של הסייג בסעיף 10(3) והנוגע לסוג הזכות הנתבעת. אם הזכות נוגעת להסכם הקיבוצי ונובעת ממנו, הרי שיחול הסייג בסעיף 10(3), ואילו אם מדובר בזכות אחרת, ובעיקר בזכות ממשפט העבודה המגן, הרי שקיומם של יחסים קיבוציים ושל הסכם קיבוצי אינו טעם לדחיית הבקשה לאישור (אף שיתכנו טעמים אחרים לדחייה, כפי שאכן אירע בעניין אלתר). האמור בעניין אלתר אומץ בחום על ידי המלומדים קלמנט ורבין מרגליות במאמרם¹²⁷ כשהם מבחינים בין פרשנות רחבה לסעיף 10(3) לפרשנות צרה לו ומצדדים בפרשנות הצרה. לדבריהם, פרשנות אחרת "תעקר את מכשיר התובענה הייצוגית מתוכן" ותמנע מעובדים רבים, ללא הצדקה, לעשות בו שימוש.¹²⁸ הרעיון הגלום בעניין אלתר ובמאמר הנ"ל אומץ בפסקי דין רבים, אזוריים וארציים. הוא אומץ למשל בדעת המיעוט (של השופטת ברק) בעניין גרוס כאחד הטעמים, לדירה, לאישור התובענה כייצוגית;¹²⁹ הוא מופיע בעניין אורן אף שבית הדין אינו רואה להכריע באותו עניין כאשר להבחנה זו ואף אינו מבחין עניינית בין האמור במודל זה לבין הלכת ביברינג;¹³⁰ הוא אומץ בהרחבה ובחום על ידי בית הדין האזורי בעניין בן שלמה, שבו התייחס בית הדין למאמרם של קלמנט ורבין מרגליות והסביר מדוע במצב דברים שמדובר בו בזכות שאינה מכוח הסכם קיבוצי (אלא מכוח צו הרחבה או מכוח חוק המגן) יש לאפשר אישורה של תובענה כייצוגית אף אם בין הצדדים מתקיימים יחסים קיבוציים.¹³¹ אכן, יש במודל של אלתר פרומה (ושל קלמנט ורבין מרגליות) הרבה מן האמת, ולו כאשר למודל החשדנות הזהירה שהוצג לעיל. חשיבותו בכך שהוא "שם על השולחן", בצורה בהירה ומפורשת, את סוגיית הקשר בין משפט העבודה הקיבוצי לבין הליך התובענה הייצוגית, שהיא סוגיה מרכזית בתחום, ולדעתי אי אפשר להתעלם ממנה. כך עולה מפורשות מן הפסיקה ומן החוק החדש יחסית, ואין ברורה לדעתי גישה אחרת המתעלמת מסוגיה יסודית זו. נכון גם שיש במודל האמור התמודדות נכונה עם הבעיה הפרשנית

126 עניין אלתר, לעיל ה"ש 8, פס' 18–19.

127 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5.

128 שם, בעמ' 394.

129 עניין גרוס, לעיל ה"ש 5, עמדת השופטת ברק־אוסוסקין.

130 עניין אורן, לעיל ה"ש 30, פס' 30.

131 עניין בן שלמה, לעיל ה"ש 4, פס' 46.

הנוגעת לסעיף 10(3) לתוספת השנייה תוך אמירה – נכונה לדעתי – כי יש לפרש את הסעיף ולאייך (to qualify) את האמור בו כדי למנוע עיקורו של מכשיר התובענה הייצוגית מתוכן במשפט העבודה. בנוסף, נכון הוא שיש מקום לאמירות חדות, ברורות ומפורשות בתחום זה, בדרך שתמנע עמימות ותאפשר את פיתוחה של הלכה ברורה. מבחינה זו חוסר הסדר העכשווי בתחום הוא בעייתי, לרבות הגישות השונות (ואף הנוגדות, לעתים אפילו מפי אותה שופטת, כגון בעניין גרוס) בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. הפסיקות השונות של בית הדין הארצי לעבודה גרמו לחוסר סדר מסוים גם ביחסם של בתי הדין האזוריים למוסד זה ובדרך שבה פורש החוק. יתרון נוסף אפוא של הגישה הוא פשטותה ובהירותה, כמעין "כלל אצבע" ליישום ברור.

יתרון אחר הגלום בגישה זו נוגע לאפשרות – ולו התאורטית – להביא לאכיפה מיטבית של זכויות. למעשה, זהו היתרון העיקרי המובא בהרחבה במאמרם של קלמנט ומרגליות. לדבריהם, אף שהפרשנות המוצעת על ידיהם אינה מתיישבת עם לשון החוק במדויק ואינה מתיישבת עם חלק משיקולי המדיניות הרלוונטיים (על כך להלן), הרי שיש להעדיף את הפרשנות המוצעת על ידיהם לסעיף 10(3) לתוספת השנייה, "מטעמים של מדיניות ופרשנות תכליתית". לטענתם, הפרשנות המוצעת על ידיהם מאפשרת אכיפה מלאה של זכויות עובדים באופן המשיג הרתעה של מעסיקים מפני הפרת זכויות ופיצוי מלא של עובדים על זכויותיהם שהופרו.¹³² קלמנט ורבין מרגליות מסבירים שאכיפה מלאה של זכויות מחייבת פיצוי מלא של כל מי שנמנה עם קבוצת העובדים שכלפיה הופרה הזכות, ואילו משמעותה של אכיפה חלקית היא שמפר הזכות אינו מפצה את כל מי שזכותו הופרה בגין היקפה המלא של הזכות. ומדוע תובענה ייצוגית מתאימה לאכיפה מלאה? משום ש"תובענה ייצוגית היא מנגנון משפטי שאחת ממטרותיו היא להבטיח אכיפה מלאה במצב שבו הופרו זכויות משפטיות", ומשום ש"התובענה הייצוגית אינה יכולה להשיג אכיפה שאינה מלאה. מטבעה, התובענה הייצוגית מרכזת את כל התובעים שעומדת להם עילת תביעה משותפת, ומנוהלת בפיקוחו של בית-המשפט על-מנת לכפות על הנתבע פיצוי מלא, בהתחשב כמובן בנסיבות התביעה ובאחריות הנתבע".¹³³

בנוסף, יתרונה של גישה זו הוא באפשרה פתרון מיטבי לעניין קונקרטי. התובענה הייצוגית נותנת פתרון כללי מבחינת היקף התובעים הרלוונטי, אולם קונקרטי ומסוים לסכסוך או לבעיה. התובע המייצג ובא כוחו אינם מתמודדים, ואינם אמורים להתמודד, עם מכלול היחסים – על כל היבטיו ועל פני תקופת זמן – בין הצדדים לסכסוך אלא עם הסכסוך הקונקרטי תוך מתן מענה מיטבי, ולו לכאורה, לסכסוך זה בנקודת זמן מסוימת. אכן, גם על

132 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 396–397.

133 שם, בעמ' 397–398.

יתרון זה עומדים קלמנט ומרגליות במאמרם¹³⁴ אף כי כפי שיוסבר להלן מדובר במאפיין של הליך התובענה הייצוגית שכרוכים בו גם חסרונות. מנגנוני ייצוג אחרים במשפט העבודה מאפשרים התייחסות לתקופת זמן ממושכת, שבה עשויות הנסיבות להשתנות, תוך התאמת הפתרונות לשינויי הנסיבות. למשל, בהסדרה או הסכמה קיבוצית אפשר שהסדרי פרישה של עובדי דור א יהיו שונים באופן לגיטימי מהסדרי פרישה של עובדי דור ב, ואילו הסדרה רגישת־זמן כאמור אינה אפשרית כשמדובר במנגנון התובענה הייצוגית שהוא – ככלל – סינכרוני ולא דיאכרוני ביחס לממד הזמן.

יצוין עוד כי בקנדה העדיפו שופטי הרוב בעניין *Bisaillon* שלא לאשר בקשה לתובענה ייצוגית בהדגישם כי הזכויות הנדונות הן הסכמיות (אם כי, כפי שיוסבר להלן, עמדתם מתיישבת טוב יותר, בסופו של יום, דווקא עם המודל השלישי שיובא להלן).¹³⁵ עמדה ברורה יותר העולה בקנה אחד עם מודל זה הובעה בקליפורניה בעניין *Kay Ward*, שבו קבעה דעת הרוב כי אין חובה להעביר הסכסוך לבוררות מאחר שהסכסוך אינו נוגע לחובות וזכויות מכוח ההסכם הקיבוצי.¹³⁶

עם זאת חרף חשיבותה של עמדה זו וחרף אימוצו של מודל זה בכמה פסקי דין גלומה בו טעות יסודית הטעונה תיקון.

הביקורת שלי על מודל זה נשענת על טעמים אחדים, כאמור להלן:

ראשית, פרשנות זו מתיישבת בקושי, אם בכלל, עם לשון החוק. כאמור, החוק קובע כי תביעה בעילה אשר לבית הדין סמכות ייחודית לדון בה תאושר כתובענה ייצוגית, "למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי" כשהסכם קיבוצי מוגדר כ"הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957, או הסדר קיבוצי בכתב". אין בלשונו של החוק סימן לאפשרות כי פרשנותו תיעשה על דרך של הבחנה בין סוגי זכויות; טענתם של קלמנט ורבין מרגליות כי לכאורה לשון החוק סובלת את פרשנותם אינה מבוארת על ידיהם,¹³⁷ וספק אם אפשר לבארה.

שנית, אני סבורה שיש במודל זה כדי להחליש, או לכל הפחות לא לחזק, את ארגוני העובדים ואת העבודה המאורגנת בעידן שזו נחלשת ממילא ותוך "עידוד" מעסיקים שמנסים להתחמק ממחויבות קיבוצית שלהם. למעשה, קלמנט ומרגליות מציינים טעם זה במאמרם, בקבעם שפרשנות אחרת לסייג בסעיף 10(3) לתוספת השנייה "תהווה תמריץ למעסיקים במשק לנהל את מערך יחסי העבודה שלהם במתכונת קיבוצית". אכן, "כיום

134 שם, בעמ' 398.

135 עניין *Bisaillon*, לעיל ה"ש 36, פס' 56.

136 עניין *Kay Ward*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 34–36.

137 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 396.

מתרבים המקרים שבהם מעסיקים פועלים באופן לא-חוקי לצינון ניסיונות התארגנות של עובדים. החסינות שהחוק מקנה למעסיק המאורגן מפני הגשת תובענות ייצוגיות נגדו, במסגרת יחסי העבודה, תעניק לו תמריץ חיובי להימנע מהתערבות לא-לגיטימית בחופש ההתארגנות של העובדים.¹³⁸ אכן, כיום רבו ניסיונותיהם של מעסיקים לפרק התארגנות עובדים על דרך של הקמת ארגון מתחרה מטעם;¹³⁹ איום בפיתורי עובדים העומדים בראש ההתארגנות;¹⁴⁰ בדרך אחרת¹⁴¹, ואף "פיזית" יותר.¹⁴² ההסדר בסעיף 10(3) לתוספת השנייה עשוי לעודד מעסיקים לטעון ולהוכיח כי מדובר במקום עבודה מאורגן באופן העולה בקנה אחד עם מטרות משפט העבודה הקיבוצי ועם מדיניות משפטית וחברתית רצויה. ודוק: אפשרות זו אינה תאורטית בלבד. כך קרה הלכה למעשה בעניין סבצ'קוב¹⁴³ ובעניין קונסטנטינובסקי.¹⁴⁴ כך עשוי לקרות גם במקרים אחרים, ואף שתוצאה זו היא תוצאת משנה של ההסדר הסטטוטורי, אפשר לראות בה תוצאה חיובית עקיפה, שיש לעודדה. לעומת זאת אישורן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות על פי המודל הצר של קלמנט ומרגליות עלול לרפות את ידיהם של ארגוני עובדים משיוסר התמריץ למעסיקים להכריז על עצמם כמקום עבודה מאורגן, ומשיוסר אחד התמריצים לקיומם של יחסי עבודה קיבוציים בני-קיימא. תוצאה כזו אינה מייחסת חשיבות מספקת למקומו, לתפקידו ולמעמדו של משפט העבודה הקיבוצי בהסדרת זכויותיהם של עובדים.

שלישית, ובהמשך לטענה הקודמת, לדעתי המודל המוצע על ידי קלמנט ומרגליות מוטעה מפני שאין הוא מביא בחשבון מספיק את חשיבותו של משפט העבודה הקיבוצי, את ייחודו ככלי לפתרון סכסוכים במשפט העבודה ואת העובדה הסטטוטורית שהמחוקק הפקיד במפורש בידי ארגוני העובדים את האפשרות לטפל גם בנורמות שאינן נובעות מהסכמים קיבוציים. בהקשר זה ראוי לשים לב כי עמדתם של קלמנט ורבין מרגליות אינה משקפת את תחום החלתו וחייתו של משפט העבודה הקיבוצי גם על זכויות שאינן הסכמיות, שהרי המחוקק מצא לנכון לאפשר מעורבותו של ארגון העובדים גם באשר

138 שם, בעמ' 396.
139 ראו למשל עניין גננות חרדיות, לעיל ה"ש 50; בג"ץ עמית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 114, 153; עניין עמותת עובדי נותב, לעיל ה"ש 51.
140 ראו למשל עניין דלק, לעיל ה"ש 36; עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000).
141 ראו למשל עס"ק (ארצי) 25/06 הסתדרות המעו"ף – עיריית יהוד נווה מונסון (פורסם בנבו, 12.1.2009) (להלן: עניין נווה מונסון); ס"ק (אזורי ת"א) 342/05 תדיראן קשר בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 11.12.2005).
142 ראו למשל: עניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42.
143 עניין סבצ'קוב 2, לעיל ה"ש 101.
144 עניין קונסטנטינובסקי, לעיל ה"ש 107.

לזכויות שאינן הסכמיות, כגון בסעיף 5(2) לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז–2007; בסעיף 7 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987; בסעיף 20 לחוק הגנה על עובדים בשעת חירום, התשס"ו–2006; בסעיף 28(ב) לחוק הגנת השכר, התשי"ח–1958 ועוד.¹⁴⁵ מכאן, משעה שקבע המחוקק כי קיימים מקרים שבהם יש מקום למעורבותו של ארגון העובדים ולמעמדו כצד הרשאי להגיש תביעה בעניין זכות סטטוטורית, אין מקום לקביעת קו הגבול לעניין פרשנותו של סעיף 10(3) על פי מקורה של הזכות כהסכמית או סטטוטורית. ודוק: קביעתו של המחוקק באה ללמד כי קיימות זכויות סטטוטוריות דווקא כשהאפשרות כי תוגש תביעה על ידי ארגון העובדים בגין הפגיעה בהן או הפרתן היא חיונית, ולפיכך אין מקום לייחד את הקדימות שיצר המחוקק בסעיף 10(3) הנ"ל לארגוני עובדים רק לזכויות הסכמיות.

רביעית, נראה לי כי ההבחנה שעושים המחברים בין אכיפה מלאה (על ידי תובענות ייצוגיות) לבין אכיפה חלקית (על ידי משפט העבודה הקיבוצי) אינה נכונה, והטעות נוגעת לשני חלקיה של ה"משוואה" שהם מציגים. מן הצד האחד משום שאף שמטרתו של כלי התובענה הייצוגית היא בין היתר להביא ל"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" ואף לאפשר "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים" (סעיף 1 לחוק), אין בסעיף זה אזכור של אכיפה מלאה דווקא, אלא אכיפה טובה יותר. ולא בכדי. שהרי כלי מרכזי של התובענה הייצוגית הוא דווקא כלי הפשרה, שלא פעם נעשה בו שימוש בעייתי כל כך עד שבתי המשפט ומלומדים בארצות הברית הביעו הסתייגות ואף רתיעה מעצם השימוש בו. אכן, לא בכדי נאמר על התובענה הייצוגית גם כדברים האלה: "יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיסה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה..."¹⁴⁶ "רבות נכתב על החסרונות הבולטים של התובענה הייצוגית ועל כך ששימוש לא נכון בה עלול לגרום לנזק משמעותי ליחידים הקבוצה, לנתבעים ולמשק כולו... בצד ההישגים הרבים הביאה התובענה הייצוגית לא אחת לפשרות שאינן מוצדקות ולתופעות של סחטנות כלפי נתבעים".¹⁴⁷ אכן, לא לחינם קבע המחוקק בסעיף 19 לחוק תובענות ייצוגיות מנגנון מפורט ומפורש ביותר לאישורן של פשרות בתחום זה, המועד

145 לחשיבותו של ארגון העובדים בעניין אכיפתן של זכויות מתחום משפט העבודה המגן ראו גם פינצ'וק-אלכסנדר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 58.

146 עניין טצת, לעיל ה"ש 28, בעמ' 784.

147 רע"א א.ש.ת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 267 (בדברי השופטת ביניש) וההפניות המובאות על ידיה, לרבות בנוגע לנעשה מעבר לים. כן ראו בעמ' 237 באותו פסק דין (בדברי השופטת שטרסברג-כהן) והמובאות הרבות המובאות על ידיה.

דווקא לפרוענות משום הנטייה של התובע המייצג ושל בא כוחו להגיע לפשרות שאינן מוצדקות. בעניין זה ראוי להדגיש כי נטיית הצדדים בתובענות ייצוגיות להגיע לפשרות עלולה לפגוע בנתבעים, אך לא פחות מכך – עלולה היא לפגוע בחברי הקבוצה, המיוצגים על ידי יחיד או חלק קטן מהם, בסיטואציה שבה לשני הצדדים בהליך הייצוגי, וכן לבא כוח התובע המייצג, אינטרס מובנה לסיום העניין בפשרה שתיטיב עמם, לא פעם על חשבון חברי הקבוצה דווקא. מבחינה זו הגיונו של סעיף 19 לחוק והפיקוח הצמוד המוענק במסגרתו לבית המשפט מלמדים דווקא על חסרונותיה המובנים של התובענה הייצוגית בכל הנוגע ל"אכיפה מלאה", וההסדר בסעיף נועד לצמצם פגיעתה הרעה של תופעה זו, אולם – מטבע הדברים – אינו יכול למנעה.

ועוד באותו עניין: רק לאחרונה אושרה בבית הדין הארצי לעבודה פשרה, במסגרת הליך של תובענה ייצוגית, שספק רב אם אפשר להצביע על היותה דוגמה לאכיפה מיטבית דווקא בתחום משפט העבודה. אף שיתכן שבנסיבות העניין הביאה הפשרה לעובדים תוצאות בזמן קצר, נכונותה של החברה להתפשר מלמדת כי היא ראתה בכך את "הרע במיעוטו", הן מבחינת הסכומים שנדרשה להקצות לעניין והן מבחינת העובדה ש"נחסך" ממנה העימות עם ארגון עובדים יציג, על כל המשתמע מכך. העובדים הרוויחו תוצאות מהירות יחסית ללא עימות חזיתי עם המעסיק שתוצאתו עלולה להיות קשה, אולם הפסידו את האפשרות לקיים משא ומתן מתמשך על כל תנאי העסקתם במסגרת קיומו של ארגון עובדים. מהבחינה הנומינלית גרידא עולה בבירור מפסק הדין המאשר את הפשרה באותו עניין כי ההפרש בין "אכיפה מלאה" של הזכויות שנתבעו לבין הסעד שניתן בפועל (והתחלק בין חברי הקבוצה) הוא ההפרש שבין 1,062,000 ש"ח ("סכום החשיפה", כדבר בית הדין, בדבר אי-הפרשת חלק המעביד לקרן הפנסייה, על פי הערכות החברה) לבין 250,000 ש"ח (הסכום שהחברה הקצתה בפועל, על פי הסכם הפשרה, לפיצוי חברי הקבוצה על הימנעות החברה מהפרשת חלק המעביד על ידיהם).¹⁴⁸ עוד יש לזכור שבכל תובענה ייצוגית, ובעיקר כאשר מתגבשות

148 עניין שמואלביץ בארצי, לעיל ה"ש 96. ראו גם, בעניין אחר, תיאור העובדות בעניין כץ, לעיל ה"ש 89, פס' 5. בכל הנוגע לפשרה בתיק נו/1606-9 ו-נו/1166-12 קולטון – קופת חולים של ההסתדרות הכללית (החלטת הרשמת מיום 9.7.1997 להכיר בתביעה כייצוגית שבעקבותיה התפשרה המשיבה אך שילמה פיצוי רק לתובעות שהגישו את התביעה תוך שסולקה התביעה הייצוגית). כן ראו החלטה שניתנה בבית הדין האזורי, המאשרת הסדר פשרה בין הצדדים שאינו יוצר מעשה בית דין כלפי שאר חברי הקבוצה בנסיבות שבהן יש ארגון עובדים: עב' (אזורי ת"א) 5718/09 גלם – צוות 3 ניקיון ושירותים כלליים 1992 בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2009).

פשרות (המתגבשות בחלק ניכר מהמקרים), מרוויח מרכזי הוא בא כוחו של התובע המייצג, שאינו חלק מעובדי החברה אך נהנה מסכום נאה המועבר לכיסו.¹⁴⁹ מן הצד האחר, כפי שמציינים קלמנט ורבין מרגליות עצמם, בתי הדין לעבודה בישראל הפגינו קו עקרוני, נוקשה וברור, שלפיו יש לאכוף את הזכויות מכוח חקיקת המגן במלואן.¹⁵⁰ כך בין היתר גם במקרים שבהם נראה כי אפשר להראות שהתפשרות על זכות קוגנטית הייתה במסגרת יחסים קיבוציים.¹⁵¹ לפיכך יש להניח כי דווקא בתחום רגיש זה ימשיכו בתי הדין להבטיח את חקיקת המגן בדרך נוקשה גם בנוגע להסכמים קיבוציים המתקמים בין צדדים, ובאופן שימנע התפשרות בתחום רגיש וחשוב זה. זאת ועוד: אך לאחרונה צוין "כי התארגנות עובדים יכולה להוות כלי יעיל לאכיפת זכויות העובדים – יעיל יותר מכלים כמו ליטיגציה פרטנית או קידום חקיקה – וכלי יעיל מאוד לשיפור תנאי שכר ועבודה אל מעבר לאכיפת הזכויות הקיימת".¹⁵² גם מטעם זה קשה לקבל את הטענה כי ההליך הקיבוצי יעיל פחות מהליך התובענה הייצוגית בכל הנוגע לאכיפתן של זכויות עובדים.

חמישית, ובהמשך לאמור לעיל, תמוהה לדעתי טענתם הנוספת של קלמנט ומרגליות שלפיה "חיסרון" לכאורה של ההליך הקיבוצי נובע מנטייתם של ארגוני עובדים להתפשר על חלקן של זכויות העובדים (מן הסתם לא אלה הקוגנטיות, משום שעל אלה, כאמור לעיל, אי אפשר להתפשר) בשל ראייה רחבה של "מכלול הזכויות" ו"מתוך דאגה לרווחת העובדים".¹⁵³ טענה זו תמוהה לא משום הפן העובדתי שלה אלא משום שקלמנט ומרגליות רואים לנכון להעלותה כמטה את הכף לטובת המודל המוצע על ידיהם, וכנותנת משקל נגד לחשיבותו של מנגנון המשפט הקיבוצי. ייאמר מיד: לא ברור מדוע וכיצד דאגתו של ארגון עובדים לרווחת העובדים, מתוך ראייה כוללת ורחבה, יכולה להיחשב נתון לטובת פתרונות אחרים שיושגו באמצעות תובענות ייצוגיות דווקא. ודוק: מבחינה זו יתרונה של התובענה הייצוגית במישור הקונקרטי המידי עלול להיות גם חסרונה, בהשכיחו מלב שיקולים לטווח ארוך יותר ושיקולים כלליים יותר, הצריכים להישקל במסגרת מערכת יחסים במשפט

149 לתמריצים, כלכליים ואחרים העומדים ביסוד נהייתם של עורכי דין אחרי הליך זה ראו בין היתר גולדשטיין ועפרון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 46–48.

150 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 399–400. ראו בעניין זה: ע"ע (ארצי) 252/07 עמי-עד – בכריה (פורסם בנבו, 11.12.2007); ע"ע (ארצי) 177/06 מימרן – דורון (פורסם בנבו, 20.11.2006); ע"ע (ארצי) 1504/04 אבין – מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 8.3.2005).

151 ע"ע (ארצי) 136/06 אכשטיין – איגוד ערים לכבאות חולון, בת ים, אזור בע"מ (פורסם בנבו, 1.7.2008).

152 סבירסקי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 94.

153 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398.

העבודה, שהיא מטבעה מערכת יחסים ממושכת, ואשר לה שותפים רבים. מבחינה זו השאיפה למצוא פתרון מהיר, לא פעם בדמותה של פשרה המושגת במסגרת הליך של תובענה ייצוגית, עלולה למנוע פעולה רוחבית כוללת יותר הדורשת שיתוף פעולה וראייה לעתיד, שתביא להקמתו של ארגון עובדים ולכינונם של יחסים קיבוציים חרף הקשיים הניצבים בדרך. מבחינה זו ברור לדעתי יתרונו של הכלי הקיבוצי דווקא, המאפשר ראייה רוחבית וכוללת, לאורך זמן, שהיא מעבר לעניין הקונקרטי הנקודתי. אכן, כאמור לעיל, משפט העבודה הקיבוצי מאפשר בעיקרו של דבר התארגנות של קבע שמתאימה לא רק לעתות קונפליקט,¹⁵⁴ ואלמנט ה"קיימות" הוא יתרון, בשזירת מערכת יחסים כוללת, לאורך זמן. אכן, יחסי עבודה מתאפיינים ככאלה שנוצרים באמצעות חווי יחס, במערכת יחסים מתמשכת, שחשיבותם לפרט גבוהה ביותר, הרבה מעבר לרוב החוזים העסקיים הנערכים על ידי הפרט בימי חייו.¹⁵⁵ כך גם כמובן בכל הנוגע להסכמים קיבוציים.¹⁵⁶ הסכמים כאמור מחייבים לעתים במישור הנקודתי פשרות, אולם במישור הרוחבי הם עשויים להביא, ואף מביאים בפועל, לידי הישגים שיחסיים אישיים בין עובד למעביד ואף מנגנון התובענה הייצוגית עצמו אינם מביאים להם. למסקנה זו אפשר להגיע גם באמצעות התבוננות היסטורית, המעלה כי הישגים עיקריים בתחום זה הושגו – לאורך השנים ובחשבון הדורות – הודות למאבקן של קבוצות מאורגנות, הרבה יותר מאשר הודות למאבקים קונקרטיים ונקודתיים של קבוצות אד הוק.¹⁵⁷

ועוד, בכל הנוגע למאפייניו הייצוגיים של ארגון עובדים כפי שעוצבו במשפט העבודה הקיבוצי, ראוי להביא כדברים האלה כדי ללמד על יתרונו המובנה של ארגון העובדים: "ארגון עובדים אינו נציגו של כל עובד ועובד, אלא נציג של כלל העובדים. אין הוא פועל מכוח שליחות שכל עובד ועובד הטיל עליו, ויכול לבטלה עת ירצה לבטל. פועל הוא מכוח ההכרה ביחסים קיבוציים בתחום יחסי העבודה ומשפט העבודה, וההכרה ב'קיבוץ' (קולקטיב) בעל קיום משלו ונציגות משלו".¹⁵⁸ ביסוד הדברים התפיסה, "כי 'השלם גדול מסך כל חלקיו', וכדי לאפשר קיומם של יחסי עבודה קיבוציים יש להביא בחשבון קיום

154 מאפיין זה גלום בין היתר בתביעה ל"קיום של קבע" בכל הנוגע להגדרתו של ארגון עובדים ככזה. ראו למשל עניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42, פס' 9–12.

155 ע"ע (ארצי) 281/07 רשות הדואר – קלפנר, פס' 32–33 (פורסם בנבו, 9.4.2008); ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי – בית התפוצות על שם נחום גולדמן (פורסם בנבו, 24.4.2002).

156 עניין נווה מונסון, לעיל ה"ש 141, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא אדלר; ע"ע (ארצי) 52/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המעוף – עיריית קריית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005).

157 בן-ישראל, לעיל ה"ש 33, כרך ג, בעמ' 827–829.

158 עניין סוקירנסקי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 80.

אינטרסים שמעבר לאינטרסים פרטיקולריים של יחיד או קבוצה במקום עבודה.¹⁵⁹ ואף שדברים אלה הם בבחינת "אידאה רגולטיבית" שלא תמיד מתממשת הלכה למעשה, יש לזכרה כסממן להבחנה בין שני הליכי הייצוג הנבחנים, המלמד על יתרונן של ההליך הקיבוצי דווקא. על זאת יש להוסיף את דבריו של בית הדין הארצי, אך לאחרונה, באשר ליתרונותיו המובנים של ההליך קיבוצי, או מעין-קיבוצי, המאפשר התבוננות רחבת יריעה, בבחינת "הדרך הראויה והמיטבית", להתמודדות עם סוגיות בשוק העבודה בצוק העתים,¹⁶⁰ ומקל וחומר בימים טובים יותר. ומכאן: משפט העבודה הקיבוצי מאפשר מבט רחב על כלל יחסי העבודה המתמשכים תוך יצירת ההליך של משא ומתן מתמשך¹⁶¹ ותוך טיפול במכלול היבטים שראוי להם שיטופלו באופן זה ולא באופן פרטני.

שישית, ובנוסף, בישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שעסקה בניסוחו של חוק תובענות ייצוגיות צוין בין היתר כי התובענה הייצוגית התפתחה דווקא בארצות הברית, שבה נודע להליכי הפרטה של אחריות המדינה כלפי אזרחיה משקל מיוחד.¹⁶² על זה יש להוסיף את העובדה שההליך התובענה הייצוגית פותח בישראל בעיקר בהקשרים צרכניים¹⁶³ כדי לסווג הליך זה כהליך מופרט, של פעולה עצמית-מקצועית בלתי מאורגנת, הנעשית לרוב ממניעים מעין-צרכניים ומונעת על ידי אנשי מקצוע (עורכי דין, משפטנים ושופטים) בתחום. שונה ממנה ההליך הקיבוצי, המתאפיין כפעולה עצמית-מעין-פוליטית, הנעשית לרוב ממניעים ציבוריים רחבים יותר, המממשים חירות אישית וריבונות.¹⁶⁴

אכן, לא בכדי מתאפיין ההליך הקיבוצי בארץ בשנים האחרונות כהליך מעין-בג"צי לא רק מבחינת סדר הדין המוחל בו אלא גם מבחינת הרכב משתתפיו וזהותם (הכולל לא פעם את המדינה לא רק כמעסיק אלא גם כריבון), וגם מבחינת טיב העניינים הנדונים באמצעותו, שהם עניינים בעל אופי ציבורי הגובלים בסוגיות מנהליות או אף חוקתיות.¹⁶⁵ מכל אלה

159 עניין ועד המהנדסים, לעיל ה"ש 52.
 160 ס"ק (ארצי) 54/09 לשכת המסחר תל אביב – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 6 (פורסם בנבו, 2.6.2009) (להלן: עניין לשכת המסחר).
 161 יחסי עבודה בעידן של תמורות, לעיל ה"ש 45, בעמ' 93, 97.
 162 פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (29.4.2005).
 163 ראו לעיל, הטקסט הסמוך לה"ש 56.
 164 Davidov, לעיל ה"ש 34, בעמ' 85–86; בן-ישראל, לעיל ה"ש 33, כרך ג, בעמ' 827–828.
 165 פיתוחן של טענות אלה חורג ממסגרתה של העבודה הנוכחית והן מובאות כאן בקצירת האומר וכדי לסבר את האוזן בעניין טיבו של ההליך הקיבוצי וייחודו. ראו בעניין מאפיינים אלה של ההליך הקיבוצי: ס"ק (ארצי) 12/03 רשות הנמלים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 10.10.2003); בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד

עולה, במקובץ, התאמתו של ההליך הקיבוצי דווקא לטיפול בסכסוכים רבים יותר במשפט העבודה, ככל שהדבר מתאפשר, תוך הכללתם של כלל הגורמים הרלוונטיים לסכסוך ומציאת פתרונות כוללים, בשונה מפרטניים. ודוק, אם להתייחס לטיעון הקונקרטי המובא על ידי קלמנט ומרגליות במאמרם: אף שבעייתו של ענף השמירה בארץ היא בעיה קשה של תת-אכיפה והפרה של זכויות עובדים, הדורשת ללא ספק פתרון,¹⁶⁶ הרי שהטענה (הנוספת) כי פתרון זה ראוי לו שיימצא בדמותן של תובענות ייצוגיות דווקא¹⁶⁷ אינה בבחינת מסקנה הכרחית. ייתכן, כפי שכבר נאמר בהקשרים אחרים, כי הפתרון המיטבי והכולל ראוי לו שיימצא בדמותו של הסכם קיבוצי כולל דווקא, או בדמותו של הליך דומה אחר הבא לשלב את הגורמים העיקריים הרלוונטיים – המעסיקים, העובדים והמדינה – תוך שימוש מושכל בדרכים המסורתיות של שיתוף פעולה ומשא ומתן, שיכולות לקבל לבוש עדכני.¹⁶⁸

לשון אחר: התובענה הייצוגית מתאימה יותר לסיטואציה של קונפליקט בין צרכן ליצרן (וכך גם התפתחה בארץ), ופחות לתחום של יחסי עבודה, שהם יחסים חוזיים ומתמשכים שבעניינם פותח לאורך שנים הכלי הקיבוצי המותאם לכך. הבעייתיות במשפט העבודה הקיבוצי, כגון פעילות אינטרסנטית צרה של ארגוני עובדים שאינם מייצגים נאמנה את כלל העובדים או היוצרים והיותו מוקד כוח מוגזם בענייני יחסי העבודה במפעל או בענייני אינטרסים ציבוריים אחרים, צריכה להיפתר במסגרת משפט העבודה הקיבוצי או באמצעות חקיקה המסדירה נושא זה, ולא תוך איונו או צמצומו המשמעותי של כלי זה. אך מובן הוא כי אין בכל אלה כדי לומר שהתובענה הייצוגית אינה כלי מתאים במשפט העבודה אלא כדי להצביע על חסרונותיה ועל הקושי – הנובע מחסרונות אלה – בכל הנוגע למודל המוצע על ידי קלמנט ומרגליות.

נוסף על שיקול זה גם את התובנה המוכרת בספרות – בעיקר מרבעה האחרון של המאה העשרים ואילך – בדבר חולשתה של הליטיגציה המקצועית אל מול פעולה קבוצתית משפטית-למחצה המבקשת להיגמל מהמחסומים העקיפים והישירים במשעול מרובה-המדרגות אל היכל הצדק.¹⁶⁹ "מחירה הגבוה של ההתדיינות המשפטית, גם בבתי-הדין לעבודה, מכשיל מימוש זכויות במקרים רבים".¹⁷⁰ אכן, טיבה המדויק של פעולה אחרת,

נח(2) 943 (2003); עס"ק (ארצי) 57/05, לעיל ה"ש 53; וכן עניין לשכת המסחר, לעיל ה"ש 160.

166 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 405–410.

167 שם, בעמ' 405.

168 יחסי עבודה בעידן של תמורות, לעיל ה"ש 45, בעמ' 93.

169 יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל 35–85 (2005), ושלל ההפניות ומראי המקום המובאות על ידיו.

170 פינצ'וק-אלכסנדר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 58.

שתוכל להתעלות על מחסומים אלה, טרם הוברר עד הסוף, אולם אין ספק שעליה להישען על כוחו של ההמון המוחלש ולא על פעולה משפטית-מקצועית גרידא הנעשית על דרך הליטיגציה בבתי המשפט, שמטיבה אינה בת הישג בקרב קבוצות מוחלשות.¹⁷¹ יש הסוברים, ובהם אני, כי עליה להישען על כוחה של התארגנות עובדים, שגם אם עליה להתחדש על דרך של ארגון מחדש ומציאת פתרונות ואמצעי פעולה חדשים, המתאימים למציאות של ימינו, על התארגנות מחודשת כאמור להיעשות תוך שימוש מושכל בכלים ישנים הגלומים במשפט העבודה הקיבוצי.

שביעית, גם הפתרון השני המוזכר במאמרם של קלמנט ורבין מרגליות – המתייחס למעין "מירון" להגשת תובענות, בבחינת "כל הקודם זוכה" – אינו נכון וראוי לדחותו. לדבריהם: "מהו אם כן ההליך אותו יש להעדיף כאשר הן התובענה הייצוגית והן הסכסוך הקיבוצי הם הליכים אפשריים? לגישתנו, התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה מי מההליכים הוגש ראשון. כאשר התובענה הייצוגית הוגשה ראשונה, ורק לאחריה מבקש ארגון העובדים לפתוח בסכסוך קיבוצי (כפי שהיה בענין ביבריינג) יש להעדיף את התובענה הייצוגית. לעומת זאת, כאשר הסכסוך הקיבוצי נפתח קודם, אין לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית, גם כאשר זו אפשרית באופן עקרוני."¹⁷² פתרון זה, המאמץ מודל של "מירון פניות" או "מירון גורמים", על משקל מירון סמכויות, אינו נכון בדיוק משום שמודל "מירון הסמכויות" בתחומים אחרים של המשפט הוא בעייתי.

מכאן כי אף שאני מסכימה שיש מקום לאמירות ברורות וחדות יותר – בין היתר בשל "התחבטותה" של הפסיקה בעניין זה – לעניין פרשנותו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה, אין אני מסכימה כי קו הגבול הנכון הוא זה שנקבע בפרשות אלטר ובן שלמה. מוכנה אני להסכים גם לטענתם של קלמנט ורבין מרגליות כי ראוי לאיץ את האמור בסעיף 10(3) – במובן זה שיש לא רק להסבירו אלא גם לפרשו על דרך הצמצום – אולם אני סבורה כי הפרשנות המוצעת על ידיהם היא שגויה, מהטעמים שהובאו לעיל. ואף זאת: מוכנה אני להסכים עם המחברים כי הבעייתיות עולה בעיקר באותם מקרים שבהם ארגון העובדים נותר אדיש להפרות של זכויות שהיה ראוי שיגן עליהן,¹⁷³ אלא שאין בכל אלה כדי להצדיק דווקא את המודל של קלמנט ורבין מרגליות, כפי שאסביר בהרחבה להלן. יוצא אפוא שראוי להמשיך ולתור אחר מודל אחר, המבקש לאזן אחרת בין משפט העבודה הקיבוצי לבין הליך התובענה הייצוגית, על פי סעיף 10(3) לתוספת השנייה וברוח הפסיקה.

171 על טיבה הייחודי, שאינו משפטי גרידא, של התארגנות העובדים ראו בין היתר שם, בעמ' 51.

172 קלמנט ורבין מרגליות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 390.

173 שם, בעמ' 404.

3. מודל שלישי: ההבחנה בין סוגי ארגונים

כאמור, בתי הדין לעבודה, לדורותיהם, התחבטו לא מעט בשאלת הקשר בין משפט העבודה הקיבוצי לבין הליך התובענה הייצוגית. כך בעניין אלמקייס, בנימה שלילית: "בהליך זה נטען על-ידי המשיבה כי הסכסוך הוא למעשה קיבוצי, ואין ליתן יד לעקיפתו על-ידי 'תביעת ייצוג'. טענה זו דינה להידחות"¹⁷⁴; כך בעניין התעשייה האווירית, בנימה חיובית: "ההלכה היא שבתי-הדין לעבודה אינם ממהרים להתערב בתוכנו של הסכם קיבוצי, המורכב ממכלול שיש בו איזונים ופשרות שהינם פרי של משא ומתן, בו עומדים הצדדים על אינטרסים מסוימים שלהם או מוותרים עליהם, בהתאם לשיקולים מורכבים של הצדדים הנוגעים לעניין... הדרך המרכזית לביורור סכסוך הנוגע להסכם קיבוצי היא בהליך של סכסוך קיבוצי, המתנהל בין הצדדים החתומים על ההסכם הקיבוצי..."¹⁷⁵; כך בעניין ביבריינג, בקו המרחיב את האמור בעניין התעשייה האווירית: "הכלל שנקבע בפסיקת בית דין זה, השולל אישורן של תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, מעוגן בעקרונות יחסי העבודה השואבים את צדקתם מחוק הסכמים קיבוציים ומהמציאות התעשייתית. אין צורך בתובענה ייצוגית המנוהלת על ידי עובד או מספר עובדים כאשר קיים ארגון עובדים המייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח..."¹⁷⁶; כך גם במקרים אחרים.

אלא שדרך יישומו של הכלל שנקבע בעניין התעשייה האווירית ובעניין ביבריינג נותרה במידת מה עלומה, בעיקר לאחר שעל הנדבך ההלכתי הוסף נדבך סטטוטורי כשטרם שורטט מתווה ברור לפרשנותו על ידי בית הדין הארצי, אם על פי הפסיקה הקודמת בנושא ואם על פי עקרונות חדשים. מה פרשנות תינתן לאמור בסעיף 10(3) לתוספת השנייה, שבו נקבע כי תאושר תביעה ייצוגית במרבית העניינים שלבית הדין לעבודה סמכות ייחודית לדון בו "למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי"? אכן, כדעתם של קלמנט ורבין מרגליות, קו הגבול צריך להימצא על דרך של פרשנות תכליתית של סעיף 10(3), שתבחין בין מקרים שבהם עדיפה הדרך הקיבוצית לפתרון סכסוכים לבין מקרים שבהם ראוי ורצוי ליתן מקום להגשתן של תובענות ייצוגיות. ומהי הפרשנות התכליתית הראויה?

174 עניין אלמקייס, לעיל ה"ש 3, פס' 7 וההפניות שם, בין היתר למאמרו של מוטי מירוני "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים" עיוני משפט ח 183 (1981).

175 עניין התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 309–310.

176 עניין ביבריינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 139–142.

לפי המודל השלישי, קו הגבול צריך להימצא במקום שבו היינו קובעים אותו לעניין ההבחנה בין ארגון פעיל לבין ארגון "נכשל" ובין ארגון אמתי לבין ארגון "מתחזה". הבחנות אלה ישימות בענייננו, בשינויים המחוייבים. השופט זמיר אומר בבג"ץ עמית כדברים האלה:

"התנאים הנדרשים לצורך הכרה בארגון עובדים אינם, כמובן, תכלית לעצמם, אלא הם רק אמצעי להשגת תכלית. תכלית התנאים היא, שארגון המקבל הכרה כארגון עובדים לפי חוק, יהיה כשיר למלא את התפקיד שהחוק הטיל על ארגון עובדים. ברור, למשל, שאין לתת הכרה לארגון לפי חוק הסכמים קיבוציים, המסמיך ארגון עובדים לכרות הסכם קיבוצי הקובע זכויות וחובות לכל העובדים שעליהם חל ההסכם, אם הארגון נתון לשליטת המעביד. לפיכך יש לברר היטב אם ארגון המבקש הכרה לפי חוק מקיים את התנאים הנדרשים לצורך הכרה הלכה למעשה. ואין די במראה עיניים, אלא יש לברר גם, באופן סביר, אם ארגון המציג עצמו כארגון עובדים הוא אכן ארגון עובדים אמיתי. האם, למשל, הוא נועד באמת ובתמים לקדם את האינטרסים של עובדים, או שמא הוא נועד לשרת מטרה אחרת? האם הוא פעיל במישור של יחסי עבודה קיבוציים, או שהוא מסתפק במתן שירותים אישיים לעובדים? האם הוא מקיים בקרבו משרד דמוקרטי הלכה למעשה?

התשובה עשויה להיות שלילית בשל שני טעמים. הטעם הראשון הוא, שהארגון רק מעמיד פנים כארגון עובדים, העונה על התנאים הנדרשים לצורך הכרה, שעה שבפועל הוא נועד מלכתחילה לשרת מטרה זרה. למשל, אפשר שהארגון הוקם על-ידי מעביד, במישרין או בעקיפין, במטרה לערער את מעמדו של ארגון עובדים אחר, שדרישותיו קשות למעביד. ארגון כזה אינו ארגון עובדים אמיתי. זהו ארגון מתחזה.

הטעם השני הוא, שהארגון, אף שכוונתו רצויה, למעשה אין הוא מוציא את כוונתו מן הכוח אל הפועל. כך, למשל, אם הארגון אינו פעיל במישור יחסי העבודה הקיבוציים, או אם אינו מקיים בחירות למוסדות הארגון, יהיה הטעם לכך אשר יהיה, זהו ארגון נכשל.

כך או כך, בין שהארגון מתחזה ובין שהארגון נכשל, אין הוא ארגון עובדים אמיתי. כיוון שכך, אין הוא ראוי להכרה כארגון עובדים לפי חוק.¹⁷⁷

הגדרות אלה אומצו על ידי בית הדין הארצי לעבודה בעניין גנות חרדיות, שבו נקבע כי "לצד בחינת הסממנים להכרה בארגון עובדים בהיבט "הפורמלי"-טכני", יש לברר אם הארגון המציג עצמו כ"ארגון עובדים" הוא ארגון עובדים אמיתי על פי מהותו, ומקיים הלכה למעשה את תנאי ההכרה שקבעה הפסיקה".¹⁷⁸

המודל השלישי מאמץ למעשה הגדרות אלה, בשינויים המחויבים, לעניין ההבחנה בין מקרים שבהם תאושר תובענה ייצוגית לבין מקרים שבהם לא תאושר.

הווי אומר, אם בית הדין מוצא כי "היחסים הקיבוציים" במקום העבודה מתמצים בקיומו של ארגון המעמיד פני ארגון עובדים אולם הוא נועד לשרת מטרה זרה (ארגון "מתחזה"), או בקיומו של ארגון שכוונותיו רצויות אך הדברים אינם באים לידי ביטוי בפעילותו (ארגון "נכשל"), יקבע בית הדין כי חרף קיומם של "יחסים קיבוציים" לא יתקיים הסייג בסעיף 10(3) לתוספת השנייה, ובית הדין ייטה לאשר את התובענה הייצוגית (בכפוף לקיומם של שאר התנאים שבחוק ולרבות שילוב מסוים של תובנות מהמודל השני, כאמור להלן בפרק הרביעי של העבודה). לעומת זאת אם בית הדין מוצא כי מדובר בארגון אמיתי ופעיל ובעניינים שעל פי טיבם וטבעם ראוי כי יטופלו על ידי הארגון, ועוד מוצא הוא כי הארגון מעוניין לפעול בעניין הקונקרטי שהובא לפניו כבקשה לאישור תובענה ייצוגית, הרי שאין מקום לאשר את הבקשה והיא תידחה.

ודוקן: השאלה שעל בית הדין לשאול את עצמו בבואו לבחון אישורה או דחייתה של בקשה לניהול התובענה כייצוגית אינה אם הארגון אמיתי ופעיל באופן כללי, אלא אם הוא אמיתי ופעיל בעניין הקונקרטי שהובא לפתחו. הדגשה זו חשובה במיוחד בכל הנוגע לארגוני עובדים גדולים, המטפלים מטבע הדברים במספר גדול של עובדים ואף במספר גדול של מפעלים. היות ארגון העובדים פעיל ואמיתי באופן כללי ביחס למפעלים אחרים למשל אינו מוביל בהכרח למסקנה כי יש לראותו ככזה בעניין שביחס אליו התבקש אישור ניהולה של תובענה כייצוגית, ונראה כי על השאלה להיבחן באופן קונקרטי. עם זאת מטעמים שהובאו לעיל באשר למאפייניו של משפט העבודה הקיבוצי, המאפשר ראייה רוחבית וכוללת, לאורך זמן, שהיא מעבר לעניין הקונקרטי הנקודתי,¹⁷⁹ יש להימנע מאישורה של תובענה ייצוגית אך משום הימנעות הארגון לפעול בעניין קונקרטי אם

177 בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 121-120, 63 (1997).

178 עניין גנות חרדיות, לעיל ה"ש 50, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא.

179 ראו לעיל, הטקסט הסמוך לה"ש 49-53, 153-157.

ההימנעות נובעת משיקולים ארגוניים כלליים יותר הנוגעים לטווח הארוך או לראייה כוללת של יחסי העבודה הקיבוציים. לעתים לגיטימית ומוצדקת הימנעות הארגון מלפעול בסכסוך קונקרטי או לשם מימושה של זכות קונקרטיה מתוך ראייה כוללת של מכלול היחסים וכלל העובדים. אך מובן הוא כי נקודת האיזון הנדרשת בכל הנוגע לבחינת מידת פעילותו של הארגון (אם אינו ארגון נכשל ואם אינו ארגון מתחזה) עשויה להיות מורכבת, אולם מורכבות זו היא פועל יוצא של מאפייניהם של הליכי ייצוג ושל משקלם הרב בתחום המשפטי והחברתי בכלל ובדיני העבודה בפרט. אפשר להניח כי ברוב המקרים הבחינה תהיה פשוטה יחסית, ואילו במיעוטם תתחייב בדיקה יסודית וקפדנית של מצב הדברים לאשורו.

המודל השלישי נותן ביטוי לעדיפות שנתן המחוקק, שאימץ את עמדת הפסיקה בשינויים מסוימים להסדרה בדרך הקיבוצית. אולם הוא עושה כן תוך מתן מקום של ממש לסיטואציות שבהן עדיפה דרך התובענה הייצוגית מטעמים מציאותיים וענייניים, הנוגעים ל"חולשתו" או "התחזותו" של ארגון העובדים הרלוונטי. מודל זה נותן ביטוי לשינויי העתים, להתחזקותו של "שוק העבודה השניוני" בישראל; למגמות ההפרטה ולהמרת הקולקטיביזם באינדיווידואליזם; להיחלשותם בפועל של ארגוני העובדים בישראל ולהיחלשות כוחו של משפט העבודה הקיבוצי, על כל הנובע מכך.¹⁸⁰ שינויים אלה מלמדים על חשיבות טיפוחו של מגנון התובענה הייצוגית במקרים ובנסיבות שבהם בית הדין מוצא – לאחר בחינה עובדתית-קונקרטיה של נסיבות המקרה – כי הטלת המלאכה על ארגון העובדים אינה מציאותית או אינה רצויה.

מדובר במודל חדש-ישן, שכן נראה כי הוא גלום גם בהלכת ביברינג, בדברים האלה:

"הכלל שנקבע בפסיקת בית-דין זה, השולל אישורן של תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, מעוגן בעקרונות יחסי העבודה השואבים את צדקתם מחוק הסכמים קיבוציים ומהמציאות התעשייתית. אין צורך בתובענה ייצוגית המנוהלת על-ידי עובד או מספר עובדים כאשר קיים ארגון עובדים המייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח.... [אולם] הכלל המונע הגשת תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן אינו כלל ברזל... ככל שבית-הדין יגיע למסקנה שהצדק מחייב חריגה מן הכלל, כי יחסי העבודה אינם תקינים, כי ארגון העובדים פועל ממניעים פסולים וכי תובענה ייצוגית לא

180 ראו לעיל, הטקסט הסמוך לה"ש 39–45.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

תפגע קשה בהתארגנות העובדים, ניתן יהיה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית אף במקום עבודה מאורגן.¹⁸¹

כמו כן בעניין מודל זה וכחזוק לו ראוי להביא בהרחבה את דבריה של השופטת ברק-אוסוסקין בעניין גרוס:

“כאשר ארגון עובדים אינו נאבק בעניין מסויים, ראוי הוא לאפשר לעובדים בודדים להגיש תביעה ייצוגית במקרים התואמים את העקרונות של תביעה ייצוגית במשפט הכללי. למותר לציין שאם הארגון ימצא לנכון לייצג את העובדים בתביעה זו, הוא רשאי לעשות זאת תוך שהוא מבקש להצטרף לתביעה. מאידך היה והארגון מבקש להגיש בקשת צד בסכסוך קיבוצי או שהארגון מגיע להסכם בעניין הנתבע, לא יוכלו עוד עובדים בודדים להגיש תביעה אישית. ממילא, הם גם לא יהיו רשאים להגיש בקשה לתביעה ייצוגית במקרים אלו.”¹⁸²

אך לאחרונה ניתן ביטוי לגישה זו בהחלטה של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בעניין אישורה של תובענה ייצוגית. בשל חשיבותם יובאו הדברים כלשונם:

“בכוחה של ההסתדרות לוודא שהחברים בארגון המסתמך על הסכם קיבוצי, ימלאו את הוראות ההסכם. בכוחה לפעול באמצעים שונים בעניין זה, עד כדי השבתה. ההסתדרות לא נקטה באף אחד מהליכים אלה... שעה שזה המצב, הרי שהרציונל שעמד בבסיס הסייג שבסעיף 10(3) לנתוספת השנייה לחוק, אינו מתקיים. העובד כפרט אינו יכול לכפות על ארגון העובדים שאליו הוא משתייך, להפעיל את כוחותיו הארגוניים והקיבוציים ולאכוף זכויות מכח ההסכם הקיבוצי. העובד כפרט, הריהו חלש אל מול המעביד – שיכול לפטרו בכל עת. העובד חלש גם אל מול ארגון העובדים – שיש לו אינטרסים שונים שלא תמיד נהירים לעובד. במקרה הנדון עולה מחומר הראיות שארגון העובדים לא דאג לעובדי יבטח על מנת שיקבלו את הזכויות המגיעות להם על פי ההסכם הקיבוצי. משמעות הקביעה שלא להתיר הגשת תביעה ייצוגית תהא שהעובד כפרט ישאר קרח מכאן ומכאן. מצד אחד, מעבידו אינו מקיים את הוראות ההסכם הקיבוצי. מצד שני,

181 עניין ביברנינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 139, 142.

182 עניין גרוס, לעיל ה"ש 5. וראו התייחסותו של בית הדין האזורי להלכה זו בפסק דין סבצ'קוב 2, לעיל ה"ש 101.

הארגון היציג שלו אינו עושה די על מנת לאכוף על המעביד את מילוי הוראות ההסכם. במסגרת הראיות שהובאו בפנינו, קובעים אנו שאין להחיל את הסייג שבסעיף 10(3) ל[תוספת השנייה ל]חוק".¹⁸³

אכן, גם לדעתי מצב דברים זה הוא המצדיק את נסיגתו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה ואת העדפתה של דרך התובענה הייצוגית כשייחודו של המצב אינו טיב הזכויות שעל הכף אלא דרך התנהלותו של ארגון העובדים הרלוונטי, ובמקרה דלעיל – דרך אי־התנהלותו. במקרים אלה מוצדק לאשר את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כאמור בהחלטתו של בית הדין האזורי.

בנוסף, נראה כי למודל זה ניתן ביטוי מסוים גם בקנדה בעניין *Bisaillon*, שבו קבעו שופטי הרוב כי במקרה שבו קיימים ארגוני עובדים רלוונטיים יהא אישורה של בקשה לתובענה ייצוגית בניגוד לכללי משפט העבודה לעניין מעמדם וסמכותם הבלעדית של ארגוני העובדים. שופטי הרוב ציינו כי במפעל שקיים בו ארגון יציג, סמכותו הבלעדית לייצוג העובדים (השוללת אישורן של תובענות ייצוגיות) חולשת על כלל ההיבטים של יחסי העבודה ולא רק על ההיבטים ההסכמיים.¹⁸⁴ מקרה זה מלמד על העדפתו של הכללי הקיבוצי באותם מקרים שבהם קיים ארגון עובדים פעיל, וזאת על פי המודל השלישי המוצע. בקליפורניה בעניין *Kay Ward* הייתה עמדת המיעוט נחרצת כי אין להתיר את ניהולה של התובענה כייצוגית בנסיבות שבהן מדובר במפעל מאורגן ומאחר שאישורה של התובענה כייצוגית עלול לסכל את מטרותיו של משפט העבודה הקיבוצי. שופט המיעוט אומר אפוא זאת:

"I cannot understand the ardor with which my colleagues embrace this lawsuit and endorse the plaintiffs' effort to erode the collective bargaining process. I cannot understand their eagerness to place their imprimatur on a class action lawsuit, a form of action that, in this context, will inevitably dilute the ability of unions to negotiate with certainty on behalf of their members. My colleagues ignore the fact that part of the quid pro quo in the tripartite relationship of union, employer, and employee is an agreement to arbitrate grievances. If these arbitration procedures are not exclusive, they will lose much of their desirability as a method o

183 עניין *חבושה*, לעיל ה"ש 105, פס' 57–59 (החלטה מיום 15.7.2009).
184 עניין *Bisaillon*, לעיל ה"ש 63, פס' 28.

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

settlement and will ineluctably exert a disruptive influence on the collective bargaining process".¹⁸⁵

לסיכום, על פי מודל זה, במקום עבודה מאורגן על בית הדין להיעתר לבקשה לאישור תובענה ייצוגית כשארגון העובדים הרלוונטי אינו יכול לפעול בדרך הקיבוצית או אינו פועל כך בפועל, בין משום שמדובר בארגון "מתחזה" ובין משום שמדובר בארגון "נכשל". בנסיבות אחרות יש להעדיף את הדרך הקיבוצית מסיבות המנויות לעיל ומשום יתרוניתה – בכל הנוגע ליחסי עבודה – על פני דרך הטיפול האינדיווידואלית או הייצוג על ידי "מייצג לשעה".

מודל זה נוטל מיתרונותיו של משפט העבודה הקיבוצי ונותן עדיפות למנגנונים הקיבוציים הרלוונטיים כל עוד קיים ארגון עובדים פעיל ואמתי (בשונה מנכשל ומתחזה) המעוניין לייצג את העובדים בכלל ובפרט. יתרוניתו של מודל זה גלומים באיזון שבין השיקולים הרלוונטיים: לשון חוק תובענות ייצוגיות ותכליתו, בעיקר בכל הנוגע למשפט העבודה; הפסיקה בת עשרות השנים של בית הדין הארצי בעניין זה (עניין ביכרינג לדורותיו); הנכון והראוי לפי מציאות יחסי העבודה ובעיקר העבודה המאורגנת בישראל דהיום. בכל הנוגע ללשונו של סעיף 10(3), המודל מתיישב עם ההדגשה שניתנה בנוסח סעיף זה לעצם קיומם של יחסי עבודה מאורגנים, כשהבחנה הרלוונטית לעניין אישורה או אי-אישורה של תובענה כייצוגית מתייחסת בסעיף ישירות לשאלה אם מדובר במפעל מאורגן או לא.

ד. שילוב המודלים השני והשלישי – יישום

משבאנו עד כאן, עולה מאליה השאלה מה דמות תינתן לפתרון מעשי לשאלת פרשנותו של סעיף 10(3) כיום הזה. משום הביקורת הקשה יחסית על המודל הראשון ומשום יתרוניתיהם השונים של המודלים השני והשלישי נראה לי כי הפתרון צריך להימצא על דרך של שילובם המיטבי של המודלים השני והשלישי. כל זאת בניסיון "להרוויח" משילוב זה את היתרונות של כל אחד מהמודלים ולצמצם את החסרונות. יתרוניתו של המודל השני גלומים בפשטותו ובמקום שהוא מעניק להבחנה, שאינה זניחה, בין סוגי זכויות במשפט העבודה. כפי שצוין לעיל, אין אני סבורה כי עיקר יתרונו נעוץ באכיפה מיטבית דווקא, מסיבות שהובאו באריכות לעיל. יתרוניתו של המודל השלישי נובעים משיקולי מדיניות ומשיקולים נורמטיביים שעניינם הצורך במניעת פגיעה בעבודה המאורגנת או אף חיזוקה של זו, על כל

185 עניין Kay Ward, לעיל ה"ש 62, בעמ' 43.

המשתמע מכך, תוך שימת הלב להבדלים בין ארגונים, שהם גם הבדלים משמעותיים במסגרת משפט העבודה.

בסופו של דבר די ברור שתובענה ייצוגית איננה צריכה לבוא במקום הליך קיבוצי. השאלה הגדולה היא איך יוצרים את השילוב הזה – איך מאפשרים לשניהם לחיות יחד מבלי שהאחד ישלול את חברו (מצד אחד חשוב להשאיר את התמריצים להגיש תובענה ייצוגית, ומצד אחר – חשוב להימנע מהחלשת העבודה המאורגנת וארגוני העובדים). מלבד ההבחנה התיאורית בין הגישות השונות (שנרונה בפרק השלישי) נושא זה דורש העמקה תוך שרטוט מודל משולב (רביעי) שנוטל את היתרונות של מודל 2 ומודל 3 דלעיל, ומשרטט קווים מנחים לסדרי עבודה בנסיבות שבהן ייתכן קונפליקט בין ההליך הקיבוצי לבין ההליך של תובענות ייצוגיות.

נראה לי כי המודל הרביעי משרטט מצב מיטבי לעומת המודלים הקודמים, בין היתר בהציעו מבנה דיוני סדור להבחנה בין מצבים שונים (על כך להלן, בעיקר במסגרת החלק השני של פרק זה – "גדר השיקולים הרלוונטיים"), המתווה דרך פעולה קבועה לבית הדין תוך הותרת מרחב של שיקול דעת שיפוטי.

1. שאלות מקדמיות ליישום

במסגרת השאלות המקדמיות של פרק זה יש לשאול את השאלה הזאת: לאיזה מן המודלים יש ליתן עדיפות מובנית במסגרת מגמת השילוב ביניהם – לשני או לשלישי? בהקשר זה נראה לי כי ייתכנו שני פתרונות: הפתרון האחד נותן עדיפות למודל השני, המעניק קדימות לסוגיית טיב הזכות. לפי פתרון זה, במקרים שבהם מדובר בזכות מחוקי המגן, תאושר הבקשה לניהול התובענה כייצוגית גם אם קיימים יחסים קיבוציים ובכפוף לתנאים אחרים הנדרשים על פי חוק תובענות ייצוגיות, ואילו אך ורק במקרים שבהם מדובר בזכות הסכמית ייבחן טיב הארגון – אם הוא ופעיל אם לאו. הפתרון השני נותן עדיפות למודל השלישי, המעניק קדימות לסוגיית קיומה של התארגנות וטיבה. לפי פתרון זה, ככל שקיים ארגון עובדים, לא תאושרנה בקשות לניהול הליך כתובענה ייצוגית אלא אם הארגון תומך בכך, או אם המבקש מוכיח כי הארגון אינו אמיתי ואינו פעיל. במסגרת פתרון זה השאלה מהי הזכות הנתבעת (סטטוטורית או הסכמית) היא שיקול לאישורה של תובענה כייצוגית במקרה של התלבטות באשר לטיב הארגון ולא כנקודת פתיחה לבחינת הבקשה. משיקולים שהובאו לעיל במסגרת העיסוק בחסרונותיו של המודל השני אני סבורה שיש להעדיף את הפתרון השני, קרי ליתן עדיפות מובנית מסוימת במסגרת השילוב למודל השלישי. הטעם לכך הוא הצורך לחזק, לעת הזו, את העבודה המאורגנת בישראל ואת

האפשרות לפתור סכסוכים על דרך קיבוצית.¹⁸⁶ טעמים נוספים להעדפתו של הפתרון השני המובא לעיל (מתן עדיפות למודל השלישי כאמור) הם אלה: קשיי האכיפה הגלומים בנטייתם האינהרנטית של צדדים לסכסוך על דרך של תובענה ייצוגית להתפשר תוך הטבת מצבם של הצדדים לתובענה ושל בא כוח התובע המייצג "על חשבון" חברי הקבוצה.¹⁸⁷ כל זאת כאשר נראה כי מצב דברים זה עלול להיות בעייתי במיוחד דווקא במצבים שבהם חברי הקבוצה משתייכים ממילא לקבוצות עובדים מוחלשות; חשיבות הראייה הרחבה והכוללנית, המתאפשרת באמצעות יישוב סכסוכים קיבוציים והנגרעת בדרך של תובענות ייצוגיות שהן ממוקדות עניין קונקרטי על פי רוב; לשונו של החוק, שנראה כי מטה את הכף לטובת פתרון שנותן מקום נכבד יותר לטיב ההתארגנות.

יוער עוד כי כפי שיוסבר להלן בחלק השני של פרק זה,¹⁸⁸ הנושא מורכב יותר, ופתרונו נוגע לחלוקה מובנית לכמה מצבים אפשריים: מידת החפיפה בין התארגנות העובדים (קיימת התארגנות; לא קיימת; קיימים כמה ארגונים רלוונטיים; קיימת התארגנות חלקית) לבין הקבוצה הרלוונטית לתובענה הייצוגית. בעניין זה אם ארגון העובדים אינו נותן מענה מספק לכלל העובדים – אם משום שלא כולם מאורגנים ואם משום היותו ארגון "מטעם" או משום נכונותו הבלתי לגיטימית להתפשר על זכויות שאינן הסכמיות – הרי שיש מקום לשקילת אישורה של תובענה ייצוגית חרף קיום הארגון. כל זאת בהתחשב באפשרות שהארגון המדובר נמצא בשלבי הקמה ("ארגון פורץ"), שאז יש להעדיף לדעתי את הארגון החדש על פני פתרון ייצוגי בלבד לתובענה הייצוגית.¹⁸⁹

שאלה מקדמית נוספת נוגעת לסוגיית ה"מקום" הנורמטיבי שיש ליתן לפתרון המוצע: היכן צריך הפתרון – שעניינו, כפי שיוצג להלן, הוא מתחום סדרי הדין – לשילובם של המודלים השני והשלישי (בדרך המתעדפת את המודל השלישי, כאמור לעיל) למצוא את מקומו – במסגרת חקיקה? חקיקת משנה? הנחיות נשיא? או שמא להיות פרי הפסיקה? האפשרות של פירוט קונקרטי של הפתרון המוצע בחוק נובעת בין היתר מכך שהמחוקק מצא לנכון ליתן מקום במסגרת החוק לפתרונות מפורטים מאוד בנושאים שקודם לחוק נמצאו בעייתיים בפסיקה המתייחסת לתובענות ייצוגיות, למשל ההסדר המפורט באשר לסעדים בסיום ההליך (סעיף 20 לחוק) או באשר לפשרות (סעיף 19 לחוק). האפשרות של

186 טעם זה כרוך בעיקר בטענות ובטיעונים השלובים במסגרת פסק הדין בעניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42 ובמסגרת מאמרו של סבירסקי, לעיל ה"ש 45. ראו בעניין זה לעיל, הטקסט הצמוד לה"ש 47-48.

187 ראו הניתוח של עניין שמואלביץ בארצי, לעיל ה"ש 96, הטקסט ליד ה"ש 96, 148.

188 ראו להלן, סעיף ד(2) (השיקולים הרלוונטיים).

189 לעניין מעמדו של "ארגון פורץ" ראו בג"ץ עמית, לעיל ה"ש 36; עניין גנות חרדיות, לעיל ה"ש 50; עניין כוח לעובדים, לעיל ה"ש 42.

פירוט בחקיקת משנה מתיישבת עם הגיונו של מחוקק המשנה, כשטיוטה לתקנות תובענות ייצוגיות נמצאת כיום בהליכי הכנה ועיבוד של גורמים במשרד המשפטים¹⁹⁰ אם כי זו אינה כוללת התייחסות לסוגיה מושא עבודה זו. האפשרות של פיתוח בהנחיות נשיא נובעת ממקומן ומעמדם של הנחיות אלה במסגרת משפט העבודה ככלי לגיטימי ליצירת אחדות דיונית בנושאים שהאחידות יפה להם.¹⁹¹ האפשרות של פיתוח פרי הפסיקה נובעת מכך שבית הדין הארצי עצמו פיתח לא מעט תחומים במסגרת פיתוח שיפוטי.

בכל הנוגע לשאלה זו, אני סבורה כי מאחר שמדובר בפתרון דיוני ליישום פרטני של סעיף 10(3) לתוספת השנייה, לעת הזו, והיות שהחוק כבר קיים, אין מקום לניסוח הדברים במסגרת תיקוני חקיקה ראשית. אמנם אין מניעה להסדיר את הדברים, לפחות בשלב ביניים, במסגרת הנחיות נשיא או באמצעות ההלכה הפסוקה. יתרונותיהן של שתי האפשרויות האחרונות גלום כידוע בגמישות הרבה – יחסית – שהן מאפשרות ובשינויים שהן מאפשרות עם שינויי העתים או הנסיבות. עם זאת כדי לא להיכנס לנעליו של נשיא או שופט, ומשיקולים נוספים, ינוסחו הדברים בהמשך על דרך של הצעה לחקיקת משנה, שאפשר כמובן להמירה לאחת מהדרכים האחרות המנויות לעיל.

על פי האמור עד כה, בהמשך תוצג ההצעה כהצעה לסדר במסגרת חקיקת משנה, העשויה להיות כ"תקנות התובענות הייצוגיות (סדר הדין במשפט העבודה), התשס"ט–2009" או כ"תקנות סדר הדין בבתי הדין לעבודה (תובענות ייצוגיות), התשס"ט–2009". הצעתי היא כי בינתיים, עד שיוסדר הנושא בתקנות, יפורש סעיף 10(3) על יסוד הכללים שלהלן.

2. גדר השיקולים הרלוונטיים

מוצע כי בגדר השיקולים הרלוונטיים לאישורה של תובענה ייצוגית בתחום העבודה, לניהולה ולהכרעה בה תינתן הדעת בין היתר על השיקולים האלה:

(א) התארגנות

קימו או אי-קימו של ארגון עובדים;

190 לטיטת משרד המשפטים ראו -938C-45A9-A73D6631/NR/rdonlyres/www.justice.gov.il
B75F-CD46FBCFA714/10012/takanot3.pdf.

191 על טיבן וחשיבותן של הנחיות אלה ראו בין היתר: בג"ץ 1199/92 לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(5) 743, 748, 749 (1993); דב"ע (ארצי) לה-0-55-0 המוסד לביטוח לאומי – שפיגל, פד"ע ו 379, 381 (1975); דיון (ארצי) לו-0-64-0 המוסד לביטוח לאומי – שרף, פד"ע ז 467, 461 (1976).

ספר אליקה ברק-אוסוסקין תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי

טיב ההתארגנות – האם הארגון אמתי ופעיל או לא? כאמור לעיל,¹⁹² השאלה אם הארגון פעיל היא מורכבת ואי אפשר להשיב עליה תשובות סגורות מראש. במסגרת יחסים קיבוציים החלטת הגורמים הרלוונטיים לוותר על ניהול סכסוך מסוים מתוך ראייה כוללת של מכלול היחסים לגיטימית – בגבולות מסוימים, ולכן השאלה אם לראות בארגון פעיל או לא היא שאלה שיש לה בהכרח היבטים קונקרטיים, הניתנים לשיקול דעתו של בית הדין על שתי ערכאותיו, גם על פי ההלכה הפסוקה שפותחה בנושא בעבר על ידי בית הדין הארצי¹⁹³ וגם על פי נסיבות העניין.

(ב) הזכות הנטענת

סוג הזכות שנטענת הפרטה – סטטוטורית או הסכמית. כמוסבר במפורט לעיל, סוג הזכות נבחנת לאחר שנבחן טיב ההתארגנות, והוא שיקול משני לשיקול בעניין טיב ההתארגנות.¹⁹⁴

(ג) מורכבות מבנה מקום העבודה

יש להבחין בין כמה מצבים:

1. חפיפה מלאה בין קבוצת העובדים בארגון לבין הקבוצה הרלוונטית לתובענה הייצוגית, והארגון מעוניין לטפל בבעיה (בכפוף לפרוצדורה לבחינת מידת העניין של הארגון בטיפול בבעיה, כמוסבר להלן). בנסיבות אלה אין מקום לדעת לאשר את ניהולה של תובענה כייצוגית, בין שמדובר בזכות הסכמית¹⁹⁵ ובין שמדובר בזכות סטטוטורית

192 ראו לעיל, הטקסט הסמוך לה"ש 178–180.

193 ההגדרה של "ארגון פעיל" נדונה בפסיקה בעיקר בעניין גננות חרדיות, לעיל ה"ש 50, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא. ההגדרה של "ארגון אמתי" נדונה בפסיקה בעיקר בעניין עמותת עובדי נוחב, לעיל ה"ש 51, בעמ' 315, 316, 322. שתי הגדרות אלה, היונקות גם מחיות ההגדרות בבג"ץ עמית, רלוונטיות לענייננו אם כי ייתכן שיידרש פיתוח הלכתי נוסף בהקשר המיוחד של סוגיית אישורן של תובענות ייצוגיות.

194 ראו ההסברים בטקסט ליד ה"ש 186–188.

195 כפי שהיה למעשה מצב הדברים בעניין כץ, לעיל ה"ש 89, אם כי מפסק הדין אין ברור מה הייתה עמדת הארגון באשר לניהולה של תובענה ייצוגית, ואם הארגון היה מוכן לפעול למען השגת זכויותיהן של העובדות. גם בעניין אורן נושא הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא זכויות הסכמיות, כשעולה מפסק הדין כי לעותרות היו טענות לעניין התנהלותו של ארגון העובדים, אולם לא הונחה תשתית מספקת לביסוס הטענה (פסקאות 28, 30 לפסק הדין).

הנוגעת לחקיקת המגן.¹⁹⁶ זאת רק אם אין מדובר בנכונותו של הארגון "להתפשר" על זכויות סטטוטוריות, דבר שכאמור ממילא איננו יכול לקבל לגיטימציה מצד בית הדין.

2. חפיפה מלאה בין קבוצת העובדים בארגון לבין הקבוצה הרלוונטית לתובענה הייצוגית והארגון אינו מעוניין לטפל בבעיה.¹⁹⁷ בנסיבות אלה על בית הדין לבחון מדוע נמנע הארגון מלטפל בבעיה, אם זה משום הסכמה לגיטימית בינו לבין המעסיק כי הארגון לא יעמוד על מיצוי הזכות (וככל שאין מדובר בזכות מחוקי המגן), ואם זה משום היותו של הארגון "ארגון מטעם" או מסיבה אחרת. במקרה הראשון אין מקום לניהול תובענה ייצוגית. במקרים אחרים ייתכן כי שיקול דעתו של בית הדין יובילו למסקנה כי יש מקום לניהול של תובענה כייצוגית, על פי הנסיבות שייבחנו.

3. אין חפיפה בין קבוצת העובדים בארגון לבין הקבוצה הרלוונטית לתובענה הייצוגית, וקיימים כמה ארגונים יציגים רלוונטיים.¹⁹⁸ בין היתר קיימות האפשרויות ליחידות מיקוח שונות, לשותפות-אינטרס או פילוג-אינטרס בין קבוצות שונות במקום העבודה. למשל, ייתכנו מצבים שבהם עובדים מיחידות מיקוח שונות יהיו שותפים לאותו אינטרס בעניין מסוים באופן שיצדיק, אולי, התרתה של תובענה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה תחת ניהול משא ומתן נפרד במסגרות קיבוציות נפרדות.¹⁹⁹ במקרים מסוג זה על בית הדין לבחון את עמדת הארגונים היציגים לעניין ניהולה של תובענה ייצוגית ואת הטעמים לעמדתם, ולפעול כמפורט בסעיפים 1.7–2.7 דלעיל. השיקולים המפורטים

196 כפי שהיה למעשה מצב הדברים בעניין ביברנינג, לעיל ה"ש 5. כשהסתדרות הייתה מעוניינת לפעול להשגת זכויות הדיילים, שהיו זכויות מתחום חקיקת המגן, ובית הדין לא אישר את הבקשה לניהול התובענה כייצוגית. ראו תיאור העובדות בעמ' 123 לפסק הדין. רלוונטית לענייננו היא העובדה שהסתדרות פעלה להשגת הזכויות רק מקץ זמן. לדעת, לעובדה כזו חשיבות במסגרת שאלה בעניין פיצוי לתובע המייצג ולבא כוחו ולא במסגרת שאלה על עצם אישורה/אי-אישורה של הבקשה (סעיף ח(1) להלן).

197 יוער כי בעניין *Bisaillon*, לעיל ה"ש 63, תמכו רוב הארגונים היציגים הרלוונטיים בהמשך ניהולה של התובענה כייצוגית. חרף זאת, ונראה כי משיקולים הדומים לאלה המובאים להלן, סברה דעת הרוב כי אין מקום לאישורה של התובענה כייצוגית.

198 למשל, כאשר תובענה ייצוגית נוגעת לכלל עובדי מוסד אקדמי מסוים ובאותו מוסד כמה ארגונים יציגים, על פי תפקידים שונים (סגל אקדמי בכיר; סגל אקדמי זוט; סגל מינהלי...); או כאשר תובענה ייצוגית נוגעת לכלל עובדי בתי החולים בארץ, ויש בבתי החולים כמה ארגונים יציגים.

199 עם מצב דברים זה התמודד בית המשפט העליון בקנדה בעניין *Bisaillon*, לעיל ה"ש 63, כשהדעות נחלקו בין היתר בשל מורכבותו של המצב מבחינת מספרן של יחידות המיקוח והאינטרס החופף של עובדים שונים ביחידות מיקוח שונות. כאמור לעיל, דעת הרוב הייתה כי חרף מורכבות המצב אין ליתן לו משקל מכריע, ויש להשאיר את ההתדיינות במסלול קיבוצי. מסיבות דומות אני סבורה שאף שמצב דברים כאמור הוא בעל חשיבות במסגרת השיקולים, אין הוא בעל חשיבות מכרעת יחידה.

בסעיפים הללו רלוונטיים גם כאן, אם כי תיתכן מורכבות מסוימת כפועל יוצא מהאפשרות שבית הדין ימצא כי עמדות הארגונים הרלוונטיים השונים אינן עולות בקנה אחד זו עם זו. בנסיבות אלה על בית הדין להפעיל את שיקול דעתו על פי העקרונות המותרים לעיל, כשפתוחה בפניו הדרך בין היתר לאשר תובענה ייצוגית בשינויים כאמור בסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות. למשל, ייתכן שהפתרון המיטבי יהיה לאשר ניהולה של התובענה כייצוגית רק לגבי חלק מהקבוצה שבעניינה הוגשה הבקשה לאישור במקור כשבנסיבות שבהן הארגון היציג מתנגד מטעמים לגיטימיים לניהול התובענה כייצוגית לא תחול התובענה הייצוגית על עובדי אותו ארגון. תוזכר כאן גם האפשרות, הרלוונטית לענייננו, כי בית הדין יאשר את ניהולה של התובענה כייצוגית תוך שמירת פתח לפיצול בשלב הסעדים כאמור בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות. בנסיבות כאלה ייתכן שהפיצול בסעדים יחפוף, ולו חלקית, את ההבחנה בין ארגונים יציגים שונים ואת האינטרסים הרלוונטיים לכל ארגון. למשל, ייתכן שבעניינם של חלק מהארגונים ינתן פיצוי גלובלי שיחולק בין חברי הקבוצה על ידי הארגון עצמו, ובעניינם של חלק אחר מהארגונים יוחלט על פיצוי אינדיווידואלי, ובית הדין עצמו יכריע לעניין דרך חלוקתו.

4. אין חפיפה בין קבוצת העובדים בארגון לבין הקבוצה הרלוונטית לתובענה הייצוגית, ורק חלק מהעובדים מאורגנים בארגוני עובדים, ואילו אחרים מן הקבוצה הנוגעת לבקשה לאישור תובענה ייצוגית אינם מאורגנים כלל, והאינטרסים שלהם "נופלים בין הכיסאות"²⁰⁰ באופן העשוי להצדיק יציגות באמצעות תובענה ייצוגית דווקא. במקרה כזה יופעלו הפרוצדורה והשיקולים המפורטים כאמור בסעיף 3.1 דלעיל, ובאשר לעובדים בלתי מאורגנים תהא הנטייה לאשר את התובענה כייצוגית, בכפוף לבחינה נסיבתית קונקרטית, על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות ותוך בחינת עמדתם של ארגונים יציגים קיימים (למשל, כאשר ארגון יציג טוען שיש לדבר השלכות עקיפות גם על עובדיו, ראוי הוא שבית הדין ייתן דעתו על הטענה ויכריע בטענה על פי הנסיבות ועל פי שיקול דעתו).

5. אין ארגון עובדים יציג כלל. בנסיבות אלה נראה כי אין מניעה לאשר את ניהולה של התובענה כייצוגית, בכפוף לבחינה נסיבתית קונקרטית ועל פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות. גם כאן ייתכן שיהיה מקום לברר מהי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ומהי עמדת ארגון העובדים היציג הגדול במדינה, על פי הפרוצדורה המשורטטת בסעיף ז להלן. כן יש לברר אם יש התארגנות קיבוצית של עובדים בשלבי הקמה, דבר שיש בו כדי להכריע את הכף לטובת אי-אישורה של תובענה ייצוגית, ובלבד שהארגון החדש לובש צורה של ארגון אמתי ופעיל (ואין מדובר בניסיונות של המעסיק ליצור מראית עין של התארגנות,

200 ראו בעניין זה למשל סבירסקי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 88-89; עב' (אזורי ת"א) 9926/02 ברונר – מרכז רפואי אסף הרופא (פורסם בנבו, 29.7.2008).

כשלמעשה מדובר בארגון מטעם, שכל מטרתו היא לסלק באותה עת את החשש מפני תובענה ייצוגית).

(ד) דרישות מקדמיות מהמבקש

נראה כי על המבקש לאשר תובענה כייצוגית להוכיח במסגרת הבקשה כי מקום העבודה אינו מאורגן, או כי פעל בשקידה סבירה למניעת כפל הליכים או סתירה בין אינטרסים שעליהם מבקש הארגון להגן לבין האינטרסים שהגנתם מתבקשת במסגרת התובענה הייצוגית.

בהקשר זה אפשר להפעיל, בשינויים המחוייבים, את הפרקטיקה הקיימת כיום בכל הנוגע לדרישת מיצוי הליכים בבג"ץ.²⁰¹ כמו כן מוצע גם כי על הבא בשערי בית הדין לעבודה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית להוכיח במסגרת הדרישה הכללית להוכחה כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין" (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), כי מיצה דרכים אחרות לבירור תביעתו, ובראשן טיפול בעניין באמצעות הארגון היציג, ככל שקיים כזה. לא הוכיח הדבר, לא תאושר בקשתו לניהול התובענה כייצוגית.

עוד יצוין כי בטיוטת תקנות תובענות ייצוגיות שטרם התקבלה נקבעו הסדרים שונים להודעה על הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית ליועץ המשפטי לממשלה ולגורמים נוספים, לפי העניין.²⁰² בכל הנוגע לבקשות לפי פריט 10, הנוגע לעניינינו, נקבעה חובה להודיע לממונה הראשי על יחסי עבודה לפי חוק יישוב סכסוכי עבודה. מוצע להרחיב את חובת ההודעה האמורה, כאמור להלן בחלק השלישי של פרק זה.

201 כידוע, ככלל בג"ץ אינו נעתר לעתירה המוגשת לו בנסיבות שבהן העותר לא מיצה את ההליכים הפתוחים בפניו ולא פנה אל הרשויות הרלוונטיות בטרם עתר לבית המשפט. ראו למשל: בג"ץ 6696/08 הרמן נ' ממשלת ישראל, שר המשפטים (פורסם בנבו, 21.9.2008); בג"ץ 10048/07 התקווה מפלגה דתית לאומית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.1.2008); בג"ץ 8559/07 עמותת אם אשכחך נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו, 8.11.2007); בג"ץ 8558/07 חדר נ' משטרת ישראל, לשכת התנועה מרחב לכיש (פורסם בנבו, 14.10.2007); בג"ץ 4499/07 ויליטניצקי נ' משרד הפנים מינהל האוכלוסין (פורסם בנבו, 17.9.2007). זה טיבה של הדרישה המופיעה בעניין זה בפסק הדין ע"ע (ארצי) 12842-07-10 אייל – הוט מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 9.6.2011). פסק הדין ניתן לאחר הורדתו של המאמר לדפוס.

202 ראו www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A73D6631-938C-45A9-B75F-CD46FBCFA714/10012/takanot3.pdf.

(ה) בחינת המצב על פי שיקול דעתו של בית הדין

בכל מקרה נותרת בידי בית הדין הסמכות לבחון את מצב הדברים כהווייתו בכל הנוגע לקיומו של צד מעוניין בניהול התובענה הייצוגית, ובעיקר בכל הנוגע לקיומה של התארגנות רלוונטית. הווי אומר, גם אחרי שהמבקש להגיש תובענתו כיייצוגית בא בשערי בית הדין לעבודה, מוסמך בית הדין לבחון את מצב הדברים כהווייתו. אשר לסמכותו של בית הדין ראוי להזכיר פרקטיקות קיימות הן במערכת הכללית והן בבתי הדין לעבודה לצירוף הליכים או צדדים,²⁰³ ובעיקר לזכות התייצבות או התערבות של גורם שלישי, כגון היועץ המשפטי לממשלה,²⁰⁴ ארגון העובדים הגדול במדינה,²⁰⁵ בא כוח של קבוצת עובדים אחרת, ברשות בית הדין,²⁰⁶ ועוד. כאן מוצע כי בית הדין יוסמך באופן כללי לפנות ליועץ המשפטי לממשלה, לארגון העובדים הרלוונטי או לגורם אחר כלשהו לרבות ארגון אחר העוסק בזכויות בעבודה, על פי שיקול דעתו ומיזמתו, כדי להציע להם לשקול להתייצב בהליך כצד מעוניין או להביע עמדתם בשאלת אישורה של תובענה כיייצוגית.

יש לדעת שהדרישות והסמכויות לעניין בירור עמדתו של ארגון עובדים רלוונטי עלולות להחליש מאוד את התמריצים להגשתן של תובענות ייצוגיות, לעתים גם מעבר לרצוי. אכן, עמדת הבסיסית היא כי יש ליתן עדיפות לארגון עובדים אמתי ופעיל על פני ניהולה של התובענה בדרך של תובענה ייצוגית, על פי הנסיבות. אלא שכדי לא לאיין לחלוטין תמריצים להגשתן של תובענות ייצוגיות יש ליתן את הדעת גם על מניעת מצבים שבהם הארגון היציג לא עשה דבר משך זמן ממושך ומנסה ליהנות מפרותיה של התארגנות אד הוק על דרך של תובענה ייצוגית. זאת לאחר זמן ולאחר שכבר הושקעו משאבי זמן וכסף בניהולה של התובענה כיייצוגית עובר לאישורה ואף לאחר מכן. ומכאן אלה: (1) במקרים מסוימים כניסתו של הארגון היציג לתמונה תחייב אותו בתשלום פיצויי לתובע המייצג ולבא כוחו – כגון תשלום הוצאות ושכר טרחת עורך דין על פי שיקול דעתו של בית הדין ועל פי ההשקעה שהושקעה בפועל עד לכניסתו של הארגון היציג לתמונה.²⁰⁷ נראה לי כי זוהי

203 תקנות 21–25 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי).

למצב בבתי הדין לעבודה: תקנה 15 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב–1991.

204 ס' 30 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969. למצב במערכת הכללית ראו תקנה 31 לתקנות סדר הדין האזרחי.

205 תקנה 15 (א) לתקנות 15–16 לתקנות בית הדין לעבודה (סדר הדין בסכסוך קיבוצי), התשכ"ט–1969.

206 שם, תקנה 15 (ב).

207 כפי שהיה מצב הדברים הלכה למעשה בעניין ביברינג, לעיל ה"ש 5, כשהסתדרות פעלה להשגת הזכויות רק מקץ זמן, ולמעשה רק בערעור שהתקיים בבית הדין הארצי (ואולי רק בעקבותיו); ראו תיאור העובדות בעמ' 123 לפסק הדין.

נקודת האיזון הראויה בין הרצון לחזק את העבודה המאורגנת לבין הרצון לשמר תמריצים מסוימים להגשתן של תובענות ייצוגיות במקרים שבהם ברור כי הן חיוניות ואף במקרי גבול, שבהם תהיה הגשת הבקשה בבחינת "תמריץ משני" לעצם "התעוררותו" של הארגון; (2) על שיהוי בתגובת הארגון היציג יחולו דיני השיהוי המוכרים מהמשפט המנהלי, מהמשפט האזרחי וכן – ספציפית – ממשפט העבודה,²⁰⁸ לרבות סיטואציות שבהן יביא השיהוי להמשך ניהולה של התובענה כייצוגית חרף "התעוררותו" של הארגון, על פי הנסיבות ובכפוף לשאר השיקולים שהובאו לעיל, לרבות האפשרות לפצות את התובע המייצג ואת בא כוחו ולקבל את טענות הארגון; (3) אפשרות אחרת שיש לבחון היא – במקרים של שיהוי מצד הארגון – לצרף את הארגון לתובענה הייצוגית כצד אם כי לא ברור מה הם יתרונותיה של דרך זו על פני שתי האפשרויות דלעיל.

(1) פשרות וסעדים

השיקולים שהובאו לעיל לעניין אישורן של תובענות כייצוגיות יובאו בחשבון גם בנקודת הקצה השנייה, קרי בכל הנוגע לאישורה של פשרה לפי סעיף 19 לחוק התובענות הייצוגיות או בכל הנוגע לסעדים לפי סעיף 20 לחוק. למשל, ייתכנו מצבים שבהם תאושר בקשה לניהול התובענה כייצוגית, אולם בהמשך ההליך תינתן הדעת בין היתר, ובמסגרת הסמכויות הנתונות לבית הדין מכוח סעיפים 19 ו-20 לחוק, על עמדתו של ארגון העובדים היציג הנוגע בדבר (גם אם אושרה התובענה כייצוגית) או על עמדת ארגון העובדים הגדול במדינה או גורם אחר. הווי אומר, ייתכנו מצבים שבהם בית הדין יראה לנכון לבחון את עמדת ארגון העובדים הרלוונטי, או את עמדתו של ארגון אחר העוסק בזכויות עובדים, או את עמדתו של גורם אחר (כגון היועץ המשפטי לממשלה) טרם אישורה של פשרה או טרם הכרעה בעניין הסעדים.²⁰⁹

208 ראו למשל רע"א 9060/04 נבו נ' כאשי, פס' 13–19 (פורסם בנבו, 23.1.2008); רע"א 5793/05 אגודת בית הכנסת הגדול נ' עיריית נתניה, פס' 6 (פורסם בנבו, 11.9.2007); בר"ם 5793/06 ד"אב נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פס' 12 (פורסם בנבו, 20.9.2006); עא"ח (ארצי) 24/09 חייקה – מדינת ישראל, משרד החינוך (פורסם בנבו, 31.3.2009); עב"ל (ארצי) 1109/02 המוסד לביטוח לאומי – עיווי (פורסם בנבו, 18.10.2004).

209 ראו לעניין זה פרסום עותק מהפשרה בעיתונות היומית וכן העברת עותק ליועץ המשפטי לממשלה ולמנהל בתי המשפט, טרם אישורה, באופן שאפשר הגשת התנגדויות של גורמים שונים, לרבות גורמים שאינם צדדים ישירים לפשרה ואף אינם חברי קבוצה, כאמור בעניין שמואלביץ בארצי, לעיל ה"ש 96, ס' 4 לפסק הדין.

(ז) איזון ההסדר אל מול הסדרים אחרים

יש לזכור:

– בכל מקרה פתוחה בפני העובד הדרך להגיש תובענה רגילה לבית הדין לעבודה, וכלל השיקולים המובאים לעיל נוגע אך ורק לסיטואציה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. קרי: שעריה של בית הדין נותרים פתוחים להגשתן של תובענות היחיד (שלא כמו בארצות הברית, שבה במקום מאורגן אי אפשר לתבוע בתביעת היחיד בניסיונות מסוימות).
– חוקי השוויון – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – מוסדרים בהסדר מיוחד בסעיפים 8-9 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וממילא אינם כפופים לסייג בסעיף 10(3) לעניין קיומה של התארגנות.²¹⁰
נפנה אפוא לפירוט ההסדר עצמו.

3. הצעה לסדר: תקנות סדר הדין בבתי הדין לעבודה (תובענות ייצוגיות)

התקנות המוצעות להלן נגזרות מהשיקולים המפורטים לעיל, בחלק השני של פרק זה. הן ערוכות כתקנות סדר דין ושמן המוצע הוא "תקנות סדר הדין בבתי הדין לעבודה (תובענות ייצוגיות)", התשס"ט-2009.²¹¹ התקנות קובעות לוחות זמנים קצרים יחסית לבחינת הצדקת קיומה של תובענה ייצוגית, על פי העקרונות המנויים לעיל ובאופן המונע ככל האפשר התמשכות ההליכים.
ואלה הן התקנות:

1.	הגדרות	בתקנות אלה –
		"בית הדין" – בית הדין לעבודה המוסמך לדון בתובענה; ²¹²
		"בקשה לאישור" – בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי סעיף 10 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות;
		"החוק" – חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006;
		"שופט" – שופט בית הדין לעבודה.

210 ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 83, לניתוח של בקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשס"ח-2008.
211 נראה כי הסמכות לקבען מקבלת ביטוי בחוק תובענות ייצוגיות, כגון באמור בסיפה לס' 5(א)(1); ברישה לס' 25(ג) לחוק; ובס' 31(א) לחוק.
212 על פי ס' 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, בית המשפט המוסמך נקבע על פי כללי הסמכות העניינית והמקומית הכלליים.

.2	עמדת הארגון	לבקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי תקנות אלה תצורף עמדת הארגון היציג הרלוונטי במפעל; לא צורפה עמדה כאמור – יצוין הטעם לכך.
.3	הודעה על הגשת בקשה לאישור	(א) הוגשה בקשה לאישור, יישלח המבקש הודעה על הגשת הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה, לממונה הראשי על יחסי עבודה לפי חוק יחסי עבודה ולארגון היציג הרלוונטי ככל שיש כזה; (ב) בית הדין רשאי להורות למבקש, בהחלטה מנומקת, כי על המבקש לשלוח הודעה כאמור בס"ק (א) לגורם נוסף, כגון ארגון העובדים הגדול במדינה, ארגון העוסק בזכויות עובדים או גורם אחר כלשהו, לפי שיקול דעת.
.4	הגשת התנגדות	(א) קיבל גורם כמפורט בסעיף 3 הודעה על הגשת הבקשה ובכוונתו להגיש התנגדות לאישור הבקשה, יביא את דבר כוונתו לידיעת בית הדין תוך 14 מיום שקיבל את ההודעה; (ב) הודיע גורם על כוונתו להגיש התנגדות, תוגש ההתנגדות תוך 14 יום נוספים מיום הודעתו על כוונתו לעשות כן; (ג) בית הדין רשאי לקבל לתיק גם התנגדות מטעם גורם שאינו מנוי בסעיף 3 דלעיל, ואף אם לא יזם את הפנייה לאותו גורם, ובלבד שנימק את החלטתו; (ד) בית הדין רשאי לצרף גורם מתנגד כצד להליך, בהחלטה מנומקת.
.5	שיקולים בהליך האישור	עובר לאישור הבקשה ישקול בית הדין בין היתר את השיקולים האלה: (א) בשלב ראשון יבחן בית הדין את – (1) קיומו או אי-קיומו של ארגון עובדים יציג, כמשמעו בסעיפים 3–4 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957; (2) מאפייניו של הארגון כארגון עצמאי שמטרתו העיקרית הסדרת תנאי העבודה של העובדים; שבו חברות אישית ורצונית של עובדים שכירים; שהוא ארגון של קבע או ארגון "בהקמה" המקיים בחירות תקופתיות ונוהלי עבודה דמוקרטיים; אשר לו תקנון הקובע את מוסדות הארגון, תנאי קבלה לחברות בארגון ועוד; (3) עמדת הארגון היציג או עמדת גורם אחר כלשהו, לפי העניין;

<p>(ב) בשלב השני ייבחן סוג הזכות הנטענת, אם סטטוטורית ואם הסכמית;</p> <p>(ג) כן תיבחן מידת החפיפה בין קבוצת העובדים בארגון או בארגוני העובדים הרלוונטיים לבין הקבוצה שאליה מתייחסת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כשלמידת החפיפה, אם מלאה ואם חלקית, השפעה על ההצדקה לאישורה של תובענה כייצוגית, בעיקר כאשר חלק מהעובדים או כולם אינם מיוצגים.</p> <p>(ד) התנגד הארגון העומד בדרישות הסף של ס"ק (א)(2) לאישור התובענה, והטעם לכך נעוץ בטיב היחסים הקיבוציים, ואין מדובר בזכות מחוקי המגן – לא תאושר התובענה הייצוגית;</p> <p>(ה) במקרים אחרים, שאינם כאמור בס"ק (ד), יפעל בית הדין על פי שיקול דעתו, לפי החוק, לפי תקנות אלה והעקרונות המוכרים במשפט העבודה, ותוך התחשבות בטיב הארגון ובטיב הזכות הנטענת.</p>		
<p>(א) מבקש שבקשתו לאישור תובענה ייצוגית נדחתה מטעמים המנויים בתקנות אלה יהא רשאי להגיש בקשה לעיון חוזר על החלטת בית הדין, תוך 15 יום מיום שניתנה ההחלטה;</p> <p>(ב) על החלטת בית הדין האזורי בבקשה, לרבות ההחלטה בעיון חוזר כאמור בס"ק א, אפשר לערער בזכות לבית הדין הארצי לעבודה.</p>	השגה	.6
<p>הטיפול בבקשה ייעשה בצורה עניינית ויעילה. בין היתר יישקלו גם שיקולים אלה: מועד הגשת התנגדות לניהול ההליך כתובענה ייצוגית; התנהלות הצדדים לבקשה לאישור; התנהלות הארגון היציג והתנהלותם של גורמים נוספים המבקשים להביע עמדה או להצטרף; משאבים שהושקעו בהגשת הבקשה לאישור – כל זאת בין היתר במסגרת החלטה על פסיקת הוצאות.</p>	ניהול הבקשה	.7

סיכום

המאמר עסק בשאלת מקומן של תובענות ייצוגיות במשפט העבודה, ובתוך כך בסוגיה הממוקדת יותר בעניין היחס שבין הכלי של תובענות ייצוגיות לבין משפט העבודה הקיבוצי, הקשר שביניהם, ובעיקר נקודת המפגש המיטבית שביניהם. במוקד העבודה

סקירה תיאורית של המודלים השונים הקיימים כיום בפסיקה ובספרות להתמודדות עם סוגיה זו והצעה נורמטיבית של מודל יישומי לפתרון הסוגיה. המודל המוצע מבוסס על קריאה ביקורתית של המצב הנורמטיבי הקיים כיום, תוך ניסיון ליישם את היתרונות של מודלים קיימים מחד ולצמצם את חסרונותיהם מאידך, על רקע הדין הקיים.

במוקד המאמר אפוא מודל ליישום, שהוא הצעה לסדר לשאלת אישורן של תובענות ייצוגיות במשפט העבודה: מתי ובאילו תנאים ונסיבות – זאת בעיקר בהקשר של שאלת לגיטימיות ניהולן של תובענות ייצוגיות בנסיבות שבהן קיימת, ולו חלקית, התארגנות עובדים. מודל זה הוא פרשנות מורחבת לסעיף 10(3) לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות. ההצעה הגלומה בו היא ליתן עדיפות לשאלת קיומו של ארגון יציג וטיבו על פני שאלת טיב הזכות הנתבעת, אולם גם לטיב הזכות ניתן מקום במסגרת השיקולים הרלוונטיים.

הטעמים להעדפת שיקולים הנוגעים לקיומו של הארגון ולטיבו נובעים מאלה: הצורך בחיזוקה של העבודה המאורגנת ובהשגת תכליותיה לעת הזו; החשש מפני ניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית על דרך של סחטנות ופשרות העלולות לפגוע באינטרסים לגיטימיים של חברי הקבוצה המיוצגת; ההכרה בחשיבותה של ראיית הרוחב הכללית – הצופה פני עתיד – של ההליך הקיבוצי, שהוא הליך המאפשר משא ומתן ומתאים לנסיבות של יחסים מתמשכים מרובי-פרטים, כבמשפט העבודה. כטעמי משנה יש ליתן את הדעת על לשון החוק ועל ההיסטוריה של ההלכה הפסוקה, המצביעות גם הן על הצורך בהעדפה מובנית של שיקולים הנוגעים לטיב ההתארגנות.

לבסוף יוער כי לאחרונה נשמעים קולות הקוראים לפיתוח מנגנון של "הגנה ייצוגית" בנסיבות מסוימות, ובעיקר כאשר ההגנה היא מפני דרישות תשלום בלתי לגיטימיות מצד רשות.²¹³ אני סבורה כי בעתיד יש מקום לבחון את ישימותה של הצעה זו בתחום משפט העבודה. למשל: בתחום של תביעות השבה נגד עובד; בתחום של תביעות להשבת תשלומים-ביתר מצד המוסד לביטוח לאומי ועוד. כיוון מחקר אחר שיהיה כדאי לבחון בעתיד הוא מידת ישימותה של ההצעה המועלית כאן. ואם וכאשר תאומץ ההצעה, יהיה ראוי לבחון את השפעתה ואת דרך הפעלתה במחקר אמפירי שינוהל כמה שנים אחרי כניסתה לתוקף.

213 אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגביה לא חוקית" משפטים לח 445 (2008).

פיטורים קולקטיביים

מאת

אייל אברהמי*

מבוא. א. הגדרות; סיווג סוגי הפיטורים הקולקטיביים. ב. הזכויות המתנגשות;
1. צבר הזכויות והאינטרסים; 2. טיב הזכויות והאיזון ביניהן – איזון אנכי או אופקי;
3. נקודת האיזון הארכימדית. ג. צדק מהותי וצדק הליכי; 1. מידתיות; 2. תום לב;
3. היעדר שיקולים זרים; 4. שוויון. ד. המישור הקיבוצי; 1. תיאור המודל המקובל;
2. היועצות בארגון עובדים; 3. הוראות הקבועות במערכת היחסים הקיבוצית;
4. חובות ארגון העובדים; 5. מודלים מוצעים – הצעה לאיזונים נוספים; 6. קביעת
אמות המידה לפיטורים. ה. המישור האישי; זכויות העובד המפוטר; 1. שימוע;
2. גילוי; 3. הנמקה; 4. זכויות מכוח הסכם. ו. התערבותו של בית הדין; 1. היקף
הזכות; 2. היקף הסעד. אחרית דבר.

מבוא

מפעל וארגון תאב קיום לא יוכל לשרוד ללא אבולוציה שבה יתאים עצמו למציאות
המשתנה. שינוי זה עשוי להשפיע על העובדים, אם על ידי שינוי אופי עבודתם ואם על ידי
פיטורים קולקטיביים, שיערכו בשל הצורך המפעלי בהתאמות, וזאת כאמור כדי להתקיים.
אפשר לבחון את נושא הפיטורים הקולקטיביים כחלק מהסוגיה של "שינויים" שמבקש
המעסיק לערוך במסגרת הפרוגטיבה שלו. בנוסף, בעידן החוקתי יש לבדוק את הזכויות
לאור השיח החוקתי.

* סגן נשיאת בית הדין האזורי לעבודה בירושלים. תודתי לעוזרת המשפטית שלי עורכת הדין
אסתר שחור על עזרתה הרבה ולאבי ד"ר צבי אברהמי על הערותיו המועילות.

על נושא הפיטורים הקולקטיביים אפשר להשקיף משתי נקודות מבט שונות, אף שהן משיקות לעתים: האחת, כחלק מזכות־היתר של המעביד – הפררוגטיבה – שבמסגרתה מבקש הוא לערוך שינויים בקניינו; השנייה, שיח של זכויות בראי החוקתי. פיטורים קולקטיביים שונים מפיטורים רגילים – אישיים – הואיל ובהם מושם הדגש בכלל – המפעל – ולא בעובד. פיטורים אלה מצריכים עריכת איזון שונה לנוכח הזכויות והמשקלים האחרים שנבחנים ונמצאים על הכף. תכליתו של משפט העבודה להגן על זכויות העובדים. בפיטורים קולקטיביים עמידה על זכות עובד אחד עשויה לבוא על חשבון עובדים אחרים ועל חשבון המפעל כולו, שאם לא ייעשה בו השינוי הנדרש הוא עשוי להיכשל בתחרות עם מפעלים אחרים. יש למצוא אפוא נוסחת איזון שונה מזו הנוהגת בפיטורים אישיים הנובעים מאי־התאמה, הואיל ואין אנו דנים רק בעניינו של העובד – גורל כלל העובדים הוא שעומד על הפרק. שיטות משפט שונות קבעו הסדרים שונים בקשר לפיטורים קולקטיביים בשל אופיים השונה.

מה המצב בישראל? מה הדין המצוי ומה הדין הרצוי בתחום זה? בהיעדר נורמה חקוקה יצר בית הדין הארצי לעבודה, כחלק מחקיקה שיפוטית אקטיביסטית, נורמות היוצרות איזון בין הזכויות השונות ובין הצדדים ליחסי העבודה. אפשר לראות בסוגיה זו את המעבר של משפט העבודה משיטה של פורמליזם ומושגים לשיטה של ערכים, כפי שנראה בהמשך.

א. הגדרות

בפתח דברינו נעמוד מעט על מהותם של פיטורים קולקטיביים או פיטורים קבוצתיים (collective dismissals). פיטורים אלה שונים מהפיטורים האישיים, שננקטים בשל ענייני משמעת או אי־התאמה של העובד המסוים. לעומתם, פיטורים קולקטיביים הם פיטורים מחמת הקולקטיב והמפעל, ולא בעטיו של העובד האינדיווידואל. היסוד בפיטורים אלה הוא שהממד האישי בהם חלש מפיטורים "רגילים", ואילו הממד הקולקטיבי חזק יותר מאחר שהסיבה לפיטורים נעוצה במישור הקולקטיבי, ובו אף מתמקדת עיקר הגנתו של העובד.¹

ככלל, מטרת הפיטורים הקולקטיביים היא צמצום בעלויות המעביד. צמצום עלויות המעביד יכול שיידרש בשל קשיים כלכליים או אילוצים שונים, ויכול שביסודו יעמדו טעמים כלכליים של מקסום הרווחים. פיטורים קולקטיביים מוגדרים ברוב המדינות

1 ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע לט 646 (2004).

המפותחות (כעולה מנתוני ארגון ה-OECD) כפיטורים של שיעור מסוים (אחוז או מספר הננקב ביחס לכלל העובדים במקום העבודה) מהעובדים במקום העבודה בפרק זמן נתון. בדרך כלל מדובר בהיקף פיטורים הנע בין 2% מהעובדים ל-10% מהעובדים, או במספרים נקובים ביחס למספר העובדים המועסקים בחברה, בפרק זמן שבין 30 יום ל-90 יום.² למשל, באנגליה קיים חוק ספציפי משנת 1965 המסדיר את סוגיית הפיטורים הקולקטיביים וקובע כי פיטורים יוגדרו ככאלה אם פוטרו עשרים עובדים ומעלה בפרק זמן של 90 יום. כן נקבע כי פיטורים אלה מקנים לעובדים המפוטרים פיצוי מיוחד, יתר על פיצויי פיטורים רגילים, והוא נגזר בין היתר מתקופת העבודה, מגילו של העובד ועוד.³ בשיטת המשפט שלנו אין הגדרה בחוק לפיטורים קולקטיביים, כפי שאין הגדרה לפיטורים רגילים⁴ או ליחסי עבודה בכלל. סעיף 37 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 מחייב הודעה לשירות התעסוקה על פיטורי עשרה עובדים ומעלה תוך חודש, אך לא נאמר במפורש כי אלה פיטורים קולקטיביים או מה משמעותם ומה ההשלכות המיוחדות להם, ככל שקיימות. לעתים ההסכם הקיבוצי הרלוונטי מפרט מה הם פיטורי צמצום באותו מקום וקובע בעניינם, אך ככלל הפסיקה בפועל היא שעסקה בנושא וקבעה בו כללים.

סיווג סוגי הפיטורים הקולקטיביים

בבג"ץ הסתדרות עובדי המדינה⁵ אומץ הסיווג של סוגי פיטורי הצמצום שנקט בפסק דינו של בית הדין הארצי מפי הנשיא בר-ניב, שבעניינו הוגשה העתירה.⁶ מדובר בחלוקה דיכוטומית לשלושה סוגים של פיטורים בעלי אופי קבוצתי כדלהלן:

(א) פיטורי צמצום (*cutbacks, redundancy dismissals*)

פיטורים הנובעים מהצורך לצמצם את מצבת העובדים במפעל כולו או בתחום מסוים בו עקב קשיים כספיים שבהם נתון המפעל או עקב ירידה מהותית בביקוש לתוצרתו.

- 2 הנתונים הנוגעים למשפט משווה בפסקאות הבאות לקוחים מתוך: OECD, A Detailed Description of Employment Protection Regulation in Force in 2003, Paris 2004, 19–21, www.oecd.org/employment/protection; וכן נתונים מעודכנים לשנת 2008, המצויים באתר הנ"ל.
- 3 נכון לאותה עת לא הייתה לעובד מפורט זכות לקבל פיצוי פיטורים, ואילו בפיטורים קיבוציים ניתן לו פיצוי כאמור.
- 4 הגדרה של המונח "פיטורים" אינה מופיעה בחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, ס"ח 136. כמו כן אינה מצויה בהצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985, ה"ח 1718.
- 5 בג"ץ 90/86 הסתדרות עובדי המדינה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(3) 318 (1986).
- 6 דב"ע (ארצי) מו-4/13 מדינת ישראל – הסתדרות עובדי המדינה, פד"ע יז 181 (1986).

(ב) פיטורי רה-ארגון (restructuring dismissals)

פיטורים הנובעים מארגון מחדש של סדרי הייצור במפעל, למשל בשל העברת חלק מתהליך הייצור לקבלן משנה או בשל הכנסת טכנולוגיה חדשה המייתרת חלק מהעובדים.

(ג) פיטורים כלכליים (economic layoff)

פיטורים הנובעים מסגירת המפעל או חלק ממחלקותיו משום שאין כדאיות כלכלית להמשיך פעולתם.

במקומות רבים בעולם יש הגדרה ברורה מאוד המבחינה בין שלוש הקטגוריות. בית הדין הארצי הדגיש באותו עניין כי יש להקפיד שלא לערבב בין מיני הפיטורים הקולקטיביים, בהבהירו כי אף שייתכן מצב שבו תהא יותר מהגדרה אחת רלוונטית במקרה הקונקרטי, הרי יש להקפיד על מודעות לשוני העקרוני שבין הסוגים.

במציאות, כמשתקף מהפסיקה, הדברים אינם חתוכים במדויק, ולכן אפשר לראות בפסיקה לעתים כי נעשה שימוש במונחים אלה ללא הבחנה מדויקת.

הפסיקה התקשתה לעתים בסיווג המקרה הקונקרטי לאחת הקטגוריות שלעיל, שכן בפועל קיים קושי אמתי לעתים להבחין בין שלושת סוגי הפיטורים הקולקטיביים, ואף ייתכנו מצבי ביניים או מצבים הנכנסים לכמה קטגוריות כאמור, וההבחנה ביניהם חמקמקה מעט.⁷ למעשה מדובר בספקטרום רחב של מקרי פיטורים שונים זה מזה הנכנסים להגדרת פיטורים קולקטיביים. נראה שבמציאות מצויים סוגי הפיטורים הקולקטיביים על מעין סקלה: בקצה האחד שלה מצויים פיטורים כלכליים, בקצה השני – פיטורי רה-ארגון, ובין שני הקצוות מצויים פיטורי הצמצום. קיימים גם פיטורים מטעמי התייעלות כלכלית שאינם פיטורים כלכליים מובהקים, כגון פיטורי 900 עובדי בנק הפועלים בשנת 2007 או פיטורי 800 עובדי בנק לאומי במהלך שהוחל בשנת 2012, שמטרתם הייתה, כנראה, השאת רווחי הבנק כאשר מצבו הכלכלי של הבנק היה שפיר.⁸

7 כך למשל בעניין שנדון בבש"א (אזורי י-ם) 4087/01 ג'רוזלם פוסט – בללתי (פורסם בנבו, 23.12.2001), עמדה על הפרק סגירת יחידת הדפוס-אופסט, שבה עבדו ארבעה עובדים מתוך מאה עובדי הדפוס של העיתון, לנוכח רכישת מחשב שמבצע את רישוש התמונות. ההבחנה באותו מקרה בין סיווג הסיטואציה כפיטורי צמצום או שמא רה-ארגון איננה ברורה מאלה.

8 שאלה מעניינת היא אם יש כלל מקום להבחנה בין פיטורים קולקטיביים מטעמים כלכליים לבין פיטורים כלכליים, הבאים גם הם, במובנם הרחב, על רקע מטרתו הכוללת של כל גוף עסקי שהיא התייעלות והשאת רווחים. ביטוי לתפיסה כזו אפשר למצוא בדברי השופטת ורדה אלשיך בבית המשפט המחוזי בבש"א (מחוזי ת"א) 8852/08 ע"ד אבנר כהן בתפקידו כנאמן בהקפאת הליכים של עיריית טייבה – מצארווה (פורסם בנבו, 20.11.2008) אשר חשה קושי

אך אין לבוא בטרוניה לפסיקה, שהרי כעולה מהאמור בהוראת התקשי"ר המובאת לעיל, אף בו ההבחנה אינה כה מדויקת. זו לשונה של הוראת התקשי"ר הנדונה, סעיף 82.271:

פיטורים ייחשבו כפיטורים לשם צמצומים כשמתעורר הצורך בפיטורי עובדים, כתוצאה מסיום עבודה או הפסקתה או צמצום העבודה ביחידה. רבות צמצום העבודה או הפסקת העבודה, כתוצאה משינויים בארגון העבודה או עקב שינויים טכנולוגיים. מסירת עבודה לקבלנים לא תיראה לעניין הסדר זה כסיום עבודה, הפסקתה או צמצומה.

בבג"ץ הסתדרות עובדי המדינה,⁹ שבו הוגדרו שלושת סוגי הפיטורים הקולקטיביים, התייחס בג"ץ להוראת התקשי"ר 82.271 דלעיל ובחן, כפי שעשה בית הדין הארצי לעבודה בפסק הדין שעליו הוגש הערעור, אם בהוראת התקשי"ר יש חסר (לקונה) שיש להשלים, או שמא מדובר בהוראה נגטיבית שמשמעותה כי רק פיטורי צמצום צריכים להיעשות בדרך זו האמורה בתקשי"ר. המסקנה שאליה הגיע בג"ץ באותו עניין הייתה כי הוראת התקשי"ר מתייחסת רק לאחד משלושת הסוגים – לפיטורי צמצום – וכי אין הוראות באשר ליתר סוגי הפיטורים הקולקטיביים – פיטורים כלכליים ופיטורי רה-ארגון.

באותו מקרה פוטר עובדות ניקיון הואיל והמדינה החליטה שחברת שירותים תבצע עבודה זו. הן בית הדין הארצי והן בג"ץ סברו שאין מדובר בפיטורי צמצום אלא בפיטורי רה-ארגון, שהוראות התקשי"ר העוסקות בפיטורי צמצום בלבד אינן חלות עליהם. מנגד, בפסק הדין בעניין חורש¹⁰ נקבע סיווג שונה אף על פי שעובדות המקרה היו דומות. למשל, בעניין חורש דובר בפיטורי עובדת שעבדה כמנקה בשירות התעסוקה לאחר המעבר לבניין המשרדים החדש, שם בוצעו עבודות הניקיון על ידי בעלי הבניין המשכירים. באותו עניין קרא בית הדין למהלך זה פיטורי צמצום והחיל עליהם את הוראות התקשי"ר, שכאמור חלות רק על פיטורי צמצום. עובדות המקרה בשני המקרים כמעט זהות, אולם הפיטורים סווגו כמשתייכים לקטגוריות שונות. במקרה הראשון אמרה הפסיקה כי אין מדובר בפיטורי צמצום, ולכן לא חלה הוראת התקשי"ר, ואילו במקרה השני נקבע כי מדובר בפיטורי צמצום וחלה הוראת התקשי"ר.

בדיכוטומיה שבין פיטורי צמצום לבין פיטורים בעילה מקצועית בחברה המצויה בהקפאה, בהתחשב בכך ששניהם נובעים מתהליך ייעול עמוק ויסודי של החברה.

9 בג"ץ הסתדרות עובדי המדינה, לעיל ה"ש 5.

10 ע"ע (ארצי) 202/05 לשכת התעסוקה – חורש (לא פורסם, 7.8.2005) (להלן: עניין חורש); בג"ץ 626/08 חורש נ' שירות התעסוקה (פורסם בנבו, 6.5.2008); ע"ב (אזורי ב"ש) 1470/03 חורש – לשכת התעסוקה (פורסם בנבו, 17.1.2005).

חרף הבעייתיות בסיווג הליך הפיטורים הקולקטיבי לאחת ההגדרות הדיכוטומיות נודעת לסיווג חשיבות רבה בניחוח הליך הפיטורים, באשר לחובותיהם ולזכויותיהם של הצדדים לתהליך.

הליך הפיטורים הקולקטיבי מורכב משני מישורים הבנויים זה על גבי זה: המישור הקיבוצי, המתנהל בין המעביד לארגון העובדים, הוא לב התהליך ובו נתונה לעובד עיקר ההגנה. במהלך שלב זה נערכת התייעצות עם ארגון העובדים ונעשים צעדים נוספים על פי הנורמות הרלוונטיות המחייבות את הצדדים. במישור האישי נבחן עניינו של העובד הספציפי מול המעביד, ובמהלכו מתקיים שימוע אישי לעובד.

חשיבות סיווג הפיטורים, על פי החלוקה הזאת, נובעת בין היתר מכך שסוג הפיטורים ומיקומם במדרג משליכים על עצמת הזכויות המעורבות וממילא על עומקן והיקפן של חובות הצדדים במישור הקיבוצי ובמישור האישי. לחומרת מצבו הכלכלי של המעביד, אשר הוביל להליך הפיטורים, יש השלכות על רמת הזכויות המעורבות ועל עומק הדרישות שיש לדרוש הימנו במהלך הליך הפיטורים. פיטורי צמצום במובנם החזק, הקרוב לגרעין הקשה של פיטורים מסוג זה, דהיינו פיטורים הנוגעים לסגירת העסק או מחלקה בתוכו עקב קשיים כלכליים חמורים על רקע החשש מפני "טביעתה של הספינה כולה", שונים מפיטורי צמצום עקב מצב מינורי יותר, שהם אך בגדר "הידוק החגורה" מחמת מחסור מזומנים זמני, ובוודאי מפיטורים הבאים רק לצורכי התייעלות כלכלית ללא סכנה ממשית המאיימת על גוף העסק.

על כן, למשל, יש להבחין בין פיטורים הנובעים מסגירת העסק עקב קריסתו, שבהם תקטן חובת המעביד לבחון חלופות במסגרת חובת ההיוועצות או החובה לנהל משא ומתן או להגיע להסכמה, ככל שזו קיימת, לעומת זו שתידרש ממעביד במצב של עסק כלכלי חי ומתפקד באופן רווחי, ומטרת הפיטורים היא אך מקסום רווחיו. הנטייה להתחשב במעביד תגבר כאשר זה מצוי במשבר כלכלי העשוי לגרום לקריסתו והוא פועל למען אינטרס משותף שלו ושל העובדים – לקיים את המפעל.

השלכות אחרות לקביעת סוג הפיטורים עשויות להיות למשל על לוח הזמנים ודחיפות התהליך, וכן על היקף הדרישות מהמעביד במישור האישי מול העובד (כגון בקיום חובת השימוע, כפי שיבואר בהמשך).¹¹

כמו כן יש חשיבות להקשר הכללי ולנסיבות הליך הפיטורים, כגון זהות המעסיק: גוף ציבורי לעומת גוף פרטי, חברה גדולה לעומת חברה קטנה, וכן למצב שוק העבודה בכללו –

11 ראו בעניין זה ס"ק (אזורי י-ם) 6/09 הארגון הארצי של עובדי החברה למתנ"סים – החברה למתנ"סים (פורסם בנבו, 25.2.2010).

אם מדובר במשבר כלכלי כולל או שמא במשבר ספציפי של הארגון, אם מדובר בנסיבות שלמעביד יש שליטה עליהן אם לאו, מצבו הכלכלי הכללי של העסק או המחלקה ועוד.

ב. הזכויות המתנגשות

1. צנר הזכויות והאינטרסים

נעמוד בקצרה על הזכויות המעורבות בהליך הפיטורים הקולקטיביים. הזכויות העומדות בלבו של הליך פיטורי הצמצום הן בעיקרן שתיים: זכות המעביד לנהל את עסקו, (הפררוגטיבה של המעביד), וכנגדה זכות העובד לעבוד. יש לזכור כי בשונה מפיתורים רגילים, בהליך הפיטורים הקולקטיביים מעורב אלמנט מרכזי נוסף, הלא הוא האינטרס של הכלל, הטומן בחובו את זכותם של כלל העובדים במפעל לקיים את המפעל ולעבוד בו. נציגות העובדים היא שאמונה על שמירת זכות העובד לעבוד, הן בנוגע לעובד הפרטי והן בנוגע לכלל זכות עובדי המפעל. יש לזכור כי במקרים מסוימים מימוש האינטרס של כלל העובדים לעבוד יתאפשר רק במחיר פגיעה בזכותם של עובדים ספציפיים לעבוד, ולפיכך קיים מתח מובנה בסיטואציה.¹² כמו כן חבים ארגון העובדים והעובד מחד והמעביד מאידך חובת תום לב מוגברת או חובת נאמנות,¹³ הנובעת מעצם טיבם וטבעם של היחסים החוזיים המתמשכים. האינטרס המשותף לכל הצדדים הוא קיום המפעל, כפי שאומרת השופטת נילי ארד בעניין שדה:¹⁴

אולם אף זאת אנו יודעים: משנקלע המפעל... למצוקה קיומית, אין מדובר באינטרסים נוגדים של השותפים ליחסי העבודה במקום, כי אם באינטרס משותף אחד, והוא להמשיך ולקיים את פעילותו של העסק או המפעל... השאלה הקשה היא: באיזה מחיר? ומי הוא שישלם את המחיר? ועל חשבון מי יבוא? בצד האינטרס של המעביד לנהל את עסקו באופן שלא ייפגע קניינו, עומד האינטרס של העובדים, הן ככלל והן כפרטים. ככלל – חשוב לעובדים המשך קיומו של המפעל – מקור פרנסתם; כפרטים – יבקש כל אחד מן העובדים להחזיק במשרתו, הגם שברור הוא שאין מנוס מפיטורי היחיד כדי שלא ירד המפעל כולו לטמיון.

12 בעניין חובת נציגות העובדים לייצוג הולם ראו דב"ע (ארצי) לו/4-7 אל-על נתיבי אוויר לישראל – חרות, פד"ע ח 197 (1977).

13 כפי שמופיע בדברי ההסבר להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985.

14 ע"ע (ארצי) 1290/02 מדינת ישראל – שדה (פורסם בנבו, 6.3.2003).

אשר על כן הליך הפיטורים הקולקטיביים נערך ונבחן הן במישור הקיבוצי והן במישור האישי, ועליו לעמוד בסטנדרט של האיזון הראוי בשני המישורים. זכות הניהול של המעביד וזכותו של העובד לעבוד הן זכויות הליבה (hard core) הבאות לידי עימות במצבים של קשיים כלכליים בעסק העלולים להוביל לפיטורי עובדים. על כל אחת מהזכויות נוספות זכויות המצויות בהילה, שחלקן זכויות משנה הנגזרות מהזכות העיקרית ואינן עומדות בנפרד בפני עצמן. למשל, נמנו בפסיקה ובכתיבה המשפטית, כמובא במאמרה של השופטת אלישבע ברק,¹⁵ זכויות שונות שהן למעשה זכויות המצויות בהילה של זכות העובד לעבוד, כדלהלן: הזכות להתפרנס ולהשתכר לשם קיום אנושי בכבוד, חופש בחירת העיסוק, הזכות לעבוד תוך סיפוק בתחום המיומנות¹⁶ – זכות להגשמה עצמית, זכות שלא להיות מופלה לרעה, זכות לקידום בעבודה, זכות להתקבל לעבודה, זכות להתפטר, זכות לביטחון תעסוקתי (זכות שלא להיות מפוטר שלא כדין), זכות ההתארגנות, וכנגזרת – הזכות לשבות והזכות למאבק מקצועי.

2. טיב הזכויות והאיזון ביניהן – איזון אנכי או אופקי

ככלל, רואים בפררוגטיבה של המעביד זכות הנובעת מזכותו הקניינית על העסק, ולעומתה זכות העובד לעבוד נחשבת לזכות חברתית ביסודה. אמנם לעתים קיימת התייחסות לזכות הפררוגטיבה של המעביד כאל זכות חוזית, אך ברור שזו נובעת מבעלותו על המפעל שהוא קניינו. מנגד, היו שסברו כי יש לראות בזכותו של העובד זכות מעין־קניינית שמקורה בקניינו על הונו האנושי.¹⁷ בעניין לויין¹⁸ סברה השופטת אלישבע ברק כי זכות העובד לעבוד היא זכות חברתית או חירות. יש כאן אפוא התנגשות בין הפררוגטיבה של המעביד, שהיא זכות יסוד קניינית המעוגנת בחוק היסוד, לבין החירות של העובד, דהיינו יש לערוך ביניהן איזון אנכי. לעומת זאת בפסק הדין המאוחר יותר – בעניין משה¹⁹ – היא אומרת שאלה זכויות דומות – שתיהן זכויות חברתיות שהן "זכויות אדם יסודיות", ויש לערוך

15 ראו מאמרה של אלישבע ברק "אילווצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – איזון ראוי" ספר מנחם גולדברג 210 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן־ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

16 ראו ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000); דב"ע (ארצי) נו/182-3 המרכז הרפואי שערי צדק – פרט (פורסם בנבו, 24.10.1996).

17 דב"ע (ארצי) נו/7-3 לבון – מ.ת.מ. מבני תעשייה ומלאכה בע"מ, פד"ע לב 584 (1997); ע"ע (ארצי) 300258/97 חנן – המועצה המקומית מנחמיה (פורסם בנבו, 28.2.2002).

18 ע"ע (ארצי) 359/99 לויין – רשות השידור, פד"ע לו 400 (2001).

19 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

ביניהן איזון אופקי.²⁰ במאמרה, שכותרתו "אילוצים כלכליים מול הזכות לעבוד", היא גורסת שאפשר לראות בהן או שתי זכויות קנייניות או שתי זכויות חברתיות שוות (כשזכות המעביד היא זכות חברתית הנגזרת מהזכות הקניינית), ועל כן יש לראות את הזכויות כשוות זו לזו במעמדן.²¹

שינוי סיווגן של הזכויות בפסיקה ובכתיבה המשפטית מעת לעת, יוצר לטעמנו אי-בהירות מושגית. לדידנו, יש חשיבות לניתוח המושגי של הזכויות גם אם בפועל לא בהכרח תהייה השלכות מעשיות להבחנה. מבחינת הניתוח הנכון של הזכויות הן אינן שוות אפוא במהותן, אלא כאמור הראשונה קניינית²² והשנייה זכות חברתית.

במובן זה קיים פער ביניהן, שכן זכות הקניין היא זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, כנובע מסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו הזכויות החברתיות הוכרו בפסיקה אך עדיין לא זכו למעמד של זכויות יסוד, באשר הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות,²³ המעגנת בין היתר את זכות העובד לעבוד²⁴ כמו גם זכות ההתארגנות²⁵ וזכות השביתה,²⁶ לא הבשילה לכדי חוק-יסוד, אף כי בפסיקה נעשה ניסיון לתת לה מעמד כזה, או קרוב אליו.²⁷

20 וכך נאמר שם: "לשני הצדדים ליחסי עבודה זכות יסוד. בעיני שתי הזכויות הן זכויות קרויות 'זכויות חברתיות'. לאחד הזכות לעבוד. לשני הזכות הניהולית. שתיהן בעיני זכויות חברתיות ועל כן שתיהן מתאזנות זו כנגד זו. זהו איזון אופקי – איזון בין זכויות אדם בין לבין עצמן. עמדתנו על הגדרתן של זכויות אלה במאמרי "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי", ספר מנחם גולדברג, הוצאת סדן 2001, בעמ' 223: בעיני שתי הזכויות, הזכות לעבוד, להתפרנס ולעבוד בשטח בו אדם רוצה לעבוד ורוצה להתפתח, והזכות הניהולית הן זכויות אדם יסודיות. אין לנו צורך למלא חסרים או לקרוא תניות מכללא לחוזה העבודה. הן נובעות מתוך השיטה כולה ובאות לידי ביטוי בפסיקתנו, בחינת 'המשפט המקובל נוסח ישראל'. הפסיקה פיתחה זכויות אדם אלה ורואה בן חלק מהשיטה (ראה גם עמודים 214–215 למאמר). זכותו של העובד לעבוד כוללת בחובה את הזכות לביטחון תעסוקתי, כולל ביטחון שלא להיות מפוטר שלא כדין ובמסגרת זו קמה הזכות שטרם סיום יחסי העבודה בגין צמצום כלכלי לצורכי הבראת המפעל, יישקל עניינו של העובד באופן ענייני. פירוש הדבר שקילת צרכי המפעל מול שקילת נסיבותיו האישיות של העובד. לצד הזכות לעבוד קיימת הזכות הניהולית של המעביד. בעיני, כאמור, גם זו זכות אדם חברתית השייכת, על פי הקלסיפיקציה הנעשית כיום, לזכויות החברתיות, כלכליות ותרבותיות".

21 ראו מאמרה של ברק, לעיל ה"ש 15; עניין לוי, לעיל ה"ש 18.

22 שכן זכות הניהול של נכס או קניין איננה זכות נפרדת מהותית מהזכות בקניין עצמו, אלא נגזרת ממנו ומכוחו. מנגד קשה לראות בזכותו של העובד להשתמש בכוח העבודה שלו כזכות קניינית במשמעות המקובלת של זכויות קנייניות.

23 ראו הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 2256; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ב 214.

24 שם, בס' 3 נאמר כי "לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך ובתחומי הבריאות, הדיור והרווחה החברתית". (ההדגשה שלי – א' א').

גם אם אין מדובר בזכויות שוות, שתי הזכויות, ככל זכויות האדם, אינן זכויות מוחלטות ויש לאזן ביניהן.²⁸ כאמור, מאחר שזכות הפררוגטיבה של המעביד היא זכות קניינית וזכות העובד לעבוד היא זכות חברתית, האיזון שיש לעשות בין הזכויות הוא אפוא איזון אנכי, המביא בחשבון את עליונותה החוקתית של זכות הפררוגטיבה של המעסיק על פני זכות העובד לעבוד, ולא איזון אופקי. יש לאזן בין הזכויות כאשר נקודת האיזון נוטה לטובת המעביד אלא במקרה של פגם מהותי בשימוש שנעשה על ידיו במסגרת הפעלת זכות הפררוגטיבה. לאמור, אין פירוש הדבר שזכות המעביד תגבר בכל מקרה, אלא יש לבחון עצמת הזכות העומדת לעובד ועומק הפגיעה בזכותו במקרה הקונקרטי. יש להבחין בין מעמדה הנורמטיבי של הזכות לבין משקלה של הזכות. ייתכן מצב שבו זכות נמוכה יותר נורמטיבית תגבר על זכות גבוהה יותר הואיל והמשקל או נוסחת האיזון יהיו כאלה שיטו את הכף לטובת הזכות שלה מעמד נורמטיבי נמוך יותר. בפועל הבדיקה באשר לאיזון הראוי, בין הזכות הניהולית של המעביד לזכותו של העובד לעבוד על כל מרכיביה, נבחנת בכל מקרה לגופו, וייתכנו בהחלט מצבים שבהם זכותו של העובד נפגעה באופן המצדיק כי זו תגבר על זכותו של המעביד.

3. נקודת האיזון הארכימדית

נוסחת האיזון נקבעת בכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו, הדין החל עליו, ההסכם הקיבוצי והנוהג שבין הצדדים. יש להבחין בין מקרה שבו חל לפי הדין הסכם קיבוצי או נוהג הקובע את החובות המוטלות על הצדדים במסגרת ההליך של פיטורי צמצום, ושמוכחו נגזרת נוסחת האיזון הרלוונטית, לבין מקרה שבו לא חל הסכם קיבוצי או נוהג ובו חלה נוסחת האיזון הבסיסית.

במקרה שקיים מקור נורמטיבי הסכמי או נוהג שבו נקבע האיזון הראוי, הרי נוסחת האיזון נקבעת על פי מקור נורמטיבי זה. המקור הנורמטיבי האמור עשוי לקבוע חובות

25 שם, ס' 4.

26 שם, ס' 5.

27 ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 177 (מהדורה שנייה, 2010); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 674-675 (2010). בנוגע לתחולת חוקי היסוד ועקרונותיהם במשפט הפרטי, בייחוד בדרך של גוף דו-מהותי, ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001).

28 עניין לוי, לעיל ה"ש 18.

וזכויות שונות המוטלות על הצדדים כאיזונים שונים. מקום בו לא קיים מקור נורמטיבי הסכמי או נוהג, יימצא העיגון לנוסחת האיזון במקורות אחרים, הן במקור חובה של תקינות פרוצדורלית והן במקור חובה מהותי כדוגמת חובת תום הלב, הזכות להליך הוגן, מבחני המידתיות, חובת ניהול משא ומתן ודמוקרטיזציה ארגונית כפי שנראה בהמשך.

בעניין ספן²⁹ לדוגמה הותוותה נוסחת האיזון הקבועה החלה בהיעדר הסכם קיבוצי והמתבטאת בעיקרה בקיומה של חובת ההיוועצות הקיבוצית מחד וחובת השימוע האישי מאידך.

ג. צדק מהותי וצדק הליכי

נוסחאות האיזון השונות (לאור הפסיקה והחיוכים שנקבעו בהסכמים הקיבוציים) וכן אופן הפעלת הנוסחאות צריכים לעמוד בסטנדרטים ראויים, הן בפן המהותי והן בפן ההליכי. תקינות הליך הפיטורים הקולקטיביים נבחנת בשני היבטים של ההליך: האחד הפרוצדורה של הליך הפיטורים, והשני תוכנו של ההליך – מהותו.³⁰

בפן הראשון נבחנת הדרך שבה נערכו הפיטורים ושלבמסגרתה באים לידי ביטוי הכללים הנוגעים לתקינות הליכית: כללי צדק טבעי, תיקון וביטול החלטה, שקיפות ועוד.

לעובדים זכות יסוד להליך ראוי או להליך הוגן בגדר ה־due process הנהוג בארצות הברית. במשפט הפילי שלנו הוכרה זכותו של נאשם להליך הוגן כזכות יסוד.³¹ על דרך זו אפשר לומר כי לעובדים זכות יסוד להליך הוגן, הכוללת, עת יש יחסים קיבוציים, חובת קיום התייעצות ארגונית.

בפסק דין לוי³² אמר בית הדין הארצי כי יש לעובד זכות של הליך הוגן. חשיבותה של התקינות הפרוצדורלית של הליך הפיטורים רבה. הזכות להליך הוגן עשויה להצמיח חובות שונות של המעביד כלפי כלל העובדים (כגון חובת ההיוועצות או חובת ניהול משא ומתן) וכלפי העובד המפוטר במישור האישי (כגון חובת שימוע, איסור משוא פנים, גילוי והנמקה).

הפן השני הוא מהות ההחלטה, אשר במסגרתה נבחנים היבטים מהותיים: מידתיות ההחלטה, תום לב, היעדר שיקולים זרים ושוויון. זה המקום לומר דברים אחדים על אודות הפן המהותי.

29 ע"ע (ארצי) 701/05 ספן – בן ציון (פורסם בנבו, 5.11.2006).

30 עניין לוי, לעיל ה"ש 18, פס' 3 לדברי השופטת ברק.

31 ע"פ 8010/07 חזיזה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.5.2009).

32 עפ"א (ארצי) 21/05 לוי – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.2008).

1. מידתיות

לדידנו יש לבחון את האיזון הראוי בין הזכויות ויישומן בהליך הפיטוריים הקולקטיביים לפי עקרון המידתיות. שלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות הם מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי המינימלי ומבחן המידתיות במובנה הצר באמצעות איזון של נזק מול תועלת.

עקרון המידתיות מחלחל לכל שיטת המשפט שלנו, אף למשפט הפרטי.³³ אם כך בכל התחומים, ודאי יש הצדקה לסטנדרט מוגבר ביחסי העבודה, שבהם מדובר בצדדים הקשורים זה לזה לאורך זמן, ואשר פערי הכוחות ביניהם מובנים.

ד"ר גיא דוידוב דן במאמרו³⁴ בהחלת מבחן המידתיות על יחסי עבודה לא רק כאשר מדובר בגוף ציבורי או דרמהוטי, אף כי לשיטתו אין להחיל את המבחן בכל התחומים. דוידוב סבור כי יש להגביל את השימוש בעקרון המידתיות בתחום של פיטורים ובתחום של שביתה והשבתה, שם זה עניין קיבוצי.

ההצדקה העיקרית המובאת שם ליישום עקרון המידתיות לא רק במשפט הציבורי כי אם גם במשפט הפרטי היא הכוח הקיים בידי המעביד, בדומה לכוח הקיים בידי הרשות, אשר מצדיק הגבלתו באמצעות מבחני מידתיות. למעשה, התפיסה בדבר קיומם של פערי הכוחות הקיימים בין העובדים למעביד היא העומדת ביסודו של משפט העבודה המגן. השימוש בעקרון המידתיות מאפשר להגביל את כוחו של המעביד במקום שבו האמצעים שהוא נוקט אינם מידתיים. השופט אלישבע ברק גורסת בעניין משה כי האיזון בזכות המעביד הוא באמצעות מדד הסבירות, ופעולה בחוסר סבירות יכול שתצא מגדרי הפררוגטיבה הניהולית של המעביד.

בהקשר זה ייאמר כי יש כלים היפים לשימוש עת עסקינן ברשות מנהלית, ואינם יפים עת מדובר בגוף פרטי מסחרי גרידא. גם כאן נעשה שימוש הולך וגובר בכלים שבמקור נעשה בהם שימוש במשפט הציבורי. יש כמובן להיזהר מהחלת עקרונות מהמשפט המנהלי באופן זהה גם על המשפט הפרטי, שם החלתם משמעה גם הטלת חובות על אנשים פרטיים – אלה העומדים בצד שכנגד – המעבידים בדרך כלל. לעתים יש מקום להיעזר בכלים אלה לצורך

33 כך למשל אמר השופט (כתוארו אז) אהרון ברק בנוגע לעקרונות היסוד של השיטה, וזכויות היסוד בכללם, בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 27: "דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם".

34 גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני עבודה" עיוני משפט לא 5, 42 (2008).

תיקון חולשה מעמדית, כשיש "כשל שוק" בהשגת התוצאה הרצויה, אך יש לעשות כן בזהירות ובמידה. אחת השיטות להחלת החובות מהמשפט הציבורי על גורמים פרטיים היא הגדרתם כגוף דומהותי כפי שנעשה על ידי השופטת ברק בפסק הדין ביבס נ' שופרסל.³⁵ בעניין לוי³⁶ בוחן השופט רבינוביץ את הפעולה של פיטורים קולקטיביים לפי מבחני המידתיות ומוצא כי זו מידתית:

בחנית פעולה זו של פיטורים קולקטיביים מנקודת מבטו של מבחן המידתיות, מביאה למסקנה, כי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי – פיטורים מסיביים – לבין המטרה – התייעלות החברה לשם הפרטתה והכשרתה לעמוד בתחרות הקיימת בשוק. האמצעי בהחלט עתיד לקדם את המטרה, של התייעלות והפרטה. הוא גם אמצעי "מינימאלי" במובן זה, שספק אם אפשר היה להשיג את המטרה באמצעים הפוגעים פחות בזכויות הפרט.

המטרה עצמה – התייעלות והפרטה – היא בהחלט מטרה לגיטימית ותנאי הפרישה המפליגים יוצרים את האיזון הראוי. מבחינה זו הליך הפיטורים הקולקטיבי עומד בהחלט במבחן המידתיות.

2. תום לב

כנפיה הרחבות של חובת תום הלב פרוסות על פני היחסים החוזיים בכלל, ובייחוד על יחסי עבודה, שמטיבם וטבעם הם יחסים מתמשכים המחייבים תום לב מוגבר מצד הצדדים, על פי דוקטרינת חווי היחס. בפסיקה נדונה סוגיית חובת הנאמנות שחבים הצדדים ליחסי העבודה במישור הקיבוצי ובמישור האישי.³⁷ נציין כי חובת נאמנות נקבעת בהצעת חוק חוזה עבודה שלא הבשילה לכדי חוק.³⁸ האמור בהצעה משקף למעשה את מה שנקבע בפסיקה בתחום יחסי העבודה ולפיה יש בין הצדדים חובת נאמנות המשקפת דרישה לתום לב מוגבר.

35 ע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481 (2001). ראו גם דעתו של הנשיא אדלר החולק עליה שם.

36 ע"ע (ארצי) 569/06 לוי – "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2008).

37 ע"ע (ארצי) 93/07 ארבל – נ.א.ס.ס. נוירומסקולר אלקטריקל סטימיוולשין סיסטמס (פורסם בנבו, 19.11.2008); ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421, 437–438 (1997); ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999); ע"ע (ארצי) 62/08 לבל – חברת הדקה ה-90 (פורסם בנבו, 27.12.2009).

38 ס' 7 ודברי ההסבר להצעת חוק חוזה עבודה.

3. היעדר שיקולים זרים

על המעביד חל איסור לשקול שיקולים זרים, כגון שיקולים מחמת נגיעה אישית או כספית או בשל קרבה משפחתית, ניגוד עניינים, או מטעמים לא ענייניים (בנוגע לשיקולים הלגיטימיים ראו דיון להלן).

4. שוויון

על ההליך כולו לעמוד בסטנדרטים ראויים של שוויון ומניעת הפליה בעבודה מטעמים שונים על פי החקיקה, כגון מחמת השתייכות לארגון עובדים, מגדר, הורות, נכות, שירות מילואים, בטיחות וגהות בעבודה, ונדון בזה להלן. הקפדה על השוויון כוללת הגנה מיוחדת על קבוצות אוכלוסייה מוגנות במסגרת העדפה מתקנת. הדיון בהיקפו של עקרון השוויון במשפט העבודה חורג מגדר דיונו, ולכן לא נרחיב בו כאן אף שנעסוק בו בהמשך.

ד. המישור הקיבוצי

אופן ביצוע פיטורים קולקטיביים יתרחש בשני מישורים – במישור הקולקטיבי ובמישור האינדיווידואלי. כך תיאר השופט צור בעניין משה³⁹, בזו הלשון:

יישום התכנית מחייב פעולה בשני רבדים: ברובד הקולקטיבי, יש צורך בקיום התייעצות עם נציגות העובדים. חובה זו של היוועצות יכולה לצמוח מהוראות מיוחדות בהסכם הקיבוצי או בתכנית ההבראה אך היא מתחייבת גם מעצם קיומם של יחסי עבודה מאורגנים במקום העבודה ומן החובה המוטלת על המעביד והעובדים לנהוג זה כלפי זה בדרך מקובלת ובתום לב. במסגרת רובד זה, כדוגמה, יכולות להתגבש רשימות מוסכמות של עובדים המועמדים לפיטורים או להעברה לתפקיד אחר. הרובד השני הוא הרובד האינדיווידואלי ובו קיימת חובה לבחון את עניינו של העובד הפרט העלול להיפגע מיישום התכנית. בחינת עניינו של הפרט חייבת להיעשות עם הפרט עצמו, דבר המוצא ביטוי ברעיון השימוע. הליך השימוע לא נועד לשרת את עצמו, בבחינת "טקס" שיש לקיים אותו. הליך זה נועד להביא לקבלת החלטה מושכלת ונכונה, בנסיבות העניין, תוך שיקול צרכי המעביד מצד אחד ועניינו האישי של העובד מצד שני.

39 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

המישור העיקרי בהגנה על העובד בהליך הפיטורים הקולקטיבי הוא המישור הקיבוצי.⁴⁰ קיימות נורמות שונות הנדרשות במסגרת ההליך על פי מערכת היחסים הקיבוצית החלה על הצדדים, בכפוף לנוהג הרלוונטי או לאמור בהסכמים הקיבוציים ובהסדרים הקיבוציים הרלוונטיים או להיעדרם. כמו כן אפשר לאמץ למשפט הישראלי נורמות המקובלות בשיטות משפט אחרות.

בדרך כלל ההליכים במישור האישי בהליך הפיטורים נערכים עם סיום ההליכים במישור הקיבוצי, אך לעתים מתקיימים מגעים מתמשכים בד בבד.

המגמה כיום בבתי הדין לעבודה היא להעצים את כוחו של ארגון העובדים מתוך הבנה שזכויות העובד יישמרו באמצעות ארגון עובדים שיעמוד אל מול המעביד. היחלשותם של ארגוני העובדים תפגע בסופו של דבר בכוח המיקוח של העובדים למול המעביד. על אחת כמה וכמה שהדברים נכונים בהליך של פיטורים קולקטיביים, שבמהותו הוא הליך במישור הקיבוצי, ועל כן ההגנה העיקרית בו היא הגנה קולקטיבית. נובע מכך כי בהליך של פיטורים קולקטיביים נכון להגביר את כוחו של ארגון העובדים, הקולקטיבי.

1. תיאור המודל המקובל

המודל הנפוץ בארץ לביצוע מהלך של פיטורים קולקטיביים בהיעדר נורמה הסכמית או מנהגית במקום העבודה, כפי שזה תואר בין היתר בפסיקתו של הנשיא אדלר בעניין ספן⁴¹ ובעניין החברה הממשלתית למדליות,⁴² הוא מודל רב-שלבי. בעניין ספן תיאר הנשיא אדלר את עיקרי המודל המקובל כך:

- המעסיק קובע את הצורך בפיטורי צמצום ואת היקפם על פי הצרכים הכלכליים של מפעלו;
- המעסיק מיידע את ארגון העובדים היציג בדבר הצורך לבצע פיטורי צמצום ומנהל עמו הליך של היוועצות;
- המעסיק מוסר לארגון היציג רשימת מועמדים לפיטורים שגובשה על ידיו;
- הארגון היציג רשאי להגיש למעסיק רשימה נגדית;
- ככל שלא נמסרה למעסיק רשימה חלופית, הפיטורים מתבצעים על פי רשימה שגיבש המעסיק;

40 עניין לוי, לעיל ה"ש 36; עניין משה, לעיל ה"ש 1.

41 עניין ספן, לעיל ה"ש 29.

42 ע"ע (ארצי) 1268/01 החברה הממשלתית למדליות ומטבעות – כהן, פד"ע לט 71 (2003) (להלן: עניין החברה למדליות).

- ככל שקיימים חילוקי דעות בעניין זהות המועמדים לפיטורים, רשאי כל צד לדרוש הליך של יישוב חילוקי דעות, לרבות בוררות;
- מעת גיבושה של רשימת מפורטים "סופית" נדרש המעסיק להודיע לכל עובד המופיע ברשימה על הכוונה לפטרו ולהעניק לו הזדמנות להשמיע את טענותיו נגד הפיטורים.

בעניין ספן נאמר כי מודל זה הוא בגדר נורמה מחייבת החלה במקומות עבודה שלא הוסדר בהם במסגרת הסכם קיבוצי מיוחד הליך של פיטורים קולקטיביים. ברם כאמור, באותו עניין היה מדובר במקום עבודה שהוסדר במסגרת הסכם קיבוצי, ולכן הדברים בהקשר זה נאמרו באוביטר.⁴³ הנשיא אדלר קובע למעשה נוסחת איזון קבועה בהיעדר הסכם קיבוצי.⁴⁴

בפועל נקבעים לרוב במערכת היחסים הקיבוציים, הכלים וההליכים השונים שיש לנקוט במסגרת המישור הקיבוצי.

להלן נדון בסטנדרטים השונים הנקבעים בהסכמים או בהסדרים הקיבוציים ובנוהג או בהיעדרם לפי הפסיקה והכתיבה המשפטית, וכן נציע איוונים נוספים לאור מודלים קיימים בעולם.

אפשר להצביע על נורמות שונות של הוראות קיבוציות בנושא, ובהן קביעת חובת היוועצות, חובת ניהול משא ומתן, דרישה להגיע להסכמה, ועדה פריטטית, בוררות. כמו כן במקומות שונים בעולם קיימים מודלים הדוגלים בעירובם של גורמים שלישיים, ארגון

43 שאלה מעניינת אשר טרם עלתה בפסיקה, ולכן עוד לא הוכרעה, היא אם אפשר להתנות בהסכם קיבוצי על המודל המקובל האמור בעניין ספן ולקבוע מודל אחר. דהיינו, אם מדובר בנורמה דיספוזיטיבית בת התניה או בנורמה קוגניטיבית המחייבת באופן כללי. לדוגמה, לפי המודל המתואר לעיל, אין ארגון העובדים מעורב בדיון בסוגיית עצם הצורך בפיטורי צמצום והיקפם, ומעורבותו בתהליך מתחילה אך לאחר גיבוש רשימה שמית תחילית. עולה השאלה אם רשאים צדדים להתנות על כך ולקבוע כי ארגון העובדים יהא מעורב גם כאשר לקביעה בדבר עצם הצורך בפיטורי צמצום ומספר המפורטים כמו גם בקביעת הרשימה הראשונית או בפרמטרים לקביעת הרשימה הראשונה, ומנגד אם הם רשאים להתנות על חובת ההיוועצות ולקבוע כי לא תהא זכות כזו. כאמור, עוד אין הכרעה בסוגיה זו, אך נראה שאי אפשר יהיה לוותר בהסכם על זכות ההיוועצות שנקבעה בפסיקה כנובעת מחובת תום הלב. כמו כן סביר להניח שהנטייה תהא להיצמד למודל שהובא בעניין ספן וברוח האמור בעניין החברה הממשלתית למדליות כמודל ראוי ומקובל.

44 השאלה היא ממה היא נובעת – אם מכוח ההסכם הקיבוצי שהיה באותו עניין או ממודל כלשהו המשקף את המנהג שהיה קיים בתקופה הקולקטיביסטית – ואם זו נורמה מחייבת גם במפעלים חדשים או מפעלים שהוקמו אחרי התקופה הקולקטיביסטית (כגון מפעלי היי טק). כמו כן נשאלת השאלה האם נכון להחילה גם במקום שאין נציגות עובדים. בעניין ספן לא פורטו התבחינים שיש להכניס לתוך נוסחת האיזון והשיקולים שיש לשקול.

עובדים גדול או רשות סטטוטורית, ועל המעביד מוטלת חובת הודעה או התייעצות או ניהול משא ומתן גם כלפיהם.

2. היועצות בארגון עובדים

חובת ההיועצות של המעביד עם נציגות העובדים בהליך של פיטורים קולקטיביים מעוגנת בדרך כלל בהסכם או בהסדר קיבוצי או בנוהג. בפסיקה נקבע כי בהיעדר הוראה כתובה זו הנורמה המחייבת אשר חלה מכוח חובת תום הלב.⁴⁵ בהשוואה לדין הזר נמצא כי בארצות אירופה לרוב מעוגנת חובת ההיועצות בנציגות העובדים (ארגון יציג או ארגון עובדים אחר או נציגי העובדים) בחקיקה או בדירקטיבה.⁴⁶

חובת ההיועצות קמה לפני החלטת הפיטורים, כבר במועד שבו המעביד שוקל קבלת החלטה המובילה לפיטורי כוח אדם, כגון מכירת העסק. מטרת ההיועצות היא חשיבה משותפת על דרכים להימנע מהפיטורים או הפחתת מספר המפוטרים וכן דיון בתוצאות הצמצומים.

תהליך ההתייעצות חייב להיות אמתי וכן. לשם כך הוא צריך לכלול:

- התייעצות עם נציגי העובדים, כשההצעות עדיין בשלבי גיבוש.
- הצגת עובדה מוגמרת בפני נציגי העובדים איננה ממלאת את דרישת ההיועצות;
- מסירת פרטים ומידע מספיק לנציגים שאליהם יוכלו להתייחס;
- מתן זמן מספיק לנציגים, כדי שיוכלו להתייחס;
- שקילות חלופות לפיטורי הצמצום;
- התחשבות אמיתית של המעבידים בתגובת הנציגים.

(א) מטרתה של חובת ההיועצות

חובת ההיועצות נועדה להבטיח שהליך הפיטורים הקולקטיביים ייעשה באופן ראוי והוגן, הן בפן הפרוצדורלי והן בפן המהותי.

על המעסיק להראות כי הייתה התייעצות מתאימה עם נציגות העובדים (ועד העובדים או ארגון מייצג אחר), ששיטת בחירת המועמדים לפיטורים הייתה הוגנת ושלא הייתה

45 ראו להלן, הצדקות לקביעת חובת ההיועצות בהיעדר מקור במערכת היחסים הקיבוצית.
 46 עניין לזין, לעיל ה"ש 18; נתוני ה-OECD לשנים 1998–2008, www.oecd.org/employment/, protection. כך למשל ראו ב- "Procedures for Collective Dismissals: Definition and Notification Requirements, 2003."

חלופה תעסוקתית אחרת להעסקתם. כמו כן על המעביד למסור לנציגות העובדים מידע רלוונטי על מצבו הכלכלי של מקום העבודה.⁴⁷

תנאים אלה קשורים זה לזה, שכן התייעצות עם העובדים עשויה למנוע שיטת מיון וברירה בלתי הוגנת וכן יכולה להוביל להצעת עבודה חלופית.

ההתייעצות יכולה גם לייצר פתרונות חלופיים לפיטורים, וכך העובדים המכירים היטב את המפעל יביאו לידי הגדלת הפריזון או לצמצום במקומות אחרים ולא בהכרח במצבת העובדים. בנוסף, מתוך תחושת האחריות של העובדים כלפי המפעל הם עשויים להצביע על העובד שתרומתו הכלכלית לחיותו של העסק פחותה מזו של אחרים, או לוותר על זכויות שונות המגיעות להם כדי לצמצם את ההוצאות ולהביא בכך לחיסכון שימנע את הצורך בפיטורי הצמצום.

ההתייעצות תמנע תחושת ניכור כלפי ההנהלה וחדש לשרירותיות מצדה, וממילא יקל על העובדים להזדהות עם מצב המפעל ולהטות שכס למהלך הצלתו. מיותר להכביר במילים באשר לתועלת הרבה שבהליכה משותפת חלף התנהלות לעומתית, ונדמה שמטרה זו היא החשובה שבמטרות.

כמו כן לחובה זו יש עיגון בתפיסה של דמוקרטיה תעשייתית, וכך גם בתוכנה באשר למקומו וחשיבותו של ארגון עובדים במקום עבודה.

אין ספק כי במערכת יחסים בריאה נכון וראוי שהמעסיק יפרוס את הנתונים בפני ארגון העובדים כדי למצוא את החלופות הראויות, ככל שקיימות, ולשכנע את העובדים בנחיצות המהלך של הבראה, שאותו הוא מבקש לנקוט.

עם זאת בסופו של דבר חובתו של המעביד, שלו הפררוגטיבה הניהולית, לנקוט את כל הצעדים הנדרשים כדי לקיים את המפעל ולהביא להבראתו. חשוב לזכור כי אי-נקיטת צעדים אלה עלולה להכשיל את המפעל בהתמודדותו בתחרות בשוק החופשי. גם כאשר מדובר בגופים ציבוריים חלה על הממונה חובה כלפי הציבור להפעילם ביעילות, ובמקרים מתאימים לנקוט צעדים של התייעלות והבראה.

התרופה לכך תימצא באמצעות קביעת חובת ההיוועצות תוך הפעלת האיזון הנכון בכל מקרה לגופו, על סמך נתוניו ונסיבותיו המיוחדות, כגון מידת דחיפות הצורך בפעולה משמעותית, חשיבות הסודיות, יחסי העבודה, מצבו הכלכלי הכולל של העסק ועוד.

(ב) יתרונותיה וחסרונותיה של ההיוועצות

לקיום ההיוועצות נודעים יתרונות רבים מחד גיסא וחסרונות לא מבוטלים מאידך גיסא. עם יתרונותיה של ההיוועצות אפשר למנות את אלה: ראשית יש בה כדי לתרום לרעיון

47 דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק" – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לג 337 (1998).

הדמוקרטי מן ההיבט של שיתוף העובדים, שהם השותף העיקרי ליחסי העבודה, שותף שקול המעמיד את ההון האנושי אל מול הממון שמביא עמו המעביד; ההיוועצות חשובה לאיכות המקצועית של ההחלטה הן באשר לעצם החובה לנקוט מהלך של פיטורי צמצום, הן באשר להיקפו ובאשר לשאלה היכן יצמצמו, כיצד וכמה; לעובדים יש המידע הרלוונטי והאחריות כשותף שקול להחלטתו של המפעל; ההיוועצות עשויה להביא בפני המעביד את הקולות של כלל קבוצת העובדים, כולל חלקים בתוכה, שהחלטה לנקוט פיטורי צמצום נוגעת להם יותר מלאחרים; ההיוועצות עשויה להביא להזדהות עם הצורך של המפעל לנקוט בצעד כואב של פיטורי צמצום ולשליטת הניכור שעשוי להביא מהלך כזה. מנגד, עם חסרונותיה של ההיוועצות אפשר למנות את אלה: לרוב אי אפשר לקיים היוועצות אמיתית ומעמיקה בפרק זמן קצר, אך לעתים נתון המעביד בסד זמנים אשר איננו מאפשר לו לקיימה כראוי; הפרוצדורה של היוועצות אורכת זמן יקר בעת שהמפעל נלחם על חייו; יתר על כן אותה עת עד לעריכת הפרוצדורה עשויים עובדים לחבל בעבודה הסדירה ולגרום להתמרמרות אף בקרב מי שעשוי להישאר במפעל; ההיוועצות עשויה להיות רק למראית עין, ואז לא יושגו מטרותיה והיא תמנע בחינה אמיתית של העניין ותיצור אשליה כאילו יש לעובדים הגנה.

(ג) היקפה

היקף חובת ההיוועצות עשוי לכלול הן את המידע על אודות הצורך בפיטורי צמצום, הן את מספר העובדים שאותם יש לפטר והן את סוגי העובדים ואת פירוט שמותיהם. היקפה עשוי להתייחס גם לצעדים חלופיים.

ככלל נקבע בפסיקה כי ההחלטה על הצורך בהכרעה או בהתייעלות וההחלטה על עצם הפיטורים נקבעות על ידי המעסיק. כך קובעים השופטת ארד בעניין שדה⁴⁸ והשופט צור בעניין החברה למדליות⁴⁹ ובעניין מרכז הירידים והקונגרסים⁵⁰. נראה שזו גם דעתו של הנשיא אדלר, כעולה מהמודל שהוא מתאר בעניין ספן⁵¹. כך עולה גם מהתקשי"ר כמובא לעיל, שלפיו עצם הצורך בפיטורים ייקבע על ידי המעביד ושלב ההיוועצות יתחיל רק

48 עניין שדה, לעיל ה"ש 14.

49 עניין החברה למדליות, לעיל ה"ש 42.

50 עס"ק (ארצי) 2/03 מרכז הירידים והקונגרסים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית, פד"ע לט 106, פס' 7 לפסק הדין (2003).

51 עניין ספן, לעיל ה"ש 29. בעניין ספן מתאר הנשיא אדלר את הנורמה הראויה ומציין בשלב הראשון כי המעביד קובע את הצורך בפיטורי צמצום והיקפם כאשר רק בשלב הבא הוא מיידע את ארגון העובדים בדבר הצורך בפיטורי צמצום עובר לניהול ההיוועצות עמו.

לאחריו. מנגד השופטת אלישבע ברק דנה בעניין לוי⁵² בחובת תום הלב כמקימה דרישת היוועצות גם בדבר עצם הצורך בפיטורי צמצום. לדבריה, לארגון העובדים יש זכות וחובה לבחון את עצם הצורך בפיטורים כמו גם את מספר המפוטרים ונחיצותו של עובד מסוים.

(ד) פרשנות פסיקתית רחבה

הפסיקה פירשה בהרחבה את החובה להתייעץ עם ארגון העובדים. הפרשנות הפסיקתית הרחבה לחובת היוועצות באה לידי ביטוי בנושא קביעת קיומה של החובה עצמה כאשר בהוראות ההסכם הקיבוצי לא קיים לכאורה מקור חיוב מובהק והפסיקה נדרשת לפרשנות מרחיבה.

הוראה 82.72 לתקשי"ר, המובאת לעיל, פורשה על ידי בג"ץ באמצע שנות השמונים בבג"ץ הסתדרות עובדי המדינה⁵³ כנסמכת על ההסכם הקיבוצי שנחתם בין הצדדים ומסדיר רק את פיטורי הצמצום אך לא את הפיטורים מחמת רה־ארגון או מחמת טעמים כלכליים כפי שהיו באותו מקרה, שם הועברו כל עבודות הניקיון לחברת שירותי כוח אדם. מדובר אפוא בפרשנות המצמצמת את חובת ההתייעצות בארגון העובדים ומוציאה מתוכה את הפיטורים הכלכליים ופיטורי רה־ארגון.

לעומת זאת בפסק דין שדה⁵⁴ מפרשת השופטת נילי ארד את הוראת התקשי"ר בהרחבה, בדחתה את טענת המדינה שלפיה ההוראות חלות רק על עובדים קבועים ולא על עובדים המועסקים בחוזה מיוחד, אף שזה אולי פשוטה של לשון. השופטת ארד קובעת כי אף אם אי אפשר להחיל ההוראה האמורה בתקשי"ר כלשונה על העובדים באותו מקרה, הרי שיש ליישם את ההוראה למצער כהסדר מנחה, בהתאמה הנדרשת ובשינויים המתחייבים. דהיינו, אמנם בעבר פורשו הוראות התקשי"ר באופן דווקני ומצומצם (כמתייחס רק לסוג מסוים של פיטורים קולקטיביים), אך כיום המגמה היא להרחיב את חלות ההוראות הרלוונטיות, כעולה מעניין שדה, שבו הוחלה ההוראה גם בעניין קבוצת עובדים שלכאורה לפי פשוטה של לשון לא הייתה צריכה לחול בעניינה.

ביטוי נוסף להרחבה הפרשנית הננקטת בפסיקה הוא בנוגע לסוגיית דרישת ההסכמה שנקבעה בהסכם קיבוצי, שנדונה בעניין מרכז הירידים והקונגרסים⁵⁵. באותו עניין נדחתה הטענה כאילו הוראות ההסכם הקיבוצי שהצריכו הסכמה לפני פיטורים אינן חלות על

52 עניין לוי, לעיל ה"ש 18, ס' 3 לפסק הדין.

53 בג"ץ הסתדרות עובדי המדינה, לעיל ה"ש 5.

54 עניין שדה, לעיל ה"ש 14.

55 עניין מרכז הירידים והקונגרסים, לעיל ה"ש 50.

פיטורי צמצום. בית הדין הארצי באותו עניין, מפי השופט צור, פירש בהרחבה את חובת ההסכמה הקבועה בהסכם הקיבוצי באותו עניין באופן שתכלול גם פיטורי צמצום. באופן זה של ההרחבה הפרשנית שנעשתה בפסיקה אפשר להסביר גם את השינוי וההרחבה של המושג "פיטורי צמצום" מפסק הדין בעניין הסתדרות עובדי המדינה לפסק הדין בעניין חורש. עובדות שני המקרים דומות להפליא, אך במקרה הראשון, משנת 1986, ננקטה פרשנות דווקנית פורמלית שפטרה את המעסיק מהתייעצות עם ארגון העובדים בנימוק שאין מדובר בפיטורי צמצום אלא בפיטורי רה-ארגון (ולפי התקשי"ר אין צורך בהתייעצות). לעומת זאת במקרה השני (שכאמור עובדותיו דומות ביותר לאלה של הראשון) נקבע – תוך נקיטת דרך של פרשנות מהותית – כי קיימת חובת התייעצות, וכן נקבע שהייתה התייעצות. נציין כי בית הדין הגיע בדוחק למסקנה שהייתה התייעצות והסכמה בכך שלא הייתה תשובה של מועצת פועלי באר שבע אף על פי שארגון העובדים המקומי התנגד. בית הדין ביכר ללכת בדרך זו, שהייתה ארוכה ומפותלת יותר, ולא ללכת בדרך הקצרה ולדחות התביעה בנימוק שאלו אינם פיטורי צמצום, ולפיכך אין נדרשות התייעצות והסכמה (כפי שנקבע כאמור באמצע שנות השמונים בעניין הסתדרות עובדי המדינה⁵⁶). נראה שכאן בית הדין עובר לפרשנות של ערכים והאיזון ביניהם ואיננו מסתפק בפרשנות טכנית פורמלית כפי שהייתה מקובלת בעבר.

(ה) הצדקות לקביעת חובת ההיוועצות בהיעדר מקור חיוב במערכת היחסים הקיבוצית

בפסיקה נקבע אפוא כלל יסוד שלפיו חובת ההתייעצות הקיבוצית היא נורמה מחייבת. חובת היוועצות קיימת גם כאשר אין מקור חיוב הסכמי או נוהג במערכת היחסים הקיבוצית במקום העבודה. כך למשל קבע הנשיא אדלר בעניין ספן ובעניין עיריית קריית גת,⁵⁷ וכך קבעה אף השופטת אלישבע ברק בעניין לויין.⁵⁸ דברים אלה אומצו על ידי השופטת נילי ארד בעניין שדה⁵⁹ וכן על ידי השופט צור בעניין החברה הממשלתית למדליות⁶⁰. המקור בפסיקה לקביעת סטנדרט של חובת היוועצות בהליך פיטורים קולקטיביים, אף בהיעדר הסכם קיבוצי או הוראה פורמלית כתובה אחרת, הוא האיזון הראוי בין הזכויות.

56 בג"ץ הסתדרות עובדי המדינה, לעיל ה"ש 5. ראו ניתוח פסקי הדין וכן פירוט המצב העובדתי שם, בהקשר של סיווג הפיטורים הקולקטיביים כמבואר לעיל.

57 עס"ק (ארצי) 52/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף – עיריית קריית גת (פורסם בנבו, 10.11.2005).

58 עניין לויין, לעיל ה"ש 18.

59 עניין שדה, לעיל ה"ש 14.

60 עניין החברה למדליות, לעיל ה"ש 42, ס' 5 לפסק הדין; עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית – אי.סי.איי. טלקום, פד"ע לו 289 (2001).

כעולה מהפסיקה, מדובר בנוסחת איזון קבועה־בסיסית, שאותה יש להחיל בהיעדר איזון אחר המעוגן במקור הסכמי או נוהג בין הצדדים.

בעניין עיריית קריית גת הנשיא אדלר אומר כי גם אם ההסכם הקיבוצי בוטל כדין ואף בהיעדר הוראה כתובה, יש מכוח חובת תום הלב חובה להיוועץ בארגון העובדים. באותו עניין קבע הנשיא אדלר כי הפרישה מארגון העובדים הייתה כדין, וממילא הואיל ומדובר בהוראה אובליגטורית לא חל ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, אך אף על פי כן חלה חובת היוועצות שנקבעה בפסיקה.

להלן נציע הצדקות נוספות לקביעת חובת ההיוועצות כשאין היא מוסדרת בהסכם או בנוהג במערכת היחסים הקיבוצית.

ההצדקות לקביעת סטנדרט של חובת היוועצות נובעות הן מהפן הפרוצדורלי והן מהפן הנורמטיבי, על פי האמור לעיל באשר לאופן עריכת האיזון הראוי.

1. הזכות להליך הוגן. כאמור לעיל, מכוח הזכות להליך הוגן מתקיימת הצדקה לקביעת חובת היוועצות עם נציגות העובדים בטרם יוחל בהליך פיטורים קיבוצי בעל השלכות משמעותיות ברמה הקולקטיבית, אשר ישפיע על כלל העובדים במפעל. זאת מכיוון שמלבד הפגיעה מעצם פיטורי העובדים נפגע גם כוחו של הקולקטיב משקטן מספרם של כלל העובדים. קיום היוועצות ושמיעת טיעוני נציגות העובדים מתחייבים מהזכות לקיום הליך הוגן, בדומה לזכות הטיעון האישית, הנובעת מכללי הצדק הטבעי.

2. חובת תום הלב – בעניין לויין אמרה השופטת אלישבע ברק כי חובת היוועצות נובעת מכוח עקרון תום הלב.⁶¹ כאמור לעיל, עקרון תום הלב חל על הצדדים ליחסי העבודה ביתר שאת בשל היות היחסים מתמשכים.

3. מידתיות – חובת ההיוועצות היא על פי רוב האמצעי המידתי המינימלי שיש לנקוט בטרם קיומו של ההליך הקולקטיבי.

4. חובת המשא ומתן הקיבוצי – עת יש יחסים קיבוציים הרי שאלה כוללים בחובם, כחלק מזכות ההתארגנות והמשא ומתן הקיבוצי, את זכות ההתייעצות. כאשר אין מערכת

61 עניין לויין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 413. השופטת אלישבע ברק דנה בשאלה אם "יש חובת היוועצות ללא חקיקה, הסדר או הסכם קיבוצי או נוהג בנדון", והיא עונה עליה בחיוב באמרה כי "בעיניי קיימת חובת ההיוועצות גם כאשר הדבר לא נקבע במפורש בחוק, בהסכם או בהסדר קיבוצי, או כאשר לא קיים נוהג כפי שזה קיים אצל רשות השידור. החובה נובעת מכוח עקרון תום-הלב. עמדתי על המיוחד בפיטורין לשם צמצומים, עמדתי על החשיבות שנובעת מכך להיוועצות בין המעביד לנציגות העובדים, חשיבות לשני הצדדים. תום-הלב, שקנה-המידה שלו הוא אובייקטיבי, דורש שמעביד העומד לפטר עובדים מחמת צמצומים, ייוועץ בנציגות העובדים באשר לעצם הפיטורין ולשמות המפוטרים, לכן גם אלמלא הנוהג המוצהר במשיבה הייתה חלה על רשות השידור החובה להיוועץ בגוף היציג של העובדים".

יחסים קיבוציים נראה שחלה חובת היוועצות מכוח סעיף 37 לחוק ההסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 שתוקן לאחרונה⁶² וקובע חובת ניהול משא ומתן ראשוני.
5. דמוקרטיזציה ארגונית – הרצון לחזק ארגוני עובדים ויחסים קולקטיביים תומך בהטלת חובה על המעביד לקיים לכל הפחות היוועצות עם נציגות העובדים במישור הקולקטיבי.

3. הוראות הקבועות במערכת היחסים הקיבוצית

כאמור, לרוב ההסכמים הקיבוציים, ההסדרים הקיבוציים או הנוהג הרלוונטיים קובעים הוראות המסדירות את התנהלות הצדדים בהליך הפיטורים הקולקטיביים ובייחוד במישור הקיבוצי.

אפשר לקבוע בהסכם הקיבוצי נקודות איזון שונות מזו המוצגת לעיל באשר להיקף מעורבות נציגי העובדים בהליך הפיטורים – האם כבר בשאלת עצם ההחלטה על הפיטורים והיקפם או בשלב קביעת זהות המפוטרים, או רק לאחר שקיימת רשימה שמית. נציין כי בהתבוננות בהוראות שנקבעו בהסכמים קיבוציים, הסדרים קיבוציים או נוהג וכן במשפט המשווה, אפשר להצביע על מדרג של חובות שההסכם הקיבוצי עשוי להטיל במישור הקיבוצי על המעביד – החל מקביעת חובת היוועצות עם נציגות העובדים, עבור דרך חובת ניהול משא ומתן, וכלה בחובת הגעה להסכמה, קביעה בדבר קיום ועדה פריטטית או בוררות זבל"⁶³ במקרה של אי-הסכמה, או קביעת מנגנון מוסכם של בוררות (בורר יחיד או מספר אי-זוגי של בוררים) או דרך אחרת להגיע להכרעה וכן מעורבות גורמים שלישיים בהליך.

נציין כי השופט צור סבר בעניין משה⁶⁴ כי חובת ההתייעצות אינה מצמיחה, כדבר המובן מאליו, את החובה לנהל משא ומתן, ואין ללמוד על זו האחרונה רק מקיומה של הראשונה.

כמו כן ברי כי גם במקום שקיימת בו חובת היוועצות או חובת ניהול משא ומתן, אין הכרח להגיע להסכמה. המעביד אינו חייב לאמץ את כל מה שמבקשים הנציגים. במקרה שבו לא הושגה הסכמה, נדמה שיהיה מקום, אם יתאים הדבר, להיזקק למנגנוני פתרון המחלוקות כגון ועדה פריטטית או בוררות זבל"^א. כמו כן כמובן בידי ארגון העובדים האפשרות לנקוט צעדים ארגוניים. יש לזכור שביחסים הקיבוציים קיימות אפשרויות רבות עד לנקיטת צעדים ארגוניים כמו שביתה.

62 חוק ההסכמים קיבוציים (תיקון מס' 8), התשי"ז-1957, ס"ח 2208.

63 בוררות זבל"^א משמעה – זה בורר לו אחד, וזה בורר לו אחד (להלן: זבל"^א).

64 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

(א) טיב ההוראות הקיבוציות: הוראות נורמטיביות או אובליגטוריות

בעניין סיווג הוראות ההסכם הקיבוצי או הסדר קיבוצי הנוגעות להתנהלות הצדדים בפיטורי צמצום במישור הקיבוצי, דהיינו בשאלה אם אלו הן הוראות נורמטיביות או אובליגטוריות, אומר הנשיא אדלר בעניין עיריית קריית גת⁶⁵ כי אלו הוראות אובליגטוריות.⁶⁶ נפקות סיווג זה נוגעת לתחולת ההוראות לאחר ביטול ההסכם קיבוצי, לנוכח הוראת סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים. בעניין זה נתגלעה מחלוקת בין הנשיא אדלר לבין השופטת אלישבע ברק בפסק הדין בעניין עיריית קריית גת, כאשר השופטת אלישבע ברק סברה כי הוראות אלה חלות אף לאחר ביטול ההסכם.

(ב) דרכים חלופיות לפיטורים

כאשר נקלע הארגון למשבר כלכלי יש באפשרותו לנקוט צעדים שונים כדי להקטין ולמזער את פגיעתו.⁶⁷ אחת הדרכים המקובלות ביותר היא פיטורי צמצום. ברם לעתים יש בידו של המעביד לנקוט אמצעי צמצום אחרים חלף פיטורי עובדים. קיים מגוון רחב של אפשרויות לעריכת צמצומים במקומות אחרים מלבד האפשרות הראשונית של פיטורי עובדים, אשר חלקן דורשות הסכמת העובדים. עם האפשרויות שייכתנו נמנות אפשרויות אלה:⁶⁸ הורדת שכר, צמצום הטבות (כגון חופשה, הבראה, בונוסים או זכויות עודפות אחרות) או ויתור עליהן, הקפאת השכר, יציאה לחופשה מרוכזת (עם או בלי תשלום),⁶⁹ סבסוד השכר, פרישה מוקדמת, ויתור על תמורת הודעה מוקדמת, צמצום מספר ימי העבודה (שינוי שבוע

65 עניין עיריית קריית גת, לעיל ה"ש 57.

66 כך נאמר שם: "לנפסק בעבר נוסף ונדגיש, שהאופי האובליגטורי שבהוראות בהסכם קיבוצי שעניינן פיטורים, ברור במיוחד עת באותן ההוראות מוקנה מעמד לארגון עובדים או לאורגנים שלו... וכן באותם המקרים שעולה מההוראות שבהסכם הקיבוצי כי בפיטורים "כלכליים", או בשל "צמצום בעבודה", מדובר... זאת ואף זאת, במקרים כגון אלה מעמד הפרט, שבפיטוריו מדובר, הוא אף נחות ממעמד הארגון ויש וזכויותיו של הפרט נחתכות כמעט במלואן על-ידי פעולות הצדדים להסכם, כשם שעצם הזכות שלא להיות מפורטר באה מההסכם" (צוטט בעניין עיריית קריית גת, לעיל ה"ש 57, מדב"ע (ארצי) מד/19-4 ההסתדרות הכללית – אוניברסיטת תל אביב, פד"ע טו 260 (1984)).

67 עב' (אזורי נצ') 2123/04 טולדנו – עיריית נצרת עילית (פורסם בנבו, 12.8.2008).

68 ראו האפשרויות המוצעות במאמרו של דוד שי "הרהורים על צמצומים" (2002) www.hilan.co.il.

69 היציאה לחופשה (בתשלום או ללא תשלום) לזמן מוגבל או עד "יעבור זעם" ויתבהרו העננים הכלכליים, מאפשרת למעביד ולעובדים לראות אם מדובר במשבר חולף או במצב קבוע. מעסיק יכול להיות במצב קשה אך זמני ולבכר הפסקת עבודתם של עובדים באופן זמני על פני פיטוריהם.

העבודה), הגבלת שעות נוספות. דהיינו, את היקף העבודה שקטן מחלקים מחדש בין כלל העובדים באופן שלכל אחד יהיו פחות עבודה ופחות שכר. החלופות השונות עשויות להביא למניעת הפיטורים, לעתים תוך חלוקת הנטל הכלכלי בין כלל העובדים, או למזער את הפגיעה בעובדים המפוטרים במידת האפשר. כיום קיימים מפעלים (בעיקר בתחום ההיי טק) אשר פועלים בדרך זו כדי למנוע פיטורים קולקטיביים.

על המעביד מוטלת חובה למצות את הדרכים החלופיות, בין היתר באמצעות חלוקת הנטל בין כלל העובדים, בטרם יפנה לצעד הקיצוני והדרסטי של פיטורים.

עניין זה יכול להיות מושג בין היתר במסגרת משא ומתן קולקטיבי עם ארגון העובדים. במסגרת קיום הליך ההיוועצות נראה שעל המעביד להתייחס ברצינות למגוון האפשרויות שמציע ארגון העובדים חלף פיטורים, אף כי אינו חייב לקבלן. מנגד לא ברור עד כמה מחויב המעביד לפרוס בפני ארגון העובדים את כלל הנתונים ולשכנעו שאכן אין דרך אחרת בטרם הוא נוקט פיטורי צמצום.

מיצוי החלופות מתחייב ונובע הן מחובת תום הלב והן מעקרון המידתיות ואף מבחינת יעילות וכדאיות כלכלית.

דרך זו ראויה יותר במקרים רבים ותוערך על ידי העובדים כהוגנת וצודקת יותר מתוך סולידריות בין כלל העובדים, בייחוד כאשר הפגיעה בעובדים אינה קשה מאוד. זאת כמובן בתנאי שאין היא מיושמת בניגוד להוראות חוק קוגנטיות, למשל אם היא גורמת שהעובדים יקבלו פחות משכר מינימום.

עת בוחנים מידתיות הליך הפיטורים תיבחן גם שאלת מיצוי החלופות במסגרת המבחן השני של המידתיות, שעניינו היות האמצעי הננקט אמצעי מינימלי, במובן זה שאין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה. לשם כך יש לבחון את האפשרויות העומדות לרשות המעביד ולתור אחר חלופה הולמת המשיגה את המטרה הרצויה תוך שהיא פוגעת בעובד פחות.

4. חובות ארגון העובדים

עיקרה של ההגנה בפני פיטורי צמצום הוא במישור הקולקטיבי. ניתן אפוא מעמד מיוחד לארגון העובדים בהליך פיטורי הצמצום. מטבע הדברים ארגון העובדים חב כלפי העובדים, אך אין ספק כי יש לו חובה גם כלפי המעביד.

הסמכויות והמעמד המוקנים לארגון העובדים מטילים עליו חובה לפעול בנאמנות, בהגינות ובתום לב כלפי העובדים. ברור אפוא כי הוא מנוע מלשקול שיקולים מפלים או שיקולים זרים. כמו כן הארגון אינו רשאי להעדיף את אלה החברים בו על פני אלה שביכרו

שלא להיות חברים בו (בין שביכרו להיות חברים בארגון עובדים אחר ובין שבחרו שלא להיות מיוצגים), בהיותו מייצג את כלל העובדים. חובת הייצוג ההוגן המוטלת על ארגון העובדים כלפי העובד⁷⁰ מעוררת את השאלה בדבר זכותו של עובד שיוצג שלא כהלכה או עובד הסבור כי הארגון "לא נלחם מספיק למענו", לתבוע את הארגון. בפסיקה נאמר כי חובת הייצוג ההוגן אינה מופרת עם מתן הסכמת ארגון העובדים לפיטורי צמצום או לפיטורי עובד מסיבה סבירה.⁷¹ בעניין וינקלר⁷² נאמר כי לעובד תקום עילת תביעה נגד ארגון העובדים במקרה שבו יוכח כי פעולותיו של ארגון העובדים נבעו משיקולים זרים או מפלים או ממניעים שרירותיים.

(א) בהיעדר ייצוג על ידי ארגון עובדים

כאמור עיקר ההגנה בפיטורים קולקטיביים הוא במישור הקיבוצי. הבעייתיות מתגלה כשנעשה אקט קולקטיבי של פיטורים אך מהתמונה נעדרת, מסיבות שונות, נציגות העובדים. מצבים כגון אלה מתרחשים לעתים מאחר שנציגות העובדים הקיימת אינה מייצגת את העובדים שעליהם מרחפת סכנת הפיטורים, ולעתים מאחר שאין כלל נציגות עובדים במקום העבודה.

נפתח במצב שבו הארגון אינו מייצג את העובד.

בעניין ספן⁷³ היה מדובר בקבוצת עובדים שביקשה ודרשה כי ארגון העובדים לא ייצג אותה בפיטורי צמצום שננקטו במפעל. ארגון העובדים ייצג אפוא את יתר העובדים והקטין את מספר המפוטרים מבלי לייצג את העובדים שביקשו שלא להיות מיוצגים ומבלי לדרוש את הוצאתם מרשימת המועמדים לפיטורים. עובדים אלה טענו לאחר פיטוריהם שלא יוצגו וכי פוטרו על רקע אי-חברותם בארגון העובדים.

טענתם נדחתה על ידי הנשיא אדלר, הואיל והם דרשו במפגיע ובתוקף באמצעות עורך דינם שלא להיות מיוצגים בהליך של פיטורי צמצום על ידי ההסתדרות. ברם בשלב הקיבוצי בפיטורי צמצום יש מעמד לקולקטיב – לארגון העובדים. קביעתו זו של הנשיא אדלר חיזקה כמובן את כוחו ומעמדו של ארגון העובדים, כפי שנעשה גם בחוות דעתו של הנשיא, בדעת המיעוט, בפסק הדין בעניין החברה למדליות. באותו עניין החיל עליהם הנשיא את ההסכם

70 עניין חרות, לעיל ה"ש 12.

71 ע"ע (ארצי) 300205/98 אבני – הסתדרות העובדים, פד"ע לד 361 (1999); ע"ע (ארצי) 1081/00 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – לוי, פד"ע לה 260 (2000).

72 ע"ע (ארצי) 1143/01 וינקלר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לט 153 (2003);

עב' (אזורי ת"א) 2088/04 צוקר – טלרד נטוורקס (פורסם בנבו, 23.9.2009).

73 עניין ספן, לעיל ה"ש 29.

הקיבוצי ונקבע שזכויותיהם יהיו על פיו. דומה הדבר לשימוע שאפשר לוותר עליו, אך ויתור לא יצמיח זכות למי שויתר על השימוע.⁷⁴

(ב) בהיעדר ארגון עובדים

בהיעדר ארגון עובדים תהא הקפדה על מילוי החובות במישור האישי, כפי שנקבע בפסק דין ארבל.⁷⁵ השאלה המעשית שעשויה להתעורר היא עם מי על המעסיק להתייעץ כשאין בנמצא ארגון עובדים, ולמעשה נשאלת השאלה אם יש בכלל שלב קיבוצי. נראה שראוי שהמעביד יכנס את עובדיו או ימסור הודעה כללית על הכוונה לפטר פיטורים קולקטיביים כדי לאפשר התארגנות של עובדים באופן שיהיה אפשר לקיים היועצות קולקטיבית. כך גם יהיה אפשר להעלות פתרונות יצירתיים בראייה כוללת, ועניינם של העובדים יידון ברמה הקיבוצית ולא רק ברמת הפרט. המודלים המוצעים להלן מעלים דרכים נוספות לבחינת הליך הפיטורים הקולקטיבי במישור הקיבוצי, גם כאשר לא קיים ארגון עובדים במקום העבודה, באמצעות התערבות גורם שלישי, נוסף על ארגון העובדים או תחתיו, כדוגמת ארגון עובדים גדול או רשות סטטוטורית.

5. מודלים מוצעים – הצעה לאיזונים נוספים

כאמור, בפסיקה ובהסכמים הקיבוציים נעשה איזון על פי רוב באמצעות חובת ההיועצות עם ארגון העובדים המוטלת על המעביד. אפשרויות אחרות לעריכת האיזון הקיימות בהסכמים קיבוציים הן חובת ניהול משא ומתן או דרישת קבלת החלטה מוסכמת על שני הצדדים.

בשורות הבאות נציע מודלים אפשריים אחרים לעריכת האיזון בין הזכויות השונות המעורבות בפיטורים קולקטיביים, בהסתכלות מזווית שונה, על רקע המציאות הנוכחית בשוק העבודה, בראי החוק והפסיקה וכן מתוך השוואה לנעשה בשיטות משפט אחרות. יש לערוך את ההשוואה בין הדין הנוהג בשיטת המשפט שלנו לשיטות אחרות בזהירות. יש לזכור כי בשיטות משפט מסוימות מוענקות ככלל זכויות מופחתות לעובדים (כגון

74 ראו האמור בעניין בפיטורי צמצום בע"ע (ארצי) 113/08 חרב – ראש המועצה המקומית בית ג'ן (פורסם בנבו, 24.1.2010): "...ניתן לקבוע כי המערער ויתר על זכותו לשימוע ואין הוא יכול לעלות טענה על פגם בהליך פיטוריו בשל העדר שימוע. יש לזכור כי הליך השימוע הוא מתן הזדמנות לעובד להשמיע טענותיו בטרם פיטוריו, ואם העובד אינו מנצל הזדמנות זו, לא תישמע טענתו על אי מתן זכות שימוע".

75 עניין ארבל, לעיל ה"ש 37.

בשיטה השווייצרית, שם אין זכות לפיצויי פיטורים בשיעור ובהיקף הקיימים בארץ וכך גם אין זכות להודעה מוקדמת), וממילא כדי לאזן חסרונות אלה מוקנות לעובדים במקרה של פיטורי צמצום זכויות רחבות יותר. כמו כן, לעתים הדגש בשיטה מסוימת הוא יותר בהחזרת העובד למעגל היצרני כדי שיהיה אפשר להיעזר בכוח העבודה שלו, ופחות בעניין רווחתו וכבודו של העובד כאדם. בכל אופן קביעת הזכויות בכל שיטה נעשית על יסוד מכלול השיטה והזכויות כמו גם החובות הקבועים בה, ולכן אימוץ עניין אחד מתוך מכלול עשוי ליצור עיוות.

(א) חובת מתן הודעה לגורם שלישי (לרשות סטטוטורית או לארגון עובדים גדול)

כאמור, במשפט הישראלי אין הגדרה בחוק⁷⁶ לפיטורים קולקטיביים, והדין בהם נעשה בעיקר בהסכמים הקיבוציים ובפסיקה. בסקירת ההגדרות המקובלות לפיטורים קולקטיביים במדינות המנויות ב-OECD עולה כי פיטורים קולקטיביים מוגדרים בדרך כלל כפיטורים של אחוז או מספר מסוים מקרב העובדים תוך פרק זמן מוגדר.⁷⁷ בדרך כלל אין דרישה ספציפית כי טעמים כלכליים הם שיעמדו ביסוד ההחלטה על הפיטורים.⁷⁸ קיומה של הגדרה ברורה מסייעת לקביעת נורמות מחייבות כלפי המעביד במקרה של פיטורים קולקטיביים, כגון חובת הודעה על הפיטורים לגורמים רלוונטיים. כך בכמה מדינות בעולם קיימת חובת הודעה לגורמים שלישיים הניחנים בראייה רחבה יותר, כגון ארגון עובדים נוסף או רשויות סטטוטוריות, מלבד חובת ההודעה וההיוועצות בנוגע לפיטורים הקולקטיביים המיועדים עם ארגון העובדים במקום העבודה. ברוב מדינות אירופה, בקנדה ובארצות הברית קיימת למשל חובת הודעה לארגון העובדים ו/או למשרד העבודה והתעסוקה ברמה המקומית,⁷⁹ האזורית⁸⁰ או הארצית.⁸¹ כמו כן פעמים רבות נקבע פרק זמן מסוים של המתנה לאחר מועד היידוע שרק לאחריו אפשר להמשיך בהליך הפיטורים. בבלגיה למשל חובת ההודעה ללשכה התת-אזורית של משרד התעסוקה כוללת חובת דיווח על תוצאות ההיוועצות תוך

76 מלבד מה שנראה להלן בס' 37 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.

77 נתונים בנוגע למשפט משווה שבפסקאות הבאות לקוחים מתוך אתר ה-OECD: www.oecd.org/employment/protection (ראו נתונים מעודכנים לשנת 2008); A Detailed Description of Employment Protection Regulation in Force in 2003, Paris 2004, pp. 19-21.

78 בפינלנד קיימת דרישה כזו שלפיה פיטורים קולקטיביים הם פיטורים של מעל תשעה עובדים בחברות שבהן יש מעל 20 עובדים, במקרה של פיטורים מטעמים כלכליים או בקשר לייצור.

79 כך המצב באוסטריה ובפינלנד.

80 כך המצב בבלגיה, ברפובליקה הצ'כית ובשווייץ.

81 כך המצב בדנמרק, בקנדה (מלבד באי הנסיך אדוארד) ובארצות הברית, שם קיימת חובה לידע רשויות ממשלתיות שונות ברמת המדינה וברמה המקומית.

מתן מידע מלא על הפיטורים המתוכננים. אפשר להסיק מכך על קיומה של אפשרות להתערבות ממשית מצד הרשות הסטוטורית בהליך הפיטורים. להלן נתייחס בעיקר למודל של חובת מתן הודעה לרשות סטוטורית בנוגע לפיטורים קולקטיביים מתוכננים. מודל אפשרי אחר הוא קביעת חובת יידוע כלפי ארגון העובדים הגדול במשק או בתחום העבודה הספציפי או ארגון העובדים המקומי, אשר עשוי לשמש כלי עזר נוסף לליבון העניין אף במקרה של עובדים לא מאורגנים.

מודל של חובת הודעה על פיטורים קולקטיביים מתוכננים לרשות סטוטורית, אם ייקבע בחוק, עשוי לפתור מקרים מסוימים של פיטורים מסיביים, בייחוד במצבים של כשל שוק, כגון כשמדובר בעובדים משכבה חברתית-כלכלית נמוכה או באזורים בעייתיים במדינה שבהם גם כך שיעור האבטלה גבוה, או אם התנהגות המעביד מעידה על חשש לחוסר סבירות, כגון שרירותיות או שיקולים זרים.

כך למשל ההוראה החקיקתית המוצעת ברוח זו המעגנת חובת הודעה לרשות סטוטורית תכלול הקמת מנגנון בתוך משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שיהיה ממונה על בחינת פיטורי עובדים במצבים מסוימים של פיטורים קולקטיביים, על פי קריטריונים מסוימים שייקבעו, דוגמת פיטורי כמות נכבדה של עובדים בפרק זמן קצר (כגון מעל 50 או 100 עובדים באותו חודש), או באזורים מסוימים בארץ (אזורי עדיפות לאומית, למשל), או פרישה/פיטורים של מספר או אחוז מסוים של עובדים בעלי מאפיינים מיוחדים (למשל, עובדים מעל גיל 60, עובדים מאורגנים, נשים וכדומה).

הרעיון המוצע מטרתו לאפשר מנגנון סטוטורי של בחינת הפיטורים מראש. ההנחה הבסיסית היא שפעמים רבות יש למדינה אינטרס מובהק למנוע את הפיטורים הקולקטיביים (כגון החשש מפני עלייה דרסטית בשיעור האבטלה ובייחוד באזורי פיתוח). לפיכך יעיל וכדאי, בראייה מערכתית כוללת, לבחון הצעת חלופות או סיוע כלכלי (בין בכסף בעין ובין בהטבות שונות כגון הטבות מיסוי נכבדות).

אמנם במקרים מסוימים של חשש לקריסת מפעלים גדולים אכן נעשים בפועל ניסיונות לבחון אפשרויות שונות של סיוע מטעם המדינה, ולעתים גם של ארגוני עובדים שונים, ברם אין מדובר במנגנון קבוע הבוחן מצבים כאלה באופן מובנה ומסודר, אלא ביזמות אקראיות אד-הוקיות התלויות בגורמים שונים, ובהם רמת החשיפה שלה זוכה המקרה, כפי שאירע לאחרונה בפרשת פרי הגליל.

יש לציין כי בהשוואה שערך ארגון OECD בעניין רמת ההגנה לעובדים בקרב המדינות החברות בארגון ובמדינות נבחרות (שעמן נמנתה ישראל קודם להצטרפותה לארגון זה⁸²)

82 ראו נתונים מעודכנים לשנת 2008, www.oecd.org/employment/protection. הגדרת פיטורים קולקטיביים במדינת ישראל לפי נתוני ה-OECD נשענה על האמור בסעיף 37 לחוק שירות

מצויים הפרמטרים של הגדרת פיטורים קולקטיביים, חובת הודעה לצדדים שלישיים (ארגון עובדים ורשויות סטטוטוריות וכן לגורמים נוספים) ופרק הזמן הנוסף הנדרש לאחר מתן ההודעה, וכן עלויות מיוחדות למעביד במקרה של פיטורים קולקטיביים. ההנחה היא כי מדדים אלה משקפים את רמת ההגנה לעובדים.

מנגנון המזכיר במקצת מודל כדוגמת זה מצוי בסעיף 37 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, שכותרתו "הודעה על פיטורים", הקובע שמעביד המפטר עשרה עובדים או יותר תוך חודש חייב להודיע על כך ללשכת שירות התעסוקה,⁸³ כהאי לישנא:

(א) מעביד המוסר הודעות על פיטורים לעשרה עובדים או יותר או המוסר הודעות פיטורים לגביהם לנציגות העובדים – חייב למסור הודעה על הפיטורים ללשכת שירות התעסוקה המוסמכת, הכל כאמור בסעיף קטן (ג).

(ב) החובה המוטלת על מעביד על-פי הוראות סעיף קטן (א) תחול עליו גם אם מסר לנציגות העובדים הודעה מוקדמת בדבר כוונתו לפטר עשרה עובדים או יותר.

(ג) הודעה ללשכת שירות התעסוקה על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו- (ב) תימסר –

(1) אם התייחסו הודעות המעביד לפיטורי עשרה עובדים או יותר בעת ובעונה אחת – בזמן מסירת ההודעות כאמור לעובדים או לנציגות העובדים, לפי העניין;

(2) אם התייחסו הודעות המעביד לפיטורי עשרה עובדים או יותר שלא בעת ובעונה אחת אך בתוך חודש אחד – בזמן מסירת ההודעות כאמור לעובד העשירי או לנציגות העובדים לגביו, לפי העניין.

83 התעסוקה שלהלן, וכך מולאו הפרמטרים של הגדרת פיטורים קולקטיביים וכן חובת יידוע לרשות סטטוטורית, אך לא מולאו המדדים של פרק זמן נוסף ושל עלות מיוחדת למעביד. מודל דומה קיים באנגליה, שם מחויב המעביד להודיע על הפיטורים המתוכננים (של מעל 20 עובדים או יותר תוך 90 יום) למשרד המסחר והתעשייה (DTI) כדי שרשויות המדינה תוכלנה ליתן טיפול הולם בסיוע למפוטרים.

בפסיקה מצויה התייחסות מועטה ביותר לסעיף זה. בעניין דלק⁸⁴ נדונו פיטורי צמצום של עובדים מאורגנים, ונוסף על סקירת ההסכם הקיבוצי החל בחן בית הדין הארצי את ההגבלות החלות על המעסיק מכוח חקיקה וקבע כי "אין בארץ חקיקה מפורשת הנוגעת לסמכותה של חברת דלק לבצע פיטורי צמצום או הנוגעת לפרטי פיטורי הצמצום, למעט סעיף 37 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, המחייב את חברת דלק למסור הודעה על פיטורי צמצום ללשכת שירות התעסוקה המוסמכת". בית הדין לא דן בעניין דלק בנושא חובת ההודעה ללשכת התעסוקה מכיוון שסוגיה זו לא הועלתה על ידי הצדדים. נציין כי לא ברור עד כמה הוראת סעיף 37 לחוק שלעיל מיושמת ונאכפת בפועל.

מעיון בסעיף, לעומת המודל המוצע, אפשר לראות כי אמנם קיים דמיון בעצם המנגנון הנדון של הודעה לרשות סטטוטורית, ברם רב גם השוני. שכן, אף כי בשני המקרים מוטלת חובה על המעביד להודיע על הפיטורים לרשות סטטוטורית, הרי המטרות הן שונות לחלוטין: מטרת ההודעה ללשכת שירות התעסוקה היא לשם טיפול שלאחר מעשה (כגון במציאת מקום עבודה חלופי לעובדים, פעילות היוצאת מנקודת הנחה שהפיטורים הם בגדר החלטה חלוטה), ואילו המנגנון המוצע לעיל נועד לבחון אפשרות המשך העסקתם של העובדים במקום עבודתם תוך הפעלת פיקוח ובחינת הליך הפיטורים בהתהוותו עם אפשרות של מניעתו קודם להתרחשותו.

(ב) הצדקות למודל המוצע

משאבים רבים מושקעים בניסיונות לשילובם מחדש של עובדים מפורטים במעגל העבודה, כשלעיתים אף נדרשת הכשרה מחדש. כמו כן משולמות לעובדים המפורטים גמלאות וקצבאות לפי דיני הביטחון הסוציאלי, כגון גמלת הבטחת הכנסה וקצבת אבטלה. המודל המוצע מושתת על ההנחה שלפיה יהיה יעיל ונכון יותר לאפשר לעובדים להמשיך בעבודתם ולהפנות את המשאבים לצורך קיומו של המפעל, במקום להפנות משאבים כלכליים (לפעמים אף רבים יותר), לאחר פיטורי העובדים, לשם תשלום גמלאות וקצבאות וכן לשם מציאת פתרונות תעסוקתיים חדשים לעובדים המפורטים. זאת בעיקר כשמדובר במפעל גדול באזור שבו אין דרישה רבה להעסקת עובדים, או כשמדובר בעובדים המועסקים באותו מקום שנים רבות ואשר מחד פיתחו מיומנות בעבודה הספציפית ומאידך התפתחה אצלם תלות במקום העבודה.

84 עניין דלק, לעיל ה"ש 47.

כך גם מצאנו במקורותינו כי נקל לעזור למי שמטה ידו אך טרם נפל ועדיין מתמודד ומתנודד, שמצווה להקדים ולסייע לו להתייצב ולעמוד על רגליו, ועליו נאמר "והחזקת בו"⁸⁵, מאשר להקים את מי שכבר נפל וקרב כלכלית, אף שחשוב כמובן לסייע לשניהם. עם זאת קיימת הצדקה גם למודל הקיים – שלפיו נדרשת היוועצות או הסכמה קיבוצית של ארגון העובדים והודעה לשירות התעסוקה כאמור, ללא התערבות סטטוטורית מובנית, שכן במציאות העכשווית קיימת מגמה ברורה שלפיה המדינה שואפת להפחית מסמכויותיה כרגולטור, ואשר אינה משתלבת עם המודל המוצע, המתאפיין במעורבות פעילה של המדינה בהחלטות מעסיקים (גם באשר לגופים פרטיים) בדבר פיטורים. מגמה זו תומכת בהטלת סמכות הפיקוח על המהלך של הפיטורים הארגוניים על ארגון העובדים על ידי חובת היוועצות או חובת ניהול משא ומתן או חובה להגיע להסכמה. כך גם מהלך זה משתלב עם התפיסה של דמוקרטיה במקום העבודה ועם הרצון להגדיל את כוחם של ארגוני העובדים כדי להביא לאיזון ראוי אל מול כוחו של המעביד.

אין ספק לדידי שככלל מוטב שהצדדים ליחסי העבודה ינהלו משא ומתן והיוועצות פנימית ביניהם ללא מתן פתרון כפוי על ידי גורם חיצוני, בשים לב שהצדדים הם שמכירים את כל המורכבויות והדקויות במקום העבודה, והם גם שיצטרכו לחיות בפועל עם הדברים.

6. קביעת אמות המידה לפיטורים

(א) אופן קביעת הכללים

קביעת הכללים והשיקולים לבחירת העובדים שיפוטרו נעשית בדרך כלל בהסכם או בהסדר קיבוצי.

בנסיבות של פיטורים קולקטיביים מסיביים יש לכבד את הדרך שהתוו הצדדים בהסכם הקיבוצי להליך הפיטורים ואין להתערב בה. אך זאת רק כל עוד אין היא פוגעת פגיעה מהותית בזכויות מוקנות של העובד המפוטר. נקודת המוצא היא כי חשוב להעצים את כוחם של העובדים וארגון העובדים, ואילו התערבות בית הדין יש בה רגולציה שמצמצמת את האוטונומיה של הצדדים ליחסי עבודה.

על הכללים לפיטורים להיות ברורים וכתובים כאשר התבחינים ידועים מראש. כך

הדגישה השופטת נילי ארד בעניין שדה:⁸⁶

85 ראו ויקרא כה, דה. רש"י במקום אומר: "אל תניחהו שירד ויפול ויהיה קשה להקימו, אלא חזקה משעת מוטת היד. למה זה דומה? למשאוי של החמור; עודהו על החמור, אחד תופס בו ומעמידו; נפל לארץ, חמשה אין מעמידים אותו".

86 עניין שדה, לעיל ה"ש 14, פס' 28–29 לפסק הדין.

אין לנו אלא לחזור ולהדגיש כי הליך צמצום בו נוקט מעסיק בכלל, קל וחומר מעסיק ציבורי, חייב להיות מתועד ומנומק היטב.

...משהוברר כי אין מנוס מפיטורי הצמצום, יש לעשות כן באופן מובנה, ברור ושקוף ככל האפשר. בתוך כך נדרשת הקפדת יתר במהלכים אלה: קביעת אמות-מידה ברורות למידרג הפיטורים, כשהן מתועדות ומובאות לידיעת כל הנוגעים בדבר בעיתו; פעולה במשותף של ההנהלה ושל נציגות העובדים, תוך שניתנת הדעת לאיזון הנדרש בין צרכי המפעל לבין צרכי העובדים ככלל וכיחידים; ייצוג מלא ונאות לאינטרסים של העובדים על-ידי נציגותם, המשמשת להם לפה כלפי ההנהלה; וקביעה בהסכמים של פורום שימוע והליכי שימוע לעובדים, תוך הצגת אמות המידה לפיטורים בפניהם ומתן הזדמנות להביא טענותיהם בנדון זה.

בהיעדר הסכמה עם ארגון העובדים ייקבעו הכללים על ידי המעביד, כפי שנקבע בבג"ץ הסתדרות עובדי המדינה,⁸⁷ שם נאמר כי פיטורי עובדות הניקיון לא היו צמצומים לפי התקשי"ר אלא פיטורי רה-ארגון שעליהם אין תחולה להוראת התקשי"ר המחייבת התייעצות.

(ב) השיקולים הלגיטימיים

השיקולים הלגיטימיים שיש לשקול בעת הרכבת רשימת העובדים שיפוטרו הם שיקולים ענייניים, שאינם שיקולים זרים, שרירותיים או מפלים.⁸⁸ במסגרת אמות המידה הלגיטימיות נכללים פרמטרים כלכליים-כלליים לצד מדדים אינדיווידואליים.

שיקול מרכזי הוא תרומתו של העובד לארגון וחיוניותו לתפעול המפעל. היכולת לשבץ את העובד במקום אחר כדי שיועיל לקידום המפעל היא שיקול נכבד.⁸⁹ השכלתו, ניסיונו, כישוריו, יכולת השתלבותו ועלות הכשרתו והסבתו המקצועית אף הם שיקולים שיש לשקול.

שיקולים רלוונטיים בעלי חשיבות הם מצבו האישי והנסיבות האישיות של העובד.⁹⁰

87 בג"ץ הסתדרות עובדי המדינה, לעיל ה"ש 5.

88 לעניין שימוש בקריטריונים כאמצעי למניעת הפליה ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 27.

89 ראו עב' (אזורי חי') 3319/03 נוי הלוי – מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 13.4.2008).

90 עב' (אזורי חי') 1794/03 קרחי – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 23.6.2008).

נדמה שבשל המטריה שבה עסקינן, לנוכח המשבר הכלכלי והרצון להקטין את ההוצאות הרי שגם עלות שכרו היא שיקול לגיטימי.⁹¹ אמנם באופן זה עשויים להיפגע דווקא העובדים הוותיקים יותר ששכרם גבוה יותר. עם זאת אין לומר שמדובר בהפליה מחמת גיל הואיל ובדרך כלל עובדים אלה צברו יותר זכויות, ובכל אופן פיטוריהם אינם נעשים על רקע גילם אלא על רקע עלויות השכר ולאור התכלית שהיא להקטין את עלויות השכר למפעל.

בהתייחס לשיקולים שיש לשקול בעת בחירת העובדים שיפוטרו נקבע בתקשי"ר כדלקמן:

בקביעת צורכי היחידה יש להביא בחשבון, בין היתר, את העבודות המצריכות לימוד והתמחות תקופה מסוימת ואפשרויות התאמתו של העובד למשרות אחרות במקומות העבודה הכלולים במעגל הפיטורים (ראה פסקה 82.274) ולמהלך התקין של העבודה.

זאת ועוד, גם במסגרת פיטורים קולקטיביים רשאי המעביד לשקול את עברו המשמעותי של המועמד לפיטורין. עובד גרוע איננו חסין מפני פיטורי צמצום, אלא ההפך הוא הנכון: עובדת אי־התאמה היא שיקול לגיטימי, כפי שכבר נקבע בפסק הדין ודאח.⁹²

(ג) שיקולים זרים

ברי כי אל לו למעביד לשקול שיקולים זרים שאין לשקול על פי דין, כגון קרבה משפחתית או פוליטית וכיוצא בזה. אשר לנטל ההוכחה ראו להלן. לעתים כשמעביד בוחר את המועמדים לפיטורים במקרה של פיטורי צמצום קולקטיביים הוא עלול "לנצל את ההזדמנות" ולפטר עובדים משיקולים שאינם ענייניים. במקרה כזה, במסגרת פיטורי הצמצום הכוללים נעשית בחירת העובדים שיפוטרו מתוך שיקולים זרים והעדפות אישיות. ברי כי אין לאפשר למעביד לחסות תחת כנפיה המגנות של כותרת הפיטורים הקולקטיביים כאשר בפועל נכללים ברשימת המפוטרים מפוטרים שפיטוריהם נובעים משיקולים זרים. למשל, בעניין סלמאן⁹³ פסק בג"ץ כי פיטורי העובד נעשו מסיבה פוליטית ולא מחמת פיטורי צמצום, כפי שטענה המשיבה. בעניין אתי משה⁹⁴ נטען כי פיטורי התובעת באותו

91 עניין משה, לעיל ה"ש 1, דברי השופטת אלישבע ברק; עניין לוי, לעיל ה"ש 36, דברי השופט רבינוביץ.

92 דב"ע (ארצי) תשנ"ח/158-3 ודאח – מדינת ישראל, פד"ע כג 124 (1991).

93 בג"ץ 380/74 סלמאן נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל(1) 495 (1975).

94 עב' (אזורי י-ם) 2860/03 משה – הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 1.11.2009).

עניין, שנעשו במסגרת פיטורי צמצום, נעשו מנימוקים פסולים, ובהם סכסוך שהיה לה עם יו"ר הוועד. באותו עניין לא התקבלה הטענה מבחינה עובדתית.

(ד) שוויון

על סיום יחסי העבודה, אישיים כקיבוציים, חולשים גם חוקים שונים שעניינם שמירה על השוויון והגנה מפני הפליה, כגון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. על המעביד להקפיד על שמירת השוויון גם בעת פיטורים קולקטיביים, כדי שלא תהיה פגיעה במגזרים מסוימים או בקבוצות אוכלוסייה מיוחדות. כמו כן בעת קביעת הכללים יש להביא בחשבון גם את עקרון הייצוג ההולם, כדי שלא ייווצר מצב שבסופו של דבר לא יישארו במפעל עובדים המוגנים על פי החקיקה העוסקת בשוויון.

ס' 2(א)(5) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 מורה על איסור הפליה בפיטורים ומונה שיקולים מפלים כגון מחמת מין, נטייה מינית, מעמד אישי, היריון, טיפולי פוריות וטיפולי הפריה חוץ-גופית, הורות, גיל, גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, השקפה, השתייכות פוליטית או מפלגתית, שירות במילואים.

אין צריך לומר ששיקולים מפלים אלה אסור לשקול הן בשלב קביעת אמות המידה לפיטורי קבוצת עובדים והן בעת הפיטורים האינדיווידואליים.

בעניין ספן אומר הנשיא אדלר כי במקרה שבו גיבוש הקבוצה המיועדת לפיטורים קולקטיביים נעשה על פי קריטריונים מפלים, ניתנת לעובד האינדיווידואל הגנה מפני פיטוריו כבר בשלב זה, שהוא במישור הקיבוצי.⁹⁵

(ה) עובדים מיוחדים – עובדים מוגנים על פי דין

קיימים עובדים אשר מכוח הדין חל איסור על פיטוריהם. עובדים המוגנים על פי דין הם למשל נשים בהיריון או בחופשת הלידה (מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954) וכן עובד בעת שירות מילואים (חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949). מנגד יש עובדים שבעניינם נקבע בדין כי אסור לפטרם מחמת עניין מסוים, אשר שקילתו היא שיקול זר ופסול, כגון מי שהוטרד מינית (לפי חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998) או חושפי שחיתויות (לפי ס' 2 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997). כך גם לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998. מובן

⁹⁵ בעניין זה ראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 27.

שההגנה המוקנית בדין לעובדים אלה עומדת לזכותם גם בפיטורי צמצום, על פי התנאים הקבועים באותה הגנה. הגנה זו הוקנתה לעובד בדין, ואין המעביד או ארגון העובדים יכולים להתנות עליה או לצמצמה. לא יהיה אפוא תוקף לכללים שאינם תואמים את ההגנות שנקבעו בדין.

(1) שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. בעניין בלתי⁹⁶ היה מדובר בסגירת מחלקה שבה עבד התובע, שהיה נכה בשיעור 100% בעקבות מחלת פוליו שבה לקה בילדותו. באותו מקרה לא שקל המעביד את נכותו של התובע כלל. בית הדין קיבל את תביעת התובע וקבע כי היה על המעביד, אף בפיטורי צמצום, לזקוף לזכותו של התובע את נכותו ואת הקושי שיש לו לחזור למעגל העבודה לעומת עובדים אחרים שסיכוייהם לחזור למעגל העבודה טובים יותר. אין זה אומר כי תינתן לו חסינות מפני פיטורים אלא שיש לשקול כאחד מתוך מכלול שיקולים את נכותו ואת הקושי שלו לחזור למעגל העבודה.

(2) זכות ההתאגדות. בחירת עובדים על רקע התאגדותם היא בחירה פסולה הנגועה בשיקולים זרים. בעניין קריית מלאכי⁹⁷ נאמר כי פיטורים שהסיבה להם היא בזיקה להיות העובדים עובדים מאורגנים הם פיטורים פגומים ובטלים גם אם המסגרת הכללית שעל רקעה בוצעו היא הליך צמצומים. בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות,⁹⁸ שם נערכו פיטורי צמצום, הועלתה טענה שהמעסיק בחר עובדים בשל השתייכותם לארגון העובדים. אף על פי שהיה מדובר בסעד זמני ואף על פי שהיו אלה פיטורי צמצום, התערב הנשיא אדלר וקיבל את הערעור. באותו מקרה כל שמונת העובדים שפוטרו היו עובדים מאורגנים. כן ציינו העובדים כי מעסיק זה הפחית בהדרגה (בין היתר בפיטורים) את מספר העובדים המאורגנים שעבדו אצלו אל מול מספר העובדים שהועסקו בחוזים אישיים. כך נקבע גם בעניין דלק⁹⁹ כי מעביד במקום עבודה מאורגן אינו רשאי ליצור מצב שבו לא ייוותרו עובדים שעליהם חל ההסכם הקיבוצי במפעלו.

בפסק הדין מרכז הירידים והקונגרסים¹⁰⁰ הוכרזו כבטלים פיטוריהם של חמישה עובדים מאורגנים, ובית הדין הורה על החזרתם לעבודה. באותו עניין קבע השופט צור כך:

96 בש"א (אזורי י-ם) 2968/01 בלתי – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע לט עט (2001).

97 עס"ק (ארצי) 1013/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מתנ"ס קרית מלאכי, פד"ע לט 303, 295 (2003).

98 עס"ק (ארצי) 28/07 איגוד עובדי הדפוס התקשורת והאומנים – ידיעות אחרונות (פורסם בנבו, 13.1.2008).

99 עניין דלק, לעיל ה"ש 47.

100 עניין מרכז הירידים והקונגרסים, לעיל ה"ש 50, בעמ' 110.

המילים "פיטורי צמצום" אינן מילות קסם המצדיקות נקיטת צעדים שרירותיים או חד-צדדיים. פיטורי צמצום הם, במקרה המתאים, צורך של המעביד לצמצם את היקף פעילותו או לשנות את דפוסי פעילותו. עצם הצורך בפיטורי צמצום – מעצם טיבו – הוא עניין למעסיק לענות בו, אלא שביצועם של הפיטורים, או השינויים הארגוניים, חייב להיעשות לפי הכללים והנורמות החלים על יחסי העבודה במקום העבודה הנתון.

בעניין הוט¹⁰¹ קבע השופט טננבוים בבית הדין האזורי כי פיטוריו של יו"ר ועד העובדים של הוט נגועים בשיקולים זרים ובזיקה לניסיונות ההתאגדות של עובדי החברה שאותם הוביל בסמיכות זמנים לפיטוריו והורה על ביטול הפיטורים. נקבע כי אכן המעביד הצביע על כשלים שנתגלו בתפקודו של יו"ר ועד העובדים כעובד וכן לא נפלו פגמים בשימוע שנערך לו. אף על פי כן, בשל סמיכות הזמנים הקרובה בין הפיטורים לניסיונות ההתאגדות מוטל נטל הוכחה מוגבר על המעביד להוכיח כי אין קשר בין השניים, והוא לא עמד בו. בנסיבות אלה לא היה מקום לנקוט את הצעד החריף של פיטורים העלולים לפגוע בניסיונות למימוש זכות ההתארגנות של העובדים. בית הדין הארצי¹⁰² דחה את הערעור שהגיש המעביד ואישר את קביעתו של בית הדין האזורי.

3) הפלייה מחמת גיל. בעניין פרג'ון¹⁰³ נקבע ברשימת המפוטרים שיפוטרו עובדים שצברו פנסייה. נטען שם כי היו אלה פיטורים על רקע הפליית גיל. בית הדין דחה טענת העובדים וציין כי דווקא העובדה שיש להם פנסייה היא שיקול רלוונטי – מצבם הכלכלי טוב מאלה שאין להם זכות לפנסייה ולא יהיו להם מקורות קיום, ונכון להעדיף אותם על פני כאלה שאם יפוטרו יישארו בלי מקור הכנסה. בית הדין הארצי אישר את קביעת האזורי. אף בעניין לוי¹⁰⁴ נאמר כי התחשבות בוותק העובד אינה בהכרח שיקול פסול. אכן, אלה שיש להם פנסייה הם בדרך כלל מבוגרים יותר וממילא יתקשו להיקלט למעגל העבודה, אולם מדובר בשיקול לגיטימי במסגרת מכלול השיקולים.

מדברי השופטת אלישבע ברק בפרשת משה¹⁰⁵ בעניין פיטורי עובדים ותיקים הנעשית כדי להציע את המערכת, עולה כי המעביד רשאי לשקול את עניין הגיל רק כשזו אינו עומד

101 ס"ק (אזורי ת"א) 591/09 הסתדרות העובדים הלאומית – הוט טלקום (פורסם בנבו, 27.1.2010).

102 ע"ס"ק (ארצי) 24/10 הוט טלקום – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו, 16.3.2010).

103 ע"ע (ארצי) 378/08 פרג'ון – חברת הדואר (פורסם בנבו, 12.11.2008).

104 עניין לוי, לעיל ה"ש 36.

105 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

לבדו אלא כחלק ממכלול השיקולים, ובהם המטרה הכלכלית להקטין את עלויות השכר לצד שיקולים של סיכויי העובד למצוא עבודה חלופית, יכולות העובד ומצבו המשפחתי.¹⁰⁶ לעומת זאת בפסק דין רשת הגנים של אגודת ישראל¹⁰⁷ נקבע כי בנסיבות שבהן עולה מתאם ברור בין גורם הוותק לגורם הגיל, מדובר בהפליה אסורה.

באותו עניין נדונה שאלת חוקיות פיטוריהן של 16 גננות בשנות החמישים והשישים לחייהן, אשר צברו למעלה מ-25 שנות ותק אצל מעסיקתן, רשת הגנים של אגודת ישראל. בית הדין הארצי קבע, בפסק דין מפי השופטת רוזנפלד, כי החלטות המעסיקה לפטר את הגננות מעבודתן ולהפחית משכרן – בטלות. החלטות אלו הוחלו על קבוצת הגננות שלהן ותק של מעל 25 שנה בעבודתן ושגילן היה מעל 50. נתון הוותק באותו עניין תאם אפוא את הגיל. הגננות הופלו באופן ברור לעומת יתר העובדים הצעירים מהן. בית הדין הארצי ציין כי בעניין רשת הגנים של אגודת ישראל, בשונה מעניין לוי, אף לא קוימה חובת השימוע ולא נבחנו נסיבותיהן האישיות של הגננות. כמו כן בשונה מנסיבות העניין בעניין לוי, אף לא הובטחו זכויותיהן הפנסיוניות, ולמעשה אולצו העובדות לשאת את מחיר תהליך ההבראה של הרשת כולה על כתפיהן, ללא קבלת תגמול נאות ותוך פגיעה ניכרת בזכויותיהן הקוגניטיות. נקבע כי מדובר אפוא בהחלטות מפלות מטעמי גיל ומנוגדות להוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. באותו עניין ניתנה גם החלטה ישירה באשר לחלק מהגננות, שקבעה במפורש את קריטריון הגיל, מעל 55 שנה, כקריטריון לפיטורים. באשר להחלטה זו נקבע כי קריטריון הגיל אינו ממין העניין, וכי זוהי ללא ספק החלטה מפלה.

106 כך קבעה שם השופטת אלישבע ברק: "בענייננו נבחרו אכן בני קבוצת גיל מבוגרת. אילו לא היה כל נימוק אחר פיטוריהם מלבד הגיל, ספק אם הייתי רואה זאת כשיקול לגיטימי. ברם עלינו לאזן בין האינטרסים השונים. מחד, האינטרס של המעביד לצמצם בהוצאותיו בגלל הוראה שקיבל לגרום לפיטורי צמצום תוך תכנית הבראה. ההוצאה העיקרית של המשיב היא המשכורות. בפנינו הסביר המשיב, המעביד, כי הוצאת עובדים ותיקים חוסכת כסף בכך שמוצאים העובדים העולים כסף רב יותר, הם זכאים לפנסיה תקציבית והשאתם בשירות תגביר את ההוצאות לפנסיה תקציבית. מן הצד השני עומד האינטרס של העובדים שלא לפטרם מפאת גילם. דווקא בגיל מתקדם קשה להם יותר למצוא עבודה אחרת, בעיקר במצב האבטלה בשוק היום. עובדים בגיל 55 בערך יתקשו מאד למצוא עבודה. היה על המערערת במסגרת השיקולים שעשתה והחובה, עליה עמדת, לבחון כל מקרה באופן אינדיבידואלי ולא לבחון תכונה אחת – גיל. היה עליה יחד עם הגוף היציג של העובדים לבחון בין שאר השיקולים, מה הם סיכוייו של כל אחד מהמועמדים לפיטוריים צמצום למצוא עבודה אחרת. השיקול צריך להיות שיקול של גיל וכן של יכולותיו ומצבו המשפחתי. כל אלה גורמים שיש לקחת בחשבון כאשר מדובר בפיטורי צמצום. וזכור, לא מדובר בפיטורין בגלל תכונות אישיות, כגון משמעת או אי התאמה. מדובר בצרכיו של המעביד להקטין את הוצאותיו".

107 ע"ע (ארצי) 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל – בוס (פורסם בנבו, 2.10.2011).

פסק הדין בעניין רשת הגנים של אגודת ישראל מבטא היטב את מגמת הפסיקה לבחון את שאלת ההפליה לפי מהותה ולא להתיר הפליה מהותית על סמך הבחנות פורמליות גרידא. נקבע כי שיקול כלכלי-כספי גרידא אין בו כדי לגבור על עקרון השוויון. פסק הדין בעניין רשת הגנים של אגודת ישראל משרטט אפוא את גבולות הלגיטימיות של השיקול הכלכלי ששוקל המעסיק בפיטורי צמצום, ומבהיר כי לא ייתכן שזה השיקול היחיד שישקל, וכי על שיקול זה להישקל בסבירות ובמידתיות.

(ו) נטל ההוכחה

נטל ההוכחה בטענה כי החלטה ניתנה מטעמים פסולים מוטל על כתפי התובע, כדין המוציא מחברו עליו הראיה. כמו כן חזקת הכשרות העומדת לזכותו של המעביד הציבורי משמעה כי כל עוד לא הוכח אחרת, ההנחה היא שהוא פעל כדין. חזקה כזו לא חלה באופן אוטומטי על מעביד שאינו ציבורי.

במקרים שונים יועבר נטל ההוכחה אל כתפי המעביד, כאשר העובד הביא ראשית ראייה לקיומם של שיקולים זרים.

למשל, בפסק דין שדה נאמר כי החלטה לא מנומקת נחשדת בשיקולים זרים.¹⁰⁸ יש בכך דמיון להוראות החוק לתיקון סדרי מנהל החלטות והנמקות, שלפיהן חלה חובה לתת נימוקים, וכאשר לא ניתנו כאלה, הרי שהנטל להראות שהנימוקים אכן כשרים מוטל לפתחה של הרשות.¹⁰⁹

בעניין ידיעות אחרונות נטען כי העובדים פוטרו בשל התארגנות. באותו עניין קובע הנשיא אדלר כי נטל ההוכחה שהעובדים פוטרו על רקע ענייני ולא בשל השתייכותם לארגון העובדים, רובץ על כתפי המעסיק. נראה שככל תובע גם כאן נטל ההוכחה היה על כתפי התובע, אך די היה בחשד שנימוקי הפיטורים אינם ענייניים כדי להעביר את נטל ההוכחה אל המעביד. יש לזכור כי מדובר במקרה קיצוני ויוצא דופן של חשש לפגיעה בזכות ההתארגנות והפליה על רקע חברות בארגון עובדים.

ככלל, קובעת הפסיקה כי נטל ההוכחה בנדון מוטל על התובע. רק בנסיבות המתאימות, על פי איזון שנעשה בפסיקה, יועבר הנטל מהעובד אל המעביד אם הוכיח העובד ראשית ראייה.

עם זאת ייתכן שראוי שיוטל על המעביד, אף על המעביד הציבורי, נטל ההוכחה שאכן כל שנעשה כדין נעשה. דהיינו, שאכן העובד פוטר מנימוקים ענייניים של צמצומים ולא

108 עניין שדה, לעיל ה"ש 14, פס' 28 לפסק הדין.

109 ס' 2 ו-ס' 6 לחוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.

מנימוקים אסורים. נכון לעשות כך לא רק כאשר נטענת טענה של שיקולים זרים או פגיעה בשוויון, אלא בכל מקרה, הואיל והנימוקים הם בידיעתו של המעביד. יתר על כן, על המעביד מוטלת באופן זה חובה פוזיטיבית, ואילו על העובד יהיה להוכיח ראייה שלילית, להוכיח שלא פוטר על רקע הנטען, וזאת קשה יותר להוכיח.

(ז) פיטורים בניגוד לפרמטרים שנקבעו

במצב שבו הקבוצה שפוטרה פוטרה בניגוד לפרמטרים שסוכמו ונקבעו (כגון מי שפוטר אף על פי שאינו עומד בקריטריון הוותק או הגיל שנקבע), צומחת לארגון העובדים וכן לעובדים כפרטים בקבוצה זכות לדרוש סעד של ביטול הפיטורים והחזרה לעבודה. תובענה מתאימה יכולה להיות מוגשת בהליך קיבוצי כבקשת צד בהליך קיבוצי או כהליך אינדיווידואלי של העובד עצמו. במקרה בו הוגשה תביעה אישית של עובד, יכול ארגון העובדים לאמץ את הסכסוך האינדיווידואלי, וכך עשוי הסכסוך להפוך לסכסוך קיבוצי, או לחלופין להותיר את ההליך כתובענת יחיד.

ה. המישור האישי

זכויות העובד המפוטר

במישור האישי זכאי העובד המפוטר לקיום שימוע שבו יוכל לטעון טענותיו באופן אינדיווידואלי. על המעביד להקפיד על מילוי חובת הגילוי כנגזרת של זכות השימוע, שבלעדיה אין משמעות אמיתית למתן זכות טיעון. כמו כן חלה על המעביד חובת ההנמקה להחלטת הפיטורים. בנוסף, לעתים זכאי העובד לזכויות נוספות מכוח הסכם קיבוצי או אישי.

1. שימוע

חובת השימוע בטרם פיטורים נקבעה בפסיקה כנובעת מכללי הצדק הטבעי.¹¹⁰ במהלך הדרגתי הורחבה חובת השימוע בפיטורין מהגופים הציבוריים והוחלה אף על מעבידים פרטיים.¹¹¹

110 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958); דב"ע (ארצי) מח/148-3 שק"ם בע"מ – גרינברג, פד"ע כ 141 (1988); ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448 (2003); ע"ע (ארצי) 1349/01 אסהאק – מדינת ישראל – משרד

כאמור, פיטורי צמצום מתנהלים בשני מישורים: במישור הקולקטיבי ובמישור האינדיווידואלי. בנוגע למתן זכות טיעון בפיטורים קולקטיביים נקבע בפסיקה כי בגוף דו-מהותי, כפי שכבר נקבע קודם לכן באשר לגוף ציבורי, יש לתת לעובד המפוטר בפיטורים קולקטיביים זכות שימוע אישי במסגרת המישור האינדיווידואלי.¹¹² באשר לגוף פרטי, נראה כי ככלל הפסיקה נוטה לקבוע כי על המעביד לתת זכות טיעון לעובד המועמד לפיטורים גם בפיטורים כלכליים בגוף פרטי, והשאלה הנשאלת היא באיזה היקף ומול אילו גורמים, אך יש דעות לכאן ולכאן.

בעניין משה¹¹³ אומרת השופטת ברק (באוביטר) כי גם על גוף פרטי שנעשים בו פיטורים קולקטיביים חלה חובת השימוע, וכי אין לפטר בפיטורי צמצום בלי לבחון את ענינו של כל עובד כפרט תוך מתן הזדמנות למועמד לפיטורים הזדמנות לנסות לשכנע את המעביד שלא לפטר.

כך קבע גם בית הדין הארצי מפי השופט רבינוביץ בעניין לוי¹¹⁴ כי ככלל הגנה על עובדים בפני פיטורי צמצום היא בעיקר הגנה קולקטיבית, אך שום הסכמה של ארגון עובדים איננה יכולה לבטל זכות מיוחדת חוזית אישית, או מכוח החוק, של מפוטר או למנוע הימנו זכות טיעון ראויה.

(א) היקף חובת השימוע בפיטורים כלכליים

אמנם אף אם נאמר שעצם קיומה של זכות הטיעון נדרש גם בפיטורים קולקטיביים, הרי שמטיבם וטבעם, בהיותם נובעים בדרך כלל בעיקרם מסיבות שאינן תלויות בעובד הספציפי

החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 16.2.2004); ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לט 686 (2004); זמיר, לעיל ה"ש 27; רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 263 (1996).

111 ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2002); כמו כן ראו למשל עב' (אזורי ת"א) 10864/04 שמיר – צבר ברזל הספקה ושיווק מתכת (פורסם בנבו, 24.5.2007) (להלן: עניין שמיר). בקשת רשות ערעור נדחתה וכן נדחה הערעור עליה בעא"ח (ארצי) 51/07 צבר ברזל הספקה ושיווק מתכת – שמיר (פורסם בנבו, 25.10.2007), שבו צוין כי סיכויי הערעור אינם גדולים לאור הפסיקה בעניין חובת השימוע.

112 עניין החברה למדליות, לעיל ה"ש 42; עניין אסחאק, לעיל ה"ש 110; ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה – שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2007); עניין משה, לעיל ה"ש 1, דברי השופטת אלישבע ברק באשר לחובת השימוע כי "חובה זו חלה על כל גוף ציבורי. בעיני היא חלה על כל מעביד. אין לבטל הסכם עבודה באופן שרירותי מבלי לשמוע את דברו של העובד הנפגע".

113 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

114 עניין לוי, לעיל ה"ש 36.

אלא בקולקטיב, היקף הזכות יהיה מצומצם על פי הטיעונים הרלוונטיים. בבג"ץ מוסטקי¹¹⁵ אומר המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט אור כי כגודל הפגיעה הצפויה בזכותו של הפרט כן תגדל עצמת זכות השימוע העומדת לו. נקודת המוצא היא אפוא כי היקפה של חובת השימוע בהליך פיטורים קולקטיביים מצומצם מזה שבהליך פיטורים רגיל, על פי עצמת הפגיעה בזכות העובד.¹¹⁶ כך נפסק מפי השופטת רוזנפלד בעניין גרבר:¹¹⁷

... לא הרי שימוע המבוצע לעובד שיש כוונה לפטרו עקב חשד חמור לפלילים, כהרי שימוע שנערך לעובד כחלק מתהליך של פיטורי צמצום. ככל שרמת הפגיעה בזכויות מוקנות שיש לעובד קשה יותר, כך תתבקש הקפדה רבה יותר על רמת השימוע. ואומנם, ככל שרמת הפגיעה הצפויה בעובד גבוהה יותר כך תהיה הקפדה יתרה על קיומו של הליך פורמאלי יותר, על ניהול פרוטוקול בשימוע, הנמקה בכתב, וכיו"ב...

הפסיקה עסקה בנושאים שיש לדון בהם במסגרת השימוע הפרטני. זה המקום להעלות בפני המעסיק נסיבות אישיות, הכוללות מצב סוציאלי או כלכלי חריג, כגון בעיות בריאותיות או מצב משפחתי קשה. נקבע כי עצם העובדה שהעובד המועמד לפיטורים הוא מבוגר ויקשה עליו למצוא עבודה חלופית איננה בהכרח צידוק חריג.¹¹⁸ בעניין נחום¹¹⁹ קבע בית הדין הארצי כי לא נפל פגם בהליך השימוע רק בשל כך שהמצב הסוציאלי היה השיקול העיקרי (אך לא השיקול היחיד) שנבחן במסגרתו. אולם במקרים מסוימים לא יהא די בכך. על השימוע האישי יהיה לכלול גם התייחסות לאפשרויות עריכת שינוי במשרת העובד או העברה ליחידה אחרת, ככל שהדבר רלוונטי ועל פי ההסכם הקיבוצי והנהוג.¹²⁰ יש מקום במסגרת השימוע האישי להתייחס לטענות בדבר תרומתו של העובד למפעל כמו גם לטענה כי על פי התבחינים שנקבעו במישור הקיבוצי אין מקום לפטרו.

אכן הפיטורין אינם בעטיו של העובד אלא בשל אילוץ כלכלי של המפעל. עם זאת השימוע האישי הופך את הפיטורין לאנושיים יותר. הוא מאפשר לעובד להבין את הרציונל לסיום עבודתו. חובת השימוע מאפשרת לעובד לשטוח את טענותיו, ובעיקר אלה הנוגעות

- 115 בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה פ"ד נח(3) 865 (2004).
 116 כך גם נאמר כי "מתכונת השימוע אינה אחרת. היא תלויה במהות הסמכות ובנסיבות העניין" (דב"ע (ארצי) נז/147-3 פרץ – כהן, פד"ע ל 346, 357 (1997)).
 117 עב' (אזורי-י-ם) 1024/04 גרבר – מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 2.9.2008).
 118 עניין לוי, לעיל ה"ש 36.
 119 ע"ע (ארצי) 300036/98 נחום – עיריית נתניה (פורסם בנבו, 14.6.1999).
 120 עב' (אזורי נצ') 1219/08 מזאווי – עיריית נצרת (פורסם בנבו, 8.2.2010); תע"א (אזורי חי') 1832/06 חלבי – עיריית עיר הכרמל (פורסם בנבו, 1.9.2009).

למצבו האישי. לעתים עשוי העובד להצביע על תפקידים אחרים בארגון שהוא יכול למלא, או להראות כי פיטוריו נובעים משיקולים זרים של הממונים עליו. במסגרת זכות שימוע זו המעביד יכול לוודא שלא נעשה עוול לעובד ושאינ מניע אישי או לא ראוי לפיטוריו. העובד יכול לעתים להסביר מדוע תפוקתו והישגיו היו נמוכים – אם בשל סביבת עבודה ואם בשל מצב אישי, משפחתי וכיוצא בזה. העובד עשוי להסביר כי הוא אינו נכנס לתבחינים לפיטורים, שעליהם הסכימו הצדדים ליחסים הקיבוציים, ולכן אין הצדקה לפטרו.

(ב) חשיבות סיווג הפיטורים

יש להדגיש את סיווגם של הפיטורים לפי ההגדרות שהובאו לעיל – האם בפיטורי צמצום (שבהם נבחר עובד מתוך הכלל אך המחלקה עומדת על תלה) עסקינן, או שמא בפיטורים כלכליים (סגירת המפעל או המחלקה) או בפיטורי רה-ארגון (ארגון מחדש של המפעל או המחלקה). ככל שמדובר בהחלטה התלויה פחות בנסיבותיו האישיות של העובד (כגון במקרה של סגירת המפעל או המחלקה בכללה, להבדיל מצמצום מצבת כוח האדם), כך תגדל הנטייה לצמצם את היקף השימוע האינדיווידואלי ולהפך.

כך למשל, בעניין זיוה לוי¹²¹ נקבע כי במקרה של סגירת מחלקה, שדינה כדין סגירת מפעל בשלמותו והפסקת עבודת כל הסגל המקצועי (דהיינו בסיווג "פיטורים כלכליים" שלעיל), אין הכרח ליתן לעובד זכות טיעון, ובמיוחד משנוהלו מגעים באותו עניין עם נציגות העובדים במישור הקיבוצי. בעניין אבו ג'מאע¹²² נאמר כי האמור בהלכת זיוה לוי הוא חריג היפה אך לנסיבות שפורטו בו, שהן סגירת המפעל וקיומה של היוועצות עם ארגון העובדים, ואילו ככלל יש לתת זכות טיעון לעובד גם בפיטורי צמצום.

(ג) השפעת ההתנהלות במישור הקיבוצי

כמו כן קיימים קשרי גומלין בין עומק המגעים בין הצדדים למישור הקיבוצי לבין עצמת חובת השימוע במישור האישי. בפסק הדין בעניין שדה¹²³ אומרת השופטת נילי ארד כי ככל שההיוועצות הארגונית עמוקה ויסודית יותר, זכות השימוע האישית תצטמצם:

לעניין אחרון זה, יוטעם, כי ככל שהליכים אלה (היוועצות ארגונית) יהיו מתוקנים יותר וככל שיתקיימו במלואם, כך עשוי להצטמצם הצורך בהרחבת הליכי השימוע. מנגד, ככל שנגרעת מן העובדים האפשרות להביא

121 דב"ע (ארצי) נג/80-3 המועצה המקומית אופקים – לוי, פד"ע כו 63 (1993).

122 ע"ע (ארצי) 300235/98 אבו ג'מאע – עיריית רהט, פד"ע לז 337 (2002).

123 עניין שדה, לעיל ה"ש 14.

דברם בפני ההנהלה באמצעות נציגיהם, כן תורחב חובת השימוע האישית שלהם.

בעניין ארבל¹²⁴ קבעה השופטת וירט־ליבנה כי כאשר מדובר במעסיק פרטי, כשאינן במקום העבודה ארגון עובדים, אזי היקף השימוע האישי יהיה גדול יותר. אשר לגוף פרטי מאורגן משאירה השופטת וירט־ליבנה את העניין בצריך עיון. באותו מקרה הואיל והיה מדובר במעסיק פרטי שלא היה במסגרתו ארגון עובדים, הרי שבוודאי חלה חובה לתת לעובד זכות טיעון בטרם פיטוריו אף אם מדובר בפיתורי צמצום. אמנם עיקר ההגנה בפיתורי צמצום היא במישור הקולקטיבי, אך באותו מקרה לא היה ארגון עובדים, ומאחר שגם לא ניתנה לעובד זכות טיעון, בפועל לא הייתה כל התייחסות לפיתורים עובר לביצועם – לא ברמה הקולקטיבית ואף לא ברמה האינדיווידואלית. עם זאת הואיל ובעת פיטוריו לא הייתה חובת השימוע בגופים פרטיים מגובשת דייה, מצא בית הדין כי לא היה פגם שהצדיק ביטול פיטוריו ואף לא פגם שהצדיק פסיקת פיצויים.

(ד) הגישה המצמצמת

מנגד סבר נציג הציבור מר אבי ברק בעניין ארבל, בדעת מיעוט (ואליו הצטרף גם נציג הציבור מר יוסף קרא), שאין הצדקה לשימוע פרטני כלל כאשר נציגות העובדים הייתה מעורבת במהלכי הפיתורין. יש לזכור שמדובר באוביטר, הואיל ובאותו מקרה לא היה ארגון עובדים כלל. עם זאת מדובר בטענות העולות בפסקי הדין ויש לשים לב אליהן. הטענה היא כי הואיל והפיתורין אינם נעשים על רקע אינדיווידואלי (דהיינו בשל פגם בעובד), והואיל והוסכם עם ארגון העובדים על שמותיהם של המפוטרים, הרי שאין צורך וטעם בשימוע אינדיווידואלי. זהו מעין טקס חסר משמעות, וכאשר יש צורך לפטר מספר רב של עובדים בפרק זמן מצומצם, אי אפשר לקיים הליך שימוע לכל העובדים בעת ובעונה אחת. יתר על כן, הודעה לעובדים, כדי שיתכוננו לשימוע, גורמת שעשרות רבות של עובדים הנמצאים במפעל עלולים לחבל בייצור וליצור פגיעה במורל אצל העובדים הנשארים. הם עלולים להעתיק חומרים מהמפעל ואף להעבירם לאחרים. יש לזכור שבאותו שלב אין אפשרות למנוע מעובד להיכנס למחשב שלו וכיוצא בזה כדי שלא יפורש הדבר כאילו כבר התקבלה ההחלטה על פיטוריו ללא שימוע והשימוע הוא רק למראית עין. כל זאת רק כדי להיראות אנושיים יותר, שהרי למעשה יכולתו של עובד לשכנע בשלב זה שאין צורך בפיתוריו מוגבלת ביותר.

124 עניין ארבל, לעיל ה"ש 37.

נוסף על כך, בחלק מהמקרים אף ניתנת לעובד, במהלך השלב הקולקטיבי, זכות שימוע בפני הנציג של ארגון העובדים. כאמור, נציגי ארגון העובדים מרכיבים רשימה נגדית לזו שמגישה ההנהלה. במסגרת שלב זה עובדים יכולים לבוא ולטעון בפני ארגון העובדים מדוע אין להכליל את שמם ברשימה שתוגש.

כמו כן כאמור לעיל קיימת מגמה כיום לחזק את ארגוני העובדים, הנתמכת בתפיסת הדמוקרטיזציה הארגונית. לפיכך ייתכן שיש מקום לאפשר העברת סמכויות לארגון העובדים גם מהמישור האינדיווידואלי כדי שארגון העובדים ייצג את העובד גם בטענותיו האישיות, או לפחות בחלקן. תיתכן אפוא אפשרות של שימוע לפני ארגון העובדים, שבו ישטח העובד טענותיו באשר למצבו הסוציאלי או בדבר התנכלות הממונים עליו, והארגון הוא שיעביר הדברים למעביד במסגרת השלב הקיבוצי, ובכך יתייחר השימוע הפרטני. מהלך כזה יתרום להעצמתו של ארגון העובדים ולחיזוק מעמדו, וכן ליעילות ההגנה על העובדים מאחר שזו נעשית באופן פרטני כבר בשלב הקיבוצי. כך נפסק בעניין אליהו:¹²⁵

יתרה מכך, אנו סבורות כי בפיטורי צמצום אין בהכרח צורך בהליך שימוע במובנו הרגיל, והגוף עמו יש להיוועץ הינו ארגון העובדים. בפסיקה נקבע כי יש לאזן את הליך השימוע שיש לערוך לעובד, לבין המעביד הנאלץ לנקוט בהליך צמצומים. איזון זה נעשה לטעמנו על ידי היוועצות עם נציגות העובדים.

(ה) הגישה הראויה

חרף דברים אלה יש מקום לדעתי לאפשר שימוע אינדיווידואלי בפיטורי צמצום גם בגוף פרטי. אין ספק שיש מקום להתייחס להערות שהובאו לעיל ולהביאן בחשבון. עם זאת נראה שאין לוותר לחלוטין על השימוע במישור האישי, גם אם באופן מצומצם ביותר. יש ליתן לעובד היחיד את ההזדמנות הבסיסית לשטוח טענותיו כדי למנוע פיטוריו, ולו בקצרה. גישה זו נגזרת מהמעמד המיוחד שניתן כיום לכבוד העובד כאדם וזכותו לעבוד וכן מההכרה בחשיבותה של זכות הטיעון הן מהפן המהותי והן מהפן הפרוצדורלי.¹²⁶ השימוע האינדיווידואלי עשוי לשנות את התוצאה בשל מצבו האישי של העובד כאדם בביתו או בעבודתו, וראוי שהגורמים האמונים על התמונה הכוללת של הפיטורין יבחנו גם את

125 עב' (אזורי ת"א) 8612/04 אליהו – בזק, פסק דינה של השופטת חנה בן יוסף (פורסם בנבו, 8.2.2010).

126 עניין שמיר, לעיל ה"ש 111; יצחק לובוצקי ודוד א' פרנקל "בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן המהפכה החוקתית", משפט ועסקים ג 161 (2005).

טיעונו של העובד הספציפי. כמו כן ייתכנו מצבים שבהם העובד אשר יודע מרת נפשו ומצוקתו ייטיב לתאר טענותיו ולשבר אוזני המעביד טוב יותר מארגון העובדים. לפי גישה זו, קיום נאות של חובת הייצוג ההוגן אינו ממצה את זכות הטיעון. גם אם ארגון העובדים פועל כדין, אין החובות במישור הארגוני מחליפות את מעמד העובד ואת זכותו לזכות טיעון.

נדמה אפוא שככלל יש מקום לאפשר לכל עובד זכות טיעון אישית, שהיקפה ועומקה ייגזרו מההסכמים וההסדרים הקיבוציים החלים, מהנהוג ומן הנסיבות הספציפיות, בשים לב בין היתר לסיבת הליך הפיטורים, מידת נחיצותו, היקפו, דחיפותו וכן לעומקה והיקפה של ההיוועצות שקוימה עם ארגון העובדים ועוד. זאת בכפוף למקרים חריגים ביותר שבהם נראה בדיעבד בחובת השימוע במישור האישי כאילו כבר מולאה באמצעות חובת ההיוועצות עם ארגון העובדים במישור הקיבוצי.

2. גילוי

חובת הגילוי נגזרת מחובת השימוע, שכן שימוע אפקטיבי יעיל ואמתי תקיים רק אם נמסר לעובד, כמו גם לנציגות העובדים, מלוא המידע הרלוונטי. בפסק דינה של השופטת רונית רוזנפלד בעניין יפרח¹²⁷ היא דנה בחובת הגילוי:

הנה כי כן, זכות השמיעה שהיא יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית ובעקרונותיה בסיסיים, מטילה חובה מוגברת על הרשות הציבורית והיא זכות השמיעה המשנית, אשר נותנת משנה תוקף לזכות הראשונית ומבססת אותה בשני פנים: בחובת הגילוי מזה ובזכות הטיעון מזה. לאמור: הרשות מחוייבת כלפי האדם הבא בפניה ושבעניינו היא דנה, לגלות לו את כל המידע שברשותה והנוגע לו, ובמיוחד מידע שלילי העלול להשפיע על החלטתה. ובהתאם חייבת הרשות לתת לאדם את זכות התגובה לאותו מידע

...

בעת גילוי המידע יש ליתן את הדעת על זכויות אחרות, כגון הפרטיות של עובדים אחרים או צדדים שלישיים, כמו גם זכויות המעביד, כדוגמת הזכות לסודיות.

ברמת העובד הפרטי מול המעביד על המעביד לגלות לעובד מידע רלוונטי לפיטורים הקולקטיביים ככלל ולפיטוריו בפרט, כדי שיוכל להתגונן כנגדם. זאת בדומה לחובת גילוי

127 ע"ע (ארצי) 300321/97 יפרח – המועצה המקומית נתיבות (פורסם בנבו, 19.2.2002).

המידע המוטלת על המעביד במישור הקיבוצי, שמטרתה לאפשר קיום התייעצות כנה ואמתית, שבנוגע אליה נפסק בעניין דלק¹²⁸ שנדון לעיל כי אין המעביד רשאי להתחמק באופן גורף ממסירת המידע תוך היתלות בסודיות המידע. מובן כי במסגרת עריכת האיזון בין האינטרסים השונים הנוגעים בדבר יובאו בחשבון שיקולים לגיטימיים של המעביד כדוגמת שמירה על סודיות והימנעות מגילוי מידע שעלול לפגוע בעובדים אחרים. עם זאת נראה שיהיה נכון לקבוע כי חובת הגילוי קטנה במישור האישי יותר מאשר במישור הקיבוצי.

בסיטואציה של פיטורים קולקטיביים חובת הגילוי של החברה כלפי העובד תכלול את אמות המידה שלפיהן נקבעו הפיטורים וכן את השיקולים שנשקלו בעניינו הספציפי של העובד. כך יוכל העובד להעלות טיעונים רלוונטיים בנדרון, כדי לשכנע את המעביד כי הוא אינו עומד בקריטריונים שנקבעו לפיטורים, או כי עניינו מצדיק התייחסות שונה. בעניין קרחי למשל, שנזכר לעיל,¹²⁹ טענו התובעות כי הופלו לעומת עובדות אחרות אשר הגיעו לגיל פנסייה אך לא פוטרו.

במסגרת המידע שמבקש העובד לקבל מהמעביד הוא עשוי להידרש לשאלה כיצד יושמו הכללים בעניינם של עובדים אחרים בהשוואה לעובד עצמו. כך עשוי העובד החפץ לטעון כי הכללים יושמו באופן שאינו שוויוני, לדרוש מהמעביד לגלות את השיקולים שנשקלו ביחס לעובדים אחרים אשר לכאורה מתאימים לפיטורים יותר הימנו. במסגרת זו מדובר בזכות גילוי קטנה יותר של העובד לעומת זו שיש לו כאשר למידע הנוגע למעביד עצמו. שכן, יש ליתן משקל הולם להגנה על פרטיותם של העובדים האחרים שאינם ברי פלוגתא של העובד המפוטרו. גילוי מידע על הליך פיטוריהם של עובדים אחרים עשוי לפגוע בפרטיותם ולעמוד בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, בשונה מגילוי מידע על ידי המעביד בנוגע לעסק עצמו (כגון כאשר לאמות המידה שנקבעו), אשר אינה חוסה בהכרח תחת הגנתם של חוקים אלה. חשוב לזכור שהיות שמדובר בשיקולים הנוגעים לנסיבות האישיות, המידע בנוגע לעובדים האחרים עשוי להימצא בליבת הזכות לפרטיות, כגון מידע על מצבם החברתי-כלכלי (למשל מצב כלכלי קשה, בן זוג מובטל, הליך גירושים, היות העובד הורה יחיד), מצב בריאותם או בריאות בני משפחותיהם הקרובים (מחלת גוף או מחלת נפש, נכות או מוגבלות, מחלה סופנית), מידע על יכולתם להשתלב בשוק העבודה, היות העובדת בהיריון או בטיפולי פוריות ועוד. האיזון בין זכויות אלה ייעשה אפוא בשים לב למכלול נסיבות העניין. במסגרת עריכת איזון ראוי אפשר לקבוע הגבלות וסייגים שונים לגילוי המידע, כגון קביעה שהגילוי ייערך באופן אנונימי תוך הגבלת חשיפת המידע לצדדים שלישיים.

128 עניין דלק, לעיל ה"ש 47.

129 עניין קרחי, לעיל ה"ש 90.

3. הנמקה

אין חולק שבפסק הדין בעניין פרג'ון¹³⁰ היה מדובר בפיטורי צמצום וכן נשללו טענותיו של התובע שלפיהן מדובר בהפליה על רקע גיל. לאחר שבוצעו ההליכים במישור הקולקטיבי, במהלך השלב האינדיווידואלי, פרס העובד את טענותיו בפני מנהלו. המערער נענה במכתב שבו רשם מנהל המרחב כי שקל בכובד ראש את עניינו, וכי בטיעונו שהועלו בשימוע לא היה כדי לשכנעו לחזור מהכוונה להביא לסיום העסקתו. בבית הדין האזורי סבר השופט ד"ר לובוצקי,¹³¹ שאכן היה שימוע, ברם השימוע היה מן הפה ולחון ולא היה אמתי וכן. הנימוקים שניתנו לאחר השימוע לא התייחסו באופן ספציפי לטענות שהעלה המערער. נראה שבכך מצא בית הדין אינדיקציה לעובדה שהשימוע לא היה אמתי. יתר על כן, בית הדין סבר שהנימוקים אינם מספקים. אף על מעביד הנוקט פיטורי צמצום חלות חובות, ובין היתר חלה חובת הנמקה. מדובר בהנמקה רחבה, ולא די בהנמקה הסתמית והסטנדרטית שנכתבה במכתב הפיטורין (שהיה מעין "סטנסיל") לאחר השימוע האינדיווידואלי. עם זאת סבר בית הדין האזורי כי אין מקום להעניק לתובע את הסעד של החזרה לעבודה אלא פסק לו פיצוי של 60,000 ש"ח.

בית הדין הארצי קיבל את הערעור בחלקו באופן שבו נקבע כי השימוע אכן היה שימוע כן ואמתי. ההחלטה לפטרו נפלה בסופו של דבר לאחר שהתברר שהנימוקים שהביא נגד פיטוריו היו שגרתיים ולא חרגו מסוג הרגיל, כגון היותו בעל ניסיון, היותו עובד חרוץ ונאמן וכי נפגע מצבו הכלכלי (סעיף 31 לפסק הדין). באשר להנמקות שניתנו במכתב האינדיווידואלי שלאחר השימוע, הרי שאלה אף לשיטתו של בית הדין הארצי אינן מספקות דיין. אף על פי כן, בית הדין מתחשב בעובדה שהתובע קיבל שכר גבוה למשך שנה נוספת בזכות צו המניעה שהיה תלוי ועומד, ואף קיבל במסגרת תנאי הפרישה הטבה ניכרת בדמות תוספת של 8% לגמלתו. לכן אף על פי שהנימוקים לא היו מספקים דיים, ביטל בית הדין הארצי, מפי השופט צור, את הפיצוי שנקבע לעובד. נציין כי ההנמקה לפיטורין היא הצמצום עצמו, שהרי אין מדובר בפגם בעובד עצמו, וזאת בשונה מפיטורים אינדיווידואליים.

בעניין פרג'ון¹³² נאמר על ידי בית הדין הארצי:

אשר לעניין ההנמקה – אין חולק שהחלטת פיטורים חייבת להיות עניינית ומנומקת. עם זאת, בפיטורי התייעלות וצמצום, כמו בעניינו – במיוחד בפיטורים המעוגנים בהסכם או הסדר קיבוצי – ההנמקה נעוצה בעיקרה,

130 ע"ע (ארצי) 378/08 פרג'ון – חברת הדואר (פורסם בנבו, 12.11.2008) (להלן: עניין פרג'ון).

131 עב' (אזורי ת"א) 5392/07 פרג'ון – חברת דואר (פורסם בנבו, 20.5.2008).

132 עניין פרג'ון, לעיל ה"ש 130, פס' 33.

מעצם טיבה, בתוכנית ההתייעלות ובהסכם הקיבוצי. בעניינו של המערער העניין אף הוסבר לו בהליך השימוע. עם זאת, גם ההחלטה שלא לקבל את נימוקי התנגדותו של המערער לפיטורין במסגרת השימוע טעונה הנמקה. בקשר לכך ההנמקה שקיבל המערער הייתה לקונית, לאמור – "בטיעוניך שהועלו בשימוע לא היה כדי לשכנעני לחזור מהכוונה לסיים את העסקתך" (סעיף 2 למכתבו של מר אבי יצחק מיום 8.1.07; נספח י"ג לתצהירו). הנמקה זו אינה מתייחסת במפורט לנימוקים האינדוידואלים שהעלה המערער במסגרת השימוע וניתן לאמר שאינה מספקת. גם אם נראה בהחלטה שכזו פגם, הרי שמדובר בפגם שולי שאינו מעיד על החלטה לא עניינית או לא חוקית של המעסיק. "פגם" שכזה אינו מצדיק את ביטול החלטת הפיטורים ובמיוחד אינו מצדיק לפסוק לעובד פיצוי כספי.

יוער כי הפגם, כפי שרואה אותו בית הדין הארצי, אינו נעוץ בשימוע, שהיה כן ואמתי, אלא בהנמקה, שהיא עניין טכני נלווה. עם זאת ייתכן שהיעדר הנמקה מספקת עשוי להביא למסקנה שבאותה עת אכן לא הייתה הצדקה טובה לפיטורים, והשימוע היה למעשה מן הפה אל החוץ כדי לצאת ידי חובה מבלי שנדונו הדברים לגופם. זהו אפוא פגם מהותי שהיה עשוי להביא לתוצאה שונה מזו שהגיע אליה בית הדין הארצי.

4. זכויות מכוח הסכם

לעתים זכאי העובד המפוטר לזכויות נוספות מכוח הסכם קיבוצי או אישי, כגון פיצויים מוגדלים, הטבות בתנאי הפרישה, העדפה בחזרה לעבודה או הטבות בזיקה לפנסייה. פיצוי מוגדל – באנגליה נקבע בחקיקה כי יש ליתן לעובדים המפוטרים בפיטורים קולקטיביים פיצוי מיטיב לעומת הנורמה הרגילה והמקובלת בפיטורים אישיים.¹³³ לרוב, כבר במהלך ההיוועצות או המשא ומתן בין הצדדים למערכת היחסים במישור הקיבוצי באשר לעצם קיומם של הפיטורים הקולקטיביים נידונים גם תנאי פרישתם או פיטוריהם של העובדים, כדי לקבוע תנאים מועדפים המיטיבים עם העובדים העתידיים להיות מפוטרים בהליך הקולקטיבי יתר על המקובל כשמדובר במי שמפוטר בפיטורים אישיים. כך בעניין קרחי¹³⁴ נאמר כי יש להעניק למעביד בפיטורי צמצום אפשרות לתת יותר מהרגיל כדי לעודד עובדים לפרוש. חזרה לעבודה – בחלק נכבד מההסכמים הקולקטיביים שאליהם מגיעים מעסיקים עם ארגון העובדים באשר לפיטורי צמצום, ניתנת למפוטרים בפיטורי צמצום עדיפות בחזרה

133 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.

134 עניין קרחי, לעיל ה"ש 90.

לעבודה לאחר שהמצב הכלכלי ישתפר. גם כאן יש מקום לשאלה אם ועד כמה יתערב בית הדין בקבלת עובדים חדשים לאחר שוך המשבר. פנסייה – בעניין פרג'ון נטען על ידי התובע כי פוטר על רקע גיל. טענה זו נשללה על ידי בית הדין. עם זאת במספר פסקי דין נאמר כי צבירת פנסייה נכבדה היא שיקול לגיטימי לבחירת עובד כמועמד לפיטורי צמצום. אין ספק שמי שיש לו משענת כלכלית של פנסייה, שהוא זכאי לה, מצבו בעת הפיטורין טוב מזה של מי שאין לו מקור כספי להתקיים ממנו. במקרים רבים בעת פיטורי צמצום נקבע – במסגרת הקריטריונים שנקבעים במישור הקולקטיבי באשר לסוגי העובדים שיפוטר – כי המפוטרים יהיו דווקא מי שיש להם זכות לפנסייה. מטבע הדברים מדובר בעובדים המבוגרים יותר, אך לא בהכרח, שהרי ייתכן שיפוטר עובד בן 50 שלזכותו 20 שנות עבודה וזכאות לפנסייה ולא יפוטר עובד בן 60, שעובד רק 10 שנים ואשר לו אין זכאות לפנסייה. בעניין זה ראו גם פסקי הדין בעניין משה¹³⁵ ועניין לוי.

בפסק דין רשת הגנים של אגודת ישראל¹³⁶, כמובא לעיל, נקבע כי קריטריון הוותק לפיו פיטר המעסיק את קבוצת הגננות, היה בעל מתאם ברור לגילן ולפיכך מדובר בפיטורים מפלים. אחד הנימוקים שמונה בית הדין לקביעה זו הינו העובדה כי באותו עניין אף לא נשמרו זכויותיהן הפנסיוניות של הגננות שפוטר, או זכויותיהן לפיצויי פיטורים, באופן שלא הובטחה להן כל רשת בטחון קיומית בפרט לנוכח הקושי למצוא עבודה חדשה בשים לב לגילן.

ו. התערבותו של בית הדין

1. היקף הזכות

היקף זכויות העובד במישור האישי, ומנגד היקף חובות המעביד, מצומצם יותר מאשר בפיטורים רגילים בהתאמה. כך גם היקף הסעדים שניתנו כתביעות עובדים בגין הפרת חובות המעביד. נטייתם של בתי הדין להתערב במקרים של פגם במתן הזכויות לעובד במישור האישי בפיטורים קולקטיביים קטנה מזו שבפיטורים רגילים שאינם קולקטיביים, כל עוד אין מדובר בפגמים חמורים. אף באשר למהות הסעד מדובר בדרך כלל בסעד של פיצויים ולא של החזרה לעבודה.

הסיבה לכך היא התפיסה העומדת בבסיס הליך הפיטורים הקולקטיבי, שלפיה עיקר ההגנה בפיטורים אלה נעשית במישור הקיבוצי, ואילו ההגנה במישור האישי היא משנית.

135 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

136 עניין רשת הגנים של אגודת ישראל, לעיל ה"ש 107.

משארגון העובדים והמעביד הגיעו להסכמה במישור הקיבוצי, לאחר שכבר נבחן עניינו של העובד, יש לכבד הסכמתם. כמו כן ההנחה היא כי ביטול פיטורי העובד הספציפי יגרור לעתים צורך בפיטורי עובד אחר תמורתו כדי למלא את מכסת המפוטרים שנקבעה. מובן כי במקרה שבו לא קיים השלב הקיבוצי כדבעי, תהא נטייה גדולה יותר להתערב, אם כי עדיין קטנה היא יחסית למקובל בפיטורים אישיים לאור המטריה שבה עסקינן, שכן אילו ציפים כלכליים הם שקובעים את הצורך בפיטורים. ככל שהצדדים נקטו אמצעים מתאימים בקפידה בשלב הקיבוצי, תהא פחות הצדקה להתערבות שיפוטית בשלב האינדיווידואלי. מחד גיסא יש מגמה להרחיב את הסמכויות הניתנות לארגון העובדים בשלב הקיבוצי תוך חיוק כוחו באמצעות הצבת דרישות נוספות לפני המעביד המבצע מהלך של פיטורים קולקטיביים. מטרת דרישות אלו להגן על העובד ולמנוע הליך בלתי תקין. אולם מאידך גיסא קיימת הבנה באשר לצורך המהותי להציל את מקום העבודה בהקשר הכולל של פיטורים קולקטיביים. לפיכך גם אם לא מולאו כל הדרישות באופן קפדני, לא בהכרח יתערב בית הדין, וגם הסעדים שיינתנו יהיו מוגבלים.

כך, גם אם ימצאו פגמים בהליך הפיטורים, כגון היעדר היוועצות קולקטיבית או שימוע אינדיווידואלי, או כאשר היה פגם בבחירת העובדים (דהיינו בחינת תוכן ההחלטה, החל בתבחינים שנבחרו וכלה בבחירה שנעשתה שלא על פי התבחינים), או שנשקלו שיקולים זרים וכדומה, עדיין תהא מידת ההתערבות פחותה לעומת מקרים של פיטורים אישיים. עת צרה היא וחייבים לסייע למעביד לשמר את העסק לטובת כולם. יש קושי להתערב בשיקול הדעת של מעביד, שעל כתפיו רובצת האחריות לקיום המפעל, ולקבוע בשבילו אילו צעדים עליו לנקוט. בית הדין יתקשה ליטול את מקומו של המעביד ולהורות לו למשל באשר למספר המפוטרים, כי די בפיטורי פחות עובדים משהוא סבור שעליו לפטר. לעומת זאת ארגון העובדים מכיר היכרות מקיפה וקרובה את התהליכים הפנימיים של המפעל ואת צרכיו. בית הדין נוטה אפוא להותיר את העניין לצדדים ליחסים הקיבוציים ולמשא ומתן האוטונומי ביניהם.

2. היקף הסעד

בסוגיית הסעד, קיימת הגבלה על הסעדים הניתנים, כעולה מדברי השופטת נטע רות בפסק הדין בעניין ברעם נ' חברת חשמל.¹³⁷ בייחוד תהא נטייה למעט במתן סעד של אכיפה והחזרה לעבודה. לפיכך, אף במקרים שבהם נמצאו פגמים בהנמקה או באימתן זכות שימוע. הסעד של החזרה לעבודה אינו דרך המלך.

137 עב' (אזורי ת"א) 9941/04 ברעם – חברת חשמל לישראל (פורסם בנבו, 30.11.2008).

כנגד מיעוט מתן סעד של אכיפה להחזרה לעבודה תגבר הנטייה למתן סעד של פיצויים. סעד הפיצויים הוא סעד נכון יותר בהקשר זה בשקפו למעשה את עלות השינוי המבני שאותו מבקש המעביד לערוך.¹³⁸ המעביד אמנם יקבע את עצם הצורך בשינוי, אך האיזון ייווצר בחיוב המעביד בעלות השינוי באופן שעלות הנטל של השינוי המבני ושל פיטורי העובד תוטל על המעביד ולא על העובד. יצוין כי בדרך כלל הפיצוי שיינתן בפיטורים על רקע אילוצים כלכליים (בשונה מפיטורי צמצום במחלקה אחת או פיטורי רה-ארגון) יהא מטבע הדברים ברמה נמוכה יותר בשל מצבו הכלכלי הכולל של המעביד. בעניין זה תבוא לידי ביטוי ההבחנה בין סוגי הפיטורים הקולקטיביים. אין דומה מקרהו של מפעל שעומד לקרוס בשל משבר עולמי למקרה של מפעל המפטר מאות עובדים חרף היותו שרוי במצב רווחי או מקרה של מפעל הסוגר מחלקה בשל קבלת מכשור חדיש המחליף את תפקודם של עובדי המחלקה. המעבידים הנמנים עם שתי הקטגוריות האחרונות יידרשו לשאת בנטל עלות השינוי המבני באופן משמעותי יותר על מנת שהמשמעויות הכלכליות של השינוי לא יוטלו אך ורק על העובדים המפוטרים אלא גם על המעביד.

בעניין בוגר¹³⁹ הוכרע בדעת הרוב (מפי השופטת וירט-ליבנה) כי על אף הפגמים שחלו בהליך הפיטורים כפי שנקבע בבית הדין האזורי, אין מקום לבטל פיטוריו של התובע ולהשיבו לעבודה משום שהפיטורים היו במסגרת פיטורי רה-ארגון כולל לפי הסכם קיבוצי וכן בשל מעורבות והסכמת נציגות העובדים. לעומת זאת הנשיא סטיב אדלר, בדעת מיעוט (עם נציג הציבור מר דודאי), סבר כי לא נפלו פגמים בהליך הפיטורים של התובע שם, ואף אם נפלו פגמים אין מדובר בפגמים מהותיים על רקע ההליך בכללו, המצדיקים זכאות לסעד כספי. הנשיא הוסיף כי הדבר נכון בייחוד על רקע היות הפיטורים פיטורי צמצום, שבהם ההתמקדות היא יותר בשיקולים כלליים ופחות בענייניו האישי של העובד, בשונה מפיטורים אישיים.¹⁴⁰ נציין כי כל השופטים סברו כי בנסיבות העניין שם לא הייתה הצדקה למתן סעד כספי משזה לא נתבקש על ידי התובע.

138 עניין טולדנו, לעיל ה"ש 67, שבו ניתן לתובע סעד של פיצוי אף כי זה תבע רק סעד של החזרה לעבודה.

139 ע"ע (ארצי) 115/06 בוגר – מקורות חברת מים (פורסם בנבו, 16.10.2006); בג"ץ 1837/07 בוגר נ' מקורות חברת המים (פורסם בנבו, 1.9.2008).

140 כך הדגיש הנשיא אדלר כי "דברים אלה נכונים ביתר שאת עת מתבוננים על פיטוריו של ד"ר בוגר בפריזמה של פיטורי צמצום. בפיטורי צמצום מצבה של החברה עומד כטעם מרכזי המחייב פיטורי עובדים, להבדיל מפיטורים אישיים, במרכזם עומדים טעמים הנוגעים לאופן תפקודו של העובד. לפיכך, כל אימת שמדובר בפיטורי צמצום, יושם דגש על קביעת התנאים להכללת עובדים ברשימת המפוטרים, שעה שבפיטורים אישיים, ינתן משקל לשיקולים הקשורים לתפקודו של העובד."

בפסק הדין חורש¹⁴¹ עברו משרדי הממשלה ושירות התעסוקה למבנה חדש בבאר שבע. שירותי הניקיון במבנה החדש ניתנו על ידי חברה חיצונית, ולא היה צורך עוד בעבודתה של העובדת ובעבודת כלל עובדי הניקיון והתחזוקה. המעביד פנה ראשית לוועד העובדים, וזה לא הסכים לפיטורים. לאחר מכן פנה המעביד להסתדרות מועצת פועלי באר שבע, וזו לא הגיבה. ארגון העובדים שאליו פנה המעסיק לא עשה דבר ולא התנגד לפיטורין בקול רם. היעדר תגובה זו פורש על ידי בית הדין הארצי כהסכמה שבשתיקה. בית הדין הארצי קבע שרואים את הפנייה והשתיקה כאילו ניתנה הסכמה. למעשה לא הייתה פה באמת התייעצות ולא מולאה דרישת האיזון במישור הקיבוצי. ברם אף על פי שלגופו של עניין לא מולאה דרישת התייעצות, לא ניתן סעד של אכיפה והחזרה לעבודה.

בעניין משה¹⁴² פסק השופט צור (ואליו הצטרף השופט רבינוביץ) לזכות התובע הוצאות משפט בלבד, ללא פיצוי על עצם הפיטורים. מנגד סברה השופטת אלישבע ברק (בדעת מיעוט) כי יש ליתן לתובע סעד של פיצוי על עצם הפיטורים בגין הפרת החובה להיוועץ באשר לרשימת העובדים לפני הפיטורים – בגובה שש משכורות ובנוסף וכן לפסק לזכותו הוצאות.

בעניין החברה למדליות, הנשיא אדלר, בדעת מיעוט, סבר שאין מקום להתערבות שיפוטית היות שהייתה הסכמה עם ארגון העובדים. לעומת זאת דעת הרוב הייתה שיש מקום להתערבות בגלל פגמים שנפלו במישור האישי, מאחר שהשימוע לא היה מספיק עמוק ורחב.

התובנה העוברת כחוט השני בפסיקה היא אפוא כי יש משמעות רבה להבחנה בין המישור שבו מצויים הדברים, המישור הקיבוצי או המישור האישי, הן לעניין עצמת הזכות והן בנוגע לסעד הניתן. בית הדין ייטה להחערב במישור הקיבוצי יותר מאשר במישור האישי, הן ביחס לעצם הגדרת הפגם והן ביחס לסעד שיינתן.

אחרית דבר

אפשר להצביע על מגמה בארץ, כמו במקומות אחרים בעולם, שלפיה יש להתייחס לפיטורים קולקטיביים התייחסות שונה מזו שלפיטורים רגילים. הדרך המתוקנת היא כי הסדרת התחום תיעשה במהלך חקיקתי מקיף וכולל. ברם כיוון שדבר זה לא נעשה בארץ, אך בפועל קיימת התנהלות מקובלת הנוהגת באמצעות הסכמים או הסדרים קיבוציים או

141 עניין חורש, לעיל ה"ש 10.

142 עניין משה, לעיל ה"ש 1.

נוהג, הרחיבה הפסיקה את ההתנהלות הזו כנורמה מחייבת מכוח כללים שונים גם למקומות שבהם אין נורמה הסכמית.

המנגנון שאימצה הפסיקה הוא מנגנון שלבי המורכב מהרובד הקיבוצי – שהוא לב ההליך – ובו חלה חובת ההתייעצות הקיבוצית, ומהרובד האישי, שעיקרו חובת השימוע האינדיווידואלי.

בתי הדין לעבודה קיבלו על עצמם במובן מסוים את תפקידו של המחוקק בבצעם חקיקה שיפוטית בתחום משפט העבודה כאשר קיימים חסרים בחוק. הדבר משתלב עם מגמת האקטיביזם השיפוטי הקיימת בבתי הדין לעבודה. פרופ' סגל ועו"ד ליטור מציינים בספרם¹⁴³ כי בתחום הזכויות החברתיות בית הדין לעבודה אקטיביסטי יותר מבית המשפט העליון. אכן, נראה כי קיימת הצדקה לאקטיביזם שיפוטי בתחום זה, השנוי פחות במחלוקת ציבורית, ואשר על כן נקל יותר לקבל את התערבותו של בית הדין בו.

בהיעדר דין ממלא בית הדין את החסר באמצעות יציקת נורמות ראויות – זאת מפני שמדובר בתחום דינמי המחייב מתן תשובות מעשיות כדי למנוע כשלי שוק שעלולים להתהוות אם לא ימולאו החסרים.

בפסיקתו של בית הדין לעבודה בתחום זה חלה התפתחות שמייצגת מעבר משיטת משפט של מושגים ושל פורמליזם לשיטה של ערכים.¹⁴⁴ בעולם של ערכים וזכויות אדם לעובדים יש מקום וכלים להוסיף נורמות ראויות (בהקשר התעשייתי) בהתחשב בתנאים של שוק העבודה, שאותו מלווה ומנחה משפט העבודה.

הואיל ומדובר בהתערבות פסיקתית, מטבע הדברים היא מוגבלת בהיקפה לדברים שעסקה בהם. התפתחות הפסיקה נעשתה ממקרה למקרה, באופן קוואיסיטי, מבלי שנעשתה עבודת רוחב הבוחנת את הסוגיה בכללותה על כל מרכיביה, כולל אפשרות של יצירת מנגנונים ממשלתיים חדשים.

ראוי לבחון את הדברים בחינה כוללת ורחבה יותר ולקבוע כללים מקיפים ברוח הדברים שנקבעו בפסיקה ואף להרחיבם. בצד אלה אולי נכון להרחיב את הפיקוח על פיטורים קולקטיביים באמצעות יצירת מנגנונים ממשלתיים־סטטוטוריים שיתערבו במקרים של פיטורים קולקטיביים לפי קריטריונים קבועים.

143 זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי (2008).

144 אמור לעיל, חלה התפתחות בפסיקה מאז פסק הדין בעניין ההסתדרות, שם פירשו בצמצום את הוראת התקשי"ר, שקבעה נורמה ראויה, ונמנעו מלהחילה באותו מקרה בטענה כי מדובר בפיטורי רה-ארגון ולא בפיטורי צמצום.

**חלק שישי – עבודה ורווחה:
היבטים ציבוריים**

מעורבות רשויות המדינה ביחסי העבודה בישראל

מאת

יצחק אליאסוף*

א. מבוא. ב. מקורות משפט העבודה בישראל. ג. מעורבות הממשלה (הרשות המבצעת); 1. שירות המדינה; 2. השירות הציבורי מחוץ לשירות המדינה; 3. המגזר הלא ציבורי. ד. מעורבות הכנסת (הרשות המחוקקת). ה. מעורבות מבקר המדינה. ו. מעורבות בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון (הרשות השופטת). ז. סיכום.

א. מבוא

התשתית העיקרית של יחסי העבודה בישראל מעוגנת בהסכמים קיבוציים ובחוזים אישיים. עם זאת רשויות המדינה מעורבות ביחסי העבודה בישראל בצורות שונות. רשויות אלה הן הממשלה (הרשות המבצעת); הכנסת (הרשות המחוקקת); מבקר המדינה (בתפקידו כ"נציב קבילות הציבור"); בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון (הרשות השופטת). מטרת מאמר זה היא לפרט את מהות המעורבות של רשויות המדינה ביחסי העבודה בישראל ואת מידת מעורבותן.

אשר למעורבותה של הממשלה תיערך הבחנה בין מעמדה של הממשלה המייצגת את המדינה שהיא המעבידה של עובדי המדינה לבין מעמדה כגוף שלטוני המפעיל סמכויות סטטוטוריות, כגון התקנת תקנות לשעת חירום לעניין ריתוק עובדים בתקופה של עיצומים ושבתות, הקצבת כספים, הפעלת סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, מתן צווי הרחבה ויזמות חקיקה.

מעורבותה של הכנסת מוצאת ביטוי בנושאי החקיקה תוך הכרה באופי הקיבוצי של יחסי העבודה בישראל והתערבות מינימלית בקביעת "תנאי עבודה", לעומת "יחסי עבודה", וזאת מתוך התחשבות גם באמנות ובהמלצות של ארגון העבודה הבין-לאומי.

* סגן נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס).

מעורבותו של מבקר המדינה ביחסי העבודה היא במסגרת סמכותו כ"נציב תלונות הציבור" והפעלת סמכות להגנה על עובדי ציבור החושפים שחיתויות. מעורבותה של הרשות השופטת מתבטאת ביישום ובאכיפה של מקורות משפט העבודה, בהליכים אזרחיים, בהליכים מנהליים ובהליכים פליליים.

ב. מקורות משפט העבודה בישראל

מקורות משפט העבודה בישראל הם אלה: החוק, הסכם קיבוצי, צו הרחבה וחווה עבודה אישי.

ההוראות בדבר מהותם, תוקפם ותחולתם של ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה נקבעו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. אשר לחווה העבודה האישי הוצעו בעבר שתי הצעות חוק בדבר מעמדו ואופיו של חוזה העבודה האישי, אך הצעות חוק אלה לא נחקקו.¹ על כן אשר לחווה העבודה האישי חלים דיני החוזים הכלליים, בכפוף להוראות מיוחדות שנקבעו בחקיקה² ובשילוב מאפיינים מיוחדים של משפט העבודה, כגון מהות ההשתתפות בשביתה³ וחובת תום הלב, הנאמנות למעביד והחובה לשמור סודותיו.⁴ עיקרון זה הוצע גם בסעיף 2 להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985, שבו נאמר כי "הדין החל על חוזה יחול גם על חוזה עבודה, ככל שהדבר מתיישב עם חוק זה ועם מהות יחסי עבודה".⁵ לחקיקת העבודה יש מעמד על כלפי מקורות המשפט האחרים (הסכם קיבוצי, צו הרחבה וחווה עבודה אישי), ואלה אינם יכולים לגרוע מהוראות חקיקת העבודה אלא

- 1 הצעת חוק חוזה עבודה, התשכ"ח-1968 אושרה בקריאה ראשונה בכנסת ביום 18.11.1968 (ראו בעניין הצעת חוק זו את מאמרו של ג' טדסקי "שתי הערות על ההצעה לחוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968" משפטים 163 (1975)); הצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985, ה"ח 1718 אושרה בקריאה ראשונה בכנסת ביום 11.3.1985.
- 2 דוגמה, ס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שבו נקבע כי הזכות לאכיפת חוזה אינה קיימת אם האכיפה היא "כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי", וכך ס' 22(ב) לחוק האמור, שבו נקבע כי "הוראות חוק זה יחולו כשאינן בחוק המסדיר יחסי עבודה או בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון".
- 3 בס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 נקבע כי "השתתפות בשביתה לא יראו כהפרת חובה אישית".
- 4 דב"ע (ארצי) נא/1-3 עזר – אי.אר.די. בע"מ, פד"ע כג 372 (1991).
- 5 בדברי ההסבר להצעת חוק חוזה עבודה נאמר בין השאר כי "החוק המוצע בא לבטא את התפיסה שחוזה העבודה הוא חוזה מסוג מיוחד, אשר לא כל דיני החוזים הרגילים מתאימים לו. במיוחד עוסק החוק המוצע במהותו של חוזה העבודה ובסיומו".

להוסיף עליהן.⁶ בדומה לכך, להסכם קיבוצי ולצו הרחבה יש מעמד על כלפי חוזה עבודה אישי, ואין החוזה האישי יכול לגרוע מהוראות ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה, אלא להוסיף עליהן.⁷

עקרון יסוד בשיטה של יחסי העבודה בישראל הוא ההכרה באופי הקיבוצי של יחסי העבודה. הכרה זו מוצאת ביטוי בחקיקה הקובעת זכות לפעילות או לחברות בוועד עובדים ובארגון עובדים,⁸ במדיניות של עידוד המשא והמתן הקיבוצי, ביצירת הכלים המשפטיים הדרושים לקיום המשא והמתן הקיבוצי, החתימה על הסכם קיבוצי, הגשתו לרישום וקביעת תוקפו המשפטי.⁹ מדיניות זו מתבטאת גם בעיקרון של אי-התערבות של רשויות המדינה בתוכנו של ההסכם הקיבוצי, ולעיקרון זה קיים חריג בסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, אשר יידון בהמשך.

במשק הישראלי קיימת מערכת רחבה של הסכמים קיבוציים כלליים והסכמים קיבוציים מיוחדים. עד לשנת תש"ע (2010) הוגשו לרישום כ-2,000 הסכמים קיבוציים כלליים וכ-13,000 הסכמים קיבוציים מיוחדים. עם זאת קיימים תחומי עבודה וענפים במשק (כגון ענף ההיי טק) שבהם אין קיימים הסכמים קיבוציים, אלא נחתמים הסכמים אישיים עם העובדים. נורמה משפטית הנגזרת מההסכמים הקיבוציים הכלליים הם צווי הרחבה אשר נועדו ליצור איזון ושוויון בין עובדים ומעבידים, כפי שיפורט בהמשך.

ג. מעורבות הממשלה (הרשות המבצעת)

יש להבחין בין מעורבות הממשלה ביחסי העבודה בשירות המדינה, לבין אלה שבשירות הציבורי מחוץ לשירות המדינה ולאלה שבשירות המגזר הלא ציבורי.

6 ראו ס' 21 לחוק הסכמים קיבוציים, שבו נקבע כי "זכויות עובד הקבועות בחוק יכול הסכם קיבוצי להוסיף עליהן אך לא לגרוע מהן". ראו גם, לדוגמה, ס' 35 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, שבו נקבע כי "חוק זה אינו בא למעט מכל זכות הנתונה לעובד על פי חוק, הסכם קולקטיבי, חוזה עבודה או נוהג".

7 בס' 22 לחוק הסכמים קיבוציים נקבע כי "הוראה בחוזה עבודה שהיא שונה מהוראה אישית שבהסכם קיבוצי החל על בעלי החוזה – ההוראה שבהסכם הקיבוצי עדיפה; היה השינוי לטובת העובד, עדיפה ההוראה בחוזה העבודה, אם אין בהסכם הקיבוצי דבר המונע במפורש אותו שינוי". כמו כן בסעיף 30 לחוק האמור נקבע כי הוראות הסכם קיבוצי שהורחבו בצו הרחבה רואים בהן חלק מחוזה העבודה, וכי הוראות אלה אינן "גורעות מזכותו של עובד על פי הוראה בחוזה עבודה או בהסכם קיבוצי המעניקה תנאים טובים יותר".

8 שם, ס' 33-33טז.

9 ראו חוק הסכמים קיבוציים.

1. שירות המדינה

המדינה, שהיא בעלת ישות משפטית, היא המעבידה של העובדים בשירות המדינה, והיא מיוצגת על ידי הממשלה ביחסים החוזיים עם עובדי המדינה ובהסכמים הקיבוציים עם ארגון העובדים היציג בשירות המדינה. מעורבותה של הממשלה, מטעם המדינה, ביחסי העבודה בשירות המדינה מוצאת ביטוי בניהול המדיניות של המדינה כמעבידה באשר לתנאי העבודה של העובדים בשירות המדינה, על פי המדיניות הכלכלית והחברתית של הממשלה וכן בשים לב להיבטים המנהליים של פעילות שירות המדינה. יודגש כי השכר של עובדי המדינה והתשתית העיקרית של תנאי העבודה בשירות המדינה נקבעים בהסכמים קיבוציים, בשים לב לחקיקה המיוחדת שנחקקה באשר למשרדי הממשלה¹⁰ ולשירות המדינה ובהתחשב בה.¹¹

נוסף על מעורבותה של הממשלה, מטעם המדינה, ביחסי העבודה בשירות המדינה ובד בבד עמה קיימת בעניין שירות המדינה מעורבות של הממשלה כגוף שלטוני המפעיל סמכות סטטוטורית, שהיא הסמכות להתקין תקנות שעת חירום (תקש"ח) בעניין ריתוק עובדים בעת עיצומים ושבתה.

לפי סעיף 39(א) לחוק־יסוד: הממשלה (התשס"א), כאשר קיים במדינה "מצב של חירום" על פי הכרזת הכנסת,¹² הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום "כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".¹³ כוחן של התקש"ח יפה בין השאר לשנות כל חוק.¹⁴ עם זאת נקבעו מגבלות לתוכנן, ולפיהן אין בכוחן "למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם".¹⁵ כמו כן נקבעה בחוק הוראה מידתית, ולפיה "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדריים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".¹⁶ על פי הפסיקה יש לתת

10 ראו ס' 31(ג) ו- (ד) לחוק־יסוד: הממשלה, שבהם נקבע כי "הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לאחד משרדים, לחלקם, לבטלם ולהקים משרדים חדשים", וכן "הממשלה רשאית להעביר שטחי פעולה ממשרד למשרד".

11 יצחק אליאסוף "עובדי הציבור בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 59, 74-76 (2005).

12 "מצב של חירום" קיים בישראל מאז שנת 1948 ועד היום.

13 הוראות בעניין הסמכויות להתקנת תקש"ח שקדמו לסעיף זה נקבעו בס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 ובס' 50 לחוק־יסוד: הממשלה (התשנ"ב).

14 ס' 39(ג) לחוק־היסוד: הממשלה.

15 שם, ס' 39(ד).

16 שם, ס' 39(ה).

פרשנות מצמצמת להוראות התקש"ח, ככל שהן פוגעות בזכות יסוד חוקתית, כגון זכות הקניין.¹⁷

בעבר היה שימוש רחב בתקש"ח לעניין ריתוק עובדים בתקופות של עיצומים ושבתות, בעיקר בשירות המדינה (מתוך 402 כלל התקש"ח שהותקנו עד לשנת תש"ע (2010) 221 היו בעניין ריתוק עובדים).¹⁸ ואולם, השימוש בהתקנת תקש"ח בתחום יחסי העבודה צומצם על פי הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁹ ראוייה לתשומת לב העובדה כי ההליכים בערכאות השיפוטיות בנושא תקש"ח ובנושא תקש"ח ריתוק עובדים היו מצומצמים.²⁰ בהליך אחד אישר בית המשפט העליון את תוקפן של תקש"ח ריתוק עובדים ברשות השידור בנוגע לשידורי תעמולת הבחירות לכנסת,²¹ אולם במקרה אחר, שאינו בתחום יחסי העבודה, ביטל בית המשפט העליון את תוקפן.²² מאז ראשית שנות ה-90 שימוש הממשלה בתקש"ח בתחום יחסי העבודה זניח ואינו גורם משפיע בתחום זה.

להלן נתונים באשר לנושאי התקש"ח שהותקנו בשנים תש"ח (1948) עד תש"ע (2010):²³

- 17 ראו ע"א 5209/91 מדינת ישראל נ' רמיד את בנימין בע"מ, פ"ד מט(4) 836, 830 (1996).
 18 ראו פירוט הנתונים בהמשך.
 19 ראו "חקיקת משנה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.588, פס' 64-66, 75-76 (התשמ"ה). הנחיה זו אוזכרה ונכללה ב"חקיקת משנה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100, פס' 28.2, 28.4 (התשס"ז).
 20 פסיקה בעניין תקש"ח, ראו בג"ץ 188/79 הוועד הארצי של עובדי המוסד לביטוח לאומי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לג(2) 449 (1980); בג"ץ 735/80 ניצן נ' שלמה להט ראש העיר תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 555 (1980); תב"ע (אזורי י-ם) מב/237-3 גפן – מדינת ישראל, פד"ע יג קטז (1982); בג"ץ 314/83 מכנס נ' שר הבריאות, פ"ד לט(4) 110 (1985); בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999); בג"ץ 3975/03 עו"ד שפטל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 847 (2003). למאמרים בנושא התקש"ח ראו אורי ידין "על תקנות-שעת-חירום" ספר אורי ידין כרך א 111 (אהרון ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990); יצחק-הנס קלינגהופר "על תקנות-שעת-חירום בישראל" ספר היובל לפנחס רוזן 86 (חיים כהן עורך, 1962); חנה אבנור "מדיניות החקיקה לשעת חירום" הפרקליט כג 527 (1967); יצחק זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה" משפטים יט 17 (1989); מ' מירוני "צווי ריתוק ככלי להתערבות הממשלה בסכסוכי עבודה בשירותים החיוניים" משפטים טו 350 (1985); פרנסיס רדאי "ארבעים שנים לדיני עבודה" משפטים יט 787 (1990); יצחק אליאסוף "ארבעים שנה לדיני העבודה" משפטים יט 803, 804-805 (1990).
 21 בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984).
 22 בג"ץ 2994/90 ח"כ פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990).
 23 השנה שבה הותקן המספר הגדול ביותר של תקש"ח ריתוק עובדים הייתה שנת תשל"ט, שבה הותקנו 27 תקש"ח ריתוק עובדים.

אחוזים	מספר התקש"ח	נושאי התקש"ח
12.0%	48	ביטחון וצה"ל
14.7%	59	מינהל
18.4%	74	מסים וכלכלה
54.9%	221	ריתוק עובדים
100%	402	סך הכול

השירותים והמשרדים שבהם הותקנו תקש"ח לריתוק עובדים מפורטים להלן:

אחוזים	מספר התקש"ח	השירותים והמשרדים
16.3%	36	דלק וגז
11.8%	26	השירות הציבורי
11.8%	26	מערכת הביטחון
10.4%	23	תעופה
6.3%	14	רשויות מקומיות
6.3%	14	חשמל
5.9%	13	תקשורת
5.0%	11	שירותי בריאות
4.0%	9	ספנות ונמלים
2.7%	6	חינוך
1.8%	4	משרד המשפטים
1.8%	4	בתי המשפט
1.8%	4	רפואה ובריאות
1.4%	3	חקלאות
1.4%	3	מים
1.4%	3	כבאות
1.4%	3	רשות השידור
1.4%	3	הביטוח הלאומי
1.4%	3	משרד האוצר
1.4%	3	משרד התחבורה
0.9%	2	המינהל האזרחי
0.4%	1	עובדים סוציאליים
0.4%	1	משרד החוץ

0.4%	1	משרד הפנים
0.4%	1	המכס
0.4%	1	המכון הגאולוגי
0.4%	1	גלי צה"ל
0.4%	1	בנק ישראל
0.4%	1	מרכז מיכון משרדי
100%	221	סך הכול

2. השירות הציבורי מחוץ לשירות המדינה

הממשלה מממנת חלק מתקציבי השירות הציבורי מחוץ לשירות המדינה (רשויות מקומיות, תאגידים שהוקמו בחוק וגופים ציבוריים). המימון מתבטא בהקצבה לרשויות המקומיות, במימון תאגיד סטטוטורי או בהשתתפות בתקציבו²⁴ ובתקציבים של המוסדות להשכלה גבוהה.²⁵ השפעתה של הממשלה על יחסי העבודה בשירות הציבורי מחוץ לשירות המדינה מוצאת ביטוי בארבעה נושאים: הקצבות כספיות; הפעלת סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; התקנת תקש"ח ריתוק עובדים; יזמות חקיקה.

לשיעור ההקצבות הכספיות של הממשלה לשירות הציבורי שמחוץ לשירות המדינה השפעה על תוכנם של ההסכמים הקיבוציים בשירות זה. מעורבות הממשלה ביחסי העבודה בשירות הציבורי שמחוץ לשירות המדינה מוצאת ביטוי אפוא בסכומים המוקצבים לגופים אלה. הסכומים נקבעים על פי המדיניות הכלכלית של הממשלה ועל פי היבטים משפטיים, מנהליים וחברתיים.

הוראה סטטוטורית בעלת משמעות רבה בעניין השירות הציבורי שמחוץ לשירות המדינה היא הוראת סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, שבו נקבע:

29. (א) גוף מתוקצב²⁶ או גוף נתמך²⁷ לא יסכים על שינויים בשכר, בתנאי פרישה או גימלאות, או על הטבות כספיות אחרות הקשורות לעבודה,

24 ראו לדוגמה ס' 72 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.
 25 ראו ס' 17 ו-17א לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958.
 26 "גוף מתוקצב" הוא "תאגיד, רשות מקומית, מועצה דתית, בנק ישראל, חברה ממשלתית וחברה עירונית" (ראו ס' 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985).
 27 "גוף נתמך" הוא "תאגיד שהממשלה משתתפת בתקציבו במישרין או בעקיפין, ושר האוצר קבע לגביו בהודעה ברשומות כי הינו גוף נתמך לענין חוק זה" (שם).

ולא ינהיג שינויים או הטבות כאמור, אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה או באישורו של שר האוצר²⁸...

(ב) על אף האמור בכל דין, כל הסכם או הסדר בטל במידה שהוא סותר את הוראות סעיף קטן (א).

הרקע לחקיקת סעיף זה היה המצב הכלכלי והאינפלציה הגבוהה בשנות ה-80. בחוק התקציב השנתיים לשנים 1982, 1983 ו-1984 נחקקו סעיפים האוסרים על גופים ציבוריים, ובכללם חברות ממשלתיות, להסכים לשינויים בשכר או להנהיגם אלא על פי מה שסוכם או הונהג באשר לכלל עובדי המדינה, או באישור הממונה על השכר במשרד האוצר. הוראה זו נכללה לאחר מכן, כהוראת קבע, בסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. בתיקון לחוק יסודות התקציב בשנת תשנ"ח נקבע מנגנון בדיקה של "הסכם חורג" (סעיף 29א לחוק), תוך קביעה מפורשת כי אשר להסכם חורג, "לא יחולו עליו הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973" (סעיף 29ב(א) לחוק).

מטרתו של סעיף 29 האמור היא להבטיח שמירה של מסגרת התקציב ויציבות המשק על ידי הצבת ריסון תקציבי וקביעת כלים להתמודד עם גירעונות ואי-סדרים בניהולת תקציביהם של גופים שלטוניים הניזונים מקופת הציבור. עם זאת סעיף 29 לחוק יסודות התקציב מעורר את שאלת היחס והאיזון בין הסמכויות המשפטיות של גוף ציבורי שיש לו ישות משפטית עצמאית ושיקול דעת לפעול במסגרת סמכויותיו ותקציבו, לבין הגבלת סמכויות אלה עקב מצב שבו הממשלה נדרשת לכסות גירעונות כספיים של גופים ציבוריים בשל שכר עובדיהם ותנאי עבודתם. על כן נדרש ביצוע סביר של סעיף זה, לרבות החלק שבו המסמיך את הממונה על השכר והסכמי העבודה לאשר הסכם עבודה חריג כאשר יש מקום לכך (כגון כאשר הגוף יכול לעמוד בהתחייבויות שהוא יקבל על עצמו בעניין תנאי העבודה של עובדיו, או כאשר אין השלכה של הסכם העבודה על גופים אחרים). הפעלת סמכותו של הממונה על השכר והסכמי העבודה לפי סעיף 29 האמור כפופה להוראות המשפט המנהלי ולבחינת יישום הסמכות על ידי בית הדין לעבודה.

כפי שפורט לעיל באשר לעובדי המדינה, מוסמכת הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום בעניין ריתוק עובדים במקרים של שביתות ועיצומים. סמכות זו של הממשלה קיימת אף באשר לשירות הציבורי שמחוץ לשירות המדינה, ובפעול היא הופעלה כלפי עובדים של הרשויות המקומיות ותאגידים שהוקמו בחוק, כמפורט לעיל.

כדי להשיג מטרות בתחום המדיניות הכלכלית יזמה הממשלה בשנת 2003 מהלך שמטרתו הפחתת השכר בשירות הציבורי לתקופה מסוימת. בסעיף 106 להצעת חוק התכנית

28 סמכות שר האוצר הואצלה לממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר.

להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003²⁹ הוצע כי המשכורת המשולמת לעובדי ציבור תופחת בשיעורים שפורטו, ובסעיף 120(א) להצעת החוק הוצע כי ההוראות המוצעות בדבר הפחתת המשכורת תחולנה "על אף האמור בכל דין או הסכם לרבות חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957". בעקבות זאת נדונה השאלה אם הפחתת השכר בנסיבות שבאותה עת ראוי שתיערך במסגרת המערכת ההסכמית (ההסכמים הקיבוציים בשירות הציבורי) או במסגרת חקיקה ישירה של הכנסת. לאחר משא ומתן עם נציגות העובדים בנושא זה נחתם ביום 22.5.2003 הסכם קיבוצי בשירות הציבורי בעניין הפחתת המשכורת ודחיית תשלומים שונים. לאחר חתימת ההסכם הקיבוצי נחקק חוק אשר קבע כי הפחתת השכר תיערך לפי ההסכם הקיבוצי, אשר אף ניתן לו תוקף בחוק והיקפו הורחב (ר' סעיפים 76 ו-86 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003).

דוגמה נוספת ליזמה של הממשלה למהלך שמטרתו הפחתת השכר בשירות הציבורי לתקופה מסוימת הוא חוק לתשלום חלקי של דמי הבראה בשירות הציבורי בשנים 2009 ו-2010 (הוראת שעה), התשס"ט-2009. כדי להתמודד עם השלכות המשבר הכלכלי במשק המדינה הוסכם עם נציגי המעסיקים וההסתדרות הכללית להפחית את דמי הבראה בשירות הציבורי בשנים 2009 ו-2010. בחוק נקבע שיעור הפחתה בדמי הבראה ותחולתו על עובדים בשירות הציבורי, ככל שאין חלים עליהם הסכמים קיבוציים מאושרים בנושא הפחתה בדמי הבראה.³⁰ עוד נאמר בחוק כי הוראותיו יחולו "על אף האמור בכל דין או הסכם, לרבות חוק הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה שניתנו לפיו".³¹

3. המגזר הלא ציבורי

השפעת הממשלה על יחסי העבודה במגזר הלא ציבורי יכולה למצוא ביטוי רק בהפעלת סמכויות סטטוטוריות שיש לממשלה. סמכויות אלה מתבטאות במתן צווי הרחבה ובהתקנת תקנות שעת חירום לריתוק עובדים.

29 הצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 25.

30 ס' 3-5 לחוק לתשלום חלקי של דמי הבראה בשירות הציבורי בשנים 2009 ו-2010 (הוראת שעה), התשס"ט-2009.

31 שם, ס' 15; דוגמאות נוספות של חקיקה בעקבות הסכמים קיבוציים המשנים הסכמים קיבוציים קיימים הן ס' 1 לחוק הסכמים קיבוציים (הוראת שעה מס' 2), התשל"ה-1975; ס' 1 לחוק הסכמים קיבוציים (הוראת שעה), התשל"ו-1976; ס' 2 לחוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, התשמ"ו-1985.

מטרתם של צווי ההרחבה הניתנים על פי הסעיפים 25–33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957 היא להשוות את תנאי העבודה ואת עלויות העבודה בענף שקיים בו הסכם קיבוצי כללי ולהחיל אותם גם על מעביד אשר אינו משתייך לארגון המעבידים שהוא צד להסכם הקיבוצי הכללי ועל עובדיו של אותו מעביד. על מקומו של צו ההרחבה במערכת יחסי העבודה בישראל נאמר:³²

”במצייאות הישראלית נתקבל רעיון צו ההרחבה כ'מכשיר' חברתי כלכלי צודק ומקובל. הרעיון ממעיט מחד את התערבותה של המדינה בתחום יחסי העבודה באמצעות חקיקת חוקים, ומאידך, הוא מאפשר לצדדים הראשיים של יחסי העבודה (ארגון עובדים וארגון מעבידים) לקבוע התפתחות מבוקרת של תנאי העבודה בשוק העבודה על חלקיו השונים, התואמים גם את ההתפתחויות והמגמות בענפי העבודה במשק”.

הפעלת סמכותו של שר התעשייה, המסחר והתעסוקה לפי סעיף 25 לחוק הסכמים קיבוציים למתן צו הרחבה היא ביזמתו או לפי בקשת בעל הסכם קיבוצי כללי. במשק הישראלי קיימת מערכת ענפה של צווי הרחבה של הסכמים קיבוציים כלליים. הקו המנחה של הממשלה הוא מתן צווי הרחבה להשגת המטרות של איוון ושוויון בין כלל העובדים וכלל המעבידים באותו ענף עבודה או בכל המשק. יודגש כי היקף סמכותו של השר לעניין מתן צו הרחבה הוא רחב ביותר:³³

”על־פי מבנהו, מטרתו ותכליתו, יכול צו הרחבה להינתן לגבי היקף התחולה של ההוראה ההסכמית, מבחינה גיאוגרפית או מבחינה ענפית, יכול הוא להינתן לגבי היקף תחולה שהוא פחות מהיקפה הגיאוגרפי או הענפי של ההוראה ההסכמית, ויכול הוא להינתן לגבי היקף תחולה שהוא מעבר להיקפה של ההוראה ההסכמית, מבחינה גיאוגרפית או מבחינה ענפית (דוגמת צווי ההרחבה של תוספת היוקר, דמי נסיעה וקצובת הבראה ונופש). כל זאת, מבלי לשנות את מהותה של ההוראה המורחבת. כמוכן גם, שקביעת היקף תחולה, החריג מההוראה ההסכמית, צריך שתהיה מטעמים ענייניים”.

צווי ההרחבה ניתנים אפוא בנושאים של שכר ותנאי עבודה בענפי עבודה שבהם נחתמים הסכמים קיבוציים כלליים וכן בנושאים כלליים בתחום יחסי העבודה במשק כולו. נושאים

32 דב"ע (ארצי) נו/303-3 לשכת המסחר תל אביב יפו – י.א.ד. אלקטרוניקה בע"מ, פד"ע ל 274, 249 (1997).
33 שם, בעמ' 277.

כלליים ובעלי חשיבות רבה בתחום יחסי העבודה במשק, כגון תשלום תוספת היוקר לעובדים, דמי נסיעה לעבודה ודמי הבראה ונופש, לא הוסדרו בחקיקה בישראל, והם חלים ביחסי העבודה בישראל, בתחולה כללית, על פי צווי הרחבה רבים שניתנו לאחר חתימת הסכמים קיבוציים כלליים בנושאים אלה.

צו ההרחבה הראשון ניתן בשנת תשי"ט (1959), והוא היה בנושא תוספת היוקר. מאז ועד לשנת תש"ע (2010) ניתנו כ-600 צווי הרחבה בנושאים ובענפי עבודה שונים, שחלק מהם מפורט להלן:

הנושא או ענף העבודה	מספר צווי ההרחבה
תוספת יוקר	83
דמי נסיעה לעבודה	48
דמי הבראה ונופש	40
ענף הבנייה	28
ענף המתכת	23
ענף החקלאות	22
פיצוי התייקרות	10
פנסייה	9
הסכם מסגרת	2
הודעה מוקדמת	1

סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בעניין ריתוק עובדים במקרים של שביתות ועיצומים קיימת אף בנוגע למגזר הלא-ציבורי. בפועל סמכות זו הופעלה אף כלפי עובדים במגזר זה, כגון עובדים בענפי הדלק, הגז והתקשורת, כמפורט לעיל.

ד. מעורבות הכנסת (הרשות המחוקקת)

מדיניות החקיקה של הכנסת מוצאת ביטוי בהכרה באופי הקיבוצי של יחסי העבודה בישראל ואי-התערבות בקביעת תנאי העבודה, אך תוך קביעת נורמות מינימום בחוק.³⁴ לפיכך נחקקה חקיקה של עקרונות יסוד בתחום יחסי העבודה, כגון חופש ההתארגנות של עובדים (סעיפים 33-33טז לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957), חיוב בניהול משא

34 יצוין בהקשר זה היעדר חקיקה בנושאי ארגוני העובדים והמעבידים, שביתה, השבתה ובוררות חובה.

ומתן קיבוצי בהתארגנות ראשונית של ארגון עובדים יציג אצל המעביד (סעיף 1ח33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957), שוויון בעבודה (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988), שכר שווה (חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996)³⁵ וחקיקה כללית בנושאי הביטחון הסוציאלי, הכוללת ביטוח נפגעי עבודה וביטוח אבטלה במסגרת חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

אחד המאפיינים הבסיסיים של חקיקה העבודה בישראל הוא קביעת תנאי עבודה מינימליים, שעליהם אפשר להוסיף – בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה אישי (לדוגמה: הוספה על מכסת החופשה השנתית המינימלית שנקבעה בחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951) – או תנאי עבודה מקסימליים, שאפשר להפחית מהם – בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה אישי (לדוגמה: הפחתת שעות העבודה המקסימליות שנקבעו בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951).

מאפיין אחר של חקיקת העבודה הוא שמירה על רווחתם ובריאותם של העובדים (לדוגמה: חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התשל"ל-1970); הגנה על קבוצות עובדים הזקוקות להגנה (לדוגמה: חוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954).

בתחום המנהלי כוללת חקיקת העבודה הוראות בנושאים מנהליים בסיסיים (פיקוח על העבודה ואכיפה פלילית ומינהלית של חוקי העבודה), העמדת מנגנוני תיווך ובוררות לרשות הצדדים ליחסי העבודה על פי חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957 והעמדת מנגנון שפיטה מיוחד לרשות הצדדים ליחסי העבודה באמצעות הקמת בית הדין לעבודה על פי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

חקיקת העבודה כוללת גם חקיקה מיוחדת הנוגעת לעובדי ציבור והשירות הציבורי.³⁶ חקיקה זו אינה עוסקת בתנאי עבודה אלא בקבלה לעבודה,³⁷ הגבלות על חופש

35 ראו יצחק אליאסוף "מדיניות חקיקת העבודה בישראל" ספר בר-ניב 55 (1987); ראו גם אוריאל לין ושלומי לוי "כך הופכת ישראל למדינת סוציאליזם קיצוני", עורך הדין 8, 14 (2010); יובל אלבשן "כך הפכה ישראל למדינת ר'ק עשיריה" עורך הדין 8, 19 (2010).

36 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 541-667 (מהדורה שנייה, 2010).

37 חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; ס' 2(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002; תקנות שירות הביטחון הכללי (העסקה לפי כתב העסקה), התשס"ח-2008; תקנות שירות הביטחון הכללי (העסקה לתקופת ניסיון במשרות המיועדות להעסקה לפי כתב מינוי), התשס"ח-2008; ס' 167, 170 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; תקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים), התש"ם-1979; ס' 139-140 לצו המועצות המקומיות (א), התשי"א-1950; ס' 104 לצו המועצות המקומיות (ב), התשי"ג-1953; ס' 57 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958; צו המועצות המקומיות (שירות העובדים), התשכ"ב-1962; צו המועצות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה), התשל"ז-1977.

ההתארגנות, ³⁸ שביתה והשבתה, ³⁹ פיטורים, ⁴⁰ משמעת ושיפוט משמעת, ⁴¹ סייגים לפעילות פוליטית, ⁴² מתנות, ⁴³ גמלאות ⁴⁴ והגבלות לאחר פרישה. ⁴⁵ בסעיף 19 לחוקת ארגון העבודה הבינלאומי, משנת 1919 ⁴⁶ נקבע לעניין אמנות והמלצות של הארגון, כדלקמן:

פסקה 5

“הוחלט על אמנה –

תישלח האמנה לכל החברות לשם אישור;

כל חברה מתחייבת להביא את האמנה, לשם חיקוק או לשם פעולה אחרת, לפני הרשות או הרשויות שהעניין הוא בגדר סמכותן...”

פסקה 6

“הוחלט על המלצה –

תישלח ההמלצה לכל החברות לעיון לשם מתן תוקף לה דרך תחיקה לאומית או באופן אחר;

- 38 ראו ס' 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971; ס' 129 א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; ס' 20 (ב) לחוק שירות הביטחון הכללי; צו הסכמים קיבוציים (הארכת תחולתו של פטור לגבי עובדים מסוימים), התשע"א-2010 [עובדי המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים].
- 39 ראו ס' 37א-37ב לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957.
- 40 ס' 15 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922; ס' 10(2) לפקודת המשטרה [נוסח חדש]; ס' 80(ג)(2) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; ס' 171-171א לפקודת העיריות [נוסח חדש]; ס' 144-144א לצו המועצות המקומיות (א); ס' 144-144א לצו המועצות המקומיות (ב); ס' 61 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות).
- 41 חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963; ס' 14 לחוק שירות הביטחון הכללי; חוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978.
- 42 חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959.
- 43 חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ם-1979.
- 44 חוק שירות המדינה (גימלאות), התשט"ו-1955, ולאחר מכן חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התשל"ל-1970.
- 45 חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969; ס' 20(א) לחוק שירות הביטחון הכללי; ראו יצחק אליאסוף "חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969" עבודה, חברה ומשפט יב 341 (2010).
- 46 ס' 19 לחוקת ארגון העבודה הבינלאומי, כ"א 1 (נחתמה ב-1919).

כל חברה מתחייבת להביא את ההמלצה לשם חיקוק או לשם פעולה אחרת לפני הרשות או הרשויות, שהענין הוא בגדר סמכותן..."

נוסף על כך, באמנות שונות של ארגון העבודה הבין-לאומי כלולה הוראה בדבר יישומן של הוראות האמנה, בין השאר בדרך של חקיקה. לדוגמה, בסעיף 1 של האמנה בדבר מנוחה שבועית במסחר ובמשרדים, 1957 (אמנה מס' 106)⁴⁷ נקבע כי "הוראות אמנה זו, במידה שלא נעשו בני פעל אם באמצעות גופים רשמיים לקביעת שכר, אם בדרך הסכמים קולקטיביים, או פסק בוררות ואם בכל דרך אחרת המתיישבת עם הנוהג הלאומי, יינתן להן תוקף בדרך התחיקה הלאומית"⁴⁸.

בשנת 1953 הודיעה ישראל לארגון העבודה הבין-לאומי כי "על אף העובדה שלפי פירוש דווקני של המשפט הקונסטיטוציוני בישראל, הרשות המוסמכת לעניין הגשת האמנות וההמלצות של הארגון היא הרשות המבצעת, נוהגת הממשלה להניחן על שולחן הכנסת"⁴⁹.

על פי תקנון הכנסת, "הצעת חוק תוגש לכנסת בידי חבר הכנסת (בתקנון זה – הצעת חוק פרטית) או על ידי הממשלה (בתקנון זה – הצעת חוק ממשלתית), ובעניינים כמפורט בסעיף 80 – גם על ידי ועדה של הכנסת (בתקנון זה – הצעת חוק מטעם ועדה)" (סעיף 74(ב)).

בנוהל של הנחת אמנות והמלצות של ארגון העבודה הבין-לאומי על שולחן הכנסת יש אפוא גם משום עידוד יזמת חקיקה פרטית של חברי הכנסת בנושאי האמנות וההמלצות לצד יזמת הממשלה. ואכן, יזמות החקיקה בנושאי עבודה, ביטחון סוציאלי ושירות המדינה הן יזמות של הממשלה ושל חברי הכנסת במסגרת הצעות חוק פרטיות.⁵⁰ יזמות החקיקה שומרות בדרך כלל על המאפיינים של חקיקת העבודה שפורטה לעיל במסגרת עקרונות השיטה של יחסי העבודה בישראל.

ה. מעורבות מבקר המדינה

על פי סעיף 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, הוסמך מבקר המדינה לבקר תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים. בתפקידו זה מכהן מבקר המדינה בתואר "נציב תלונות הציבור". בסעיפים 36, 38, 45 ו-45ב לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] נקבעו

47 ס' 1 לאמנה בדבר מנוחה שבועית במסחר ובמשרדים, כ"א 12 (נחתמה ב-1957).

48 ראו הרחבה בנושא זה בספרו של צבי בר-ניב העבודה במשפט העמים 87-90 (1969).

49 שם, בעמ' 89.

50 על פי הערכה כוללת, כמחצית מיזמות החקיקה בנושאים אלה היא של הממשלה וכמחצית היא של חברי הכנסת.

הוראות בעניין הגשת תלונה לנציב תלונות הציבור ותלונה של עובד הציבור שחשף מעשי שחיתות.⁵¹

בסעיף 45 לחוק מבקר המדינה פורטו הסעדים אשר נציב תלונות הציבור רשאי לתת כלפי עובד הציבור שחשף מעשי שחיתות ושהגיש תלונה לנציב. סעדים אלה כוללים מתן צו שהנציב ימצא לנכון ולצודק כדי להגן על זכויות העובד, בשים לב לתפקודו הראוי של הגוף שבו הוא עובד, ביטול הפיטורים או מתן פיצויים מיוחדים לעובד בכסף או בזכויות וכן העברת העובד למשרה אחרת בשירות מעבידו.

הסעדים האמורים שבידי נציב תלונות הציבור מקנים לו סמכויות שיש בהן מעורבות ישירה ביחסי העבודה. סמכותו של נציב תלונות הציבור לבטל פיטורים של עובד, שמשמעותה היא אכיפת יחסי עובד-מעביד, וכן סמכותו למתן פיצויים מיוחדים מצטרפות לסמכויות חריגות דומות שעל פיהן הוסמך בית הדין לעבודה לתת צו לאכוף יחסי עובד-מעביד⁵² או לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק של ממש.⁵³ הגם שלא פורטו בחוק מבקר המדינה הנחיות למתן צווים אלה על ידי נציב תלונות הציבור, נראה כי הפעלת הסמכות למתן צו לאכוף יחסי עובד-מעביד תיעשה מתוך שיקולים של מטרות החוק ותוך התחשבות

51 הוראות אלה נוספות על הוראות חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997 וחוק לעידוד טוהר המידות בשירות הציבור, התשנ"ב-1992 (ראו ע"ע (ארצי) 1504/04 אבין - מכבי שירותי בריאות, פד"ע מ 505, 517-521 (2005); ע"ע (ארצי) 283/07 משה - רשות העתיקות - מוזיאון רוקפלר, פס" 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.12.2007). יצוין כי פנייה לנציב תלונות הציבור אין בה כשלעצמה כדי למנוע פנייה לבג"ץ (ראו בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617 (1985); בג"ץ 86/89 שנקר נ' ורבין, ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מב(4) 780, 777 (1989)).

52 ראו ס' 13א(א)(2) לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; ס' 33א(1) לחוק הסכמים קיבוציים; ס' 8א לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; ס' 10א(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 3א(2) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997; ס' 14(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; ס' 5(2) לחוק הגנה על עובדים בשעת חירום, התשס"ו-2006; ראו עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145, 160-161 (2000).

53 ראו סעיף 13א(א)(1) לחוק עבודת נשים; ס' 33א(2) לחוק הסכמים קיבוציים; ס' 26 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; ס' 10א(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; ס' 3א(1) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין); ס' 14(1) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ס' 5(1) לחוק הגנה על עובדים בשעת חירום.

ביחסי העבודה במקום העבודה, בדומה להנחיות שנקבעו בחקיקה האחרת באשר למתן צו לאכוף יחסי עובד-מעביד.⁵⁴ לעניין הביקורת השיפוטית על החלטות נציב תלונות הציבור, בסעיף 45(ב) לחוק מבקר המדינה נקבע כי "שום בית משפט לא ייזקק לבקשת סעד נגד החלטותיו וממצאיו של נציב תלונות הציבור בעניין תלונה". עם זאת הביקורת השיפוטית על החלטה של נציב תלונות הציבור היא בתחום סמכותו של הבג"ץ, ומסגרת הביקורת השיפוטית היא כדלקמן:⁵⁵

"מתחם ההתערבות השיפוטי הצר החל על פעולות המבקר דרך כלל, הינו צר במיוחד בענייני תלונות הציבור, והוא שמור למצבים חריגים ביותר, בהם נפל פסול קיצוני מובהק בהחלטת המבקר, המחייב את ביטולה או תיקונה על פי עקרונות יסוד של המשפט הציבורי..."

נקודת המוצא לצורך הביקורת השיפוטית היא, אפוא, כי אין דנים בהחלטות המבקר לגופן, אלא בוחנים האם נפל בהן פסול מהותי מסוג הפגמים המינהליים המצריכים התערבות שיפוטית על פי כללי המשפט הציבורי. החלטות בענייני תלונות הציבור נבחנות תוך הפעלת ריסון שיפוטי מיוחד...

יוער בהקשר זה, כי אפשר ויש לסייג במובנים מסוימים את העמדה האמורה ביחס לתלונות של עובדים המצריכות בירור המבקר, כאשר מדובר בתלונות בעניין מעשי שחיתות במקום העבודה שלגביהן הוקנו למבקר לא רק סמכויות מתן החלטה גרידא, אלא גם סמכויות למתן סעדים אופרטיביים, כגון צווים זמניים להגן על העובד, ביטול פיטורין, מתן פיצויים מיוחדים לעובד, והעברת עובד למשרה אחרת אצל אותו מעביד (סעיף 45ג לחוק מבקר המדינה). מכל מקום, ניתן לסכם ולומר, כי אף שהחלטות המבקר בעניין תלונות מהציבור אינן חסינות מביקורת בג"ץ, תחום ההתערבות השיפוטית בהן הוא צר ביותר. הוא מצטמצם למצבים בהם נפל פגם מהותי קיצוני בהחלטה או בפעולה של המבקר המחייב תיקון."

54 השוו להוראות ס' 13א(א)(2) לחוק עבודת נשים; ס' 8א לחוק שכר מינימום; ס' 10א(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; ס' 3א(2) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין); ס' 14(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ס' 5(2) לחוק הגנה על עובדים בשעת חירום.

55 בג"ץ 6825/06 צור נ' מיכה לינדנשטראוס – מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור (פורסם בנבו, 24.6.2009); בג"ץ 6956/07 שחר נ' מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור (פורסם בנבו, 19.8.2007).

נוסיף בהקשר זה, כי ככל שהחלטה של נציב תלונות הציבור בתחום יחסי העבודה תובא לדיון בבית הדין לעבודה במסגרת תובענה בין עובד למעביד שעילתה ביחסי עובד ומעביד, ייתכן שבית הדין יידרש לדון גם בהחלטת הנציב, בדומה לדיון הנערך בבית הדין לעבודה בעניין תוקפה של החלטת השר בדבר פיטורי עובדת בתקופת היריון.⁵⁶

ו. מעורבות בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון (הרשות השופטת)

בתי הדין לעבודה מפעילים בתחום יחסי העבודה סמכויות שפיטה ישירות שהוענקו להם על פי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 וחוקים אחרים.⁵⁷ סמכויות אלה הן בהליכים אזרחיים, בהליכים מנהליים ובהליכים פליליים. במסגרת סמכויות שפיטה אלה מעורבים בתי הדין לעבודה ביחסי העבודה וכן ביישום ובאכיפה של הוראות כל אחד ממקורות משפט העבודה (החוק, ההסכם הקיבוצי, צו הרחבה, חוזה העבודה האישי). מעורבות זו של בתי הדין לעבודה, בהליכים אזרחיים, מופעלת במסגרת של "סכסוך קיבוצי" ו"סכסוך היחיד".

נוסף על כך קיימת מעורבות של בתי הדין לעבודה ושל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ביחסי העבודה בישראל, על פי שני טעמים עיקריים: חוקתיות והפעלת עקרונות יסוד של המשפט.

לחלק מ-11 חוקי היסוד או מהוראות חוקי היסוד שנחקקו עד עתה בישראל יש מעמד על חוק אחר אינו יכול לסתור אותם. לפיכך נדרשת לעתים בדיקה חוקתיות חוקים, ובהם חוקי עבודה, כלפי חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעמד-העל באשר לחקיקה הוא בדרך כלל באשר לחקיקה עתידה, אך לחוק-יסוד: חופש העיסוק מעמד אף באשר לחקיקה שהייתה קיימת בעת חקיקתו. בחוקי היסוד נקבעו "זכויות" ו"חירויות". זכויות אלה אינן מוחלטות. הן זכויות יחסיות, ויש לאזן ביניהן לבין זכויות וחירויות אחרות.⁵⁸

56 דב"ע (ארצי) מט/131-3 שלום – ברית התנועה הקיבוצית, פד"ע כא 262, 266 (1990).
 57 ראו פירוט הסמכויות בוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה ("ועדת השופט זמיר"), דין וחשבון (2006) elyon1.court.gov.il/heb/avoda/index.htm.
 58 לדוגמה: חופש העיסוק ניתן לאיזון מול חופש החוזים, המאפשר הגבלת עיסוק חוזית לאחר הפרישה בתנאים ובמגבלות שנפסקו בהלכה.

חופש העיסוק הוכר כזכות יסוד "על חוקית" אשר נקבעה בסעיפים 3 ו-4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (התשנ"ד)⁵⁹ לחופש העיסוק שנקבע בחוק-יסוד: חופש העיסוק יש השלכה גם בתחום יחסי העבודה בעניין הוראות שנקבעו בחוק.⁶⁰

לחופש העיסוק שנקבע בחוק-יסוד: חופש העיסוק יש השלכה גם בעניין הוראות הסכמיות, כגון תוקפה של הגבלה חוזית על עבודה פרטית של עובד או הגבלה חוזית של עיסוק לאחר פרישה, וכן השאלה באיזו מידה הגבלה זו בטלה מחמת היותה סותרת את "תקנת הציבור" כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. בית הדין הארצי לעבודה פסק כי "לעקרונות ולמגמות אשר בחוק יסוד: חופש העיסוק צריך שתהא השפעה עקיפה אף על התקשרויות חוזיות בתחום יחסי העבודה, שעניינן הגבלת חופש העיסוק לאחר פרישה מעבודה... בבחינת 'תקנת הציבור', ששימשה כתשתית משפטית לבדיקת תוקפן של הגבלות חוזיות על עובד, יש ליתן מעתה משקל אף לעקרונות ולמגבלות אשר בחוק יסוד: חופש העיסוק".⁶¹ ובית המשפט העליון פסק בנושא זה כי "עקרונות היסוד הם עקרונות השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים הדדיים שבין הפרטים לבין עצמם".⁶²

מבחינת העובד ייתכן שבקיום יחסי עבודה קיבוציים עלולה להיות פגיעה בחופש העיסוק או בזכות הקניין שלו בכך שארגון העובדים אמנם מזכה אותו בזכויות בהסכם הקיבוצי במקום העבודה, אך גם מחייב אותו בחובות שונות, ללא הסכמתו, כגון הוראה בהסכם קיבוצי האוסרת "עבודה פרטית" נוספת והפוגעת בחופש העיסוק שלו. בנושא זה נפסק בבית המשפט העליון כי "גם אם ההגבלה על עבודה פרטית בנוהל רשות השידור

59 ס' 3-4 לחוק היסוד: חופש העיסוק: "3. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. 4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

60 ראו לדוגמה בעניין היחס שבין חוק ממשפט העבודה המגן (חוק שעות עבודה ומנוחה) לבין חוק-יסוד: חופש העיסוק, ע"פ 1003/00 הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2002); רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו"ד (3) 1 (2003). כמו כן ראו בעניין חוזה עבודה המגביל עיסוק של עובד לאחר פרישה, ע"ע (ארצי) 164/99, פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294, 308, 311-312 (1999); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד" (3) 878, 850 (2000).

61 דב"ע (ארצי) נג/17-3 טועמה – טכנו גומי ליסיצקי בע"מ, פד"ע כה 227 (1992).

62 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו" (2) 464, 530 (1992).

פוגעת במידה מסוימת בזכותו של העובד לחופש העיסוק, אין מדובר בפגיעה שאינה מידתית".⁶³

ההגנה על זכות הקניין מצאה ביטוי בהוראות הסעיפים 3 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁴ אשר לזיקה הקניינית של מעביד למקום העבודה, כגון השפעת חקיקת המגן על חיוב המעביד בתשלום שכר מינימום או החלת הוראות בצווי הרחבה, אשר יש להן השלכה כספית על המעביד, נפסק כי "הגנה על זכויות העובד היא תכלית ראויה; הבטחת ביטחון סוציאלי לעובד היא תכלית ראויה; שמירת המסגרת של חוקי מגן שתגן על עובדים היא תכלית ראויה. אכן, הגנה זו על זכויות העובד היא בעלת חשיבות חברתית בסיסית בחברה שלנו. היא מהווה תכלית ראויה מהבחינה החוקתית".⁶⁵

מעורבותה של הרשות השופטת בתחום יחסי העבודה נשענת גם על יישומם של עקרונות יסוד של המשפט, כגון הפליה בעבודה. היקף ההתערבות פורט על ידי בית הדין הארצי לעבודה כדלקמן:⁶⁶

"קו ההלכה הוא שאל-לו לבית הדין למהר ולהתערב בתכנון של הסכם קיבוצי. על בית-הדין להיות מודע לשיטה המשפטית המעניקה אוטונומיה רבה לצדדים להסכם קיבוצי. כמו כן, על בית-הדין להיות מודע לכך שבדרך כלל הסכם קיבוצי מורכב ממכלול שיש בו איזונים ופשרות שהם פרי משא-ומתן, בו עומדים הצדדים על אינטרסים מסוימים שלהם, או מוותרים עליהם, לפי שיקולים מורכבים (כלכליים, חברתיים, מקומיים, שיקולי מדיניות וכיו"ב)..."

- 63 עש"מ 5205/01 פרנס נ' יושב ראש רשות השידור, פ"ד נו(2) 9, 18-19 (2001). ראו גם בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.10.2008), בעניין תוקפה של הוראת התקשי"ר האוסרת על רופאים עובדי המדינה לתת חוות דעת רפואית העלולה לשמש ראיה נגד המדינה בהליך שהמדינה היא צד לו; ע"ע (ארצי) 1158/02 משיח – מדינת ישראל, משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 8.10.2002).
- 64 3. אין פוגעים בקנינו של אדם". 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".
- 65 בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 444, 433 (1998).
- 66 דב"ע (ארצי) נו/196-3 מועצת העובדים של מפעלי ים המלח – שרעבי, פד"ע ל 283, 312 (1997).

הפרקטיקה המקובלת היא כי ההתערבות של הערכאות השיפוטיות היא בדרך של ביטול הוראה מסוימת בהסכם הקיבוצי, או הרחבה של הוראה מסוימת בהסכם קיבוצי על-ידי חיוב המעביד במתן טובת הנאה לעובד מופלה לרעה. כל זאת, מבלי לשנות את תוכן ההסכם שבין הצדדים, וכמובן מבלי לגרוע מזכויותיו של עובד אחר שאינו מופלה לרעה.

במסגרת זו פסק בית הדין הארצי לעבודה כי ההוראות שבהסכם קיבוצי המבחינות בין דייל לדיילת בעניין קידום בעבודה הן "מפלות לרעה באשר היא אשה, אינן תופסות, ואין לנהוג על-פיהן". על כן, את ההוראות שבנושא זה בהסכם הקיבוצי "יש לקרוא כאילו המדובר הוא בדייל ובדיילת, כאחד".⁶⁷ כמו כן פסק בית הדין הארצי כי "עילת הפלייה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לא רק שהיא מקימה לנפגע את הזכות לתבוע את פסילת הסעיף המפלה, אלא שהיא יכולה, בנסיבות מסוימות, אף להצמיח לו זכות".⁶⁸

ז. סיכום

אפשר להצביע על מגמה ועל מדיניות ביחסי העבודה בישראל שלפיהן מקומם של נושאי "תנאי עבודה" במשק הוא במסגרת יחסי העבודה הקיבוציים, המושתתים על הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה. לעומת זאת מקומם של נושאי "יחסי עבודה" במשק הוא במסגרת חקיקה כללית, המתמקדת בנושאים בסיסיים עקרוניים שבתחום יחסי העבודה וקובעת גם את דרכי האכיפה במסגרת המשפט האזרחי והמשפט הפלילי. כל זאת תוך שימת לב למגמות ולהתפתחויות הכלכליות, החברתיות והארגוניות במשק. עם זאת ראוי לייחס משקל רב למידת ההתארגנות של העובדים במשק. נראה כי ככל שההתארגנות של העובדים במשק גדולה יותר, מעורבותם של גופים מחוץ ליחסי העבודה עשויה להיות קטנה יותר. לעומת זאת מעורבותם של גופים מחוץ ליחסי העבודה (ובמיוחד הערכאות השיפוטיות והרשות המחוקקת) עשויה להיות גדולה יותר ככל שהתארגנותם של העובדים במשק קטנה.

67 דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365, 380 (1973).
68 דב"ע (ארצי) נג/160-3 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – דנילוביץ, פד"ע כו 339, 359 (1993).

מינוי למשרה בשירות הציבורי

מאת

יצחק זמיר*

מוקדש לשופטת (בדימוס) אלישבע ברק-אוסוסקין, סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה, שהרימה תרומה חשובה לקידום דיני העבודה על פי תכלית החוקים.

א. משמעות המינוי; 1. קבלה לעבודה; 2. מינוי למשרה. ב. דיני מינוי. ג. בחירה לתפקיד. ד. פגם במינוי.

"רמתו של השירות הציבורי מחייבת הקפדה מירבית על תקינותם של הליכי המינוי כדי להבטיח שלתפקידים ציבוריים יבחרו האנשים המתאימים ביותר מבחינת כושרם המקצועי ומבחינת יושרם האישי".¹

א. משמעות המינוי

מינוי אדם למשרה בשירות הציבורי הוא ביטוי בעל משמעות מורכבת. כאשר אדם פרטי מתמנה למשרה בשירות הציבורי הוא נעשה, קודם כול, עובד ציבור. לדוגמה, מי שזכה במכרז פומבי ונתמנה למשרה באגף המכס ומס ערך מוסף של משרד האוצר נעשה עובד

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. מאמר זה מתבסס על ספרי הסמכות המינהלית פרק 19 : מינוי (מהדורה שנייה 2010). פרק זה מסתמך בעיקר על פסקי דין של בית המשפט העליון, אולם בהתחשב באכסניה שבה מתפרסם מאמר זה ולכבודה של השופטת אלישבע ברק, החלטתי לברוק את הנושא של מינוי למשרה בשירות הציבורי באופן שיטתי יותר גם בפסיקה של בית הדין לעבודה. מלאכת האיתור של פסיקה זאת נעשתה בעיקר על ידי עו"ד נטע גולן-ויסמן, ועל כך אני מודה לה מאוד.

1 בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנו, 26.12.2005).

המדינה. הדבר בא לידי ביטוי בכתב מינוי שהוא מקבל מנציבות שירות המדינה. מאותה שעה הוא נעשה כפוף לשתי מערכות דינים: דיני העבודה הכלליים ודיני עובדי ציבור. משמע, הוא קנה לעצמו מעמד כפול: מעמד של עובד ומעמד של עובד ציבור. מה המשמעות של המעמד הכפול? כאשר אדם נעשה עובד של מעביד, מיד חלה עליו מערכת מסועפת של דיני עבודה, המעוגנת בחוקים ולעיתים גם בהסכמים קיבוציים. כאלה הם לדוגמה חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 וחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963. מערכת זו יכולה לחול על העובד אף שלא בידיעתו ואפילו שלא ברצונו. זאת מערכת של דינים מחייבים (קונגטיים) להבדיל מדינים מרשים (דיספוזיטיביים). הם כופים עצמם על שני הצדדים ליחסי העבודה: העובד והמעביד. בדרך כלל כל זמן שיחסי העבודה קיימים, שום צד אינו יכול להשתחרר מדינים אלה או לוותר עליהם. זאת המשמעות העיקרית של מעמד (סטטוס) מבחינה משפטית. במשמעות זאת קיים גם לדוגמה מעמד של אזרח, חייל ואדם נשוי. מבחינה זאת אין הבדל בין עובד המתקבל לעבודה בגוף ציבורי לבין עובד המתקבל לעבודה בגוף פרטי.

אולם כאשר עובד מתקבל לעבודה בגוף ציבורי, מיד חלה עליו מערכת נוספת של דיני עבודה, היא המערכת המסדירה באופן מיוחד את יחסי העבודה בשירות הציבורי. גם מערכת זאת מעוגנת בחוקים ובהסכמים קיבוציים, לדוגמה חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, חוק שירות המדינה (גימלאות), התשל"ל-1970 והתקשיר (המעגן בין השאר הוראות של הסכמים קיבוציים). בכך מתווסף למעמד של עובד גם מעמד של עובד ציבור.

זאת משמעות אחת של מינוי למשרה בשירות הציבורי. זאת לדוגמה המשמעות העיקרית של מינוי לשירות המדינה לפי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.² במשמעות זאת המינוי הוא קבלה של אדם להיות עובד בשירות המדינה, או לפי העניין – בשירות של גוף ציבורי אחר.

אולם למינוי אדם למשרה בשירות הציבורי יכולה להיות עוד משמעות – מינוי למשרה של רשות מנהלית, כלומר משרה שיש לה סמכות על פי חוק, וליתר דיוק מינוי להיות אורגן של רשות מנהלית. כדי להבין מהו אורגן של רשות מנהלית נסביר קודם כול מהי רשות מנהלית. לדוגמה: שר האוצר, מנהל המכס ומס ערך מוסף או גובה מכס, שלכל אחד מהם מוקנות סמכויות על פי חוק, הם רשויות מנהליות. רשות כזאת היא תאגיד, כלומר אישיות משפטית. אפשר לקרוא לה בשם תאגיד מנהלי, שכן האישיות המשפטית שלה קיימת רק בתחום המשפט המנהלי, להבדיל מן המשפט הפרטי. כמו כל תאגיד גם הרשות המנהלית אינה יכולה לפעול ולמלא את תפקידה אלא באמצעות אדם. אדם זה הוא, בלשון משפטית,

2 ראו בין השאר ס' 15 ו-17 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

אורגן של הרשות המנהלית. לפיכך פלוני שנתמנה לכהן במשרה של שר האוצר או במשרה של מנהל המכס ומס ערך מוסף הוא, לפי העניין, אורגן של התאגיד הקרוי שר האוצר, או התאגיד הקרוי מנהל המכס ומס ערך מוסף. מבחינה זאת הוא דומה למנהל של חברה עסקית שהוא אורגן של החברה.

מה הדין כאשר אדם מתקבל לעבודה כעובד המדינה, למשל כעובד באגף המכס ומס ערך מוסף של משרד האוצר, ולאחר מכן הוא מקבל מינוי למשרה של מנהל אגף זה? מינוי למשרה כזאת הוא מינוי נפרד ושונה מן המינוי לעובד המדינה, מבחינה משפטית ומבחינה מעשית. בין השאר המינוי לעובד המדינה נעשה בחתימתו של נציב שירות המדינה, ואילו המינוי למנהל אגף המכס ומס ערך מוסף נעשה בחתימתו של שר האוצר. חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 מדבר בדרך כלל רק על מינוי במשמעות של קבלה לעבודה בשירות המדינה. עם זאת בהקשרים אחדים הוא מדבר גם על מינוי במשמעות הכפולה. לדוגמה, הוא קובע (בסעיף 6) כי "הממשלה תמנה נציב שירות המדינה". זהו מינוי כפול: ראשית, מינוי לעובד המדינה; שנית, מינוי למשרה של רשות מנהלית (ליתר דיוק: אורגן של רשות מנהלית) שיש לה סמכויות על פי חוק. המינוי למשרה מקנה למתמנה מעמד של רשות מנהלית (או כאמור אורגן של רשות מנהלית) וגורר תחולה של דיני רשויות מנהליות. לדוגמה, סעיף 2א של החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, מטיל חובת הנמקה על "עובד הציבור". אולם סעיף 2 לחוק מגביל חובה זאת לעובד ציבור שנתבקש "להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין". משמע, חובת ההנמקה אינה חלה על כל מי שנתמנה עובד ציבור אלא רק על עובד ציבור שנעשה גם אורגן של רשות מנהלית. הוראת חוק זאת היא חלק מדיני רשויות מנהליות.

התוצאה היא שמינוי למשרה של רשות מנהלית מקנה לאדם בדרך כלל מעמד משולש, כלומר הוא מכפיף את המתמנה לשלוש מערכות של דינים: דיני עובדים, דיני עובדי ציבור ודיני רשויות מנהליות.

כאמור, החוק משתמש לעתים בביטוי "מינוי" כדי לציין גם קבלה לעבודה בשירות הציבורי וגם מינוי לאורגן של רשות מנהלית, אך היה ראוי שהחוק ידקדק וישתמש בביטויים שונים כדי להבחין בין משמעות אחת של "מינוי" למשמעות השנייה.

1. קבלה לעבודה

קבלה לעבודה במגזר הפרטי היא פעולה בתחום המשפט הפרטי. היא מוסדרת על ידי דיני החוזים ועל ידי דיני העבודה. לעומת זאת קבלה לעבודה בשירות הציבורי היא פעולה מורכבת יותר: חלקה בתחום המשפט הפרטי וחלקה בתחום המשפט הציבורי. אפשר לומר

כי הגוף הציבורי המקבל אדם לעבודה כפוף לדואליות נורמטיבית.³ הוא כפוף הן לדיני העבודה הכלליים, החלים על קבלה לעבודה במגזר הפרטי. לדוגמה, הוא כפוף לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, האוסר על כל מעביד, בין השאר הפליה בקבלה לעבודה מחמת מין, גיל, דת, מפלגה ועוד,⁴ והן לדיני המנהל הציבורי.⁵ מה ההסבר לכפופות של פעולה בתחום המשפט הפרטי גם לדיני המנהל הציבורי? התשובה מבחינה משפטית היא שהקבלה לעבודה בשירות הציבורי היא גם מילוי תפקיד ציבורי על פי דין. כיצד? קבלת אדם לשירות הציבורי היא אחד התפקידים הציבוריים החשובים ביותר של כל גוף ציבורי, והיא נעשית מכוח החוק, יהיה זה החוק שהקים והסמיך את הגוף הציבורי או חוק אחר.⁶ כיוון שכך, הגוף הציבורי כפוף לדוגמה לא רק לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 אלא גם לעקרונות השוויון החל על כל הפעולות של כל גוף ציבורי, וכן לכל יתרון דיני המנהל הציבורי שיש להם שייכות לקבלה לעבודה, כגון ההלכה בדבר סבירות.⁷

וכך הציג זאת בית הדין הארצי לעבודה בהקשר של קבלת אדם לעבודה בשירות המדינה: "כאשר עושה המכרז הוא רשות ציבורית, חלים עליו בכל שלבי המכרז... לא רק

- 3 דואליות נורמטיבית פירושה כפופות של גוף אחד ביחס למעשה אחד הן לדיני המשפט הפרטי והן לדיני המשפט הציבורי (ליתר דיוק: חלק מדיני המשפט הציבורי) בד בבד. ראו בין השאר, בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962); בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 748, 729 (1980); בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, מא(2) 463, 449 (1987); ע"ע (ארצי) 1046/04 גואטה – מפעל הפיס, פס' 33–39 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.8.2005). ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית 524 (מהדורה שנייה 2010).
- 4 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. ס' 17 לאותו חוק קובע כי לעניין חוק זה דין המדינה כמעביד כדין כל מעביד אחר, ברור שכך הוא הדין גם לגבי כל מעביד ציבורי אחר.
- 5 ראו לדוגמה בג"ץ 7177/04 רוזן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(3) 865, 870 (2004), הנשיא ברק: "קבלת החלטה על מינוי פרקליט מדינה, על כל שלביה, כפופה לחובות המשפט המינהלי, ובכללן החובה לבסס תשתית עובדתית מספקת ורלוונטית לצורך קבלת החלטה והחובה לקבל החלטה המאזנת באופן סביר בין השיקולים הרלוונטיים".
- 6 כך לדוגמה קבלת אדם לשירות המדינה נעשית על פי חוק שירות המדינה (מינויים), וקבלת אדם לעבודה בעירייה נעשית על פי ס' 170 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. בהיעדר הוראת חוק המסדירה במפורש קבלת עובדים לגוף ציבורי מסוים, קבלת עובדים לאותו גוף נעשית מכוח החוק המקים את הגוף הציבורי כתאגיד כשר לפעולות משפטיות. בדומה לכך, התקשרות של גוף ציבורי בחוזה עסקי, כמו חוזה מכר או שכירות, גם היא – כמו התקשרות בחוזה עבודה – נחשבת מילוי תפקיד ציבורי על פי דין, והיא גוררת תחולה של דיני המנהל הציבורי נוסף על התחולה של דיני המשפט הפרטי. ראו לדוגמה עניין פרץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2111.
- 7 ראו לדוגמה בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' מאיר שטרית, שר התחבורה (פורסם בנבו, 11.2.2007).

כללים טרום חוזיים מהמשפט הפרטי, אלא גם כללי המשפט המינהלי. ההחלטה לצאת במכרז היא החלטה שהשלטון מקבל במסגרת פעילותו כשלטון, במסגרת סמכויותיו. ניהול השלב של ועדת המכרזים אינו שונה מכל ועדה מייעצת אחרת מתחום המשפט הציבורי. החלטת הקיבול, כמו ההחלטה לצאת במכרז, אף היא החלטה מינהלית. מכוח המשפט המינהלי חלות על עושה המכרז, כמו גם על ועדת המכרזים, נורמות מן המשפט הציבורי. מכאן שגם מכוח המשפט המינהלי אין בעל הסמכות רשאי להפלות, עליו לנהוג בהגינות, בסבירות, ללא משוא פנים וללא ניגוד עניינים.⁸

להבדיל מעסק פרטי, שבו מקובל שהמנהל בוחר מבין המועמדים לעבודה את מי שנראה בעיניו ראוי ורצוי, וממנה אותו למשרה זאת או אחרת לפי שיקול דעתו, בגוף ציבורי שיקול הדעת בקבלה לעבודה מוגבל על ידי חוקים, תקנות והלכות פסוקות. הנה לדוגמה קבלה לעבודה בשירות המדינה. בדרך כלל עובדי המדינה אינם מתקבלים לעבודה לפי שיקול הדעת של הממשלה או של שר. הקבלה לעבודה בשירות המדינה, במעמד של עובד המדינה, מוסדרת על ידי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.⁹ החוק קובע כי

8 ע"ע (ארצי) 106/99 סעב – מדינת ישראל – משרד החינוך, התרבות והספורט, פסק דינה של השופטת אלישבע ברק (פורסם בנבו, 9.2.2000); ע"ע (ארצי) 1027/00 עלי – המועצה המקומית בית ג'אן, פד"ע לז 491, 505 (2001), השופטת רוזנפלד: "בבוא בית-הדין לדון במכרזים לקבלה לעבודה בשירות הציבורי, ברור הדבר כי יחיל על העניין העומד לבירור בפניו את דיני העבודה והמשפט האזרחי הפרטי, כמו גם את עקרונות המשפט המינהלי"; ראו גם ע"ע (ארצי) 451/06 ברקאת – משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 16.10.2006), השופטת ארד בפס' 9 בפסק הדין: "הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט ובית הדין לעבודה בכללו, לא ישים שיקול דעתו תחת שיקול דעת הרשות המוסמכת – היא המנהלת הכללית בענייננו – כל עוד לא נפל בהפעלת שיקול הדעת פגם היורד לשורשו של דבר וכל עוד באה ההחלטה בגדרי מתחם הסבירות"; ראו עוד ע"ע (ארצי) 266/99 מועצה מקומית ירכא – תקתוק, פד"ע לז 105, 126 (2001); ראו גם אלישבע ברק "ייחודם של דיני מכרזים לקבלה לעבודה" שנתון משפט העבודה ו 145 (1996).

9 אפשר שאדם ייחשב "עובד" של המדינה, ועם זאת אם הוא לא נתקבל לעבודה בדרך שנקבעה בחוק שירות המדינה (מינויים), לא יהיה לו מעמד של "עובד המדינה". ראו ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2000); ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2.11.2006); בע"ע (ארצי) 291/03 גינזבורג – המועצה המקומית עומר (פורסם בנבו, 24.10.2006) אמר השופט צור בפס' 6 בפסק הדין: "עובד מדינה אשר לא קיבל כתב מינוי לפי חוק שירות המדינה (מינויים) לא זכאי לגימלה לפי חוק שירות המדינה (גמלאות), אף אם הוא ממלא בפועל תפקיד של עובד מדינה אשר ברגיל מכהן על פי כתב מינוי".

עובדי המדינה ימונו בדרך כלל רק למשרה פנויה בתקן, בדרך של מכרז, והוא מפקיד את נציגי שירות המדינה על ההליכים של קביעת התקן והמינוי למשרה.¹⁰ התכליות של המכרז לצורך קבלה לעבודה בשירות הציבורי נובעות מן המהות של השירות הציבורי: המכרז נועד לשמור על שוויון ההזדמנות לעבוד בשירות הציבורי; לשמש מכשיר לבחירת האדם הכשיר ביותר לעבודה במשרה שהתפתחה; למנוע ככל האפשר תופעות של קבלת עובדים על יסוד שיקולים פסולים, כמו קרבה משפחתית או השתייכות מפלגתית.¹¹ באמצעות המכרז אמר בית הדין הארצי לעבודה: "יישמר הן עקרון השוויון והן העיקרון של בחירת המועמד המתאים ביותר. בכך יישמר העיקרון של תום לב מוגבר ושמירה על כללי המשפט הפרטי, הציבורי ומשפט העבודה".¹² לפיכך כלל בסיסי הוא שלא יתקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי אלא באמצעות מכרז.¹³ מכאן גם נובע הצורך להקפיד

- 10 ס' 14, 15, 17, ו-19 לחוק שירות המדינה (מינויים); על המכרז כדרך ראשית לקבלת עובדים בשירות הציבורי ראו בג"ץ 8299/01 ועד העובדים של ההנדסאים, הטכנאים, המהנדסים והאקדמאים ברשות שדות התעופה נ' רשות שדות התעופה, פ"ד ס(2) 370, 391–396 (2005) (להלן: עניין ועד ההנדסאים); ראו גם "ועדות בוחנים במכרזים לקבלת עובדים למשרות בשירות המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשל"א). כלל זה כפוף להריגים מעטים בלבד. בין היתר שר רשאי למנות מספר קטן של עוזרים אישיים (במשרות אמן) בלשכת השר, והממשלה רשאית למנות מספר קטן של עובדים למשרות בעלות חשיבות מיוחדת המפורטות בחוק, ובהן מנהל כללי של משרד ממשלתי. ראו ס' 5, 6 ו-12 לחוק זה. ראו גם ס' 21 לחוק הקובע כי הממשלה רשאית, בתנאים מסוימים, לקבוע משרות שעליהן לא תחול חובת המכרז. הנטייה הפרשנית היא לצמצם את החרגים. לפיכך נפסק כי ס' 23 לחוק זה, הקובע כי למשרות המפורטות בתוספת לחוק לא ימונה אדם אלא באישור הממשלה, אינו פוטר מחובת המכרז. ראו בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111 (1998) (להלן: בג"ץ ההסתדרות).
- 11 ראו בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, 826–828 (2004); עניין ועד ההנדסאים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 393. ראו גם "ועדות בוחנים במכרזים לקבלת עובדים למשרות בשירות המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשל"א).
- 12 עניין סעב, לעיל ה"ש 8, פסק דינה של השופטת ברק; בס"ק (אזורי י-ם) 41/05 הסתדרות המעו"ף – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.12.2006) אמר בית הדין לעבודה בפס' 11 לפסק הדין: "נקודת המוצא הינה איפוא כי דרך המלך הינה מינוי באמצעות מכרז... כאשר ישנו ספק באשר לדרך המינוי הראויה במקרה מסויים וכאשר אחת האפשרויות הינה מינוי באמצעות מכרז, הרי שיש להעדיף את דרך המכרז"; ראו גם עניין תקתוק, לעיל ה"ש 8; בש"א (אזורי י-ם) 1392/08 בן מנחם – רשות השידור (פורסם בנבו, 25.5.2008).
- 13 ס' 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992 מטיל על המדינה ועל גופים נוספים (המפורטים באותו סעיף) את חובת המכרז, ובכלל זה חובת מכרז "לביצוע עבודה". אולם "ביצוע עבודה" נבדל מקבלה לעבודה. לפיכך נפסק שחוק חובת המכרזים אינו מטיל חובה לערוך מכרז לצורך קבלה לעבודה בשירות הציבורי. ראו בר"מ 657/03 עיריית רהט נ' אלפראונה, פ"ד נז(3) 26 (2003). חובה זאת נובעת כאמור מחוק שירות המדינה (מינויים) וממקורות נוספים.

על קיום כללי המכרז.¹⁴ בית המשפט מקפיד באופן מיוחד על השוויון וההגינות בהליכי המכרז.¹⁵

מקובל בשירות הציבורי, מכוח הסכמי עבודה, כי משרה שהתפתחה בגוף מסוים נפתחת תחילה בפני העובדים באותו גוף באמצעות מכרז פנימי, ובכלל זה מכרז בין-משרדי.¹⁶ רק אם במכרז הפנימי לא נמצא עובד ראוי למשרה זאת, היא נפתחת בפני כל אדם במכרז פומבי.¹⁷ כך כאמור באשר לקבלה לעבודה בשירות המדינה,¹⁸ וכך גם באשר לקבלה לעבודה בעירייה.¹⁹

המצב דומה בגופים ציבוריים אחרים. בין השאר דבר רגיל הוא בתאגידים ציבוריים שהחוק קובע כי סדרי הקבלה לעבודה יהיו דומים לסדרי הקבלה לעבודה בשירות המדינה. הנה לדוגמה סעיף 25(א) לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977, הקובע לאמור:

14 ראו לדוגמה תב"ע (ארצי) לח/84-3 עיריית רמלה – בן דוד, פד"ע י 169, 182 (1979). כאן נדון מקרה שבו מנהל מחלקה בעירייה עבר בהצלחה הליך של מכרז חיצוני, ואף החל לעבוד בעירייה, אך המינוי לא הובא לאישור על ידי מועצת העירייה כנדרש. בית הדין אמר: "אין ספק שראש העירייה לא היה בן-חורין להביא או לא להביא את העניין לפני המועצה. הן מבחינת הדין המינהלי והן לפי ההסכם, חייב היה להביאו לפני העירייה".

15 ראו לדוגמה בג"ץ 606/86 עבדל-חי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד מא(1) 795 (1987); בג"ץ 703/87 קראון נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512 (1991); עניין אילן, לעיל ה"ש 11; עניין עלי, לעיל ה"ש 8.

16 ראו לדוגמה התקשי"ר, פרק משנה 11.4: "מכרז פנימי ומכרז בין משרדי".
17 על המכרז הפנימי בשירות הציבורי ראו עניין אילן, לעיל ה"ש 11. המכרז הפנימי כפוף גם הוא לדיני המשפט הפרטי ולדיני המשפט הציבורי גם יחד, כמו המכרז הפומבי, בשינויים המתחייבים, ובין השאר חלים עליו העקרונות של שוויון וחופש העיסוק; בעב' (אזורי י-ם) 3057/04 ברקת – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.7.2007). אמר בית הדין לעבודה בפס" 14 לפסק הדין: "מכרז [פנימי], כמו כל מכרז, כפוף לעקרונות היסוד של דיני המכרזים החלים על פי דיני המכרזים הרגילים, בשינויים המתחייבים מנסיבות העניין"; ראו גם עס"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97 (2000); ע"ע (ארצי) 1070/01 שנער – נציב שירות המדינה, פס" 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.4.2001); ע"ע (ארצי) 621/07 גונן – זוארץ (פורסם בנבו, 21.9.2008).

18 ראו התקשי"ר, פרקי-משנה 12.1, 12.2 ו-12.3. ראו גם כללי שירות המדינה (מינויים), (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961. דיני עובדי ציבור יכולים לקבוע תנאים נוספים לצורך קבלה לעבודה בשירות הציבורי, בדרך כלל או בגוף מסוים או לתפקיד מסוים. ראו לדוגמה כללי שירות המדינה (מינויים) (כללים ונוהל לבדיקות רפואיות), התשכ"א-1961. ראו גם "ועדות בוחנים במכרזים לקבלת עובדים למשרות בשירות המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשל"א).

19 ראו ס' 170 לפקודת העיריות [נוסח חדש], ותקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים), התש"ם-1979. ראו לדוגמה בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 139 (1995); עניין ברקת, לעיל ה"ש 17.

"סדרי קבלת העובדים לשירות הרשות ומינוייהם יהיו מותאמים לאלה של עובדי המדינה, בשינויים שתקבע הרשות באישור הממשלה". עד כמה יכולים ה"שינויים" להרחיק לכת? בית המשפט השיב כי הדרישה העיקרית בסעיף זה היא שסדרי קבלת העובדים יהיו "מותאמים" לאלה של עובדי המדינה; מכאן ש"ברי כי היקף ה'שינויים' שהוסמכו הרשות והממשלה לקבוע הוא מוגבל", והמסקנה היא שסעיף 25(א) "אינו מסמיך אותן לקבוע שינויים אשר ירוקנו מתוכן את חובתן להחיל את הוראותיו של חוק [שירות המדינה (מינויים)], התשי"ט-1959".²⁰

שיטת המכרז הצליחה במידה ניכרת להגשים את התכליות של שוויון, כשירות וענייניות במינויים לשירות הציבורי. השירות הציבורי נעשה מקצועי יותר, שוויוני יותר ופוליטי פחות. אולם במשך השנים נתברר כי השיטה לא הצליחה להגשים תכליות אלה אלא במידה חלקית בלבד. ראשית, היא לא הצליחה להגשים את עקרון השוויון בקבלה לעבודה במידה הראויה. כפי שנתברר, קבוצות חלשות באוכלוסייה נותרו מקופחות בקבלה לעבודה בשירות הציבורי, בייחוד בשירות המדינה, והן אינן מיוצגות בו ייצוג הולם. לאחר חוסר מעש במשך תקופה ארוכה נחלצו המחוקק ובית המשפט לתקן את המעוות ואימצו לעצמם מדיניות של העדפה מתקנת כלפי קבוצות אלה. כיום לאחר תיקונים אחדים בחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 קובע החוק כי במינוי לשירות המדינה "ינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, של בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, ושל מי שהוא או שאחד מהוריו נולדו באתיופיה".²¹ בית המשפט ובית הדין לעבודה פועלים גם הם בדרך של העדפה מתקנת כדי לקדם את השוויון בקבלה לעבודה או במינוי למשרות בשירות הציבורי, לרבות תאגידים ציבוריים וחברות ממשלתיות.²² וכך אמר בית הדין לעבודה: "אין למצוא בהעדפה המתקנת סתירה

20 עניין ועד ההנדסאים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 386. השופטת ביניש. במקרה זה החליטה רשות שדות התעופה, באישור הממשלה, לקבוע נוהל קבלת עובדים הסוטה במידה ניכרת מן ההסדר המחייב קבלת עובדים לשירות המדינה בדרך של מכרז, כפי שנקבע בחוק שירות המדינה (מינויים), ולפיכך פסל בית המשפט את הנוהל.

21 ס' 15 א לחוק שירות המדינה (מינויים); חוקים נוספים קובעים הוראות בדבר ייצוג הולם של קבוצות שונות בין כעובדים ובין כחברים במועצות, דירקטוריונים וכדומה. ראו, בין השאר, ס' 6 א לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, וס' 18 א, 18 א ו-60 א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975.

22 ראו בין השאר בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998) (להלן: עניין שדולת הנשים); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001); בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 20.4.2009). ראו גם "ייצוג הולם למגזרים מסוימים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

לעקרון השוויון, כי אם ההיפך מכך, בהיותה של ההעדפה המתקנת מכוונת בדרך כלל לתיקון עיוות חברתי שפגע בעקרון השוויון. לכן, העדפה מתקנת, אפילו שנראה כי היא פוגעת בשוויון, בהיותה מעדיפה בני קבוצה מסוימת, ובמקרה שלפנינו בני העדה הדרוזית, על פני אחרים, הרי שבפועל, נגזרת המדיניות הזו בדיוק מעקרון השוויון והיא משמשת אמצעי להגשמתו.²³ אך עדיין המלאכה מרובה והדרך ארוכה עד השגת השוויון הראוי בקבלת עובדים לשירות הציבורי.

כמו כן היתרונות של שיטת המכרז אינם חלים על כל המינויים בשירות הציבורי. יש בשירות הציבורי לא מעט מינויים, בעיקר מינויים הנעשים על ידי שרים, הפטורים מחובת המכרז. בין השאר חובת המכרז אינה חלה על מינוי חברי הנהלה בתאגידים ציבוריים ובחברות ממשלתיות.²⁴ גם בעניינם של גופים ומשרות הכפופים לחובת המכרז, כמו שירות המדינה, נמצאו דרכים שבהן אפשר, בקלות יחסית, לעקוף את חובת המכרז או להערים עליה. בעקבות זאת נתגלתה בגופים ציבוריים שונים תופעה רחבה של מינויים פסולים, כגון מינויים של קרובי משפחה ומינויים פוליטיים.²⁵ נתברר גם כי לא פעם מועמדים ראויים ביותר למשרה מסוימת נמנעו מלהציג את מועמדותם במסגרת המכרז אף שהיו מוכנים להתמנות למשרה זאת אילו נתבקשו לכך. משמע, חובת המכרז עלולה לעתים לפגוע באפשרות להעלות את הרמה המקצועית של עובדי הציבור. מכאן מתבקשת מסקנה, לאחר ניסיון של יובל שנים, כי ראוי לבדוק באופן יסודי את שיטת המכרז, אולי באמצעות ועדה של מומחים, כדי לתקן את הליקויים והתקלות שנתגלו בהפעלת השיטה.

- 1.1503 (התשס"ג); ראו עוד יופי תירוש "ייצוג הולם במשפט הישראלי – סיכום ביניים ריאליסטי" ספר מישאל חשין 699 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).
- 23 עב' (אזורי י-ם) 2433/03 דונכין – נציבות שירות המדינה, פס' 17 לפסק הדין (לא פורסם, 22.8.2005) (ההדגשה הוספה – ז' ד').
- 24 עם זאת היועץ המשפטי לממשלה הוציא הנחיה המחייבת את היועץ המשפטי של כל משרד ממשלתי לקיים בדיקה של מינויים על ידי השר הממונה על המשרד שאינם נעשים בדרך מכרז או מעין-מכרז ואינם נבדקים על ידי ועדה מיוחדת לבדיקת מינויים, מן הבחינה של התאמה לתפקיד, ניגוד עניינים וטוהר המידות. ראו "בדיקת מינויים על ידי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1500 (התשנ"ט).
- 25 ראו בין השאר מבקר המדינה דו"ח שנתי 39 לשנת 1988 ולשנת הכספים 1987, 627 (1989); מבקר המדינה דו"ח שנתי 41 לשנת 1990 ולשנת הכספים 1989, 595 (1991); מבקר המדינה דו"ח שנתי 44 לשנת 1993 ולשנת הכספים 1992, 919 (1994); מבקר המדינה דו"ח שנתי 48 לשנת 1998 ולשנת הכספים 1997, 871 (1999); מבקר המדינה דו"ח שנתי 55 לשנת 2004 ולשנת הכספים 2003, 5, 655 (2005); מבקר המדינה דו"ח ביקורת על מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה (2004); מבקר המדינה דו"ח שנתי 58 לשנת 2007 ולשנת הכספים 2006, 107–1 (2008).

בינתיים התפתחו, כאילו מעצמן, שיטות נוספות למינוי עובדים לשירות הציבורי, מהן ראויות יותר ומהן בלתי ראויות. אחת השיטות, המתפתחת במהירות בשנים האחרונות, היא השיטה של ועדת איתור, שמקובל לראות בה מעין-מכרז. לפי שיטה זאת מתמנה ועדה מיוחדת לאיתור מועמדים למשרה מסוימת. לעתים הוועדה פונה אל הציבור הרחב ומזמינה אותו להציע מועמדים למשרה, ובכל מקרה היא פועלת גם ביזמתה לאיתור מועמדים ראויים, והיא רואה זאת כחלק מתפקידה לפנות אליהם ולברר אם הם נכונים להתמנות לאותה משרה.²⁶

שיטה זאת יכולה להיות הוגנת ויעילה לחלק מן המשרות בשירות הציבורי, אך זאת בתנאי שהיא נפתחת באופן שוויוני בפני הציבור הרחב, בדרך של הודעה פומבית על המשרה הפנויה, ובעיקר בתנאי שהוועדה מורכבת מאנשים שאפשר לסמוך על המקצועיות ועל ההגינות שלהם. פגיעה בשוויון או הרכב נגוע עלולים לפגום בחוקיות ההמלצה של ועדת איתור. אכן, ההרכב של ועדת איתור הוא עקב אכילס של השיטה. נראה שהיה ראוי למסד שיטה זאת, אולי באמצעות חיקוק, בין השאר כדי להבטיח הרכב ראוי לוועדות האיתור.

שאלת הסמכות לדון בחוקיות החלטה לקבל – או לא לקבל – אדם לעבודה בשירות הציבורי היא שאלה מורכבת. חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969, קובע בסעיף 24 כי לבית הדין לעבודה נתונה סמכות ייחודית לדון בין השאר בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו. מכאן כי שאלת החוקיות של החלטה לקבל או לא לקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי נמצאת בגדר סמכותו של בית הדין לעבודה. ההחלטה נבחנת קודם כול על פי המשפט הפרטי. אולם כיוון שההחלטה מתקבלת על ידי גוף ציבורי, היא כפופה גם לעקרונות מסוימים של המשפט הציבורי, על פי הכלל בדבר דואליות נורמטיבית.²⁷ על פי זה בית הדין לעבודה יכול לבטל החלטה לקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי אם היא התקבלה למשל על יסוד שיקולים זרים, כמו שיקולים פוליטיים, או תוך הפרת הכלל בדבר ניגוד עניינים. אמנם הסמכות לדון בשאלת החוקיות של החלטה לקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי נתונה גם לבג"ץ, והחוק המקנה סמכות ייחודית לבית הדין לעבודה בשאלה זאת אינו יכול לגרוע מסמכות בג"ץ, שכן סמכות זאת נקבעה בחוק יסוד,

26 על ועדות איתור ראו עניין ארן, לעיל ה"ש 22, פס' 12–13 לפסק הדין; עב' (אזורי י-ם) 1514/07 חי – חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 26.8.2009): פסק הדין מציג גם את החלטות הממשלה בדבר פטור ממכרז ומינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים; בש"א (אזורי י-ם) 1376/08 אדוארדס – ח"כ אלי ישי (פורסם בנבו, 2.7.2008); ראו גם החלטה 2541 של הממשלה ה-29 "פטור ממכרז ומינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים" (29.9.2002).

27 על הכלל בדבר דואליות נורמטיבית ראו זמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 524.

הוא חוק-יסוד: השפיטה, אולם בדרך כלל בג"ץ מסרב לדון בשאלה זאת בשל קיום סעד חלופי, להוציא מקרים חריגים בעלי חשיבות מיוחדת או טעם מיוחד.²⁸

2. מינוי למשרה

החלטה למנות אדם למשרה של רשות מנהלית, כגון משרה של מנהל אגף המכס ומס ערך מוסף או משרה של גובה מכס, היא מעשה בתחום המשפט המנהלי.²⁹ בכך היא שונה מן ההחלטה לקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי, שהיא בעיקרה מעשה בתחום המשפט הפרטי. מבחינה מעשית החלטה למנות אדם למשרה של רשות מנהלית קשורה לעתים להחלטה לקבל אדם לעבודה בשירות הציבורי. כך הדבר כאשר מתקבלת החלטה למנות אדם מן החוץ למשרה של רשות מנהלית בשירות המדינה. בדרך כלל החלטה כזאת מחייבת שני מהלכים: ראשית יש להוציא לאותו אדם כתב קבלה לעבודה בשירות המדינה בחתימת נציב שירות המדינה. בכך נעשה אדם זה עובד ציבור ועובד המדינה;³⁰ שנית יש להוציא לאותו אדם גם כתב מינוי למשרה המנהלית על ידי מי שמוסמך לעשות מינוי זה, כגון שר האוצר או שר התחבורה. אך לא בהכרח כך. במקרים רבים מתקבלת החלטה למנות עובד של גוף ציבורי למשרה של רשות מנהלית באותו גוף בדרך של שינוי תפקיד או קידום בתפקיד. במקרה כזה די במהלך אחד: הוצאת כתב מינוי למשרה. כמו כן באופן עקרוני אפשר במקרים מסוימים למנות אדם פרטי למשרה של רשות מנהלית בלי לעשותו קודם לכן עובד של גוף ציבורי.³¹ גם במקרים כאלה כמובן אין צורך בכתב קבלה לעבודה בשירות הציבורי, אלא די בכך שיוצא כתב מינוי למשרת הרשות המנהלית.

- 28 ראו לדוגמה עניין איזנברג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 238–241; דב"ע (ארצי) נז/16-4 מרכז השלטון המקומי בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לב 1 (1998); ע"ע (ארצי) 1233/01 אוריאל – עיריית הרצליה, פד"ע לז 508 (2001).
- 29 עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 649.
- 30 ס' 17 לחוק שירות המדינה (מינויים). בכך גם נכרת חוזה העבודה בינו לבין המדינה. ראו, לדוגמה, דב"ע (ארצי) לד/28-3 סלע – מדינת ישראל, פד"ע ה 271 (1974).
- 31 האפשרות למנות אדם פרטי למשרה של רשות מנהלית יכולה להיות מעוגנת בלשון מפורשת של החוק. ראו לדוגמה ס' 7(א) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה–2005. גם מקום שהחוק אינו קובע בלשון מפורשת אפשרות למינוי אדם פרטי, בית המשפט יכול לקבוע אפשרות כזאת בדרך של פירוש החוק. ראו לדוגמה דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145 (2005), אולם יש משרות או תפקידים שבהם אי אפשר למנות אדם פרטי אלא רק עובד ציבור. ראו לדוגמה בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537, 541 (1982); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 212 (2004).

ההבחנה בין מהלך של קבלת אדם לעבודה לבין מהלך של מינויו למשרה באה לידי ביטוי בין השאר בהחלטה על סיום הקשר עם אותו אדם. בדרך כלל מי שהוסמך למנות אדם למשרה מוסמך גם לבטל את המינוי.³² ביטול המינוי שולל מאדם זה את המעמד של רשות (למעשה, אורגן של רשות) מנהלית, אולם אין בו כדי לשלול מאותו אדם את המעמד של עובד ציבור. לדוגמה, עובד המדינה שנתמנה פקיד שומה, ולאחר מכן בוטל מינויו כפקיד שומה, עדיין נותר עובד המדינה, והוא עשוי לקבל תפקיד חדש בשירות המדינה. כדי לשלול ממנו את מעמדו כעובד המדינה יש לפטר אותו משירות המדינה בדרך שנקבעה לצורך זה בחוק, כגון על פי החלטה של בית הדין למשמעת לפי חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. לא רק הדרכים לסיום הקשר שונות, אלא גם השיקולים שונים: שיקולים שיש בהם כדי להצדיק ביטול המינוי כרשות מנהלית לא בהכרח יצדיקו ביטול המינוי כעובד המדינה. והוא הדין באשר לעובדי ציבור אחרים.

ב. דיני מינוי

כיוון שסמכות מינוי היא סוג של סמכות מנהלית, הרשות הממנה כפופה לדיני המינהל הציבורי החלים על סמכויות מנהליות בדרך כלל.³³ כדברי בית המשפט, "בהפעילה את שיקול-דעתה, משמשת הרשות הממנה, קרי הדירקטוריון בעת מינוי המועמד והשר בעת אישור המינוי, כנאמן הציבור, וכל פעולה והחלטה הננקטת על-ידיהם חייבות להיעשות מתוך התחשבות בנאמנות זו... מחובת הנאמנות נגזרת החובה על הרשות להפעיל את

32 לעתים תקופת המינוי קצובה מראש, אם בהחלטת המינוי ואם בהוראת חוק, והיא מסתיימת מעצמה בתום תקופה זאת. לדוגמה, חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989 קובע בס' 20 כי מנהל רשות העתיקות מתמנה לתקופה של חמש שנים, ובס' 7 כי חבר מועצת הרשות (שאינו נציג הממשלה) מתמנה לתקופה של ארבע שנים. אך לעתים המינוי נעשה לתקופה שאינה קצובה, והיא יכולה להסתיים בהחלטה של הרשות הממנה על ביטול המינוי. ראו ס' 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. ראו לדוגמה בג"ץ 5464/04 זריפי נ' שר המשפטים, פ"ד נט(5) 721 (2005).

33 אולם סמכות המינוי אינה נחשבת סמכות להתקין תקנות בנות פועל תחיקתי, אפילו כאשר החוק מקנה למתמנה סמכות להתקין תקנות כאלה, ולכן חובת הפרסום ברשומות של תקנות כאלה, שנקבעה בס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], אינה חלה על מינוי למשרה של רשות מנהלית אלא אם החוק המסדיר את המינוי דורש פרסום כזה. ראו ע"א 706/71 וילנר נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד כז(1) 160 (1972); ע"א 396/75 שרף נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לא(1) 429 (1976).

שיקול-דעתה בהגינות, ביושר, בסבירות וללא הפליה".³⁴ לפיכך כאשר נדונה בבית המשפט שאלת המינוי של המשנה למנהל רשות הנמלים והרכבות, אמר בית המשפט כי על הממנה "להעמיד לנגד עיניו את טובתה של הרשות ואת טובתו של ציבור המשתמשים בשירותי הרשות. עליו לבחור במועמד אשר יותר מכל מועמד אחר יקדם את ענייניה של הרשות ויבטיח בצורה הראויה ביותר את הגשמת תפקידיה. עליו להימנע מכל שיקול זר – פוליטי או אחר".³⁵

חובת הנאמנות, הכרוכה בסמכות המינוי, אינה מסתיימת במינוי עצמו, שכן הסמכות למנות גוררת עמה גם סמכות לבטל את המינוי, ומכאן גם נובעת חובתה של הרשות הממנה לעקוב אחר האופן שבו הממונה ממלא את תפקידו ולבחון את אופן מילוי התפקיד.³⁶ נוסף על כך, הרשות הממנה כפופה גם לדינים מיוחדים לעניין המינוי. יש בהם דינים המקנים פטור מתחולת הדינים הכלליים בשל המיוחדות של סמכות המינוי. לדוגמה, החובה המוטלת בחוק על רשויות מנהליות לנמק סירוב להפעיל סמכות אינה חלה "כשהבקשה שסירב לה היתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני".³⁷ יש בהם גם דינים המקנים סמכויות מיוחדות, הנדרשות להפעלה ראויה של סמכות המינוי. מה הם דינים אלה?

דינים אחרים שיש להם תחולה על רשויות ממנות בדרך כלל, נקבעו בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.³⁸ סעיף 13(א) לחוק זה קובע שתי דרכים למינוי, וכך הוא אומר: "מקום

34 בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג' (3) 769, עמ' 787 לפסק דינו של השופט אור (1999); ראו גם עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 22, עמ' 649-650; לדוגמה, לעניין האיסור להפלות ראו בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה' (5) 15, 28 (2001), שם אמר השופט זמיר: "עקרון השוויון מחייב כי גם משרות מטעם המדינה יוקצו ללא הפליה בין יהודים לבין ערבים. פירושו של דבר, שאין למנוע מינוי אדם למשרה מטעם המדינה רק משום שהוא ערבי"; ראו גם עניין ברקת, לעיל ה"ש 17; ס"ק (אזורי י-ם) 16/06 הסתדרות ההנדסאים והטכנאים בישראל – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.8.2007); בש"א (אזורי ת"א) 3863/09 קאדי – רכבת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009).

35 בג"ץ 6673/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד נו' (1) 799, 806 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001).

36 בעניין זריפי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 729 אומרת השופטת פרוקצ'יה: "אחריותו של הגורם הממנה אינה מתחילה באקט המינוי ואינה מסתיימת בו; היא מתפרסת גם למישור הזמן שלאחר אקט המינוי, והיא מחייבת בחינה והערכה באשר לאופן שבו נושא התפקיד מבצע את משימתו".

37 ס' 3(3) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1959.

38 אולם כפי שנקבע בס' 1 לחוק הפרשנות, ההוראות של חוק זה יחולו רק אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם ההוראה אשר בחוק הפרשנות.

שניתנה סמכות למנות אדם, להסמיכו או להטיל עליו חובה – מותר לעשות כן בנקיבת שמו או בנקיבת שם משרתו". הדרך השכיחה למינוי היא מינוי אישי, כלומר מינוי בנקיבת שמו של אדם. לדוגמה, סעיף 1 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] אומר כי המפקח על התעבורה הוא "מי ששר התחבורה מינה אותו, בהודעה ברשומות, מפקח על התעבורה". ברור כי ההודעה ברשומות נוקבת בשמו של אותו אדם שנתמנה מפקח על התעבורה. בדומה לכך סעיף 6 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959, קובע כי "הממשלה תמנה נציב שירות המדינה". נוסח זה מקובל על המחוקק, אך אין זה נוסח מדויק: שר התחבורה אינו ממנה את המפקח על התעבורה אלא הוא ממנה רק אורגן לרשות מנהלית הקרויה המפקח על התעבורה. מינוי האורגן נעשה בנקיבת שמו של אדם.

הדרך השנייה למינוי אדם כאורגן של רשות מנהלית היא מינוי בנקיבת שם משרה. על מינוי כזה אומר סעיף 13(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981: "מינוי אדם, הסמכתו או הטלת חובה עליו בנקיבת שם משרתו בלבד – משמעם מינוי, הסמכה או חיוב של מי שממלא את המשרה מזמן לזמן". מינוי כזה אינו אישי אלא מוסדי. לדוגמה, חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח–1958 קובע (בסעיף 6) כי "שר החינוך והתרבות יהיה יושב ראש המועצה". פירושה של הוראה זאת הוא שהאורגן של שר החינוך והתרבות בכל זמן יהיה גם, מתוקף תפקידו, יושב ראש המועצה להשכלה גבוהה. שינוי האורגן, כגון במקרה של הרכבת ממשלה חדשה, אינו משנה כלל מבחינה משפטית.³⁹ דרך זאת יוצרת קשר קבוע בין שני מוסדות. הקשר בין המוסדות נראה בעיני המחוקק חשוב מן הכשירות של האדם. מבחינת החוק, כל מי שיכהן במשרה של שר החינוך והתרבות יהיה מתאים גם, בשל תפקידו, לכהן כיושב ראש המועצה להשכלה גבוהה. אולם דרך מינוי זאת אינה שכיחה. סמכות חשובה הנלווית לסמכות המינוי נקבעה בסעיף 16 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, בלשון זאת: "הסמכה למנות גוף של מספר חברים – משמעה גם הסמכה למנות לו יושב ראש ולמנות ממלא מקום לכל חבר שלו". מה פירוש גוף של מספר חברים? הפירוש הוא גוף משפטי שהאורגן שלו אינו אדם אחד אלא אורגן־רבים, כגון מועצה או ועד מנהל. כזאת היא למשל המועצה להשכלה גבוהה שהוקמה לפי חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח–1958. הדעת נותנת כי הסמכה למנות ממלאי מקום לחברים בגוף זה לפי סעיף 16 לחוק הפרשנות, קיימת בעת המינוי של הגוף, אך גם לאחר המינוי, כל אימת שקיימת

39 בבש"א (אזורי ת"א) 8141/05 עזרן – עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 15.1.2006) נקבע שכאשר החוק קובע כי היועץ המשפטי של העירייה יהיה חבר בוועדה מסוימת, והוא שווה בחופשה, אפשר שממלא מקומו יבוא במקומו, וזאת על פי ס' 13 לחוק הפרשנות; ראו גם בש"א (אזורי ב"ש) 1453/09 אבו עראר – המועצה המקומית ערערה בנגב (פורסם בנבו, 27.4.2009).

הצדקה לכך, כגון כאשר הכהונה של אחד החברים בגוף נסתיימה מטעם כלשהו.⁴⁰ אולם שתי שאלות חשובות הקשורות לממלא מקום נותרו ללא תשובה ברורה. שאלה ראשונה היא אם סמכות מינוי רגילה, לרשות מנהלית שאיננה "גוף של מספר חברים", למשל הסמכות למנות את המפקח על התעבורה, כוללת גם היא סמכות למנות ממלא מקום. אכן, ברור כי אם אדם שנתמנה למשרה מסוימת חדל לכהן באותה משרה, כגון שהוא נפטר או התפטר, הרשות הממנה רשאית למנות במקומו אדם שיכהן כממלא מקום זמני. כיצד? הרשות הממנה שומרת בידיה את סמכות המינוי, ולכן היא יכולה לעשות מינוי חדש ולהגביל את תקופת המינוי לפרק זמן מסוים.⁴¹ מינוי כזה יעשה את המתמנה, למעשה אם לא להלכה, לממלא מקום זמני.

אולם האם הרשות הממנה רשאית, בכל מקרה, למנות את נושא המשרה ואת ממלא המקום שלו בעת ובעונה אחת? סמכות כזאת היא בדרך כלל סמכות רצויה, שכן היא מאפשרת לממלא המקום להכשיר עצמו במשך הזמן למילוי המשרה, שעה שיתעורר צורך בכך, ולהיכנס לתפקיד באופן מידי כאשר נבצר מנושא המשרה למלא את תפקידו, אם באופן זמני (כגון כאשר נושא המשרה חלה או יצא את הארץ) ואם באופן קבוע (כגון כאשר נושא המשרה התפטר או נפטר). השאלה אם סמכות כזאת קיימת מתעוררת קודם כול כיוון שאין הוראה בחוק הפרשנות או בחוק אחר הקובעת כי סמכות למנות רשות מנהלית שאינה "גוף של מספר חברים" כוללת גם סמכות למנות ממלא מקום לאותה רשות. השאלה מתחדדת משום שפקודת הפרשנות [נוסח חדש], משנת 1954, כללה הוראה (בסעיף 23) שקבעה במפורש כי כל אימת שנתפנתה משרה של עובד ציבור, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, רשאית הממשלה (ולא הרשות הממנה) למנות לו ממלא מקום זמני. אך חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, שאימץ את רוב ההוראות של פקודת הפרשנות [נוסח חדש], לא קלט הוראה זאת או דומה לזאת.⁴² ולבסוף, השאלה מתחזקת לאור סעיף 16

40 ההחלטה למנות ממלא מקום, שהיא החלטה מנהלית, צריכה לעמוד בכללים החלים על החלטות מנהליות בדרך כלל, כגון כלל השיקולים הענייניים וכלל הסבירות. בעניין אבו עראר, שם, אמר בית הדין לעבודה, בפס' 23 להחלטה, כי העובדה שבעל המשרה מבקש להתחמק מתפקיד בלתי נעים, כמו חברות בוועדת פיטורים, אינה שיקול המצדיק מינוי ממלא מקום לצורך מילוי תפקיד זה.

41 ס' 11 לחוק הפרשנות קובע כי "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות". סעיף זה מקנה לרשות הממנה סמכות לחזור ולעשות מינוי חדש ככל הנדרש.

42 בהצעת חוק הפירושים, התש"ם-1980 נכללה הוראה שקבעה כי "הסמכה לעשות מינוי" משמעה בין היתר הסמכה "למנות ממלא מקום זמני למי שנתמנה". ראו דברי הסבר לסעיף

לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, המקנה סמכות למנות ממלא מקום, אך רק בהקשר של מינוי "גוף של מספר חברים". לכן, לסיכום, נראה שהיה רצוי לתקן את סעיף 16 לחוק הפרשנות באופן שיקנה סמכות לכל מי שרשאי לעשות מינוי, בין מינוי לגוף של מספר חברים ובין מינוי אחר, למנות גם ממלא מקום, אם ההקשר אינו משמיע כוונה אחרת.⁴³ שאלה נוספת מתעוררת בקשר לממלא מקום: שאלת היחס בין ממלא מקום של חבר בגוף מסוים לבין החבר שממלא את התפקיד בקביעות. האם ממלא המקום של חבר בגוף מסוים רשאי לפעול גם כאשר לא נבצר מן החבר עצמו לפעול? למשל, האם החבר בגוף רשאי להטיל על ממלא המקום משימה מסוימת מתוך רצון להסתייע בממלא המקום בעניין מסוים בגלל לחץ בעבודה, או משום שממלא המקום הוא בעל מומחיות מיוחדת באותו עניין? ייתכן שלעתים אפשר להסתמך על הדין הכללי בדבר אצילת סמכויות. אם כן, האם אפשר להסתייע בממלא המקום, כאשר הוא ממלא מקום, גם כאשר הדין הכללי אינו מאפשר אצילת הסמכות? והאם ממלא המקום חייב לפעול על פי הוראותיו של החבר שאת מקומו הוא ממלא, או שמא הוא חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי? למשל, כאשר החבר הקבוע יוצא את הארץ לתקופה קצרה, האם הוא רשאי להורות לממלא המקום כיצד להחליט או להצביע בעניין מסוים בזמן היעדרו מן הארץ? והאם ממלא המקום חייב לציית להוראה כזאת? שאלות אלה נותרו ללא תשובה ברורה בחוק או בפסיקה.⁴⁴

חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 מוסיף וקובע (בסעיף 14) כי "הסמכה לעשות מינוי – משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו

18 בהצעת חוק הפירושים, התש"ם-1980. אך הוראה זאת נשמטה, אם בשוגג ואם בכוונה, מחוק הפרשנות.

43 בהצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 14) (מינוי ממלא מקום), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 390 נקבעה אפשרות למינוי ממלא מקום למנהל כללי של משרד ממשלתי, לנושא משרה מן המשרות המפורטות בתוספת לחוק זה, וכן "לעובד המדינה שהוקנתה לו סמכות בחוק אחר שעליו להפעילה בעצמו". אולם הצעת חוק זאת אינה פוטרת באופן מלא וראוי את הבעיה של מינוי ממלא מקום. ראשית, היא מוגבלת לנושאי משרה שהם עובדי המדינה. שנית, היא מאפשרת מינוי ממלא מקום רק כאשר "נתפנתה משרתו של נושא משרה או נבצר ממנו להשתמש בסמכותו או למלא את תפקידו". משמע, היא אינה מאפשרת למנות ממלא מקום קודם שמתעורר צורך מעשי במינוי, ובכלל זה מינוי ממלא מקום בעת המינוי של נושא המשרה. מכל מקום, הצעת חוק זאת טרם נתקבלה כחוק.

44 בית הדין האזורי לעבודה קבע לאחרונה כי העובדה שחבר בגוף מסוים אינו נוטה למלא תפקיד מסוים משום שהוא תפקיד בלתי נעים אינה סיבה המצדיקה מינוי ממלא מקום: עניין אבו עראר, לעיל ה"ש 39. השוו, בעניין המעמד של ממלא מקום שר, ל"ממלא מקום שר – המעמד והסמכויות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1101 (התשמ"ד).

מתפקידו".⁴⁵ בהוראה זאת אין רבותה מבחינת עקרונית, שכן הוראה סמוכה באותו חוק (סעיף 15) קובעת כי הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מנהל משמעה גם הסמכה בין השאר להתלות את ההוראה או לבטלה, והוראת מנהל, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק, כוללת גם מינוי.⁴⁶

עם זאת הסמכות לבטל – או להתלות – מינוי כפופה, כמו כל סמכות מנהלית, לכל הכללים המסדירים הפעלת סמכות מנהלית בדרך כלל. בין השאר החלטה לבטל מינוי או לפטר אדם שנתמנה, וככל הנראה גם החלטה להתלות את תוקף המינוי של אדם או להשעותו מתפקידו, מחייבת לתת לאותו אדם הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני קבלת ההחלטה.⁴⁷ כמו כן שיקול הדעת של הרשות הממנה כפוף לכל הכללים החלים על שיקול דעת מנהלי. לדוגמה, הוא כפוף לכלל המחייב לשיקול שיקולים ענייניים בלבד. כלל זה פוסל בין השאר מינויים פוליטיים.⁴⁸ הוא כפוף גם לכלל בדבר הסבירות.⁴⁹

כיוון שסמכות המינוי, כמו הסמכות לבטל מינוי, היא סמכות מנהלית הכפופה לדיני המנהל הציבורי, הסמכות לדון בשאלת החוקיות של הפעלת הסמכות במקרה מסוים נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק. האם הסמכות נתונה גם לבית הדין לעבודה? לפי סעיף 24 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, בית הדין לעבודה מוסמך לדון בין השאר בתובענות בין עובד למעביד "שעילתן ביחסי עובד ומעביד" וכן גם בתובענה "שעילתה בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו". אולם בדרך כלל תובענה בשאלה מדוע פלוני מונה או לא מונה למשרה מנהלית בגוף מסוים, למשל משרה של נציב מס הכנסה במשרד האוצר, אינה מתבססת על עילה ביחסי עובד ומעביד, אפילו כאשר פלוני הוא עובד באותו גוף, ואף

45 בית הדין לעבודה פסק כי הסמכות של הרשות הממנה לפי ס' 14 לחוק הפרשנות אינה כוללת סמכות להעביר חלק מן התפקידים או הסמכויות של מי שנתמנה אל גוף אחר: ע"ע (ארצי) 437/08 מורנו – מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 9.6.2009).

46 אולם יש הבדל בין שתי ההוראות: ס' 15 לחוק הפרשנות דורש כי החלטה לשנות, להתלות או לבטל הוראת מנהל תתקבל באותה דרך שבה ניתנה הוראת המנהל, ואילו ס' 14 לחוק הפרשנות אינו כולל דרישה כזאת. נראה כי הבדל זה נובע מן המהות המיוחדת של מינוי, להבדיל מהחלטות מנהליות רגילות.

47 ראו לדוגמה ע"א 183/69 עיריית פתח תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398 (1969); בג"ץ 7193/97 עבד נ' השר לענייני דתות ויושב-ראש ועדת מינויי קאדים, פ"ד נב(5) 365 (1998). ראו גם בש"א (אזורי י-ם) 2143/08 כהן – מדינת ישראל – משרד החינוך, פס' 31 בפסק הדין (פורסם בנבו, 22.9.2009).

48 ראו לדוגמה בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 35 (1990); בג"ץ ההסתדרות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 122; ראו גם תב"ע (ארצי) מח/3-168 אלפריח – רוטנברג, פד"ע יט 515, 528 (1988); דב"ע (ארצי) נה/3-107 המועצה המקומית ירוחם – נבון, פד"ע לא 546, 566 (1996).

49 ראו לדוגמה בג"ץ 5562/07 שוסהיים נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 23.7.2007).

אינה תובענה בדבר קבלה לעבודה. גם בהקשר זה יש להבדיל בין קבלה לעבודה לבין מינוי למשרה. לכן במקרה רגיל הסמכות לדון בשאלה זאת אינה נתונה לבית הדין לעבודה. עם זאת יש מקרים שבהם בית הדין לעבודה מוסמך לדון גם בשאלה זאת.⁵⁰ למשל, מקרה שבו עובד המדינה המעוניין במינוי למשרה טוען נגד המדינה כי הייתה חייבת על פי הסכם העבודה לערוך מכרז פנימי לפני שהחליטה לעשות את המינוי באמצעות מכרז פומבי. תובענה במקרה כזה, כיוון שהיא מתבססת על הסכם עבודה, עילתה ביחסי עובד ומעביד. יש גם מקרים שבהם הסמכות לדון במינוי או בביטול מינוי נתונה לבית המשפט לעניינים מינהליים, למשל החלטת מינוי שנתקבלה על ידי רשות מקומית.⁵¹ במקרים כאלה אם בכל זאת מוגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, בית המשפט נוטה לדחות את העתירה על הסף על יסוד הכלל בדבר סעד חלופי ולהפנות את השאלה לבית המשפט או לבית הדין המוסמך לדון בה. אולם גם במקרה כזה בית המשפט הגבוה לצדק עשוי לדון בעתירה אם יש לה חשיבות מיוחדת מבחינה משפטית או חברתית.⁵²

ג. בחירה לתפקיד

אדם יכול להצטרף לשירות הציבורי בדרך של מינוי או בדרך של בחירה. מה ההבדל בין מינוי לבין בחירה? אין זה מדויק לומר כי ההבדל נעוץ בכך שבחירה נעשית בין מועמדים אחדים, שהרי גם במינוי מובהק צריך, לא פעם, לבחור בין מועמדים אחדים. כך הדבר לדוגמה כאשר נערך מכרז למשרה מסוימת, וועדת המכרזים צריכה לבחור בין מועמדים אחדים לאותה משרה. האם ההבדל נעוץ בכך שבחירה, להבדיל ממינוי, נעשית על ידי קבוצה של אנשים בדרך של הצבעת רוב? גם זה אינו מדויק. הנה לדוגמה חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002 קובע (בסעיף 3) כי ראש שירות הביטחון הכללי "ימונה" בידי הממשלה לפי הצעת ראש הממשלה. במקרה זה הממשלה עושה מינוי על ידי החלטת רוב בדרך של הצבעה. כנגד זאת סעיף 4 לחוק־יסוד: השפיטה קובע כי "שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים". מה מבדיל בין "בחירה" של שופט

50 ראו לדוגמה דב"ע (ארצי) מו/54-3 ח.י.ל.ן – חברה ישראלית לעיבוד נתונים בע"מ – אגסי, פד"ע יח 21, 26 (1986).

51 ראו פרט 8 לתוספת הראשונה של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000. ראו לדוגמה עת"מ (מחוזי חי') 4129/07 שריף – ראש המועצה המקומית אבו סנאן (פורסם בנבו, 24.3.2008).

52 ראו לעיל ה"ש 28. אחד השיקולים התומכים בהפניית השאלה אל בית הדין לעבודה נעוץ באופי המיוחד של ההתדיינות בפני בית הדין לעבודה. ראו עניין אוריאל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 527–522.

על ידי הוועדה לבחירת שופטים לבין "מינוי" של ראש שירות הביטחון הכללי על ידי הממשלה? הנה דוגמה נוספת. חוק יסוד: מבקר המדינה קובע בסעיף 7 כי "מבקר המדינה ייבחר בידי הכנסת בהצבעה חשאית". האומנם הליך הבחירה של מבקר המדינה דומה, מבחינה מהותית, להליך הבחירות של חברי הכנסת או שמא הוא הליך של מינוי? השאלה היא אם יש הבדל מהותי, או רק שוני לשוני, בין המינוי לבין הבחירה. התשובה היא שנראה כי המחוקק אינו מקפיד מבחינה לשונית על הבחנה בין בחירה לבין מינוי, והוא עשוי לדבר על בחירה כאשר בפועל מדובר במינוי. ייתכן כי סיבת הדבר היא שאין הבחנה ברורה, ומכל מקום אין הבחנה חדה, בין בחירה לבין מינוי.⁵³

עם זאת יש סוגים של משרות אשר בעניינן מקובל וראוי לדבר על מינוי, כשם שיש סוגים של משרות אשר בעניינן מקובל וראוי לדבר על בחירה, ויש גם, כרגיל, מקרי ספק. מה הם סוגים אלה? בדרך כלל כאשר מדובר ברשויות מנהליות המופקדות על ביצוע חוקים, מקובל וראוי לדבר על מינוי ולא על בחירה. לדוגמה, מנהל המכס והמפקח על התעבורה (ליתר דיוק: האורגנים של רשויות אלה) אינם נבחרים אלא מתמנים לתפקיד. בהכללה אפשר לומר כי מינוי לתפקיד, להבדיל מבחירה, מאפיין את הרשות המבצעת. המינוי לתפקיד משבץ את המתמנה במערכת הייררכית של גוף ציבורי, כגון משרד ממשלתי או רשות מקומית, במעמד של עובד. הוא נעשה כפוף לכללים מיוחדים החלים על העובדים במערכת זאת, כגון חוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978, המטיל חובה של ציות לממונים. יש גם הוראות חוק המדברות במפורש על מינוי, ואפשר להניח שהן אינן חלות על בחירה. כזה הוא לדוגמה סעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.⁵⁴

לעומת זאת מקובל וראוי לדבר על בחירה כאשר מדובר בגופים בעלי אופי דמוקרטי. התפקיד העיקרי של גופים בעלי אופי דמוקרטי הוא לקבוע כללי התנהגות (נורמות) לציבור, להתוות מדיניות שתנחה את הרשויות המנהליות המופקדות על ביצוע הכללים ולפקח על הביצוע. תפקיד זה מחייב שהגוף ישקף בהרכבו את המבנה החברתי של ציבור מסוים, וחברי הגוף ייצגו עמדות של קבוצות בציבור זה. כאלה הן כמובן הכנסת והרשויות המקומיות. אך לא רק הן. כזאת היא גם לדוגמה לשכת עורכי הדין. כדי שהרכב של גוף

53 ראו לדוגמה בענייניו של רב עיר, את ס' 15(א)(2) לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, ואת תקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007, המסדירים "בחירות" של רבני עיר. אולם האם באופן מהותי רב עיר "נבחר" או "מתמנה"? והאם על פי זה הוא "נבחר ציבור" או "עובד ציבור"? ראו ע"ע (ארצ"י) 751/05 מדינת ישראל – משרד הדתות – עמאר (פורסם בנבו, 3.2.2008): נפסק בפס' 18 לפסק הדין כי רב אזורי ש"נבחר" הוא "עובד" של המועצה האזורית, "ואין הוא דומה למי שמועסק על פי דין, כגון נבחר ציבור, שופט או חייל".

54 ראו לעיל ה"ש 45; ראו גם ס' 13 ו-16 לחוק הפרשנות.

כזה יהיה משקף ומייצג, איושו נעשה בדרך של בחירות, כלומר התמודדות פומבית בין מפלגות או התארגנויות דומות. מי שזכה בבחירות ונעשה חבר בגוף כזה, נחשב נבחר ציבור.

לנבחר ציבור יש מעמד מיוחד, נבדל מן המעמד של עובד ציבור, גם מבחינה ציבורית וגם מבחינה משפטית.⁵⁵ ראשית, נבחר ציבור הוא חלק מן המנהיגות של הציבור. מעמד של מנהיג הוא מעמד של אחריות מיוחדת. מנהיג נדרש לשמש מופת לציבור בהתנהגות שהיא לא רק חוקית אלא גם ראויה. דרישה זאת קיימת במישור הציבורי, אך עשויה להיות לה נפקות גם במישור המשפטי, שכן אחריות גוררת חובות, וחובה יכולה להתבטא גם בסנקציה על הפרת החובה.⁵⁶ שנית, יש גם הבדל מושגי בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור: נבחר ציבור אמורים לקבוע מדיניות בשביל הציבור שאותו הם מייצגים, ואילו עובדי ציבור אמורים לבצע מדיניות זאת. שלישית, מערכת הדינים החלה על נבחר ציבור שונה ממערכת הדינים החלה על עובד ציבור. השוני מתחיל כמובן בדרך הכניסה לשירות הציבורי: נבחר ציבור נכנס בדרך של בחירה, ואילו עובד ציבור נכנס בדרך של מינוי. לכן בדרך כלל נבחר ציבור אינו נחשב עובד, משום שהוא נושא במשרה מכוח דין הקובע כיצד הוא נעשה למשל חבר מועצה ברשות מקומית, ולא מכוח חוזה. לכן חוקים שונים המקנים זכויות לעובד, ובכלל זה גם עובד ציבור, כגון חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 וחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, אינם חלים על נבחר ציבור, כגון חבר הכנסת או חבר מועצה של רשות

55 על ההבדלים בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור ראו בג"ץ 1898/06 משרד הפנים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.3.2008). עם זאת ההבחנה בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור אינה חדה, אפילו מבחינה משפטית, ולא פעם התחומים מתערבבים זה בזה. ראו לדוגמה ע"ע (ארצי) 1010/02 מדינת ישראל, משרד הפנים – רסמי, פד"ע מ 156 (2004), שבו נפסק כי סגן ראש מועצה מקומית (אף שהוא נבחר ציבור ואין לו חוזה עבודה עם המועצה המקומית) נחשב "עובד" לצורך חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. כדברי השופטת ברק-אוסוסקין בעמ' 168: "כאשר מטרתנו היא הגנה על עובדים מפני פגיעה בזכויות מתחום משפט העבודה, על שום מה לא נגן על מי שהלכה למעשה מקיים את הקריטריונים של עובדים אך הם ממונים או נבחרים".

56 ראו לדוגמה בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 470, 441 (1993), השופט ברק: "מקובל עלינו כי לא הרי נבחר ציבור כהרי עובד ציבור. הראשון נבחר על-ידי העם ועומד לשיפוטו. השני נבחר על-ידי נבחר העם ועומד לשיפוטו. אך שוני זה אין משמעותו כי נבחר העם עומד לפני דין הבחור בלבד, ורק במקרים חריגים ויוצאי דופן הוא יעמוד גם לדין המשפט. דין הבחור אינו בא במקום דין המשפט ואין הוא יכול להחליפו. אכן דווקא עובדת היותו של אדם נבחר ציבור מחייבת אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מעובד ציבור 'רגיל'. מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו".

מקומית.⁵⁷ מנגד יש גם חוקים המטילים חובות או מגבלות על עובד הציבור, כגון חוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978, שאינם חלים על נבחרי ציבור.⁵⁸ בעניינים אלה ובעניינים נוספים נבחרי ציבור כפופים למערכת חוקים מיוחדת לנבחרי ציבור. כמו כן יש הבדל בדין בין עובד ציבור לבין נבחר ציבור באשר לדרך הסיום של השירות הציבורי. את נבחר הציבור, להבדיל מעובד הציבור, אי אפשר לפטר מן המשרה, אך אפשר לסיים את שירותו, לפני המועד שנקבע בחוק, בדרכים אחרות.⁵⁹

הכללים החלים על נבחרי ציבור מפורטים בחוקים שונים. הם אינם חלים על נבחרי ציבור באופן כללי. כל חוק כזה מתייחס רק לסוג מסוים של נבחרי ציבור. כאלה הם לדוגמה חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951; חוק הרשויות המקומיות (גימלאות לראש רשות וסגניו), התשל"ז-1977; הוראות בפקודת העיריות [נוסח חדש] (סעיפים 120 ואילך) ועוד. שאלה חשובה המתייחסת לנבחרי ציבור בדרך כלל היא שאלת הנאמנות. הכלל הרחב הוא שהמנהל הציבורי פועל כנאמן הציבור. כלל זה חל על כל רשות ועל כל אדם במסגרת המנהל הציבורי, נבחר ציבור כעובד ציבור. כך גם כללים שונים הנגזרים מחובת הנאמנות. למשל, הכלל האוסר ניגוד ענייניים חל גם על נבחרי ציבור.⁶⁰ אולם האם אין הבדל לעניין זה בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור? נבחר ציבור, להבדיל מעובד ציבור, אמור לייצג

57 עם זאת כיוון שהמובן של ביטוי בחוק תלוי בהקשר ובתכלית של החוק, אפשר שגם נבחר ציבור ייחשב "עובד" בהקשר מסוים או לצורך חוק מסוים. לדוגמה, בדג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998) נפסק כי חבר מועצה של רשות מקומית (שכיהן כסגן ראש המועצה), גם אם אינו קשור למועצה בחוזה עבודה, נחשב עובד לצורך ביטוח אבטלה לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; דוגמה נוספת: עניין משרד הפנים, לעיל ה"ש 55, נפסק בפס' 15 כי נבחר ציבור יכול להיחשב עובד לצורך תביעת שכרו בבית הדין לעבודה. לפיכך אפשר לומר כי נבחר ציבור כפוף לדואליות נורמטיבית: בעניינים מסוימים חלים עליו דיני העבודה, ובעניינים אלה הסמכות מוקנית לבית הדין לעבודה; בעניינים אחרים חלים עליו דיני המנהל הציבורי, ובעניינים אלה הסמכות מוקנית לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים, לפי העניין; ראו גם עניין רסמי, לעיל ה"ש 55. ראו לדוגמה באשר להבדל בין עובד ציבור לבין נבחר ציבור לעניין חוק הרשויות המקומיות (הגבלת הזכות להיבחר), התשכ"ד-1964, בג"ץ 6859/98 אנקונינה נ' פקיד הבחירות אור עקיבא, פ"ד נב(5) 433 (1998).

58 ראו לדוגמה באשר לסיום כהונתו של חבר הכנסת, ס' 42-44 לחוק-יסוד: הכנסת; ראו גם באשר לסמכותו של בית המשפט לבטל את הבחירה של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות, רע"א 1863/90 רביץ נ' דייך, פ"ד מה(2) 309 (1991); ראו גם בר"מ 2780/09 אבו אלהיג'א נ' ראש המועצה המקומית כאוכב אלהיג'א (פורסם בנבו, 9.7.2009).

60 ראו לדוגמה בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 149-150 (2002); ראו גם ס' 13א(ב)(3) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, וס' 1א(6) לכללי האתיקה לחברי הכנסת.

עמדות ואינטרסים של חלק מן הציבור, חברי מפלגה מסוימת או סקטור חברתי מסוים שבחר בו. מכאן השאלה אם נבחר ציבור חב נאמנות כלפי כל הציבור או רק כלפי חלק מן הציבור שהוא מייצג. התשובה היא, על פי הדין, שחובת הנאמנות מוטלת על נבחר ציבור, כמו על עובד ציבור, כלפי כל הציבור. חבר הכנסת לדוגמה מתחייב על פי סעיף 15 לחוק-יסוד: הכנסת "לשמור אמונים למדינת ישראל". כפי שבית המשפט אמר, חבר הכנסת "אינו מתחייב לשמור אמונים למפלגתו ולמלא באמון את שליחותה בכנסת. כל חבר כנסת הוא 'נציג' של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור".⁶¹

עם זאת יש הבדל לעניין זה בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור, שהרי נבחר ציבור זכה בבחירות והגיע למשרתו על יסוד מצע מסוים, ועל פי העיקרון הדמוקרטי הוא מחויב, כלפי אותו ציבור שבחר בו, לפעול למימוש המצע ולייצוג העמדות של אותו ציבור.⁶² מכאן שעל נבחר הציבור מוטלת חובת נאמנות כפולה: חובה אחת כלפי כל הציבור, לרבות אותו חלק מן הציבור שלא בחר בו, וחובה שנייה כלפי אותו חלק מן הציבור שבחר בו. נבחר הציבור חייב לשלב בין שתי חובות אלה. כיצד? אפשר אולי לומר שמוטלת עליו חובת נאמנות כלפי הציבור שבחר בו ככל שאין בכך סתירה לחובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי כל הציבור. ומה הדין כאשר קיימת סתירה כזאת? באופן עקרוני, מקום שקיימת סתירה כזאת, חובת הנאמנות כלפי הציבור כולו גוברת.⁶³ כללי האתיקה של חברי הכנסת נותנים לכך ביטוי בסעיף 1א(6), הקובע כי חבר הכנסת "הוא נאמן הציבור וחובתו לייצג את ציבור בוחריו באופן ישיר את כבוד האדם, קידום החברה וטובת המדינה".⁶⁴

אולם נראה כי המצב של שר או סגן שר שונה מן המצב של חבר אחר בכנסת בשל התפקיד שהוא ממלא כרשות מינהלית. כדברי בית המשפט, "שר המסב לשולחן הממשלה כנציג של מפלגה או תנועה ממלא בכך, ללא ספק, פונקציה פוליטית. הוא מבטא בתוכה דעות והשקפות, דרך מדינית וחברתית, המקובלות על הציבור שבחר בו והתנועה שרואה בו את נציגה במערכת השלטונית. אולם, לדעתי, בעת שהוא ממלא תפקידו המינהלי, אם כשר ואם אפילו כסגן שר, כמי שמופקד על משרד ממשלתי ומכוון את עשייתו, נסוגה הפונקציה

61 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 803 לפסק דינו של השופט ברק (1995); ראו גם שם, בעמ' 824 לפסק דינו של השופט חשין; ראו עוד בג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יושב ראש הכנסת פ"ד נט(1) 577, 588 (2004).

62 ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 426, בפסק דינו של השופט ד' לוי (1993).

63 עניין ולנר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 907; סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433 (2000).

64 כללי האתיקה לחברי הכנסת (תיקון מס' 10), י"פ התשס"ד 2000; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 659–661 (מהדורה שישית, 2005).

הפוליטית בפני הפונקציה המינהלית שיש עמה כללי התנהגות משלה".⁶⁵ אחד מכללי ההתנהגות הבסיסיים לפונקצייה מנהלית הוא הכלל בדבר השוויון. לפי כלל זה שר או סגן שר אינו רשאי לדוגמה להעדיף במילוי תפקידו אדם ממפלגתו על פני אדם אחר.

ד. פגם במינוי

פגם במינוי הרשות המנהלית נראה על פני הדברים פגם חמור היורד לשורש הסמכות, שהרי אם הרשות לא מונתה כדין, היא גם לא רכשה לעצמה סמכות כדין. אם החוק קובע לדוגמה כי רשות מסוימת תמנה על ידי הממשלה, ובפועל היא מונתה על ידי אחד משרי הממשלה או על ידי מנכ"ל של משרד ממשלתי, מי היא שתפעיל את הסמכות שהחוק העניק לרשות שמונתה כדין? לכן אפשר לטעון, במקרה של פגם במינוי, כי המינוי בטל לחלוטין, ומכאן שגם כל החלטה שניתנה על יסוד מינוי זה בטלה לחלוטין, כאילו לא באה לעולם.

אכן, ייתכנו מקרים של פגם קיצוני במינוי, שבהם המסקנה הנכונה והראויה תהיה שהמינוי בטל לחלוטין, ולכן גם כל החלטה שנתקבלה בעקבות המינוי תהיה בטלה לחלוטין.⁶⁶ אך בפועל מקרים כאלה נדירים. ברוב המקרים הפגם במינוי אינו קיצוני עד כדי כך. מה הדין הראוי במקרים כאלה? למשל, החוק קובע כי מינוי יפורסם ברשומות והוא לא פורסם; כי מינוי ייעשה תוך פרק זמן מסוים והוא נעשה זמן מה לאחר מכן; כי המינוי יסתיים במועד מסוים והרשות המשיכה לתפקד גם בתום המועד שנקבע. במקרים כאלה אפשר שעל אף הפגם הרשות המנהלית תפקדה במשך תקופה ארוכה והחליטה מספר רב של החלטות חשובות, והכול הניחו כי היא פועלת כדת וכדין, עד שנתברר כי נפל פגם זה או אחר במינוי. ביטול למפרע של כל החלטות שנתקבלו עלול לגרום תוצאות קשות מאוד לאנשים רבים שסמכו על מראית פני הדברים ואף לציבור הרחב. אי לכך במקרים כאלה אפשר ששיקול מעשי, שלעתים מגיע כדי אינטרס ציבורי, יגבר על טיעון משפטי. לכן אין תמה שלעתים החוק קובע במפורש כי פגם במינוי של רשות מסוימת לא יפגע בתוקף החלטות של הרשות.⁶⁷ מלבד זאת גם כאשר החוק שותק בעניין זה, בית המשפט מחפש במקרים כאלה דרך למנוע תוצאה קשה, אם היא נראית בנסיבות המקרה בלתי ראויה.

65 עניין התנועה למען איכות השלטון נ' הממשלה, לעיל ה"ש 62. נראה כי אפשר להקיש מדברים אלה גם למישור המקומי, כלומר למעמד של נבחרי ציבור במועצת רשות מקומית מצד אחד ולמעמד של ראש רשות מקומית וסגן ראש רשות מקומית מצד אחר.

66 ראו לדוגמה עניין שנער, לעיל ה"ש 17, פס' 11 לפסק הדין; עניין חי, לעיל ה"ש 26. 67 לדוגמה, ס' 12 (ב) לחוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973, קובע: "קיום המועצה, סמכויותיה ותוקף החלטותיה לא ייפגעו מחמת שנתפנה מקומו של חבר המועצה, או מחמת ליקוי במינויו או בהמשך כהונתו".

בשעתן נמצאו לבית המשפט דרכים שונות ומשונות להימנע מהחלטה על בטלות מוחלטת של מינוי פגום באופן הגורר גם בטלות מוחלטת של החלטות שנתקבלו בעקבות מינוי כזה. בין השאר בית המשפט היה עשוי לקבוע כי רשות שנתמנתה (או רשות שמכהנת) שלא כדין תיחשב בתנאים מסוימים רשות "דה פקטו", ולפיכך החלטותיה תהיינה בנות תוקף משפטי; כי טענה בדבר בטלות מוחלטת של מינוי לא תישמע בבית המשפט בגלל שיהיו בהעלאת הטענה; כי הוראת חוק בנוגע למינוי היא רק הוראה מנחה ולא הוראה מחייבת וכיוצא באלה.⁶⁸

כיום אין עוד צורך ללכת סחור סחור בדרכים עקיפות כדי לפסוק שלא כל פגם במינוי מחייב מסקנה של חוסר סמכות הגורר בטלות מוחלטת. דרך המלך שנשללה בשנים האחרונות על ידי בית המשפט היא הדרך של תוצאה יחסית, או במינוח רווח, בטלות יחסית. בדרך זאת אומר בית המשפט כי הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי צריכה להפריד בין שני מישורים: הראשון – הפגם המשפטי שנפל בהחלטה של הרשות המנהלית; השני – התוצאה המשפטית של פגם זה, או לשון אחר: הסעד הראוי בעקבות פגם זה. בעקבות ההפרדה בין שני מישורים אלה השאלה אם החלטה מנהלית תיחשב בטלה באופן מוחלט תלויה בכל נסיבות המקרה, ובהתחשב בנסיבות המקרה ייתכן שאפילו פגם של חוסר סמכות לא יוביל בהכרח לתוצאה של בטלות מוחלטת.⁶⁹

אין סיבה שלא להחיל את תורת התוצאה היחסית גם על פגמים במינוי. אכן, הלכה למעשה כך נהג בית המשפט. במקרה אחד פסק בית המשפט כי אי-פרסום ברשומות של מינוי חבר בוועדה בעלת סממנים מעין-שיפוטיים, כפי שנדרש על פי דין, הוא רק פגם טכני, ולכן "אין הוא גורר בהכרח בטלות המעשה המינהלי".⁷⁰ במקרה אחר פסק בית המשפט כי גם אם ועדה בוחנת של לשכת עורכי הדין מונתה שלא כדין, משום שההרכב שלה היה רחב

68 להלכה בדבר רשות דה פקטו ראו בג"ץ 19/56 ברנדויין נ' מנהל בית הסוהר המרכזי רמלה, פ"ד י 617 (1956). באותו מקרה הכשיר בית המשפט את המעמד של שופט דה פקטו, אך הדברים היו יכולים לחול, אולי אפילו בגדר קל וחומר, גם על רשות מנהלית.

69 על תורת התוצאה היחסית ראו לדוגמה רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (2001); בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שר התקשורת, פס' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.9.2007); בג"ץ 6728/06 "אומץ" אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 72 לפסק דינה של השופטת פרוק'ציה (פורסם בנבו, 30.11.2006); עב' (אזורי נצ') 1312/03 מועצה מקומית כפר כנא – סעיד (פורסם בנבו, 16.4.2007). ראו גם יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993); דפנה ברק-ארוז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 283 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

70 בג"ץ 5760/93 פלונית נ' ועדת התלונות על-פי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נ(4) 194, 201 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1995).

מן ההרכב שנקבע בחוק, אין בפגם זה כדי לבטל את המינוי ואת החלטות הוועדה.⁷¹ כמו כן במקרה אחר, שבו בית המשפט פסל מינוי שנעשה בניגוד לחוק, הוא הוסיף כי בנסיבות המקרה הפסילה תיכנס לתוקף רק ביום מתן פסק הדין,⁷² והוא הדין כמובן בבית הדין לעבודה.⁷³

אולם תהיה זאת טעות להניח כי רשויות מנהליות יכולות, בעקבות פסקי דין אלה, להקל ראש בהוראות חוק או בהלכה הפסוקה בקשר למינוי מתוך מחשבה שבית המשפט לא יראה בהפרת ההוראה או ההלכה עילה לביטול החלטות מנהליות. בית המשפט עשוי בהחלט לבטל החלטות מנהליות גם בשל אי־פרסום מינוי או בשל פגם אחר בקשר למינוי, לרבות פגם של חוסר סבירות, אם הפגם חמור, כגון שהוא גרם עוול או עוות אחר, או בשל פגיעה קשה באינטרס הציבורי.⁷⁴

- 71 בבג"ץ 7505/98 קוריאנאדי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153, 163 (1999), אמר השופט זמיר: "מהי איפוא התוצאה הראויה במקרה שלפנינו, בהנחה שנפל פגם בהרכב הוועדה הבוחנת. בנסיבות המקרה, התשובה תלויה בעיקר בשתי שאלות: מצד אחד, השאלה היא אם הפגם גרם עוול לעותרים; מצד אחר, השאלה היא מה הנזק שייגרם לצד שלישי או לאינטרס הציבורי, אם החלטות הוועדה הבוחנת יבוטלו בשל פגם זה. התוצאה תלויה באיזון בין התשובות לשאלות אלה". ראו גם בבג"ץ 8378/96 חביש נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(1) 145, 155 (1997); ע"א 2663/99 שמגר נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נד(3) 456, 462 (2000); עניין ועד ההנדסאים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 410; עניין גונן, לעיל ה"ש 17.
- 72 בבג"ץ 5692/97 דורון – יושב ראש סיעת יעוד במועצת עיריית ראשון לציון נ' ניצן, ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נא(5) 380, 384 (1997); עניין ההסתדרות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 132–134.
- 73 ראו, לדוגמה, עניין תקתוק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 144; עניין סעיד, לעיל ה"ש 69.
- 74 ראו, לדוגמה, עניין תקתוק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 133; עניין ברקת, לעיל ה"ש 17.

שלושת הממדים החוזיים של תכניות רווחה לעבודה

מאת

אמיר פז-פוקס*

א. תכניות רווחה לעבודה: התפתחות או צעידה לאחור? ב. ממד המקרו של ההדדיות: היבטים פילוסופיים וסמליים בתכניות רווחה לעבודה; 1. פילוסופיה חברתית וקוויאר; 2. זכויות התלויות בדבר. ג. ממד הביניים: ההיבט המוסדי של תפיסת ההדדיות בתכניות רווחה לעבודה; 1. בין זכויות מותנות לביקורת שיפוטית; 2. מהפכת ההפרטה; הפרטת שירותי רווחה – ההצדקות ובחינתן; 3. ממד המיקרו של ההדדיות: ביורוקרטיה ועיצוב התנהגות. סיכום.

Ask any of the chickies in my pen
They'll tell you I'm the biggest mother hen
I love 'em all and all of them love me
Because the system works
The system called reciprocity...

"When You're Good to Mama", *Chicago – The Musical*

א. תכניות רווחה לעבודה: התפתחות או צעידה לאחור?

מאז שכווננה מדיניות הסיוע למובטלים בגירים בבריטניה לפני כ-400 שנה, וביתר שאת – בכל מדינות המערב לאחר הקמת מדינת הרווחה, מצויה התמיכה במובטלים בגירים

* ד"ר אמיר פז-פוקס הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו ומנהל אקדמי שותף של פרוייקט "גבולות ההפרטה ואחריות המדינה" במכון ון-ליר.

ובריאם במתח מתמיד בין הצורך להבטיח את רווחתו של הפרט בעודו מצוי מחוץ לשוק העבודה לבין הרצון לתמרץ אותו לשוב לשוק העבודה.¹ בתחילת שנות ה-2000 הופעלה בישראל תכנית ניסוי האמורה להביא לשינוי ניכר במדיניות הטיפול במחוסרי עבודה כדי לסייע להם "לשפר את יכולתם בעבודה, להשתכר בכבוד ולהיחלץ מעוני".² התכנית התקבלה במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2004 (תופעה בעייתית כשלעצמה, אשר לא נעסוק בה במסגרת זו).³ יעדי התכנית, אשר נקראה, בעת ביטולה "אורות לתעסוקה" (שמה הקודם היה "מהל"ב" – מהבטחת הכנסה להכנסה בטוחה), אינם יכולים להיות מוקד למחלוקת אמיתית. כפי שהן מנוסחות, מטרות התכנית אמורות להיטיב את מצבם הכלכלי והחברתי של המשתתפים בה.⁴ מלבד זאת פיתוח התכנית נעשה, על פני הדברים, מתוך מודעות לחשיבות היעד. אכן, אפשר לומר שהרפורמה בתוכניות רווחה לעבודה היא תוצר של אחד המהלכים המפוקחים והמוסדרים ביותר בתולדות המדיניות החברתית בישראל. לא פחות מחמש ועדות ציבוריות מונו כדי ללוות את תכנית מהל"ב ולחקרה: שתי ועדות שמונו על ידי שר התמ"ת (ועדת תמיר הראשונה⁵ והשנייה⁶); ועדה של משרד ראש הממשלה (ועדת דינור⁷); ועדה של המוסד לביטוח לאומי ומכון ברוקדייל,⁸ אשר ליוותה את התכנית; ועדה ציבורית־אקדמית

- 1 .AMIR PAZ-FUCHS, WELFARE TO WORK: CONDITIONAL RIGHTS IN SOCIAL POLICY 1 (2008)
- 2 מתוך אתר משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה: www.tamas.gov.il/NR/exeres/0126CEB3-0057-43B0-952A-C6F5FEFDCCDF.htm
- 3 חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה) (שילוב מקבלי גמלאות בעבודה) (הוראת שעה), התשס"ד-2004 (להלן: חוק ההסדרים 2004).
- 4 המונח "משתתף", אשר נבחר כדי לתאר את מקבלי הסיוע אשר כפופים לתכנית, טעון במשמעויות מעניינות, האמורות לחזק, באופן רטורי, את שיח ההדדיות. להבחנה בין תיאורים שונים (לקוח, קליינט, פונה, מטופל) של מקבלי סיוע ראו מיכל קרומר־נבו נשים בעוני: סיפורי חיים, מגדר, כאב, התנגדות 16 (2008).
- 5 יוסי תמיר ואח' המלצות הוועדה לרפורמה במדיניות הטיפול בבלתי מועסקים המתקיימים מגמלת קיום מתמשכת (דוח ביניים, ירושלים, 2001) (להלן: ועדת תמיר הראשונה).
- 6 יוסי תמיר ואח' צוות בדיקה לעניין מבחן התעסוקה ולבחינת האיזונים החברתיים בתכנית מהל"ב (ירושלים, 2006) (להלן: ועדת תמיר השנייה).
- 7 רענן דינור ואח' דוח הוועדה לבחינת תכנית מהל"ב (ירושלים, 2007) (להלן: דוח ועדת דינור).
- 8 בין השאר: מכון ברוקדייל והמוסד לביטוח לאומי דוח: 1: דפוסי העבודה של מתכנני היעדים התעסוקתיים, קשייהם והגורמים המסייעים להם בעבודתם (ירושלים, יולי 2006); דוח: 2: המופנים לתכנית מהל"ב עם הפעלתה (ירושלים, פברואר 2007); דוח: 3: דפוסי כניסה למערכת הבטחת הכנסה ויציאה ממנה (ירושלים, ינואר 2007); דוח: 4: ממצאי מעקב אחרי השפעת תכנית מהל"ב (ירושלים, יולי 2007); דוח: 5: השותפות בין המרכז והמעסיקים (ירושלים, אוגוסט 2007); דוח: 6: ממצאי מעקב אחר השפעת תכנית מהל"ב (ירושלים,

בראשות נשיא האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים פרופ' מנחם יערי (להלן: הוועדה הציבורית).⁹ בנוסף, נכתבו דוחות על ידי מבקר המדינה,¹⁰ המוסד לביטוח לאומי¹¹ ומחלקת המחקר והמידע של הכנסת,¹² על ידי בנק ישראל וארגונים שונים של החברה האזרחית. המידע שהצטבר בעקבות המחקר של כל הגופים הללו מרשים במיוחד מאחר שבמשך שנים התבצעו שינויים רבים במדיניות הנהוגה כלפי אבטלה ומובטלים בלא דיון ציבורי ומקצועי ראוי לשמו.

ברם קיים חשש כבד שהתוכנות העיקריות של ועדות אלו וידע שהצטבר בעולם בעקבות יישום תכניות דומות לא באו לידי ביטוי במאפיינים המרכזיים של התכנית, אשר כיום מיושמת בארבעה אזורים בישראל ואשר יש כוונה, בשעת כתיבת שורות אלו, להרחיב אותה לפריסה ארצית. כוונה זו, על פרטיה, באה לידי ביטוי בהצעות חוקי ההסדרים האחרונים, ובכלל זה בחוק ההתייעלות הכלכלית (חוק ההסדרים) לשנים 2009–2010 (להלן: הצעת חוק ההסדרים),¹³ וכן בחוק ההסדרים לשנים 2011–2012. בעיצומה של המחאה החברתית, בקיץ 2011, הונחה על שולחן ועדת העבודה והרווחה הצעת חוק ממשלתית "לשילוב מקבלי גמלאות בעבודה", אשר מפקיעה את הטיפול במובטלים משירות התעסוקה לידי מרכזי תעסוקה פרטיים ובכך – מפריטה את השירות, במתכונת אשר הייתה נהוגה בתכנית

- פברואר 2008); הערכה של התכנית אורות לתעסוקה – מלאי הזכאים שהופנו לתכנית (ירושלים, יוני 2009).
- 9 מנחם יערי ואח' דוח הוועדה הציבורית-מדעית לעניין תכנית השילוב של מקבלי גמלאות קיום במעגל העבודה (האקדמיה הישראלית למדעים, ירושלים, 2007) (להלן: דוח הוועדה הציבורית).
- 10 מבקר המדינה היבטים אחדים של תכנית מהל"ב ("תכנית ויסקונסין") (ירושלים, 2007) (להלן: דוח מבקר המדינה).
- 11 לאה אחדות, גבריאלה היילבורן ומרים שמלצר יישום החוק לשילוב מקבלי גמלה להבטחת הכנסה בעבודה – תכנית מהל"ב, דוח מעקב מס' 1 (המוסד לביטוח לאומי, ירושלים, 2006): www.btl.gov.il/NR/rdonlyres/8DB46F22-B0B3-41C4-8845-74DC883B8800/0/IncspprtWisc506.pdf; ג' מאור-שביט ולאה אחדות שיטת התגמול של מפעילי מרכזי תעסוקה במסגרת מדיניות "מרווחה לעבודה" – עקרונות להפעלתה בישראל (המוסד לביטוח לאומי, ירושלים, 2004); המוסד לביטוח לאומי סקירה שנתית 128 ואילך (ירושלים, 2004).
- 12 הצעת חוק ההסדרים לשנת הכספים 2004 בנושא שילוב מקבלי גמלאות בעבודה (ירושלים, 2003) (להלן: מ"מ 2003); מחלקת המחקר והמידע של הכנסת תכנית מהל"ב מהבטחת הכנסה להכנסה בטוחה (ירושלים, 2007); תכנית לשילוב מקבלי גמלאות בעבודה בהצעת חוק ההסדרים לשנת 2009 (ירושלים, 2009) (להלן: מ"מ 2009).
- 13 הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2009), התשס"ט–2008, ה"ח ממשלה 411, פרק י"ב ("שילוב מקבלי גמלאות בעבודה") (להלן: הצעת חוק ההסדרים).

המקורית.¹⁴ יתר על כן, עם רדת מאמר זה לדפוס עולה החשש שבכוונת הממשלה לבצע בדרכים מינהליות את שכשלה לעשות בדרך החקיקה. בחודש דצמבר 2011 התפרסמה כוונת משרד התמ"ת להקים למעלה מ-20 "מרכזים להכוון תעסוקתי" ביישובים שונים, שיופעלו על ידי הגוינט, ולא על ידי שירות התעסוקה.¹⁵

בנקודה זו יש מקום להערה עגומה, במידת מה, על אופן קבלת ההחלטות המדיניות שהן בעלות השלכות רחבות היקף בישראל: הניסוי הנוכחי, התכנית אורות לתעסוקה, מלווה במחקר הערכה של המוסד לביטוח לאומי ומכון ברוקדייל. אולם אף על פי שדוח הערכה מקיף על התכנית לא פורסם עד עתה רשמית,¹⁶ ההכרזה על ההצלחה נעשתה על ידי הממשלה כבר בהחלטתה מיום 19 באוגוסט 2008. בנוסף, בדברי ההסבר להצעת חוק ההסדרים נקבע כי "בסיכומו של דבר, התכנית הניסיונית, כפי שהתעדכנה במהלך השנים, נמצאה ככלי מוצלח לשילובם של מקבלי הגמלאות במעגל העבודה וצמצום תלותם בגמלאות".¹⁷ ברם כפי שקובע מסמך של מחלקת המחקר והמידע של הכנסת ממרס 2009: "לא ברור מדוע נדרש להחליט על הפיכתה לתכנית ארצית כעת, עוד בטרם תמה תקופת הניסוי ולפני שנערך דיון חוזר בהשלכותיה וביעילותה".¹⁸ אף על פי שברגע האחרון הוחלט להוציא את הפרק העוסק בהרחבת התכנית מחוק ההסדרים, נתייחס גם לעמדות המהותיות הנובעות ממנו, שכן קיימת סבירות לא מבוטלת שהתכנית, במתכונת דומה מאוד, תשוב ותעלה בבוא יום.

בבסיס מאמר זה מצויה הטענה שלפיה התכנית הנדונה מושתתת על תפיסה מרכזית אחת והיא תפיסה של הדדיות (reciprocity), אשר הופכת להיות עיקרון מנחה של מדיניות חברתית במדינות המערב.¹⁹ אכן, אפשר להסכים עם הקביעה כי:

"contemporary Western society is in the grip of contractual thinking".²⁰

לתפיסת ההדדיות כמה מובנים והקשרים, כפי שאפרט להלן, אולם במרכז התפיסה של יחסים של "תן וקח" בין הפרט לבין השלטון. חשוב לומר שבכך יש חריגה רבה מהתפיסה

- 14 הצעת חוק שילוב מקבלי גמלאות בעבודה (הוראת שעה), התשע"א-2011.
 15 חיים ביאור "עובדי שירות התעסוקה ישבתו מחר" דה-מרקר (18.12.2011). www.themarker.com/career/1.1594480
 16 אם כי מכון ברוקדייל והמוסד לביטוח לאומי מפרסמים דוחות העוסקים בנושאים נקודתיים בכל פרק זמן נתון. ראו לעיל ה"ש 8.
 17 שם, בעמ' 138.
 18 מממ 2009, לעיל ה"ש 12, בעמ' 6.
 19 AMY GUTMANN & DENIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT ch.2. (1996)
 20 VIRGINIA HELD, FEMINIST MORALITY: TRANSFORMING CULTURE, SOCIETY, AND POLITICS 193 (1993).

המסורתית של מדינת הרווחה (בעיקר ככל שהדברים נוגעים לזכויות חברתיות וכלכליות), ואולי אף מתפיסת האזרחות הקלאסית ותפיסת זכויות האדם הבלתי מותנות שניתנות לאדם באשר הוא אדם, ולא בשל מעמדו, מוצאו או התנהגותו.²¹ הדדיות זו באה לידי ביטוי בשלושה ממדים עיקריים: הממד הפילוסופי, הממד של המדיניות הציבורית וממד עבודת השטח (field level). הממד הפילוסופי יתמקד בהבניה מחדש של אזרחות ושל זכויות. הממד המוסדי יתמקד במדיניות ההפרטה ובשינויים העוברים על מערכות רלוונטיות, ובהן מערכת המשפט. ממד עבודת השטח יבחן את העלייה בשימוש בניהול טיפול (management case) במחוסרי עבודה.²² המסגרת המשפטית, כדרכה האימפריאליסטית,²³ שורה ומרחפת על פני כל ההיבטים כולם, ומאפשרת את הוצאת סדר היום של ההדדיות מהכוח אל הפועל. הממדים הללו שונים, ולו בשל היותם מובלים ומיושמים על ידי בעלי תפקידים שונים: פוליטיקאים, אנשי תקשורת, קובעי מדיניות ועובדי ציבור ברמת השטח. הממדים נבדלים גם בדרכי הניתוח שלהם, הכוללות הצדקות פילוסופיות, ניתוח מוסדי של עלות/תועלת ושל אינטרסים ציבוריים והאופן שבו אפשר להביא לשינוי התנהגות של פרטים ושל קבוצות מסוימות באוכלוסייה. עם זאת קיימים גם קשרים הדדיים בין הממדים השונים. הם מזינים זה את זה ומאפשרים זה את זה. למשל, קבלת הפילוסופיה הפוליטית והחברתית שמאחורי התכניות (המדמד הראשון) תאפשר ותעודד העמקת ההפרטה של שירותי רווחה לתחומים נוספים (המדמד השני) ותשפיע על אופן הטיפול בבני ובנות קבוצות אוכלוסייה מסוימות (המדמד השלישי). אפשר לזהות כאן גם תופעה של "היזון חוזר": תחושות העובדים ברמת השטח עשויות להוביל לשינוי מדיניות ואף לחשיבה מחודשת על התפיסה האידאולוגית הראויה.²⁴ תפיסה זו חשובה, שכן היא מאפשרת הכללתם של שינויי מדיניות בתחומים שונים במסגרת תיאורית אחת, ולעתים אף מקלה החלתן של תכניות דומות על קבוצות אוכלוסייה חדשות. כדוגמה לכך נזכיר שהחלטת הממשלה מאוגוסט 2008 – להרחיב את תכנית ויסקונסין לפריסה ארצית – כוללת גם סעיף הקובע שיש לקדם החלת מודל זה על קבוצות שהיו פטורות ממבחן התעסוקה, כדוגמת אלמנות המקבלות קצבת שאירים.

- 21 ראו Stuart White, *Social Rights and the Social Contract*, 30 BRITISH J. POL. SCI. 507 (2000); T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in CLASS, CITIZENSHIP AND SOCIAL DEVELOPMENT 65, 101–109 (1964); T.H. Marshall, *Social Selection in the Welfare State*, in CLASS, CITIZENSHIP AND SOCIAL DEVELOPMENT 235, 237 (1964).
- 22 לחיבור דומה ראו פיטר טיילור-גובי "מסגור מחודש של אזרחות חברתית: אמן, אי-שקט ורפורמת מדינת הרווחה" ביטחון סוציאלי 79, 11, 20–23 (2008).
- 23 השוו גיא מונדלק "חמישים שנה להפעלת חוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית המשפט" ביטחון סוציאלי 67, 83 (2004).
- 24 FRANCIS FOX PIVEN & RICHARD CLOWARD, *REGULATING THE POOR* (Updated ed., 1993)

בטרם נבחן טיעונים אלו לגופם, נדרשות כמה מילות הקדמה כדי להנהיר את התפקיד החברתי, המשפטי והכלכלי של תכניות רווחה לעבודה ולהוסיף כמה מילות רקע על אודות הקשרים החשובים הקיימים בין מערכת הביטחון הסוציאלי לבין שוק התעסוקה. ההיקף והנדיבות של גמלאות שונות צפויים להשפיע על החלטות מקבליהן להיכנס לשוק העבודה, להישאר בו או לעזוב אותו. למשל, יולדת זכאית לדמי לידה בתנאי שעבדה כשכירה משך תקופה הקבועה בחוק בטרם צאתה לחופשת לידה;²⁵ תיקון שהתקבל לאחרונה לחוק הביטוח הלאומי ("חוק לרון")²⁶ שינה את מערך התמריצים של מקבלי קצבת נכות וכך בניגוד לעבר, ישתלם להם להגדיל את הכנסתם מעבודה בלא חשש שיאבדו את קצבת הנכות שלהם באופן חד ומידי; מערך נקודות הזיכוי, קצבאות הילדים והסבסוד למעונות יום עשוי לקבוע את האפשרות הכלכלית של אישה לחזור לשוק העבודה לאחר לידה.

ועל אף האמור קשרים אלו בין מערכת הביטחון הסוציאלי לבין שוק העבודה עשויים להיתפס כ"עקיפים" בהשוואה לקשר המידי והישיר הבא לידי ביטוי בתכניות רווחה לעבודה. אמנם, כפי שהוצג לעיל, יש צורך באיזון עדין בין החובה לספק את הצרכים המיוחדים של אדם בסיטואציה נתונה (נכות, הורות, זיקנה וכו') לבין ההבנה שייתכן שאותו אדם יסתפק בסיוע זה ולא ייכנס או יחזור לשוק העבודה גם כשהדבר מתאפשר. עם זאת הנקודה החשובה לענייננו היא שהצרכים האמורים אינם קשורים ישירות לשוק העבודה אלא לנסיבות החיים השונות של האדם המצדיקות סיוע חומרי כזה או אחר.

שונים הם פני הדברים, במידת מה, ככל שהדברים נוגעים לתכניות רווחה לעבודה, כיוון שהנסיבה הרלוונטית המצדיקה סיוע סוציאלי – אבטלה – קשורה קשר הדוק לשוק העבודה. האדם איבד את מקום עבודתו, מרצון או שלא מרצון, וכך ברוב המקרים של המקרים נגדע מקור הכנסתו העיקרי. לפני למעלה ממאה שנה החלה להתקבע התפיסה שהמערכת הציבורית הביורוקרטית מחויבת מוסרית, ועל כן משפטית, להעניק סיוע חומרי למי שאינם מפרנסים את בני ביתם. בהערת אגב אפשר לציין שמקובל לאתר את היווסדה של מסגרת פורמלית של סיוע למחוסרי עבודה בחוקי העוני (poor laws) של אנגליה הוויקטוריאנית. החוק של שנת 1601 היה למעשה סוג של קודיפיקציה של חוקים רבים אשר קדמו לו, וב־350 השנה הבאות תוקן החוק בסדרה ארוכה של יזמות, חלקן מחמירות וחלקן מקלות, עד לביטולו הרשמי בשנת 1948.²⁷

25 10 חודשים מתוך 14 החודשים האחרונים או 15 חודשים מתוך 22 החודשים האחרונים שלפני הפסקת העבודה – ס' 49 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995.

26 חוק הביטוח הלאומי (תיקון 109 – קידום השתלבותם של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה), התשס"ח–2009.

27 National Assistance Act, 1948, 11 & 12 Geo. VI c. 29 (UK).

חוקי העוני האנגליים ידועים כיום לשמצה, ובמידה רבה של צדק. אף על פי שהם היו הניסיון הראשון של מדינה כלשהי לעגן בחקיקה ראשית את החובה לסייע למי שאין בידם לדאוג לפרנסתם בשוק החופשי,²⁸ עזרה זו לא הייתה ללא תמורה. כתנאי לקבלת סיוע פורקו משפחות ושוכנו – גברים, נשים וילדים בנפרד – ב"בתי עבודה" (workhouses), או כפי שכונו בארצות הברית, בתי עניים (poor houses). אפילו אלו אשר הזהירו מפני ההשלכות החברתיות והכלכליות של סיוע לעניים הזדעזעו מהתנאים השוררים במקומות הללו. למשל, הכומר מלת'וס (Malthus), אשר נודע כמעין "דרוויניסט חברתי", הגדיר את המשטר בבתי העניים כ"סותר כל רעיון של חופש" ו"עריצות מבישה ודוחה".²⁹

בתיאור זה של נכונות לסייע שמשולבות בו אכזריות וחוסר הומניות אנו מוצאים את האמביוולנטיות החשובה הטבועה בתכניות רווחה לעבודה מהתקופה האליזבטינית ועד ימינו. מצד אחד קיימת ההכרה שחברה הוגנת חייבת להבטיח שחבריה לא יסבלו ממחסור חמור הטומן בחובו סכנה להתפתחותם התקינה, לבריאותם ואף לחייהם בשל נסיבות המצויות מחוץ לשליטתם. אולם מצד אחר ההסתייגות אשר לפיה נסיבות אלו חייבות להיות "מחוץ לשליטתם" היא מרכזית להבנת הרציונלים המניעים את התכניות. כאן מצויה ההבחנה החשובה בין תכניות סוציאליות המסייעות למובטלים אך בשל היותם מובטלים לבין תכניות המסייעות לנכים, קשישים או הורים אשר מצבם עשוי להקשות עליהם להשתלב בשוק העבודה. ככלל, המקרים האחרונים אינם גוררים עמם הערכה ביקורתית ושיפוטית מחמירה. הבחירה להיות הורה נתפסת כלגיטימית, והיות האדם נכה או קשיש מצויה באופן ברור מחוץ לשליטתו. אף על פי שיש חשש (אשר מושמע בתדירות ובעצמה גוברות בעשור האחרון) שאנשים ינצלו את נכותם או את היותם הורים ניצול לא מוצדק, היחס שלו זוכים חברי קבוצות אלו אמפתי לאין ערוך בהשוואה לאנטיפתיה המובעת כלפי בגירים בריאים אשר אינם עובדים. בניסוח המקובל מאז חוקי העוני, הראשונים הם "ראויים" (deserving) לסיוע, ואילו האחרונים אינם ראויים (undeserving) לתמיכה חומרית כלשהי.

הבחנה זו, בעיקר בהקשר של תכניות רווחה לעבודה, אינה תיאורית או תאורטית בלבד. כיוון שמדובר, באופן חריג, בסיוע לבגירים בריאים, היא נדרשת כדי למקד את הסיוע במי שזקוק לו, ולמנוע סיוע ממי שנתפס כעושה פחות מהנדרש כדי להגיע לחיים יצרניים

28 GERTRUDE HIMMELFARB, THE IDEA OF POVERTY 5 (1984)

29 T.R. Malthus, *Essays on Population*, cited in M. Rose, *Settlement, Removal and the New Poor Law*, in THE NEW POOR LAW IN THE NINETEENTH CENTURY 25 (D. Fraser ed., 1976).

ועצמאיים.³⁰ אין זה המקום לבחון את האפשרות התאורטית או המעשית להוציא הבחנה זו מהכוח אל הפועל. נזכיר רק כי טוקוויל הזהיר, לפני למעלה מ־150 שנה, מפני היומרה לאתר את הניואנסים אשר מבחינים בין “unmerited misfortune from an adversity produced by vice”³¹

ובכל זאת היומרה נותרה לא רק כמאפיין מרכזי של תכניות רווחה לעבודה. היא מכוננת למעשה את מבנה התכניות במאות השנים האחרונות ומסבירה את השינויים התכופים אשר עברו עליהם בעשרות השנים מאז היווסדה של מדינת הרווחה. כפי שעולה מהמדיניות אשר הונהגה במסגרת חוקי העניים, הצורך להעניק את הסיוע רק למי שבאמת “ראוי” לו הוביל להחמרה ניכרת בתנאים לזכאות. זאת משום ההיגיון שלפיו רק אלו אשר מיצו בתום לב, ללא הועיל, את כל האפשרויות להשתכרות, יהיו נושאים מספיק כדי לקבל את הסיוע בתנאים שבהם הוא ניתן. כחלק מתפיסה שיורית של מדינת הרווחה, סיוע זה ניתן למי שהוא, כדברי בית המשפט העליון האמריקאי, “genuinely incapacitated and most in need”³² במילים אחרות, התנאים לסיוע הופכים להיות בדרך זו המבחן העקרוני לנזקקות. קיימים אפוא מאפיינים לא מעטים – פילוסופיים, עקרוניים, ומשפטיים – המשותפים לתכניות רווחה לעבודה במאות השנים האחרונות עם התכניות המוצעות והמימושיות ברפורמות האחרונות, בישראל ובעולם.³³ ראשית, כולן כאחת רואות ביציאה לעבודה ערך חשוב לשיפור מצבו הכלכלי והחברתי של אדם. שנית, הן מתמקדות בשכבות החברתיות־כלכליות הנזקקות ביותר. שלישית, המדיניות המנחה אותן מעולם לא השלימה עם תופעה של מובטלים בגירים ובריאים אשר מעדיפים ליהנות מתשלומי סעד במקום עבודה ראויה המוצעת להם. רביעית, כדי ליישם את המטרות החברתיות והכלכליות האמורות תכניות אלו מפרטות את התנאים אשר מבקש הסיוע חייב למלא כדי להוכיח את זכאותו. אז אם הכול מוכר כל כך, מה בכל זאת חדשני? במילים אחרות, אם תכניות אלו, בפורמט כזה או אחר, מוכרות בכל מדינות המערב, לפחות בשישים השנים האחרונות, כיצד אפשר להסביר את העניין חסר התקדים בתכניות אלו?

כפי שהוצג בפתח הדברים, מרכיב ההדדיות אשר מנחה את התכניות הללו הוא מהפכה מסוימת, ואולי מהפכת־נגד (counter-revolution) במדיניות החברתית ובתפיסה המשפטית

- DESMOND KING, ACTIVELY SEEKING WORK 23 (1995); GUY STANDING, GLOBAL LABOUR FLEXIBILITY 227 (1999) 30
 A. DE TOCQUEVILLE, MEMOIRS ON PAUPERISM 56 (rpnt. Dee Chicago, 1835; S. Dreshcer .tran., 1997) 31
 .New York State Department of Social Services v. Dublino, 413 U.S. 405, 413 (1973) 32
 Amir Paz-Fuchs, *Behind the Contract for Welfare Reform: Antecedent Themes in Welfare to Work Programs*, 29 J. EMP. & LAB. L. 405 (2008) 33

כפי שהיא מוכרת מאז ימי הזוהר של מדינת הרווחה. עיגון עקרון ההדדיות כיסוד המנחה של מדיניות חברתית ופילוסופיה משפטית עשוי להסביר את החשש של כותבים מסוימים שהעידן הקצר של שאיפה מוגברת לצדק חברתי בתוך המסגרת המוכרת של מדינת הרווחה – קרב לסיום.³⁴ שכן זאת יש לדעת: אף על פי שתפיסת ההדדיות מובעת באופן הבולט והגורף ביותר במסגרת תכניות רווחה לעבודה, קיימים רמזים המורים שהפילוסופיה הפוליטית והמשפטית אשר עומדת ביסודה מתפשטת גם לתחומים חברתיים אחרים, ובהם חינוך, בריאות, טיפול בנוער במצוקה ועוד.³⁵ נבחן אפוא את שלושת ממדי ההדדיות: ממד המקרו, ממד הביניים וממד המיקרו. הבנת ייחודו של כל ממד, כמו גם של הקשרים ביניהם, תאפשר שרטוט תמונה מלאה יותר של המהפכה האמתית שעליה מבשרות תכניות רווחה לעבודה הנדונות ומיושמות כאן.

ב. ממד המקרו של ההדדיות: היבטים פילוסופיים וסמליים בתכניות רווחה לעבודה

ממד המקרו של ההדדיות בתכניות רווחה לעבודה בא לידי ביטוי באופן שבו שיח ההדדיות, או במינוח מסורתי יותר, שיח האמנה החברתית (social contract), משנה – להלכה ולמעשה – את מערכת היחסים בין האזרח לבין המדינה. השינויים בתפיסה הפילוסופית החברתית, בהבניית הזכויות וברטוריקה הציבורית כפי שהם באים לידי ביטוי בתכניות רווחה לעבודה מצביעים על שינויי עומק מרחיקי לכת אשר יש לתת עליהם את הדעת.

1. פילוסופיה חברתית וקוויאר

נבחן ראשית את הפילוסופיה החברתית אשר ברקע תכניות הרווחה לעבודה. במובן המופשט ביותר קיים היגיון רב באימוץ שיח האמנה החברתית כדי לקדם את סדר היום אשר בא לידי ביטוי בתכניות מושא דיוננו.³⁶ הוגי האמנה החברתית המוקדמים, כדוגמת תומס

34 .DAVID MILLER, PRINCIPLES OF SOCIAL JUSTICE 2 (1999)
 35 PETER VINCENT-JONES, THE NEW PUBLIC CONTRACTING: REGULATION, RESPONSIVENESS, RELATIONALITY ch. 9. (2006)
 36 לסקירה וניתוח של תאוריות האמנה החברתית המוקדמות והמודרניות ראו: THE SOCIAL CONTRACT FROM HOBBS TO RAWLS (D. Boucher & P. Kelly eds., 1994).

הובס,³⁷ ג'ון לוק³⁸ וז'ן־ז'ק רוסו,³⁹ וכן מחדשי שיח האמנה החברתית, כמו ג'ון רולס,⁴⁰ דייוויד גוטייה,⁴¹ ובמידה מסוימת (אף על פי שהוא איננו רואה עצמו איש האמנה החברתית) – רונלד דבורקין,⁴² השתמשו בתפיסה של חוזה "משתמע" (implicit) או היפותטי כדי לבסס את הלגיטימציה לעצם קיום המדינה (במקרה של ההוגים המוקדמים) או למבנה המוצע של מוסדות המדינה (במקרה של הוגים בני זמננו). הצורך לשכנע ציבור ספקן של משלמי מסים מחד גיסא ושל מחפשי עבודה מאידך גיסא שהתכניות המוצעות הן הוגנות ומתחשבות באופן מידתי וראוי בכל האינטרסים הרלוונטיים, עומד ביסוד השימוש בשיח האמנה החברתית ככלל ובשיח ההדדיות בפרט.⁴³

מלבד זאת אין זה מקרי שהוגי האמנה החברתית מדגישים את היבט הסוכנות (agency) על חשבון המבנה (structure). גם אם ההשלכות של גישותיהם שונות למדי, המתודה של הבחינה מתחייבת מאימוץ התרגיל המחשבתי של האמנה החברתית: האזרחים מתכנסים

37 THOMAS HOBBS, LEVIATHAN (1992). רבים רואים בהובס את מי שניסח לראשונה משנה סדורה במסורת האמנה החברתית. ראו למשל: MICHAEL LESSNOFF, SOCIAL CONTRACT 13 (1986); JEAN HAMPTON, HOBBS AND THE SOCIAL CONTRACT TRADITION 3 (1986).

38 John Locke, *The Second Treatise*, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT (2000).

39 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT (1998).

40 ספרו של רולס, אשר רבים רואים את הספר החשוב ביותר בפילוסופיה הפוליטית במאה ה-20, פורס את התאוריה: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (rev. ed., 1999). אולם כדי להבין את ההקשרים הנקודתיים של תורת האמנה החברתית לפי רולס יש לפנות למאמריו, ובהם: John Rawls, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 223 (1985); John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in UTILITARIANISM AND BEYOND 159 (A. Sen & B. Williams eds., 1982); John Rawls, *The Basic Liberties and their Priority*, in LIBERTY, EQUALITY AND LAW (S.M. McMurrin ed., 1987); John Rawls, *The Priority of the Right and Ideas of the Good*, 17 14 PHIL. & PUB. AFF. 251 (1988); John Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, 77 J. PHIL. 545 (1980).

41 DAVID GAUTHIER, MORALS BY AGREEMENT (1984).

42 דבורקין מציע את הניסוי המחשבתי של אי בודד בו ינסחו השהים בו את המבנה ההוגן של החברה בה הם רוצים לחיות: RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE ch. 1–2 (2000). המאפיינים החשובים של ניסוי מחשבתי זה מקבילים לאלו של הוגי האמנה החברתית. עם זאת יש לציין שדבורקין עצמו התייחסו לאמנה החברתית באופן ישיר וביקורתי, באומרו כי היא לא יכולה להיות בסיס מחייב להתקשרות חברתית וזאת כיוון שהאמנה החברתית "is not merely Ronald Dworkin, *The Original* ; a pale form of an actual contract; it is no contract at all" *Position*, 40 U. CHI. L. REV. 500, 501 (1973).

43 Mark Freedland & Desmond King, *Client Contractualism between the Employment Service and Jobseekers in the United Kingdom*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 119 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).

ב"המצב הטבעי" או מאחורי "מסך הבערות" כדי להגיע להכרעה בדבר אופי המוסדות החברתיים הרצויים בחברה. הנחת העבודה היא שהאזרחים רציונליים, אינם חובבי סיכון (והם אולי אף שונאי סיכון), והם שוקלים בעיקר, אם לא באופן בלבדי, את טובתם שלהם. למרכיב זה חשיבות רבה בבואנו לבחון את מרכיב "האחריות האישית" בתכניות רווחה לעבודה – השאיפה לראות במחפש העבודה הבריא והבגיר כאחראי מרכזי למצבו.⁴⁴

אף שיש להישמר עד מאוד מגזירת מסקנות אופרטיביות מתוך תאוריות פילוסופיות מופשטות,⁴⁵ ההשלכות של בסיס פילוסופי זה לענייננו מתבהרות במהרה. מלאכתנו נעשית קלה בעיקר כיוון שבאופן חריג למדי, רולס ודבורקין מתייחסים באופן ישיר דווקא לתכניות רווחה לעבודה ולמבנה ההוגן שלה. ביתר דיוק, הם פונים לדוגמה זו כדי להבהיר את אופן התמודדותם עם טיעון "הטעם היקר" (expensive taste). טיעון זה מתייחס לאופן שבו תאוריית האמנה החברתית אמורה להתמודד עם אזרח אשר, בשלב גיבוש המבנה החברתי, מצהיר על כך שכדי שחיייו יהיו ראויים בעיניו, הוא חייב תזונה הכוללת קוויאר בלוגה ושמפניה לפתיחת ארוחה, וויסקי משובח בסופה. כצפוי, ההוגים מוצאים דרכים נאות לסירוב להיענות לדרישות יקרות אלו. ככלל, ההתמודדות נעשית תוך הבחנה בין נסיבות אשר אינן בשליטת האדם ואשר מחייבות סיוע חברתי, לבין נסיבות אשר הן תוצר של בחירת האדם, אשר יש לדרוש ממנו לשאת בהשלכותיהן. כהערת אגב, תפיסה פילוסופית זו היא המשך ישיר לניסיון להתגבר על הקושי להבחין בין עניים ראויים לעניים שאינם ראויים, והאמור לעיל בנוגע לכשלים של מדיניות חברתית זו ורלוונטי גם לנקודה זו.

אולם חשוב לענייננו שדבורקין ורולס מצביעים על דוגמה צנועה יותר להמחשת התמודדותם עם טענת "הטעם היקר". לגישתם, מוצדק לדרוש מאדם לקבל על עצמו עבודה שהוא אינו רוצה בה כתנאי לקבלת סיוע, כיוון שהתעקשותו שלא להיענות לה היא טעם יקר. רולס מציין שדרישה חברתית זו מוצדקת כיוון שכאנשים מוסריים לאזרחים יש חלק בעיצוב שאיפותיהם והעדפותיהם.⁴⁶ דבורקין ישיר אף יותר, בקבעו כי אם אדם –

Alan Deacon, *An Ethic of Mutual Responsibility? Towards a Fuller Justification for Conditionality in Welfare*, in WELFARE REFORM AND POLITICAL THEORY 127 (C. Beem & Lawrence Mead eds., 2005)

THOMAS POGGE, REALIZING RAWLS של ג'ון רולס, ראו: לניסיון אמיץ שכזה, מתוך התאוריה של ג'ון רולס, ראו: (1989).

Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 168.

chose not to work or to work at less remunerative jobs than others chose, then his situation is the result of choice not luck, and he is not entitled to any compensation that would make up for his present shortfall.⁴⁷

2. זכויות התלויות בדבר

היבט נוסף של ממד המקרו העומד ברקע שיח האמנה החברתית טמון בפילוסופיה המשפטית המעצבת את שיח הזכויות. הפיכת זכויות למותנות, או ל"חוזיות", מעקרת את התפקיד החשוב שהן ממלאות בחברה מודרנית. במקרה זה הזכות לביטחון סוציאלי, או בניסוח אנגלי-אמריקאי – הזכות לרווחה (right to welfare), הופכת להיות תלויה במילוי חובות הנקבעות על ידי קובעי המדיניות. חובה שכיחה כבר צוינה לעיל: החובה לקבל הצעת עבודה המוצעת למקבל הסיוע. אולם אין לומר שזו החובה היחידה המוכרת במסגרת התכניות בישראל או בעולם המערבי. רחוק מכך. ככלל, אפשר לומר שחובות שונות (ומשונות, במדינות מסוימות) קובצו תחת הכותרת הכללית של דרישת "האחריות האישית" (personal responsibility). חשוב להדגיש שחובות אלו נתפסות לא כמגבילות את הזכות אלא כתנאי מקדמי להן. שתי העמדות אינן זהות. היותה של זכות מסוימת מוכרת א-פריורית אמור להקנות לה מעמד במסגרת בחינת שיקולי המדיניות החברתית. הכרה בזכות כבעלת עצמה אינה מחייבת לראות בה זכות שלעולם איננה ניתנת להגבלה (שהרי למעט חריגים, זכויות ככלל אינן מוחלטות⁴⁸). השוואה בין שתי העמדות, מסביר יוסף רז, היא "טעות פשוטה" השכיחה באופן מפתיע:

The fact that a given right can be overridden by moral considerations, just like the fact that it can be overridden by another legal right, shows nothing except that it is not an absolute right which defeats all contrary considerations. But legal rules rarely, if ever, have absolute force.⁴⁹

לעומת זאת בעיצוב הזכות כתלויה בחובה (להבדיל ממצב שבו היא מוגבלת על ידיה) יש כדי לרוקן את הזכות ואת תפקידה החברתי מתוכן. כפי שצוין בהקשר אחר, במקרה זה "זכויות תהפוכנה לאשלויות... שכן פריסתן תתאפשר רק עד לנקודה בה תיפסק תרומתן

47 DWORKIN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 287.

48 ראו Alan Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?*, 31 PHIL. Q. 1 (1981). קיימים טיעונים להכרה בזכות המוחלטת למחשבה, ובאופן מאתגר יותר, בזכות המוחלטת שלא להיות מעונה. ראו דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד 161 (1997).

49 Joseph Raz, *Legal Rights, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* 238, 257 (1994).

לפרוייקט הקולקטיבי".⁵⁰ דוגמה מסוימת להלך מחשבה זה אפשר למצוא בפסקי הדין של בית המשפט העליון בפרשת מנור⁵¹ ובפרשת מחוייבות.⁵² בשני מקרים אלו הוגשו עתירות נגד קיצוץ בשיעורי גמלאות הביטוח הלאומי (קצבת זקנה וקצבת הבטחת הכנסה, בהתאמה).⁵³ בשני המקרים נטען כי הקיצוץ פוגע אנושות ביכולתן של קבוצות האוכלוסייה החלשות להתקיים בכבוד, ובכך חותר תחת זכות חברתית בסיסית – הזכות לביטחון סוציאלי. על רקע הרתיעה של בתי המשפט, בישראל ובעולם, מהתערבות במדיניות חברתית וכלכלית בכלל ובהקשר של הביטחון הסוציאלי בפרט, העובדה ששתי העתירות נדחו אינה מפתיעה.⁵⁴ הנשיא ברק הרי כתב כי "מרחב התימרון החוקתי הנתון לרשויות השלטוניות בגדרי החוקה הכלכלית רחב למדי".⁵⁵ התמיהה מתעוררת ממהלך הטיעון של בית המשפט, המבהיר עד כמה הוא רחוק מלהשתכנע מהכוח המניע של הזכות לביטחון סוציאלי. כידוע, ברוב המכריע של המקרים בית המשפט מקל עד מאוד בשלב הראשון של הבחינה החוקתית – שאלת הפגיעה בזכות יסוד – ועורך את הבחינה החוקתית בגדרי פסקת ההגבלה של חוקי היסוד. זאת כיוון שבית המשפט נכון להכיר בפגיעה בזכות יסוד גם כאשר ברור לחלוטין שהפגיעה היא שולית ביחס למטרה אשר החוק הפוגע מבקש להגשים.⁵⁶

- Nigel Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in A DEBATE OVER RIGHTS 113, 145 50
(Matthew Kramer, Nigel Simmonds & Hillel Steiner eds., 1998); Joseph Chan, *Raz on Liberal Rights and Common Goods*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 15 (1995)
- בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, נט' (1) 729 (2004) (להלן: בג"ץ מנור). 51
- בג"ץ 366/03 מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס' (3) 464 (2005) (להלן: בג"ץ מחויבות לצדק חברתי). 52
- Dafna Barak-Erez & Ayal Gross, *Social Citizenship: – שתי הפרשות נדונות בהרחבה אצל – The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 243, 250–252 (Dafna Barak-Erez & Ayal Gross eds., 2007). 53
- Eva Brems, *Indirect Protection of Social Rights*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 135, 155 (Dafna Barak-Erez & Ayal Gross eds., 2007) 54
- אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד' 378, 357 (1998); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, נא' (4) 367 (1997); גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט' 345 (2007). 55
- כך למשל קבע בית המשפט כי כל ירידת ערך ברכוש (למשל, לצורך הפקעה או בשל מיסוי) פוגעת בקניין: בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס' (1) 277 (2005); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט' (4) 221 (1995). בית המשפט גם קיבל כפשוטה את הטענה שאיסור העסקה של יהודים בשבת פוגעת בחופש העיסוק בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, ס' (1) 38 (2005). ראו גם אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש עיסוק" עיוני משפט כג' 229 (2000). 56

הרוב המכריע של העתירות נדחה אפוא רק לאחר שנבחנה עצמת הפגיעה ועמידתה בתנאי המידתיות אשר בפסקת ההגבלה.

שונים הם פני הדברים כשמדובר בפגיעה המוחשית בזכות לביטחון סוציאלי, שהיא "חומת מגן אחרונה בפני עוני ומחסור".⁵⁷ על אף הקיצוץ הניכר בשיעורי הגמלה (במקרים מסוימים – עד 30%) לא מצא כלל בית המשפט לנכון לקבוע כי במקרה זה הייתה פגיעה בזכות (לביטחון סוציאלי) ולעבור לבחון את תנאי המידתיות במתכונת המקובלת בהקשרים חוקתיים אחרים. במקום זאת קבע בית המשפט כי בהקשר של ביטחון סוציאלי יש לבחון את "כל מערכות התמיכה והסיוע"⁵⁸ בטרם ייקבע אם בכלל נפגעה זכותו של אדם. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם תפיסתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר דחה תביעות לסיוע כבר בשלב המקדמי בהיותן, כהגדרתו, "בלתי מבוסס באופן בולט" (manifestly ill-founded) כאשר נשלל סיוע מאדם ללא אמצעי קיום אשר יש לו אפשרות לתבוע סיוע חלופי.⁵⁹ בדומה, בית המשפט העליון בקנדה דחה עתירה להשוות את הסיוע של צעירים מתחת לגיל 30 לסיוע הניתן לכלל האוכלוסייה, בקבעו כי לא הוכחה כל עילה משפטית המצביעה על פגיעה מהותית הנובעת מהגובה המצומצם של הקצבה.⁶⁰ מכל מקום, השיעור המופחת (שליש מהקצבה הכללית) מוצדק בשל אינטרס המדינה לעודד כניסת צעירים למעגל העבודה.⁶¹

מדוגמאות אלו עולה חשש שהזכות לביטחון סוציאלי היא סמן (place holder) בלבד במסגרת המדיניות החברתית, ולא שיקול בעל חשיבות המוצב על כף המאזניים ואשר עשוי למנוע הגבלתה. ואכן, לא במקרה נטען כי שנים של שחיקה בתנאי הזכאות, צמצום היקף הסיוע והטלת מגבלות חברתיות שונות אשר בינן לבין שוק העבודה קיים רק קשר עקיף (אם בכלל), הפכו את הזכות לביטחון סוציאלי, ואולי אף את הזכויות החברתיות ככלל –

57 בג"ץ מנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 737–738.

58 בג"ץ מחויבות לצדק חברתי, לעיל ה"ש 52, פס' 20.

59 Skorkiewicz v. Poland, (App. No. 39860/98) ECHR 1 June 1999; Domalewski v.

Poland (App. No. 34610/97) ECHR 1999-V 573; Goudswaard-Van Der Lans v. The

Netherlands (App. No. 75255/01) ECHR 22 September 2005.

54, בעמ' 135, 155–156.

60 Gosselin v. Quebec, 2002, 4 S.C.R. 429. בית המשפט הקנדי קבע כי לא הוכחה כל פגיעה

מהותית הנובעת משלילת הקצבה.

61 ראו Patrick Macklem, *Social Rights in Canada*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN

THEORY AND PRACTICE 213, 237–238 (Dafna Barak-Erez & Ayal Gross eds., 2007).

ל"זכויות מותנות" (negotiated claims).⁶² לאור האמור לא נותר אלא להסכים לדברי אנתוני גידנס שלפיהם אנו עדים ל"הגדרה מחודשת של זכויות ושל חובות".⁶³ אך נדמה שאין זה מקרי שהדוגמה היחידה שסיפק גידנס להתניה של זכויות בחובות היא של סיוע לעניים.⁶⁴ חשוב להדגיש, במיוחד לאור האמור לעיל, שדווקא רולס ודבורקין היו מודעים לאפשרות שייעשה שימוש בתפיסת האמנה החברתית באופן שיחתור תחת התבנית המוכרת של זכויות, והם התנגדו לה נחרצות. רולס מחייב את השמירה על עקרונות היסוד שהם תוצר של מסך הבערות – שוויון וזכויות יסוד – כתנאי מקדמי לכל משא ומתן על עיצוב פני החברה (ומסיבה זו אדם איננו יכול למכור עצמו לעבדות או למכור את זכותו לבחור ולהיבחר).⁶⁵ דבורקין טען שמודל הזכויות המותנות (הנבדל מהמודל המוכר של העמדת זכות מול זכות אחרת או מול אינטרס ציבורי חשוב) אינו ברי-הגנה כיוון שהוא "מאיים להרוס את המושג של זכויות האדם".⁶⁶ ברנרד סימונין (Simonin) מבהיר שתפיסת האמנה החברתית צריכה להיות מובנת על רקע המסורת הצרפתית הרוסויאנית, שבמרכזה החשיבות של סולידריות חברתית בצד שמירה על האוטונומיה של הפרט.⁶⁷ וכשביט הדין האירופי דן בטיעון דומה, הוא דחה אותו בלשון חריפה, באמרו כי קבלתו תוביל ל"שחיקת זכויות באופן שיצמצם את מהותן הגרעינית וישלול מהן את האפקטיביות שלהן".⁶⁸ כיצד נסביר את הסתירה הלכאורית בין שתי המגמות – קבלת תפיסה של זכויות מותנות מחד והסתייגות חריפה ממנה מאידך? בשלב זה ההסבר מצוי בהיותה של דוקטרינת הזכויות המותנות מוקדשת ומצומצמת לעיסוק בביטחון סוציאלי, ובאופן ישיר יותר – בתכניות רווחה לעבודה. תכניות אלו הן "חיל החלוק" במסגרת רפורמה אמיתית במדיניות החברתית. הניסוי הישראלי אפוא אינו צריך להיתפס רק כניסוי לבחינת המדיניות לשילוב

- Robert Cox, *The Consequences of Welfare Reform*, 27 J. Soc. Pol. 1, 12 (1998); 62
 Raymond Plant, *Citizenship and Social Security*, 24 FISCAL STUDIES 153, 155 (2003);
 Amy Wax, *Something for Nothing*, 52 EMORY L.J. 1, 3 (2003)
 A. GIDDENS, *THE THIRD WAY* 65 (1998) 63
 ALAN GEWIRTH, *THE COMMUNITY OF RIGHTS* 223, 231–235 (1996) שם. ראו גם 64
 Rawls, *A Theory of Justice*, לעיל ה"ש 40, בע"מ 55. להרחבה ראו אמיר פז-פוקס "רולס, 65
 ליברטריאניזם והמקרה המתעתע של האמנה החברתית: תכניות רווחה לעבודה בראי
 הפילוסופיה הפוליטית" עלי משפט ח 8, 12–16 (2010).
 RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 92, 199 (1977) 66
 Bernard Simonin, *Formal Contracting with Providers in France: A Technical Approach 67*
with Higher Political Stakes Today, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A
 NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 281, 298 (Els Sol & Mies Westerveld eds.,
 2006).
 Hirst v. United Kingdom (No. 2), 2004 38 ECHR 40, para 62 68

מובטלים במעגל העבודה, אלא כניסוי בעל היקף והשלכות רחבים יותר.⁶⁹ הוא בבחינת נסיגה לאחור של מדינת הרווחה אל עידן שלא הכיר בזכויות חברתיות וכלכליות וראה בהן "אינטרסים" כלכליים של הפרט, אשר המדינה ברצותה תספק, וברצותה – לא תספק. דיון זה היה בשיא עצמתו לפני כ-50 שנה,⁷⁰ ובשנים האחרונות היה נדמה שכל טיעון נגד ההבחנה המושגית בין זכויות אזרחיות ופוליטיות ובין זכויות חברתיות וכלכליות נענה באופן משכנע.⁷¹ והנה, מבט אל עבר האופק יגלה, כפי שהוזכר, שעקרון ההדדיות מוטמע במדינות שונות ובהקשרים מגוונים. כך הם פני הדברים באשר לזכות החינוך באנגליה. וכך, החל משנת 2006, תכנית ביטוח הבריאות של מדינת West Virginia בארצות הברית מתנה זכאות לטיפול רפואי מלא ושלם במילוי סדרה של מחויבויות, ובהן הקפדה על פגישות עם הרופא, לקיחת התרופות וקיום "תכנית להתקדמות בריאותית".⁷² לסיום, חשוב להסב את תשומת הלב לכך ששיח ההדדיות נקלט היטב גם בשיח הציבורי – הפוליטי, האקדמי והתקשורתי.⁷³ נקודה זו חשובה כיוון שמדיניות ציבורית ומשפטית אינה נקבעת בחלל הריק. הפופולריות של רטוריקת ההדדיות, אשר עיקרה מתבסס על התפיסה של "ייתנו – יקבלו; לא ייתנו – לא יקבלו", מאפשרת הרחבתה לתחומים שבהם לאזרחים אין יכולת לסחור בדבר מלבד חירותם וזכויותיהם.⁷⁴ ואכן, אין זה מקרה שרפורמת הרווחה הוצגה לאזרחי ארצות הברית ובריטניה כשמטפורת החוזה במרכזה: Contract with America, ו־A New Contract for Welfare, בהתאמה. השימוש בשיח החוזה במקרה זה נעשה לצורך שיווקי, כדי "למכור" לציבור את ההוגנות שבתכנית. ברם ההזדקקות לרטוריקה אינה רק משקפת תפיסה של הוגנות; היא גם משמרת ומחזקת שתי עמדות בעייתיות: ראשית כי תפיסה חוזית של הדדיות אכן מתיישבת עם הוגנות חברתית וציבורית; שנית שאכן קיים כאן חוזה אמתי.

- 69 Paz-Fuchs, לעיל ה"ש 1.
- 70 D.D. Raphael, *Human Rights, Old and New*, in POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN 54 (D.D. Raphael ed., 1967); Maurice Cranston, *Human Rights, Real and Supposed*, in POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN 50 (1967); Maurice Cranston, *Human Rights: A Reply to Professor Raphael*, in POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN 95 (1967).
- 71 Jeremy Waldron, *Introduction*, in THEORIES OF RIGHTS 1, 11 (Jeremy Waldron ed., 1984); Dafna Barak-Erez & Ayal Gross, *Introduction*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 5 (Dafna Barak-Erez & Ayal Gross eds., 2007).
- 72 Robert Steinbrook, *Imposing Personal Responsibility for Health*, 355 NEW ENGLAND J. MEDICINE 753 (2006).
- 73 טיילור־גובי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 28.
- 74 Kathleen Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARVARD L. REV. 1413, 1498 (1989).

הבעייתיות בטענה הראשונה נדונה לעיל, ותידון גם בהמשך. אשר לטענה השנייה, אפשר להזכיר שה"לקוח" אשר לו מוצע החוזה אינו מצוי במצב אשר באמת מאפשר לו משא ומתן כדי להגיע למפגש רצונות. החוזה המונח בפניו דומה יותר להצעה הנופלת בגדר "קבל הכול או דחה הכול" (take it or leave it), במקרה הטוב. לעתים האפשרות שלא לחתום איננה נתונה בידו כלל. כפי שהסביר חבר פרלמנט בריטי, הכינוי "חוזה" למדיניות זו הוא "ניצול של שפה תוך ניצול של כוח" (an abuse of language in an abuse of power).⁷⁵ בנוסף, אין זה ברור מי "חותם" על החוזה. אמנם קיים ממד סמלי, שאליו עוד נשוב, המחייב את ה"משתתף" לחתום על חוזה עם "מתכנן היעדים התעסוקתי", אולם די ברור שלא לכך מכוונים הדברים. במסגרת השיח הקלאסי של האמנה החברתית היה אפשר לראות בחוזה זה הסכמה בין האזרחים לבין עצמם, או לכל הפחות – בין האזרחים לבין הממשל. אולם נראה שגם לכך אין הדברים מכוונים. הערה שנרשמה בוועדת העבודה הבריטית במסגרת הדיונים על אודות רפורמת הרווחה עשויה ללמד על הלך המחשבה האמתי. לפי תפיסה זו, החוזה שעליו חותם מחפש העבודה משקף חוזה בינו לבין משלם המסים.⁷⁶ מכאן אפשר ללמוד ששיח החוזה אינו מגביר שיתוף וסולידריות אלא הדרה וניכור. מחפש העבודה, אשר הוא גם מקבל הסיוע, מצוי בקטגוריה אחרת מזו אשר מצוי בה משלם המסים. אף על פי שיתכן שהוא שילם מסים כל חייו, העובדה שהוא נזקק לסיוע ברגע נתון מקטלגת אותו ומעבירה אותו לצד השני של המתרס החוזי והאזרחי. נקודה זו חשובה מכיוון שהרטוריקה יוצרת ומשמרת מיתוס שקרי, אשר לפיו רק שיעור קטן מהאוכלוסייה נזקק לסיוע ממשלתי.⁷⁷ למעשה, ההפך הוא הנכון. אפילו בארצות הברית, אשר מאופיינת במדיניות חברתית סלקטיבית, רק 25% מההוצאה החברתית מוקדשת לסיוע לקבוצות אוכלוסייה נזקקות. השאר מוקדש לתכניות אוניברסליות. בנוסף, במסגרת הדיון בהוצאה הציבורית תשומת לב מועטה מדי מוקדשת למה שג'ייקוב האקר (Hacker) מכנה "מדינת הרווחה הפרטית": ההפסד העצום של הכנסה הנגרם בשל הכרה בהוצאות מס של קבוצות אוכלוסייה מבוססות.⁷⁸ גם כשהדגש הוא בתכניות לאוכלוסייה המצויה במצוקה, היא זה שגוי ומזיק לראות בה אוכלוסייה "אחרת". למעשה, מחקרים עדכניים מעידים שלמעלה מ-64%

Hansard col 600 (26 June 1995) 75

HOUSE OF COMMONS SESSIONS 1995–6, EMPLOYMENT COMMITTEE SECOND REPORT THE RIGHT TO WORK/WORKFARE xxiv (HMSO, London, 1996), cited in DESMOND KING, IN THE NAME OF LIBERALISM 248 (1998) 76

Amir Paz-Fuchs, : לעבודה ראו, Welfare to Work: Myth and Fact, Social Inclusion and Labour Exclusion, OXFORD J. LEGAL STUDIES 797 (2008) 77

JACOB HACKER, THE DIVIDED WELFARE STATE: THE BATTLE OVER PUBLIC AND PRIVATE SOCIAL BENEFITS IN THE UNITED STATES (2002) 78

מהאמריקאים יזדקקו לסיוע ממשלתי תלוי-הכנסה (means tested, קרי: "לעניים") עד גיל 79.65 רוצה לומר, שיעור נכבד מאוד מהאוכלוסייה יחוה עוני אשר יחייב אותו להיזקק לסיוע כאמור.

ומה באשר לתפקיד המדינה? היא מצדה משמשת רק מתווכת יעילה בעסקה שבין מקבל הסיוע למשלם המסים. באופן הקשור לדיון להלן, השינוי הפרדיגמטי תואר כ"הפרטה של סיכונים חברתיים" במקום שבעבר הם טופלו בו על ידי המדינה.⁸⁰

ג. ממד הביניים: ההיבט המוסדי של תפיסת ההדדיות בתכניות רווחה לעבודה

ברמת הביניים אני מבקש להתייחס לשינויים המוסדיים והמבניים אשר נובעים מיישום תפיסת ההדדיות המיושמת במסגרת תכניות רווחה לעבודה. הכוונה, בהיבט זה, בעיקר לאופן שבו שירותי התעסוקה במדינות רבות, ובכלל זה בישראל, פנו לשימוש בתכניות חוזיות כדי להסדיר שירותים כגון השמה בעבודה, הכשרה מקצועית ואפילו קביעת זכאות לגמלאות. בתכנית הישראלית מרכיב המאופיין כ"הפרטה" של שירותים חברתיים, והוא אשר משך את עיקר הביקורת מצד ארגוני החברה האזרחית, האקדמיה,⁸¹ ובמידה מסוימת גם מצד בית הדין לעבודה. למשל, בפרשת רג'בי מתייחס כך בית הדין האזורי לעבודה בירושלים לשינוי הארגוני שבוצע במסגרת תכנית מהל"ב: "מדובר בהפרטה חלקית אך עמוקה ביותר, של שירות שהוא ראשון במעלה, והוא בעל אופי הנוגע לזכות האדם, של קיום בכבוד, המוגנת על ידי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו."⁸²

1. בין זכויות מותנות לביקורת שיפוטית

יש לציין שפסק דין רג'בי הוא קישור נאה בין ממד המקרו של דיוננו לבין ממד הביניים בו. זאת כיוון שבית הדין קבע באותו עניין שעומק ההפרטה מחייב "ביקורת [שיפוטית]

79 JOEL HANDLER & YEHEKEL HASENFELD, BLAME WELFARE: IGNORE POVERTY AND INEQUALITY (2007).

80 TERRY CARNEY & GABY RAMIA, FROM RIGHTS TO MANAGEMENT: CONTRACT, NEW HACKER; PUBLIC MANAGEMENT AND EMPLOYMENT SERVICES 165 (2002). לעיל ה"ש 79.

81 דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008); אבישי בניש "הצברה וגבולותיה: הפרטת תכניות מרווחה לעבודה ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283 (2008); אייל פלג הפרטה כהצברה (2006).

82 עב' (אזורי י-ם) 1506/06 רג'בי – תכנית מהל"ב ועדת ערר, ס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.6.2006) (להלן: עניין רג'בי).

קפדנית" בשל ניגוד העניינים המובנה של התאגיד, המפיק טובות הנאה חומריות תוך ניצול סמכויות ציבוריות.⁸³ נחזור לנקודה מרכזית זו בהמשך הדיון. כאן המקום להבהיר כיצד אותה "הגדרה מחדש של זכויות וחובות", אשר הוזכרה לעיל, משפיעה על הביקורת השיפוטית בתחום הביטחון הסוציאלי.

כאשר גידנס אומר שהזכות לביטחון סוציאלי למשל הוגדרה מחדש, הוא מכוון לכך שזכות זו משקפת את ההחלטה בדבר תנאי הסיוע, ואין ביכולתה להשפיע עליה.⁸⁴ גם כאן קיים קישור חשוב לשיח החוזי, כיוון שאדם הנקשר בחוזה עם רעהו במסגרת השוק החופשי אינו זכאי, א־פריורית, לדרוש יותר מהמוצע לו. הוא יכול כמובן להתמקח, אולם אם הוגשה לו ההצעה "האחרונה בהחלט", הוא יכול לבחור אם לקבלה בתנאים המוצעים או לוותר עליה כליל. במילים אחרות, מעבר למגבלות החוק, אין לו זכות לברור את התנאים. ואם המשל דומה לנמשל, אזי האישה הענייה המבקשת את עזרת המדינה למחייתה אינה בעמדה המאפשרת לה לבחון בביקורתיות את תנאי הסיוע הניתן לה. המדינה רשאית לדרוש ממנה, כתנאי לסיוע, לקבל כל עבודה, לבצע "שירות בקהילה", לחשוף את חייה האישיים, את אמצעייה הכלכליים, להיכנס למכון גמילה, להתחתן עם אבי ילדיה או להימנע מלחיות עם גבר זר במגורים משותפים. כדברי לורנס מיד (Mead), אחד התומכים הבולטים של הטמעת פרדיגמת ההדדיות כבסיס לתכניות רווחה לעבודה:

recipients... need not accept the grants, but neither may they demand them without conditions... This strong conditional position has meant that requirements like work tests are difficult to challenge in court.⁸⁵

הבניה זו של מעמד הזכות לביטחון סוציאלי חשובה ורחבת היקף.⁸⁶ היא מסבירה במידת מה את גישת בית המשפט העליון שלפיה "היקפה של הזכות לביטחון סוציאלי הוא תלוי משטר",⁸⁷ ואילו התכלית של "הבראת המשק" "חשובה לשם שמירתו של המבנה החברתי,

83 שם, ס' 20 לפסק הדין.

84 Paz-Fuchs, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62-64.

85 Lawrence Mead, *Beyond Entitlement* 170-171 (1980); Richard Epstein, *The Uncertain Quest for Welfare Rights*, *BYU L. REV.* 201, 212 (1985); Ingwer Ebsen, *Contracting Between Social Services and their Clients in the German Concept of 'Fördern und Fordern'*, in *Contractualism in Employment Services: A New Form of Welfare State Governance* 239 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006)

86 אמיר פז-פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי" *ביטחון סוציאלי* 75, 9 (2007).

87 בג"ץ מנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 736.

אשר בתורו מבקש להגן על זכויות האדם⁸⁸. ברוח דומה נקבע כי "שאלת מעמדה הנורמטיבי והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי... נגזרת, מבחינה מהותית, מאופיו של המשטר הכלכלי-סוציאלי הנוהג בחברה נתונה. היא משקפת את האתוס של אותה חברה. היא מבטאת החוסן הכלכלי של משקה"⁸⁹.

גישה זו קיבלה ביטוי גם בפסקי הדין הספורים אשר ניתנו בהקשר של התכנית אורות לתעסוקה (לשעבר מהל"ב). למשל, קביעת בית הדין האזורי לעבודה בעניין רג'בי כי יש לנקוט "ביקורת [שיפוטית] קפדנית", לא החזיקה מעמד זמן רב. בית הדין הארצי קבע, בעניין לוגסי, כי גישת בית הדין בעניין רג'בי "אינה מקובלת", וכי "טוב נעשה אם נקפיד כולנו עם הגורמים המפעילים את תכנית מהל"ב אך, עם זאת, נקפיד גם על חלוקת העבודה הנכונה בין הגורמים המוסמכים לבקר את פעולתם"⁹⁰. מלבד זאת בשני פסקי דין שניתנו לאחרונה⁹¹ הסתמכו בתי הדין האזוריים לעבודה על עניין לוגסי וקיבלו את ערעור משרד התמ"ת על החלטות ועדת הערר, וקבעו שאלו חרגו מגדר הסמכות שלהן לבקר את נוהלי התכנית. באימוץ פרשנות זו נטרלו בתי הדין לעבודה גם את סמכות ועדת הערר לפקח באופן מהותי על עבודת המרכזים הפרטיים והגוף המנהל אשר התקשר עמם. כדי להבין את הבעייתיות שבתפיסה זו יש להקדים ולתאר את המסגרת המעשית והמשפטית של מדיניות ההפרטה.

2. מהפכת ההפרטה

במדיניות ההפרטה גלום, כך נראה, השינוי העמוק ביותר על השירות הציבורי בעידן המודרני. יצחק זמיר ציין, כבר לפני למעלה מעשור, כי המדינה משנה את אופייה מ"מדינה מינהלית" ל"מדינה חוזית"⁹², ודפנה ברק-ארוז מאפיין את התקופה הנוכחית כ"עידן של

88 שם, בעמ' 740.

89 בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, נט(3) 322, ס' 16 (2004).

90 ע"ע (ארצי) 68/07 לוגסי – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, ס' 33 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.5.2007); ראו יישום הגישה המתונה בעניין עב' (אזורי חי') 2419/06 מופיד – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, ס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.5.2008), שם קבע בית הדין כי "הכלל הוא שבית הדין אינו מחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הועדה, אלא במקרים חריגים ומיוחדים".

91 עב' (אזורי י-ם) 2290/08 תכנית מהל"ב – מורוזוב (פורסם בנבו, 27.10.2008); עב' (אזורי

ב"ש) 2287/08 משרד התמ"ת – ברקו (פורסם בנבו, 16.3.2009).

92 יצחק זמיר הסמכות המינהלית 33–34 (מהדורה 1, 1996).

הפרטה".⁹³ הפרטה של שירותי תעסוקה והענקת גמלאות הן באופן ברור חלק חשוב ממהלך כולל זה.⁹⁴

הכוונה לכך שהמגזר הציבורי מתקשר בחוזה (על פי רוב לאחר מכרז) עם גוף עסקי או מוסד ללא כוונת רווחה לצורך קבלת שירותים של השמה בעבודה, הכשרה מקצועית, ובמקרים נדירים יחסית – אף של קביעת זכאות לגמלה. הרציונל ה"חוזי" במקרה זה הוא למעשה רציונל עסקי, אשר מחליף את הניהול הביורוקרטי ואת הקביעה הפוליטית (במובן הרחב של המונח) של סדר העדיפויות. מלבד הקשיים הפרגמטיים אשר ייסקרו להלן, באימוץ מודל ההפרטה בהקשר של שירותי אנוש עולות שתי בעיות עקרוניות: ראשית, כאשר השירות הציבורי מופקד על תחום התעסוקה והרווחה, ביכולתו לתת עדיפות למטרות ממלכתיות כגון מתן עדיפות לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות, מתן קדימות לפריפריה (או למרכזי ערים) או תמיכה בצעירים ובקשישים. בהעבירו את סמכות קבלת ההחלטות וקביעת המדיניות לגופים עסקיים, מוכפפים השיקולים הממלכתיים לשיקולים עסקיים, כגון גמישות תפעולית, יעילות כלכלית וחיסכון בעלויות.⁹⁵ שנית, השימוש בכלי החוזי מניח אפשרות של מזמין השירות "לצפות, להגדיר, לתאר, לנסח, להסדיר ולאכוף"⁹⁶ את הנדרש על ידיו. ברם שירותי האנוש מאופיינים בריבוי מטרות אפשריות – ובהן הפחתת העלויות, איכות השירות, שביעות רצונם של המשתתפים, צמצום האבטלה, מאבק בעוני ובהדרה החברתית – ובריבוי גדול עוד יותר של אמצעים להשגתן.⁹⁷

ועל אף האמור שירותי האנוש עוברים הפרטה מואצת במדינות רבות בעולם. ארצות הברית למשל הייתה לא רק בין הראשונות להשתמש בגורמים פרטיים כדי לממש את מדיניות הרווחה לעבודה, היא גם עשתה כן בהיקפים הניכרים ביותר.⁹⁸ לאחר קבלת

93 דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 483, 461 (2008).

94 Sylvie Morel, *Workfare and Insertion*, in WELFARE REFORM 111, 125 (Neil Gilbert & Antoine Parents eds., 2004).

95 בניש, לעיל ה"ש 82, 306–307.

96 שם, בעמ' 299.

97 לניתוח ביקורתי של התפיסה הערכית של הרפורמה ראו: עינת אלבין "הבטחת הכנסה למשפחה האלטרנטיבית – המשפחה הפוליגמית כמקרה מבחן" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 617 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2008); אמיר פז-פוקס "רפורמת רווחה בין הקפיטליזם לפטריארכיה: על חוק ההסדרים התשס"ג–2003 והקיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה למובטלים צעירים ולאמהות חד הוריות" עבודה, חברה ומשפט י 339 (2004).

98 JOEL HANDLER, *SOCIAL CITIZENSHIP AND WORKFARE IN THE UNITED STATES AND KING; WESTERN EUROPE – THE PARADOX OF INCLUSION* (2003), לעיל ה"ש 30.

הרפורמה הנרחבת בשנת 1996, השימוש בגורמים פרטיים התרחב לממדים חסרי תקדים.⁹⁹ התכנית שיקפה את המעבר של מדינת הרווחה ממסגרת ביורוקרטית ומרכזית למסגרת מבוזרת, מבוססת־שוק. גם באוסטרליה הונהגה הפרטה רדיקלית של השירות, אשר תוארה כ"פירוק השירות הציבורי והחלפתו במעין שוק של שירותי תעסוקה".¹⁰⁰ ובאנגליה התקבל לאחרונה חוק אשר מאפשר למרכזי השירות לקנות את כל השירותים הנדרשים מגורמים פרטיים.¹⁰¹ בישראל, במסגרת הרפורמה מושא דיון זה, חתמה המדינה בפברואר 2005 על חוזים עם ארבעה תאגידים עסקיים להפעלת מרכזי תעסוקה כדי שימלאו את התפקיד אשר מילא בעבר שירות התעסוקה באזורים אלו. בהערת אגב יצוין כי דוח ועדת תמיר, אשר הוגש לשר התמ"ת באוגוסט 2001 ואשר היה אמור להוות את הבסיס למודל של תכנית, המליץ על מודל משולב של מרכזי תעסוקה בשלב הניסוי. לפי מודל זה "יתחרו" זה בזה מרכזי תעסוקה בניהול עסקי, מלכ"ר, משולב וממשלתי.¹⁰² הצעה זו הייתה מאפשרת לבחון איזה מבנה ניהולי הוא הטוב ביותר לביצוע התכנית. גם הוועדה הציבורית "אינה פוסלת בחינה עתידית של שילוב גורמים ציבוריים בהפעלת התכנית או חלק ממרכיביה", אלא דווקא מזהירה כי "העברת סמכויות לאספקת שירותים חברתיים לגורמים פרטיים מחייבת נקיטת משנה זהירות ביחס למסגרת פעולתם, בייחוד בתחום שהוא בעל השפעה מכרעת על חייהם של תושבים מקרב המעמד החברתי־כלכלי הנמוך במדינת ישראל".¹⁰³ עם זאת כזכור בהחלטת הממשלה נקבע כי התכנית תופעל בידי גופים פרטיים למטרות רווח או שלא למטרות רווח, אך לא נדון בה שילוב של גורמים ציבוריים בתכנית, וכך גם בהצעת חוק ההסדרים.¹⁰⁴

אף על פי שקיימים מודלים לא מעטים של הפרטה, ואף על פי שקיימות דוגמאות של הפרטות שהצליחו לשמר את המחויבות לדאוג לצורכי מקבלי הסיוע,¹⁰⁵ קיימים קשיים

- Evelyn Brodtkin, *Towards a Contractual Welfare State? The Case of Work Activation in the United States*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 73, 83 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006) 99
- Mark Considine, *The Reform that Never Ends: Quasi-Markets and Employment Services in Australia*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 41 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006) 100
- Welfare Reform Act, 2009, s. 25 101
- ועדת תמיר הראשונה, לעיל ה"ש 5, פרק א, סעיף 4.1; מממ 2003, לעיל ה"ש 12, בעמ' 5. 102
- דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 19–20. בהמלצה הראשונה של הוועדה נקבע כי יש להקפיד "שמקומם של המלכ"רים לא ייפקד מבין המפעילים" – שם, המלצה 1.1, בעמ' 80. 103
- החלטת 3994 הממשלה ה-31 "פריסה ארצית של תכנית 'אורות התעסוקה'" (24.8.2008). 104
- Els Sol & Yolanda Hoogstanders, *Steering by Contract in the Netherlands: New Approaches to Labour Market Integration*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT 105

מובנים אחדים במסגרת הליכי הפרטה של שירותים חברתיים שעמם על מקדמי מדיניות זו להתמודד. כפי שנפרט להלן, במקרים רבים, ובכלל זה בישראל, נראה שקיימת התעלמות בוטה מקשיים אלו, והתעלמות זו מובילה לפגיעה חמורה ברמת השירות ובזכויות המשתתפים. בהערת אגב נציין שגם הדוגמאות העולמיות המוצלחות יותר של הליכי הפרטה בעולם צריכות להיבחן ממרחק של זמן. כך אנו מוצאים מעבר מאספקת שירותים בעזרת מוסדות ללא כוונת רווח לחברות עסקיות,¹⁰⁶ וכך גם מתגלה דינמיקה של שחיקת ההבטחה הראשונית של שירות יעיל, מודרני ויצירתי, והחלפתו בסיוע דל הכפוף לאינטרסים העסקיים של ספק השירות.¹⁰⁷

3. הפרטת שירותי רווחה – ההצדקות ובחינתן

קיימות כמה הצדקות להפרטה של שירותי רווחה. במסגרת זו אציין ארבע עיקריות: החיסכון הכלכלי שבמעבר למודל עסקי של מתן שירות, שיפור השירות על ידי בחירת ספק השירות המיטבי,¹⁰⁸ הגברת השקיפות האופרטיבית בעבודת השירות¹⁰⁹ וקידום הגמישות התעסוקתית מול עובדי השירות.¹¹⁰ בטרם נבחן טיעונים אלו, חשוב לשים לב שארבעתם קשורים קשר הדוק לרבדים הגלויים והנסתרים של שיח ההדדיות, או בגרסתו המוסדית – השיח החוזי.¹¹¹ לפי תפיסה זו, ראוי למגזר הציבורי להתקשר בלא אילוצים כובלים עם ספק שירות כראות עיניו, ויש לאפשר למפעיל הפרטי להתקשר עם עובדים אשר ישמרו על מקום עבודתם כל עוד הם ממלאים את המצופה מהם. כשתנאים אלו אינם מתמלאים, יש לאפשר לצדדים הרלוונטיים להפסיק את ההתקשרויות. וכדי לעמוד נכוחה על קיום תנאים אלו, יש לנהל משא ומתן רצינוני, בשקיפות מלאה ובעדכון שוטף באשר לשינויים בתנאי

- SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 139 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).
- Evelyn Brodtkin, Carolyn Fuqua & Katarina Thoren, *A Map of the New World: The Changing Face of Welfare to Work Intermediaries* (Working Paper, 2001) 106
- Neil Park & Rebeca Van Voorhis, *Moving people from Welfare to Work in the United States*, in ACTIVATING THE UNEMPLOYED 185, 192, 207 (Neil Park & Rebeca Van Voorhis eds., International Social Security Series, vol. 3, 2001) 107
- E.S. SAVAS, PRIVATIZATION: THE KEY TO BETTER GOVERNMENT 112 (1987): the private sector is a "more efficient producer of services" 108
- טיעון זה חוזר ועלה בריאיון שקיימתי עם מר רביב סובל, סגן ראש אגף התקציבים במשרד האוצר ביום 23.6.2008. 109
- חיים פרשטמן גבולות ההפרטה 22 (2007). 110
- בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 289. 111

ההתקשרות הרלוונטיים. עד כאן התפיסה השלטת. מה טומנת בחובה המציאות בהקשר הנדון כאן?

(א) הפרטה אמורה לקדם היסכון כלכלי ולמקסם יעילות כלכלית

לפי גישה זו, המדינה אינה "יודעת" לנהל דבר, והיא אינה יעילה בשל עיוורונה לתמריצים כלכליים החשובים במודלים העסקיים. טיעון זה הוא "הנימוק המרכזי לצורך בהפרטה"¹¹². בפתח הדברים יש לציין בזהירות הנדרשת,¹¹³ ששלב הניסוי של התכנית לא הוביל לתוצאות חד-משמעיות באשר לחיסכון התפעולי הנגזר מהתקשרות עם מרכזי תעסוקה המופעלים על ידי גופים עסקיים. קיבוץ נתונים ממשדד התמ"ת,¹¹⁴ ממשדד עדליא אשר מעניק ייעוץ כלכלי למינהלת,¹¹⁵ ממחלקת המחקר והמידע של הכנסת¹¹⁶ ומנתונים אשר נאספו על ידי ארגוני סנגור,¹¹⁷ מעלה כי אף על פי שלאורות לתעסוקה היה יחס השמה טוב משל שירות התעסוקה (פי 1.8), עלות התכנית ה"פרטית" גבוהה פי תשעה מהתפעול הציבורי.

- 112 מיכל אגמון "מניית זהב" וההפרטה" הפרקליט מא 138 (1993).
- 113 יש מקום לזהירות יתרה בהשוואה זו, שכן במידה רבה מדובר בהשוואת "תפוחים לתפוזים". ראשית, שירות התעסוקה מטפל גם במקבלי דמי אבטלה, ואילו אורות לתעסוקה מטפלת רק במקבלי הבטחת הכנסה; שנית, קיימת שאלה מקדמית הנוגעת לרכיבים אשר יש להביאם בחשבון במסגרת ההשוואה, ועמם נמנים עלות ההקמה של מרכזי התעסוקה, עלות (ואיכות) ההכשרה התעסוקתית הניתנת, עלות הפנסייה התקציבית בשירות התעסוקה, תקציב מינהלת אורות לתעסוקה (שאינו מועבר לקבלנים – בין 7% ל-10% מעלות התכנית), עלויות עסקה לחתימה על החוזים, פיקוח וניטור ועוד. הכללה או גריעה של כל אחד מהמרכיבים האמורים תשנה המסקנה העולה מההשוואה שינוי מהותי; שלישי, מבחן התעסוקה שונה מהותית ממערכת למערכת. עובדה זו באה לידי ביטוי בכך שנתוני ההשמה של אורות לתעסוקה השתנו באופן בולט לאחר הגמשת מבחן התעסוקה, בעקבות דוח ועדת דינור, לעיל ה"ש 7 ודוח ועדת תמיר השנייה, לעיל ה"ש 6. ראו דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 109–110. לניתוח מקיף של סוגיות אלו ראו רונן מנדלקרן ואריק שרמן "מיקור חוץ של שירותים חברתיים בישראל" מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הפרטי והציבורי (י' גלנור וא' פז-פוקס עורכים, 2012).
- 114 הצעת תקציב משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה לשנת הכספים 2009 (2008).
- 115 עדליא ייעוץ כלכלי בע"מ האם וכיצד יש לשלב את שירות התעסוקה בפריסה ארצית של אורות לתעסוקה (2008).
- 116 מממ 2009, לעיל ה"ש 12, עמ' 7.
- 117 ראו מכתב מטעם האגודה לזכויות האזרח לחברי הכנסת השוואת נתונים: תכנית אורות לתעסוקה (ויסקונסין) מול שירות התעסוקה מיום 25.3.2009 www.acri.org.il/pdf/orot- data.pdf.

שירות התעסוקה	אורות לתעסוקה	
343 מיליון ש"ח	275 מיליון ש"ח	תקציב ממוצע לשנה
120,000	13,000	ממוצע לקוחות בשנה
2,858	21,153	תקציב לדורש עבודה
420	50	מספר דורשי עבודה לפקיד
1	9	יחס תקציב
1	1.8	יחס השמות

המשמעות המתבקשת היא שרק אפשרות אחת מהשתיים הבאות יכולה להתגשם: אם תימשך ההשקעה הכספית הנוכחית גם לאחר המעבר לפריסה ארצית (קרי: כל מטופלי שירות התעסוקה יופנו לתכנית), תהיה עלות התכנית כ-2.5 מיליארד ש"ח. זאת בהשוואה לתקציב שירות התעסוקה הנוכחי, שהוא 343 מיליון ש"ח. האפשרות השנייה, והסבירה יותר, היא שהתקציב הנדיב הניתן היום עבור הטיפול בכל דורש עבודה יהיה נמוך בהרבה עם המעבר לפריסה הארצית.

ומלבד חישובי עלות "נקיים", המודל הכלכלי-עסקי, בייחוד ככל שהדברים נוגעים להפרטה של שירותי אנוש, טומן בחובו קשיים מובנים, שיש להאירם. המלכוד העיקרי שעמו מתמודדות מדינות אשר הפריטו את שירותי התעסוקה שלהן טמון בניגוד העניינים המובנה והחמור¹¹⁸ שבו מצוי היזם הפרטי בבואו לספק שירותי השמה, הכשרה מקצועית, ובמקרים הרלוונטיים – האפשרות לקבוע זכאות לקצבאות. הקושי להתמודד עם ניגוד עניינים זה הוא אכן מובנה, כיוון שדווקא הסתמכות על שיח התמריצים הכלכליים יוביל למסקנה שתהא המסגרת המנהלית אשר תהא, היזם הפרטי יגיב לתמריצים המושטים עליו באופן שלא ישרת את יעדי המדינה או את הנזקקים לסיוע.¹¹⁹ מבקר המדינה אף מעלה את החשש כי ניגוד העניינים הנובע ממודל כלכלי בעייתי למדי הוא שהוביל לעלייה ברישומי הסירוב לקבל עבודה.¹²⁰ סוגיה ספציפית זו אמורה לבוא על פתרונה, במידת-מה, בעקבות ההמלצה של ועדת דינור לשינוי המודל באופן שלא ייווצר תמריץ כלכלי לשלילת גמלאות.¹²¹

118 ראו עניין רג'בי, לעיל ה"ש 83.

119 לתופעה זו יש היסטוריה ארוכה. להרחבה ראו: Paz-Fuchs, לעיל ה"ש 1, 68–69.

120 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69; בניש, לעיל ה"ש 82, 303–307.

121 ועדת דינור, לעיל ה"ש 7, עמ' 29–30; ראו גם דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 97;

דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 69.

כך אנו מוצאים תופעה בת שני פנים שחוזרת על עצמה, כנגזרת של אותו ניגוד עניינים: מהצד האחד המפעיל הפרטי הזוכה לתגמול עבור כל השמה בעבודה ייטה לפרקטיקה של "גריפת השמנת" (creaming) – המרכזים ייטו להשקיע משאבים באיתור הלקוחות הדורשים את ההשקעה המינימלית כדי לחזור לשוק העבודה, ובכך לגרוף את ההטבות הניתנות על השמה איכותית. מהצד האחר, מפעילים עלולים לנקוט "החניה" (parking) של לקוחות קשים: להימנע מ"בזבז" כספים בטיפול בהם על ידי שלילת זכאותם להכשרה מקצועית או לשירותים אחרים אשר עשויים לשפר את סיכוייהם לחזור לשוק העבודה.¹²² מבקר המדינה מצא למשל כי בשנה הראשונה של התכנית לא ביצע אחד ממרכזי התעסוקה כל תכניות שיקום למי שכושר עבודתו מוגבל, ולבד ממשותפים אחדים, כלל החברות לא הפנו משותפים לשיקום במסגרת תעסוקה מוגנת. למעשה, המרכזים פעלו בניגוד לחוק כששלחו משותפים שנתפסו כמי שאינם כשירים לעבודה "לחפש עבודה מהבית".¹²³ מהלך זה מוביל דווקא להדרת־יתר של אלו הזקוקים לעזרה יותר מכול.¹²⁴ מצב דברים זה עולה בקנה אחד עם הניסיון העולמי אשר מראה כי "סנקציות מופעלות יותר דווקא כלפי משותפים בקרב אוכלוסיות מוחלשות במיוחד, כמו נשים הסובלות מחסמים רבים בכניסה לשוק העבודה, ולפיכך לא תרמו הסנקציות לשינויים במקרים אלו ואף הביאו להרעה במצבן".¹²⁵ בעיה קשה זו זכתה לביטוי מוחשי במודל המנהלי והכלכלי אשר נבחר בישראל ביישום הראשוני של תכנית מהל"ב, אף על פי שהחששות הרלוונטיים הוצגו בפני מקבלי ההחלטות כבר בשלביה הראשונים.¹²⁶ החוק העניק למרכזי התעסוקה הפרטיים שיקול דעת רחב בכל הנוגע לקביעת שירותים נלווים, מעונות יום ותכניות הכשרה מקצועית, האמורים לסייע למחפש העבודה. מלבד זאת, כדי למקסם את פוטנציאל הגמישות שבקבלת שירותים דרך מיקור־חוץ, הוענקה לזכיין הסמכות לנסח את הכללים והקריטריונים שלאורם יפעלו מתכנני היעדים בבואם להטיל סנקציה, כדוגמת רישום סירובי עבודה.

122 Dan Finn, *The Role of Contracts and the Private Sector in Delivering Britain's 'Employment First' Welfare State*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 101, 114 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006); Ludo Struyven & Koen Verhoest, *The Problem of Agency at Organisational Level and Street Level: The Case of the Flemish Public Employment Service*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 325, 347 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).

123 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 32–36.

124 HANDLER, לעיל ה"ש 99, בעמ' 235.

125 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 125.

126 מאור־שביט ואחדות, לעיל ה"ש 11; ועדת תמיר הראשונה, לעיל ה"ש 5; ממומ 2003, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7.

לזכיין ניתנה גם הסמכות להעניק הטבות, כדוגמת זכאות להכשרה מקצועית, שירותים תומכי-עבודה ואף את המסגרת להטבות אלו. גישה זו חייבת להעלות את החשש שהזכיין יבכר הכשרות זולות, כדוגמת הרצאות פרונטליות, על פני הכשרות יקרות, כדוגמת ליטוש יהלומים ועיצוב גרפי, בלא תלות בתנאי השוק ודרישותיו. ואכן, מודל זה זכה לביקורת נוקבת של מבקר המדינה, אשר ציין בין השאר כי "נושאי ההדרכה לא היו תמיד רלוונטיים לקידום המשתתפים בתעסוקה. לדוגמה, חברת אג'נס קיימה, בין השאר, קורסים בנושא זהירות בדרכים, צמחי מרפא, הורות, תזונה נכונה וגיאוגרפיה"¹²⁷. מינהלת התכנית הסכימה בתגובה שאין מדובר בהכשרה מקצועית, אולם ציינה שיש בהם כדי "לקדם את סיכויי השתלבותם של המשתתפים בשוק העבודה"¹²⁸. יתר על כן, באופן שאינו שכיח במדינות העולם (ובניגוד להמלצות ועדת תמיר¹²⁹), מתכנן היעדים התעסוקתי, המועסק על ידי תאגיד פרטי, אף הוסמך לשלול גמלה ממחפש העבודה. במונח זה אכן מדובר "בקפיצת מדרגה מבחינת ההפרטה של שירותים חברתיים בישראל"¹³⁰. משתתפי התכנית כפופים, כעניין משפטי ומעשי, לשיקול הדעת של גופים עסקיים, וחשופים לניצול לרעה של סמכויותיהם. היות שמדובר באנשים שגישתם לסעדים משפטיים במקרה של פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות מצומצמת¹³¹ – לפרטיות, לשוויון, לתעסוקה הוגנת ועוד – אין סיבה טובה להניח שהמנגנון החוזי יהיה חומה בצורה בפני אותה סכנה.

(ב) קידום הפרטה ישפר את השירות למקבלי הסיוע

עמדה זו קשורה קשר הדוק להנמקה הראשונה, בהסתמכותה על התפיסה שאספקת השירות על ידי מפעילים פרטיים תוביל להגברת התחרות, ועל כן למוצר איכותי (וזול) יותר. אלא שתחום השירותים החברתיים, ואספקת הטובין הציבוריים ככלל, מקשה הוצאת תפיסה תאורטית זו מהכוח אל הפועל, משלוש סיבות עיקריות: ראשית, התמריצים אשר נקבעו במודל הכלכלי מאפשרים לזכיין למקסם את רווחיו בלא לשפר בהכרח את מצבו של מקבל השירות. ואכן, דוח של המוסד לביטוח לאומי, אשר בחן את התכנית הישראלית בשנה הראשונה להפעלתה (אוגוסט 2005 עד אפריל 2006), מצא כי מכלל האנשים שהופסקה

127 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 17.

128 שם, בעמ' 64-65.

129 ועדת תמיר הראשונה, לעיל ה"ש 5; כן ראו מממ 2003, לעיל ה"ש 12, בעמ' 6.

130 אבישי בניש "יישום תכנית ויסקונסין בישראל – היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא 127, 121 (2005).

131 אמיר פד-פוקס "מדוע זכויות עלי ספר נשארות עלי ספר? נגישות לזכויות חברתיות – רקע תיאורטי" נגישות לצדק חברתי בישראל 29 (ג' גל ומ' אייזנשטט עורכים, 2009).

להם הגמלה, רק ל-30% עד 40% נרשמה השמה בעבודה.¹³² במילים אחרות, הגורם העיקרי ליציאה ממערכת הבטחת ההכנסה לא היה השמה בעבודה. מנגד, מקבל השירות אינו נהנה מאותה תחרות. על פי רוב, ובכפוף לקיום כמה חריגים מעניינים,¹³³ מקבל הבטחת ההכנסה מחויב להשתתף בתכנית (אם ברצונו לשמור על זכאותו), ואין מוקנית לו האפשרות לבחור מבין כמה מרכזי תעסוקה או מרכזי הכשרה מקצועית.¹³⁴ זהו המצב גם בישראל, אף על פי שהוועדה הציבורית המליצה על קיום מנגנון מוגבל של מעבר משתתפים מאזור לאזור סמוך לו.¹³⁵ התחרות נעשית אפוא אך ורק בשלב הראשוני, של בחירת המפעיל הפרטי. ההיגיון אומר אפוא שייבחר המפעיל הפרטי אשר יעניק את השירות המיטבי, במחיר המיטבי. אם לא יעמוד בהתחייבויותיו או בציפיות ממנו, הוא יחלף.

והנה הסיבה השנייה שבגינה אין לראות בהפרטה של שירותי רווחה יצירת שוק תחרותי. הניסיון מלמד שבתחומים רבים ומגוונים, המפעיל הפרטי אשר זוכה במכרו הראשוני מקבע את מעמדו ביחס למדינה, ולאחר כמה שנים של הפעלת השירות יש קושי ניכר להחליפו, גם אם אינו עומד בהתחייבויותיו. בתחום השירותים החברתיים נכונים הדברים ביתר שאת, שכן המפעילים צוברים ניסיון עצום וידע ייחודי בעבודה עם עשרות אלפי אזרחים אשר נזקקים לטיפול. יתר על כן, כפי שמלמד הניסיון לסגירת מעון פרטי לאנשים עם פיגור – החרדה של משפחות המטופלים מפני העדר האלטרנטיבה עלולה גם היא להוות מחסום בפני צעדים קשים כנגד מפעיל השירות. גם המקרה של מיקור-החוץ לאגודה לשירותי בריאות הציבור (להלן: האגודה)¹³⁶ מהווה תמרור אזהרה רלוונטי. במקרה זה, הן האגודה והן משרד הבריאות ביקשו לפטור את האגודה מהצורך להתחרות במכרו לאספקת השירותים הרלוונטיים מכיוון שבשנות העבודה הרבות של האגודה "התרכזו בידיה כוח אדם רפואי ופרה-רפואי רב, וכך התעצם כוחה התפעולי-עסקי כספק מעין-בלעדי של שירותים

132 אחדות, היילבורן ושמלצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 6.

133 בגרמניה נעשה ניסיון להעניק למשתתפי התכנית תלושים (vouchers) שהם יוכלו לממשם בבחירת מרכז תעסוקה פרטי ומרכז הכשרה מקצועית כפי רצונם: Regina Konle-Seidl, *New Delivery Forms of Employment Services in Germany: A Mixed Public-Private Model?*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 187, 190, 199 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).

134 בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 318.

135 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, המלצה 1.3, עמ' 85-86.

136 החל משנת 1998 מועסקים 4,500 עובדי משרד הבריאות באמצעות האגודה למען שירותי בריאות הציבור. עמותה זו הוקמה על ידי משרד הבריאות כדי לשמש צינור להעסקה של עובדים בכל המקצועות והתחומים, החל מעובדי ניקיון וכלה בפסיכולוגים במרפאות בריאות הנפש; מיכל תג'ר לעבוד בלי כבוד 134 (2006).

אלה".¹³⁷ שיקול נוסף אשר יש להביאו בחשבון במקרה זה עניינו עלות ההקמה של מרכז תעסוקה. לפי הערכת בנק ישראל, מדובר ב-200 עד 250 מיליון ש"ח.¹³⁸ בנק ישראל מעריך שהחיסכון בטווח הארוך יכסה על ההשקעה המידית. אולם גם בהתעלם מאמרתו הידועה של ג'ון מיינרד קיינס – "בטווח הארוך כולנו נמות" – השקעה כאמור בוודאי תכביד על נטייתו של גורם פרטי לקבל לידינו את המיזם אם קיים חשש שהוא יוחלף בתוך שנים ספורות.

(ג) הפרטה תשפר את מידת השקיפות של שירותים ממשלתיים

לפי טיעון זה, הפרטה תחייב לפרט את היעדים אשר יש לשאוף אליהם, את האמצעים אשר יש לנקוט ואת האילוצים שבהם יש להתחשב, ולהוציא את הפירוט הזה אל האור. על פני הדברים, שקיפותם של פרמטרים אלו מושגת כאשר הם מפורטים במכרז, ולאחר מכן – בחוזה ההתקשרות בין המדינה לבין המפעיל הפרטי. ברם גם כאן המציאות מורכבת יותר. למעשה, אחד הלקחים הכואבים של הליכי הפרטה הוא המעבר מאור השקיפות של הפרקטיקות הציבוריות (חוזרי מנכ"ל, נוהלי עבודה, הוראות חשכ"ל גלויות ופתוחות לעיני כול) אל החושך של הסודות המסחריים והאינטרסים המסחריים של התאגיד. ארגונים חברתיים אשר דרשו לקבל לידיהם את המכרזים שהכינה המדינה להפעלת מרכזי התעסוקה נענו רק לאחר הגשת בקשה לפי חוק חופש המידע, וגם אז – פרטים חשובים מתוך חוזה ההתקשרות הושחרו בנימוק שמדובר ב"סוד מסחרי".¹³⁹ אכן, מאז הפרטה קיים קושי רב יותר לדלות את נוהלי העבודה של המפעילים הפרטיים באשר לרישום סירובים, את הקריטריונים לשליחת אדם לקורסי הכשרה או לזכאות לשירותים תומכי עבודה, את חלוקת השכר בין העובדים ואת מנגנון התמריצים הפנימי.

יש לציין בהערת אגב שאפשר לראות בשינוי לרעה בהקשר של שקיפות המידע עם העברת סמכויות מהמגזר הציבורי לתאגיד עסקי מקרה פרטי של תופעה כללית יותר, כיוון שעל פי המסורת הליברלית, זכויות האזרח מבוססות הרבה יותר בבואו לתבוע אותן מגוף שלטוני. לעומת זאת בשל הנטייה להעניק לתאגידים את מכלול הזכויות הנתונות לאנשים בשכר ודם (למעט ההגנה מפני הפללה עצמית),¹⁴⁰ מצבו של אזרח התובע זכויותיו מתאגיד

137 מבקר המדינה דוח שנתי 59 א לשנת 2008 ולשנת הכספים 2007 477 (ירושלים, 2009).

138 אגף המחקר, בנק ישראל ומהמשרד העולמי: המלצות מדיניות לממשלה (ירושלים, 2009).

139 בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 326.

140 להרחבה ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם: האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קרית המשפט ח 107 (2009).

(הנחשב, משפטית, שווה זכויות) בעייתי הרבה יותר מבמצב שבו הוא תובע זכויותיו מן השלטון, הנתפס כמי שמחזיק את כוחו בנאמנות כדי להגן על זכויות שולחיו ולקדםן.

(ד) הפרטה מקדמת "גמישות תעסוקתית" באספקת השירות

יש לציין שבשל הרגישויות הברורות של הפרטת שירותי אנוש הדגש החשוב המושם בהשלכות מדיניות ההפרטה על מאפייני השירות מאפיל, במידה לא מבוטלת, על הדיון בהשלכות ההפרטה על עובדי השירות עצמם. יש להצר על כך, במיוחד על רקע העיסוק החשוב בהעסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם. בעקבות הביקורת על צורת העסקה זו ניכרת בשנים האחרונות מגמה של צמצום העסקת כוח אדם בדרך זו, אך בצדה – הרחבת מיקור־החוץ באמצעות השימוש בקבלני שירותים (outsourcing או contracting out).¹⁴¹ שינוי מגמה זה איננו מפחית מהדחיפות שבדיון, שכן קיימת הסכמה כי "למיקור החוץ השלכות לא מבוטלות במיוחד בכל הנוגע למעמדם של עובדי הרשות וליחסי העבודה בתחום השירות הציבורי".¹⁴²

מה בין גמישות תעסוקתית לתנאי העסקה של העובדים? שירות המדינה מחויב לכללי תקשי"ר, להסכמים קיבוציים וכפוף לפיקוח של גורמים רגולטוריים, כדוגמת נציבות שירות המדינה. כפיפיות אלו מקשות עליו להעניק תמריצים לעובדים ולהתאים עצמו במהירות לשינויים בטכנולוגיה, בכלכלה או בחברה. האמצעים שבהם מושגת הגמישות התעסוקתית כוללים את היכולת להעסיק עובדים באופן זמני, כתלות בצרכים נקודתיים; להעסיק עובדים קבועים באופן חלקי או באופן שונה מהרגיל (דוגמה: העסקה מהבית); לנייד עובדים מתפקיד לתפקיד; להתאים את שכר העבודה לתפוקה וליכולת התשלום ברגע נתון.¹⁴³ על פי הטענה, ארגוני עובדים והסכמים קיבוציים מקשים מאוד על השגת גמישות תעסוקתית, ולעומתם הפרטה מקדמת גמישות זו. יש לשים לב שבכך מודים המצדדים בעמדה זו שמטרת ההפרטה אינה ההפרטה כשלעצמה, אלא צמצום השפעתו וכוחו של ארגון העובדים. זאת כיוון שאם ארגון העובדים נשאר באיתנו גם לאחר ההפרטה, הגמישות התעסוקתית לכאורה לא תושג. מכאן שבעצם הקריאה לגמישות תעסוקתית יש משום רצון

141 מיכל טביביאן מזרחי העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה (מרכז המחקר והמידע, הכנסת, 2007).

142 יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 287, 293 (2007).

143 אמירה גלין "על התיקון בחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" עבודה, חברה ומשפט ח 103 (2001).

ברור לעקוף את ארגוני העובדים הרלוונטיים ולהחלישם, על כל המשתמע מכך.¹⁴⁴ בשם הגמישות התעסוקתית הפרטה מאפשרת למעסיק להפחית את עלות העבודה על ידי החלת ההסכם הקיבוצי על חלק מהעובדים המבצעים תפקיד ציבורי אך לא על כולם.¹⁴⁵ ברם יש לציין שאפשרות זו נוגדת את הרציונל של חוק הסכמים קיבוציים, אשר סעיף 20 שבו אוסר על עובד לוותר על זכויות המוקנות לו בהסכם קיבוצי. מכאן נוצר מצב משונה, אשר לפיו בית הדין לא יכיר בחתימה של עובד על חוזה שבו הוא מוותר על חלק מזכויותיו לפי ההסכם הקיבוצי החל במקום עבודתו, ולעומת זאת חתימה על חוזה עבודה עם קבלן שירותים מובילה לויתור למעשה של עובד על כלל זכויותיו לפי ההסכם קיבוצי כאמור. בצדק אפוא הועלתה ההשוואה בין סיטואציה זו לסירוב של בית הדין להכיר בויתור של עובד שכיר על מעמדו כעובד שכיר. ההבדל היחיד הוא שבמקרה של העסקה באמצעות קבלן שירותים מדובר לא על ויתור על מעמד של עובד ככלל אלא על ויתור על "המעמד הקונקרטי, על סל הזכויות הקונקרטי המגולם בו אילו המשתמש היה מוכר כמעביד".¹⁴⁶ בצדק ציינה סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופטת ברק-אוסוסקין, כי בכך המדינה "למעשה עושה Contracting Out מההסכם הקיבוצי. הדבר מנוגד לרעיון המוכח במשפט העבודה".¹⁴⁷

בנוסף, להפרטה בדרך של מיקור-חוץ פוטנציאל לפגוע פגיעה קשה במיוחד בעובדים מקבוצות אוכלוסייה חלשות. הסבר ראשון לכך כבר ניתן לעיל – ההסכם הקיבוצי אשר אמור להגן על כלל העובדים, ובעיקר על עובדים נעדרי כוח מיקוח, לא יחול עליהם. בנוסף, בשל מחויבותו לשוויון (כולל ייצוג הולם) ולאפשרות להתקדם במקום העבודה בלא להקריב חיי משפחה, המגזר הציבורי נחשב באופן מסורתי למעסיק נוח יותר למגזרים חלשים כדוגמת נשים, מיעוטים ואנשים עם מוגבלות. הדברים האמורים נכונים במיוחד לעובדי השירות הציבורי העוסקים בתחומי רווחה. למשל, 60% מעובדי המגזר הציבורי הן נשים; מקרב מבצעי תפקידי הרווחה המסורתיים (חינוך, בריאות, רווחה, סיעוד וכו')

144 ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק, ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה, עתיד" עבודה, חברה ומשפט 15 (2004).

145 גלין, לעיל ה"ש 144, בעמ' 108.

146 רות בן-ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת" שנתון משפט העבודה ז 5, 31 (1999). ראו בדומה ע"ע 300245/97 אסולין – רשות השידור, פד"ע לו 689, 712–713 (2001); דב"ע נו/4-15 מועצת פועלי רחובות – מכון ויצמן למדע, פד"ע ל 163, דעת מיעוט בעמ' 186 (1997).

147 דב"ע נו/3-54 לנקרי – א.נ.ש. חברה להחזקת נכסים, פד"ע לו 361, 365 (2000).

שיעורן מגיע ל-70%;¹⁴⁸ במקרה של עובדים סוציאליים ועובדים סיעודיים – 90% הם נשים.¹⁴⁹ הוצאת פונקציות מסוימות (עובדים סוציאליים, מורים, אחים ואחיות) מתוך המגזר הציבורי בדרך של מיקור-חוץ תפגע בהכרח בתנאי ההעסקה של קבוצות אלו באופן חריף ביותר.

ואכן, ברוב המקרים של המקרים לעובדי קבלן ולעובדי שירותים תנאי עבודה נחותים ביחס לחבריהם אשר נהנים מתפקיד תקני והמבצעים תפקיד זהה. ממחקר גישוש שהשווה את תנאי ההעסקה של עובדים סוציאליים המועסקים דרך קבלן כוח אדם לעובדים סוציאליים המועסקים בשירות המדינה באופן ישיר, נמצא ש-30% מהעובדים הסוציאליים המועסקים כעובדי קבלן אינם זוכים לפנסייה, 37% אינם זוכים לימי הבראה, ו-55% אינם נהנים מדירוג העובדים הסוציאליים.¹⁵⁰ יש מקום להנחה (אף על פי שהדבר לא נבדק במחקר) לעובדי קבלן אינם נהנים מהביטחון התעסוקתי ("קביעות") שממנו נהנים עובדי מדינה.¹⁵¹

מדיניות הפרטה, שהיא אפיון חשוב של תכניות רווחה לעבודה, מקדמת ומחזקת את התופעה השלילית של שוק עבודה מפוצל (segregated), ואף מקנה לו לגיטימציה: עובדים מעטים בשוק העבודה הראשוני זוכים לשכר הולם, לתנאי עבודה ראויים ולהגנה של ארגון עובדים, לעומת עובדים אחרים הנדחקים לשוק העבודה השניוני, המאופיין במשרות חלקיות, בשכר מינימלי, ללא תנאים נלווים וללא ביטחון תעסוקתי. והנה, דוח הוועדה הציבורית מציין באופן חריג ובוולט ש"בישראל מתקיימים למעשה זה כשני עשורים שני שוקי עבודה נפרדים..."¹⁵² אך היות ש"מיקור חוץ גורם מעצם מהותו להוצאת עובדים מ'שוק העבודה הראשוני' והעברתם ל'שוק העבודה המשני'",¹⁵³ מצער הדבר (ואף אירוני

- 148 יעל חסון הפרטת השירותי הציבוריים בישראל – תמונת מצב (הוצג בכנס "תעסוקת נשים בימי הפרטה", 2007).
- 149 שלי לוי המחסור בעובדים סוציאליים במחלקות לשירותים חברתיים ברשויות המקומיות (מרכז המחקר והמידע, הכנסת, 2008).
- 150 רוני קאופמן משמעות בעיית העובדים הסוציאליים "המופרטים והשקופים" לייחודיות העיסוק (לא פורסם, אוניברסיטת בן-גוריון, 2008).
- 151 גלין, לעיל ה"ש 144.
- 152 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 121; בנק ישראל דו"ח שנתי 166–167 (ירושלים, 2006). ראו גם יוסי תמיר וזיו נוימן מסוגלות תעסוקתית ועידוד תעסוקה: השלכות למציאות הישראלית (קבוצת המחקר במדיניות חברתית, בית הספר לעבודה סוציאלית, האוניברסיטה העברית, 2007).
- 153 אמירה גלין "מיקור חוץ – (outsourcing) מתמקרים החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי" שנתון משפט העבודה ז' 43, 51 (1999).

במידה לא מבוטלת) שיישום התכנית נעשה תוך שימוש במודל שתורם את תרומתו לפרגמנטציה של יחסי העבודה.¹⁵⁴ ואפשר שאין הדבר אירוני כלל. אף על פי שהדבר חורג ממוקד הדיון כאן, יש לציין שתכנית אגרסיבית להכנסת מובטלים לשוק התעסוקה מהווה סכנה מוחשית להרחבת הפערים בין שוק העבודה הראשוני לבין שוק העבודה השניוני.¹⁵⁵ בהחמרת התנאים לזכאות ובמתן דגש למדיניות שביסודה "עבודה תחילה" (work first),¹⁵⁶ תכניות אלו מחייבות מובטלים לצאת לשוק העבודה בטרם רכשו כישורים ויכולות אשר יאפשרו להם התקדמות רבה. כך הופך שוק העבודה השניוני לרווי יותר, תחרותי יותר, ומתגמל פחות. כך גם מתחזק ונשמר הפער בין שוק העבודה הראשוני לזה השניוני.¹⁵⁷ לסיום נקודה זו ראוי להקדיש מילים מספר לרפורמה מוסדית אטית אך עקיבה, הזוכה בישראל לתשומת לב מועטה יחסית, בעיקר בהשוואה לביקורת החשובה המופנית כלפי הליך ההפרטה והשלכותיו. אפשר לקרוא לו "הפרטה פנימית". הכוונה לשינוי ארגוני פנימי המתרחש בתוך השירות הציבורי עצמו כדי לאמץ מודל עסקי-כלכלי של תמריצים ושל הסדרים חזיים פנימיים בתוך השירות הציבורי.¹⁵⁸ כך החליט שירות התעסוקה בעת האחרונה להעניק שכר עידוד (בנוס) לעובדים אשר מצליחים להביא לשלילת דמי אבטלה ממי שסירבו למשרה שהוצעה להם, פרקטיקה אשר זכתה לביקורת אינטנסיבית כאשר יושמה על ידי גופים פרטיים, במסגרת הניסוי.¹⁵⁹ תהליך זה קשור להליך ההפרטה במובן כפול: ראשית, כיוון שיש בו אימוץ נורמות של תמריצים אשר אינם מתאימים בהכרח לשירות הציבורי ואשר אינם מזוהים עמו באופן מסורתי. שנית, יש מקום להניח שתהליך זה

- LUC BOLTANSKI, EVE CHIAPELLO & GREGORY ELLIOT, THE NEW SPIRIT OF CAPITALISM 154
243–244 (2005).
- Gosta Esping-Andersen, *After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy*, in WELFARE STATES IN TRANSITION 1, 17–18 (G. Esping-Andersen ed., 1997);
Gosta Esping-Andersen, *Welfare States Without Work: the Impasse of Labour Shedding and Familialism in Continental European Social Policy*, in WELFARE STATES IN TRANSITION 80–81 (1997).
- הוועדה הציבורית אימצה את המרכזיות של עיקרון זה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 116–115.
- Alan Weil. *Assessing Welfare Reform in the United States*; 188 עמ' 1, לעיל ה"ש 1, עמ' 188; Paz-Fuchs, *Assessing Welfare Reform in the United States*, in WELFARE REFORM: A COMPARATIVE ASSESSMENT OF THE FRENCH AND U.S. EXPERIENCES 145, 149 (Neil Gilbert & Antoine Parents eds., International Social Security Series, vol. 10, 2004).
- Matthew Diller, *Going Private – the Future of Social Welfare Policy?*, 35 CLEARINGHOUSE REV. 491 (2002).
- ד' ויילר-פולק "עובדי לשכת התעסוקה מקבלים 20% בonus על שלילת דמי אבטלה" דה מרקר 159
www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090719_89723, 24.8.2009

הואץ בעקבות מגמת הפרטה ה"קלאסית" אשר מתגבשת סביב השירות הציבורי כמעין פעולת מנע. השירות הציבורי מבקש להראות אפוא שהכשלים הארגוניים והניהוליים הנודעים של השירות הציבורי (חוסר גמישות, היעדר תמריצים וכו') יכולים לבוא על פתרונם "מבפנים", ואין צורך לקדם הפרטה כדי להתמודד עמם. כך מוחלף המודל המסורתי, הביורוקרטי, של מבנה המושתת על כללים מנהליים ועל זכויות מקבלי השירות במבנה אשר אמור להיות דינמי יותר, הנשלט על ידי יעדים מדידים ותמריצים ראויים להשגתם.

המידע על אודות היקפה ומאפייניה של "ההפרטה הפנימית" בישראל מועט ואנקדוטלי, ובחינתה ראויה למחקר נפרד. לעומת זאת באירופה קיימת התלהבות רבה מהתפיסה הניהולית החדשה, המוכרת כ־New Public Management, ואשר מכתיבה סביבה ניהולית שונה, פורמלית יותר ומבוססת־תמריצים ביחסים שבין מנהלים לבין עובדים בשירות הציבורי, וכן בין מוסד או שירות ציבורי אחד למשנהו.¹⁶⁰

בגרמניה ובפינלנד למשל יחסים חוזיים הונהגו בין משרדי שירות התעסוקה לבין משרדי השמה הממומנים בכספים ציבוריים.¹⁶¹ מעניינת עוד יותר היא כניסתו של שחקן חד־ישן לעולם השירותים החברתיים, ולשירותי התעסוקה בפרט: המועצה המקומית. גופים אלו היו הסמכות העיקרית לקביעה ומתן של גמלאות בתקופת חוקי העניים,¹⁶² והוכנסו חזרה לתחום אשר נשלט על ידי השלטון המרכזי מאז הקמת מדינת הרווחה.¹⁶³ אף על פי שקיים פוטנציאל לא מבוטל ליכולת השלטון המקומי לגלות רגישות לאינטרסים, צרכים ושיקולים מקומיים,¹⁶⁴ קיים גם חשש רב שביזור השירותים החברתיים יוביל לפערים גדולים בין אזור לאזור,¹⁶⁵ ואף ל"מירוץ לתחתית".¹⁶⁶ כפי שאפשר לצפות, מידת שביעות הרצון ממדיניות זו משתנה מאוד ממדינה למדינה ומעיר לעיר. ההערכה עשויה להיות שלילית למדי, כפי שמתקבל הרושם מתכנית המופעלת בשיקגו;¹⁶⁷ היא עשויה להיות בסיס לתכניות יצירתיות

- ANNE DAVIES, ACCOUNTABILITY: A PUBLIC LAW ANALYSIS OF GOVERNMENT BY CONTRACT 56 (2001) 160
 Konle-Seidl, לעיל ה"ש 134, בעמ' 191; Struyven & Verhoest, לעיל ה"ש 123. 161
 Lorie Charlesworth, *The Poor Law*, 6 J. SOC. SEC. L. 79, 80 (1999) 162
 בישראל ראו את הדיון אשר החל להתקיים לאחרונה בנוגע להקמת משטרה קהילתית, אשר תמומן על ידי העיריות דרך מס ייעודי אשר יוטל על תושביהן. 163
 Simonin, לעיל ה"ש 67, בעמ' 290. 164
 Maija Sakslin & Elsa Keskitelo, *Contractualism in Finnish Activation Policy*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 349, 376 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006) 165
 Morel, לעיל ה"ש 95. 166
 Brodtkin, לעיל ה"ש 100. 167

ופורצות דרך, כפי שמלמד הניסיון באמסטרדם; ¹⁶⁸ היא עשויה להיות מיושמת בזהירות, תוך השפעה מועטה, בשל מסורת צרפתית צנטרליסטית איתנה. ¹⁶⁹

(ה) רגולציה כפתרון-על?

תשובה נפוצה של מצדדי ההפרטה לקשיים שהועלו מתמקדת באפשרות ליצור באמצעות החוזה פיקוח על פעולת השירות הפרטי. ¹⁷⁰ ברם קיימים מחסומים רבים בפני פיקוח יעיל על הפרטת שירותים חברתיים. מחסומים אלו נובעים מהיותה של המדינה בהפרטה מסוג זה – "רגולטור מסוג מיוחד". ¹⁷¹ במקום להתיר לגוף פרטי לפעול בחופשיות כל עוד הוא אינו פוגע באינטרסים ציבוריים חשובים, הגוף המפקח – היא המדינה – הוא מזמין השירות, זה שאמור להתוותו והמממן שלו. זהו הבסיס ליצירת תופעה הידועה כ"רגולטור שבוי", אשר רמת המחויבות שלו לקבלני השירות גבוהה מדי. ¹⁷² התפקיד הכפול שממלאת הרשות הציבורית – כמזמינת השירות וכרגולטור – מביאה במקרים רבים לזניחת השני ולהעדפת הראשון. באופן מעשי, בהגיעה להבנות עם מזמין השירות תיטה המדינה פחות לתפקד כגוף אדוורסרי וביקורתי, ויותר כשותפה לדרך של הזכייין. סיטואציה זו תוביל לפיקוח רופף דווקא במקום שבו פיקוח נוקשה יותר נדרש והכרחי. המודלים הרגולטוריים הנפוצים לפיקוח על גופים פרטיים עלולים, ואף צפויים, שלא להתאים למצב זה, בייחוד בשל הקשיים שעליהם עמדנו לעיל, ובהם המורכבות שבהגדרת המטרות והאמצעים של התכנית, ובשל ניגוד העניינים המובנה שבמודל הכלכלי. סיטואציה זו עשויה להסביר מדוע הן צוות הבדיקה מטעם משרד התמ"ת והן מבקר המדינה מצאו כשלים בבקרה ובפיקוח על התכנית. ¹⁷³ לפי הסבר זה, במילים אחרות, הכשל אינו מקרי אלא מובנה.

168 Sol & Hoogstanders, לעיל ה"ש 106.

169 Jean-Claude Barbier, *Embedding Contractualism in National Institutions: Performance Contracts in the French Public Employment Service*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 281 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).

170 פלג, לעיל ה"ש 82, בעמ' 140–144; בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 340; Jody Freeman, *The Contracting State*, FLA. ST. U. L. REV. 155, 201–202 (2001).

171 בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 315.

172 פלג, לעיל ה"ש 82, בעמ' 143; בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 323.

173 משרד התמ"ת דו"ח צוות הבדיקה לבחינת מבחן התעסוקה בתכנית מהל"ב, צוטט בדוח מחלקת המחקר והמידע של הכנסת תכנית מהל"ב מהבטחת הכנסה להכנסה בטוחה 18 (ירושלים, 2007); דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 75–77; מבקר המדינה דין וחשבון 555 לשנת 2004 760–721 (ירושלים, 2005).

יתר על כן, הקושי המובנה מוחמר גם בשל גורמים אחרים.¹⁷⁴ נסתפק בציון שניים מהם, הרלוונטיים מאוד לענייננו: ראשית, קיימים פערי מידע גדולים בין המפעיל הפרטי לבין הגוף המפקח, המובילים לחוסר יכולת לאמוד ולמדוד את איכות הטיפול. כל שבידי הגורם המפקח לעשות הוא לבצע בדיקות תקופתיות ולקבל הערכה מספרית של "השורה התחתונה". ברם היות שמדובר בשירותי אנוש, לא כל הפרמטרים (ובוודאי – לא כל הפרמטרים החשובים) ניתנים לאומדן בכלים מדידים. כמו כן הוצאת השירות מידי המדינה מובילה לפיחות זוחל במומחיותו של מזמין השירות, ובהתאמה – לתלות במומחיות ובמקצועיות של הזכייין. הכשירות לפיקוח יעיל פוחתת בהתאמה.

בהקשר של התכנית הישראלית המצב חמור עוד יותר, שכן מרכיב מהותי בפיקוח עצמו הועבר לחברה פרטית – עדליא ייעוץ כלכלי. חברה זו שולטת בפרטי המידע ומעבדת אותו בשביל מינהלת התכנית. באופן שאינו מפתיע דוח החברה הפרטית מעתיר שבחים על התכנית ככלל ועל פעולת החברות הפרטיות בפרט.¹⁷⁵ הדברים בולטים במיוחד כאשר דוח זה מוצב אל מול דוחות מבקר המדינה, דוחות ארגונים חברתיים ואף מול דוח הוועדה הציבורית. על כן אין תמה שהוועדה הציבורית מציינת כי הבעיות הנובעות ממבנה זה "גורמות לקשיים מהותיים בפיקוח יעיל של מינהלת התכנית ופוגעות בהשגת יעדי הבקרה והפיקוח".¹⁷⁶

3. ממד המיקרו של ההדדיות: ביורוקרטיה ועיצוב התנהגות

הפרדיגמה החזונית, המבוססת על הדדיות כעיקרון מנחה, הייתה עשויה להתפרש במובנים שונים ומורכבים לו הייתה באה לידי ביטוי רק בהקשרים המופשטים או המוסדיים, אשר נדונו לעיל. אך אין הדבר כך. למעשה, ביטוי מדאיג של שיח ההדדיות בא לידי ביטוי בשינוי מסגרת האינטראקציה בין הרשות לבין המשתתף בתכנית. שינוי שיח הזכויות (בממד המקרו) והעמקת ההפרטה של השירות (בממד הביניים) צפויים להביא, בהתאמה, גם לקשר שונה ברמה היום־יומית בין מקבל השירות לבין הרשות. על כן יש מקום לבחון את השינויים במדיניות הקונקרטיה ובתביעות ממקבלי השירות כחלק משיח ההדדיות. על פני הדברים, ממד המיקרו של שיח ההדדיות מיושם בהחלפתו של טיפול ביורוקרטי, המאופיין בסטנדרטים אחידים יחסית, במודל של טיפול יחידני בכל "מקרה" לגופו (Case Management).¹⁷⁷ מודל זה אמור להקנות למתכנן היעדים התעסוקתי גמישות רבה יותר

174 בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 321–323.

175 עדליא, לעיל ה"ש 116.

176 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 159–160.

177 שם, בעמ' 103.

בהתוויית תכנית אשר תספק, באופן הוליסטי, את צורכי המשתתף בתחום התעסוקה ובלא שתתעלם מהצורך להסיר מחסומים אישיים המקשים את הכניסה לשוק העבודה, ובהם בעיות בריאות, התמכרות לסמים או מורכבות לוגיסטית הנובעת מאילוצים משפחתיים.¹⁷⁸ ברם ברמה היישומית נתגלה חוסר גמישות בולט באיתור הכשלים התעסוקתיים האמתיים של המשתתפים. הוועדה הציבורית מצאה כי לא התקיים מנגנון אבחון וסינון אשר התייחס למצבו הרפואי, התעסוקתי והפסיכולוגי-סוציאלי של המשתתף. הדבר הוביל לכך שחלק ממקבלי הגמלה של הבטחת ההכנסה אשר חויבו להשתתף בתכנית "הם למעשה בעלי מסוגלות תעסוקתית נמוכה מאד עד לרמת חוסר מסוגלות מוחלטת. בין אלו ניתן למצוא משתתפים הלוקים בבעיות נפשיות ופסיכולוגיות-סוציאליות שאינן מגיעות כדי קביעת סף נכות רפואית ואי-כושר".¹⁷⁹

במקום אבחון הוליסטי בא מודל ההדדיות לידי "ביטוי מוחשי"¹⁸⁰ באופן המובהק ביותר בדרישה שמשתתפי התכנית יחתמו על "חוזה השתתפות" עם מרכז התעסוקה. דרישה זו, אשר על חלק מהביקורת כלפיה כבר עמדנו לעיל,¹⁸¹ אמורה גם לשקף בבהירות את תנאי ההתקשרות ולהעביר מסר שלפיו בחירותיו ורצונותיו של המשתתף מובאים בחשבון. כך להלכה. בעולם המעשה, בישראל ובמדינות אחרות, הטרמינולוגיה החוזית צוינה כ"מטעה" כיוון שרצון המשתתפים אינו מובא בחשבון.¹⁸² למשתתף אין חופש אמתי להיכנס או לא להיכנס למערכת חוזית, ולפיכך אין לו כוח אמתי להשפיע על האופן שבו החוזה יעוצב. הבעייתיות בשיח ההדדיות מתגלמת בעובדה שחתימה על חוזה היא תנאי מקדמי למימוש זכותו של אדם לביטחון סוציאלי. בהיעדר חתימה לא תהיה זכאות לגמלת קיום בסיסית, המהווה "חומת מגן אחרונה בפני עוני ומחסור".¹⁸³

לאור החידוש בדרישה זו יש מקום לשאול: מדוע נדרש המשתתף לחתום על חוזה השתתפות? לטעמי, יש צדק רב בעמדתו של ג'וזף הנדלר (Handler), הרואה בטקס החתימה על חוזה ההשתתפות, כמו בחלק ניכר ממאפייני התכנית, "מיתוס וטקסיות" (myth and

- 178 Considine, לעיל ה"ש 101, בעמ' 44-45.
 179 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 107, 113.
 180 Laura Lundy, *From Welfare to Work? Social Security and Unemployment*, in SOCIAL SECURITY LAW IN CONTEXT 291, 304 (N. Harris ed., 2000).
 181 ראו לעיל טקסט צמוד לה"ש 60-61.
 182 על ידי ועדת החוקה של הפרלמנט בפינלנד: Sakslin & Keskitalo, לעיל ה"ש 166, בעמ' 364; Yeheskel Hasenfeld & Dale Weaver, *Enforcement, Compliance and Disputes in Welfare to Work Programs*, 70 SOCIAL SERVICE REVIEW 235, 236 (1996).
 183 בג"ץ מנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 729, 737; Sakslin & Keskitalo, לעיל ה"ש 166, בעמ' 374-373.

ceremony).¹⁸⁴ מרק פרידלנד (Freedland) ודזמונד קינג (King) מחמירים יותר, בציינם שהחווה הוא כסות ליברלית למהלכים אשר עשויים להיות שרירותיים, כופים וחד־צדדיים.¹⁸⁵ המשותף לכל הביקורות הללו הוא אפוא החשש שה"חווה" בין המשתתף לבין הרשות הוא חווה רק לכאורה. לעומת היחסים ההיררכיים שבין הצדדים אשר נשמרו, השיח החוזי מאפשר לחבר את הרע משני העולמות: מצד אחד לחמוק מהאינטואיציות המבניות החשובות של המשפט הציבורי ושל יחסי העבודה, המחייבות הקפדה בשמירה על זכויות אדם (והדברים הם בבחינת קל וחומר כאשר יש חשש שמדובר באזרח אשר יתקשה לעמוד על זכויותיו בכוחות עצמו¹⁸⁶); מהצד אחר חווה אמור ליצור לגיטימציה חברתית ולבנות רקע משפטי למשטר (מנהלי) מחמיר יותר של זכאות למתן הטבות לגמלאות קיום ולהטבות חברתיות אחרות¹⁸⁷ על ידי שימוש פורמלי ב"חווה" שעליו חתם מבקש הגמלה.¹⁸⁸ אפשר לציין שתי דוגמאות בולטות לחד־צדדיות שבמודל ה"חוזי": ההחמרה במבחן התעסוקה להורה יחיד והדרישה ל"שירות בקהילה".

טרם כניסת התכנית לתוקף היה הורה אשר טיפל בילד עד גיל 7 פטור ממבחן תעסוקה ומהתייצבות בשירות התעסוקה. בתקופת יישום התכנית צומצם הפטור באופן שיחול רק על הורה יחיד המטפל בילד עד גיל שנתיים.¹⁸⁹ וכעת במסגרת הצעת חוק ההסדרים מוצע שמשותפת (על פי רוב מדובר בנשים) אשר לה ילד מעל גיל ארבעה חודשים תהיה כפופה למבחן התעסוקה.¹⁹⁰ אין הכוונה כאן לבחון את הבעייתיות שבהסדר זה בחינה מקיפה, אבל חשוב לומר את הדברים האלה: היה אפשר להעלות על הדעת שכנגד ההחמרה בחובה תבוא

184 Handler, *Myth and Ceremony in Workfare*; בעמ' 99, 12; Paz-; *Rights, Contracts and Client Satisfaction*, 34 J. SOCIO-ECONOMICS 101 (2005) Fuchs, לעיל ה"ש 78.

185 M. Freedland & D. King, *Contractual Governance and Illiberal Contracts: Some Problems of Contractualism as an Instrument of Behaviour Management by Agencies of Government*, 27 CAMBRIDGE J. ECON. 465, 470 (2003).

186 ראו את פסק דינה של השופטת ברק־אוסוסקין בדבר "החובה המוגברת" המוטלת על המוסד לביטוח לאומי להבהיר למבוטח את זכויותיו ובלאו נתונים זכויות אלו תלויות: עב"ל 1381/01 אולחובוק – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 9.2.2004).

187 פרידלנד וקינג מציינים שחוזים אלו הופכים להיות שכיחים יותר ויותר. עם זאת הם מוסיפים שחווה ההשתתפות כתנאי לקבלת גמלת קיום הוא "הגרסה הכפייתית ביותר" של חוזים אלו – ראו לעיל ה"ש 43, בעמ' 123. לעמדה זו שותף גם VINCENT-JONES, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23.

188 Mies Westerveld & Karin Faber, *Client Contracting in Social Security in the Netherlands*, CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 167, 171–172 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2006).

189 ס' 2(א)(5) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980.

190 ס' 39(2)(ד) להצעת חוק ההסדרים.

לידי ביטוי גם הגברת הזכות, או החובה של הצד שכנגד. במקרה זה חובה זו הייתה אמורה להיות מגולמת בשירותים תומכי-עבודה ובפרט – בסידורים לילדים. חובה כאמור לא עוגנה בתכנית עד עתה ואף לא בהצעת חוק ההסדרים, אף על פי שהוועדה הציבורית העירה כי ההשקעה של המרכזים בשירותים תומכי-עבודה מצומצמת ועומדת על 15% מהסכום שהוקצב לצורך זה.¹⁹¹

הדרישה השנייה – "שירות בקהילה" – לא רק שהיא אחד החידושים החשובים ביותר בתכנית, אלא היא גם אחת הדרישות התואמות באופן ברור ביותר את מודל ההדדיות. משתתפים בתכנית מחויבים ל"תכנית אישית" בהיקף של 30 עד 40 שעות בשבוע. במסגרת זו אפשר לשלבם ב"שירות בקהילה" למשך לא יותר מארבעה חודשים ברציפות.¹⁹² דרישה זו נובעת מפרדיגמת ההדדיות, כיוון שהיא מניחה שהעניים צריכים "לעבוד תמורת קצבאותיהם".¹⁹³ בנוסף, הדדיות מקושרת גם לתפיסה החוזית-שוקית הקלאסית, שכן מובלעת בדרישה זו גם ההנחה כי "עבודה" בבית, בלא שכר, אינה ראויה להיחשב תרומה הולמת לקהילה ולחברה.¹⁹⁴ אף על פי שתנאי חדש זה מוסבר לעתים ברצון "להקנות למשתתף הרגלי עבודה", נראה בבירור שההנמקה האמתית שונה היא. אין זה מפתיע שקובעי מדיניות בארצות הברית ובבריטניה הצדיקו את הדרישה במונחים חזיים. פיטר לילי (Lilley), אז השר לענייני ביטחון סוציאלי בממשלת בריטניה, הסביר זאת באופן הברור ביותר, באמרו כי "מי שחושב שזו חברה בה ניתן לקבל משהו בחינם – יכול לשכוח מזה".¹⁹⁵

ומעבר להצהרות פוליטיקאים מעבר לים, מדיניות המרכזים עצמם מלמד, שהדרישה ל"שירות בקהילה" איננה מוצאת את צידוקה בצורך לשיפורי העסקה של מי שהיו מחוץ למעגל העבודה זמן רב,¹⁹⁶ אלא דווקא בתביעה שמקבלי גמלאות "יעשו משהו"

191 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89.

192 ס' 42, 44 לחוק ההסדרים 2004.

193 Alan Deacon, *Welfare and Character*, in *STAKEHOLDER WELFARE* 60, 67 (Alan Deacon ed., 1996).

194 Matt Diller, *Working Without a Job: The Social Meaning of the New Workforce*, 9 *STANFORD L. & POL'Y. REV.* 19 (1998).

195 "those who think that this is a 'something for nothing' society can forget it"; DSS, PRESS RELEASE (6 Oct 1993) cited in CHRIS JONES & TONY NOVAK, *POVERTY, WELFARE AND THE DISCIPLINARY STATE* 97 (1999).

196 ראו למשל את אתר משרד התמ"ת לעניין זה, שבו מצוין כי "במסגרת השרות בקהילה מתרגל המשתתף מיומנויות עבודה כמו עמידה בלוח זמנים, יציאה קבועה מהבית, תפקוד בצוות ובמסגרת סמכותית, ולעיתים רוכש מיומנויות מקצועיות ספציפיות". www.moit.gov.il/NR/exeres/3288AA2F-96F0-4906-837D-99F1D70AB188.htm.

בתמורה לכספים שהם מקבלים "מאתנו".¹⁹⁷ כך היו פני הדברים למשל כאשר אל מרכז התעסוקה בירושלים הגיע פבל מורוז, מהנדס בן 64 בעל 30 שנות ניסיון במקצועו עד פיטוריו בשנת 2004. מורוז נשלח לבצע שירות בקהילה בבסיס צבאי. אף על פי שניסיונו המקצועי לא הצריך שיפור כישורי תעסוקה, דחתה ועדת הערר את השגותיו בהנמקה ש"אין פסול בהפנייתו לשירות בקהילה, על מנת לעדכן את כישורי העבודה שלו, ולהביא להתערותו בחברה המגוונת (ולא רק רוסית)".¹⁹⁸

הפניה של משתתפים בעלי ניסיון תעסוקתי אינה עניין חריג. בדיקה של מבקר המדינה גילתה כי 30% ל-50% מהמשתתפים אשר הופנו לשירות בקהילה היו בעלי ניסיון תעסוקתי.¹⁹⁹ יתר על כן, מרשימת האתרים והמשימות שאליהם נשלחים המשתתפים למילוי חובתם לשירות בקהילה – הכנת שקי חפצים בבסיסי צה"ל, שימור אתרים, עבודות ארכיון בעיריות וכדומה²⁰⁰ – עולה כי מדובר בעבודות טכניות אשר אינן דורשות כישורים כלשהם ואינן מפתחות כאלה. ממצאים דומים התגלו בתכניות כאלה בעולם.²⁰¹

יתר על כן, אם המשתתפים ממלאים תפקידים אשר יש בהם תועלת כלשהי (ולו טכנית), הדבר מעורר שאלות מהותיות בנוגע להשלכות השירות בקהילה על שוק העבודה בכללותו. ראשית, לאילו זכויות זכאי אדם המועסק במסגרת שירות בקהילה? בית המשפט בארצות הברית קבע למשל כי אלמנת אדם שנפטר מזיהום שאליו נחשף במסגרת שירות בקהילה תהיה זכאית לקצבת שארים כאילו הייתה אלמנתו של עובד שכיר.²⁰² בנוסף, כיצד אפשר להצדיק העסקת אדם תשע שעות ביום תוך עקיפת זכותו הקוגניטיבית לשכר מינימום? הרציונלים אשר הנחו את בית המשפט בדונו בהעסקת אסירים (בעיקר העובדה שבית הסוהר דואג למגורים ולמוזון של האסיר)²⁰³ בוודאי אינם יכולים להיות רלוונטיים כאן. לעומת זאת הרציונלים להגנה על זכות העובד לתמורה מינימלית רלוונטיים עד מאוד:

- 197 ועדת העבודה של הפרלמנט הבריטי בחרה לראות בחוזה שעליו חותם המשתתף "formalised contract [between the claimant and] the taxpayer" (emphasis added), מצוטט ב-KING, לעיל ה"ש 30, בעמ' 248.
- 198 מדברי בית הדין האזורי לעבודה בעניין עב' (אזורי-ים) 2267/06 מורוז – משרד התמ"ת – תכנית מהל"ב (פורסם בנבו, 12.7.2007).
- 199 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 46–47.
- 200 מחלקת המחקר והמידע של הכנסת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 8.
- 201 בצד הדוגמה הידועה של גריפת עלים בפארק, גייסון דה־פרלה מספר על משתתפים אשר נדרשו לסדר צעצועי ילדים בערמה גדולה משך כל המשמרת. בסיומה היה המשגיח מפזר את הערמה, והמשמרת השנייה הייתה מתחילה את המטלה מחדש: JASON DE PARLE, AMERICAN: A DREAM: THREE WOMEN, TEN KIDS, AND A NATION'S DRIVE TO END WELFARE 168 (2004).
- 202 Patterson v. Industrial Commission of Ohio, 672 NE.2d 1008 (1998).
- 203 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, נה (4) 817 (2001).

הפיתוי של גופים מלכ"רים או ממשלתיים (מוסדות עסקיים אינם רשאים לקלוט משתתפים במסגרת שירות בקהילה²⁰⁴) להשתמש בעובדים ללא צורך בתשלום תמורה יהיה גדול מאוד.

אך בעשותם כן הם מביאים להרחבת הרוויה הקיימת של מועסקים בשוק העבודה השניוני ומקטינים את כוח המיקוח, הקטן ממילא, של עובדים כאמור. הקישור לממד המוסדי אשר נדון לעיל ברור: כדברי מת"י דילר (Diller) – בכוחה של התפתחות זו "לשנות את המוסד החברתי של עבודה בחברה האמריקאית ולחתור תחת מסגרת התעסוקה המסורתית".²⁰⁵ אמנם כמו בארצות הברית גם החוק הישראלי אוסר על החלפת עובדים קבועים במשתתפים בתכניות שירות בקהילה. ברם כמו בארצות הברית, אפשר למלא במשתתפי שירות בקהילה תפקידים אשר במצב אחר היה צריך לשכור עובדים כדי למלאם.²⁰⁶ במילים אחרות, ההסדר מגן על עובדים אינדוידואליים אך לא על מקומות עבודה ככלל. בכך בא לידי ביטוי החיבור בין שלושת הממדים של שיח ההדדיות:

The form of enterprise organization that replaces the work contract by a commercial contract with a service provider makes it possible largely to brush aside the constraints of labour law... The increase in proportions of "negotiated rights" vis-à-vis "legislated rights" has thus itself accentuated the disparity in rights between workers [and] the fragmentation of labour law.²⁰⁷

לסיום נקודה זו: הזכרנו לעיל שגופים ממשלתיים יכולים לעשות שימוש במשתתפי השירות בקהילה. אך למעשה ניגוד העניינים של המדינה בהקשר זה אינו זניח: בתור רגולטור, תפקיד המינהלת לפקח על השימוש הראוי במשתתפי השירות בקהילה. אולם בתור מי שנהנה מעבודתם, יש חשש שפיקוח זה לא יהיה מחמיר מדי. לדוגמה, מבקר המדינה מצא שבאחד הגנים של רשות הטבע והגנים הלאומיים השתמשו במשתתפי שירות בקהילה אף על פי שבעבר הועסקו במסגרת זו עובדים אשר קיבלו שכר מינימום תמורת עבודתם.²⁰⁸

204 ס' 44 לחוק ההסדרים 2004.

205 Diller, לעיל ה"ש 195, בעמ' 27.

206 שם, בעמ' 29–30.

207 BOLTANSKI, CHIAPELLO & ELLIOT, לעיל ה"ש 153, בעמ' 243–244.

208 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 48. דוגמה נוספת מתגלה במכתב של עו"ד גלית לביא, הלשכה המשפטית של משרד התמ"ת, לעו"ד ערו בן-צור, הלשכה המשפטית בנציבות שירות המדינה (30.10.2005). BDC612C112A8/0/7m.pdf. במקרה זה השימוש במשתתפי שירות בקהילה נעשה בבית חולים מלבן בנתניה לצורכי שיפור חזות בית החולים, צביעה ושיפוץ חדרי האשפוז וליוי

כמו כן בדיקה מדגמית של מבקר המדינה גילתה ש-10% מהמשתתפים שעשו שירות בקהילה בנצרת הופעלו בידי העירייה בפרויקטים שלא אושרו.²⁰⁹ ענייננו של פבל מורוז, אשר הוזכר לעיל, הוא אינדיקטור לתופעה רחבה יותר. היומרה של מרכז התעסוקה כי בכוחו לדרוש את התערותו של משתתף בקרב דוברי עברית דווקא מדגישה כי פוטנציאל השימוש בחוזה ההשתתפות אינו חד־ממדי. בצד צמצום ההיקף התקציבי של התמיכה בנוקטים, השימוש בכלי החוזי מאפשר את הרחבת השליטה החברתית במשתתפי התכנית, במגוון תחומים של חייהם.²¹⁰ פִיבֶן וקְלוֹארְד (Piven and Cloward) הבהירו נקודה זו:

...relief-giving is partly designed to enforce work... We take it for granted that all societies require productive contributions from most of their members, and that all societies develop mechanisms to ensure that those contributions will be made. In the market economy, the giving of relief is one such mechanism. But much more should be understood of this mechanism than merely that it reinforces work norms.²¹¹

בתחילת הדברים הזכרנו את הניסיון המתמיד למקד את הסיוע הכספי בעניים "ראויים" בלבד. במסגרת ממד המקרו תפיסה זו מאפשרת שמירה על הלגיטימציה של התכנית כולה. להשלמת התמונה, ממד המיקרו מאפשר, באמצעות המנגנון החוזי, לדרוש ממשתתפים לשנות את התנהגותם כתנאי לקבלת גמלאות כדי שיהפכו לראויים לגמלאות. שינוי זה יכול להיות מכוון להקשרים שאינם נוגעים בהכרח לשיפור סיכוייהם להיקלט בשוק התעסוקה.²¹²

המודל החוזי הוא כלי יעיל לארגונים השואפים לשנות התנהגות, בשל כושרו לתרגם "ציפיות עמומות ולא מוגדרות לדרישות קונקרטיות ומוגדרות".²¹³ פרופ' פרנק פילד (Field), לימים השר המופקד על רפורמת רווחה בממשלת טוני בלייר, הכריז כי "מערכת הרווחה צריכה לתגמל התנהגות טובה ולעודד את מילוי התפקידים המוערכים על ידי

וסיוע בהפעלת קשישים בתקופת השיפוץ. כצפוי, פנייה למינהלת על יסוד חשש לשימוש לא ראוי במשתתפים נדחתה.

209 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 51–52.

210 Brodtkin, לעיל ה"ש 100, בעמ' 95.

211 PIVEN & CLOWARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' xix.

212 JONES & NOVAK, לעיל ה"ש 196, בעמ' 80.

213 Freedland & King, לעיל ה"ש 186, בעמ' 468; CHARLES MURRAY, THE EMERGING BRITISH UNDERCLASS 25 (1990).

המדינה", שכן "תפקיד מערכת הרווחה היא גם לתגמל וגם להעניש... [בהחליפה] מוסר נוצרי באשרור ההבחנה בין התנהגות ראויה להתנהגות שאינה ראויה".²¹⁴ אחת ממובילות עמדה זו מקרב המשפטנים אשר חוקרים את תחום הרווחה, איימי וקס (Wax), מסבירה שעקרון ההדדיות מאפשר לממשלות לדרוש ממשתתפים להתאים את התנהגותם ל"המוסר הנוהג" ולאופן שבו "מצופה מאנשים רגילים להתנהג".²¹⁵ היא מוסיפה (במקום אחר) כי –

perhaps potential welfare recipients are *finally getting the message* that they are expected to do anything they can to lift themselves out of poverty, which includes entering the workforce, forswearing drugs and crime and avoiding potentially costly childbearing.²¹⁶

ואכן, "הסכם ההשתתפות" שעליו חויבו משתתפים במרכז התעסוקה בירושלים לחתום כלל תנאים כגון איסור שימוש בטלפון נייד, הקפדה על "סדר וניקיון" וכן על "הופעה נקיה ומסודרת".²¹⁷ התנהגות א-סוציאלית ראויה להתווסף, לפי גישה זו, לבחינת הנזקקות כקריטריון לקביעה או שלילה של גמלאות.²¹⁸ ברם הקו בין התנהגות ראויה להתנהגות שאינה ראויה משתנה לעתים תכופות, כתלות במוסר הנוהג בחברה, ואף חשוב מכך – כתלות בכוחות אשר עשויים להשפיע על קביעת הקריטריונים ההתנהגותיים הרלוונטיים. בהקשר הישראלי, הדוגמה לסכנה הגלומה בתפיסה זו היא האפשרות לשלילת גמלאות בעילה של "אי-שיתוף פעולה". בהתניה זו השתמשו בשנים הראשונות להפעלתה כעילה מרכזית לשלילת גמלאות.²¹⁹ העילה שימשה בין השאר מעין "מבחן נאמנות" והיותה את הבסיס המשפטי לשלילה לסנקצייה נגד משתתפים אשר תועדו מפגינים נגד התכנית. אף על פי שהשימוש בעילה זו כבסיס לשלילת גמלאות הופסק בעקבות הביקורת הציבורית, הצעת חוק ההסדרים ביקשה להחזירו. דברי ההסבר להצעת החוק מעידים בכיורור כי הציפייה שהמשלה תשמש רגולטור יעיל במרכזי התעסוקה הפרטיים צפויה להיכזב. החקיקה מגנה על האינטרסים של מרכז התעסוקה הפרטי, בהעניקה סמכות לשלילת גמלאות על בסיס עמום למדי:

- .Frank Field, *A Rejoinder*, in *STAKEHOLDER WELFARE* 107, 111 (Alan Deacon ed., 1996) 214
 .Amy Wax, *A Reciprocal Welfare Program*, 8 *V.A. J. SOC. POL.* 477, 500 (2001) 215
 .A. Wax, *Welfare Rights*, 63 *L. & CONTEMPORARY PROBLEMS* 257, 285 (2000) 216
 בניש, לעיל ה"ש 82, בעמ' 332. 217
 .L.E.A. Howe, *The "Deserving" and "Undeserving"*, 14 *J. SOC. POL.* 49, 68 (1985) 218
 אחרות, היילבורן ושמלצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 12. 219

מוצע להבהיר, למען הסר ספק, כי אי-שיתוף פעולה מצד משתתף בביצוע התכנית האישית שנקבעה לו... אם נכח המשתתף במרכז התעסוקה... וכן התנהגות שיש בה כדי למנוע את ביצועה של התכנית האישית או לפגוע בפעילות מרכז התעסוקה, לא ייחשבו כביצוע תכנית אישית... ובהתאם ייחשבו כהיעדרות מן הפעילות... לצורך חישוב גמלת הבטחת הכנסה למשתתף.²²⁰

הצעת החוק יוצרת אפוא פיקציה משפטית, אשר על בסיסה אפשר לרשום היעדרות מן הפעילות גם אם היעדרות כאמור לא נרשמה. אבל מלבד זאת, עילה זו מקנה למרכז הפרטי את הכוח להסדיר את התנהגות המשתתף על סמך קריטריונים אשר הוא עצמו יקבע. למשל, מרכז התעסוקה עלול לקבוע שעישון או היריון מקטינים את הסיכוי למנוע את ביצוע התכנית האישית. בדומה, הפגנה או כתיבת פוסט ביקורתי בבלוג עלולה בהחלט להתפרש כ"פגיעה בפעילות מרכז התעסוקה".

סיכום

מאמר זה שרטט את שלושת הממדים של פרדיגמת ההדדיות, בהתמקדו ביישום תכנית רווחה לעבודה בישראל. המאמר השתמש במסגרת תאורטית ביקורתית כדי להאיר את ההשלכות הבעייתיות המתגלות עקב ההיצמדות לפרדיגמה זו. אך לא פחות חשוב מכך, העושר האמפירי אשר בא לידי ביטוי בדוחות עבי כרס אפשר להעמיד את התאוריה אל מול המציאות, ולבחון את הביטויים הקונקרטיים ביותר שלה. לאור האמור המאמר ביקש להראות שהתופעה רחבה ממקרה המבחן. ראשית, כיוון ששיח ההדדיות, על שלושת ממדיו, יכול להיות מיושם בהקשרים רחבים בהרבה, ואכן אנו מוצאים ניצנים לשיח זה בתחומים חברתיים שונים, ובהם תחומי הביטחון הסוציאלי, שאינם נוגעים בטיפול במובטלים, חינוך, דיור ובריאות; שנית, מכיוון שהשילוב של דוחות ממלכתיים ושאינם ממלכתיים עם מסגרת תאורטית קוהרנטית מביא למסקנה עגומה למדי: העזים (המוכנסות לחוק ההסדרים) פועות, והשיירה עוברת. דוחות מקדימים מזהירים מפני יישום מודל מסוים, והמודל נבחר. דוחות מאוחרים מתריעים על ההשלכות הקשות של חלק ממאפייני ה"ניסוי", והצעת החוק מבקשת לשכפל מאפיינים אלו בדיוק. כוח השכנוע של הפרדיגמה חזק מכל טיעון ומכל הסבר.

220 ס' 38(5) להצעת חוק ההסדרים.

תוך הכרה בסיכונים הכרוכים ביומרה נבואית אפשר לומר שיש סיכוי לא מבוטל שתקופה זו שבה אנו חיים תיזכר כ"עידן ההדדיות". לאחר תור הזהב של מדינת הרווחה, שבו היה ניסיון להטמיע תפיסה של "אזרחות חברתית" (social citizenship), תפיסת ההדדיות מבקשת להעמיד את מילוי החובות כתנאי מקדים לנגישות הזכויות. ברם אין זה מקרי שאותה דרישה למילוי חובות מוצבת בעיקר, אם לא באופן ייחודי, בפני בני ובנות השכבות החלשות באוכלוסייה, ודווקא בפני הזכויות הרלוונטיות לרווחתם. על כן יש להצטער שדווקא המעבר מסטטוס לחוזה, אשר היה אמור להיטיב דווקא עם מי שנאלצו לסבול מהגבלה של שאיפותיהם וחלומותיהם, נוצל כדי להחזיר את הגלגל לאחור ולחתור תחת אותה אזרחות חברתית.

הפטישיזם של החוזה הפך את המעמד הבסיסי ביותר, של אזרח שווה זכויות, למותנה במילוי חובות כלכליות, חברתיות ומוסריות. באופן אירוני תלות כלכלית מנעה, בימים שכבר עברו ואינם, מאדם את הזכות לבחור ולהיבחר, כיוון שהסתמכות על קצבאות שללה מאזרח את המעמד של אדם "עצמאי" (independent). המעגל אפוא נסגר, שכן השימוש במכניזם החזוי מאפשר לחסום בפני אנשים עניים אפשרויות שאחרת היו נתונות להם. במקום לשמש גשר בין האדם לחברה ולמדינה, הפרדיגמה החזוית מובילה לתוצאות של הדרה חברתית אשר עלולה להיות ארוכת טווח.

הדרה זו נובעת מהתחזקות הצורך הציבורי להבחין בין עניים ראויים לסיוע לבין אלו אשר אינם ראויים. הפרדיגמה החזוית, על שלושת ממדיה, נוקטת הבחנה זו ומתיימרת לשמש לו פתרון ומוצא. ברם סנקציות חריפות המופנות כלפי בני ובנות אוכלוסייה ענייה מובילות להדרה נוספת, ועמוקה יותר. ראשית, אלו אשר אינם יכולים או מוכנים לעמוד בתנאים החזויים המוצעים להם כקבל הכול או דחה הכול, נותרים בלא סיוע כלל; שנית, אלו אשר משתלבים "בהצלחה" בשוק העבודה נאלצים על פי רוב להסתפק במשרות המוצעות בשוק העבודה השניוני הרווי ולהדחיק את שאיפותיהם לגבור על המחסומים הנערמים בפני האפשרות לחדור אל שוק העבודה הראשוני. רווחה ועבודה אכן קשורות בטבורן, ואין כמו תכניות רווחה לעבודה כדי להמחיש זאת. דחיקת מובטלים רבים יותר לשוק העבודה, דרך מסגרות מופרטות ותוך פיקוח מתדלדל, טוביל לשינוי עמוק של מוסד העבודה ולהדרה של קבוצות אוכלוסייה נוספות, ובהן אוכלוסייה של אנשים עובדים.²²¹

הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבין-לאומיים

מאת

פאינה מילמן-סיון*

הקדמה. א. המשפט הבין-לאומי ועבודת אסירים – מסגרת הדיון. ב. האמנה למיגור עבודה כפויה – אמנה מס' 29 (1930); 1. מעמדה המרכזי של האמנה והרקע לחקיקתה; 2. האיסור על גופים פרטיים להעסיק אסירים בכפייה. ג. פרשנות עדכנית לאמנה למיגור עבודה כפויה; 1. מערכת היחסים בין בית הסוהר הפרטי למדינה; 2. "...ואשר אדם זה לא הציע לעשותם מרצונו הטוב"; 3. סיכום ביניים – האם אמנה מס' 29 עדיין רלוונטית? ד. אמנות בין-לאומיות נוספות להגנה על זכויות אסירים. ה. משפט העבודה הבין-לאומי והפרטת בתי הסוהר בישראל – הדיון שלא היה. סיכום.

הקדמה

בהחלטה תקדימית מנובמבר 2009 עצר בית הדין הגבוה לצדק את המהלך הניסיוני של הפרטת בתי הסוהר בישראל. בפסק הדין החטיבה לזכויות האדם נ' משרד האוצר (להלן: בג"ץ ההפרטה) נקבע כי העברת אחד מתפקידי הליבה של המדינה המודרנית – הפעלת בתי

* פאינה מילמן-סיון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. רשימה זו היא חלק מפרויקט רחב יותר הבוחן את חוקיות מכלול ההסדרים המשפטיים הקיימים בישראל באשר לעבודה במסגרת ההליך הפלילי. אני מודה לעינב גולומב, לרונית הרמת-הלפרן, לחני לרנר, לאורנה רבינוביץ-עיני ולחבריי בפורום למשפט וחברה באוניברסיטת חיפה על שקראו טיוטות קודמות והעירו הערות מועילות ותורמות. גרסה שונה של המאמר הוצגה בסדנת עבודה ורווחה באוניברסיטת תל-אביב, בהנחיית גיא מונדלק, הילה שמיר ויופי תירוש, ואני מודה לכל המשתתפים על הדיון המהנה והמועיל ועל ההערות הבונות. למדתי רבות משיחות שקיימתי עם חני אופק, עביר בכר, אורן גול-אייל, יוסי דהאן, אביב וסרמן ומשה כהן-אליה. ברצוני להודות גם לסטודנטים המעולים שסייעו רבות בידי במחקר ובעריכה: גיא אלמוג, איילת בך, הדס הולצשטיין, ניסו מטרי, גיא קורטני, פזית רשטיק ורואי תמרי.

הסוהר – לידיים פרטיות אינה עומדת בביקורת שיפוטית ודינה להתבטל.¹ נקבע כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: תיקון 28), המעביר את סמכויות הכליאה – שהפעלתן כרוכה בפגיעה מתמדת בזכויות אדם – לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח, פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²

בתקדים זה בית המשפט הגבוה לצדק משרטט למעשה את "גבולות ההפרטה" בישראל, ואין תמה אפוא שהוא מעורר דיון ציבורי ומשפטי סוער בסוגיות רבות, ובעיקר בתחומי המשפט הציבורי והמנהלי. ההיבטים הנוגעים לדיני עבודה שמתעוררים בפסק הדין, המעוגנים בשאלות העולות בנוגע לעבודת האסירים בבית הסוהר הפרטי זכו עד כה לדיון שולי בלבד.

מטרתה של רשימה זו היא להאיר את הסוגיה של עבודת אסירים בידי ידיים פרטיות מנקודת מבט שטרם זכתה להכרה בישראל – היא נקודת המבט של דיני העבודה הבין-לאומיים. היחס שבין הפרטת בתי הסוהר ודיני עבודה בין-לאומיים, או במילים אחרות עמדתו של משפט העבודה הבין-לאומי באשר לבעייתיות שבהעבדת אסירים בכפייה על ידי גופים פרטיים למטרות רווח, טרם זכתה כאן להתייחסות ראויה.³ מטרת הרשימה היא אפוא למלא חסר זה בספרות, ובכך להצביע על הצורך למקד את תשומת הלב בסוגיות כלליות של עבודת אסירים בהקשרים תעשייתיים.

בנוסף, רשימה זו תראה כי יש בעמדת משפט העבודה הבין-לאומי כדי לחזק את התוצאה הסופית של פסק הדין. זאת אף על פי שבג"ץ ההפרטה מתייחס לעבודת אסירים באופן חלקי בלבד ומתעלם ממשפט העבודה הבין-לאומי. בתמצית קובע משפט העבודה הבין-לאומי כי אחת מסכנות ההפרטה של בתי הסוהר היא פגיעה חמורה בזכותו של כל

1 ראו: בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: בג"ץ ההפרטה).

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

3 יצוין כי האגודה לשמירת זכויות האזרח העלתה את הסוגיה בהקשר זה במהלך דיוני החקיקה. בישיבה השישית של ועדת הפנים ואיכות הסביבה מציינת ניצבת חנה קלר, היועצת המשפטית של משרד הפנים, כי מישיבות עם האגודה לזכויות האזרח עולה כי ישראל מחויבת לאמנות הבין-לאומיות המגבילות את עבודת האסירים בכלא המופרט. עם זאת הדוגמה שהיא מעלה היא של זכייני המעסיק אסירים במסגרת תאגיד נוסף שבבעלותו ואת הצורך למנוע העסקה כאמור. הדיון בסוגיה זו נדחה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 132 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-16 (15.1.2004) (דברי היועצת המשפטית של משרד הפנים, ניצבת חנה קלר). בנוסף, ביזמת המחברת נכללה הסוגיה בעתירה של חטיבת זכויות האדם של המרכז למשפט ועסקים, והיא אף נדונה בחלק מהדיונים בעל פה בעתירה. עם זאת עיקר הדיון התמקד בשאלת ההפרה של זכויות האדם באופן כללי, ובשום שלב לא הפכה סוגיה זו לסוגיה מרכזית בדיון.

אדם להיות חופשי מעבודה כפויה. משפט העבודה הבין-לאומי מציע אפוא מסגרת מושגית לדיון הקיים בתנאי עבודתם של אסירים במסגרת ריצוי עונשם, ובמרכזה ההבחנה החדה בין ההסדרה המשפטית של העסקת אסירים על ידי גורמים פרטיים לבין העסקתם על ידי גורמים ציבוריים.⁴ תפיסה זו מתיישבת עם ההבחנה החדה שנערכה בפסק הדין בין הפרטי לציבורי ומאירה היבטים חדשים של נושא עבודת האסירים בבתי הסוהר הפרטיים. בכך מודגשת החשיבות בעמידה על פרטי הפגיעה הנטענת בכבוד האדם של אסירים במסגרת הפרטית. יצירת זיקה בין פסק הדין לבין משפט העבודה הבין-לאומי מדגימה גם את הרלוונטיות של אמנות העבודה הבין-לאומיות גם אם אלו נוצרו בראשית המאה הקודמת, וזאת בשל חשיבותן וחיוניות הדיון בהן להבנת סוגיות עכשוויות בוערות.

וזהו סדר הצגת הדברים: תחילה, בפרק א, אעמוד על הסיבות להזנחת הדיון העוסק בהעסקת אסירים על ידי גורמים פרטיים במשפט העבודה הבין-לאומי, ועל חשיבות הדיון שהוזנת. בפרק ב אסקור את הרקע ההיסטורי ליצירת האמנה האוסרת על עבודה כפויה ואעמוד על מרכזיות האמנה במשפט העבודה הבין-לאומי, וכן אבחן את האיסור המוטל על גופים פרטיים להעסיק בכפייה. בפרק ג אעמוד על הפרשנויות השונות לאמנה, ובהמשך, בפרק ד, אסקור את יחסם של אמנות וכללים בין-לאומיים נוספים לעבודת אסירים. להשלמת התמונה, בפרק ה, אתמקד בסוגיית הפרטת בתי הסוהר בישראל תוך בחינת ההשלכות של דיני העבודה הבין-לאומיים על סוגיה זו והצגת שאלות הדורשות מחקר עתידי.

א. המשפט הבין-לאומי ועבודת אסירים – מסגרת הדיון

ככלל, עיסוקן של המשפט הבין-לאומי בסוגיה של עבודת אסירים במסגרת ידיים פרטיות הוא דל. בעשור האחרון התקיים דיון ער בנושא זה בארגון העבודה הבין-לאומי, אולם זהו חריג יחיד לקביעה זו. אחד ההסברים האפשריים לדלות הדיון בתחום זה, בעיקר ברמה הבין-לאומית, עשוי להיות מיקומו בתפר שבין ארבעה תחומי ידע מובחנים: משפט העבודה, המשפט הבין-לאומי, זכויות אסירים וסוגיית ההפרטה. רק הסינתזה בין ארבעת התחומים היא שמאפשרת להתמקד בנושא שנתר עד כה בשולי כל אחד מהתחומים.

מנקודת המבט של העוסקים בהפרטה תסווג הסוגיה כחסרת חשיבות. בישראל לדוגמה הדיון בהפרטה התרכז בסוגיות כגון יעילות כלכלית וחלוקת העושר בחברה, והותיר את

4 הדיון כאן מוגבל אך ורק לעבודת אסירים אשר מרצים את עונשם בבתי הסוהר. מעורבותם של גופים פרטיים במסגרת עבודה שמבוצעת בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, כגון עבודת עצירים או עבודה במסגרת עבודות שירות, חורגת ממסגרת הדיון.

שיח זכויות האדם בשולי הדיון.⁵ כסוגיה משפטית לא התקיים עד כה דיון בהפרטת בתי הסוהר בעולם, וישראל כאמור היא חלוצה בעניין זה. בדומה, הדיון האקדמי בזכויות אסירים באופן כללי, בישראל ובעולם, מתמקד לרוב בנושאים כגון צפיפות תנאי המאסר, היקף האלימות בכלא, השימוש בסמים וכיוצא באלו נושאים. תשומת לב מועטה בלבד הוקדשה לעבודה שמבצע האסיר.⁶ דעת הקהל העולמית והארצית וארגוני זכויות האדם אינם מגלים בדרך כלל עניין רב בעבודת האסירים ובשכר הנמוך המשולם במסגרתה. בעולם נרשמו אך מקרים מעטים שבהם זכתה עבודת אסירים לתשומת לב ציבורית משמעותית. מקרים אלו כוללים למשל את הניסיון משנת 1995 לחדש בכמה מדינות בארצות הברית את הפרקטיקה של כבילת אסירים זה לזה בשלשלאות והעברתם בעבודת כפיים קשה במשך שעות ארוכות (chain-gangs). הניסיון עורר הד ציבורי נרחב בארצות הברית. חריג נוסף הוא חשיפת התנאים המחורידים השוררים במחנות העבודה בסין והיקפם העצום, נושא שעורר אף הוא הד ציבורי עולמי. עם זאת אפשר לקבוע כי חריגים אלה הם בבחינת היוצא מן הכלל המעיד על הכלל, ועיקר ההתעניינות העולמית בזכויות האסיר מתמקדת בנושאים אחרים.⁷

5 דפנה ברק-ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט 8 (2001) 209; השוו: יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 287, 291 (2007) (הדיון המשפטי בנושא ההפרטה באופן כללי הוא מועט "הן במנחים מוחלטים והן ביחס לחשיבותה ומרכזיותה של התופעה בחיינו הציבוריים"); השוו גם: ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי'" זכויות כלכליות וחברתיות ותרבותיות בישראל 131, 136 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (פעמים רבות נותרות הבחירות הערכיות וההערכות העובדתיות הרלוונטיות מחוץ לשיח הציבורי בנושאי הפרטה).

6 Colin Fenwick, *Private Use of Prisoners' Labor: Paradoxes of International Human Rights Law*, 27 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 249, 293 (2005). ראו בהקשר הישראלי: Leslie Sebba, *Israel, in PRISON LABOUR: SALVATION OR SLAVERY?* 115, 115 (Deirk van Zyl & Frieder Dunkel eds., 1999). פרופ' סבה מציין כי השיח הציבורי, התקשורתי והפרלמנטרי בישראל נוטה להתמקד בנושאים כמו צפיפות התאים ושיקום, והדיון בעבודת אסירים עולה בעיקר בהקשר זה.

7 Gerals De Jonge, *'Still Slaves of the State': Prison Labour and International Law*, in PRISON LABOUR: SALVATION OR SLAVERY? 313, 314–319 (Deirk van Zyl & Frieder Dunkel eds., 1999). בשנת 1995 חשף ארגון "אמנסטי אינטרנציונאל" כי מדינות אלבמה ואריזונה מפעילות שוב את הפרקטיקה של כליאת אסירים יחידו בשלשלאות תוך עבודות כפייה הכוללות 10–12 שעות עבודה, פעמים רבות בשמש הקופחת, כמעט ללא הפסקות. פלורידה ויוטה אישרו אף הן חקיקה כאמור, והיה חשש כבד כי מדינות רבות בדרך לאמץ פרקטיקה זו. רוב האסירים שהועסקו בדרך זו היו ממוצא אפריקאי-אמריקאי, מה שמסביר את הטענה כי מדובר בפרקטיקה בעלת משמעות סימבולית, המעלה באור את תקופת העבדות (סוגי העבודה הנדרשים היו למשל שבירת אבנים או סלילת כבישים, ומדי האסירים נמצאו

משפט העבודה הישראלי, בדומה למשפט העבודה בשיטות משפט אחרות רבות, הדיר את האסיר מתחום התפרסותו למרות התרחבותה המשמעותית של תופעת העסקת אסירים על ידי גופים פרטיים בארץ ובעולם.⁸ בפרשת שדות, שהיא פסק הדין התקדימי בנושא, נקבע כי ככלל אין אסירים יכולים להיחשב "עובדים".⁹ אף על פי שאסירים מקיימים את מבחן ההשתלבות המקובל לקביעת יחסי עובד-מעביד, נפסק כי היעדרם של יחסים חוזיים בין בית הסוהר לאסירים מעיד על אפשרות קיומם של תחולת חוקי עבודה מסוימים באשר לאסירים רק כחריג בהקשרים מוגדרים, כגון תחום הבטיחות בעבודה. התקיימותו של חריג כאמור יש לבחון על פי כל חוק בנפרד, על פי תכלית החקיקה הספציפית. בפרשת שדות נדון חוק שכר מינימום, ונקבע כי אין להסיק מתכלית החקיקה כי החוק נועד לכלול בתחום התפרסותו את האסיר העובד.¹⁰ פסיקה זו תואמת פסיקה בהקשרים דומים, כגון עתירות אסירים לקבלת שלום מכוח חוק חופשה שנתית, ונושא עבודת האסירים נותר אפוא בשולי הדין של משפט העבודה.¹¹

אף המשפט הבינ-לאומי מותיר את עבודת האסירים כנושא משני ברוב המכשירים המשפטיים הבינ-לאומיים שנועדו להגנת האסיר.¹² כפי שנראה להלן, בעשור האחרון גברה ההתעניינות בארגון העבודה הבינ-לאומי בנושא עבודת האסיר בכלא הפרטי, אך כאן נותרה עבודת אסירים כשאלה צדדית במסגרת הדין הנרחב שמתנהל בנושא עבודה כפויה. עבודה כפויה בהקשר של פרקטיקות דמויות עבודת כגון "משכון" לצורך תשלום חובות, סחר בנשים וגברים והניצול הכרוך בכך עומדים במרכז סדר היום של הארגון, ואילו נושא עבודת

מתאימים לדימוי זה). ראו שם, בעמ' 316. מחנות העבודה בסין אשר על פי ההערכה עבדו בהם ב-1999 כ-16–20 מיליון אסירים הם רכיב חיוני בכלכלת סין. המפעלים המעסיקים את האסירים, המכונים "חברות מיוחדות בשליטת המדינה", מקבלים עידוד לייצוא מוצריהן לשוק הגלובלי. ארצות הברית ובריטניה חוקקו חוקים האוסרים יבוא מוצרים שיוצרו על ידי אסירים, אם כי אלו לא תמיד נאכפים.

8 לתיאור עדכני של התרחבות התופעה של מעורבות גופים פרטיים בהעסקת אסירים, ולדין בהחרגתה של עבודת האסירים בארצות הברית מתחולתו של משפט העבודה האמריקאי ראו: Noah Zatz, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, 61 VAND. L. REV. 857 (2008).

9 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נח(4) 817 (2001) (להלן: עניין שדות). שם, בעמ' 835–842.

10 להקשרים נוספים שבהם נדונה עבודת אסירים בישראל ראו: בג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל בית הסוהר המרכזי, רמלה, פ"ד יז(1) 2412 (1963) (להלן: עניין כטיב); ע"ש (מחוזי ת"א) 613/92 אשכנזי נ' שב"ס (פורסם בנבו, 13.12.1992); עב' (אזורי ת"א) 2126/00 נאיף – שטיח ועץ בע"מ (פורסם בנבו, 12.5.2002).

12 Lee Swepston, *Prison Labour and International Human Rights* 53 INDUS. REL. RES. ASS'N. PROC. 359 (2001). מבחינה זו הדין שארגון העבודה הבינ-לאומי מקיים בסוגיה זו היא ייחודית וחשובה. ראו: Fenwick, לעיל ה"ש 6, בעמ' 293.

אסירים מתויג כ"נושא רגיש אשר דורש מחקר מהותי נוסף",¹³ אך בפועל הוא זוכה לתשומת לב פחותה משזוכים לה סוגי עבודה כפויה בהקשרים אחרים.¹⁴ מכאן, אף על פי שהיעדרם של דיונים משפטיים, תקשורתיים וציבוריים בסוגיית העבדת אסירים על ידי גופים פרטיים אינו מפתיע במיוחד, יש בו כדי לעורר דאגה. קיימים סיכונים כבדי משקל במעורבותם של גופים פרטיים בהעבדת אסירים, כפי שהם נלמדים הן מהניסיון ההיסטורי והן מהניסיון הנוכחי ברחבי העולם. מחקרים מראים כי רעות אלו כוללות את הסכנה לפגיעה אפשרית בזכויות אדם, יכולת מופחתת לקבל תנאי עבודה סבירים וכן תחרות בלתי הוגנת עם מקומות עבודה אחרים.¹⁵ זהו האתגר שעמו מנסה משפט העבודה הבין-לאומי להתמודד. בעשור האחרון חרג ארגון העבודה הבין-לאומי מהמגמה העולמית הנוטה להתעלם מהנושא וקיים מספר ניכר של דיונים בהסדרה המשפטית הראויה של עבודת כפיים של אסירים לרווחת גופים פרטיים. זאת בשל התרחבות התופעה של בתי סוהר פרטיים, בעיקר בארצות הברית.¹⁶ דיון זה הופך לרלוונטי במיוחד בעקבות בג"ץ ההפרטה. לישראל מחויבות משפטיות בין-לאומיות נרחבות באשר לזכויות אסירים ועבודה כפויה. ראשית, ישראל חתומה על האמנה למיגור עבודה כפויה, מס' 29, שאותה אשררה בשנת 1955, וכן על אמנת האו"ם לדיכוי העבדות והמסחר בעבדים, מס' 26 (להלן: אמנת

- 13 היקף הדיונים בסוגים האחרים של עבודה כפויה רחב בהרבה מזה שבמסגרת ארגון העבודה הבין-לאומי, כפי שמודגם בספר FORCED LABOR, COERCION AND EXPLOITATION IN THE PRIVATE ECONOMY 1 (Patrick Belser & Beate Andrees eds., 2009), אשר יצא בהוצאת ארגון העבודה הבין-לאומי ואשר משמית לחלוטין התייחסות לסוגיה זו.
- 14 אין משמעות הדבר שהארגון אינו אוכף את הסעיפים הרלוונטיים, כפי שמעידות הנוזפות שקיבלו אוסטריה והונגריה לדוגמה בהקשר זה ב-2009. ראו Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations: Individual Observation concerning Convention No. 29, Forced Labour, 1930 Hungary (ratification: 1956) Published: 2009; Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations: Individual Observation concerning Convention No. 29, Forced Labour, 1930 Austria (ratification: 1960) Published: 2009.
- 15 ILO, *Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Report of the Director-General, I(B), ILC, 89th Session, 2001, 189 (להלן: הרוח הגלובלי, 2001). משפט העבודה הבין-לאומי הכיר בקשיים שמתעוררים מהתחרות שבין עבודת אסירים לבין העובדים ב"שוק החופשי" כבר בשנת 1930. ראו: ILO Memorandum on Prison Labour, XXV INT'L LAB. REV. 313 (1932) (להלן: *Memorandum on Prison Labour*, 1930). הממורנדום מצייין במפורש כי מדובר בתחרות מאתגרת גם בהקשר של סחר בין-לאומי.
- 16 Swepston, לעיל ה"ש 12, בעמ' 359.

האו"ם לביטול העבדות).¹⁷ כמו כן גם האמנה הבינ-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR), המגנה אף היא על זכויות אסירים, מחייבת את ישראל לאחר שחתמה עליה בשנת 1966 ואשררה אותה בשנת 1991. אמנה רלוונטית אחרת היא האמנה האירופית, שאיננה מחייבת את ישראל משום שישאל איננה חברה באיחוד האירופי, אולם נדון בה בהמשך, שכן האמנה משמשת רקע לדיון השוואתי. מבין מחויבויות משפטיות בין-לאומיות אלו האמנה בעלת המעמד המרכזי ביותר בתחום עבודת האסירים היא אמנה מס' 29, אשר תוצג בהרחבה בפרק הבא.

ב. האמנה למיגור עבודה כפויה – אמנה מס' 29 (1930)

1. מעמדה המרכזי של האמנה והרקע לחקיקתה

אמנה מס' 29 של ארגון העבודה הבינ-לאומי, אחת האמנות המרכזיות בדיני העבודה הבינ-לאומיים, היא האמנה הראשונה שהחילה איסור בין-לאומי על עבודה כפויה עוד בשנת 1930. לאמנה זו קדמו ניסיונות שונים של הקהילה הבינ-לאומית למגר את תופעת העבדות, שהחלו עוד בקונגרס וינה בתחילת המאה התשע-עשרה, וכללו בין היתר את אמנה מס' 26 של ארגון העבודה הבינ-לאומי, שאומצה שלוש שנים לפני אמנה מס' 29. למרות זאת ההתייחסות המפורשת לעבודה כפויה כשלעצמה, במובחן מעבודות, נדונה ונאסרה לראשונה רק באמנה מס' 29.¹⁸

כיום מעמדה החשוב של אמנה מס' 29 התקבע בין היתר בשל היותה אחת משמונה האמנות המרכזיות במשפט העבודה הבינ-לאומי בשנת 1998, עם הכרזת הארגון על ארבע זכויות היסוד של עובדים בעולם. כחלק מהמאבק בתופעת העבדות המודרנית, שבמסגרתה נתונים כיום יותר מ-12 מיליון איש ואישה בעבודה כפויה, הזכות להיות חופשי מעבודות ומעבודה כפויה נקבעה כאחת מארבע זכויות היסוד הללו.¹⁹ המשמעות המשפטית המידית

17 Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery, UN, Geneva (25 September 1926) 60 L.N.T.S. 253, entered into force March 9, 1927 (להלן: אמנת האו"ם לביטול העבדות); Convention Concerning Forced or Compulsory Labour (ILO No. 29), adopted 28 June 1930 (entered into force 1 May 1932), 39 U.N.T.S. 55 (להלן: אמנה מס' 29).

18 ראו: NICOLAS VALTICUS & GERALDO W. VON POTOBOSKY, INTERNATIONAL LABOUR LAW (1995) 109.

19 זאת על פי הצהרת ה-ILO משנת 1998. ILO, Declaration on Fundamental Principle and Rights at Work and its Follow Up, adopted 18 June 1998, 37 I.L.M. 1233 (1998). על המשמעות המיוחדת של ארבע זכויות היסוד של עובדים בעולם, ובכללן הזכות להיות חופשי מעבודה כפויה, אפשר ללמוד כי מרבית ההסדרים של זכויות עובדים ברמה הבינ-לאומית

של קביעה זו היא כי לאמנה מס' 29 (ולשאר שבע האמנות האחרות המגנות על ארבע זכויות היסוד – שוויון בעבודה, הזכות להיות חופשי מעבודת ילדים וחופש ההתארגנות) תחולה מחייבת גם על מדינות שטרם אשררו אותה, חיוב העולה מעצם חברותן בארגון העבודה הבין-לאומי.²⁰ ברמה הפוליטית-מעשית משמעותה של הכרזה זו היא עיגון הזכות להיות חופשי מעבודה כפוייה במרביתם המוחלט של ההסדרים העולמיים לשמירה על זכויות עובדים.²¹ האיסור על עבודת אסירים אף מקבל משנה תוקף בשל ההתייחסות המיוחדת אליו בחוקת ארגון הסחר העולמי.²²

יש לאזכר גם את האמנה השנייה העוסקת בעבודה כפוייה במסגרת ארגון העבודה הבין-לאומי, היא אמנה מס' 105, האמנה לביטול העבדה כפוייה.²³ אמנה זו לא תידון כאן בהרחבה, שכן היא אינה מתייחסת ישירות לענייננו, ונועדה למגר את התופעה של גלות למחנות עבודה כחלק מהדיכוי הפוליטי ששרר במדינות ברית המועצות לשעבר, תופעה המוכרת עד היום בסין. האמנה, שהתקבלה ב-1957 ונכנסה לתוקף ב-1959, אוסרת על עבודה כפוייה לצורכי "חינוך מחדש", דיכוי פוליטי כאמצעי לפיתוח כלכלי של המדינה,

מאמצים זכויות אלו כנקודת מוצא. ראו למשל את הצ'רטר האירופי לזכויות יסוד שהותאם לאמנת ליסבון ונחתם מחדש בשנת 2007 כדי שיהווה חלק מחוקת האיחוד האירופי. ארבעת זכויות היסוד מעוגנות בסעיפים 5,12,28,21,32; Charter of Fundamental Rights of the European Union (C 303/1 2007)

20 לאחר ההצהרה על זכויות הליבה, הצהרה הנוגעת לשמונה אמנות הליבה של הארגון, מספר המדינות שאשררו את כל שמונה האמנות עלה מ-48 ל-127. ראו: Colin Fenwick & Thomas Kring, *Rights at Work: An Assessment of the Declaration's Technical Support in Select Countries*, Report to the U.S. Department of Labor, August 2007; Philip Alston, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, 15 EUR. J. INT'L L. 457 (2004).

21 ההכרזה על זכויות הליבה של ארגון העבודה הבין-לאומי חוללה את מה שכמעט אפשר לכנות מהפכה בתפיסה העל-מדינתית של זכויות עובדים, בעיקר בשל היכולת להחליט על תוכן של זכויות יסוד, דבר שטרם ההכרזה נדמה כרעיון מרחיק לכת. כיום שחקנים מרכזיים בתחום הסחר העולמי, כגון האיחוד האירופי והבנק העולמי, הכריזו על תמיכתם בזכויות הליבה כפי שנקבעו בהכרזה. זכויות אלו אף אומצו כבסיס בהסכמי סחר בילטרליים שונים. ראו לדוגמה Jill Murray, *The Global Context: Multinational Enterprises, Labor Standards, and Regulation*, in RISING ABOVE SWEATSHOPS 27, 37-38 (Laura P. Hartman et al. eds., 2003). כמו כן זכויות הליבה מהוות בסיס למגוון של קודים אתיים, כגון הגלובל קומפקט, יזמת האו"ם לאכיפת סטנדרטים של איכות סביבה, זכויות אדם וזכויות עובדים. ראו למשל S.PRAKASH SETHI, SETTING GLOBAL STANDARDS 110-119 (2003).

22 WTO, The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, 1947), Article 20(e), www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm

23 ILO, Convention Concerning the Abolition of Forced Labour (No. 105), 1957, 320 U.N.T.S. 291 (entered into force 17 Jan. 1959) (להלן: Convention 105).

כאמצעי לענישת עובדים (בין היתר על השתתפותם בשביתות) וכאמצעי להפליה על יסוד לאום, מעמד, גזע או דת.²⁴

האמנה למיגור עבודה כפויה אושרה על ידי המספר הרב ביותר של מדינות, יותר מכל אמנות ארגון העבודה הבין-לאומי.²⁵ ישראל כאמור אשררה אמנה זו ב-1955.²⁶ האמנה הובאה לאישור מליאת ארגון העבודה הבין-לאומי לאחר דיונים ארוכים ושיתוף פעולה מרשים בין נציגי המדינות לבין נציגי שתי הקבוצות העל-מדינתיות המיוצגות בארגון: העובדים והמעבידים. הנוסח שהוצג בפני המליאה מבטא קונצנזוס רחב וזהות אינטרסים ייחודית ששררה אז בין המדינות, העובדים והמעבידים.²⁷

היסטורית, מטרת אמנה מס' 29 הייתה למגר את ההיקף העצום של עבודה כפויה הנובעת ממניעים כלכליים (בניגוד לפוליטיים, שבה עוסקת אמנה מס' 105), כפי שנחשפו במחקר מקיף שערכה ועדת מומחים עצמאיים שהקים ארגון העבודה הבין-לאומי ב-1926.²⁸ המחקר, שהתמקד במדינות שטרם קיבלו עצמאות, רובן קולוניות בשליטת מדינות אירופיות, חשף עבודה כפויה בהיקף מדהים. רוב הדוכרים באספה הכללית שדנה באמנה הביעו זעזוע מהניצול המחפיר ששרר בקולוניות, וההעסקה הכפויה לצרכים עסקיים של חברות פרטיות עוררה את מרב המחאות. נציג העובדים של צרפת בארגון מדגיש את הסלידה מכפייה על ידי גורמים פרטיים:

- 24 שם, ס' 1 לאמנה.
- 25 את האמנה אשררו 174 ארצות מבין 183 המדינות החברות בארגון, אף על פי שארצות חברות לא אשררה אותה. מידע על אשרור האמנות אפשר למצוא באתר ILO בכתובת: www.ilo.org/ilolex/english/docs/declworld.htm (נצפה לאחרונה ב-29.8.2009)
- 26 האמנה אושרה בישיבת הממשלה לח/שטו שנערכה בתאריך 3.4.55. בפרוטוקול הישיבה לא תועד דיון בנושא זה, מלבד עצם האישור וייפוי כוחו של שר החוץ לנקוט את כל האמצעים הדרושים בקשר לביצוע ההחלטה. ראו: החלטה 321 של הממשלה ה-5 "אמנות העבודה הבין-לאומיות בדבר עבודה ופיקוח על העבודה בתעשייה ובמסחר" (3.4.55).
- 27 ראו את דבריו של מר ורנון, נציג בריטניה, המציג את טיוטת האמנה לדיון: "This is not a Convention put before you on behalf of any single country or any group of countries; it is not a Convention put before you on behalf of the government representative without the assessment of the Employers' and Workers' representatives. It represents a piece of ILO: Record active and constructive co-operation on the part of the three Groups" of Proceedings, ILC, 14th Session, Geneva, 1930, vol. 1, 269 (להלן: ILC, 14th Session, Geneva, 1930).
- 28 ראו: VALTICUS & VON POTOBsky, לעיל ה"ש 18, בעמ' 109. אמנה מס' 29 התייחסה אפוא בעיקר לפרקטיקות של עבודת כפייה שנבעה ממניעים כלכליים, ואילו אמנות מאוחרות יותר, כגון אמנה מס' 105 לביטול עבודת כפייה, שאומצה ב-1957, התייחסה בעיקר לעבודת כפייה הנובעת ממניעים פוליטיים. ראו: Convention 105, לעיל ה"ש 23.

“In my country I have met people who were surprised to learn that forced labor could possibly exist in our colonies, and more than surprised to hear that it might possibly exist for private interest”.²⁹

האמנה התמקדה בניסיון למגר העסקה כפויה מטעם גופים פרטיים, כפי שעולה מלשון האמנה ומהרקע ההיסטורי לחקיקתה. וכך לצורך ביצוע עבודות ציבוריות “דחופות” נקבעה “תקופת מעבר” בת חמש שנים, ואילו אשר לעבודות כפייה שנעשות לרווחתם של אנשים או גופים פרטיים דורשת האמנה את מיגורן המידי.³⁰ ההיסטוריה החקיקתית של האמנה מלאה בהתבטאויות המגנות באופן מיוחד את העבודה הכפויה לצרכים מסחריים, ואף קושרות בין עבודה זו לבין הקשיים הכלכליים הקשים שפקדו הן את כלכלות הקולוניות והן את הכלכלה העולמית, ובראשם המשבר הכלכלי החמור שפקד את העולם ב-1929.³¹ הבחנה חדה בין הממד הפרטי לציבורי ניכרת בבירור אף בהקשר של עבודת האסירים, כפי שנראה להלן.

29 ILC, 14th session, 1930, לעיל ה"ש 27, בעמ' 282.

30 ס' 1(2), 4-8 לאמנה מס' 29, לעיל ה"ש 17.

31 כך קובע נציג העובדים של צרפת כי האמנה לא הלכה רחוק מספיק: “But it is impossible to condemn forced labour and to re-establish it in one and the same breath. The Conference cannot accept forced labour for private interest. Colonial development must not be such that people suffer and die from it” ILC, 14th session, 1930, לעיל ה"ש 27, בעמ' 283. קביעות אלו אינן נשמעות מפי נציגי העובדים בלבד. כך קובע מר קיין, נציג המעבידים של בלגיה, כי: “Last year I came here to make a unanimous declaration on behalf of the Employers, that all forced labour for private employers should be suppressed. No one has the right to question that declaration” שם, בעמ' 294. בהמשך הדיון מצביע נציג העובדים של צרפת על הקשר בין עבודה כפויה לבין המשבר הכלכלי של 1929: “...we object to forced labour for cultivation for industrial purposes... It has given rise to speculations, and to crises which affect not only the Colony concerned, but the economic situation around the world. I can give one example, the output of rubber, which is largely worked by forced labour, increased from 1913 to 1928 by 412 per cent throughout the world. We know the crisis that exists at present and we can thus see how the use or abuse of forces about affects not only the natives, but the economic situation in other countries...profiting from exploitation of this forced labour is not only detrimental to the natives, but harmful to the economic and social development of the native population and harmful to the economic position of the world at large” שם, בעמ' 322.

2. האיסור על גופים פרטיים להעסיק אסירים בכפייה

לעומת המדינה שלה מותר לכפות עבודה על אסירים, מעורבות פרטית בעבודת אסירים מהווה הפרה של אמנה מס' 29. האמנה מגדירה עבודה כפויה כך: "כל עבודה או שירות הנתבע או נגבה מאדם תחת איום בסנקציה עונשית ושלא מרצונו החופשי", והיא קוראת למיגורם המוחלט של כל סוגי העבודה הכפויה.³² כמו כן האמנה מתירה עבודה כפויה במסגרת כמה חריגים המעוגנים בה, המתירים בין השאר למדינה לכפות עבודה על אסירה.³³ חריג זה לעבודה כפויה מעוגן בסעיף 2(C)(2) לאמנה, ורוב האמנות למיגור עבודות ועבודה כפויה שנוצרו לאחר אמנה מס' 29, משעתקות נורמה זו.³⁴ בניגוד לכך, ככלל, מעורבות של גופים פרטיים בהעסקה כפויה של אסירים מהווה הפרה של האמנה.³⁵ כפי שמבהיר סעיף 2(C)(2) לאמנה, התנאי להחרגת העסקה כפויה של אסיר הוא כי העבודה תבוצע ב"השגחתה ובפיקוחה של רשות ציבורית", ובתנאי שהאסיר "לא הושכר ליחידים, לחברות או לאגודות פרטיות ולא הועמד לרשותם".³⁶ משמעותו הפרקטית של סעיף 2(C)(2) היא כי כמעט כל מעורבות של גורם פרטי בהעסקה כפויה (אך אפשר להעסיק מרצון, כפי שנראה בהמשך) עשויה להוות הפרה של האמנה.³⁷ הבנה מלאה של

32 ס' 1 לאמנה מס' 29, לעיל ה"ש 17.

33 שם, ס' 2(2) לאמנה. בישראל, כפי שראינו, החיוב לעבוד מגובה בסמכותם של בתי הסוהר להשית על האסיר הסרבן עונשים וסנקציות שונות. החריגים האחרים לאמנה כוללים עבודה רלוונטית במסגרת שירות צבאי, חובות אזרחיות נורמטיביות ומצבי חירום כמו מלחמה או אסונות טבע.

34 ראו למשל את אמנת האו"ם לביטול העבדות, לעיל ה"ש 17, שמתירה עבודה כפויה למטרה ציבורית בידי רשות ציבורית. כך גם הכללים ה"סטנדרטיים" המינימליים לטיפול באסירים שנקבעו על ידי ועדת החברה והכלכלה של האו"ם בשנת 1957: Resolutions of the Economic and Social Council 663C (XXIV) of July 31, 1957, and 2067 (LXII) of May 13, 1977: UN Doc. E/5088 (1977) (להלן: Standard Rules). לטעמי, יש מקום לבחון את חוקתיותו של חריג זה לאור חוקי היסוד, אולם דיון זה חורג ממסגרת מאמר זה.

35 אחד מהחוקרים המרכזיים בתחום מתאר מצב זה כפרדוקס, שכן ההגנה המשפטית שדיני העבודה הבין-לאומיים מעניקים לאסירים המועסקים על ידי גופים פרטיים טובה בהרבה מאשר בהקשר של כלא מדינתי. Fenwick, לעיל ה"ש 6, ראו דיון קצר שדן בפרדוקס, להלן, ליד ה"ש 115–117.

36 נוסח החריג במקור: "...provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations"

37 *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (Part 1B), ILC, 96th Session, 2007, 22 בפס' 122. (להלן: סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007). כאמור, אפשר ליישב עבודת

סעיף זה דורשת הבהרה של מונחי מפתח כגון "פיקוח ציבורי", "הושכר ל-" ו"הועמד לרשות", מונחים שעליהם אעמוד בהמשך. בטרם נתעמק במובנם של מונחים אלו, אקדים ואומר כי פרשנות הארגון באשר להעסקה למטרות של רווח פרטי היא מחמירה ומבטאת חשד בסיסי כלפי גופים פרטיים. הנחת המוצא היא כי גופים אלו מונחים על ידי אינטרסים של רווח, ועל כן מגלמים סיכון מוגבר לרווחת האסיר, לעומת המדינה המייצגת מטרות ציבוריות, שלכאורה חפות מאינטרס אישי.³⁸ עוד בשנת 1930 מתאר ארגון העבודה הבין-לאומי את הקושי להתיר עבודת אסירים למען גופים פרטיים, אף במסגרת פיקוחה של המדינה, קושי הנובע מהמתח שבין שתי המטרות הסותרות של הפקת רווחים לעומת שיקום האסירים:

"Here too the contractor and his stuff come between the prison authorities and the prisoner. The prisoner is thus exposed to two influences: the reformatory aims of the state, and the business interests of the contractor. Their incompatibility seriously jeopardizes the reformatory sides of the prison system".

חשדנות זו מעוגנת כיום בממצאים אמפיריים, המוכיחים למשל כי בבתי סוהר המערבים גופים פרטיים פוחת הסיכוי לרפורמות המונחות משיקולי טובת האסיר.³⁹ ייתכן שאפשר להבין את ההקפדה היתרה עם המגזר הפרטי אף על רקע ההנחה ששלטון החוק וזכויות היסוד, המגנים על האזרח מפני השלטון, הם ערובה מספקת להגנה על זכויות אסירים בהקשר המדינתי גרידא, ונעדרים מהספרה הפרטית.⁴⁰

אסירים עם מעורבות גופים פרטיים כאשר העבודה היא מרצון, ואינה כפויה, כפי שיפורט בהמשך.

38 בממורנדום משנת 1930 מתואר הקושי שבעבודה למען גופים פרטיים למרות פיקוחה של המדינה: "Here too the contractor and his stuff come between the prison authorities and the prisoner. The prisoner is thus exposed to two influences: the reformatory aims of the state, and the business interests of the contractor. Their incompatibility seriously jeopardizes the reformatory sides of the prison system" *Memorandum on Prison*, Labour, 1930, לעיל ה"ש 15, בעמ' 321.

39 Ahmed White, *The Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective*, 38 AM. CRIM. L. REV. 111, 122-123 (2001)

40 שם, בעמ' 137-146. ההנחה כאן היא כי ההגנה על האסיר נובעת מהחובות המשמעויות המוטלות על הגופים הציבוריים לשמור על זכויות יסוד ועל שלטון החוק, חובות שבדרך כלל היקפן מצומצם יותר באשר לגופים פרטיים. המחבר חושש שמעורבותם של גופים פרטיים תטשטש את התיחום הברור של השלטון כאחראי בלעדי לאסירים ולשלומם, ובכך תיפגע יכולת האסירים לממש את זכויותיהם.

מכל מקום, תפיסה זו, המבחינה בבירור בין הפרטי לציבורי, עוברת כחוט השני בהיסטוריה החקיקתית של האמנה. ניסיונות שונים לצמצם את האיסור על מעורבות גופים פרטיים בעבודת אסירים הועלו באספה הכללית של הארגון ונדחו במפורש.⁴¹ למשל, נדונו הצעות מטעם נציגי המדינות בהודו ודרום-אפריקה לאפשר לגופים פרטיים ללא כוונת רווח להעסיק אסירים כחלק מתהליך השיקום שלהם, כפי שהתאפשר על ידי החוק בהודו באותה תקופה.⁴² ההצעה כללה סעיף הקובע שסוגי העבודות שיבוצעו יוגבלו לעבודות למען הציבור. לטענת נציג הממשל ההודי, תיקון זה פועל לטובתם של העובדים המוחלשים ביותר, בין היתר עובדים מ"שבטים פלייליים" כגון קסטת "הטמאים" (Untouchables), אשר לומדים בדרך זו לעבוד למחייתם במקום להוסיף ולהיות "מטרד" לסביבתם. הצעות אלו נתקלו בהתנגדות רבת. נציגי העובדים מטעם הודו ציין בין היתר כי הגופים "ללא כוונת רווח" אשר מעסיקים בכפייה, הם למעשה חברות טבק המונעות משיקולי רווח בלבד.⁴³ נציגי המדינה ההודית לא הכחיש כי בגופים המעסיקים נכללת גם "חברת טבק הפועלת משיקולי צדקה" ("charitable tobacco company"), אולם לטעמו זוהי בדיוק מטרת החוק, שכן העובדים מקבלים עבודה שלולא ניאותרו חברות אלו לספק, לא הייתה מתאפשרת. בסופו של דיון ההצעה נדחתה, והתקבלה עמדת נציגי העובדים כי הצעה זו נועדה לעקר את מטרת האמנה מיסודה, והיא תגרום לשימורו של המצב הקיים, המאפשר להשתמש בעבודת אסירים כ"כוח עבודה זול" לקידומן של חברות פרטיות. על רקע זה יש להבין את הדיון המחודש בסוגיה בעשור האחרון, אשר מצא כי לא נס לחה של הפרשנות המקורית, המחמירה עם המגזר הפרטי.

בשנת 1998, עם פרסומו של דוח מקיף שנערך על ידי ארגון העבודה הבין-לאומי, עלה הנושא שוב על סדר היום של הארגון. מאז פרסם ארגון העבודה הבין-לאומי בשנים 2001, 2005 ו-2009, דוחות גלובליים בנושא העבודה הכפויה המאזכרים ומנתחים את נושא עבודת האסירים על ידי ידיים פרטיות.⁴⁴ בנוסף ערך הארגון בדיקה מקיפה של מצב עבודת

41 ILC, 14th Session, 1930, לעיל ה"ש 27, בעמ' 302–306. בדיון זה דחתה האספה את הדרישה להתיר עבודת אסירים למען גופים פרטיים.

42 נציג הממשלה בהודו מצייין שאשרור הנוסח הקיים של האמנה יהפוך הסדרים כגון אלו, הקיימים בין היתר בחוק Good Conduct Prisoners Probational Release Act להסדרים שאינם מתיישבים עם האמנה; שם, בעמ' 302.

43 De Jonge, לעיל ה"ש 7, בעמ' 322.

44 דוחות אלו סוקרים את מצבן של כל אחת מארבע זכויות היסוד בכל מדינות העולם, והן חלק ממערכת האכיפה הכללית של זכויות היסוד על ידי ארגון העבודה הבין-לאומי. ראו: הדוח הגלובלי, 2001, לעיל ה"ש 15; ILO, *Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* 2005, Report I (B), ILC, ILO, *Global Report Under the Follow-*; (להלן: הדוח הגלובלי, 2005); 93rd Session, 2005.

האסירים במדינות השונות, ובשנת 2007 פרסם "סקר כללי", קרי דוח מקיף שיוחד כולו לעבודת אסירים והתופעה של הפרטת בתי סוהר, והמבהיר את עמדת הארגון בנושא.⁴⁵ כפי שנראה להלן, הארגון אינו סוטה הרבה מהעקרונות שהתווה לעצמו בעת יצירת האמנה, עקרונות המגבילים מאוד את מעורבותם של גופים פרטיים בהעסקת אסירים. בפרק הבא אציג את הניסיונות שנעשו לפרש את האמנה באופן מחמיר פחות, ואת הפרשנות שהתקבלה לבסוף בארגון העבודה הבינ-לאומי.

ג. פרשנות עדכנית לאמנה למיגור עבודה כפויה

1. מערכת היחסים בין בית הסוהר הפרטי למדינה

במסגרת הדיונים המיוחדים באמנה העלו נציגי המדינות השונות את הטענה כי סוגים שונים של התקשרויות בין המדינה לבין גופים פרטיים מחייבים פרשנות משפטית שונה מזו שהוצגה לעיל, וכי אופיין המודרני של ההתקשרויות למעשה מאיין את תחולת האמנה. כך, בדיוני הארגון עלתה הטענה כי יש לפרש את האמנה באופן שפיקוח מחמיר מצד גופים ציבוריים על עבודת האסירים הוא ערובה מספקת כדי לקבוע כי עבודה במסגרת כזו מותרת על פי החריג הקבוע בסעיף 2(C) לאמנה.

ארגון העבודה הבינ-לאומי דוחה עמדה פרשנית זו. ועדת המומחים ליישום הסטנדרטים של הארגון, הגוף המוסמך לפרש את אמנות הארגון, חוזר וקובע כי הצורך ב"פיקוחה של רשות ציבורית" והאיסור על העמדת האסירים לרשות בעלי ההון הם תנאים מצטברים ואינם חלופיים.⁴⁶ קרי, האיסור על העבדת אסירים על ידי גופים פרטיים אינו מתייחר גם במקרים

up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2009, Report I (B), ILC, 98th Session, 2009. (להלן: הדוח הגלובלי, 2009).

45 ראו סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37. הסקר הכללי הוא הדוח המקיף הראשון בנושא מאז 1979, אז נערך הסקר הקודם בנושא זה.

46 *Report of the Committee of Experts on the Application and Recommendations*, Report III (Part 1A), ILC, 86TH Session, 1998, Part One: General Report, § 116 של ועדת המומחים, [1998]. הוועדה חוזרת על עמדה זו פעמים רבות, למשל בסקר הכללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37, בפס' 55: "It seems clear from the wording of Article 2, paragraph 2(c), of the Convention that the two conditions apply cumulatively: the fact that the prisoner remains at all times under the supervision and control of a public authority does not in itself dispense the government from fulfilling the second condition, namely that the person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations"

שבהם העבודה נתונה בפיקוח ציבורי.⁴⁷ אף את המונחים "בהשגחתה ובפיקוחה" מפרש הארגון באופן מחמיר ואינו מסתפק בפיקוח תקופתי בלבד.⁴⁸ יש להבין את ההשקפה כי פיקוח כשלעצמו אינו מספיק לצורך השמירה על תנאי העבודה של אסירים כמעוגנת במאפיינים המיוחדים של מוסד בית הסוהר, המקשים על הצלחתו של כל פיקוח חיצוני, נרחב ככל שיהיה. מחקרים רבים בתחומי הסוציולוגיה והקרימינולוגיה מצביעים על הקשיים הממשיים העומדים בפני פיקוח חיצוני יעיל בבתי הסוהר – מוסדות המאופיינים בנטייה להיעדר שקיפות ובסובלנות מעטה כלפי ביקורת.⁴⁹

טענה נוספת אשר הועלתה על ידי נציגי המדינות והמעבידים במסגרת הדיונים המחודשים באמנה מס' 29 היא כי יש להבחין בין האופנים השונים שבהם גופים פרטיים היו מעורבים בהעסקת אסירים בעבר לעומת הדרך שבה מתבצעת מעורבות זו כיום, המפחיתה את החשש לניצול האסירים. באופן ספציפי יש להבחין בין מה שמכונה באמנה "הושכר ל-" ("Hired to") ל"הועמד לרשות" ("Placed at the disposal of"). על פי הטענה, ההבחנה מציינת שני מסלולים שונים למעורבותם של גופים פרטיים, וההבדל נעוץ בשאלה אם הגוף הפרטי משלם למדינה עבור שירותי האסיר, או שמא המדינה היא המשלמת לגופים הפרטיים. המונח "הושכר ל-" מתייחס לכמה מסלולי העסקה, הכוללים את שיטת ה"ליסינג", "שיטת החוזים הכללית" ו"שיטת החוזים המיוחדת".⁵⁰ בשיטת הליסינג הקבלן הפרטי משלם למדינה על כל אסיר ובנוסף מנהל את הכלא ואחראי למגוריו של האסיר, לצרכיו הבסיסיים ולשמירה עליו. בתמורה מקבל הקבלן את הזכות להעסיק את האסיר לאורך כל תקופת החוזה. בשיטת החוזים הכללית משלם הקבלן על כל אסיר, אולם בית הסוהר וניהולו נשארים באחריות המדינה, ואילו הקבלן הפרטי אחראי לאספקת מזון לאסירים, לציוד עבודה ולחומרים. בחמורה, מעבירה המדינה את פרי עבודת האסירים לידיו של הקבלן. בשיטת החוזים המיוחדת המדינה מנהלת את בית הסוהר ושומרת בידיה את כל

47 הסיבה לדרישה זו היא שבמצב שבו העובדים אינם עובדים מרצונם, יש צורך בפיקוח ציבורי כדי לוודא שתנאי עבודה סבירים נשמרים. בבתי כלא ציבוריים הפיקוח על תנאים אלו ייעשה על ידי רשות אדמיניסטרטיבית. שם, בפס' 52 (2).

48 *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1999, p. 109, observation concerning Australia; *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1996, p. 80, observation concerning France; *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1998, p. 130–136, observation concerning United Kingdom.

49 Fenwick, לעיל ה"ש 6, בעמ' 288.

50 לפירוט על סוגי ההתקשרויות הנזכרות כאן ראו סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37, בפס' 57.

האדמיניסטרציה הכרוכה בניהול האמור. לעומת השיטות האחרות, אין תשלום נלווה של הקבלן למדינה עבור האסיר, אלא האסירים מועברים לאחריות הקבלן, והוא שמנהל את העבודה, משלם את המשכורות ואוסף את הרווחים בעצמו.

על פי כל אחת מהשיטות, למרות אי אילו הבדלים ביניהן, הגוף הפרטי משלם למדינה עבור עבודתם של האסירים, בין שהתשלום הוא על פי תפוקה, על בסיס יומי, או על פי מספר האסירים שעובדים בשבילו. המונח "הועמד לרשות" מציין מסלולי העסקה שונים, שבכולם המדינה היא המסבדת את הגוף הפרטי כחלק מהתמורה לאספקת שירותי הכליאה. על פי טענת נציגי המדינות והמעבידים, החשש לניצול במסלול ה"הושכר ל" היה אכן ממשי, ואילו במסלול שעל פיו המדינה היא המשלמת לגופים הפרטיים על העבודה ("הועמד לרשות"), פוחת הסיכוי לניצול האסירים באופן ניכר. לכן כיום קיימת האפשרות של אופן ההעסקה האמור.

על פי ארגון העבודה הבין-לאומי, נקודת המוצא היא כי אין כל הבדל מהותי בין שני המונחים, ואין לפרש אחד מהם באופן מקל. העיקר הוא כי בשני המקרים הללו האסיר עצמו לא הסכים להעסקה, ועל כן מדובר בעבודה כפויה.⁵¹ אף על פי שלכאורה המקרים שבהם המדינה היא שמסבדת את ההעסקה הם בעייתיים פחות, נקבע כי אין הם כלולים בגדר החריג המתיר עבודה כפויה, זכות יתר השמורה למדינה בלבד.⁵² הצורה הפורמלית שנושאת ההעסקה הפרטית אינה רלוונטית, וכל צורות ההעסקה הנזכרות אסורות.⁵³ כן נדחה טיעון דומה כי מקרים שבהם המדינה מטילה מגבלות רחבות וגורפות המושגות על היקף הפרווגטיבה הניהולית של הגוף הפרטי, צריכים להיות מוחרגים מתחולת האמנה. על פי הטיעון, כאשר הפרווגטיבה הניהולית של הגופים הפרטיים מצומצמת, אין עוד חשש לניצול האסירים, ועל כן אפשר להתיר מקרים אלה. ארגון העבודה הבין-לאומי דוחה טענות מסוג זה בעקביות.⁵⁴

יתרה מכך, קובע הארגון, אין כל חשיבות למיקום הגאוגרפי של המפעל שבו מועסק האסיר, קרי אם המפעל ממוקם בגבולות בית הסוהר או מחוצה לו, שכן כל מעורבות של גופים פרטיים מהווה הפרה של האמנה. ועדת המומחים של הארגון קובעת זאת במפורש במסגרת הדיון על הפרת האמנה בבריטניה בשנת 1998:

- 51 שם, בפס' 56.
 52 פרשנות זו מתחזקת מעבודת ההכנה לניסוח האמנה שלפיה המילים הללו הוספו על פי הצעת העובדים כדי לחזק את האמנה ולא להחלישה. ראו ILC, 14th Session, 1930, לעיל ה"ש 27, בעמ' 302–306.
 53 ראו סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37, בפס' 58–55, 109–111.
 54 שם.

“the provisions of the 1930 Convention which prohibit convict labour from being hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations *are not limited to work outside penitentiary establishments* but apply equally to workshops which may be operated by private undertakings inside prisons, and that, a fortiori, the prohibition covers all work organized by privately run prisons”.⁵⁵

לסיכום, במסגרת הדיונים שנערכו בעשור האחרון באשר לפרשנות הראויה לאמנה הובאו בחשבון ההסדרים המודרניים של עבודת אסירים על ידי גופים פרטיים. עם זאת תוצאת הדיון אינה חורגת מהקו שננקט בעבר. הרציונל הבסיסי העומד מאחורי האיסור לאפשר לגופים פרטיים כפיית עבודה על אסירים, הנובע מהחשש שהמטרה המרכזית העומדת ביסוד העסק הפרטי היא עשיית רווח, עומדת בעינה אף לאחר שחלפו שמונים שנה מיצירת האמנה.

עם זאת אין בכך כדי לקבוע כי גופים פרטיים לעולם לא יוכלו להעסיק אסירים או כדי לשלול את האפשרות של הפרטת בתי הסוהר. האמנה מאפשרת לגופים פרטיים להיות מעורבים בעבודת אסירים בתנאי שעבודה זו אינה נעשית בכפייה. השאלה כיצד מוודאים כי האסירים הסכימו לעבודה ומה משמעותה של הסכמה בהקשר המסוים של בית הסוהר, היא שאלה מורכבת. עמדתו של ארגון העבודה הבין-לאומי בעניין ההסכמה תידון להלן.

2. “...ואשר אדם זה לא הציע לעשותם מרצונו הטוב”

הסכמתם של אסירים לעבודה אצל גופים פרטיים מוציאה עבודה זו מגזרת תחולתה של האמנה ומאפשרת את העסקתם דה יורה. נקודת המוצא של הארגון היא כי הסכמה “כנה” לעבודה אפשרית מבחינה תאורטית ואינה נשללת מראש באופן גורף.⁵⁶ עם זאת מטבע הדברים קיים חשש כי הסכמת האסירים תהיה פגומה. ארגון העבודה הבין-לאומי גורס כי הסכמתו של אסיר לעולם לא תהיה רצונית באופן מלא, אולם אפשר לקבל מאסירים “הסכמה מוגבלת” לעבודה.⁵⁷ תפיסה זו אפשר להבין על רקע השליטה המלאה ששולטת בית

Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations: 55
Individual Observation concerning Convention No. 29, Forced Labour, 1930 United Kingdom (ratification: 1931) Published: 1998. § 4 (ההדגשה שלי – פ' מ"ס).
סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37, בפס' 128–131. 56
הדוח הגלובלי של ארגון העבודה הבין-לאומי משנת 2005 מציג את המונח “הסכמה מוגבלת” 57
(constrained consent) ראו: הדוח הגלובלי, 2005, לעיל ה"ש 44, בפס' 122, עמ' 28.

הסוהר המודרני על מכלול היבטי חייו של האסיר: התנהגותו, שלמות גופו, מצבו הנפשי, יכולתו לעבוד וכן הלאה.⁵⁸

ועדת המומחים מציינה כמה תנאים שלפיהם תיחשב הסכמת האסיר לעבודה הסכמה "כנה" ככל האפשר: ראשית יש להבטיח כי קיימת הסכמה פורמלית, חוזית, של האסיר.⁵⁹ אכנה רכיב זה "הרכיב הסובייקטיבי-פורמלי". בפועל רכיב זה הוא הקל ביותר לקיום, שכן אסירים מעוניינים בדרך כלל בעבודה כי תכופות היא מקשרת אותם עם העולם החיצון ומעניקה להם הטבות שונות.⁶⁰

שנית, על פי הגדרתה של עבודת כפייה,⁶¹ עבודה רצונית היא עבודה שאינה נעשית בניגוד לאוטונומיה הפרטית או מתוך חשש לסנקצייה כלשהי. ארגון העבודה הבין-לאומי קבע כי יש לפרש את המילה "סנקצייה" (penalty) ככוללת לא רק ענישה אלא גם אבדן זכויות והטבות. על פי פרשנות זו, כל אבדן של זכות בעקבות הסירוב לעבוד שולל את האפשרות להכיר בהסכמת האסיר לעבודה כהסכמה "אותנטית".⁶² על כן יש לוודא כי קיימת לאסיר אפשרות אמיתית לבחור שלא לעבוד תוך כדי מיגורם של "תמריצים" לעבוד, ובהם כליאה ממושכת בחדר סגור כאלטרנטיבה לעבודה. בנוסף יש לוודא כי האסיר לא ייפגע בכל צורה שהיא מהסירוב לעבוד, לדוגמה במסגרת שקילת הקריטריונים לשחרורו המוקדם.

שלישית, וכאן מונח המוקש העיקרי להסדרי ההעסקה הקיימים, יש להבטיח כי תנאי ההעסקה יהיו דומים ככל האפשר לתנאי ההעסקה מחוץ לכותלי בית הסוהר, כלומר העסקה בתנאי שוק.⁶³ כך קובעת הוועדה במפורש:

"As the Committee has repeatedly pointed out, only when performed in conditions of a free employment relationship can work for private

- 58 כל שאפשר לצפות הוא אפוא ליכולת מוגבלת של האסיר לבחור בטווח פעילויות מצומצם כגון השכלה, הכשרה מקצועית ועבודה.
- 59 ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, General Report, Report III (1A), ILC, 89th Session, 2001, 144 (להלן: דוח כללי של ועדת המומחים, 2001), בפס' 132.
- 60 Dirk Van Zyl Smit & Frieder Dunkel, *Conclusion: Prison Labour – Salvation or Slavery? in PRISON LABOUR: SALVATION OR SLAVERY?* 335, 343–346 (Deirk Van Zyl & Frieder Dunkel eds., 1999).
- 61 ס' 2 לאמנה מס' 29, לעיל ה"ש 17.
- 62 Richard L. Lippke, *Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms*, 17 L. & PHIL. 533, 540 (1998).
- 63 על פי הדוח הכללי של ועדת המומחים, 2001, לעיל ה"ש 59, בפס' 143 – תנאי זה הוא התנאי המרכזי, קרי האינדיקציה החשובה ביותר להסכמה.

companies be held compatible with the explicit prohibition in Article 2(2)(c); this necessarily requires the formal consent of the person concerned and, in the light of the circumstances of that consent, there must be further guarantees and safeguards covering the essential elements of a labour relation, including a level of wages and social security corresponding to a free labour relationship, to remove the employment from the scope of Article 2(2)(c) which unconditionally prohibits that persons who are under an obligation to perform prison labour be hired to or placed at the disposal of private companies".⁶⁴

מהותה של אותה "קרבה" לתנאי העבודה מחוץ לבית הסוהר לא הוגדרה מעולם במדויק.⁶⁵ נראה כי בכמה נושאים, כגון שכר, תנאים סוציאליים, בטיחות, גהות וניטור תנאי העבודה, יש לשמר תנאים דומים ככל האפשר לתנאי השוק. בכל הנוגע לתנאי השכר, הקלות מסוימות אפשריות, ובתנאי שלא יתאפשרו תנאי שכר כה נמוכים עד כי ייחשבו לניצול.⁶⁶ אם כן, הדרישה לתשלום שכר מינימום, או קרוב מאוד לשכר מינימום, ולתנאי עבודה מקובלים אחרים במסגרת עבודת אסירים בשביל גופים פרטיים, אינה נובעת מתחולת חוקי המגן. דרישה זו מעוגנת בדרישה למגר פרקטיקות אסורות של עבודה כפויה, והיא נדרשת כחלק ממכלול האינדיקציות שרק בהתקיימן נוכל לקבוע כי הסכמתו של האסיר לעבוד היא כנה. אינדיקציה זו היא המרכזית במכלול של סימנים העשויים להעיד כי ההסכמה כנה ורצונית. אינדיקציה אחרת המעידה על הסכמה שקבע הארגון היא שהעבודה המבוצעת היא

64 שם, בפס' 6 לרוח ועדת המומחים העומד על הפרתה של בריטניה את האמנה.

65 שיקולים שיש להביאם בחשבון בהקשר זה כוללים את טענתם של גופים פרטיים כי פירון האסירים נמוך בהרבה מהפירון של עובדים "חופשיים". בנוסף, חברות פרטיות המעסיקות אסירים מוגבלות מראש בנושאים שונים, כולל משמעת האסירים, לבוש וכיוצא באלה. העובדים כמובן גם אינם נבחרים על ידי החברה, ורשות בתי הסוהר עשויה להעביר אסירים או לסיים את עבודתם על פי שיקוליה. ראו בעניין זה פס"ד שדות, לעיל ה"ש 9, בעמ' 834. אכן, אין חולק כי קיימים הבדלים בעלי חשיבות בין עבודת אסירים לבין זו של העובדים בשוק החופשי. בנוסף, החלה מלאה של זכויות העובדים על אסירים אינה אפשרית, כפי שעולה בבירור כשמנסים להחיל את אחת מזכויות הליכה של עובדים בעולם – זכות ההתארגנות. עם זאת יש לזכור כי ההבדלים בפירון אינם בהכרח תוצאה של תנאי העבודה שבהם עובדים אסירים; Swepston, לעיל ה"ש 12, בעמ' 370.

66 סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 37, בפס' 116.

מסוג העבודות שבאמצעותה רוכש האסיר כלים חדשים וכישורים חדשים אשר עשויים לשמשו לאחר השחרור.⁶⁷

יש לציין עוד כי ועדת המומחים של הארגון מתירה למשל לנכות סכומים סבירים מתוך המשכורת של האסירים המועסקים (מרצונם החופשי) על ידי גופים פרטיים לצורך תשלום עבור מקום המחיה שלהם או לצורך פיצוי הקרבנות.⁶⁸ ניכוי זה ייעשה על פי הסעיפים 8 ו-10 לאמנה מס' 95 בדבר ההגנה על השכר (1949), המאפשרים ניכויים מהשכר לשם תשלום דמי מזונות או תשלום פיצויים לקרבנות הפשע.⁶⁹

3. סיכום ביניים – האם אמנה מס' 29 עדיין רלוונטית?

לסיכום, לפני כעשור עם חידושם של הדיונים שיזם ארגון העבודה הבין-לאומי בסוגיית הפרטת בתי הסוהר בעולם, הועלה החשש כי האמנה בדבר עבודת כפייה, שנוצרה לפני מלחמת העולם השנייה, אינה רלוונטית עוד לתנאי החיים שבימינו אלה.⁷⁰ דנו לעיל בחלק מהטענות בנושא, למשל בשינוי שחל בשיטות ההעסקה של אסירים במסגרת פרטית. בנוסף נטען כי בתי הסוהר בניהול פרטי הם תופעה חדשה יחסית, ועל כן לא עמדו לנגד עיניהם של יוצרי האמנה, ולא אלו הנושאים שהתכוונה האמנה למגר. עוד טען נציג הממשלה של גרמניה כי האמנה נוצרה על רקע תפיסות נורמטיביות מיושנות: בעבר (ובזמן שהאמנה נוצרה) עבודה כפויה במסגרות פרטיות הייתה נפוצה על רקע התפיסה כי היא חלק מהותי מהעונש, אולם לפי התפיסה העכשווית של עבודת האסירים מדובר בחלק מהמהלך

67 שם, בפס' 59–60, 114–120, ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (Part 1A), ILC, 98th Session, 2009, Observation, Convention No. 29, Austria.

68 ראו: דוח כללי של ועדת המומחים 2001, לעיל ה"ש 59, בפס' 142.
69 Convention Concerning Protection of Wages (ILO, No. 95), adopted 1 July 1949, (entered into force 24 September 1952).

70 ראו למשל את טענתו של נציג המעבידים בארצות הברית כי האמנה אינה מותאמת למצב הכלכלי הנוכחי, שכן כיום העסקת אסירים היא כלי לפיתוח כישורי עבודה, ואפשר לעשות זאת באופן הטוב ביותר תוך שיתוף גורמים פרטיים. דוגמה לכך היא העסקתם של אסירים רבים תוך הכשרתם לעבודת במחשבים. ראו דוח כללי של ועדת המומחים, 1998, לעיל ה"ש 46, בפס' 98. מנגד ראו את תגובת הוועדה, הקובעת: "...the risks of exportation and unfair competition vis-à-vis the private sector should not be underestimated. In this context, the statements by the Employer member of the United States were surprising. The Worker members did not deny that work could contribute to rehabilitation, but they were also aware of the risks of forced labour". שם, בפס' 99.

השיקומי של האסירים.⁷¹ לאור ההתפתחויות הנורמטיביות שחלו בעולם באשר למטרות הענישה קטן החשש לניצול אסירים במסגרות עבודה פרטיות. ההיסטוריה החקיקתית של האמנה מפריכה טענות אלו: ראשית, מיגורה של העבדת אסירים על ידי גופים פרטיים עמדה במרכזו של הדיון בעת ניסוחה של האמנה. דיון זה התבסס על סקר מקיף של כלל המדינות החברות בארגון ושיטות הכליאה הנהוגות בהן. הסקר קבע כי בשנת 1930 גופים פרטיים העסיקו אסירים כמעט בכל המדינות שנסקרו.⁷² אחת המטרות העיקריות של האמנה הייתה אז למגר את ניצול העובדים הילידים בקולוניות האירופיות, שם נפוצה העסקת אסירים על ידי גופים פרטיים.⁷³ תופעה זו אפוא אינה חדשה, ואף עמדה לנגד עיניהם של מחוקקי האמנה. שנית, אף מבחינת התפיסה הנורמטיבית של מטרות הענישה ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי באותה תקופה מטרת העבודה הכפויה לא נתפסה כמכוונת להענשת האסיר, והיא נועדה בעיקר לשיקום האסירים והכוונתם לחיים מועילים ופרודוקטיביים.⁷⁴ לפיכך ולאור הדיונים המחודשים בעבודת אסירים בעולם ובפרט באמנה מס' 29 אפשר לסכם ולומר כי האמנה רלוונטית גם כיום. כאמור, אמנה מס' 29 מבקשת למגר כל סוג של עבודה כפויה למטרות רווחיות הכוללת מעורבות של גופים פרטיים. האמנה נוקטת לשון ברורה ומפורשת, וככל הנראה היא המחמירה ביותר מכל האמנות הבין-לאומיות. כפי שנראה להלן, רק חלק מהאמנות האחרות ומהכללים המרכזיים הבין-לאומיים הלכו בעקבותיה. חלק מהכללים נועדו למנוע מעורבות של גופים פרטיים, חלקם שואפים להותיר את הפיקוח על עבודת האסירים בידי המדינה, וחלקם מתמקד אך במטרה לשפר את תנאי ההעסקה במסגרת זו.

ד. אמנות בין-לאומיות נוספות להגנה על זכויות אסירים

מלבד האמנות שנדונו לעיל גם אמנות וכללים בין-לאומיים אחרים העוסקים בשמירה על זכויות אסירים או בעבודה כפויה מבטאים את הגישה שלפיה רק למדינה עצמה תהיה רשות ליהנות מעבודת אסירים כפויה, אם כי רובם נוקטים לשון רכה יותר מאמנה מס' 29. סעיף 5 לאמנת האו"ם לדיכוי העבדות והמסחר בעבדים מ-1926, אשר שימשה כזכור בסיס לאמנה

ILO, *Report of the Committee on the Application of Conventions and Recommendations*, 71
 General Report, (Part 1A), ILC, 87th Session, 1999, ¶ 86. נציגי ההמשלות של ספרד, קניה
 וקובה הביעו אף הם חשש מפגיעה באסירים המועסקים על ידי גופים פרטיים.
 72 *Memorandum on Prison Labour*, 1930, לעיל ה"ש 15.
 73 De Jonge, לעיל ה"ש 7, בעמ' 322.
 74 שם, בעמ' 366.

מס' 29, קובע למשל כי המטרה היחידה שלשמה אפשר להעסיק אסירים היא מטרה "ציבורית", והאחריות להעסקה תישאר בידי הרשויות.⁷⁵ כמו כן במסגרת מסמך העקרונות לטיפול בכל סוגי המעצר, המאסר והעיכוב שהתקבל בהחלטת האו"ם משנת 1988, קובע ס' 4 (מבלי להתייחס מפורשות לעבודת אסירים) כי כל ההיבטים הנוגעים לזכויות אדם ינוהלו בצורה אפקטיבית על ידי הרשויות או יפוקחו על ידיהן.⁷⁶ גם הכללים ה"סטנדרטיים" המינימליים לטיפול באסירים, משנת 1957,⁷⁷ שנוסחו על ידי ועדת הכלכלה והחברה של האו"ם (ECOSOC), קובעים כי יש לשאוף שעבודת אסירים תתבצע "במידת האפשר" על ידי רשויות ציבוריות ולא על ידי גופים פרטיים, ורק במקרים חריגים תותר עבודה כאמור. סעיפים 73(1) ו-73(2) קובעים כי במקרים אלה, שבהם אין כל אפשרות להמשיך ולהעסיק אסירים ישירות על ידי המדינה, העבודה תפוקח ישירות על ידי הרשויות הציבוריות. כמו כן המקבילה האירופאית של כללים אלו מ-1987,⁷⁸ קרי כללי הטיפול לאסירים באירופה (European Prison Rules),⁷⁸ מתירים עבודת אסירים על ידי גופים פרטיים בתחומי הכלא, ואף מחוצה לו. עם זאת יש לשים לב כי היתר זה ניתן תוך חיוב המעסיק לשלם לרשויות הכלא תשלום מלא עבור עבודת האסיר, כלומר תגמול "הוגן" הדומה לשכר שיש לשלם עבור עובדים מן המניין. עוד נקבע כי הגוף המנהל, המקבל את השכר המלא מהגופים המעסיקים, יחויב מצדו להפריש חלק מהשכר לשימוש האסירים ואת חלקו האחר לטובת חיסכון שישולם לאסיר עם שחרורו.⁷⁹ לצד ההקפדה על הסדרי התשלומים הנוגעים לעבודת האסירים כללים אלו מביטיחים כי כללי הבטיחות והגהות בבית הסוהר יהיו זהים לאלו הקיימים בשוק החופשי,⁸⁰ וכך שומרים על מסגרת סבירה של שעות עבודה ומנוחה, כזו המאפשרת זמן לחינוך ולפעילויות פנאי לפחות יום אחד בשבוע.⁸¹ כמו כן הכללים קובעים כי יש להעדיף מצב שבו האסירים יוכלו

75 ס' 5(3) לאמנת האו"ם לביטול העבדות, לעיל ה"ש 17: "In all cases, the responsibility for any recourse to compulsory or forced labour shall rest with the competent central authorities of the territory concerned"

76 Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, General Assembly Resolution 43/173 (9 December 1988).

77 Standard Rules, לעיל ה"ש 34. לדיון בכללים הסטנדרטיים לטיפול באסירים ראו: Helena Henriksson & Ralf Krech, *International Perspective, in PRISON LABOUR: SALVATION OR SLAVERY?* 297, 303 (Deirk van Zyl & Frieder Dunkel eds., 1999).

78 COE, Committee of Ministers Recommendation No. R(87)3 of 12 February 1987, 73.1.b (1987).

79 Standard Rules, לעיל ה"ש 34, כלל 76.

80 שם, כלל 74.

81 שם, כלל 75.

לבחור את סוג העבודה שיבצעו.⁸² אם כן, גם כללים אלו שואפים, אם כי במידה נוקשה פחות, להשוות את תנאי העבודה במסגרת הפרטית לאלו המתקבלים מעבודה רצונית, בעיקר באשר לכמה תנאי עבודה מרכזיים כגון שכר, בטיחות וגהות ושעות עבודה ומנוחה.⁸³

ולבסוף, אמנות בין-לאומיות כלליות, שאינן מתמקדות בנושא זכויות אסירים ועבודה כפויה, תורמות אך במעט בתחום עבודת האסיר. האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR)⁸⁴ לדוגמה אמנם אוסרת על עבודה כפויה⁸⁵ ומגבילה את ההיתר שניתן למדינה לכפות על אסירים עבודה אך במסגרת עונש הניתן על ידי בית משפט מוסמך, אך היא אינה מציינת דבר בנוגע למעורבותם של גופים פרטיים בעבודה זו ובנוגע לתנאי התגמול שלהם. מצב משפטי דומה אפשר למצוא גם באמנה אירופית להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (ECHR), האוסרת על עבודה כפויה בסעיף 4 לאמנה.⁸⁶

לסיכום, דומה כי מלבד אמנה מס' 29 גם אמנות בין-לאומיות אחרות העוסקות בעבודת אסירים יוצאות מנקודת מוצא שקיימת הבחנה יסודית ומכריעה בין המגזר הציבורי לפרטי: כל האמנות הללו משעתקות את ההיתר שניתן למדינה להעסיק אסירים בכפייה, אולם היחס כלפי תאגידי פרטיים למטרות רווח שונה בתכלית. האמנות מביעות עמדה ברורה שלפיה עבודה כפויה במסגרת פרטית אסורה או שיש לשאוף שתתקיים במקרים חריגים בלבד, בפיקוח הדוק. האמנות משקפות את ההבחנה הבסיסית במקרה זה בין הפרטי לציבורי, הבחנה אשר באה לידי ביטוי בבג"ץ ההפרטה. דומה כי בכך מחזק המשפט הבין-לאומי בכלל ומשפט העבודה הבין-לאומי בפרט את הנחת היסוד של פסק הדין, קרי כי סמכויות מסוימות אסור שתהיינה בידי גופים המונעים ממטרות רווח. לעומת פסק הדין, שהתמקד

82 ס' 71 (6) מחייב לנסות ולאפשר לאסירים לבחור את סוג העבודה שהם מבצעים, וכי עבודה זו תהיה דומה ככל האפשר לסוגי העבודות הקיימת בשוק, ס' 2 (1).

83 עם זאת לא ברור כמה מן התשלום הזה חייב להגיע לאסיר עצמו, והכללים מציינים כי האסיר יקבל תשלום "הוגן" (equitable), מונח שאף הוא עשוי להיות מעורפל מדי.

84 International Covenant on Civil and Political Rights, UN, Geneva (23 March 1976).

85 שם, ס' 8 לאמנה.

86 הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם דחתה תלונה בנושא תגמול מועט מדי לעבודת אסירים, מהטעם שהאמנה אינה מאזכרת במפורש תנאי העסקה של אסירים. ראו – Council of Europe. 1988b. Digest of Strasbourg Case Law relating to the European Convention on Human Rights. Cologne, כפי שצוטט ב: De Jonge, לעיל ה"ש 7, בעמ' 327. בנוסף, עתירה של קבוצת אסירים גרמנים שטענו כי העסקתם על ידי גופים פרטיים מחוץ לכותלי הכלא מהווה הפרה של ס' 4 (3)(a) לאמנה, סווגה כעתירה בלתי קבילה על ידי הנציבות האירופית לזכויות אדם (European Commission for Human Rights), שכן הסעיף אינו כולל איסור על עבודה כאמור. הנציבות קבעה כי האיסור על שיתוף המגזר הפרטי בהעסקת אסירים נותר מחוץ לאמנה במכוון בשל שכיחות התופעה בארצות השונות. שם, בעמ' 328.

בעיקר בסמכויות אכיפה כגון החזקה מנהלית של אסירים, שימוש בכוח סביר לחיפוש על גופו וכיוצא באלו סמכויות, מדגים המשפט הבין-לאומי כי גם הסמכות לכפות על אסירים עבודה נכללת ככגון אלו. הפרק הבא יבהיר טיעון זה בקצרה תוך בחינת משפט העבודה הבין-לאומי כפי שהוצג לעיל ביחס לעבודת אסירים למען גופים פרטיים, וזאת על רקע בג"ץ הפרטה, שניתן לאחרונה.

ה. משפט העבודה הבין-לאומי והפרטת בתי הסוהר בישראל – הדיון שלא היה

אף על פי שהדיון בבג"ץ הפרטה לא התמקד בעבודת אסירים, משפט העבודה הבין-לאומי עשוי להאיר באור חדש את הנימוקים העומדים בבסיס פסק הדין. בג"ץ הפרטה קבע כי החוק המורה על הקמת בית סוהר בניהול פרטי פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם, ולפיכך אינו חוקתי. נקבע שעצם העברת הסמכות לניהול בתי הסוהר לידיים פרטיות פוגעת בזכות לחירות ובכבוד האדם של האסירים. החשש היה שהתכליות המובהקות של המאסר "יתמזגו" עם תכליות עסקיות ועם שיקולים לא ענייניים, והאסירים יהפכו ל"אמצעי להפקת רווחים". משפט העבודה הבין-לאומי תורם להבנת השאלה באיזה אופן יהפכו האסירים לאמצעי להפקת רווחים.

במסגרת הפרטה, שנעצרה, ניהול בית הסוהר הניסיוני היה עתיד להיות בידיים פרטיות ולהפוך לגוף עסקי שמונע מאינטרסים כלכליים. תשומת לב מעטה הוקדשה לכך כי הפקת הרווחים כפי שהוצגה בבג"ץ הפרטה מבוססת על החישוב שלפיו גם במסגרת ההנהלה הפרטית ימשך המצב לפי ס' 48(א) לחוק העונשין,⁸⁷ הקובע כי כל אסיר חייב לעבוד. אכן, המצב המשפטי בארץ כיום מחייב כל אסיר לעבוד. האסירים מועסקים במגוון מסגרות, ובכולן אין האסיר נחשב "עובד" של מעסיקו או של שירות בתי הסוהר.⁸⁸ העבודות המבוצעות על ידי האסירים נחלקות לשני סוגים עיקריים: שירותי תחזוקה ומטבחים (שת"מ) ועבודה יצרנית, הכוללת את מפעלי השב"ס, הפועלים במסגרת פעילות קבלנית; את מפעלי היזמים הפרטיים; את עבודות חוץ – שיקום.⁸⁹ מפאת קוצר היריעה לא

87 ס' 48(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

88 עניין כטיב, לעיל ה"ש 11; עניין שדות, לעיל ה"ש 9, בפס' 28 לפסק דינו של השופט זמיר. עם זאת קובע זמיר כי על פי הגישה התכליתית להגדרת מיהו עובד, חלק מהחוקים, כמו למשל פקודת הבטיחות בעבודה, עשויים לחול גם על אסירים. לפי גישה זו, ייתכן שבעתיד יתווספו חוקים שתחולתם תשתרע על אסירים.

89 שירות בתי הסוהר דוח שנתי 2007, 183-189 (2007) (להלן: דוח שירות בתי הסוהר).

נרחיב על אופי העבודות והתנאים הנלווים להן, ודי שנסכם בכך שבעבודות מהסוג השני קיימת מעורבות של גופים פרטיים ברמה זו או אחרת.

המשמעות העיקרית של הדין הבין-לאומי בהקשר של הפרטת בתי הסוהר היא כי בבתי הסוהר המופרטים העבודה מהסוג של ש"מ – עבודה שאין בה כיום מעורבות של גופים פרטיים – הופכת לעבודה הכוללת מעורבות פרטית, ועל כן מפרה את משפט העבודה הבין-לאומי. עצם המעבר לבעלות פרטית של בתי הסוהר משמעותה כי כל העבודות במסגרת הש"מ מפרות זכות ליבה של עובדים בעולם. אכן, אם העתירה הייתה נדחית, וניהול בתי הסוהר היה עובר לידיים פרטיות, חובת האסירים לעבוד הייתה נותרת בעינה כחלק ממכלול הפעילויות המנוהלות בבית הסוהר.⁹⁰ לעומת בתי הסוהר המדינתיים שבהם רק חלק מסוגי העבודות שכינינו עבודה "יצרנית" (מפעלי יזם ושיקום) נתפסים במסגרת ההגדרה של עבודה כפויה אסורה, בבית הסוהר המופרט הייתה אמורה להתבצע עבודה כפויה אסורה בכל סוגי העבודות, כולל העבודה במסגרת הש"מ.

יודגש כי במסגרת הש"מ האסיר מקבל תגמול מזערי בעבור עבודתו (תגמול שעשוי להגיע עד לגבול תחתון של חמישה שקלים בלבד ליום עבודה), אף על פי שעבודות אלו נחשבות לעבודות הקשות יותר, ולכאלו אשר קשה לסווגן כעבודה "חינוכית-שיקומית". זאת משום שקטגוריה זו כוללת בעיקר עבודה לא מקצועית של ניקיון ושירותים, שאינה דורשת הכשרה ואינה מספקת כשלעצמה כישורים ייחודיים שעשויים לקדם את האסיר מחוץ למסגרת הכלא. הניסיון להצדיק את מעורבותם של גופים פרטיים בהעסקת אסירים בבית הסוהר הממשלתי מתמקד בטענה שהמעסיק הפרטי מספק סביבת עבודה זהה לזו שתצפה לאסיר מחוץ לחומות הכלא, ובכך הוא מכשיר אותו לעבודה "בחוק". בהיעדר שיקול שיקומי זה עולה השאלה ביתר שאת: מהי אפוא ההצדקה לאפשר לגוף פרטי להרוויח מעבודה כפויה כאמור? עבודות שעד כה נהנו, על פי המשפט הבין-לאומי מ"היתר" להעסיק בכפייה, היו עשויות להפוך באחת, אם ההפרטה לא הייתה נעצרת, למוקד של הפרת זכויות אדם וזכויות עובדים.

נראה כי עמדתו של המשפט הבין-לאומי בעניין עבודת אסירים מתכתבת עם שני קווי הנמקה מרכזיים שעמדו בבסיס בג"ץ ההפרטה, זה של הנשיאה ביניש וזה מבית מדרשה של השופטת פרוקצ'יה. ראשית, מתקיימת זיקה ברורה בין עבודת האסירים לבין גישתה של השופטת פרוקצ'יה. להערכת השופטת, "הפגיעה ביתרת חירותם של האסירים, מעבר לפגיעה ההכרחית הנגרמת מעצם עונש המאסר, היא אפשרות קרובה, שבהתממשותה נפגעת זכות יסוד חוקתית פגיעה ממשית וקשה...".⁹¹

90 ס' 128 יא(ד) לתיקון 28.

91 בג"ץ ההפרטה, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הניסיון ההיסטורי והמחקרי שעליהם מבסס משפט העבודה הבין-לאומי את הנחות היסוד שלו מצביעים בבירור על הקושי לשמור על זכויות אדם בהקשר זה, ובכך מחזקים את גישתה של השופטת פרוקצ'יה. אכן, ברובם המכריע של המקרים תנאי האסירים העובדים למען תאגיד המונע משיקולי רווח נפגעים ביחס לתנאי העבודה המתאפשרים במסגרת המדינה.

ראינו לעיל אף את עמדתו של ארגון העבודה הבין-לאומי לעניין הצורך בפיקוח הרשויות כתנאי מצטבר ולא חלופי להסכמתם המלאה של האסירים לעבוד. לפיכך יש להבין את הדיון שהתנהל בערכאות לעניין יעילותו של הפיקוח שנותר בידי המדינה על בית הסוהר המופרט.⁹² בבג"ץ ההפרטה בית המשפט בחן שני מודלים עיקריים של הפרטה: המודל האנגלי והמודל הצרפתי. על פי המודל הצרפתי, שמתקיים גם בגרמניה, נעשה מיקור-חוץ של השירותים הלוגיסטיים בתוך בתי הסוהר, כגון אוכל, כביסה ושירותים רפואיים, ואילו סמכויות הניהול, השמירה והאכיפה נותרות בסמכותה של המדינה.⁹³ על פי המודל האנגלי, בתוך בית הסוהר המופעל על ידי זכייך פרטי יימצאו מפקחים מטעם המדינה, ולמדינה מספר סמכויות מצומצם, בעיקר בתחומי השיפוט והענישה.⁹⁴ טענת המדינה הייתה שעל פי המתווה שנקבע בחוק הישראלי, סמכויות הפיקוח של המדינה רחבות מהמודל האנגלי, וסמכויות הניהול של הזכייך הפרטי מצומצמות ממנו, ולכן יש לראות במודל שאומץ בארץ "מודל אנגלי משופר".⁹⁵ עמדתו של משפט העבודה הבין-לאומי היא כי אפילו פיקוח הדוק מצד המדינה אינו מספק ערבויות מספקות לשמירה על זכויות אדם אף במסגרת "מודל משופר" כאמור.

92 ראו את דברי השופטת פרוקצ'יה שם, בפס' 21: "קיומו של פיקוח מדינתי על אופן הפעלת כח-המרות בידי הגורם הפרטי עשוי להקחות במידה מסוימת את פוטנציאל הפגיעה בפרט, אך אין בו כדי להפחית באופן ממשי את עוצמת הפגיעה הכרוכה בכך. פיקוח כזה הוא, בעיקרו, פיקוח עליון, הפרוש על פני המערכת בכללותה, ומתקשה להקיף, לפני מעשה, את מלוא מרחב הפעולות השוטפות של בעל הסמכות, המתבצעות דרך שגרה. מנגנון פיקוח, מעצם טיבו, מגיב רק לאחר מעשה על פגיעה בלתי חוקתית בזכויות אדם, ומתרכז בהיבט הנורמטיבי הכללי של הפעילות, להבדיל מפעילות השגרה היומיומית, אשר ממנה צפויה סכנת הפגיעה הגדולה בפרט. בהפרטת השימוש בכח-המרות השלטוני, שיקול-הדעת בעשיית שימוש בכח זה נתון לבעל הסמכות הפרטי, גם אם ההנחיות הכלליות וקווי-הפעולה מונחים על ידי גורם הפיקוח השלטוני. הפיקוח המדינתי אינו נותן מענה ראוי לדילמה הכרוכה בהפרטת סמכות השימוש בכח-המרות השלטוני, ואין בו כדי להפחית באופן ממשי את פוטנציאל הפגיעה בפרט הצפוי מהפרטה כזו."

93 שם, בפס' 48 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

94 שם.

95 שם, בפס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

שנית, הנשיאה ביניש מעגנת את החלטתה בפגיעה הממשית שגורמת ההפרטה לאסירים בכבוד האדם ובזכות לחירות. על פי גישה זו, הפגיעה נגרמת "בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכייין פרטי".⁹⁶ מכאן שאין להתיר את העברת סמכויות הכליאה לגופים פרטיים, ללא קשר לתנאי הכליאה העתידיים שבהם יהיו האסירים במסגרת הגוף הפרטי לעומת הציבורי. הנשיאה אינה נדרשת לשאלות העולות כאשר לתנאי העבודה של אסירים בבית סוהר המנוהל בידי גורם פרטי.⁹⁷ לעומת זאת השופטת נאור מעלה בהקשר זה את ההתייחסות המפורשת היחידה בפסק הדין לעבודת אסירים במסגרת הכלא. השופטת נאור מבהירה כי לשיטתה נושא עבודת האסירים הוא נדבך נוסף על מכלול הפגיעות בזכויות האסירים בבית הסוהר הפרטי.

דומה שמשפט העבודה הבין-לאומי מאיר באור חדש אף נימוק זה, בהדגישו את ההבחנה בין עבודת אסירים המבוצעת במסגרת הפרטית לבין זו הציבורית. הבחנה זו אינה תלויה בהכרח בתנאי העבודה המוענקים לאסיר. על פי אמנה מס' 29, עבודה במסגרת שת"מ בבית הסוהר הפרטי פסולה אף אם תתבצע באופן זהה לחלוטין לעבודה המתבצעת במסגרת ציבורית. די בכך שתנאי העבודה במסגרת השת"מ, מבחינת התגמול, אופי העבודה והכישורים שהיא מעניקה רחוקים ממה שמכונה "תנאי עבודה מקובלים" – אשר יכולים להיות אינדיקציה להסכמת האסיר – כדי להפכו, בפריזמה של משפט העבודה הבין-לאומי, לניצול עמוק וחמור של אסירים. הרציונל הבסיסי של משפט העבודה הבין-לאומי תומך אפוא בהבחנה החד-משמעית שערכה הנשיאה בין המגזר הפרטי לציבורי. עם זאת נדרשת בחינה מעמיקה של השאלה באיזו מידה נתונה התנגדותו של משפט העבודה הבין-לאומי לעבודה כפויה בידי תאגיד פרטי בחשש לפגיעה בתנאי העבודה, ובאיזו מידה מדובר בהתנגדות להפקת רווחים פרטית מעבודה כפויה. ברי כי משפט העבודה הבין-לאומי אינו רואה צורך להכריע בסוגיה זו, שכן הניסיון ההיסטורי מצדיק את כריכתם יחדיו של החשש לתנאי עבודה ירודים והרתיעה מהרווח שיקבל המגזר הפרטי עקב עבודה כפויה.

96 שם, בפס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

97 יוער כי אף על פי שהנשיאה מסכימה כי הפעלת בית סוהר על ידי גורם פרטי הנתון לשיקולי רווח מעלה חשש כי "יביא [...] לפגיעה פוטנציאלית 'מהותית, רבת-משקל ומתמשכת' בליבת זכויות היסוד של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי", מדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד, שכלל אין די בה כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת. שם, פס' 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

סיכום

מטרתה של רשימה זו הייתה להציג את עמדתו של משפט העבודה הבינ-לאומי בנוגע לעבודת אסירים על רקע פסק הדין המרכזי של בג"ץ ההפרטה. הצבעתי על חשיבותה של בחינה מחודשת של נושא עבודת האסירים בכלל ועל רקע משפט העבודה הבינ-לאומי בפרט. המאמר מעלה סוגיה אשר המחקר בה עדיין בראשיתו, ואין תמה אפוא כי בשלב זה נותרו שאלות רבות שטרם זכו למענה מספק. למשל, הבהרה וניתוח של עמדת משפט העבודה הבינ-לאומי בנושא זה עשויים לסייע בידנו בבואנו לבחון את ההפרות שטרם נדונו לעומק באשר למעורבותו של המגזר הפרטי בעבודות אסירים. ככל שנוכל לקבל ערבויות כי תנאי העבודה במפעלים פרטיים כיום זהים לתנאי העבודה שאפשר לקבל במסגרת בית הסוהר, ובמציאות שבה נשלל רעיון בית הסוהר המופרט בכללותו – מתחזק הצורך לחדד את הנימוק העומד ביסוד ההתנגדות למעורבות של ידיים פרטיות בעבודת אסירים. האם ההתנגדות נובעת בעיקר מהעובדה שיהיו אלו תאגידים פרטיים ולא הציבור בכללותו (דרך המדינה), שירוויחו מהעבודה הכפויה? כיצד מתיישבת גרסה זו עם ההתנגדות ההיסטורית לאפשר לאסירים לעבוד למען גופים ללא כוונת רווח? האם באה כאן לידי ביטוי הבחנה יסודית יותר – אך כזו שטרם זכתה לביטוי במסגרת ארגון העבודה הבינ-לאומי – בין המשפט הפרטי לציבורי ברוח נימוקי הנשיאה ביניש בבג"ץ ההפרטה? שאלות אלו תעמודנה במרכז הדיון העתידי, מחוץ לגדרי הכלא הפרטי.

תם ולא נשלם. דווקא כעת, עם עצירת ההפרטה המלאה, יש לחזור ולבחון את מכלול ההסדרים המאפשרים מעורבות של תאגידים למטרות רווח בעבודת אסירים, קרי ההפרטה החלקית. בג"ץ ההפרטה למעשה עצר את החרפת התופעה, אך אין בו מענה למעורבותם העמוקה של גופים פרטיים כיום במסגרת העבודה היצרנית בבתי הסוהר הקיימים, מעורבות המנוגדת ברובה למשפט העבודה הבינ-לאומי. מדובר במגזר עסקי מתפתח. בשנת 2000 ההכנסות ממדרג התעסוקה היצרנית היו בפועל על 2.4 מיליון ש"ח, ואילו בשנת 2007 ההכנסות הגיעו כבר ל-3.4 מיליון ש"ח.⁹⁸ רווח זה מבטא את ההכנסות לשב"ס ואינו כולל את הרווח לגופים הפרטיים המעורבים בפעילות זו. חלק מרווחים אלו, על פי משפט העבודה הבינ-לאומי, נעשים תוך הפרת הזכות להיות חופשי מעבודה כפויה. מאמר זה הצביע על חשיבותו של דיון ער ומקיף בסוגיה זו. הדיון הנדרש הוא מורכב ומערב סוגיות שלא זכו להתייחסות כאן, כגון הזכות של אסירים לעבוד, דיון מעמיק יותר בנושא ההסכמה, עמדתו של הדין הישראלי בנושא והערכה מחודשת של הלכות רלוונטיות

98 דוח שירות בתי הסוהר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 202.

שנקבעו בבג"ץ שדות.⁹⁹ בהמשך, אין להסתפק בבחינת מעורבותם של גופים פרטיים בעבודת אסירים, אלא יש לבחון את השאלה, שאתה הותיר משפט העבודה הבין-לאומי למדינות עצמן – אם ראוי לאפשר העסקה כפויה של אסירים במסגרת בתי הסוהר של המדינה.

99 ראו: פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה – בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" (צפוי להתפרסם ב-2012).