

עבודה

תמורות במשפט העבודה ותיאורית הצדק הרולסיאנית

מאת

עו"ד שלומית יניסקי-רביד¹

"יסוד קיומו של משפט העבודה...הוא יצירת מנגנוני הגנה על עובדים בכל אחד משלבי הקשר שלהם עם המעביד...משפט העבודה הוא ענף פטרנליסטי מאוד. הוא מתערב באוטונומיה של הרצון הפרטי לשם השגת מטרות סוציאליות."²

המאמר חולש על שלושה תתי נושאים. חלקו הראשון של המאמר הינו תיאורטי. חלק זה דן ומנתח את המגמות העיקריות המאפיינות את פסיקת בתי-הדין לעבודה. המאמר מדגיש את האקטיביזם השיפוטי, הפטרנליזם, הגמישות השיפוטית, פריצת מסגרות חוזיות, הרחבת קהל היעד מעבר לצדדים המתדיינים, ביסוס תפיסת בית-הדין כמוסד מחנך, הרחבת תחום הסעדים הניתנים על-ידי בתי-הדין, הרחבת בעלי התפקידים, המוגנים מכוח דיני העבודה, יישום זכויות יסוד ושימוש בטעמים ערכיים-חברתיים חיצוניים לדיני עבודה. הגם שמגמות אלו, בחלקן, מאפיינות את פסקי הדין, שניתנים על-ידי בית-המשפט העליון, הן באות לידי ביטוי באופן בולט במיוחד בפסקי-הדין של בית-הדין לעבודה.

- 1 תלמידת מחקר לתואר שלישי, מרצה בקריה האקדמית. תודות לפרופ' דפנה לוינסון-זמיר, לפרופ' איל זמיר, לד"ר דודי שוורץ, לפרופ' צבי שרייבר, לנשיא בית-הדין הארצי לעבודה, כבוד השופט סטיב אדלר, לד"ר גיא מונדלק, לד"ר נויה רימלט, לשופטת בית-הדין לעבודה נטע רות, לעו"ד גדעון הולין, לעו"ד איריס גלילי-יולזרי, מפרקליטות אזרחית מחוז ת"א, לעו"ד ירון קטן, עוזר הוראה, ומר אייל בסרגליק, סטודנט בקריה האקדמית, על תרומתם בשלבים השונים, החל מגיבוש הרעיונות, עובר לכתיבה וכלה בפרסום. אציין לזכרו של פרופ' מנשה שאווה ז"ל, כי הנחיותיו בשיחתנו, ערב מותו, השנה, ישמשו כנר לרגלי בדרכי האקדמית.
- 2 דברי סגנית נשיא בית-הדין הארצי לעבודה השופטת אלישבע ברק בע"ע 300053/96 אסנת נתאי – בית התפוצות, תקדין ארצי 2002 (2) 125 (ניתן ביום 24/4/2002) (להלן – פס"ד נתאי), בסעיף 6 לפסק הדין.

המאמר מנסה להתחקות אחר הטעמים למגמות אלו. קבוצה אחת של טעמים, מתמקדת בהיבט החברתי כלכלי. קבוצה זו מעלה לדיון טענות בדבר שחיקת כוחם של העובדים במשק הישראלי, ריבוי עובדים לא מקצועיים במשק, כגון: עולים חדשים ועובדים זרים, ריבוי מודלים של העסקה בלתי שגרתיים, כגון: העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, ועוד. קבוצה שניה של טעמים, מתמקדת בשינוי שחל בתפיסת דיני החוזים בדמוקרטיה מודרנית. הדיון מתמקד בהחלשות ערכי "חופש החוזים" ו"כיבוד הרצון הפרטי" במשפט, מעבר מהסדרה פרטית של תחומים חשובים להסדרה צנטרליסטית והתערבות יתר בתוכן החוזה. קבוצה שלישית של טעמים, דנה בתמורות שהשפיעו על מערכת המשפט כולה. בין אלו, מועלות טענות בדבר השפעת חוקי היסוד על מערכת המשפט, השפעת זרמים זרים על פסקי הדין, מעבר מהנמקות פורמאליסטיות להנמקות תכליתיות-ערכיות ועוד. קבוצה רביעית של טעמים, דנה במעמדו השונה והמיוחד של חוזה העבודה, כחוזה יחס, בהתאם למשנתו של המלומד מקנייל. מעמד זה מצדיק התמודדות שונה, החורגת מיישום דיני החוזים הכלליים. קבוצה נוספת של טעמים, רואה בהתפתחות פסיקת בתי-הדין לעבודה חלק מהתמורות החלות בשטח זה בעולם. דא עקא, הדיון מוביל למסקנה כי חסרה הצדקה תאורטית-מוסרית, מרכזית ומובילה למגמות אלו.

חלקו השני של המאמר מציע את תיאוריית הצדק של ג'ון רולס כהצדקה הנדרשת. בחלק זה נדונה התיאוריה באספקלריה של דיני העבודה. עיקר הניתוח התאורטי מתרכז בחלק זה. המסקנה העולה מתיאוריית הצדק של רולס היא כי על המוסדות הקובעים כללי צדק חלוקתי, ובכללם בית-הדין לעבודה, לקבל החלטות תחת "מסך הבערות", דהיינו, תחת תנאי שוויון והוגנות. במצב זה הכללים שיתקבלו יהיו, אליבא דרולס, כלל החירות המרבית וכלל התמיכה בחלש. תיאוריית הצדק של רולס מהווה צידוק הולם לנושא יחסי עבודה, כיוון שהנחת היסוד של התיאוריה היא החלטה על כללים בתנאי שוויון. הנחה זו פותרת בעיה בסיסית ומהותית בדיני-העבודה והיא חולשתו של העובד אל מול כוחו של המעביד. כמו כן, הבחירה בכלל שיאפשר קיום מינימאלי ראוי, תואמת את גישת דיני העבודה (חוקים וצווי הרחבה), הקובעים זכויות בסיס קוגנטיות, בהן אין לפגוע.

חלקו השלישי של המאמר, סוקר הלכות משפטיות שנתנו בבתי-הדין לעבודה, בעת האחרונה, במספר תחומים. ההלכות החדשות מובאות תוך הדגשת המגמות שנסקרו. ההלכות החדשות נדונות בראי תיאוריית הצדק של רולס. בין ההלכות החדשות: הלכות בנושא חלות דיני העבודה על מי שאינו עובד, דהיינו, פרילנסר ועצמאי, הלכות בנושא חשיפת הצדדים האמיתיים

תמורות במשפט העבודה ותיאורית הצדק הרולסיאנית

להתקשרות, אשר עשויים להיות שונים מהצדדים הפורמאליים, והלכות בנושא הרחבת תחום הסעדים בבית־הדין לעבודה. עוד סוקר המאמר הלכות בנושא שוויון ומניעת הפליה, בעיקר נגד נשים, והלכות בנושא חופש העיסוק.

- א. חלק א' – המגמות בפסיקת בית־הדין לעבודה
 1. סקירת המגמות
 2. הטעמים למגמות
- ב. חלק ב' – תיאורית הצדק של ג'ון רולס
 1. הצורך בהצדקה מוסרית מובילה
 2. צדק חלוקתי
 3. תיאורית הצדק החלוקתי של ג'ון רולס
 - (א) המצב ההתחלי
 - (ב) עקרונות הצדק
 4. תאימות התיאוריה לפסיקה החדשה
- ג. חלק ג' – ניתוח פסיקה
 1. חלות דיני העבודה על מי ש"אינו עובד"
 2. תבניות העסקה מורכבות – הצדדים האמיתיים להתקשרות
 3. פיתוח סעדים חדשניים בנוסף על הסעדים מכח חוקי העבודה
 - (א) פיצויי בשווי שכר עבודה
 - (ב) פיצוי בגין נזק לא ממוני
 - (ג) צו החזרת עובד למקום עבודתו
 4. הפליה ושוויון
 5. חופש העיסוק
- ד. סיכום ומבט לעתיד

א. חלק א' – המגמות בפסיקת בית־הדין לעבודה

1. סקירת המגמות

כשבע מגמות עולות מהפסיקה, שניתנה על־ידי בית־הדין לעבודה³. המגמות שלובות זו בזו בפסקי־הדין השונים, וההפרדה ביניהם הינה תיאורטית־אקדמית בלבד. חלק מהמגמות משקפות את הלך הרוח הפרשני בבית־המשפט העליון⁴, אך לטענתנו, הן

3 הסקירה מתייחסת, לרוב, לפסקי הדין שנתנו משנת 2000 ואילך. הסקירה, מטבע הדברים, אינה מקיפה את כל פסקי הדין אלא את אלו מצאנו כמשמעותיים, חדשניים ו/או משקפים המגמות אליהן מתייחס המאמר. כן יצוין כי פסקי הדין נסקרים ללא ה"חומה", המפרידה, לכאורה, בין משפט העבודה האינדוידואלי למשפט העבודה הקיבוצי. יצוין כי המאמר מתייחס למגמות בפסיקה הישראלית של בית־הדין לעבודה.

4 מ' מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו (2) (תשס"ג) 645 (להלן – "מאוטנר – שנות השמונים"); מ' מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות" עיוני משפט

בולטות במיוחד בפסיקת בית-הדין לעבודה. האחת, מגמה אקטיביסטית, המאופיינת על-ידי חקיקה שיפוטית. בית-הדין לעבודה יוצר הלכות חדשות, המשנות, באופן מהותי, הלכות קודמות באותו נושא. מגמה זו בולטת הן בבית-הדין הארצי לעבודה והן בבית-הדין האזוריים לעבודה. על אנשי האקדמיה ועורכי הדין, העוסקים בדיני העבודה, להתעדכן, חדשות לבקרים, בחידושי ההלכה הפסוקה, ולשנות דפוסי חשיבה ישנים, לרבות בנושאים מרכזיים בתחום, וביניהם, יחסי עובד-מעביד, חופש העיסוק, הפליה וכו';

המגמה השנייה, מגמה פטרנליסטית, הדוגלת בחיזוק מעמדו של בית-הדין לעבודה כגורם המגונן על ציבור העובדים במסגרת יחסי העבודה במשק, כנגד פגיעה במעמדם; המגמה השלישית, פריצת מסגרות חוזיות פורמאליות בין עובד למעביד. גישה זו אינה נרתעת מהתערבות בחוזים, לרבות הסכמים קיבוציים, לאחר שנחתמו בין הצדדים, ואף לאחר בוצעו על-ידם במשך שנים, תוך קביעת בטלותם של סעיפים מסוימים או בטלות החוזה כולו ו"כתיבה מחדש" של החוזה "האמיתי". מפסקי הדין החדשים עולה מגמה של היחלשות הזכויות החוזיות, וקליטת תכנים אחרים אל תוך תנאי ההתקשרות. יצוין כי התערבות זו אינה מבוססת על חקיקה מפורשת אלא על נימוקים ערכיים⁵; המגמה הרביעית, מהווה פן אחד של מגמת טשטוש הגבולות בין משפט העבודה לתחומי משפט אחרים, והיא מתבטאת ב"יבוא" של כללים ועקרונות מתחומי משפט אחרים אל תוך משפט העבודה.

אימוץ זה של עקרונות כלליים על-ידי משפט העבודה בא לידי ביטוי במספר מישורים:

מישור אחד, חלחול זכויות יסוד לפסיקת בתי-הדין, כפועל יוצא של דחיקת הזכות החוזית על-ידי זכויות יסוד כלליות ובעיקר הזכות לקניין, הזכות לחופש עיסוק, הזכות לשוויון והזכות לקיום הולם. זכויות יסוד אלו מתווספות לזכויות מכוח חקיקת המגן. מגמה זו באה לידי ביטוי מובהק בהתפתחות הדוקטרינה בדבר זכויות הקניין של העובד במקום העבודה⁶, אך גם בנושאים אחרים, כגון פסיקה בנושא שוויון⁷, חופש העיסוק והגנה על אוכלוסיות חלשות.

כו (3) (תשס"ג) 887 (להלן – "מאוטנר – שנות התשעים"); מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) (להלן – "מאוטנר – ירידת הפורמליזם"); מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ה) 25; מ' מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16 (תשנ"ח) 45; ר' גביון, מ' קרמניצר ו' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס); וראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) (להלן – "זמיר") בפרק ה, עמ' 79–129 לגבי תיאוריות בדיני החוזים הכלליים. ראו זמיר פירוש והשלמה, בפרק ה, עמ' 79–129 לגבי התפתחויות בדיני החוזים הכלליים, ראו לעיל הערה 4.

6 נושא זכות הקניין של העובד במקום העבודה, וזכויות העובד מכוח זכות זו, עלה בשנים האחרונות בפסיקת בית-הדין לעבודה, אולם, חרף חשיבותו, טרם זכה להצדקה תאורטית-מוסרית מקיפה. ר' ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מגדא (1997) – עבד אל חמיד ג'אבר,

מישור שני, המשקף "יבוא" של עקרונות חיצוניים לדיני-העבודה, בא לידי ביטוי בשימוש בהנמקות מתחום תיאוריות כלכליות-חברתיות, חיצוניות לדיני העבודה. לצד נימוקים ערכיים, המתמקדים בחשיבות המימוש העצמי ואינדווידואליזם, חלה עליה בשימוש בנימוקים תועלתניים ובמונחים של טובת הציבור כולו. בהקשר זה יצוין כי בתי-הדין מתחשבים באינטרס של כלל הציבור, כצד נוסף בעל אינטרס ממשי, מעבר להכרעה הממוקדת בסכסוך בין המתדיינים. הדבר בולט בנימוקי בית-הדין לעבודה בפסקי-הדין בנושא השפעת תניות אי תחרות, המבוססים על התועלת שתגרם לציבור מתחרות חופשית וממעבר חופשי של ידע⁸;

מישור שלישי, של מגמת "יבוא" העקרונות הכלליים, בא לידי ביטוי בתפיסה חדשה בבתי-הדין לעבודה, הרואה בחוקי העבודה הקוגנטיים – הסדרים שאינם ממצים, עליהם יש להוסיף זכויות, תנאים וכספים, הן מעקרונות חוזיים כלליים, כגון: פיצויי עוגמת נפש או פיצויי קיום, והן על-ידי פתרונות יצירתיים, כגון בסוגית צו זמני המכונה "גור אריה", המשמר, בפועל, עד תום הדיון, את מקום העבודה לעובד שפוטר שלא כדין⁹;

המגמה החמישית, הינה הפן השני של מגמת טשטוש הגבולות המשפטיים, והיא באה לידי ביטוי בהחלת זכויות והגנות מכוח משפט העבודה על מעגל רחב יותר של מבצעי עבודה, שאינם בגדר "עובדים" שכירים, לפי המבחנים המקובלים, כגון "פרילנסרים"¹⁰ ואף עצמאים¹¹.

7 פד"ע לה 20, 245, 254; עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה (2) 145, 171 (מיום 23/7/2000) (להלן – "עניין הורן"); עס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – צים חברת השייט, תקדין ארצי 2000(2) 384; ע"ע 1189/00 אילנה לוינגר – מדינת ישראל, עבודה ארצי כרך לג (1) 25 (להלן – "עניין לוינגר"); עסק 1003/01 ההסתדרות הכללית החדשה – אי. סי. איי. טלקום, פד"ע לו 289 (להלן – "עניין אי. סי. איי"); דב"ע לג/9-3 צרי חברה פרמצבטית – ריקס, פד"ע ד 477, 494; בג"צ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (להלן – "בג"צ צרי").
8 עב (אזורי ב"ש) 2595/01 ג'נדר קומר – ג. ויסטה מלונות ותיירות בע"מ ואח', עבודה אזורי כרך יד 456 (להלן – "עניין קומר") (הוגש ערעור); וראו פרק ג.4. להלן בנושא הפליה ושוויון.
9 ראו הנימוקים בבסיס בע"ע 164/99 דן פרומר וצ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה – רדגארד, פד"ע לד 294 (להלן – "עניין צ'קפוינט"), ראו להלן הערה 26.
10 דב"ע מה/71-3 ממשלת ישראל – בנימין גור אריה, פד"ע טז 264, סעיפים 8-9 לפס"ד (להלן: "עניין גור אריה"), שעניינו צו זמני לפיו נשמרת לעובד האפשרות לחזור למקום העבודה עד לסיום ההליך, כך שאין צורך מעשי לדון בצו מניעה זמני נגד הפיטורים.
11 ס' אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" בספר מנחם גולדברג (א' ברק, ס' אדלר, ר' בן-ישראל, י' אליאסוף ונ' פינברג, עורכים, תשס"ב), 17, 20 (להלן – "אדלר, היקף תחולת משפט העבודה"); ראו לדוגמא הדיון בתב"ע (אזורי י"ם) נב/ 3-388 שאול צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל (לא פורסם) (להלן – "עניין צדקא").
11 עב (אזורי ת"א) 3348/94 ציפורה בשן – שירות התעסוקה, תקדין עבודה 2002 (1) 372 (ניתן ביום 263/2002) (להלן – "עניין בשן").

המגמה השישית, הינה שימוש הולך וגובר במבחנים "מעורפלים" המאפשרים גמישות שיפוטית, תוך פיתוח דוקטורינות כלליות כגון "תום לב" ו"תקנת הציבור". והשביעית, התחזקות תפיסת בית-הדין כמוסד מחנך, וירידה בראיית בית-הדין כאמצעי להכרעה בסכסוכים וכ"כלי" ליצירת וודאות. נראה כי בית-הדין הארצי תופס עצמו בנושא הדגל לשיפור וקידום רמתה הערכית ורווחתה של מערכת העבודה בישראל. בית-הדין שם עצמו כגורם מחנך, תוך נסיון לקעקע ולשנות, באמצעות חקיקה שיפוטית קוגנטית, נורמות פסולות בעיניו, הרווחות בציבור. דוגמאות למגמות אלו ניתן למצוא בפסקי-הדין, התומכים בגישה כי גם מי שאינו מקיים את מבחני יחסי עובד-מעביד "המסורתיים" זכאי לזכויות מכח דיני העבודה¹²; פסקי-דין המכנים חברות, באמצעותם פעלו נותני שירותים יותר מעשר שנים, כ"דמוי חברה" או "חברת קש", והמקעקעים, בפועל, את הבסיס למעמדה של "חברת יחיד" (שכונתה "אני בע"מ"), באופן שחבריה נחשבים כמועסקים במישרין על-ידי מקבלת השירות¹³; פסקי-דין בנושא חופש העיסוק, הקובעים בטלות תנייה חוזית המגבילה את חופש העיסוק¹⁴; פסקי-דין בנושא הפליה¹⁵; פסקי-דין המרחיבים את הסעדים הניתנים לעובד מפוטר, מעבר לפיצויי הפיטורים הקבועים בחוק¹⁶; ועוד¹⁷. נראה כי מגמות אלו אינן ייחודיות ובלעדיות בשמי עולם המשפט לבית-הדין לעבודה¹⁸. פרופ' מנחם מאוטנר מונה שלושה שינויים עיקריים שחלו, בעת האחרונה,

- 12 ראו לדוגמא הדין בעניין צדקא, לעיל הערה 10 ופס"ד ציפורה בשן, לעיל הערה 11, הקובעים כי גם מי שאינו מקיים את מבחני עובד-מעביד "המסורתיים" — זכאי לזכויות מסוימות מכח דיני העבודה. וכן הפרשנות שנתנה ל"עובד" בע"ע 001039/00 מדינת ישראל — משטרת ישראל — מנחם יהב ונעמ"ת, תקדין ארצי 2002 (3) 29 (ניתן ביום 13/8/2002) (להלן — "עניין יהב") ולאחרונה גם בחוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), שנת תיקון מספר 6, התשס"ב-2002, ס"ח 1859.
- 13 ראו ע"ע 300245/97 משה אסולין ו-96 אחרים — רשות השידור, תקדין ארצי 2001 (3), 984 (ניתן ביום 10/10/2001) (להלן — "עניין עטק"מ).
- 14 כארבעים פסקי דין בנושא חופש העיסוק, ראו להלן הערה 270.
- 15 ראו לדוגמא עב' (אזורי ת"א) 303630/98 ד"ר עלמה לוי — רד רמות חממה לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ ואח', תקדין עבודה 2002 (3) 347 (ניתן ביום 29/10/2002) (להלן — "עניין לוי") או עב' 4785/02 יגאל כשני — עיריית רעננה, תקדין עבודה 2002 (2) 505 (ניתן ביום 15/7/2002) (להלן — "עניין עיריית רעננה").
- 16 ראו להלן פרק ג.3. העוסק בהרחבת הסעדים והאסמכתאות שם.
- 17 כל פסקי הדין יפורטו להלן בחלקו השני של המאמר.
- 18 מגמות אלו איפיינו את בית-הדין לעבודה מהקמתו, ואולם, לאחרונה, הן בולטות במיוחד. ראו נ' קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו (2) (תשס"ג-2002) 737 (להלן — "קידר"), 737; וראו גם אזכורים בהערה 4 לעיל.

בפסיקת בית-המשפט העליון, והם: 1. שינוי בתפיסת התפקיד של בית-המשפט¹⁹,
 2. שינוי בדרכי ההנמקה בפסקי-הדין²⁰. 3. אקטיביזם שיפוטי חינוכי גורף²¹.
 מגמות אלו אף תואמות לכתיבתו של נשיא בית-המשפט העליון השופט אהרון
 ברק, בנושא הפרשנות התכליתית²². שיטת הפרשנות התכליתית, לדעת פרופ' ברק,
 היא שיטה דינאמית, המשתנה לאורך זמן. הפרשן צריך להתמקד בתכלית המאפשרת
 לנורמה לשרת את צרכי ההווה בצורה הטובה ביותר. פרשנות תכליתית גורסת כי לטקסט
 המשפטי יש לתת את הפירושו, המקיים, בצורה הטובה ביותר, את תכליתה של הנורמה
 הטבועה בטקסט²³. "תכליתה של הנורמה היא המדיניות, המטרות, האינטרסים או
 הערכים שהנורמה נועדה להגשים"²⁴. זו אינה פרשנות לאור כוונת המחוקק. "תכליתו
 של חוק אינה להגשים את כוונתם של חברי הגוף המחוקק, אלא להביא לשינוי חברתי
 מסוים"²⁵.

פרשנות זו עולה בקנה אחד אף עם זרמים חדשים באקדמיה, הבוחנים סוגיות
 משפטיות לאור תיאוריות מתחומים שונים, כגון הגישה הכלכלית למשפט, תיאוריות
 מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, או ניתוח פמיניסטי של המשפט.

19 שינוי בתפיסת התפקיד של בית-המשפט. עד שנות השמונים, תפקיד המערכת המשפטית היה
 בעיקר מיון הסכסוך והפעלת ידע של כללי המשפט, להבדיל מהשתתפות ביצירת המשפט. יצירת
 המשפט נעשתה על-ידי השופטים, בסדקים (לקונות) שבחוקים בלבד. בשנות השמונים השתנתה
 תפיסתו של בית-המשפט העליון. מוסד זה החל תופס עצמו כבעל תפקיד מרכזי, לצד הכנסת,
 ביצירת המשפט, בקביעת ערכים החלים במדינה ובהקצאת המשאבים העומדים לחלוקה. בשיאו
 של התהליך קובע בית-המשפט העליון כי הוא מוסמך לפסול חוקים של הכנסת, שאינם עומדים
 באמות המידה של חוקי היסוד. דהיינו, לא רק לצד הכנסת אלא אף מעל הכנסת. ראו: מאוטנר
 — שנות השמונים, לעיל הערה 4, בע' 651–652.

20 שינוי בדרכי ההנמקה בפסקי הדין. עד שנות השמונים ההנמקה היא בעיקר לשונית, תוך קריאה
 צמודה ודקדקנית של הוראות החוק החרות והתקדימים המשפטיים. משנות השמונים "החל
 בית-המשפט פועל באופן נרחב ברמת השיקולים הערכיים העשויים לשמש טעם לקיומם של כללי
 המשפט. .. בכך מיקד בית-המשפט את הכרעותיו ברובד של הטעמים הערכיים, העשויים לשמש
 הצדקה למשפט, להבדיל מכללי המשפט עצמם ותכניהם... בית-המשפט הבלית את עדיפותו של
 'מבחן התכלית' על 'מבחן הלשון'... בכך הציג עצמו בית-המשפט כמשתתף בעיצוב הכרעות
 הערכיות של המשפט". שם, בעמ' 652–653. וראו גם מאוטנר — ירידת הפורמליזם, לעיל
 הערה 4, בע' 45–66.

21 אקטיביזם שיפוטי חינוכי גורף. "בית-המשפט נחשב אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד
 גדול יותר.. בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים
 לחלוקה במדינה". מאוטנר — שנות השמונים, ראו לעיל הערה 4, בעמ' 855–653, וראו ביקורת
 על דוקטרינת הסבירות ראו מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב
 (תשמ"ב) 102.

22 קידר, לעיל הערה 18, בע' 743; א' ברק פרשנות במשפט — תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב,
 כרך א) 373–423.

23 ברק, שם, בע' 373–381.

24 שם, בע' 374.

25 שם, בע' 375.

הגם שמלומדים התייחסו, כאמור, בעיקר לבית-המשפט העליון, הרי שמגמות אלו באות לידי ביטוי, במיוחד, ובאופן מובהק, בפסקי הדין של בית-הדין לעבודה. יתרה מכך, לטענתנו, גישת בית-הדין לעבודה הינה גישה פרשנית פוסט ערכית תכליתית, מרחיקת לכת יותר מגישת הפרשנות התכליתית המקובלת בבתי משפט אחרים. בתי-הדין לעבודה, בפסיקתם החדשה, צעדו צעד נוסף לקראת פרשנות חדשה למשפט. השלב הראשון, המקדמי, היה נטישת הגישה הפורמאליסטית. השלב השני, היה פסיקה בהתאם לתכלית החקיקתית של החוקים השונים ובמיוחד חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השלב השלישי, כעולה מהפסיקה האחרונה, מהווה הסתמכות עיקרית על ישום תיאוריות חיצוניות לעולם המשפט. בין אלו, הגישה התועלתנית והגישה הכלכלית למשפט, תיאוריות חברתיות-סוציולוגיות ו/או תיאוריות פסיכולוגיות שונות²⁶. שלב זה נעשה כמעט ללא הסתמכות או אזכור של חקיקה²⁷. בית-הדין פוסק תוך הסתמכות על מערכת ערכים רצויה, ולאחר שהניח

26 הדוגמא המובהקת הינם הנימוקים בבסיס בע"ע 164/99 דן פרומר וצ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה — רדגארד, פד"ע לד 294 (להלן — "עניין צ'קפוינט"), המובאים בסעיף 14 לפס"ד של הנשיא אדלר. בפסק הדין נקבע כי אין לאכוף תניה המגבילה תחרות בין עובד למעביד מהטעמים הבאים (הדגשות אינן במקור):

"הטעם הראשון: חוק יסוד: חופש העיסוק מעניק לכל עובד זכות לעבוד בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד...יש חשיבות להון האנושי של העובד...שכן כישוריו של המעורר במקצוע ובתחום מומחיותו הם רכושו והבסיס להשתכרותו...".

הטעם השני: את משפט העבודה מנחה עקרון יסוד, המבוסס על חזקת חוסר השוויון הבסיסי שבין כוחו של העובד לכוחו של המעסיק. לפיו, אין ליתן תוקף לתניות מסוימות בחוזה עבודה אישי, שיש להניח שעובד סביר לא היה חותם עליהם מרצונו...הידע והניסיון שצובר העובד במהלך עבודתו אצל המעסיק הקודם..הופכים לימים לחלק מכישוריו. כישוריו של אדם הם קניינו וככלל אין להגביל אותו מלעשות בהם שימוש כרצונו."

הטעם השלישי: מקום עבודתו של אדם, בו הוא מבלה לכל הפחות, שליש מיומו...ממנו הוא מבקש להפיק סיפוק והגשמה עצמיים. הגבלה על ניידות עובד תפגע בזכותו להגשים עצמו."

בהתייחס לתיאוריה התועלתנית והגישה הכלכלית למשפט נאמר:

"הטעם הרביעי: הגבלה על ניידות זכותו של עובד לעבור ממקום אחד למשנהו פוגעת בתחרות החופשית...המקדמת את המשק ומביאה לירידת מחירים...הקמת חברות חדשות... הטעם החמישי: ..החברה מעוניינת במעבר מהיר וחופשי של מידע במשק. לדבר זה חשיבות הן מבחינה כלכלית והן מבחינה חברתית."

בע"ע 1141/00 הר זהב שירותי מזון בע"מ — פודליין בע"מ, תקדין ארצי 2002 (3), 795 (ניתן ביום 19/9/2002) (להלן — "פס"ד הר זהב") מוסיף בית-הדין הארצי לעבודה, בסעיף 4 לפס"ד של הנשיא אדלר, טעמים נוספים:

האחד: הכבדה על ניידות עובד עלולה לגרום לתשלום שכר נמוך לעובד מזה שיקבעו כוחות השוק.

השני: הגבלת עיסוק נובעת, לעתים, ממניעים שאינם ממין הענין, כגון מניעת עזיבת עובד מוכשר.

השלישי: המשק הישראלי סובל מריכוזיות של הון וכוח כלכלי ואפילו "עובדים חזקים" ובכירים אינם שווים כוח למעסיקים בעלי עוצמה כלכלית.

27 בפסקי הדין שקבעו ההלכות המרכזיות בענין בטלות תניות המגבילות את חופש העיסוק של

איזו חלוקת משאבים תשרור בעולם, לדעתו, אם נורמה מסוימת היא שתאומץ. בית-הדין רואה עצמו כשחקן מרכזי אקטיבי בשיח החברתי שבין תחום דיני העבודה לתחומים חברתיים אחרים. הנימוקים והטעמים שניתנים, כבסיס להלכות חדשות, מהווים קובץ ערכים ותכליות חברתיות רצויות, וניתוח של תיאוריות חברתיות-כלכליות-סוציולוגיות, תוך העדר בסיס חוקי מפורש.

2. הטעמים למגמות

להלן אנסה לעמוד בקצרה על הסיבות והטעמים למגמות אלו. טעמים אלו יכולים לשמש הן כבסיס למגמות שנסקרו והן להצדקת עצם קיומו של בית-הדין לעבודה כבית-משפט עצמאי. סקירת הטעמים, שלהלן, קובצה למספר קבוצות על. קבוצה ראשונה של טעמים דנה בשחיקת כוחם של העובדים במשק הישראלי. בגדר קבוצה זו עולה הטענה בדבר ירידה בכוחם של קבוצת העובדים בשל היחלשות מעמדם של העובדים המאורגנים ושל הסתדרות העובדים²⁸. טענה אחרת, מתייחסת לפגיעה בכוחם של העובדים בשל המצב הכלכלי הקשה במשק. מצב זה גורם למעבידים לפטר עובדים או לפגוע בתנאי עבודתם, בניסיון לשרוד בתנאי התחרות הקשה או כתגובה

העובד אין הסתמכות או אזכור של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המהווה את הבסיס החוקי לפסלות תניה בחוזה. בפסקי-דין אחרים כגון: פסק דינו של השופט אדלר בעניין צדקא, לעיל הערה 10, אין התמודדות עם שאלת הסמכות העניינית של בית-הדין לדון בזכויות של מי שאינו עובד וראו גם פס"ד בענין עסק"מ, לעיל הערה 13.

28 ראו 'כהן, 'הברפלד, ג' מונדלק, 'ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה חברה ומשפט י (תשס"ד) 15. במחקר בנושא שיעור המאורגנים, שנערך בחוג ללימודי עבודה באוניברסיטת ת"א, דווח כי קיימת ירידה דרסטית במספר החברים באיגוד מקצועי. הירידה נמדדה בשני מדדים: מדד 1 – שיעור החברים באיגוד מקצועי. מדד זה כונה מדד החברות. במדד זה ירד שיעור החברים מ-85%–80% בשנות השמונים (80% בהסתדרות ו-5% באיגודים אחרים, כגון בארגון המורים) ל-45% לפי מדד רחב, ו-30%, לפי מדד צר, בשנת 2000. מדד 2 – של עובדים ה"מכוסים" על-ידי הסכמים קיבוציים. מדד זה כונה שיעור הכיסוי. מדד זה ירד משיעור של 85%–80%, בשנות השמונים ל-35%, בשנת 2000. בין מסקנות המאמר נאמר כי ההסתדרות איבדה את מעמדה המונופוליסטי בייצוג עובדים. קבוצת החברים המכוסים, שהיתה דומיננטית ככוח עבודה, מונה כיום פחות משליש מהאוכלוסייה. מגמות אלו מאפיינות את הקורה בעולם כולו. לטענתנו: "דווקא המגמה נמשכת של היחלשות כוחם של ארגוני העובדים, מחזקת את ההצדקה לקיומו של בית-הדין לעבודה. רוב העובדים בישראל אינם מאורגנים. לאלו אין מקום להביא את מצוקותיהם, קטנות כגדולות, אלא במסגרת בית-דין מיומן ומומחה, בעל רגישות חברתית ואישית. יצוין כי הגם שהסתדרות העובדים מאבדת מכוחה, עדיין היא מהווה גורם מוביל בקביעת נורמות, כגון בענייני שכר, דמי נסיעות, דמי הבראה וכיו"ב, שמאומצות על ידי העובדים הלא מאורגנים." ש' יניסקי-רביד "הצדקות חברתיות ומשפטיות לקיומו של בית-הדין לעבודה" נטו פלוס (ינואר 2004) 19. וראו גם מאוטנר – שנות השמונים, לעיל הערה 4, בע' 661.

מעגלית לחוסר הוודאות הכלכלית במשק²⁹. כתוצאה מכך, נפגעים הן העובדים מחוסרי העבודה והן העובדים בעלי המשרות. העובדים נעשים חלשים יותר, הן בשלב המשא ומתן, הן בשלב בו מתקיימים יחסי עבודה והן בשלב סיום יחסי העבודה; גורמים אחרים, השוחקים את כוח קבוצת העובדים, הינם ריבוי עובדים לא מקצועיים במשק, כגון עולים חדשים ועובדים זרים³⁰, וכן ריבוי מודלים בלתי שגורתיים של העסקה, ביניהם, עובדים המועסקים על ידי חברות כוח אדם, קבלני ביצוע, פריילנסרים, עובדים המקימים, לצורך ביצוע העבודה, חברות ושותפויות³¹, ועוד. בפועל, נוצר פער הולך ומעמיק, מבחינת דיני העבודה, בין המצוי לרצוי, וכוחם של העובדים, כאמור, הולך ונחלש. פער זה יצר חלל, אשר לא מולא בתוכן על-ידי המחוקק. בית-הדין לעבודה נתפס כמקום המפלט האחרון לשמירה על זכויות ציבור העובדים בישראל. בית-הדין לעבודה "נדרחף" על ידי שינויים במצב הכלכלי-חברתי, ו"נשאב" אל תוך חלל חקיקתי-מציאותי קיים, באופן המוביל אותו לנקוט גישה פטרנליסטית-אקטיביסטית-מגוננת קיצונית, אף יותר מבעבר, במטרה לאזן הפגיעה במעמד העובדים, ולמנוע הקרבת זכויות העובדים³². קבוצה שנייה של טעמים מבוססת על החלשות ערכי "חופש החוזים" ו"כיבוד רצון הפרט"³³.

בדמוקרטיה מודרנית, חל שינוי תפיסתי מהותי, בגישה לדיני החוזים. התפיסה הליבראלית הקלאסית, שבלטה במאה התשע עשרה, דגלה בתיאוריות אינדוידואליסטיות המדגישות את רצון הפרט וכלכלת השוק החופשי. החוזה שימש ככלי ליצירת חובות וזכויות בין המתקשרים, המבטא את הרצון החופשי והיכולת של הפרטים לקבוע הסדרים כלכליים בשוק חופשי. המעבר למאה העשרים לווה, בדמוקרטיה המודרנית, בהקמת מדינת רווחה. מעבר זה הקנה, מחד, לשלטון

29 הרצאתו של ד"ר ירון זילכה, כיום החשב הכללי, ביום עיון בנושא "אי הוודאות במשק" שהתקיים בקריה האקדמית, קרית אונו, ביום 27/11/2002.

30 ראו הנימוקים בעב (אזורי ת"א) 5503/00 בש"א 3062/00 Obmalee Thawat ואח' – תנועת מושבי העובדים בישראל – ברית סיוע, אגודה שיתופית מרכזית בע"מ, תקדין עבודה 2002 (3), 166 (להלן – "עניין הפועלים התאילנדים"), בסעיף 12 לפסק-הדין.

31 פ' רדאי מדיניות העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם – המחוקק, בתי המשפט וההסתדרות (1998) 28 (להלן – "רדאי"); ר' בן-ישראל "מתמקרים החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם פרשנות אחרת המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האותנטית" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט 1999) 5 (להלן – "בן ישראל – מתמקרים החוצה"); "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" עבודה, חברה ומשפט, שנתון האגודה הישראלית למשפט עבודה ובטחון סוציאלי (תשס"א 2001) כרך ח 103.

32 ראו דברי השופט אדלר בע"ע 1138/02 דנה שני נ' חברת סטארט אפ בע"מ, תקדין ארצי 2002 (3), 223 (ניתן ביום 30 באפריל 2002) (להלן – "עניין דנה שני"), בסעיף 8 לפס"ד: "שיקולים כלכליים כאלה ואחרים של המעביד נטולי משקל הם נוכח תכלית החוק למנוע פיטורי עובדת בהריון."

33 א. זמיר חוזה קבלנות במסגרת הסדרה פירוש לחוקי החוזים (ג' טדסקי, עורך 1994) (להלן – "זמיר חוזה קבלנות") 27–29; זמיר, פירוש והשלמה, לעיל הערה 4, וראו לגבי הדין האמריקאי: G. Gilmore *The Death of Contract* (Ohio, 1974).

סמכויות רבות יותר בהסדרה מרכזית של תחומים רבים, אך, מאידך, העניק פחות לגיטימיות לאוטונומיה של הפרט. מדינת רווחה נוקטת במעורבות מסיבית בתחומים רבים, לרבות בשוק העבודה, בתחומי המסחר, ההון, החינוך, הבריאות והזכויות הסוציאליות. הנורמות הנוהגות, בתחומים אלו ואחרים, מוסדרות על-ידי כללי הקצאה וחלוקה מרכזיים, שנקבעים על ידי מוסדות השלטון. כפועל יוצא, נותר פחות ופחות מקום לאוטונומיה של הפרט לעצב את עסקאותיו לפי רצונו או לפי חוקי הביקוש וההיצע הרגילים³⁴. עלייתה של מדינת הרווחה המודרנית, נעשתה תוך טשטוש ההפרדה בין שלוש הרשויות³⁵. רשויות המשפט, כחלק ממוסדות השלטון, ובכללם, בית-הדין לעבודה, מוצאים עצמם יותר ויותר עוסקים בשאלות של צדק חלוקתי.

גורמים אלו השפיעו על דיני החוזים, ועל פסיקת בית-הדין לעבודה ביחס לחוזי עבודה. ראשית, דילול מרכזיותו של הרצון הפרטי כתנאי ובסיס לקיומו של חוזה. הרצון הפרטי (של העובד והמעביד) אינו הכרחי לגיבוש חוזה (עבודה). קיימת הקלה, כתנאים הנדרשים בפסיקה, לשכלול חוזה עבודה מחייב, כאשר דרישות התמורה, המסוימות וגמירות הדעת מאבדות מכוחן. כמו כן, קיימת הרחבה של חבויות חוזיות בשלב הטרם חוזי. פס"ד עמליה לוי מדגים טיעון זה. בפסק הדין נקבע כי למרות שהעובדת לא החלה בעבודתה בפועל — השתכלל חוזה מחייב. לדעת פרופ' איל זמיר, הירידה בחשיבות תיאורית הרצון, גרמה למעבר לתיאוריות חלופיות, כגון תיאוריות של צדק חלוקתי, גישות של התחשבות בזולת, איסור גרימת נזק לזולת, מניעת התעשרות על חשבון הזולת, גישות פטרנליסטיות ועוד³⁶.

שנית, תפקיד מוסדות המדינה, ובכללם, בתי המשפט, ביחס לחוזים השתנה. שינוי זה מתבטא במעבר מתפקיד פסיבי יותר, שהתבטא במתן תוקף ואכיפת חוזים כפי שהוסכמו בין הצדדים, להתערבות אקטיבית בתוכן החוזים. החקיקה הקוגנטית בדיני העבודה מבטאת מגמה זו. כמו-כן, הפסיקה בדיני עבודה מסדירה את התניות החוזיות, גם אם הצדדים "הסכימו" להסדר אחר, ואף בצעו אותו במשך שנים רבות. דוגמא טובה לכך מהווה פסק דין בענין עטק"מ³⁷. בפסק הדין קבע בית-הדין כי ההתקשרות "האמיתית" שונה מהתקשרות הפורמאלית, חרף העובדה כי הצדדים קיימו ההתקשרות

34 במישור התיאורטי התערעה האמונה בשוק הפרטי כגורם יחיד לשגשוג חברתי. זאת, בין היתר, עקב ריבוי תופעות של מונופולים וקרטלים, ריבוי בעיות מידע, ועלויות עסקה גבוהות. לפיכך, התחזק הצורך בהתערבות יתר של המדינה בהסדרת חלוקת המשאבים להשגת רווחה כוללת.

35 קידר, לעיל הערה 18, בע' 765; ראו גם ברק — תורת הפרשנות, לעיל הערה 22, בע' 107; ד' ברק-ארז "מדינת הרווחה בישראל — בין חקיקה לביורוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט — שנתון האגודה הישראלית למשפט עבודה ובטחון סוציאלי" ט (תשס"ב 2002) 175.

36 מתוך הרצאותיו של פרופ' איל זמיר, דיקאן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, בקורס לתלמידי תארים מתקדמים בנושא תיאוריות של דיני חוזים.

37 עניין עטק"מ, לעיל הערה 13. בית-הדין קבע כי ההתקשרות "האמיתית" נוצרה בין העובדים — נותני השירותים למקבלת השירותים, זאת חרף קיום התקשרות פורמאלית, שקוימה במשך יותר מעשר שנים, בין חברות למתן שירותים ומקבלת השירותים.

הפורמאלית במשך יותר מעשר שנים. מעורבות בית-הדין לעבודה בחוזי העבודה באה לידי ביטוי גם בהרחבת החובה לראות ביחסי העבודה, בשלביהם הראשונים, כחוויה מחייב, ובפיתוח דוקטרינות של תוס-לב ותקנת הציבור³⁸. בתי-הדין לעבודה לוקחים על עצמם משקל גדול יותר בקביעת התניות החוזיות, עד כדי כריתת חוזה חדש במקום החוזה שנחתם ובוצע בין הצדדים.

שלישית, מעבר מתפיסה של ניטראליות פוליטית של בתי-המשפט, כנותנים תוקף לרצונו של צד לחוזה לבחור באופן אוטונומי את מטרותיו, לגישה מתערבת של בתי-המשפט, ובכללם בתי-הדין לעבודה, הקובעת, באופן מגמתי ומוצהר, את חלוקת ההון בין קבוצות שונות במשק.

קבוצה שלישית, של טעמים, להסברת המגמות האקטיביסטיות של בית-הדין לעבודה, הינה טעמים כלליים, שהשפיעו על מערכת המשפט כולה. בין אלו, ניתן להזכיר את השפעת חוקי-היסוד על מערכת המשפט³⁹ ועל דיני העבודה; השפעות מערביות של זרמים אמריקאיים ואירופאים⁴⁰; והתאמת המשפט למציאות בה חלות תמורות מהירות בכל תחומי החיים⁴¹. בתי-המשפט היו חייבים להמיר את צורת ההנמקה הפורמאליסטית בהנמקה תכליתית טלאולוגית, שעניינה שיקולי צדק חלוקתי ומדיניות משפטית וחברתית ראויה; יצוין כי מגמת החיפוש אחר משמעות אינה ייחודית לבתי- המשפט אלא אופיינית לכל תחומי המדעים החברתיים (ספרות, הסטוריה, מדעי החברה, אומנות ועוד)⁴². הסבר אחר, נתן לאחרונה, פרופ' מנחם מאוטנר. לדעתו, הסיבה לשינוי בגישת המערכת המשפטית, נעוצה בהתמוטטות ההגמוניה הפוליטית, חברתית ותרבותית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים⁴³. עם המהפך הפוליטי בשנת 1977, הפכה מדינת ישראל למדינה רב תרבותית, המאופיינת על-ידי פלורליזם חברתי ותרבותי⁴⁴.

38 ראו פס"ד צ'קפוינט, לעיל הערה 26, ויתר פסקי הדין בנושא חופש העיסוק בפרק ג.5. להלן.
39 א' חביב סגל "דיני חברות והמטריה החוקתית שנפרסה בחוקי היסוד" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן צבי, עורך, תשנ"ו) 195 (להלן – א' חביב סגל – המטריה החוקתית).

40 קידר לעיל הערה 18, בע' 740, 745–746, 758–760.
41 ראו דיון בפרק ג.2. ר-ג.3. להלן, בהתייחס לפסקי דינו של הנשיא אדלר בפס"ד צדקא, לעיל, הערה 10 ולפס"ד עטק"מ לעיל הערה 13.

42 קידר לעיל הערה 18, בע' 763.

43 מאוטנר – שנות השמונים, ראו לעיל הערה 4, בעמ' 659–662. עד אז שלטה תנועת העבודה במוסדות המרכזיים של המדינה (הצבא, ראשות הממשלה, משרד הבטחון, האוצר, החינוך), במוסדות המרכזיים של החברה (ההסתדרות, העיתונות, הוצאות הספרים, קופות-החולים, לשכות עבודה), ובתכנים מרכזיים של התרבות במדינה (קיום יהודי במדינת ישראל, הקמת המדינה ופיתוחה). אלא שבמחצית השניה של שנות השבעים, עם החילופין בשלטון, התמוטטה הגמוניה זו של תנועת העבודה, והיא איבדה את השליטה שלה במוסדות המרכזיים של המדינה.

44 שם, בעמ' 663–664. מדינה רב עדתית, בעלת שכבות וגוונים חברתיים וכלכליים רבים. עולים חדשים (מזרח ארופאים, אתיופים) תושבים ותיקים (יוצאי מדינות ערב, יוצאי אשכנז), ערבים, ועוד. כך נפתח מאבק חדש על עיצובה של מדינת ישראל. ראו גם מאוטנר – שנות התשעים, בע' 888, שם נטען כי שלוש הקבוצות שנוצרו הן: יהודים חילוניים ליבראליים, יהודים דתיים וערבים.

בעקבות תהליכים אלו, ולנוכח המפגש עם מסרים של קבוצות תרבותיות חדשות, שהחלו פועלות במרכז הזירה הפוליטית והתרבותית בישראל, טוען פרופ' מאוטנר, נוצרה חרדה בקבוצה היהודית-חילונית-ליברלית. תוצאתה של חרדה זו הביאה לשימוש הולך וגובר בבית-משפט העליון כזירה לפעילות פוליטית, כאשר לצד תמיכה נרחבת של קבוצה זו בבית-המשפט העליון, כולטת מגמת העדר ביקורת מצדה על השינויים שחלו בפסיקתו⁴⁵. ניתן לטעון כי שינויים אלו, ובמיוחד בהתערערות מעמד מפלגת העבודה והתערערות מעמד גופי ההסתדרות, השפיעו על בית-הדין לעבודה.

קבוצה רביעית של טעמים דנה במעמדו השונה והמיוחד של חוזה העבודה, המצדיק התמודדות החורגת מיישום דיני החוזים הרגילים.

בתחום חוזה-העבודה ניכרת בבית-הדין לעבודה מגמה אקטיביסטית קיצונית. בתי-הדין לעבודה מוצאים עצמם, כאמור, לא אחת, "כותבים מחדש" את חוזה-העבודה. כמו כן, עולה בבתי-הדין לעבודה נטיה ליתן מגוון סעדים וצווים לטובת הנפגע. השאלות שעולות בהקשר זה הן מדוע בית-הדין לעבודה נוקט בגישה אקטיבית-פטרנליסטית, ומדוע נדמה כי יישום דיני החוזים הרגילים בבית-הדין לעבודה הינו בעייתי במיוחד.

הסבר אחד הוא כי החוזים השגרתיים אינם מהווים כלים מתאימים לפתרון סכסוכי עבודה. החוזים משמשים, לעיתים, כלי בידי הצד החזק לכפות תניות חריגות על התלויים בהם. חוזה העבודה, כחלק ממערכת יחסים לא שוויונית, משמש ככלי להנצחת תניות, לרעת העובד, עקב חולשתו במשא ומתן ורצונו לזכות בעבודה. לפיכך, על בית-הדין לעבודה לחשוף את תנאי ההתקשרות האמיתיים לצד הראויים. תשובה אחרת, בה ברצוננו להתמקד, עשויה לצמוח מתוך מאפייני ההתקשרות בחוזה עבודה השונים כל-כך ממאפייני התקשרות עסקית רגילה. דיני החוזים "הרגילים", שהשתכללו לגבי מודל של התקשרות עסקית, אינם מתאימים לפתרון מחלוקות העולות מהתקשרות בין עובד למעביד⁴⁶.

התקשרות בין עובד למעביד מתאפיינת ביחסים דינאמיים ארוכי טווח. "יחסי עבודה מבוססים על מערכת של יחסי אנוש מורכבת ומסובכת, שכן בבני אנוש מדובר ובקשרי

45 שם, בעמ' 645-646, 649, 664-669. הקבוצה היהודית-חילונית-ליברלית, מתוך חרדה, המשתקפת בשורת טקסטים מתחום הספרות הפובליציסטית והעתונות, מעוניינת לעצב את דמותה של מדינת ישראל על-פי זיקה לתרבות מערבית. לקבוצה זו יש כוח כלכלי רב בשליטה בכלכלת ישראל בשנות השמונים והתשעים ונגישות לבית-המשפט העליון, באמצעות עשרות בגציי"ם שהיא מגישה. בית-המשפט העליון הפך לזירה חשובה לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של אחת מקבוצות המשנה המרכיבות את החברה החילונית, היא הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית, במאבקה על עיצוב אופיה של ישראל בשנים שלאחר התמוטטות ההגמוניה.

46 ג' הולין "התאמת חוזה עבודה והסכמים קיבוציים למצבים משתנים" בספר גולדברג (תשס"ב) 288. וראו בענין זה דבריו של הנשיא ברק בדנג"צ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית-הדין הארצי לעבודה, תקדין עליון 98(3) 1154, סעיפים 14-16 (להלן - "דנג"צ סרוסי").

עבודה המתקיימים במשך שעות רבות ביממה ולאורך תקופה ממושכת⁴⁷. פעמים רבות נוצר פער משמעותי בין המצב בפועל להתקשרות הפורמאלית, בחוזה העבודה או בהסכם הקיבוצי (שתניותיו האישיות נכללות בחוזה העבודה). לרוב אין לצפות, בעת ההתקשרות עצמה, את כלל ההתחייבויות והזכויות, שתחולנה בין הצדדים, ובמילים אחרות את תניות החוזה ה"אמיתי". יתרה מכך. קשה, ואולי אף בלתי אפשרי, לאפיין את ההתקשרות עצמה במונחים משפטיים עסקיים. ה"שכר" שעובד מקבל בעבודתו הינו הרבה מעבר לתמורה הכספית. "שכר" זה, כחלק ממערך גמול ותמריצים של עובד במקום עבודתו, כולל מרכיבים של כבוד, ייצוגיות, שייכות, תלות, שותפות גורל, הגשמה עצמית, זהות עצמית, מסגרת חברתית, הערכה, חיבה מהזולת, כוח וכיו"ב. כל אלו אינם באים לידי ביטוי ממשי בחוזה העבודה המשפטי. הדבר נכון גם לגבי תרומתו של העובד, מידת השקעתו, המוטיבציה שלו והתלהבותו. אלו אינם ניתנים, לרוב, לכימות ומדידה כספית-חוזית. כפועל יוצא, הפרה של רכיבים אלו אינה מוצאת מזור בעולם המשפטי החוזי. יחסי העבודה, ובמסגרתם קידום עובדים, "הקפאתם" או פיטוריהם, מושפעים מיחסים חברתיים ואישיים לא פחות מאשר מסעיפי החוזה. סיום יחסי העבודה כולל אלמנטים של פגיעה בכבוד ובתחושת הערך העצמי⁴⁸. תחושות ופעולות העובד בעת סיום העבודה מושפעות מכלל ההשקעות, שנעשו במהלך תקופת העבודה. אלו אינן באות לידי ביטוי בכלים המשפטיים המקובלים של תשלום פיצויי פיטורים.

שיקוף של מגבלות בית-הדין ליתן סעדים משפטיים, כשמדובר בחוזה יחס בתחום העבודה, מצוי בפסק דין מרים מלק, הדין בעובדת, שנפגעה קשות מפיטוריה. בית-הדין כותב: "עם כל ההבנה לתחושותיה הסוביקטיביות של המערערת, אין בידינו להושיט לה סעד" "מערכת בתי-הדין לעבודה מוסמכת אך לבחון, אם החלטת הפיטורים והליך הפיטורים נעשו לפי החוק"⁴⁹.

לטענתנו, לאור האמור, הכלים החוזיים הרגילים, ואף הכלים, שנקבעו בחוקי העבודה, אינם יכולים להוות פתרון למצבי משבר במהלך העבודה או בסיומה. בתי-הדין לעבודה נדרשים למלא החסר. הם עושים זאת באמצעות העדפת החוזה "האמיתי", שנוצר בפועל בין הצדדים, ובאמצעות שימוש גובר והולך במגוון סעדים. עדיין קיים מקום רב לפיתוח כלים שונים המתאימים למאפייני התקשרות בעבודה, כגון כלים שיעודדו יתר שיתוף פעולה⁵⁰ במהלך העבודה, לצד פיתוח כלים נוספים, שיטפלו, באופן טוב יותר, בחובות וזכויות בעת משבר.

47 ס' אדלר "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה" שנתון משפט העבודה ו תשנ"ו 5 1996, בע' 21.
 48 ראו דברי סגנית הנשיא השופטת אלישבע ברק בע"ע 359/99 לאה לויץ — רשות השידור, פד"ע לו 577 (ניתן ביום 28/2/2001) (להלן — "עניין לויץ") ואזכור שם לספר: P.C. Weiler *Governing the Workplace, The Future of No Labour and Employment* (1990).
 49 ע"ע 001512/02 מלק-המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם) (ניתן ביום 19/3/03).
 50 D. Lewinsohn — Zamir "The choice between Property Rules and Liability Rules .Revisited: Critical Observation from Behavioral Studies" 80 *Texas L. Rev.* (2001) 219.

אחת התיאוריות, שעשויה ליתן תימוכין לטענה זו היא התיאוריה בדבר החוזים היחסיים⁵¹. זרם זה, "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"⁵².

חוזים יחסיים, בניגוד לחוזים עסקיים רגילים, מתאפיינים במספר מאפיינים ייחודיים. בין אלו: משכו הארוך של הקשר; קשר המשתכלל ומשתנה על-פני רצף התפתחויות, ולא דווקא ברגע מסוים של כריתת החוזה. הציפיות, ההסתמכויות, והתחייבויות הצדדים נוצרות, משתנות ומתחלפות לאורך זמן; הקשר מתאפיין בהעדר אפשרות ממשית לתכנון עתידי של היחסים; היחסים המאפיינים את הקשר הם יחסים ראשוניים, בהם יש חשיבות רבה לסיפוק צרכים אישיים-פסיכולוגיים ולא דווקא צרכים רכושיים-כלכליים; היחסים כוללים מרכיב נכבד של תקשורת לא מילולית ומרכיבים המתייחסים למכלול האישיות של האדם; היחסים בין הצדדים אינם

51 ראו לעיל הערה 33, זמיר, חוזה קבלנות, בעמ' 391, וראו אסמכתאות שם. I. R. Macneil "The Many Futures of Contracts" 47 *S. Cal. L. Rev.* (1974) 691; I.R. Macneil "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U. L. Rev.* (1978) 854; C. J. Goetz & R.E. Scott "Principles of Relational Contracts" 67 *Va. L. Rev.* (1981) 1089; S. Macaulay "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 *Am. Soc. Rev.* (1963) 55; S. Macaulay "An Empirical View of Contract" (1985) *Wisc. L. Rev.* 465. בתי-המשפט השונים עושים שימוש בתיאוריה בדבר חוזה-יחס של המלומד מקנייל בפסקי-דינם. ההתייחסות היא בעיקר להיות החוזה ארוך טווח ופחות לסממנים אמוציונאליים שלו. ראו: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עובדון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (חוזה עם בית אבות כחוזה יחס); ע"א 9946/01 אררט נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם) (חוזה ביטוח כחוזה יחס); ת"א (חיפה) 1011/98 לין זיינס ואח' נ' מדינת ישראל, תקדין מחוזי 2000(1) 28338 (פוליסת ביטוח באסון גשר המכביה כחוזה יחס, שצריך להתאים לנסיבות משתנות); ת"א (חיפה) 10821/97 פז חברת נפט בע"מ נ' אליהו ממך, תקדין מחוזי 2002(3) 807; ב"ש"א (צפת) 1296/01 מועצה מקומית טובא נ' בנק הפועלים תקדין שלום 2001(4) 1 (חוזה בנקאי כחוזה-יחס); ע"א 6651/99 בנימין הדר נ' קק"ל — באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו (1) 241, וכן ה"פ (י"ם) 105/99 בנימין הדר נ' מינהל מקרעי ישראל, תקדין מחוזי 2002(2) 37048 (חוזה חכירה כחוזה יחס).

אף בתי-הדין לעבודה דנו בחוזה עבודה כחוזה יחס, תוך שימוש בתיאורית 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 (ת"א) 5575/00 פורטיס איריס נ' מדינת ישראל, תקדין עבודה 2002 (3) 240; ע"ע 600029/97 משה אליאב נ' קרן מקפת לפנסיה, תקדין ארצי 2002(2) 401 (הסכם בין עובדים לקרן פנסיה הוא חוזה יחס); ע"ע 300275/98 אברהם נ' מוקד, תקדין ארצי 2000 (4) 33 (חוזה עבודה כחוזה יחס לענין מידת תום לב מוגברת). ע"ע 300353/97 מדינת ישראל נ' נהרי, תקדין ארצי 2002 (2) 209 (חוזה עבודה, כחוזה יחס, כולל תניות שהוסכם עליהן במהלך העבודה); וראו עניין לוי, לעיל הערה 48. לטענתנו, בהקשר של חוזה עבודה, יש להדגיש יותר את המרכיבים הרגשיים והתלותיים, המאפיינים את חוזה-היחס, והשפעתם על פיתוח כלים מיוחדים לפרשנותו.

52 זמיר, חוזה קבלנות, לעיל הערה 33, בע' 392.

מוגבלים לתחום הכספי והעסקי, אלא מתקיימים בתחומים אחרים: חברתיים, אישיים ועוד; העדר כימות ומדידה של היתרונות והתרומה, הבאים לידי ביטוי בהתקשרות; מקורות התמיכה החברתית הינם בעלי חשיבות רבה בהתקשרות; העדר עבירות של חיובי החוזה; מספר מתקשרים רב; חשיבות לשיתוף הפעולה בין הצדדים; תפיסת קשר מורכבת של היחסים; נכונות לאלטרואיזם מעבר לעולה מהחוזה עצמו, ועוד⁵³. ניתן, אמנם, לטעון כי בהתקשרויות רבות ניתן למצוא סממנים של חוזים יחסיים וכי בפועל ניתן לאפיין כל חוזה לאור מיקומו כרצף בין חוזה יחס לחוזה עסקה לפי סממנים יחסיים או עסקיים. אולם, לטענתנו, מהטעמים שפורטו לעיל, התקשרות בתחום העבודה מהווה דוגמא מובהקת לחוזה יחס, השונה מחוזה עסקי רגיל.

יתרה מכך, יש מקום לטענה כי חלק ניכר מכללי המשפט האזרחיים אינם ישימים כשמדובר על קשרי עבודה (כמו גם בקשרי נישואין), והניסיון לעשות בהם שימוש, בבתי-הדין לעבודה, ללא ביצוע ההתאמות נדרשות, הינו בעייתי ונועד מראש לכישלון. קבוצה חמישית של טעמים רואה את המגמות, שנסקרו, כדרך להתמודד עם תמורות בשוק העבודה, המאפיינות את מדינות העולם המערבי⁵⁴.

מדינת ישראל, כמו גם מדינות אחרות בעולם, מושפעת מהליכי גלובליזציה בינ-לאומיים. הליכים אלו מתאפיינים, בין היתר, בתחרות הבינלאומית, ניידות של הון, סחורות, טכנולוגיה, ידע ועובדים, ריבוי חברות בינלאומיות, האחדה נורמטיבית, השפעת התרחשויות בינלאומיות, ועוד⁵⁵. לגורמים אלו יש השפעה ישירה על תחום העבודה, וממילא, על פסיקת בתי-הדין המקומיים לעבודה⁵⁶. השפעה זו באה לידי ביטוי בפגיעה בתנאי העבודה של העובדים המקומיים על-ידי הפחתה בשכרם ובתנאי העבודה הנלווים. הפגיעה נוצרת כתוצאה מלחצים כלכליים בינלאומיים, על המעבידים ועל המדינה, לעמוד ביעדי התחרות הכלכלית הבינלאומית. כמו-כן נגרמת הפגיעה עקב זמינות עובדים זרים בשכר נמוך יותר. "מכות" נוספות שסופג תחום העבודה, בעולם כולו, כתוצאה מהליכי גלובליזציה, הן עליה בדפוסי עבודה גמישים, צמצום בהגנות על העובדים, ירידת כוחם של ארגוני עבודה מקצועיים ו/או יציגים, הגברת אי השוויון, ועליה בכמות המובטלים⁵⁷.

53 שם, בע' 391-394.

54 להפניות לדין במדינות אחרות ראו להלן חלקו השני והשלישי של המאמר.

55 ר' גרונאו "הגלובליזציה – כלכלת ישראל בצל הליכים בכלכלה העולמית" נייר עמדה 36 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג-2003). ר' גרונאו "אי שוויון בישראל" נייר עמדה 28 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג-2002). א' רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט

הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 17-71.
56 ראו הערות בנושא הגלובליזציה בפס"ד צ'קפוינט, הערה 26 לעיל, בסעיף 14 לפס"ד הנשיא אדלר, ובפס"ד סופר פארם, ע"ע 292/99 עדי עמיחי וניו פארם – יוסי גולדהמר בע"מ וסופר פארם (ישראל), פד"ע לה 204 (להלן – "פס"ד סופר פארם"), בסעיף 18 (א), (ג), (ה) לפס"ד הנשיא אדלר.

57 לסקירה על מצב התעסוקה בעולם והשפעות הגלובליזציה ראו World Employment Report 2001, *Global Employment trends*, International Labour Organization, 16-46.

התפקיד של בתי-הדין לעבודה, באשר הם, מקבל משנה חשיבות, בעידן הגלובליזציה, ככלם זעזועיה. בתי-הדין, בישראל ובעולם, נאלצים להתמודד עם האתגר, כיצד יש לשמור על אינטרסים לאומיים ולקדם מטרות חברתיות, כאשר מנגד ניצבים אינטרסים כלכליים בינלאומיים⁵⁸. דווקא בעידן זה, יש חשיבות לחיזוק ערכי העבודה והשוויון⁵⁹.

בנקודה זו יש לזכור כי מעמדו ותפקידו של הטריבוטל השיפוטי, העוסק בתחום העבודה, משתנה לפי מבנה מערכת המשפט בכל מדינה. לכן, כשדנים בפסיקת בתי-הדין לעבודה, יש לקחת בחשבון מאפיינים שונים, הנובעים מעצם זהות הטריבוטל המסוים, הדין בענין. לדוגמא, האם מדובר בבית-דין מומחה לענייני עבודה או בבית-משפט כללי, והאם גוף הערעור, שפסיקתו מהווה תקדים מחייב באותה

58 שם, שם, וראו ע' כרמי "הסכמי עבודה גלובליים – לקחים חברתיים לעולם העסקים בישראל" משאבי אנוש (אוגוסט 2003) 188.

59 מתוך הרצאת המחברת ש' יניסקי-רביד, "היבטים משפטיים לניידות עובדים" ביום עיון בנושא השפעות חברתיות של הגלובליזציה, שנערך בקריה האקדמית קרית אונו, בשיתוף ה-ILO ארגון העבודה הבינלאומי והאגודה הישראלית לחקר יחסי עבודה, בימים 16-17 בספטמבר 2003. ראו לדוגמא: הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948, סעיף ז "הכל שווים לפני החוק וזכאים ללא אפליה להגנה שווה של החוק"; הצהרת ארגון העבודה הבינלאומי ILO בענין עקרונות וזכויות יסוד בעבודה, "...על כל החברות, גם אם לא אישררו את האמנות שבהן מדובר, מוטלת החובה, הנובעת מעצם חבורתן בארגון לכבד, לקדם ולממש, בתום לב, בהתאם לחוקה, את העקרונות הנוגעים לזכויות היסוד: וד. היסול האפליה בתחום התעסוקה והעיסוק"; במסגרת אמנת ארגון העבודה הבינלאומי ILO, בענין עובדים מהגרים, נדרש מהמדינות לנהוג במהגרים, הנמצאים בהיתר בתחומי ארצה, ללא הפליה מטעמי אזרחות, לאום, דת או מין, יחס שלא יהיה נופל מזה שהוא נוהג באזרחיו שלו בעניינים הבאים, במידה שעניינים אלו מוסדרים בחוק, בתקנות או כפופים לפיקוחן של רשויות מנהליות (1) שכו, לרבות תוספות משפחתיות (2) חברות באיגודים מקצועיים והנאה מן היתרונות של משא ומתן קולקטיבי,

ILO Convention No. 97 on Migration for Employment (Revised), 1949, Article 6;
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, articles referring to migrant workers, *Articles 6, 7, 8, 9, 01, 11. Article 6: "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."* *Article 7: "particular: Remuneration, Fair wages, A decent living, Safe and healthy working conditions, Equal opportunity, Rest, leisure, Remuneration for public holidays"*.
International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families (The MWC), Part II Article 7; ILO Convention No. 91 Concerning Equality of Treatment For National and Foreign Workers as Regards Workmen's Compensation for Accidents; International Convention against Discrimination in Education 1960; International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979 (See article 11); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1966 (See article 5).

וראו עניין ג'נדר קומר, לעיל הערה 7.

שיטת משפט, הינו ערכאה מקצועית מומחית לדיני עבודה או בית-משפט כללי לערעור. ככל שהטריבונול העוסק בענייני עבודה עצמאי יותר כך ינתן יותר משקל לערכי העבודה.

בין השיטות הזרות ניתן למצוא מגוון של מבנים, במסגרתם נערכים דיונים משפטיים בנושאי עבודה. ניתן להצביע על רצף מסוים בניתוח מבנה בתי-הדין במדינות הים. בקצהו האחד של אותו רצף מצוי המבנה האמריקאי, לפיו, ענייני עבודה נדונים במסגרת גופי בוררות מקצועיים או בבתי-המשפט הכלליים, והערעור מוגש לבתי-המשפט הכלליים לערעור. בבריטניה⁶⁰, נחלקים ענייני העבודה השיפוטיים בין בתי-הדין לעבודה, ה-"Employment Tribunals", לבין בתי המשפט של המשפט המקובל ה-"Common Law". ערכאת הערעור העליונה, בעלת הכוח המחייב, לגבי שתי המערכות, היא בית הלורדים ה-"House of Lords", שאינו מומחה לענייני עבודה דווקא. בקצה השני של אותו רצף, מצויים בתי-הדין לעבודה בגרמניה⁶¹.

60 בבריטניה הנים בענייני עבודה: א. בתי-הדין לעבודה "Employment Tribunals", שנקראו בעבר "Industrial Tribunals" הדנים בעיקר בזכויות עבודה סטטוטוריות, לרבות שוויון והפליה. ב. בתי משפט של המשפט המקובל, הדנים בעיקר בענייני חוזים ונזיקין ומשפט ציבורי. הערכאה המתאימה בבתי המשפט של המשפט המקובל נקבעת לפי הסכום וסוג התביעה. המשמעות היא שעובד התובע בעניין חוזי, המהווה גם הפרה של זכות חוקית צריך להגיש שתי תביעות, למעט בתביעות כספיות עד תקרה מסוימת, שאז ניתן לפתוח בהליך אחד. יש הבדלים פרוצדוראליים ומהותיים בין בתי המשפט של המשפט המקובל לבין טריבונליים של העבודה. הערעור על הטריבונלים נעשה לטריבונול העבודה לערעור (EAT — Employment Appeal Tribunal). ערעורים נוספים יהיו לבית-המשפט של ערעורים ולבית הלורדים. רוב התובענות בטריבונליים לעבודה ב-1999–2000 היו בנושא פיטורים שלא כדין (45%) וניכויים שלא כדין משכר (18%).

הטריבונלים של העבודה חסרי כח ליתן צווי מניעה ולאכוף צוויים חלופיים בנושא פיטורים שלא כדין. בטריבונליים יושב שופט שהוכשר ונציג עובדים ומעבידים. ראו: Employment Tribunal Act 1996, S. Deakin & G. Morris *Labour Law* (Butterworths, third edition, 2001) 81–95 (להלן – "Labour Law"); המגמות המנחות, כיום, את הטריבונליים של העבודה בבריטניה, הינן לתפקד כטריבונול נגיש, מהיר, לא פורמאלי, ולא יקר, בפיתרון סכסוכים. המטרה לנהוג בתיקים בצדק והוגנות.

"'justly', which includes, so far as practicable, ensuring that the parties are on an equal footing; saving expense; ...and insuring that it is dealt with expeditiously and fairly" *Ibid*, at p. 86

רפורמה, שהוצעה להטמעת הטריבונלים של העבודה במערכת הכללית, נגנזה. במקומה יושמה, לאחרונה, רפורמה שעיקרה עידוד הליכי בוררות סופיים בנושאים בעייתיים שכיהים, כגון פיטורים שלא כדין, וכן עידוד הסכמי פשרה. מגמה נוספת היא הקמת גופים ממשלתיים הפועלים בנושאי עבודה וביניהם: Advisory Conciliation and Arbitration Service ACAS, Central; Arbitration Committee CAC, Certification Officer, Equal Opportunities Commission EOC, Commission for Racial Equality CRE, Disability Rights Commission DRC, *Ibid*, at pp. 92–102.

61 לגרמניה, מערכת נפרדת לבתי-הדין לעבודה, המהווה את המכניזם העיקרי לטיפול בקונפליקטים אישיים או קיבוציים בענייני עבודה. היא כוללת 3 ערכאות: בתי דין לעבודה בערכאה ראשונה,

מדובר בערכאות נפרדות, המתמחות בענייני עבודה. המערכת מורכבת משלוש ערכאות. הערכאה השלישית, הגבוהה, הינה בית-הדין הפדראלי לעבודה, המומחה לענייני עבודה, שפסיקתו סופית ומחייבת, למעט במקרים של פגיעה בחוקה. מערכת בתי-הדין בגרמניה, שהינה, כאמור, מערכת נפרדת, מצטיינת באקטיביזם שיפוטי. לבתי-הדין בגרמניה יש חלק נכבד בעיצוב דיני-העבודה ובשמירה על זכויות העובדים. על כך נאמר:

“In fact, in the field of labour law, The Federal Labour Court has become at least as important as the legislator”⁶²

במדינות השוק המשותף, התרחשו הליכים מעניינים, בנושא המתח בין משפט העבודה לכוחות הגלובליזציה.

בבריטניה, לדוגמא, האיזון בין הצורך בשווקים תחרותיים, בעידן גלובלי תחרותי, ובין מגמת הנוקשות הנובעת משמירה על זכויות עובדים נעשה, מצד אחד, על-ידי חקיקת חוקים, בשנים האחרונות, המגבילים את כוחו של המעביד ומעניקים זכויות לעובד.⁶³

“..by limiting managerial prerogative, and in particular the employer’s sanction of dismissal, the legislation limited the otherwise open ended disciplinary power which the employer has enjoyed at common law, and which owed as much to the master-servant model.”⁶⁴

Federal Labour Court, ובית-המשפט הפדראלי לעבודה Land Labour Courts, בערכאה שניה, כערכאת ערעור עליונה וסופית. תפקידו של בית-המשפט הפדראלי לעבודה לדון בערעורים. בית-משפט זה מבטיח אחידות בפסיקה והתפתחותה. במובן מסוים עוסק בית-משפט זה בחקיקה שיפוטית. בית-המשפט הפדראלי לעבודה אינו יכול לסטות מהחוקה. פסקי דינו יכולים לעמוד למבחן חוקתי, בדומה לבתי משפט אחרים, בפני בית-המשפט הפדראלי לחוקה, אם הם מפריס סעיף בחוקה. לפיכך, בית-המשפט הפדראלי לעבודה, ה-Federal Labour Court, מהווה ערכאת ערעור מקצועית אחרונה. ראו: M. Weiss & M. Schmidt *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (Third Revised edition, 2000), 123–124 (להלן “Labour Law in Germany”).

Ibid., at p. 38 62

התוצאה, לדעת מלומדים אנגלים, היא כי באנגליה:

“..the system of labour courts lacks genuine autonomy unlike that in Germany.”.

Labour Law, *supra note* 60, at p. 83, לעיל הערה 60, בעמ' 83.

Ibid., at pp. 27–28, 36–38, 60–63, 66–72 63

מההסכם הוצאו נושאים בדבר חופש ההתארגנות והשביתה.

יצוין כי השינוי בחקיקה הינו גם תוצאה של בחירת ממשלת הלייבור במקום המפלגה השמרנית בבריטניה.

Ibid., at p. 27 64

מנגד, התפתחה מגמה הפוכה, לפיה ההגנה החוקתית, המתייחסת לקבוצות עובדים חלשות במיוחד, כגון עובדים צעירים ועובדים בשכר נמוך, נסוגה חלקית. הדבר נעשה על רקע הצורך ליתן תמריצים למעבידים להעסיק עובדים בקטגוריות אלו. פגיעה זו, בזכויות העובדים החלשים, אוזנה על-ידי הכוחות המשפטיים של השוק המשותף. הכוונה להשפעה הגוברת של חקיקת השוק המשותף ולפסיקת בית-המשפט האירופי לצדק על דין המדינות החברות. בתי-המשפט בבריטניה העניקו לגיטימציה לדיני השוק המשותף בהחלטתם כי היחיד יכול לאכוף זכויות בעלות השפעה ישירה⁶⁵. בפועל, השיח המקומי בדיני-העבודה, במדינות החברות בשוק המשותף, מאבד מכוחו, בעת האחרונה, לאור תפקידם המרכזי של חקיקת ופסיקת גופי השוק המשותף. לאלו, חשיבות הולכת וגוברת, במיסוד דיני העבודה, ובשמירה על זכויות העובדים, במדינות החברות בו⁶⁶. עיקר השפעתם ביצירת סטנדרטים בנושאי מדיניות חברתית, לרבות בענייני עבודה. במיוחד, תצוין השפעתם בתחום השוויון, והשלכות של שינויים מבניים על דיני העבודה. לאחרונה, מדיניות סוציאלית תופסת חלק מהותי יותר בחקיקת השוק⁶⁷.

טענתנו היא כי בדומה לבתי-הדין בישראל, חקיקת השוק המשותף ופסיקת בית-המשפט האירופי לצדק הינה אקטיבית ופטרנליסטית, תוך נסיון להתמודד עם תמורות הגלובליזציה וירידת הסטנדרטים בשוק העבודה⁶⁸. התמורות שנסקרו אינן ייחודיות ליבשת אירופה. הירידה בכוחם של הגנות

⁶⁵ House of Lords *Ibid.*, at pp. 36–39. לדוגמה השוואת זכויות לעובדים זמניים בעקבות החלטת *R. v. Secretary of State for Employment p Equal Opportunitities Commisssion* (1994) IRLR 176.

⁶⁶ בעקבות סעיף 119 (כיום 141) של EC Treaty and Directive 76/307 ספרות בנושא דיני עבודה בשוק המשותף: P. Davies, A. Lyon-Cean, S. Sciarra & S. Simitis *European Community Labour Law: Principles and Perspective* (Oxford, 1996) (ERLL); R. Blanpain & C. Engels *European Labour Law* (The Hague, 2000) (ELL); C. Barnard *EC Employment Law* (N.Y. 1996) (ECEL); A. C. Neal *European Labour Law and Social Policy — Cases and Materials* (The Hague, 1999) (ELLaSP); A. Supiot *Beyond Employment — Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (Oxford, 2001) (BE); S. Sciarra *Labour Law in the Courts — National Judges and the European Court of Justice* (Oxford, 20021) (LLiC); Labour Law, *supra* note 60, at pp. 102–125.

⁶⁷ חרף העובדה כי במבוא לאמנת רומא הוגדרו שיפור קבוע בתנאי עבודה ומחיה כמטרה עיקרית, האמונה, בשלב הראשון, היתה כי התנועה החופשית של עבודה ברחבי השוק המשותף, תגרור מעצמה השוואת תנאים ושיפור שכר ותנאים, ללא צורך בהתערבות אקטיבית. לכן, בשלב המקדמי, ההתקדמות בחקיקה לגבי תנאים סוציאליים של עובדים, היתה איטית ולא מספקת, ונבלמה לעיתים על ידי זכות הטו של החברות. לסקירה על התפתחות חקיקת המגנה על עובדים בשוק המשותף, מנקודת מבט בריטית, ראו Labour Law, *supra* note 60, at pp. 102–109.

⁶⁸ ראו: The Agreement of Social Policy ב-Maastricht Summit November 1991. P. Davies “The European Court of Justice, National Courts and the Member states” in P. Davies, A. Lyon-Cean, S. Sciarra & S. Simitis *European Community Labour Law: Principles and Perspective* (Oxford, 1996), A. Supiot *Beyond Employment — Changes*

העובדים, במיוחד במגזר הפרטי, בשל שוק תחרותי, חלה הן בארצות הברית⁶⁹, והן במקומות אחרים.

לסיכום יצוין כי המגמות שנמנו לעיל מהוות שיקוף של המגמות העולות מהפסיקה החדשה של בית-הדין לעבודה, אלא שאין די אך בתיאור גישה אקטיביסטית-פטרנליסטית זו של בית-הדין לעבודה. יש, לטעמנו, צורך בנימוק ערכי-מוסרי, שיצדיק את העקרונות הנקבעים בפסקי הדין.

ב. חלק ב' – תיאורית הצדק של ג'ון רולס

1. הצורך בהצדקה מוסרית מובילה

“..laws and institutions no mater how efficient and well organized must be reformed or abolished if they are unjust”⁷⁰.

הצורך בהצדקה מוסרית שתעמוד בבסיס המגמות החדשות, שנסקרו, בפסיקה בית-הדין לעבודה עולה, לטעמי, במספר מישורים. צורך זה חזק במיוחד כשמדובר במגמות מתחזקות של אקטיביזם שיפוטי ופטרנליזם, על-מנת למנוע חזות של שימוש לרעה בכוח השיפוטי.

ללא הצדקה מוסרית מובילה, עלול להיווצר הרושם כי “המטוטלת הרחיקה לכת”⁷¹. במילים אחרות, ישנה סכנה בפסיקה, אשר חלק מהעם אינו מסכים עמה⁷². ראייה פשטנית של פסקי-הדין עלולה להצמיח מספר טענות כנגד פסיקת בית-הדין. בראשן, הטענה כי אין צידוק לקיומה העצמאי של מערכת בתי-הדין לעבודה, וקריאה להטמעתה במערכת בתי-המשפט האזרחיים⁷³. טענות נוספות, שעלולות לעלות, הן

in Work and the Future of Labour Law in Europe (Oxford, 2001) 215–229; S. Sciarra *Labour Law in the Courts – National Judges and the European Court of Justice* (Oxford, 2001) 131–144.

S. Estreicher “Labour Law Reform in a World of Competitive Product Markets” 69 *Chicago-Kent College of Law* (1993) 69 שונות.

.RAWLS2, *supra* note, 83, at p. 3 70

תודה לעו"ד גדעון הולין על הביטוי. 71

ראו מאוטנר – הסבירות של הפוליטיקה, לעיל הערה 4. בית-הדין עלול להיתפס כגוף המפלה לרעה מעבידים באשר הם מעבידים, ואלו כקבוצת כוח עלולים לגרום לשינויים חקיקתיים, שיגבילו את כוחו של בית-הדין, יטרפדו את תפקידו החשוב. 72

ראו א' לין “מדוע יש להטמיע את בית-הדין לעבודה במערכת בתי-המשפט הכללית?” בית הדין לעבודה על פרשת דרכים – האם יש לבצע רפורמה בבית-הדין לעבודה (קובץ מאמרים מיום עיון בנושא) (ש' יניסקי-רביד וע' כרמי, עורכים, נובמבר 2003), בעמ' 42–44. יום העיון נערך בעקבות כינון ועדה בראשות השופט בדימוס פרופ' יצחק זמיר לבחינת רפורמה בבית-הדין לעבודה. 73

כי בית-הדין, נוטה לסייע לקבוצת העובדים תוך העדר ייצוג הולם, בפסקי הדין, לאינטרסים של קבוצת המעסיקים. טענה נוספת היא כי בית-הדין אינו נותן משקל ראוי לחופש החוזים ולחופש ההתקשרות. הפסיקה החדשה עלולה להיתפס כמעשה כוחני, שנועד להסתיר את העמדות החברתיות-פוליטיות-אישיות של השופטים. כן ניתן להיתפס למסקנה "חפוזה" כי בית-הדין לעבודה מבצע "הפגנת שרירים" כנגד כוחם של המעבידים, המכוונת, בעצם, לטרפד את כוחם⁷⁴.

המגמות הנ"ל, העולות מפסיקת בית-הדין לעבודה, הבאות ללא הצדקה מוסרית-תיאורטית לעקרונות שהן מתוות, עלולות לקעקע את הלגיטימיות של בית-הדין ולשמוט את ההצדקה הנדרשת לעצם קיומו ולפסקי הדין של בית-הדין לעבודה. לאורך זמן, עלול האמון שהציבור חש כלפי בית-הדין עלול להיפגע⁷⁵. סכנה נוספת היא פגיעה בתחושת הוודאות, היציבות והביטחון, נוכח אימוץ גישה תכליתית-אקטיביסטית, המאפשרת לכל שופט להחליט לפי תפיסתו החברתית-מוסרית-פוליטית. גמישות זו פוגעת בעקרונות הוודאות, היציבות והביטחון, הנובעים מכללים ידועים מראש⁷⁶.

מכאן עולה כי מתן הצדקה מוסרית-תיאורטית לעקרונות חלוקת המשאבים, בהם דוגל בית-הדין, הינה בגדר צעד הכרחי⁷⁷. העקרונות צריכים להיקבע על-ידי תיאוריה של צדק. זאת על-מנת להבטיח שתפקידו של בית-הדין וקיומו ייתפס כמוסד משפטי המבטיח צדק. תפיסה זו יוצאת מנקודת הנחה כי השאיפה של הזרמים השונים בחברה הינה לחברה צודקת וטובה. במובן זה, המשפט נתפס כמכשיר חברתי להשגת צדק ושוויון. חברה שוחרת צדק נתפסת כחברה בטוחה וראויה יותר, וממילא טובה יותר. מעיון בפסקי הדין של בית-הדין לעבודה בשנים האחרונות, ניתן לראות כי בית-הדין מנסה ליתן הצדקות תיאורטיות לפסיקה החדשה. בין אלו הצדקות מתיאורית התועלתנות והגישה הכלכלית למשפט, הצדקות מתחום מגמה בינלאומית של

74 ראו עניין הורן, לעיל הערה 6, שם הוכרזה שביתה בקשר למשא ומתן על חתימת הסכם קיבוצי. המעביד פיטר נהגים שהשתתפו בשביתה. בית-הדין לעבודה נתן צו להחזיר העובדים לעבודה. המעביד החליט לסגור המחלקה ולפטר עובדים נוספים. בסופו של דבר חזרו חלק מהעובדים לעבודה במשא וניהלו עמם משא ומתן על פרישתם בתנאים מועדפים.

75 בנושא אמון הציבור בבתי המשפט ראו גם ח' ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (תשס"ב) 9; מ' חשין "אמון הציבור בבית-המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט 15 (תשס"ג) 4.

76 גם ההנחה כי איזון בין אינטרסים מתנגשים יעשה לפי כלל הסבירות – יוצרת חוסר וודאות משפטית, שקד – הסבירות, לעיל הערה 21.

77 פרופ' אהרון ברק מביא את ערכי היסוד של השיטה כעקרונות היסוד על-פיהם יש לפסוק בהתאם לשיטת הפרשנות התכליתית. ביניהם עקרונות צדק, הגינות, שוויון, עקביות וקוהרנטיות. עקרונות הנגזרים משלטון החוק ומדמוקרטיה חוקתית. א' ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן (ש' לרנר וד' לוינסון-זמיר עורכים, 2002) 2, 4. וראו ברק, לעיל הערה 22, בע' 272–273, 300–301, 386–388; וראו גם א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (תשנ"ג, כרך ב); א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ה, כרך ב).

גלובליזציה, הצדקות מתחום חירויות היסוד, הצדקות מתחום תיאוריות פיתוח האישיות, הצדקות בדבר צדק מתקן והצדקות מתחום צדק חלוקתי⁷⁸. פעמים נראה כי ההצדקות בהן בוחר בית-הדין לעבודה אינן בהכרח ההצדקות המתאימות מבחינת תכלית קיומו. לדוגמא, בדונו בחופש העיסוק בוחר בית-הדין לעבודה למקד הדין בהצדקות תועלתניות בדבר טובת הציבור כולו, הבאה לידי ביטוי במחירים נמוכים יותר למוצרים באיכות גבוהה יותר. ואולם, ההגנה על כלל הציבור, כנדבך מרכזי של פסק-הדין, ובכללה ההגנה על המחיר שישלם ציבור הצרכנים למוצר שבתחרות, מקומה בשיח אחר, כגון בתחום ההגבלים העסקיים.

נימוק אחר דומיננטי בפסיקה זו משקף תמיכה בגלובליזציה הבינלאומית, כמעודדת תחרות⁷⁹. נימוק זה הינו בעייתי כיוון שמגמת הגלובליזציה פוגעת לרוב בזכויות העובדים, בארגוני העובדים, במשפט הקיבוצי ואף במעמדו של בית-הדין עצמו. האינטרס המוגן בשיח המשפטי בדיני העבודה, העוסק בחופש העיסוק, הינו בראש ובראשונה הצד שחופש עיסוקו הוגבל. בדיון בהגבלת עיסוק של עובד על-ידי מעבידו, אינטרס העובד המוגבל עלה בקנה אחד עם אינטרס הציבור. לכן, היה נוח למצוא הצדקות בתורת התועלתנות. ואולם, במקרה שאינטרס הציבור אינו תואם את אינטרס העובד המוגבל, צידוקים מתחום התועלתנות אינם בהכרח הצדוקים הראויים.

מבין התיאוריות השונות הדנות בצדק⁸⁰, ברצוננו להציע, כבסיס מוסרי לעקרונות בית-הדין לעבודה, את התיאוריה של צדק חלוקתי של פרופ' ג'ון רולס, ובשמה המקורי "A Theory of Justice" המכונה גם "Justice as Fairness"⁸¹. תיאוריה זו מתאימה, לטענתנו, לשמש כהצדקה פילוסופית-מוסרית הולמת למגמות הנ"ל של בית-הדין לעבודה, מהטעמים הבאים:

ראשית, התיאוריה של רולס מעניקה תימוכין והצדקה מוסרית, פרוצדוראלית ומהותית, הן לעצם קיומו של בית-הדין לעבודה, והן לעקרונות העולים בפסיקתו החדשנית של בית-הדין לעבודה, ובכך חשיבותה. התיאוריה מוכיחה כי העקרונות

78 ראו לעיל הערה 26.

79 ראו עניין צ'ק פוינט, לעיל הערה 26, בסעיף 14 לפס"ד של הנשיא אדלר; עניין סופר פארם, לעיל הערה 56, סעיפים 18 א ו-ג לפסק דינו של הנשיא אדלר.

80 ראו א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני חוזים של ישראל" עיוני משפט כב (3) (תש"ס) 647, 649-657.

81 פרופ' ג'ון רולס, מאוניברסיטת הרווארד, נפטר השנה, ואולם, תאוריית הצדק שהגה, ואשר פורסמה בגרסה מעודכנת בשנים האחרונות, ממשיכה ליתן הדייה גם כיום. ראו: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Massachusetts, 1971) (RAWLS1); J. Rawls *A Theory of Justice — revised edition* (Cambridge, Massachusetts, 1999) (RAWLS2); J. Rawls *Justice As Fairness — A Restatement* (E. Kelly ed, Cambridge, Massachusetts, 2001) (RAWLS3); J. Rawls *The Law of Peoples* (Cambridge, Massachusetts, 1999) (RAWLS4); H. S. Richardson P.J. Weithman Eds. *The Philosophy of Rawls* (R. Nozick, Advisor, N.Y. 1999)

בהם בוחר בית-הדין הם העקרונות הראויים והנכונים, שעל כל מוסד של המדינה, וממילא מוסד שיפוטי, לבחור בהם וליישם. התיאוריה של רולס מוכיחה, בדרכה, כי הצדדים (ובדיון נשוא המאמר – העובדים אך גם המעבידים), היו מגיעים לאותן תוצאות – אם היו במצב של שוויון והוגנות. התוצאה אליה מגיע בית-הדין לעבודה, אם כן, אינה מקרית או מוטה, אלא היא מוצדקת⁸². התיאוריה, כאמור, מובילה למתן לגיטימציה ואמון בבית-הדין, אשר נדמה לעתים כי נפגעו, בעיקר בקרב ציבור המעבידים.

שנית, התיאוריה מביאה פתרון לבעייתיות אינהרנטית של דיני העבודה ובמיוחד לחזקת אי השוויון שבין עובד למעביד. נקודת המוצא של התיאוריה, הינה כללים פרוצדוראליים, המבטיחים שוויון והוגנות בין הצדדים. הכלל שיבחר צריך לשקף את הכלל, שיבחר בתנאי שוויון, ולא את הכלל, שמשרת את האינטרסים של החזק. כלל זה, הינו צודק והוגן, במובן שהיה נבחר על-ידי הצד החזק והחלש, ככלל צודק וראוי, אילו לא ידעו את מעמדם ואת השפעתו עליהם.

התיאוריה מניחה, כפי שיפורט להלן, כי הנורמות המשפטיות תקבענה תחת "מסך הבערות", כאשר קובעי הכללים אינם יודעים את מצבם בעולם הממשי (אם יהיו עובדים או מעבידים). לכן, מתקיים שוויון במשא ומתן הדמוני לקביעת הכללים, שאינו מתקיים במפגש הכוחות בין עובדים ומעבידים בעולם הממשי.

שלישית, פרופ' רולס עצמו מתייחס לסוגיות מתחום העבודה, כגון לנושא איוש משרות ובעקיפין לנושא זכות ההתאגדות⁸³.

רביעית, התיאוריה הרולסיאנית יוצאת מנקודת הנחה כי כל אדם זכאי לפחות לבסיס חומרי מספק לתחושת כבוד ועצמאות⁸⁴ תפיסה זו תואמת לעקרונות בבסיס חוקי המגן הקוגנטיים. לדוגמא, חוק שכר מינימום.

שילוב בין דיני העבודה לתיאורית הצדק של רולס נעשה בתחום הלגיטימציה לאיגודים מקצועיים⁸⁵, אך, ניתן להרחיבו גם לסוגיות נוספות בדיני העבודה.

82 יצוין כי זוהי רק תיאוריה אחת בה בחרתי להתמקד לאור תאימותה לפסיקה החדשה. ניתוח נוסף יתכן לפי תיאוריות אחרות כגון: תועלתנות הגישה הכלכלית למשפט, תיאוריות מתחום מדעי ההתנהגות, תיאוריות צדק ובכללן תיאוריות שונות לגבי צדק חלוקתי, ועוד. ראו לדוגמא פורת, לעיל, הערה 82.

83 RAWLS2, *supra* note 83, at pp. 47–75

84 J. Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993) p. 298

85 P. Levine "The Legitimacy of Labour Unions" 18 *Hofstra Lab & Emp L. J.* (2001) 529

2. צדק חלוקתי

"זכויות אדם עולות כסף...לרוב הדרישה לתשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון..אך מקום שזכויות אדם כמו שוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש..זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו על-מנת להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון"⁸⁶.

פסיקת בית-הדין לעבודה, כמו גם החקיקה בתחום דיני העבודה, קובעים כללי חלוקה של "טובין" בחברה. טובין — "goods" אלו הדברים השונים, שניתן לחלקם בין בני אדם ושכני האדם שואפים להשיג. המונח "טובין" מובא כאן בהקשרו הרחב ביותר. הוא כולל, בין היתר, הון, כסף, רכוש, טובות הנאה, כוח שלטוני, השפעה, זכויות ומשרות. יתרה מכך. המושג כולל גם חירויות יסוד, וביניהן, חופש התנועה, חופש העיסוק, חופש המסחר, הזדמנויות לקידום אישי ועוד⁸⁷. רולס, במהדורה מחודשת לספרו, משנת 1999, שינה במעט הגדרתו ל"טובין הראשוניים", בהגדירו אותם כדברים שאנשים רציונאליים, בסטטוס של אזרחים חופשיים ומאושרים וחברים מלאים בקהילה ובחברה לאורך חייהם צריכים ורוצים⁸⁸. הדיון בחלוקת טובין, מוביל לתחום של צדק חלוקתי "distributive justice", העוסק, בין היתר, בחלוקת ההון והמשאבים בחברה⁸⁹.

יצוין כי נקודת המוצא של הדיון גורסת כי תפקידם של רשויות המדינה, ובכללן מערכת המשפט, הוא להתערב ולקבוע כללי חלוקה של הטובין, לפי תפיסת חלוקה צודקת, בה דוגלת הרשות⁹⁰. זאת, בניגוד לגישה ליברטנית, הדוגלת באי התערבות המדינה בחלוקה מחדש של הטובין⁹¹.

על-מנת לצקת תוכן בעקרון העל של "צדק חלוקתי", יש לשאול, כאמור: לפי

86 הנשיא אהרון ברק דנג"צ 4191/97 רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330, 355, בסעיף 25 לפסק דינו (להלן — "דנג"צ רקנט").

87 RAWLS1, *supra* note 83.

88 RAWLS2, *supra* note 38, at p. 12.

89 בשמות "צודק" ו"בלתי צודק" — אנו משתמשים להערכה של החלטות ומעשים בתחום היחסים שבין אדם לזולתו, ושל כללים וחוקים לפיהם נוהגים חברות של בני אדם, ומוסדותיהן כלפי הציבור, הפרטים וכלפי מוסדות אחרים. צדק חברתי — דן ביחסים בין הרשויות (מחוקקת, שופטת ומבצעת) לפרטים בחברה. הרשויות השלטוניות מטילות חובות (תשלום מסים, גיוס לצבא) מצד אחד, ומצד שני מחלקות טובין, טובות הנאה (זכויות, קצבאות, משרות). צדק מתקן — דן בתיקון העיוות בחלוקה. ראו א' וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר (1980) יחידות 7-8 (להלן — "וינריב"), בעמ' 1-3. הרשויות השלטוניות מתערבות בחלוקת הטובין בין הפרטים לבין עצמם.

90 לטענת רולס, יש לפזר את הבעלות על העושר וההון בחברה, על מנת למנוע מצב בו חלק קטן של הציבור שולט על הכלכלה ובאופן עקיף על החיים הפוליטיים. המוסדות, לרבות בתי המשפט, צריכים ליתן בידי האזרחים אמצעי ייצור כלליים, לא מעטים, על מנת שיהיו חברים משתפי פעולה בחברה. הדגש נופל על פיזור יציב לאורך זמן של הבעלות וההון ע"י הזדמנות שווה, המובטחת, בין היתר על ידי מוסדות, התומכים בחירויות יסוד. שם, שם.

91 R. Nozick "Anarchy State and Utopia" (Oxford, 1974) (להלן — "נוזיק").

אילו כללים תיערך החלוקה, על-מנת שזו תחשב כחלוקה צודקת?⁹² אריסטו, שדגל, כידוע, בעקרון השוויון, השתית את עקרונות הצדק על התאמת חלקו של המקבל לזכות מסוימת שיש לו. "שכן מודים הכל שיסוד הצדק בחלוקות למיניהן אינו אלא התאמת חלקו של המקבל לזכות מסוימת שמצויה בידו, אלא שזו אינה אותה זכות עצמה כפי הכל...".⁹³ במשך השנים הוצעו קריטריונים שונים לחלוקה: לפי צרכים, מאמץ, הישגים ועוד. על-פי היסוד הרציונאלי של עקרון הצדק הצורני, יש לנמק יחס שונה על-ידי חשיפת שוני רלבנטי בין האנשים.⁹⁴ יצוין כי על נוסחה זו של שוויון אריסטוטלי נמתחה ביקורת מנקודת מבט של הפמניזם הרדיקאלי.⁹⁵

לצד פיתוחים שונים של תפיסות השוויון, כעקרון החלוקה הראוי, ניתן לבחון עקרונות חלוקה נוספים, וביניהם: עקרון לפיו מצבו הגרוע ביותר של פרט מסוים לא יהיה מתחת למינימום ראוי, עקרון תועלתני המצדיק כללי חלוקה, שיגרמו להגדלת הרווחה הכללית או כללים המבוססים על שילוב בין עקרונות אלו.⁹⁶

92 נראה כי מרבית הוגי הדעות מסכימים כי קנין נוצר על ידי החברה ולכן חלוקת הקנין צריכה להיעשות לטובת החברה. ראו מ' שקד "תיאוריה של איסור השביתה הפוליטית" שנתון משפט העבודה (תשנ"ט 1999) 185 (להלן – שקד – "שביתה פוליטית"), בע' 202 והאסמכתאות בהערה 34 לעיל. H. Arendt *The Human Condition* (Chicago, 1958) 61–75.

אולם, השאלה הקלאסית היתה ונשארה: לפי אילו עקרונות צדק יש לערוך החלוקה. במינוחי משל העוגה, אנו שואלים: כיצד תיערך חלוקת העוגה לפרוסות?

93 אריסטו, אתיקה מהדורת ניקומאכוס (תרגום י"ג ליבס, שוקן, תשמ"ה) ספר ה, פרק ג, ע' 116, שורות 26–29 (להלן – "אריסטו").

94 התייחס באותו אופן לאנשים הדומים זה לזה בהיבטים הרלוונטיים ובאופן שונה לאנשים השונים זה מזה בהיבטים הרלוונטיים. בעקרון זה של אריסטו נעשה שימוש רב בפס"ד הדנים בהפליה, ביניהם: בג"צ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי, פ"ד נא(3) 289 (להלן – "בג"צ רקנט"); דנג"צ רקנט, לעיל הערה 87, בסעיף 11 לפסק דין הנשיא ברק; דב"ע נו/129-3 שרון פלוטקין – אחים איזנברג, פד"ע לג 481 (להלן – "עניין פלוטקין"); בג"צ 104/87 ד"ר נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (להלן – "בג"צ נבו").

95 לביקורת, לגבי רעיון השוויון האריסטוטלי, לפיו יש ליתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, שהובעה, בעיקר ביחס לטענה שתפיסה זו לנצח תפלה נשים בהיותן שונות, וטענות פרופ' מקינון בהקשר זה ראו הדיון להלן בפרק ג.4. שוויון והפליה, ולהלן הערות 214, 215, 216 להלן; כן ראו בפס"ד השופטת דורנר בבג"צ מילר, לעיל הערה 222, בסעיפים 15–16 לפסק דינה; פ' רדאי "נשים בשוק התעסוקה" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, 1995) 64–116; נ' רימלט "הפרדה בין גברים ונשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג (תשס"ג) 99 (להלן – "רימלט – הפרדה"); נ' רימלט "כאשר נשים נעשות אלימות" פלילים י (2001) 277, 307–324 (להלן – "רימלט – אלימות").

96 פרוצדורת המצב ההתחלי, וכללי הצדק של רולס, מעידים, לדעתנו, על כללי חלוקה המשלבים את כל העקרונות האמורים. דהיינו, עקרון "הרע במיעוטו" – מקסימין יחד עם עקרון שוויון הזדמנויות. יתרה מכך. לאחר שהובטח שוויון הזדמנויות ומינימום הכרחי לחלש, כוללים, לגרסתנו, כללי החלוקה של רולס גם עקרונות תועלתניים. יצוין כי רולס רואה עצמו, בכתיבתו המאוחרת, כמי שמנסה ליצור אלטרנטיבה לתיאוריה התועלתנית (בשל יכולתה לפגוע בזכויות הפרט) ראו: RAWLS2, *supra* note 38, at p. XI, "מטרתי לספק אלטרנטיבה סיסטמטית והגיונית לתועלתנות, שהינה התיאוריה הדומיננטית, בצורה זו או אחרת, למסורת האנגלו-סקסית

החלוקה האריסטוטלית הקלאסית מדברת, אמנם, על חלוקה מהמדינה לאזרחים. אולם, עקרונות חלוקה אלו ניתנים ליישום גם בחלוקת משאבים בין גורמים שונים בחברה, לרבות בתחום דיני העבודה. לדוגמא: בהפליה בין דורשי עבודה שונים או מתן זכויות מינימום קוגנטיות לעובדים (שכר מינימום, פיצויי פיטורים). מדובר בחלוקת זכויות והון, בין העובד למעביד, שהמדינה שולטת עליהן ומתערבת בחלוקתן, באמצעות מערכת החקיקה, השיפוט והאכיפה.

“..העבודה, ובמיוחד השכר המשולם בגינה, מקובלים כאמצעי חלוקתי... כאמצעי חלוקתי העבודה יכולה לשמש גם להשגת צדק חלוקתי. כאשר מדובר בעבודה כאמצעי להשגת צדק חברתי, השתייכות למעמד העובדים, הצורך להבטיח את קיומם הכלכלי של בני מעמד זה בכבוד אנושי משמשים כאמות מידה נוספות בקביעת שכר העבודה”⁹⁷ התערבות אקטיבית – תכליתית של בתי-הדין לעבודה בנושאים כגון יחסי עובד-מעביד, זכויות עובד עם סיום עבודתו או חופש העיסוק, מהווה דוגמא לכלל משפטי, שנקבע על-ידי הרשות השופטת, אשר עניינו בעקרונות חלוקה של טובין במובן הרחב. הכלל קובע כי גם העובד זכאי, כנקודת מוצא, לחירויות היסוד ובכללן

של מחשבה פוליטית. זאת עקב החולשות של תיאורית התועלתנות כבסיס לדמוקרטיה חוקתית. איני חושב כי התיאוריה התועלתנית מספקת בסיס מספק לזכויות וחירויות יסוד של הפרט כאזרח חופשי ושווה. (תרגום חופשי – ש.ר.). וראו גם: במאמר מוקדם יותר של רולס הוא טוען כי שיקולי תועלתנות לגיטימיים לקביעת כללים ופרקטיקות על-ידי קובעי הכללים (מחוקק), אך לא על-ידי מבצעי הכללים. ראו: J. Rawls “Two Concepts of Rules” 64 *Philosophical Review*: 420, 3 (1955), reprinted in F. A. Olafson (ed.) *Society, Law, and Morality* (N.J. 1961) 420, pp. 420–421, 424–431.

⁹⁷ ראו ר' בן ישראל “צדק חברתי בעידן בתר עבודה: צדק בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת” צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר, עורך, 2000) 328, בע' 310 (להלן – בן-ישראל – צדק חלוקתי); וראו גם שקד – שביתה פוליטית, לעיל הערה 93, בע' 207, לטענה כי מערכת המשפט מגינה, בעצם, על ההגמוניה של הכסף והכוח ויש להסיר המסך מעל דיוני עובדים – מעבידים לגבי זכויותיהם (שם בהקשר של שביתה במסגרת מאבק על זכויות) ולראות בכך מאבקים בין קבוצות חברתיות על חלוקת ההון במשק.

בהקשר זה טוענת פרופ' בן ישראל כי נדרשת התערבות משפטית לביצוע חלוקה מחודשת של העושר בחברה, על מנת להקנות לעובד הזכות לקיום בכבוד חברתי. התערבות זו הוצדקה מטעמים שונים. הראשון, על מנת להבטיח את כבודם החברתי של ציבור העובדים, מנימוקים קנייניים והם: א. כוח העבודה של העובדים מהווה זכות קניינית הנפגשת עם זכות הקניינית של המעביד, המבוטאת בהון שהשקיע בעסקו. לעובד, כבעל זכות קניינית במפעל, זכות להנות מהכנסות המפעל מעבר לתגמול על עבודתו. ב. על המעביד, כבעל קניין במפעלו, מוטלות חובות כלפי ציבור העובדים, הן במישור תגמול העובד והן בהבטחת כוחו החברתי. ג. כוח העבודה הוא קניין בעל אופי מיוחד. אישיות העובד משתקפת בכוח עבודתו, “השתקפות ההופכת את כוח העבודה לחלק מהאני שלו. מסיבה זו לא ניתן להתייחס למכירת כוח העבודה, המתבצעת במסגרת חוזה עבודה, כאל מכירת כל מצרך אחר..” השני, התערבות משפטית נדרשת “על מנת לאזן את יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים שבין עובד למעביד המתקיימים במהלך משא ומתן”. השלישי, יש צורך בהתערבות משפטית על מנת להבטיח הקיום בכבוד אנושי של ציבור העובדים, כחלק מזכויות כלל האזרחים, במשטר דמוקרטי. ראו בן-ישראל – צדק חלוקתי, בע' 310–313.

חופש עיסוק, חופש תחרות, חופש לצבור קניין אישי, חופש להתפרנס ממשלה ידו ומתחום מומחיותו, חופש להגשים עצמו, חופש להתקדם בתחום מומחיותו, ועוד.

3 תיאורית הצדק החלוקתי של ג'ון רולס

כפי שרולס עצמו כותב הוא משתמש בגרסה כללית ומופשטת של רעיון האמנה החברתית⁹⁸. תיאורית הצדק של רולס מעונינת לבסס עקרונות של צדק, שיהוו תשתית למשפט המדינה, ויעמדו בבסיס כל ההסדרים החברתיים בין הפרטים לבין עצמם ובין השלטון לבין הפרט. התיאוריה של רולס מתמקדת ושואלת מהם עקרונות היסוד, אשר מן הראוי שינחו את קובעי הכללים. עקרונות אלו קריטיים לדיון בהלכות בית-הדין לעבודה, המהוות, כאמור, תשתית לחלוקת טובין בין עובדים למעבידים במשק. נקודת המוצא בדיון היא כי מן הראוי שעקרונות אלו יהוו יסוד גם לפסיקה נשוא סקירה זו. כדי להוכיח ולנסח את עקרונות הצדק, שיהוו בסיס לכללים ולנורמות שקובע הריבון, מציע רולס תרגיל מחשבתי כדלהלן, הקובע עקרונות צדק פרוצדוראלי לקביעת כללי צדק מהותיים.

(א) המצב ההתחלי "original position" מאחורי "מסך הבערות" "veil of ignorance" עיצמו העיניים, ונסו לדמיין אספה דמיונית של אנשים. תפקידה של אסיפה זו הוא לקבוע את עקרונות הצדק שיעמדו בבסיס הכללים שיקבע הריבון. אסיפה דמיונית זו, במקרה שתתנהל בצורה נכונה, תשקף את הכללים הנכונים שעל בית-הדין לקבל בפסיקתו⁹⁹. אל לנו לטעות. מדובר בבני אדם, הנמצאים בתנאים מיוחדים, השונים מהתנאים המאפיינים את החיים היומיומיים¹⁰⁰. המאפיין המרכזי המבדיל את הקבוצה מאסיפות אחרות הוא כי האנשים במצב ההתחלי נמצאים מאחורי "מסך הבערות". מסך הבערות הוא המכשיר העיקרי ההופך את ההחלטות שמתקבלות תחת תנאי המצב ההתחלי להוגנות, הופך את כולם לשווים (באי ידיעתם את מצבם הממשי) ולבני חורין (ללא לחץ של קואליציות וקבוצות כוח).

נסקור כמה מאפיינים חשובים של מצב זה:

ראשית, לאנשים אין ידיעה לגבי אישיותם הממשית. איש אינו יודע באיזו חברה הוא חי: האם בחברת שפע או בחברת מצוקה, מה יהא מעמדו, מקצועו, מצבו הכלכלי או מנת המישכל שלו. האנשים אינם יודעים אילו כשרונות יהיו להם, אם

98 RAWLS4, *supra* note 83, at p. 1

99 אין צורך אפוא שמוזרותם המסוימת של התנאים המאפיינים את המצב ההתחלי תוליך אותנו שולל. כל הכוונה כאן היא פשוט להמחיש לעצמנו את המגבלות שמן ההיגיון להטילן. ראו: RAWLS1, *supra* note 83, at p. 18

100 לדעת רולס, בכל רגע נתון יש לדמיין התאגדות של אנשים שבאה לקבוע את העקרונות הרצויים. ראו וינריב, לעיל הערה 90, בע' 28.

יהיו עובדים או מעסיקים וכד' ¹⁰¹. עלינו להבטיח שהנטיות והשאיפות האישיות, וכן מושגיהם של בני אדם, לגבי הטוב עבורם, לא ישפיעו על העקרונות שיוחלט עליהם. אין חילוקי דעות שיש למנוע אפשרות לגזור עקרונות, שיתאימו למקרה האישי. עשיר היה קובע שמיסוי אסור ועניי ההפך ¹⁰². לכן, יש להבטיח כי על המשתתף לבחור בכלל הצדק שיחול עליו, בכל עמדה שימצא עצמו במצב הממשי.

שנית, לאנשים במצב ההתחלי ידיעה כללית בלבד. אלו כוללות ידיעות בתחומים, כגון: כלכלה, סטטיסטיקה וסוציולוגיה. לכך יש חשיבות, בהתאמת תפיסת הצדק לחברה בה חיים. אנשים יודעים אילו אפשרויות קיימות, אך הם אינם יודעים, כאמור, אילו מהאפשרויות תחולנה עליהם.

שלישית, נתונים טבעיים ותנאים חברתיים אינם רלבנטיים, לדעת רולס, לשיקולי צדק חלוקתי ¹⁰³.

אליבא דרולס, על-מנת להגיע לתוצאה צודקת, התואמת את תנאי המציאות (אך מנוטרלת מהשפעות שליליות) יש להתבסס על מספר הנחות יסוד נוספות ¹⁰⁴, וביניהן: אנשים הם יצורים חברתיים, הפועלים להשגת יעדים משותפים; קיימת זהות אינטרסים בין האנשים, הגוררת שיתוף פעולה להפקת תועלת הדדית; אנשים רוצים טובין ראשוניים "primary goods" ¹⁰⁵; בין האנשים יש התנגשות אינטרסים, כיוון שכל אחד שואף לחלק גדול יותר מכמות המוגבלת של הטובין בחברה; החברה נוהגת על-פי כללים, המסדירים את אופן החלוקה הראוי והצודק; אנשים הם רציונאליים ולא רגשיים; ולבסוף, אנשים הם "self-interested", דהיינו דואגים לעצמם.

לדעת רולס, מסך הבערות יוצר מצב של שוויון והוגנות — "fairness". בני אדם במצב ההתחלתי מאחורי מסך הבערות הם שווים ובני חורין. במצב זה אין בעלי כוח רב יותר. בהעדר אינטרסים משותפים של תתי קבוצות אין יצירת קואליציות. אין רוב נגד מיעוט. עקרונות הצדק אינם גזורים לפי מידתו של פרט זה או אחר אלא

101 אלו, בעצם, קבוצות כוח שיכולות להטות את כללי החלוקה לפי האינטרסים שלהן.

102 ראו: RAWLS1, *supra* note 83, at pp. 18–19.

103 ניתן להצדיק גישה זו בנימוק סגולות טבעיות של אדם ומוצאו החברתי, כפויים עליו לטוב או לרע, בלי שבחר בהם או עשה דבר למענם. ואולם, כשדנים בחלוקת הזדמנויות, יכולות וכוח, טיעון זה מהווה "מוקש" בעייתי בתיאוריה.

104 ראו: RAWLS1, *supra* note 83, at p. 12.

105 שם, שם. יש דברים שהאדם הרציונאלי יעדיף לקבל מהם יותר לעומת פחות. ככל שיש בידי אדם יותר מהטובין הראשוניים מובטחת לו הצלחה רבה יותר במימוש כוונותיו ובקידום יעדיו. בין אלו, זכויות וחירויות, הזדמנויות וכוחות, הכנסה ואושר, ותחושת ערך עצמי. אנשים במצב הראשוני מעדיפים יותר טובין ראשוניים לעומת פחות. ודי להם במידע זה כדי שידעו כיצד עליהם לקדם את טובתם העצמית במצב ההתחלתי. בני אדם רציונאליים ירצו יותר טובין ראשוניים גם אם מאוחר יותר יוכלו לוותר עליהם.

דואגים למקסם אפשרויות לכל אחד מבני החברה¹⁰⁶. עקרונות הצדק הם תוצאה של משא ומתן שוויוני והוגן, נטול כוחניות.

יודגש כי נקודה זו היא הנקודה הקריטית בהתאמתה של התיאוריה ועקרונות הצדק, שנקבעו על פיה, לתחום דיני העבודה בכלל, ולדיון בתנאים העולים ממשא ומתן בין עובד למעביד בפרט. הבעיה הבסיסית האינהרנטית – עליה נבנו דיני העבודה כולם – היא נחיתות כוח העובד מול המעביד¹⁰⁷.
בענין זה נקבע:

“להתקשרות בין עובד לבין מעביד אופי מיוחד כאן עומד העובד בעמדת מיקוח חלשה מזאת של המעביד, הן בעת המשא-ומתן לקראת התקשרותו והן בתקופת עבודתו. בשל אי שוויון זה בין הכוחות ההדדיים אין ויתורו של העובד על זכויות מינימליות שהחברה רואה אותן חיוניות בגדר ויתור”¹⁰⁸.

מנקודת מוצא זו, וכדרך לפתרונה, חוקקו החוקים הקוגנטיים – המתערכים באופן פטרנליסטי בחוזה העבודה האישי וקובעים “רצפה” שאין לרדת ממנה, גם בהסכמת הצדדים. זהו גם הבסיס הרעיוני לדיני העבודה הקיבוציים. אלו מגוננים על פעילות קולקטיבית של עובדים, על-מנת לשפר את כוח המיקוח של היחיד, לקראת השגת תנאי עבודה טובים יותר¹⁰⁹. להשגת אותה המטרה, דהיינו, לאזן את יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין עובד למעביד, במהלך משא ומתן, “מתערכות” הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, והרשות השופטת, בחוזה העבודה, על-ידי חוקים, צווי הרחבה ופסיקה.

106 ההקפדה על תנאי המצב ההתחלי משקפת, אמנם, צדק נוהלי טהור, אך, הכללים עצמם – כללי צדק הם.

107 בהקשר זה ניתן לטעון כי התקשרות בה הצדדים שווים הינה אידיאה שאינה קיימת בעולם הממשי. בהתקשרויות רבות ניתן לזהות כוח מיקוח לא שווה (מוכר-קונה, ספק-צרכן ועוד). מדוע, אם כן יש ליתן יחס שונה ומיוחד להתקשרויות בין עובד-למעביד. שאלה זו היא חלק מפולמוס רחב יותר בשאלה מהי ההצדקה להתערכות בהתקשרות חוזית, מרצון חופשי, בין שני צדדים בלתי שווים (המאפיינים את רוב החוזים). ראו זמיר, פירוש והשלמה, לעיל הערה 4, בעמ' 89–98 והאסמכתאות שם.

108 בג"צ 6845/00 איתנה ניב ונעמי אורטל נ' בית-הדין הארצי לעבודה, קופת חולים כללית ונעמת, תקדין-עליון 2002 (3), 1867 (ניתן ביום 9/10/2002) (להלן – בג"צ איתנה ניב) בסעיף 12 לפסק דינו של השופט טירקל; וראו גם פס"ד צ'קפוינט, לעיל הערה 26, בסעיף 14 לפס"ד הנשיא אדלר: “את משפט העבודה מנחה עקרון יסודי, המבוסס על חזקת אי השוויון הבסיסי שבין כוחו של העובד לכוחו של המעסיק. לפיו, אין ליתן תוקף לתניות מסוימות בחוזה עבודה אישי, שיש להניח שעובד סביר לא היה מסכים להם מרצונו החופשי. הדבר דומה להתחמת עובד עם קבלתו לעבודה על כתב ויתור, בו הוא מוותר על זכויות המוקנות לו מכוח חוקי העבודה....העובד רוצה להתקבל למקום העבודה, אולם סביר להניח כי אם יסרב לחתום לא יועסק.”

109 זהו גם הרציונאל של צווי ההרחבה, אשר מרחיבים הסדרים מסוימים שהשיגו קבוצות עובדים מאורגנות, בעלת כוח רב יותר לעומת היחיד, בהסכם קיבוצי על כלל העובדים או על קבוצות אחרות.

העיקרון של בחירה בכללי חלוקה, ללא ידיעה מה יהיו זכויות המחלק כתוצאה מהחלוקה, משמש השראה לתיאוריות מתמטיות העוסקות בחלוקה הוגנת של משאבים "The Mathematics of Fairness"¹¹⁰.

רולס האמין כי במצב ההתחלי, כפי שתואר, דהיינו, באסיפה של בני אדם רציונאליים ושווים, המצויים מאחורי מסך הבערות – תתקבל, פה אחד, החלטה, שתאמץ את שני עקרונות הצדק שיפורטו להלן. לדעתו, למרות שהעקרונות הם פרי תרגיל דמיוני ובתנאים היפותטיים לחלוטין – אלו הם העקרונות שעלינו לאמץ בחיינו הממשיים. בתי משפט שינהיגו עקרונות אלו יובילו לחברה צודקת והוגנת לכלל הפרטים בה. רולס גורס כי מן ההכרח שההחלטות שתתקבלנה תהיינה עקרונות של צדק, אשר היינו מסכימים עליהם ונוטלים אותם על עצמנו, לו היינו בני חורין, שווים, המנהלים משא ומתן בהגינות¹¹¹.

(ב) עקרונות הצדק

א. עקרון ראשון – לכל אדם זכות לחירויות יסוד
העיקרון הראשון שיתקבל במצב ההתחלי, יהא: "לכל אדם זכות שווה למכלול הנרחב של חירויות יסוד"¹¹². העיקרון הראשון דורש שוויון בחלוקת והעברת הזכויות הבסיסיות. כאשר החירויות מתנגשות ויש צורך להגביל את חירות האחד למען חירותו של אחר – אליבא דרולס, הגבלת החירות תהא, ככל האפשר, הדדית ושווה. למרות ההגבלות על החירות, תוקננה לכל אחד מירב החירות האפשרית בתנאים אלו. בחירת העיקרון הראוי נעשתה, כאמור, מבלי לדעת, את המצב של הבוחר בעולם הממשי. מאידך, המחליט יודע כי יחיה על-פי העיקרון שיבחר. המחליט, במצב זה, חושש כי הוא יהיה הצד החלש (העובד המוגבל). לכן, סביר כי העיקרון שיבחר יהיה מירב החירות לצדדים והעדר הגבלה¹¹³. עקרון זה פועל, לגישתנו, לטובת העובד. העובד,

110 S. Brams & A. Taylor *Fair Division From Cake Cutting to Dispute Resolution* (Cambridge, 1996); S. Brams & A. Taylor *The Win Win Solution* (2000).

111 RAWLS1, *supra* note 83, at p. 19.

112 בין אלו מונה רולס: חירות מדינית, חירות דיבור והתכנסות, חופש מצפון, מחשבה ודת, זכות לרכוש פרטי, חירויות אישיות, ועוד. שם, בע' 302, וראו גם RAWLS2, *supra* note 83, at pp. 53–56.

113 רולס טוען כי הבחירה בשלב ההתחלי תהיה של שאיפה לשוויון. מנגד, יתכן מצב שאנשים יעדיפו אי שוויון. אם אי השוויון מדרבן להשקעה פורה של מאמצים, אזי עשוי האדם במצב ההתחלי לראות את אי השוויון כהרחי לכיסוי המחיר של רכישת השכלה ומקצוע ולעידוד יעילות בעבודה, RAWLS1, *supra* note 83, at p. 151, זאת בהנחה שאי שוויון מתמרץ לייצור ומביא להגדלת סך כל הטובין – ולפיכך, מעלה סיכוי של כל אחד לקבל יותר ב"עוגה". אפשרות נוספת היא שאנשים ירצו ליתן תמריץ למאמץ – על מנת ש"העוגה" הכללית תגדל. במקרה זה תגדל המנה של כולם, לרבות של אלו שהיו צפויים למנה הקטנה ביותר, מצב של שוויון מלא. הנחה זו נכונה רק אם האנשים הם נטולי קנאה ועכירות רוח מהצלחות אחרים. אדם נטול קנאה יעדיף שיהיה לו יותר (טובין, משכורת) גם אם לחברו יהיה הרבה יותר משלו.

בהיותו הצד החלש, הינו גם, לרוב, הצד המוגבל. לפיכך, הסרת המגבלות ומתן זכות לחירויות היסוד, לרבות חופש העיסוק והפרנסה – מיטיבים עם ציבור העובדים. מאידך, בעקרון זה בלבד אין די כיוון שהוא מגן גם על חירויות הצד החזק.

ב. עקרון שני – הזדמנות שווה לכל, ועידוד הקבוצה המקופחת והחלשה יותר בחברה אי שוויון בתחום חברתי כלכלי יוסדר לטובתם המירבית של המקופחים ביותר. כיוון שבמצב ההתחלי אנשים אינם יודעים את מצבם בעולם הממשי, הם מכינים עצמם לגרוע מכל, דהיינו, שיהיו שייכים לקבוצה החלשה ביותר. בהנחה שהם מעוניינים להבטיח לעצמם מינימום קיום בכבוד, הם ידאגו לאפשרויות קידום לקבוצה החלשה. קבוצות חזקות יותר – מתוגמלות ממילא ביותר טובין. לכן, במצב ההתחלי האנשים, שאינם יודעים את מעמדם בעולם הממשי, יבקשו, לפי רולס, להבטיח לעצמם ולכלל האוכלוסיה מינימום משביע רצון של טובין ראשוניים, ולהימנע מבחירה באלטרנטיבות הרות אסון¹¹⁴. בהקשר זה רולס מדגיש כי יש ליתן יתרון סביר לכל הצדדים וכי משרות ועמדות תהיינה פתוחות לכולם¹¹⁵.

לסיכום, העקרונות הראויים להוות בסיס לחקיקה ולפסיקה, בחיים הממשיים, לפי רולס, הם: עקרונות החירות, שוויון הזדמנויות ותמיכה בחלש. הפועלים לפי עקרונות אלו, יכולים לומר, לדעת רולס, כי הם משתפים פעולה עם עקרונות להם היו מסכימים אילו היו אנשים חופשיים ושווים, אשר היחסים ביניהם הם הוגנים.

4. תאימות התיאוריה לפסיקה החדשה

נוכח ניתוחו של רולס נראה כי הפסיקה החדשה, דווקא בתחום דיני העבודה, היא

114 אחת הביקורות נגד רולס טוענת כי אנשים שונים ביחסם לסיכון. יתכן כי אנשים במצב ההתחלי יבחרו בכלל "המקסימקס" ("הטוב במיטבו") ולא בכלל "המקסימין" ("הרע במיעוטו"). אם אנשים במצב ההתחלי דומים פסיכולוגית לבני אדם רגילים – חלק מהם יהיו נועזים ונוטים להסתכן (ולא שמרנים שחוששים לאבד המינימום), ולכן, אין לומר כי כלל "המקסימין" יתקבל פה אחד, כפי שגרס רולס. כמו כן, העובדה שאנשים במצב ההתחלי הם רציונאליים אינה מונעת מהם להיות נועזים, ראו וינריב לעיל הערה 90, בע' 49, 59-60. כתשובה יצוין כי יש בסיס לטענה שכל פרט במצב ההתחלי, יהיה "שווה סיכון", בשל רצונו להבטיח קיום בכבוד בתנאי מינימום. טענה זו עומדת בבסיס הרציונאל לדיני העבודה. אלו באים להבטיח קיום מינימום ראוי בו אסור לפגוע. דיני העבודה מעודדים שיפור חוזי של המצב המינימלי, בחוזה אישי או קיבוצי, אך אינם מאפשרים פגיעה בו. כן ניתן לטעון כי העובדה שאנשים הם שוואי סיכונים נתמכת במחקרים אמפיריים, לדוגמא, בנושא הטיות קוגניטיביות, ראו: C. R. Sunstien, *Behavioral Law and Economics* (Chicago, 2000).

115 ראו: RAWLS1, *supra* note 83, at p. 302. עוד יצוין כי רולס גרס כי העיקרון הראשון של חירות עדיף מהשני. שם, בע' 151-152 וראו RAWLS2, *supra* note 83, at pp. 52-53. לדעתנו, העדפת העיקרון הראשון יכולה להביא ל"לונריוזיה" של משפט העבודה, ראו א' גרוס "זכות הבניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" במקרקעין בישראל: בין הפרטי לציבורי (ח' דגן, עורך, תש"ס) 53, בעמ' 69-85.

פסיקה צודקת וראויה. פסקי הדין, אפשרו לעובד מידה לא מבוטלת של הגנה על זכויות היסוד שלהם בתחום העבודה: יכולת התפרנסות ממשלח ידם, מניעת הפליה, תנאי עבודה הוגנים, חופש עיסוק, וכיוצ"ב. אלו עולים בקנה אחד עם העקרונות שרולס רואה אותם כצודקים. כך, לדוגמא, קובעות ההלכות החדשות בנושא חופש העיסוק כי תנית אי תחרות יוצרת מגבלה על חירויות יסוד של העובד ועל מתן הזדמנות לעובד להתפרנס ממשלח ידו. העובד "הסכים" לתניה, המגבילה את חופש עיסוקו, עקב עמדתו הנחותה במשא ומתן. לכן, תניה זו מקפחת את הקבוצה החלשה. כן, חוסמת התניה איוש משרות ועמדות. נראה כי הכלל שהיה מתקבל במצב ההתחלי, גם על-ידי העובדים והמעבידים כאחד, אילו לא ידעו את מצבם בעולם הממשי, הוא מתן אפשרות לתחרות חופשית לעובד, מתן אפשרות לעובד להתפרנס בתחום מקצועיותו, ומתן הזדמנות הולמת לאיוש למשרות. כפועל יוצא, נראה כי היתה מתקבלת ההחלטה בדבר בטלות התניה המגבילה.

לפי אותם כללים, יש לעודד קבוצות חלשות (נשים) או קבוצות מיעוט (שומרי מסורת), שכוחם במשא ומתן חלש יותר, ולמנוע הפלייתם לרעה. יישום נוסף יכול להיעשות לגבי קבוצת העובדים הזרים, הנתפסים, ללא ספק, ככח נחות ובלתי מאורגן. העובדים הזרים זכאים לפי כללים, המתקבלים מתוך שוויון והוגנות, לחירויות היסוד והזדמנות שווה.

יישום זה של העקרונות הרולסיאנים, ניתן לבצע גם לגבי מתן סעדים עם סיום יחסי העבודה. כללי הצדק, שיתקבלו (גם על-ידי מעבידים, ש"ימצאו" תחת "מסך הבערות"), יכללו מתן זכויות לעובד בשעה שמעמדו, החלש ממילא, נפגע עוד יותר עם פיטוריו. כספי פיצויי פיטורים או צו החזרתו לעבודה, במקרה של פיטורים שלא כדין, הינם, בפועל, מתן הזדמנות לקבוצה חלשה. אלו הכללים שהיו מתקבלים אילו כוחם של המפוטרים היה שווה לכוח המפוטרים ויחדיו היו צריכים, מתוך תנאי שוויון והוגנות, להחליט על הסעדים בעת פיטורים, מבלי לדעת מיהו העובד ומיהו המעביד. לפי כללי הצדק של רולס, יש ליתן הזדמנות שווה לעובד ולעודד הקבוצה החלשה, בין אם מדובר בעובד ובין אם מדובר בפריילנסר או עצמאי — שהינם הצד החלש מול מזמין השירות.

ביקורת רבה הוטחה במשך השנים בתורתו של רולס¹¹⁶. רולס, מצידו, כותב בפתח המהדורה משנת 1999:

"למרות הביקורת הרבה לעבודה המקורית, אני עדיין מחזיק ברעיונות המרכזיים

116 מקצת מטיעוני הביקורת הרלבנטיים לדיון יובאו להלן.

1. קבוצה אחת של טיעונים יוצאת כנגד עצם מושג החלוקה. ניתן לתקוף את עצם הלקיחה מהמעביד, שהשיג את רכושו כתוצאה מעמלו, מכשרונו ו/או מרכישה חופשית מאחר. עקרונות הצדק החלוקתי יוצרים כפייה ופגיעה בקניין הפרט (המעביד) — ללא כיבוד חירותו. לכן, עצם החלוקה, גם אם באה למטרה צודקת — פוגעת במעביד ולפיכך, אינה צודקת. דפוס ההעברה

של הדוקטוריה. עשיתי כמובן מספר שינויים חשובים. אך, אם הייתי כותב שוב את A Theory of Justice לא הייתי כותב ספר אחר לגמרי¹¹⁷.

החלוקתי, הנקבע בהתערבות בתי-הדין, מתנגש עם הדפוסים שנקבעו על פי רצון חופשי. לפי תפיסה זו, עדיפה חירותו, של המעביד, המביאה לאי שוויון מאשר התערבות בקביעת חלוקה. נושא הדגל של גישה זו הינו המלומד רוברט נוזיק, הליברטן, המתנגד לכלל של חלוקה (בשם החירות ובשם הצווי השני של קאנט). נוזיק, לעיל הערה 92, יוצא נגד כל לקיחה מהאדם למען אחר שלא מרצונו החופשי. הקריטריון הראוי לחלוקה, לדעתו, הוא הרצון בנתינה – והתוצאה אינה חשובה. אם המעביד אינו נותן מרכושו מרצונו אין לכפות עליו לוותר על רכושו לטובת העובד או לטובת הציבור (ראו נוזיק, לעיל הערה 92 בע' 160–163). בהנחה שחווה העבודה בין עובד למעביד נחתם מרצון חופשי, בהתאם לגישה זו, המעביד, שהשיג קניינו הפרטי בהתאם לעקרון הצדק של רכישה מקורית או העברה מרצון של הקניין מאדם אחר – זכאי לנכסים אלו. רכישה מקורית היא רכישה נכס שלא היה שייך קודם לכן לאיש. בענין הקניין הפרטי מאמץ נוזיק את תורתו של לוק: (1) ההצדקה לקיומו של הקניין הפרטי היא כי זכות הקניין היא טבעית. רק בתנאים של קניין פרטי יש הנעה ליוזמה, לשיפור וטיפוח משאבים טבעיים (2) אדם הופך דבר מה לרכושו על ידי השקעת עבודה. דוג' הפיכת אדמות כור לאדמות פרטיות ע"י טיובן. העובד יכול להשיג קניין ברכישה מקורית או ברכישה מרצון, אך לא באמצעות כללי חלוקה מחדש, שיכפה הריבון על המעביד. עמדה זו מוצאת ביטוי בתחושת חוסר צדק בקרב מעבידים כלפי ההלכות החדשות. יצוין כי הגישה של נוזיק ולוק לקניין יוצרת תפיסה קפיטאליסטית, לפיה, אין לפגוע ברכוש הפרטי, זכות הנתינה המכירה, לרבות של כוח עבודה, תלויה ברצון בעל הרכוש הנותן, המכירה והנתינה נעשות בשוק חופשי ללא התערבות המדינה. תפקיד השלטון – לבצע צדק מתקן, דהיינו, שיפוט וענישה של עיוותים בהגשמת עקרונות הצדק.

2. קבוצה אחרת של טיעונים דנה בתפיסת היסוד של רולס אל מול תפיסה תועלתנית. לדעת רולס, העיקרון של חירות הפרט ותמיכה בחלש הוא עקרון הראוי העומד בבסיס תורת הצדק החלוקתי. רולס יוצא נגד הגישה התועלתנית. לדעתו, יש לתמוך בחלש ולחזקו בעת חלוקת הטובין – גם במקרה שהדבר יביא לירידה ברווחה הכללית, דהיינו, לדילול משאבי המעביד, פגיעה במוטיבציה העסקית שלו ו/או ביכולת התחרות שלו. רולס רואה בערכים כגון חירויות הפרט ושוויון הזדמנויות ערכים מקודשים. לעומתו, תורת התועלתנות (ועל בסיסה הגישה הכלכלית למשפט) גורסת כי חירות הינה בעלת ערך רק אם היא מקדמת התועלת הכללית (ולא כבעלת ערך בפני עצמה). לכן במצב ההתחלי לא יבחרו, בהכרח, בעקרונות השוויון ולא בעקרונות של תמיכה בחלש. חברי הקבוצה, במצב ההתחלי, יבחרו בעקרונות המעודדים הגדלת תפוקת הטובין, גם במחיר של אי שוויון, ולא ידגלו במשטר המעודד חלשים. אם הטובין אינם מגדילים את התפוקה כללית – אין טעם בחלוקתם (לחלשים). טיעון זה נאמר גם בהקשר של ביקורת על מדינת הרווחה. רולס משיב כי התוצאה הגרועה בבחירת משטר תועלתני תהא כי האדם יהא עבד (להנאת אחרים). זוהי תוצאה גרועה לאין ערוך מהתוצאה, לפיה עקרונות החירות, שוויון הזדמנויות ותמיכה בחלש יחולו על האדם החלש. כן ניתן לטעון כי החירות היא ערך בפני עצמו הנובע מהצווי השני של קאנט בדבר האדם כתכלית. התועלתנים ישיבו כי החירות מועילה כי היא מרבה את האושר הכללי. התועלתן יכול לקבל את עקרון החירות אך לא יתן לו עדיפות על פני שאר העקרונות. נסיון יישוב בין הדעות השונות יגרוס כי לחירות ערך תועלתני. החירות מגבירה הרווחה לגבי כלל הפרטים בחברה. אלו יעדיפו לחיות בחברה המעודדת חירות מאשר בחברה השוללת חירויות בסיסיות.

3. ביקורת נוספת גורסת כי יתכן שהאנשים במצב ההתחלי יבחרו כללי צדק אחרים. 3.1 רולס יוצא מנקודת הנחה כי האנשים במצב ההתחלי הינם שוואי סיכונים. תכונה זו היא המביאה אותם לבחור בכלל "המקסימין" – המבטיח לחלש את המצב הטוב ביותר. כנגד כך ניתן לטעון

יצוין כי הגם שתיאוריה זו אינה חפה מביקורת, היא מתאימה, לדעתנו, להוות הצדקה מוסרית לפסיקת בית-הדין בעת האחרונה. הסיבה לכך היא שתורת הצדק של רולס, כאמור, מיישמת כללי שוויון, החסרים בהתקשרות בין העובד למעביד. התיאוריה קובעת כללי צדק פרוצדוראלי, המובילים לכללי צדק מהותי, באופן שעשוי לקבל לגיטימציה מהציבור כולו, ולקעקע טענות כנגד בית-הדין כאילו הוא מעדיף באופן מוטעם ובלתי הוגן עובדים על-פני מעבידים. לטענתנו, מן הראוי שבית-הדין לעבודה יאמץ גישה זו לפסיקתו¹¹⁸.

כנגד טענתנו זו ניתן להעלות מספר טיעונים.

האחד, כי בית-הדין לעבודה אינו פועל, ואינו מעונין לפעול, "תחת מסך הבערות" אלא מלכתחילה תופס עצמו כ"מעוזם של העובדים". במילים אחרות, בית-הדין פועל מלכתחילה מתוך הכוונה לקדם אינטרסים של קבוצה מסוימת — היא קבוצת העובדים. לפיכך, עקרונות לפיהם יש לבחור כללים מבלי לדעת באיזו קבוצה תומך בית-הדין לעבודה — מנוגדים לאופן פעולה, אשר מלכתחילה מכוון לתמוך בקבוצה מסוימת דווקא.

כי לא כל האנשים הם שונאי סיכונים. כל פרט וחברה מתאפיינים ביחס שונה לסיכון שונה, ולפיכך, יתכן ויבחרו כללים שונים. לפיכך, יש לבחון את היחס השונה לסיכון כחלק משקלול כולל, מאחורי מסך של הבערות. 3.2. טענה נוספת גורסת כי בניגוד להנחתו של רולס אנשים אינם רציונאליים. לכן, בחירתם לא תהא בהכרח רציונאלית. השאלה שנותרה פתוחה היא האם המחוקק ובית-המשפט צריכים להחליט מתוך הנחה של שנאת סיכונים או שמדובר בהטיה קוגניטיבית שיטתית שעל קובעי החלטות לתקנה על-ידי שיקולים רציונאליים המתעלמים מההטיה. 3.3. טענה אחרת תקבע כי אנשים במצב ההתחלי ידאגו לרוב הממוצע, כיוון שהסיכוי הגדול הוא כי ימנו על קבוצה גדולה זו, ויזניחו את קבוצות השוליים.

4. ביקורת כללית חשובה, גורסת כי אין לגזור מהמצב ההתחלי, המשקף צדק פרוצדוראלי, כל עקרון של צדק מהותי, וכי בעצם, רולס לא הוכיח עקרון מהותי כלשהו. יתרה מכך, ניתן לטעון שמסקנותיו של רולס, בדבר כללי הצדק, מקדימות את הנחותיו. רולס האמין בעקרונות מסוימים של מדינת רווחה והוא ניסה ליתן להם צידוק.

5. כן ניתן לטעון כי מן הראוי כי הכללים הראויים יבחנו על ידי אנשים ב"מצב הסופי", הרואים את המציאות העכשווית והעתידית, ומקדמים אינטרסים ראויים, ולא "במצב ההתחלי" ותחת "מסך הבערות".

6. טענה יישומית אחרת תגרוס כי כללי הצדק הינם כללים מנחים בלבד ולא החלטות אופרטיביות. רולס אינו קובע מהי המשמעות האופרטיבית של מתן חירות או מתן הזדמנות. לפיכך, לא ברור האם ניתן לגזור מעקרונות אלו החלטות אופרטיביות בדבר מתן פיצויי פיטורים או צו להחזרת עובד למקום עבודתו. B. Barry *The Liberal Theory of Justice — A Critical Examination of The Principal Doctrines in A Theory of Justice by John Rawls* (Oxford, 1973). ראו גם וינריב, לעיל הערה 90, בע' 58–67.

117 בתרגום חופשי (ש.י.ר.) RAWLS2, *supra* note 83, בעמוד הפתיחה.

118 יצוין כי השופט ברק מצטט מתוך כתביו של רולס, בתמיכה לעמדתו האקטיביסטית כי הרשות השופטת יכולה לפסול חוק, שהנבחרים חוקקו, בהסתמך על חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל משוב שיתופי, פ"ד מט (4) 221, 422–423 (להלן — בעניין בנק המזרחי).

תשובה אחת היא כי בית-הדין אמור לפעול מתוך הוגנות ושוויון כלפי שני הצדדים ולא להיות מוטה לטובת העובדים. לפיכך, מן הראוי שיאמץ לעצמו את העקרונות הרולסיאניים בטרם יתן החלטותיו. הדבר נכון לגבי כל בית-משפט, אך במיוחד לבית-הדין לעבודה, שם התדיינות רבות משקפות משברים בין עובדים למעבידים, הקשורים לעמדת קיפוח של עובדים מול מעבידים במשא ומתן על תנאי ההעסקה (אישי או קיבוצי).

תשובה אחרת היא כי גם אם נניח, הנחה השנויה במחלוקת לכשעצמה, שעמדתו של בית-הדין היא אכן תמיכה בקבוצת העובדים כצד החלש, הרי שניתן להצדיק, באמצעות אימוץ עקרונות רולסיאניים, את עצם גיבושה של עמדה זו. העקרונות הרולסיאניים, המוצעים, באים כבסיס להצדקת תוצאות הפסיקה, כגון, מניעת הפליה, מתן חופש עיסוק, תמיכה בפריילנסר ועוד. ניתן להצדיק, באמצעות תורתו של רולס, יישום עקרונות אלו בעת הדיון המשפטי הספציפי, זאת, גם במקרה שבית-הדין לא נקט במוצהר בכללי המצב ההתחלי, טרם נתן פסיקותיו.

טיעון שני, גורס כי השופטים אינם יכולים להימצא "תחת מצב הבערות" בתיתם את פסקי הדין, אלא הם מושפעים, ללא יכולת התנתקות, ממעמדם החברתי, מינם, גילם וכיו"ב¹¹⁹. לגרסתי, לא ניתן, אמנם, "לנטרל" השופט מהניסיון הפרטי ומהסוציאליזציה האישית והחברתית שנטמעה באישיותו, אך התרגיל של רולס, מסייע להדגשת הניטרליות השיפוטית, שהינה כלי שיפוטי ראשון בחשיבותו.

טיעון שלישי, מתייחס לשלב של יישום העקרונות הרולסיאניים. הטענה היא כי בית-הדין לעבודה אינו מיישם את העקרונות שקבע רולס במלואם. אליבא דרולס, על בית-הדין להבטיח כי לשני הצדדים, דהיינו, הן לעובד והן למעביד, יהא יתרון, לרבות כשמדובר בזכות לחירויות יסוד והזדמנות שווה. דא עקא, בחינה זו של אינטרס המעביד אינה מבוצעת בהרבה פסקי הדין. טענה נוספת בהקשר זה היא כי על בית-הדין לבחון, במקרים הנדונים בפניו, מיהו הצד החלש. במקרים רבים נדמה כי בית-הדין יוצא מתוך נקודת מוצא לפיה קבוצת העובדים או נותני השירותים הינה תמיד הצד החלש¹²⁰. קביעתו זו נעשית באופן קבוצתי, אובייקטיבי לכאורה, מבלי לבחון עובדתית האם העובד הספציפי או נותן השירותים, שעניינו נדון בפני בית-הדין, הינו צד חלש. לדוגמא בפסק דין צדקא, שיפורט להלן, קובע הנשיא כי קבוצת הפריילנסרים היא הצד החלש. בפס"ד בענין עטק"מ, שיפורט אף הוא להלן, קובע הנשיא כי נותני השירותים הם הצד החלש,

119 פ. רדאי "על השוויון" מתוך מעמד האישה בחברה ובמשפט (תשנ"ה) 19, 20-19.
 120 ניתן להעלות הטיעון כי גם אם חולשתו של העובד הינה עובדה אמפירית, הרי שחולשת העובד אינה עילה ראויה להתערבות בהסכם שנעשה באופן רצוני בין הצדדים. טיעון זה עולה בקנה אחד עם הטענה לפיה בכל התקשרות יש צד חלש וחזק המוצאים את הדרך החזית לשתף פעולה. עולה מכך כי אין ליצור כללים להתערבות ביחסי עבודה על בסיס שוויון והוגנות, שאינם מהווים הבסיס להתקשרות. מאמר זה יוצא מנקודת מוצא כי קידום מעמד העובד כחלש הינו ראוי במסגרת האינטרסים של החברה וכי תחת מסך הבערות יבחרו השופטים לקדם את העובדים.

שזכויותיו נפגעו. קביעותיו אלו נעשות ללא ביסוס עובדתי-ראייתי ספציפי. אם היה בית-הדין בודק מיהו הצד החלש, יכול היה, במקרים מסוימים, להגיע למסקנה כי המעביד הוא דווקא הצד החלש, הזקוק לתמיכת בית-הדין. דוגמא טובה לכך מהווה פס"ד ביטש-אדרוקי¹²¹ בו נקבע כי חיוב מעביד לשלם פיצויי הלנת פיצויי פיטורים, באותן נסיבות, מהווה פגיעה בלתי מדתית בקניינו של המעביד, ולכן על בית-הדין להפעיל שיקול דעת ולהפחית פיצויי ההלנה.

נגד טיעון זה ניתן לטעון כי יש חשיבות לקביעת מעמדה של קבוצה שלמה, שמאפייניה הכלליים מעידים על נחיתותה, גם מבלי לבחון האם פרט מסוים בקבוצה הינו יוצא דופן. אסטרטגיה זו מסייעת הן לחיזוק הקבוצה כולה – למען חיזוק הפרטים המרכיבים את הקבוצה (עובדים זרים, נשים), והן לחסכון בזמן שיפוטי יקר. טיעון רביעי, מתייחס לתוצאות הפעלת כללי החלוקה. יתכן כי תוצאת יישום כללי החלוקה הרולסיאניים תגרום, בראיה עתידית, דווקא לפגיעה בקבוצה אותה רוצים לקדם. לדוגמא: חיוב מעבידים בתשלום שכר מינימום יגרום לפיטורי עובדים; חיוב מעבידים לשלם פיצויי פיטורים לפריילנסרים יגרום להפחתת שכרם מלכתחילה; חיוב מעבידים בפיצויי הלנת שכר, המחושבים כאחוז מהשכר, מגן דווקא על קבוצת העובדים החזקים¹²². כתשובה לכך ניתן לטעון כי טענות אלו אינן נתמכות דיין בהוכחות אמפיריות. בפועל, עסקינן בחלוקת הון ומשאבים בין קבוצות שונות בחברה. כללי הצדק של רולס מביאים לחלוקה צודקת יותר, לעומת מצב בו קבוצות כוח "מנכסות" לעצמן טובין רבים ככל האפשר. הקצאת משאבים לצד חלש מטרתה לאפשר את קידומו וחיזוקו. כך, מתן פיצויי פיטורים או שכר מינימום מאפשר קיום בכבוד בתקופת משבר. נראה כי כללים ראויים שיופנמו בציבור, יגרמו לשינוי התנהגות, עד להפיכתם לנורמה החברתית הרווחת.

לסיכום, יצוין כי התיאוריה של ג'ון רולס מנסה לענות על שאלות לגבי מידת הצדק של כללים וחוקים "rules", הנקבעים על ידי קובעי מדיניות חלוקה, באמצעות גרסה מודרנית לתיאורית "האמנה החברתית". התיאוריה ישימה לענייננו באשר לשאלה האם הפסיקה של בית-הדין ראויה וצודקת. האם הנורמות, שנקבעו בפסיקת בית-הדין לעבודה והמנחות כיום את ציבור העובדים והמעבידים, אכן תואמות את עקרונות הצדק, שאנו מצפים כי יפעלו על פיהם¹²³. לדעתנו, עקרונות אלו יבטיחו כי גם לצד המקופח ביותר – יהיה טוב יותר מאשר בכל שיטה אחרת¹²⁴.

121 עב (אזורי ת"א) 6992/00 ביטש יצחק – אדרוקי דליה ואדרוקי יצחק (טרם פורסם) (ניתן ביום 25 במאי 2003, ע"י כבוד השופט נטע רות ונציג ציבור מר ברוך אייזנברג).

122 שם, בסעיף 25 לפסה"ד.

123 כפרטים בחברה אנו מעוניינים להבטיח כי פסיקת בתי משפט תהא מושתתת על בסיס קריטריונים ראויים, תהא צודקת, במובן של הדאגה לכלל הציבור, ולא תהא מושפעת מקבוצת כוח.

124 ראו ראו: RAWLS1, *supra* note 83, at p. 4. לעיל הערה 83.

ג. חלק ג' – ניתוח פסיקה

חלק זה יכלול סקירה ביקורתית של מספר הלכות, שניתנו לאחרונה על ידי בית-הדין לעבודה בהם ניתן למצוא ביטוי לטענות, שהועלו בחלקו הראשון והשני של המאמר. מטבע הדברים אין הסקירה מתיימרת לכלול את כל פסקי הדין ואף לא את מרביתם. פסקי-הדין שיובאו, משקפים באופן ברור יותר מאחרים את הגישה הרולסיאנית ואת המגמות המאפיינות את פסיקת בית-הדין לעבודה: האקטיביזם, הפטרנליזם, גמישות שיפוטית, פריצת מסגרות חוזיות, הרחבת קהל היעד מעבר לצדדים המתדיינים, הרחבת תחום הסעדים, הרחבת בעלי התפקידים, המוגנים מכח דיני העבודה, שימוש בטעמים ערכיים חברתיים חיצוניים לדיני עבודה, שימוש בערכי חוקי היסוד, ותפיסת בית-הדין כמוסד מחנך.

1. החלת דיני העבודה על מי ש"אינו עובד"

שלוש מגמות ברורות עולות מפסק דין שאול צדקא¹²⁵, שניתן על ידי בית-הדין הארצי לעבודה ומפסק דין ציפורה בשן¹²⁶ שניתן, באותה סוגיה, על ידי בית-הדין האזורי. האחת – המגמה להקל ולהרחיב ביישום מבחני עובד-מעביד¹²⁷. השניה – הכרה מחודשת במעמד נפרד ומובחן של "פריילנסר", לאחר שבית-המשפט העליון נטה לבטל סיווג זה כקטגוריה נפרדת¹²⁸. השלישית – מקורית, חדשנית, יצירתית ומהפכנית, שיצאה תחילה, מבית מדרשו של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה, השופט סטיב אדלר, בפסק דין צדקא, ואומצה על-ידי בית-הדין האזורי לעבודה בפסק דין ציפורה בשן, והיא החלת דיני העבודה גם על מי שאינו עומד במבחני עובד-מעביד. בפסק דין צדקא, קבע הנשיא אדלר בחוות דעתו, באופן תקדימי, כי גם "פריילנסר",

125 פס"ד צדקא, לעיל הערה 10. וראו לאחרונה עניין שוב – מדינת ישראל, בו הגישו תביעה 26 בעלי תפקידים שונים בגל"צ, שהועסקו כמשתתפים חופשיים, להכרה בהם כעובדים ומתן זכויות מכח יחסי עובד-מעביד. פסק הדין נקבע כי בין התובעים לנתבעת התקיימו יחסי עובד-מעביד מיום תחילת העסקתם כ"משתתפים חופשיים" והוענקו להם מרבית הזכויות אותן תבעו. ראו: עב' (אזורי ת"א) 3320/00 אדם שוב ואח' – מדינת ישראל, תקדין עבודה 2003 (3) 443 (להלן – "עניין שוב"). פסק-דין זה מהווה פתרון הולם לבעיית הפריילנסרים, נוכח הביקורת, האמורה בסיפת פרק זה, לגבי פס"ד צדקא ובשן.

126 פס"ד בשן, לעיל הערה 11.

127 דעת רוב בפס"ד צדקא, לעיל הערה 10.

128 "תבנית העסקה של משתתף חופשי היא, בעצם, מקרה פרטי של תבנית העסקה כעובד עצמאי" ר' בן-ישראל דיני עבודה בישראל (אונ' פתוחה, תשס"ב) (להלן – "בן ישראל – דיני עבודה"), כרך ב' ע' 434; בג"צ 5168/93 שמואל מור נ' בית-הדין הארצי לעבודה וגדעון אנגל, פד"י נ (4) 628 (להלן – "בג"צ מור") סעיף 3 לדברי השופט טל וסעיפים 6–7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

דווקא כמי שאינו עומד במבחנים הקלאסיים של עובד-מעביד, זכאי לזכויות מכח דיני העבודה. זאת, לאור תכליתם של חוקים אלו. בהסתמך על פסק דין זה, פסק בית-הדין האזורי, בפרשת ציפורה בשן כי עצמאית, (שאינה שכירה על פי המבחנים המקובלים) – זכאית לתשלום פיצויי פיטורים. חלק זה של המאמר ידון בהלכה זו על מגבלותיה.

הלכה ידועה היא כי רק עובד שכיר זכאי לזכויות ולהגנות שמקנה משפט העבודה ואילו עצמאי ו"פריילנסר" אינם זכאים לכך. לפי ההלכה הפסוקה, בהתקיים מבחנים מסוימים, ביניהם מבחן הפיקוח, מבחן אמצעי הייצור, מבחן שעות העבודה, ובמיוחד המבחן המשולב, הכולל את מבחן ההשתלבות (פן שלילי וחובבי), עשוי בית-הדין לעבודה להכיר כי נתקיימו יחסי עובד-מעביד גם כאשר נותן השירותים לא הוגדר בחוזה ההתקשרות כ"עובד", ולפסוק לזכותו את הזכויות מכח דיני העבודה¹²⁹. במקרה שבית-הדין קבע כי אין מתקיימים יחסי עובד מעביד, עליו להעביר התביעה, מחוסר סמכות עניינית, לבית-המשפט המתאים. בהלכה החדשה נקבע כי ניתן לפסוק פיצויי פיטורים וזכויות נוספות, במקרים מסוימים, לאור פרשנות תכליתית, גם כאשר לא התקיימו יחסי עובד-מעביד.

פסה"ד צדקא עסק בתביעתו של העיתונאי שאול צדקא, ששימש ככתב עבור גלי-צה"ל (להלן – גל"צ) בכריטיניה במשך כשמונה שנים. צדקא ביצע תפקידו בגל"צ כ"פריילנסר" בעת ששימש ככתב עיתון "הארץ" בכריטיניה. תפקידו של צדקא הסתכם בהכנה של כתבות ומסירתן למחלקת החדשות של התחנה. גל"צ שילמה לצדקא עבור כתבות ששיגר אליה בין אם שודרו אם לאו. גל"צ לא שילמה לצדקא בגין חופשה שנתית, היעדרות בגין מחלה, שעות נוספות או עבודה בחגים. סיום העסקתו של צדקא נעשה במכתב ממפקד גל"צ כי התחנה החליטה "לוותר על שירותיו", בעקבותיו הגיש צדקא תביעה לבית-הדין לעבודה להכיר בו כעובד, ולזכותו בזכויות עובד של גל"צ. בית-הדין האזורי לעבודה¹³⁰ הגיע למסקנה כי בין הצדדים לא התקיימו יחסי עובד-מעביד, ולכן, דחה את התביעה מחוסר סמכות עניינית. בית-הדין הארצי, קיבל הערעור, וקבע פה אחד כי צדקא זכאי לפיצויי פיטורים ותמורת הודעה מוקדמת. המחלוקת בקרב חברי המותב נסובה על הנימוק בבסיס התוצאה הסופית. דעת הרוב בפס"ד צדקא, שניתנה ע"י השופט ארד, השופט רבינוביץ ונציג

129 "היקף חלותו של משפט העבודה המגן היה ברור כל עוד הכירו בקיומן של שתי קטגוריות של התקשרות לביצוע עבודה בלבד, שהתייחסו, כאמור, לעובד (שכיר) ולקבלן עצמאי. העובד הובטח באמצעות חקיקת העבודה המגינה, והקבלן העצמאי הושאר מחוץ לתחום דיני העבודה" ראו בן-ישראל – דיני עבודה, לעיל הערה 129, בכרך ב' ע' 434; למבחני עובד מעביד שם בע' 349–390; מ' גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב, עיוני משפט יז (1) (תשנ"ב) 19 וראו ראייה אחרת הקרובה לתפיסה התכליתית בגישתו של הנשיא אדלר בפס"ד צדקא, לעיל הערה 10, א' זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב (1992) 113 (להלן – א' זמיר – עובד או קבלן?).

130 תב"ע (אזורי י"ם) נב/388-3 שאול צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל (טרם פורסם).

עובדים, קבעה כי בין צדקא לגל"צ התקיימו יחסי עובד-מעביד, על פי המבחנים המקובלים, ולכן הוא זכאי לכספים הנ"ל. לעומתם הנשיא, כבוד השופט סטיב אדלר, יחד עם נציג המעבידים, קבע שרוב הסממנים מעידים כי צדקא היה "פרילנסר" (ולא עובד שכיר). לדעתו, צדקא לא הפך לחלק אינטגרלי במערך הארגוני של גל"צ והיה מנותק וחופשי במילוי תפקידו. הגם שדעת הנשיא אדלר הוצגה כדעת מיעוט, הרי עצם הרעיון כי יוענקו זכויות מתחום משפט העבודה למי שאינו עובד שכיר — נקבע בהסכמת רוב השופטים בפסק דין צדקא¹³¹.

הנשיא אדלר מרחיב בפסק דין זה את תחולת ההגנה, מכח דיני העבודה, גם על מי שאינו עובד, וקובע מפורשות "בשלה העת לשנות ההלכה.. ולהעניק ל"פרילנסר".. זכויות והגנות של המשפט העבודה, על אף שאינו נופל בגדר סיווג של "עובד".

מרבית הטעמים שניתנים על ידו משקפים גישת פרשנות ערכית-תכליתית¹³²:

טעם ראשון — המבחנים המסורתיים לקביעת יחסי עובד-מעביד, קשים ליישום במקרים בעייתיים, כגון: כשמדובר בעובד מהבית, בעבודה חלקית או זמנית, בעבודה באמצעות קבלן ועוד. לכן, יש צורך בהחלפתם במבחן התכלית, שהינו ישים יותר גם במקרים קשים.

טעם שני — העסקת עובד כעצמאי, כ"פרילנסר" או באמצעות קבלן כח אדם הינה דרך להתחמק מדיני עבודה ולהקטין עלות העבודה. זהו נסיון נואל להערים על חקיקת המגן ובכך לשלול ממבצע העבודה את ההגנות הקבועות במשפט העבודה. אימוץ מבחן התכלית יתקן את העיוותים שנוצרו בתבניות העסקה בלתי שגרתיות כגון אלו.

הטעם שלישי, והוא העיקרי בעיננו, גורס כי אחת התכליות המרכזיות במשפט העבודה היא להגן על העובד החלש ולמנוע ניצולו, על מנת שהעובד ובני ביתו יוכלו להתקיים בכבוד אנושי. לכן, יש לפעול כנגד תופעות חברתיות שליליות ומדאיגות כגון: ניצול עובדים חלשים וביניהם: עובדים זרים, נשים, מיעוטים. על משפט העבודה לפעול למיגור תופעות של חוסר השוויון הסוציו אקונומי בין השכבות החלשות לחזקות וריכוז הון בידי מספר גורמים מצומצם, הגורם למעמד העובדים להיות נחות עוד יותר.

טעם זה משקף, מבלי להצהיר על כך מפורשות, גישה רולסיאנית מובהקת. הבטחת שוויון, הבטחת חירויות יסוד ותמיכה בחלש. יישום של כללים רולסיאנים אלו, מבלי

131 בשם לב לדבריה של השופטת נילי ארד, שנתנה את פסק הדין: "אינני שוללת אפשרות לפיה יכול ויוענקו זכויות מתחום משפט העבודה והבטחון הסוציאלי אף למי שאינו בא בגדר המבחנים המעידים על התקיימות יחסי עבודה. כזאת יכול וייעשה על רקע נסיבותיו של המקרה הספציפי ולאור התכלית החקיקתית מכוחה נתבעות הזכויות מושא הדין". עניין צדקא, לעיל הערה 10, בסעיף 16 לפס"ד השופטת ארד.

132 שם בסעיף 12 לפס"ד של הנשיא אדלר; וראו גם א' זמיר — עובד או קבלן, לעיל הערה 130, בע' 120-124.

להזכירם, מובילים את הנשיא אדלר למסקנה כאמור, כי צדקא, כפריילנסר, הנחשב לכוח עבודה חלש, זכאי לסל הזכויות וההגנות מכח חוק הגנת השכר, חוק פיצויי פיטורים וחוק הודעה מוקדמת לפיטורים, בהתאם לתכליות החקיקה של החוקים הנדונים¹³³. תכליות המשקפות את גישת בית-הדין, המבטיחה חירויות יסוד והזדמנות שווה לצד החלש.

בפועל, מבלי "לקרוא לילד בשמו", מדובר ביישום תורת הצדק של ג'ון רולס. פסיקה זו אף משקפת את הבחירה בכלל "המקסימין" – המבטיח טובין מינמלי, ככלל המתאים לדיני העבודה.

לא חלף זמן רב עד שניתן, בבית-הדין האזורי לעבודה, פסק הדין בתביעת ציפורה בשן נ' מ"י שרות התעסוקה¹³⁴, המיישם פסיקה חדשנית זו. הגב' בשן הפיקה עבור שירות התעסוקה חוברת שבועית המרכזת את מודעות הדרושים המתפרסמות בעיתונים.

מהות העבודה היתה איסוף אינפורמציה מהעיתונות היומית, מיונה ועריכתה. הגב' בשן נתנה שירות זה כקבלן במשך 19 שנה, עד להפסקת עבודתה במכתב מאת שירות התעסוקה. בחוזה בין הצדדים נקבע מפורשות כי לא ייווצרו יחסי עובד-מעביד.

בית-הדין קבע, לאור המבחנים המקובלים, כי בין הצדדים לא התקיימו יחסי עובד מעביד, וכי אין לראות בתובעת כעובדת שכירה. זאת במיוחד לאור הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, כיוון שהעובדת לא השתלבה כחלק אינטגרלי משירות התעסוקה. השופטת מיכל לויט, בהסתמכה על דעתו של הנשיא אדלר ועל עמדת השופטת נילי ארד, בפסק דין צדקא, קבעה שפיצויי פיטורים נועדו לאפשר לעובד השכיר ולנותן שירותים עצמאי, הנפלט ממקום עבודתו, קיום בכבוד לפרק הזמן בו הוא חסר פרנסה. לדעתה, קיימת חובה מוסרית, המעוגנת אף בתורה¹³⁵, להעניק לעובד סכום מסוים עם סיום עבודתו.

פסק הדין קבע כי למרות שהתובעת נמצאת מחוץ ליחסי העבודה המסורתיים,

133 ביסוד חוק פיצויי פיטורים, לדעת הנשיא אדלר, מספר תכליות. האחת – פיצויי פיטורים באים כהכנסה חלופית עד למציאת מקום עבודה. השנייה – פיצויי פיטורים מהווים תוספת שכר. השלישית – פיצויי פיטורים מהווים למפוטרי כתחליף לפנסיה. הרביעית – פיצויי פיטורים הינם דרך לחיזוק הקשר בין העובד למקום העבודה. המעביד נרתע מלפטר ולשלם פיצויי פיטורים והעובד אינו רוצה להתפטר, כיוון שאז לא יהיה זכאי לקבל פיצויי פיטורים. אף חוק הגנת השכר בא להבטיח מטרות חברתיות הן את עצם תשלום השכר והן את תשלומם במועד. לפיכך, בדומה לשכיר גם "פריילנסר" זקוק להכנסה עד מציאת מקום עבודה חלופי, וזקוק להרתעה מפיתוריו. אף פריילנסרים תלויים בקבלת שכרם במועד, שכן הוא מהווה עבורם מקור יחיד או עיקרי לפרנסתם. על כן, לענין חוק פיצויי פיטורים, חוק הודעה מוקדמת לפיטורים וחוק הגנת השכר, יחשב גם "פריילנסר" כ"עובד". פס"ד צדקא, לעיל הערה 12, בסעיפים 20–24 לפס"ד הנשיא אדלר.

134 פס"ד ציפורה בשן, לעיל הערה 11.

135 שם, שם. חובה המושתתת על האמור בספר דברים, פרק ט"ו, פסוקים י"ג–י"ד.

והיא בגדר נותן שירותים עצמאי, יש לראות בה כ"עובדת", לצורך פיצויי פיטורים ומתן הודעה מוקדמת¹³⁶.

בית-הדין נוקט בפסקי דין אלו בפרשנות תכליתית, ערכית, אקטיביסטית ואנטי פורמאליסטית באופן מובהק. בית-הדין אינו תומך הלכתו החדשה בדבר חקיקה. הנימוקים הם בעיקר ערכים חברתיים – כלכליים, רולסיאניים במהותם, אשר בית-הדין רואה אותם ראויים לקידום, כגון הקטנת פערים חברתיים וסיוע לעובד החלש.

בית-הדין מיישם את גישתו בדבר הרחבת ההגנה מכח דיני העבודה גם על מי שאינו נכלל בהגדרת עובד שכיר. במאמר שפרסם הנשיא אדלר בנושא זה¹³⁷ נטענה טענה רחבה יותר בהקשר זה, לפיה יש מקום להחיל עקרונות מתחום משפט העבודה על ענפים אחרים של המשפט, ובפרט על המשפט המסחרי¹³⁸. במסגרת הנימוקים המפורטים במאמר מובאים סעיפי חקיקה ישראלית וחקיקה זרה המעניקים זכויות, המוקנות, דרך כלל, לעובד, גם למי שאינו בגדר עובד, ומאידך, מטילים חובות על מקבל השירות, למרות שאינו מעביד¹³⁹.

התיזה בדבר החלת דיני עבודה על מי שאינו עובד, נתמכת בחוקים, פסיקה ודברי מלומדים במדינות הים¹⁴⁰.

לגבי בריטניה, נכתב:

"The uncertainty ... for defining employee status has led to a number of specific, ad hoc extensions of the protective legislation. Those affected include ..self-employed workers who economically dependent on the business of another ...These individuals are employed — they do not have their own businesses.."¹⁴¹

בבריטניה, המגמות הינן הרחבת הגדרת עובד, תוך הדגשת רכיב העבודה האישית והתלות הכלכלית, באופן שהגנת חוקים כגון שכר מינימום, בטחון בעבודה, בטיחות בעבודה ושוויון תחול גם על עובדים עצמאים או פריילנסרים¹⁴².

136 שם, לפיכך, על שרות התעסוקה לשלם לה 83,252 ש"ח פיצויי פיטורים וכן 5,000 ש"ח הוצאות.

137 ראו אדלר, היקף תחולת משפט העבודה, לעיל הערה 10.

138 שם, בע' 37.

139 שם, בע' 25–30.

140 שם, בע' 27–30, לגבי בריטניה, גרמניה, מדינות האיחוד הארופי והמשפט הקנדי. וראו ר' בן-ישראל – דיני עבודה, לעיל הערה 129, כרך ב', ע' 308–310.

141 Labour Law, *supra* note 60, at pp. 168, 168–175.

142 *Ibid*, at pp. 168–175, 180–181; Employment Right Act 1966, section 230 (3); National Minimum Wage Act 1988, section 54; Health and Safty at Work Act 4791, section 2.

(1)–(2).

הטעמים שעולים מפסקי הדין הינם, כאמור, טעמים חברתיים של חיזוק הצד החלש בזכויות בסיסיות למען השגת מטרות חברתיות של שוויון. לטענתנו, ניתן להצדיק גישה זו בתורת הצדק של ג'ון רולס. בית-הדין העניק את מרב החירויות וההזדמנויות לעובד המפוטר כצד חלש. לענין זה אין חשיבות להגדרה הקטגורית הפורמאלית של מי שהופסקה עבודתו, ואשר איבד מקור פרנסה, כעובד, עצמאי או פרילנסר. יש ליתן בידי את הזכויות שתקננה לו העידוד וההזדמנות הנחוצים לפלס דרכו באופן מיטבי לעולם העבודה. פתרון זה היה נבחר, לדעת רולס, גם על ידי המעביד, במצב ההתחלי, אילו לא ידע את מצבו בעולם הממשי, כפי שפורט לעיל.

דא עקא. ההליך ותוצאת פסקי הדין מעלים מספר בעיות. ראשית, בית-הדין לא הוכיח כי צדקא היה צד חלש. כמו כן לא הוכח כי פרילנסרים — כקבוצה, הם קבוצה חלשה, וכי חולשה זו מאפיינת את כל חברי הקבוצה, לרבות התובעים הספציפיים¹⁴³.

שנית, מפס"ד צדקא עולה בברור כי הנשיא אדלר העניק זכויות ל"פרילנסרים" (ולא לעצמאים), כבעלי מעמד מיוחד בתחום התקשורת. הענקת הזכויות מתייחסת לעיוות שנוצר בקבוצת ה"פרילנסרים" בלבד, שאינם עצמאים אלא "מוכרים" שירות אישי בלבד. פס"ד בשן קבע זכויות מכח דיני עבודה לעצמאית, שאינה בהכרח "פרילנסרית", ללא הסבר מדוע ההלכה שנקבעה לגבי "פרילנסרים" תחול גם במקרה זה.

שלישית, עולה שאלת הסמכות העניינית של בית-הדין לעבודה. סמכות בית-הדין לעבודה לפסוק פיצויי פיטורים, משלא התקיימו יחסי עובד-מעביד, מוטלת בספק. לבית-הדין לעבודה, על-פי חוק בית-הדין לעבודה¹⁴⁴, ניתנה לו הסמכות לדון בשאלה האם התקיימו יחסי עובד מעביד ולפסוק בתובענות בין עובד למעבידו. במקרה שלא התקיימו יחסי עובד מעביד, נשללת סמכות בית-הדין לפסוק לגופו של עניין. על בית-הדין למחוק התביעה ולהעבירה, מחוסר סמכות, לבית-המשפט המתאים¹⁴⁵. לכן, יש בסיס לטענה כי ההלכה החדשה נתנה בחוסר סמכות. יתכן כי פתרון הולם יותר היה להרחיב את מבחני עובד-מעביד. זאת במיוחד נוכח היות הקשר התעסוקתי, בשני המקרים הנדונים, ממושך וקבוע, ולאור העובדה שלא דובר בעובדים בעלי עסק עצמאי משלהם, ואשר, דווקא, השתלבו ב"מפעל". מכאן שניתן היה לקבוע כי התקיימו יחסי עובד-מעביד (במקום לשלול יחסים אלו), ומכוח יחסים אלו לזכות העובדים בזכויות מכח דיני העבודה.

143 ראו דעתו של השופט טל בבג"צ מור, לעיל הערה 129.

144 סעיף 24 לחוק בית-הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 (להלן — חוק בית-הדין לעבודה).

145 סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ותקנה 101 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. במקרה כגון דא, בית משפט אזרחי (בית משפט שלום — לפי סכום התביעה) הוא המוסמך לפסוק, סעדים למי שאינו עובד שכיר.

2. תבניות העסקה מורכבות – הצדדים האמיתיים להתקשרות

"אחת השאלות הבעייתיות ביותר, שאינן יורדות מסדר יומו של בית-הדין לעבודה, עניינה בקביעת טיבה של מערכת היחסים הקונקרטית שנקשרה בין מבצע העבודה למקבלה"¹⁴⁶.

התופעה של יחסי עבודה מורכבים, בהם מעורבים צד שלישי, בנוסף לעובד ולמשתמש, מתעצמת בתקופתנו. הכוונה לשבירת המודל הקלאסי של עובד ומולו מעביד, ומעבר למודלים של קבלת שירותים בצורות התקשרות שונות. אל מול מזמין העבודה ניצבים: עובד עצמאי, פריילנסר, קבלן-עצמאי, עובד חברת כוח אדם, עובד חברות למתן שירותים, ועובדים המקימים שותפויות, חברות, או התאגדויות אחרות, על-מנת להעניק שירותים למזמין העבודה¹⁴⁷. כפועל יוצא ממצאות זו, נאלץ בית-הדין להתמודד, יותר ויותר עם העסקה בתבניות העסקה בלתי שגרתיות¹⁴⁸.

נקודת המוצא של בית-הדין לעבודה היא כי הצדדים האמיתיים להתקשרות הם: העובד ו"המשתמש"¹⁴⁹, ולפיכך יש ליישם את דיני העבודה גם במקרה של תבניות העסקה מורכבות. כשמדובר בעובדים זרים, גישת בית-הדין לעבודה מגוננת אף יותר. זאת, במטרה לשמור על זכויותיהם הדיוניות והמהותיות, של העובדים הזרים, כציבור חלש ובלתי מאוגד, הזקוק להגנתם של בית-הדין בישראל¹⁵⁰.

במספר פסקי דין, קבע בית-הדין לעבודה כי הגם שנותני השירות הקימו ורשמו כדין חברה, לצורך מתן השירותים – הם יחשבו כעובדים של מקבלת השירות¹⁵¹.

146 ראו בן-ישראל "דיני עבודה: התפתחות דיני העבודה בשנים תשנ"ד-תשנ"ו" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 543, בע' 574.

147 ראו פסק דינו של הנשיא אדלר בפס"ד צדקא, לעיל הערה 10; ראו רדאי, וכן בן-ישראל וגלין, לעיל הערה 31.

148 שם, תבניות אלו היו קיימות בעבר אך מתרבות מדי יום עם ההחרפה במצב המשק. לפיכך, גוברת הנטייה להשתתף מערכת היחסים על אושיות קבלניות, המאפשרות גמישות ניהולית, סיום היחסים בקלות, תשלום שכר נמוך יותר, פטור מזכויות סוציאליות, המייקרות את העבודה ועוד.

149 דב"ע נב/142-3 חסן עליאה – כפר רות, עבודה-ארצי, כה (2), 263; דב"ע נה/109-2 אסנת דפנה לויך – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326; עב (אזורי ת"א) 911583/99 חני אבני כהן – מ"י – הנהלת בתי המשפט, עבודה-אזורי כרך יב 372 (להלן – "פס"ד הקלדניות"), יש לשים לב כי בפס"ד הוכרו יחסי עבודה בין העובדות למשתמש, אולם בסעיף 61 לפס"ד נקבע, לטעמנו, בעיקר מטעמים פרקטיים וללא הנמקה אקדמית משכנעת, כי התחולה תהא מיום הגשת התביעה ולא מיום תחילת יחסי העבודה.

150 סעיף 13 לפס"ד בענין הפועלים התאילנדים, לעיל הערה 30; ע"ע 1127/00 אויאן אורסיך – דניה סיבוס, תקדין ארצי 2002 (2) 96 (ניתן ביום 8/4/2002), שם נקבע מתוך מגמה להגן על העובדים הזרים כי אין לדחות התביעה בשל אי התייצבותם לחקירה נגדית; ע"ע 1134/02 סטאן לוציאן – מליבו ישראל בע"מ, תקדין ארצי 2002 (3) 810 (ניתן ביום 28/10/002); בפס"ד של בית-הדין האזורי חויבה המעבידה להחזיר דרכון לעובד זר בבית-הדין הארצי נקבע כי היה מקום לפסוק הוצאות בסך 1,500 ש"ח לטובת העובד הזר כן נפסקו 2,500 ש"ח הוצאות ערעור.

151 פס"ד עטק"מ, לעיל הערה 13; ראו גם ע"ע 1055/01, 1056/01 אירוקה אינטרנשיונל בע"מ

בפסק דין עטק"מ (עובדי טלוויזיה וקולנוע מאוחדים) דובר בתשעים ושבעה תובעים, ביניהם, צלמים, עורכים, מקליטים ותאורנים, אשר נתנו שירותים לרשות השידור¹⁵². בשנת 1980, לאחר התאגדות של נותני השירותים, ופריצת "שביתה", הבהירה הרשות כי קבלת שירותים מנותני השירותים תעשה רק באמצעות התאגדותם של אלו בחברות הפקה, שיעסיקו אותם¹⁵³.

המערערים התאגדו לשותפויות וחברות המספקות שירותי הפקה לרשות השידור. מהן חברות של נותן שירותים אחד (שכוננו ע"י הנשיא אדלר חברת אני בע"מ)¹⁵⁴. החברות והשותפויות התאגדו בגוף הנקרא עטק"מ¹⁵⁵.

מזכרון דברים והסכמים מפורשים, שנחתמו עם כל אחת מהחברות, עולה כי הצדדים הסכימו ביניהם כי אין במתן השירותים יצירת יחסי עובד ומעביד בין הרשות ועובדי החברות. הוסכם כי החברות והשותפויות בלבד, ולא רשות השידור, תשאנה באחריות בלעדית כלפי עובדיהן בכל הנוגע להעסקתם ותנאי עבודתם כעובדי החברות והשותפויות, והן תשלמנה לעובדים שכר ותנאים סוציאליים. התעריף שנקבע לכל גוף כלל בתוכו תנאים סוציאליים. יודגש כי הסכמים אלו התקיימו למשך יותר מעשר שנים.

חרף ההסכמים המפורשים, ולמרות הקמת החברות (המעסיקות את נותני השירותים באופן פורמאלי), פנו נותני השירותים לבית-הדין לעבודה על מנת שיכריזו כי ביניהם לרשות התקיימו בפועל יחסי עובד ומעביד, ולפיכך, יש להחיל עליהם את ההסכמים הקיבוציים, החלים על עובדי הרשות, ולזכות אותם בפיצויי פיטורים. בית-הדין האזורי לעבודה דחה את תביעתם¹⁵⁶.

— קורי וקורונה משקפי שמש שירותי ניהול וייעוץ בע"מ, עבודה ארצי כרך לג (22) 26, בש"א (אזורי ת"א) 5221/00 עב 007369/00 אירוקה אינטרנשיונל בע"מ — קורי (טרם פורסם) (שניהם להלן — פס"ד אירוקה) [בפסקי דין אלו, העוסקים בסוגיית חופש העיסוק, ייצגה כותבת המאמר את הנתבעות]; דב"ע 107-3/98 אורי ארבל — **HPH Products and Herbalife International**, פד"ע לב 156 (להלן — "פס"ד הרבלייף"); פס"ד דפנה לוין, לעיל הערה 150. רשות השידור, בדומה לגופי תקשורת אחרים, מקבלת שירותים מנותני שירות באמצעות: 152 עובדי הרשות ה"קבועים", עצמאיים, "פריילנסרים" ועובדים של גופי הפקה עצמאיים (תאגידים ושותפויות). מסתבר כי מספר המועסקים על-ידי הרשות כעובדים קבועים קטן ממספר העובדים המועסקים על ידה בדרך אחרת. הסיבות לכך הן בעיקר צרכים משתנים ולא קבועים של הרשות ומכסת כוח אדם קטנה מהנדרש בפועל. פס"ד עטק"מ, לעיל הערה 13.

153 שם, בסעיף 3 לפסק הדין.

154 שם, בסעיף 5 לפסק הדין.

155 שם, בסעיף 4 לפסק הדין. גוף זה שימש כמעין איגוד מקצועי שניהל משא ומתן עם הרשות על תנאי העסקה והתעריפים שיינתנו, בעזרת נציג ההסתדרות. לא נחתם בין עטק"מ לרשות הסכם קיבוצי אך נחתמו זכרון דברים וחוזים עם החברות השונות.

156 שם, בסיפת סעיף 8 לפס"ד. וראו תב"ע (אזורי ים) נב/3-593 משה אסולין ואח' — רשות השידור, תקדין עבודה (1)93 (852) (השופט הראשי י' נויבורן ונציגי הציבור יאיר ומלח). בין הסיבות לדחיית התביעה היו: תפיסת יחסי עבודה כיחסים חוזיים, ככל חוזה אחר. לכן, בהעדר חוזה ישיר בין העובדים לרשות — לא נוצרו יחסי עבודה ישירים. התאגדות המערערים

בערעור, שהוגש לבית-הדין הארצי, קיבל נשיאו השופט סטיב אדלר את טענות המערערים וקבע כי המערערים הם עובדי הרשות. הנשיא אדלר הפריד בין ההתקשרות הפורמאלית: בין העובדים לחברות שהוקמו, לפיה הם נחשבים כעובדי חברות אלו, לבין ההתקשרות המהותית אמיתית, שנוצרה בפועל בין העובדים לרשות. החברות, שהוקמו לצורך מתן שירותים לרשות השידור, נתפסו על ידו כ"חברות קש" למתן שירותים או "דמוי חברה" ולא כ"חברה אותנטית"¹⁵⁷. לכן, ניתן לראות את המערערים כעובדי הרשות ולא כעובדי החברות שהקימו או שהצטרפו אליהן¹⁵⁸.

נימוקי בית-הדין הארצי, תואמים את המגמות שהוצגו ברישת המאמר. בית-הדין מיישם גישת חקיקה שיפוטית פטרנליסטית, אקטיביסטית, מגוננת, מחנכת לפי תפיסות צדק חברתי. בית-הדין מיישם את כללי הצדק של רולס, כפי שהוצגו במאמר זה, על-ידי מתן הזדמנות ותמיכה בצד, שבית-הדין רואה אותו כחלש, והבטחת זכויות בסיסיות לאותו צד¹⁵⁹. בית-הדין מדגיש את הצורך בתיקון אי השוויון והעדר ההוגנות: "המשתמש (רשות השידור – ש.י.ר.) מנסה...לנצל לרעה ולזכות ביתרונות בלתי הוגנים". לחצו של מקבל העבודה על מבצע העבודה להסכים לתבניות העסקה בלתי שגרתיות מהווה פעולה בחוסר תום לב, הגורמת לנגיסה בזכויות העובד¹⁶⁰. "פיתוח וגיבוש תבניות העסקה בלתי שגרתיות..יצרה שני סוגים של עובדים (שכירים): אלה הנהנים מסל זכויות מלא ואלה הנהנים מסל זכויות מצומק"¹⁶¹.

לצורך השגת המטרות הראויות, נוקט בית-הדין בגישה, החודרת את חומות החוזה הפורמאלי, מבטלת אותו, ומשכתבת אותו מחדש, באופן המיישם כללי שוויון והוגנות. לדברי בית-הדין, למרות שיחסים פורמאליים בדיני חוזים מהווים אבן יסוד

בחברות משלהן, אשר הוו את המעסיק הישיר שלהם. תשלום שכר והטבות על ידי החברות, במקרים רבים, גבוה יותר לעומת עובדי הרשות. קיום חוזים ומצגים בהם מאשרים התאגידים את המצב המשפטי שנוצר, והשתק של העובדים מלהתכחש לחוזים ומצגים ולמצב המשפטי שנוצר, ולהציגם כשקר וכזב. העדר "לחץ" או "כפייה" מצד הרשות.

157 התיק הוחזר לבית-הדין האזורי לעבודה על מנת שיחליט אילו מהחברות היו "חברות קש" ואילו חברות "אותנטיות", ולאחר מכן יכריע בתביעות הכספיות. שם, בסעיף 23 לפס"ד.

158 "ההתקשרות המהותית..היא..בין העובדים למעסיק בפועל, בעוד ההתקשרות בין העובדים לצד השלישי היא התקשרות פורמאלית בלבד". שם, בסעיף 15 לפס"ד, מתוך גלין, לעיל הערה 31, בע' 108-109.

159 "בהעדר חקיקה המגינה על עובדים – המועסקים ביחסי עבודה מורכבים, אשר כוללים מספר גופים משפטיים – מחובתה של הפסיקה להשתחרר מגישה פורמאליסטית, לשאוף להבטחת הזכויות המובטחות לעובדים..פס"ד עטק"מ, לעיל הערה 13, בסעיף 14 לפס"ד, ציטוט מדברי הנשיא בדב"ע נד/96-3 מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי – חליל עבד אל רחמן ואח', פר"ע כט 151 (להלן – "עניין מחלקת הבניה").

160 שם, בסעיף 14 לפס"ד.

161 שם, בסעיף 19 לפס"ד עטק"מ, הציטוט מסתמך על בן-ישראל – דיני עבודה, לעיל הערה 129, כך ב', ע' 488-492.

במשק, במשפט המסחרי ובמשפט העבודה, ולמרות הכלל כי החוזה משקף את העסקה האמיתית בין הצדדים ויש בו כדי לקבוע את תוכן העסקה ואת ההתחייבויות והזכויות של הצדדים וכי דיני החוזים קובעים את המסגרת המשפטית ליחסים בין עובד למעבידו – מגמת בית-הדין לעבודה היא להעדיף את ההתקשרות האמיתית על פני זו הפורמאלית, המלאכותית או בדויה. האמור בהסכם יכול וישקול, אך ברור שהקובע הוא מכלול היחסים בין הצדדים¹⁶².

עוד יצוין כי ההבחנות, שנעשו לגבי ההבדל בין "דמוי חברה" לחברה "אותנטית" למתן שירותים¹⁶³, השאירו פתח רחב לגמישות שיפוטית. בית-הדין יוצר כאן הלכה חדשנית המתייחסת לחברה רשומה כדין, בהתאם להוראות חוק החברות, התשנ"ט-1999, "כחברת קש". זאת, חרף הרישום, ההסכמים והמצגים, על פיהם פעלו הצדדים שנים ארוכות, ותוך אמירה מוצהרת כי העדפת התייחסות מהותית ודחית התייחסות פורמאלית לחברה ולחוזים, מתוך עקרונות צדק המעודדים את הצד החלש. התפיסה לפיה יש להעדיף את הצדדים ה"אמיתיים" להתקשרות על פני אלו הפורמאליים, ולזכות העובדים בזכויותיהם, מוצאת תימוכין אף בשיטות משפט זרות¹⁶⁴.

לדעתנו, ניתן היה להגיע לאותה תוצאה על-ידי הפעלת עקרונות שוויון, האוסרים על הפליה בין עובדים בעלי חברות, לעובדים שכירים של רשות השידור, המבצעים אותה עבודה¹⁶⁵.

162 שם, בסעיף 14 לפס"ד עטק"מ, ציטוט מתוך דב"ע לא/27-3 עירית נתניה – דוד בירגר, פד"ע ג 177.

163 נקבע כי לחברה "אותנטית" יש קיום עצמאי ונפרד ואין ספק כי עובדיה אינם עובדי הגוף מזמין העבודה. לעומת זאת, כל תפקידה של "דמוי חברה" או "חברת קש" לשמש מעביד פורמאלי, כאשר בפועל המעסיק האמיתי הינו הגוף מזמין השירות, דהיינו, הרשות. "דמוי חברה" למתן שירות ממלאת תפקיד מצומצם וטכני. היינו, חברה מעין זו משמשת צינור לחתימת חוזה ותשלום שכר. העובד מועסק רק אצל המעסיק האמיתי והחברה אינה מקבלת עבודה ממעסיק אחר. הקמת חברה של אדם אחד (אני בע"מ) מצביעה ביתר בהירות על כך שבדמוי חברה מדובר, ועל כך שהחוזה האמיתי נכרת בין העובד למעסיק בפועל (הרשות). בחברה "אותנטית" יש עובדים נוספים על בעלי המניות או השותפים. במקרה דנן, נקבע כי הרשות מלאה את כל תפקידיו של מעסיק "אמיתי": בחירת העובד, הכשרתו, שיכורו, מתן הוראות לביצוע העבודה, תיאום חופשות, אחריות בענייני משמעת ולחילופין, מתן פרסים ומכתבי הערכה, הצגת העובדים, החלטות קידום ופיטורים. שם, בסעיף 19 לפס"ד עטק"מ.

164 לדין דומה בבריטניה ראו: Labour Law, *supra* note 60, at pp. 175-179; *Loughran and Kelly v Northern Ireland Housing Executive* (1998) IRLR 59; *Harrods Ltd. v Remick* (1997) IRLR 583; *Motorola Ltd. v Davidson* (2001) IRLR 4. לדין בגרמניה ראו Labour Law in Germany לעיל הערה 61, לגבי מעין עצמאי, בעמ' 45-47. ראו גם הגדרות בדיני השוק המשותף: Directive 91/383, בנושא אחריות לבריאות ובטיחות של עובדים זמניים (גם אם אינם שכירים); ראו הדרך בה הגיע הדין הקנדי למסקנה כי בין העובד למשתמש יחסי ישירים ראו *Cotter Employment* I. Christie, G. England & W. B. *Law in Canada* (Seconde Edition, Toronto, 1993), 35-36. The Court of Appeal 165 כמו גם ה-*Employment Appeal Tribunal* הסתמכו על עקרון השוויון

תיאוריית הצדק של רולס עשויה לשמש הצדקה ראויה להלכה זו. נראה כי הצדדים הגיעו להסדר ביניהם – ללא משא ומתן שוויוני. ההסדר נראה כהסדר שהוכתב על ידי הצד החזק (רשות השידור), תוך ניצול מעמדה. נותני השירותים נכנעו להסדר עקב רצונם לבצע העבודה. מהעובדות עולה כי סירוב להסדר, מצד נותני השירותים, היה מוביל להפסד מקור פרנסתם. נראה כי אם היינו מקפידים על כללי המצב ההתחלתי, אזי הצדדים עצמם, לרבות הצד החזק, היו מגיעים לאותה תוצאה, לפחות מנקודת מבטו של רולס. בכל מקרה אחר היינו מקפחים את הצד החלש וגורעים ממנו זכויות וטובין להם היה זכאי לו היה מנהל המשא ומתן בתנאי שוויון.

תיאוריית הצדק של ג'ון רולס עשויה לשמש הצדקה גם לפסקי דין אחרים בסוגיה. בפסק הדין בענין הפועלים התאילנדים, נדונה תביעת השבת כספים שהחזיקה הנתבעת, העוסקת בהבאת פועלים ארצה, כדי שיעסקו בעבודה חקלאית אצל חקלאים ישראלים. הנתבעת טענה כי היא אינה מעסיקה את הפועלים (המעסיק הוא החקלאי שהעסיקים), ולפיכך, בית-הדין לעבודה מחוסר סמכות עניינית לדון בתביעה. בית-הדין פרש בהרחבה את סמכותו העניינית – ייחודית, מכח סעיף 24 לחוק בית-הדין לעבודה, תשכ"ט–1969, הקובע את סמכותו של בית-הדין לדון בתביעות שעילתן יחסי עובד-מעביד, וקבע כי יש לו סמכות לדון בתביעה. לדעת בית-הדין האזורי די בעילה הנובעת מחוזה עבודה, הקשורה לעבודה, כלפי גורם שיש לו זיקה להעסקה – על מנת שבית-הדין ירכוש סמכות¹⁶⁶. הנימוק שניתן הוא כי תכלית החקיקה מתיישבת עם המגמה להגן על עובדים זרים שהם ציבור חלש במיוחד ובלתי מאורגן. פסק הדין קבע כי הנתבעת, תנועת המושבים, הנה מעביד משותף של הפועלים התאילנדים יחד עם החקלאים המעסיקים אותם בפועל. בית-הדין ראה את הנתבעת והתובעים כצדדים האמיתיים להסכם העבודה¹⁶⁷.

לפי תורתו של רולס, יש לדאוג כי פרט בחברה יהיה זכאי למכלול זכויות וחירויות. דאגה מיוחדת מסורה לצד שנתפס כחלש. קובעי המדיניות צריכים לקבוע הכללים מתוך ההנחה שיתכן והם עצמם יהיו העובדים הזרים הכפופים לכללים, ומבלי להכנע לקבוצות לחץ חזקות. במילותיו של בית-הדין:

“מדיניותו של בית-הדין לעבודה היא לדאוג לכך, שזכויותיו הסוציאליות של עובד לא יקופחו רק משום שלכאורה אין לו מעביד קבוע, אין לו “אבא”... ”

מכח 12 section 1995, Disable Discrimination Act ועל חובות של משתמש כלפי מי שמבצע אצלו עבודה.

166 פס"ד הפועלים התאילנדים, לעיל הערה 30, בסעיף 9–11. הסכם העסקה, הכולל את תנאי העבודה, נחתם בפועל בין חברה תאילנדית לפועל הזר. החברה התאילנדית חתמה על ההסכם, ואף גבתה הכספים, בשם הנתבעת.

167 שם, בס' 19 לפס"ד, וראו פס"ד מחלקת הבניה, לעיל הערה 160; וראו גם ע"א 1218/02 Xue bin נ' חברת א. דורי (טרם פורסם).

עלינו להגדיר מיהו המעביד..בהתחשב בתכליתו של אותו חוק וכן לבחון האם לא ניתן לראות במשתמש מעביד במשותף, מעביד במקביל או מעביד יחיד"¹⁶⁸.

3. פיתוח סעדים חדשניים בנוסף על הסעדים מכה חוקי העבודה

(א) פיצויי בשווי שכר עבודה

בית-הדין פסק לאחרונה, במספר מקרים, כי משהופר חוזה העבודה על-ידי המעביד, זכאי העובד לפיצויים בגובה שכר עבודה לתקופות ארוכות, בנוסף לזכותו לפיצויי פיטורים.

בפסק דין אסנת ניתאי¹⁶⁹ נפסקו פיצויים השווים לשכר עבודה למשך לשנתיים. דובר בעובדת בבית התפוצות, שהועסקה על-פי חוזה מיוחד שהוארך מעת לעת. עם חזרתה מחופשת לידה הודיע לה המעסיק כי משרתה הוקטנה. לאחר מכן הודיע לה המעסיק כי החוזה הסתיים. העובדת הגישה תביעה לפסק-דין הצהרתי כי פיטוריה בטלים וכי על בית התפוצות להחזירה לעבודתה במשרה מלאה. בית-הדין האזורי קבע כי לא נפל פגם בפיתוריה¹⁷⁰. על פסק דין זה הוגש ערעור. בית-הדין הארצי קבע, בפסיקה אקטיביסטית אנטי פורמאליסטית, כי: "לאחר תקופה הקבועה כתקופת נסיון או לאחר תקופת נסיון סבירה העובד הופך אוטומטית לעובד קבוע.. גם אם הדבר אינו מאוזכר בהסכם הקיבוצי.. לכן, העסקתו של עובד בדרך זו וניתוק היחסים לאחר תום תקופת..חוזה היא פיטורים שלא כדין"¹⁷¹. זאת, למרות שחוזה העבודה לתקופה קצובה נחתם והוארך בין הצדדים כדין, ולמרות שהמעסיק לא ראה בעובדת כ"עובדת קבועה". לדעת בית-הדין, החתמת עובד על חוזה העבודה לתקופות זמניות המתארכות מעבר לתקופת נסיון סבירה, אינה לגיטימית. דרך זו מאפשרת העסקת עובד כביכול "זמני" לתקופה שכלל אינה זמנית. בדרך זו מסירים מעובד את ההגנה של משפט העבודה¹⁷². עוד קובע בית-הדין כי יש לראות מכוח עקרון תום הלב עובד מעין זה, שאינו מפורט לאחר תקופה סבירה, כעובד קבוע. תום לב זה מוגבר בהיות המשיכה גוף דו מהותי הנותן שירות לציבור¹⁷³.

168 ראו פס"ד הפועלים התאילנדים, לעיל הערה 30, בסעיף 12 לפס"ד, הציטוט מפס"ד דפנה לוי, לעיל הערה 150, בע' 330.

169 פס"ד נתאי, לעיל הערה 2, וראו גם פס"ד עלמה לוי, לעיל הערה 15; ועע 001117/00 עיריית מעלות תרשיחא – שולה בוחבוט, עבודה ארצי כרך לג (36) 3 (ניתן ביום 24/2/2003).

170 תב"ע (אזורי ת"א) נג' 1422-3 אסנת נתאי – בית התפוצות ואח' (לא פורסם) ניתן ע"י השופטת הראשית וירט-ליבנה. שם נקבע כי שינוי היקף משרתה נעשה שלא כדין, ולכן על המעסיק לשלם לעובדת הפרש השכר עד לפיטוריה.

171 "יש.. לראות עובד לתקופות קצובות לאחר תקופת העסקה סבירה, מבלי שמפטרים אותו, כעובד קבוע" פס"ד נתאי, הערה 2 לעיל, בסעיף 11 ובסעיף 5 לפס"ד השופטת ברק. וראו פס"ד לאה לוי, לעיל הערה 48, שם הוחזרה עובדת למקום עבודתה עקב פיטורים שלא כדין.

172 שם, שם.

173 שם, בסעיף 5 לפס"ד השופטת ברק.

בפסק דין הלינג יעקב¹⁷⁴ נפסקו פיצויים בגובה תשלום שכר עבודה למשך מספר שנים למפקח מס הכנסה, שפוטר, לפי בית-הדין, שלא כדין. בשתי פרשות אחרות נקבע כי מרצים במכללות, שחוזה העסקתם לא חודש, זכאים בנוסף לפיצויי פיטורים גם לפיצויי בגובה שכר עבודה למספר חודשים¹⁷⁵.

בפרשת עלמה לוי¹⁷⁶ נקבע כי חוזה העבודה בין הצדדים השתכלל, הגם שהחוזה לא נחתם והעובדת טרם החלה בעבודתה. לדעת בית-הדין התובעת הופלתה לרעה על-ידי פיטוריה עם היוודע דבר היותה בהריון. בית-הדין פסק לזכות התובעת: פיצויי בגין איבוד הכנסה בתקופת ההריון, פיצוי הפסד דמי לידה ופיצוי לא ממוני. ניתן להצדיק מגמה זו על-ידי התרגיל המחשבתי של רולס. אילו היה כוחו של העובד בשלב המשא ומתן שווה לכוחו של המעביד, היה חוזה העבודה משקף את התניות, כפי שראה אותן בית-הדין. בית-הדין לעבודה מאזן בין הכוחות ובוחר את התוצאה אליה היו מגיעים אנשים רציונאליים כתנאי שוויון. בשלב הבא מסיק בית-הדין כי הפרה של תניות אלו מזכה את העובד בפיצוי ראוי. תורתו של רולס עשויה להצדיק מתן "קרבן קפיצה" לצד החלש שזכויותיו נפגעו, בחלוקת המשאבים הכללית.

(ב) פיצויי בגין נזק לא ממוני

דרך נוספת לתמוך בצד חלש, כאשר הצד החזק מנצל את חוזק מעמדו כנגדו, הינה ליתן לנפגע פיצויים בגין נזק לא ממוני. בית-הדין לעבודה קבע, לאחרונה, במספר פסקי דין כי עובד זכאי, במקרים מסוימים, לפיצויי בגין עוגמת נפש על נזק לא ממוני כגון השפלה, הפרת הבטחה או הפליה¹⁷⁷. פיצויים אלו נתנו לכשעצמם או התווספו

174 עב 302303/97 הלינג יעקב – מדינת ישראל משרד האוצר (לא פורסם).

175 ע"ע 1027/01 יוסי גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל (טרם פורסם), שם נפסקו יותר מ-60,000 ש"ח למרצה שחוזה עבודתו לא חודש, ללא זכות טיעון, כאשר המרצה יכול היה לצפות שהחוזה ימשך; ע"ב (ירושלים) 2356/98 גד ויצטום – בצלאל אקדמיה לאומנות ועיצוב, תקדין עבודה 2001 (2) 1067 (ניתן ביום 3/6/2001), שם נפסקו 3 חודשי שכר בתוספת פיצויי פיטורים למרצה במכללה שחוזהו לא חודש, זאת, חרף לשון החוזה, לפיה אין רצף בעבודתו של המרצה. פס"ד עלמה לוי, לעיל הערה 15.

177 נושא הטלת פיצויים בגין עוגמת נפש, ביחסי עבודה, נדון במספר הלכות בבית-הדין לעבודה: דב"ע נה-283/3 חנה מרגלית – פז חברת נפט בע"מ, דב"ע כט 264, 267-268; דב"ע נד-11/2 יורי גורדון – משרד העבודה והרווחה (טרם פורסם) תקדין-עבודה 2002 (2), 123; עב (אזורי – ת"א) 300003/98 בלה אומנסקי – מגן שירותי כח אדם (טרם פורסם); פס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15; בג"צ 903/87 דוד מצגר נ' בית-הדין הארצי, פ"ד מב (2) 773; דב"ע נג-99-3 משרד החינוך, מ"י – דוד מצגר, פד"ע כו 563 (להלן – פס"ד מצגר). וראו גם ע"ע 360/99 אהרון כהן – מדינת ישראל ואח', תקדין-ארצי 2002 (2) 540 (ניתן ביום 24/6/2002); עב (אזורי ב"ש) 1226/00 גבי לוי – הרלינגטון ואח', עבודה אזורי כרך יג 502 (ניתן ביום 16/3/2003). דוגמא, למקרה בו אפשר היה, לדעתנו, לקבל פיצויי בגין עוגמת נפש, אילו נתבקשו, ראו דמ (חיפה) 5682/01 מאור אביבה – גרעיני מיכאל, תקדין עבודה 2002(2), 123 (להלן – פס"ד

לסעדים אחרים כגון לפיצויי פיטורים, פיצויי הלנת פיצויי פיטורים או לצו החזרת עובד למקום עבודתו. יצוין כי הפיצויים נתנו גם במקרה שלא הסתיימו יחסי העבודה. עמדת בית-הדין לעבודה, היא כי בסמכותו לפסוק, במקרים חריגים, פיצוי בגין עוגמת נפש מכח עילה חוזית¹⁷⁸. פיצוי זה נועד, בין היתר, להשיב את כבודו האבוד של העובד, לפצותו על הצער והבושה שנגרמו לו, ולהרתיע את ציבור המעבידים. לאחרונה אף פסק בית-הדין לטובת עובד שפוטר, בנוסף לפיצויי הפיטורים על-פי דין גם פיצויים בסך עשרים אלף שקלים על עצם הפיטורים¹⁷⁹.

באחד המקרים שנדונו¹⁸⁰, דובר בעובדת, עולה חדשה, אשר מעבידה ניצל את מעמדה הנחות, ובכלל זה, קשיי קליטה רבים, אי ידיעת השפה, מצוקה כלכלית, ההכרח לעבוד בעבודה שאינה תואמת לכישוריה והשכלתה, ועוד. המעביד לא שילם לה את שכר המינימום שהגיע לה, ולבסוף פיטר אותה לאלתר, ללא מתן הודעה מוקדמת. בית-הדין האזורי לעבודה בת"א פסק כי הינו רשאי לפסוק פיצוי בגין עגמת נפש, כאב וסבל, אי נוחות או פגיעה. בית-הדין מצא כי במקרה זה בנוסף לנזק הכספי, שנגרם לעובדת באי תשלום מלוא השכר לו זכאית העובדת על-פי חוק, ובנוסף לתרופות להן זכאית העובדת מכח דיני העבודה, היא זכאית גם לפיצוי בגין נזק שאינו נזק לא ממוני. בפס"ד עיריית רעננה¹⁸¹, דובר בעובד אחזקה בעיריית רעננה, יהודי שומר מצוות, שפוטר על רקע סירובו לעבוד בשבת. בית-הדין קבע כי הפיטורים בטלים וכי העובד ישוב לעבודתו. בנוסף, פסק בית-הדין 50,000 ש"ח פיצויי ללא הוכחת נזק, תוך מתן פרשנות רחבה לסעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות, הכוללת גם פגיעה בכבוד העובד. בפרשת מצגר¹⁸², דובר במנהל שהובטח לו לחזור לנהל בית ספר מסוים, אלא שהמורים התנגדו לכך. כתוצאה מכך הופרה הבטחה השלטונית. בפועל עבר המנהל

מאור), שם דובר בעובדת בחנות פרחים, שהיתה חשופה להשפלות מילוליות, הערות מעליבות ויחס מזלזל. המעביד הודה כי נהג לזרוק ניירות מעל לראשה של העובדת לסל האשפה, בנימוק כי זה עסק שעובד, להעיר הערות, כגון: "אם היית גבר הייתי מעיף לך משהו בפרצוף..תזהרי 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. מאור הגישה תביעה בבית-הדין האזורי לעבודה בחיפה לפיצויי פיטורים מכח התפטרות שדינה פיטורים. סגן השופט הראשי, בבית-הדין האזורי בחיפה, השופט א. קציר, פסק כי "תקופת העבודת" לא קיימת כיום. בית-הדין קבע כי בנסיבות אלה דין התפטרות העובדת כפיטורים וכי אין לדרוש מעובד לעבוד במקום עבודה בו הוא זוכה ליחס מבזה ומשפיל. המעביד חויב לשלם פיצויי פיטורים וכן הוצאות משפט.

178 יש לשים לב כי בית-הדין אינו פוסק פיצויים אלו על פי עוולת הרשלנות, עקב מניעה לדון בענין, שהוצא מסמכותו בסעיף 24 (א) לחוק בית-הדין לעבודה. לפיכך, פוסק בית-הדין פיצויי עגמת נפש בעילה של הפרה חוזית בלבד.

179 עב (ב"ש) 1339/98 ששון נעים נ' עיריית אילת, תקדין עבודה 2003(3), 303.

180 פס"ד בלה אומנסקי, לעיל הערה 179.

181 פס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15, בסעיפים 142-155.

182 ראו לעיל הערה 179.

למקום חלופי, תוך שהוא טוען לעוגמת נפש שנגרמה לו. בית-הדין הארצי פסק כי המנהל זכאי לפיצויי בגין עגמת נפש, הגם שלא סבל נזק ממון. בית-הדין גרס כי נוכח המהפכה החוקתית, הפוקדת את שיטת משפטנו, בד בבד עם קבלת חוקי היסוד והענקת מעמד על חוקי לזכויות האדם, ובמיוחד בהתייחס לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, יש מקום לחיזוק המגמה, שלא להותיר את הפרט נפגע – ללא פיצוי על מלוא נזקיו. פסיקה דומה היתה גם בפרשת בלום¹⁸³.

אחת השאלות, העולות בענין זה, היא האם על בית-הדין לפסוק פיצויי עוגמת נפש או שהסעדים המפורטים בחוקי העבודה הספציפיים, ובמיוחד פיצויי פיטורים, מהווים מעין "הסדר שלילי". לדוגמא, כשמדובר בפיטורים, האם אין די בחוק פיצויי פיטורים ובסנקציה החריפה של פיצויי הלנת פיצויי פיטורים¹⁸⁴, עד שיש לצרף לאלו גם פיצויים נוספים?

בית-הדין ער לסוגיה כי פסיקת נזק, שאינו ממוני, לטובת עובד, היא בעייתית. מטבע הדברים כרוכים יחסי עבודה בחיכוך והתנגשות בין עובד למעבידו, כאשר לעיתים קרובות נגרמים מתח וצער לאחד הצדדים. פיטורי עובד או העברתו לתפקיד אחר למגינת ליבו ותוך הפרה חוזית, כרוכים, במרבית המקרים, בעוגמת נפש ותסכול. אם יפוצה עובד בשל כך גם על עוגמת נפשו בנוסף לפיצוי על נזקיו הממוניים – עלולה להיות לדבר השלכה מכבידה על יחסי העבודה. למרות זאת, קובע בית-הדין לעבודה כי יש לו הסמכות, במקרים חריגים, הנראים לו ראויים מבחינת מדיניות שיפוטית רצויה, לפסוק פיצויי עוגמת נפש¹⁸⁵.

בעיה נוספת היא כיצד על בית-הדין לכמת ולתרגם לכסף את נזקו של העובד? "לכאורה, הצער והבושת הם מאותם דברים שאין להם שיעור. בכמה שקלים שקולה

183 ע"ע 300084/98 עלי בלום – מדינת ישראל, פד"ע לד 403 (להלן - "פס"ד בלום"), שם, נדונה תביעה של מנהל תחום תקציבים במשרד המסחר והתעשייה כנגד הוצאת סמכויות מתפקידו וחתירה תחת מעמדו כמנהל תחום תקציבים, בין היתר, על ידי מכרז פנימי שפורסם לתפקיד יועץ בכיר למנכ"ל. התובע טען כי פעולות המדינה נעשו בחוסר תום לב, בניגוד להתחייבויות במישור האישי והקיבוצי, בשרירותיות, בניגוד לנהלים ולכללי מינהל תקין ובחוסר סבירות קיצונית. בעקבות התביעה ביטלה המדינה את המכרז והבטיחה את המשך תפקידו של התובע. בית-הדין האזורי קבע כי המקרה הנדון מצדיק פסיקת פיצוי לתובע בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו. בית-הדין הארצי דחה את הערעור שהוגש. שם, בסעיפים 11-12 לפס"ד השופט אליאסוף.

184 ס' אדלר "פיצוי הלנה: חוק ופסיקה" שנתון משפט העבודה (תשנ"ו 1996) 5, 19-22, 44-46.

185 ראו הדיון בפס"ד מצגר לעיל הערה 179, שם מוזכר כי גם באנגליה ובארצות הברית הוכר נזק נפשי בלתי ממוני כנזק בר פיצוי חוזי. בית-המשפט מפנה לפס"ד אנגלי בפרשת *Cox v. Philips Industries Ltd.* ALL E.R. 161, Q.B.D (1976) 3.

באותו ענין הועבר התובע מתפקידו בחברה המעסיקה לתפקיד במעמד נחות יותר, הכרוך באחריות פחותה. כתוצאה מכך סבל עוגמת נפש ותסכול, ובריאותו נפגעה. לבסוף הופעלו עליו לחצים והוא נאלץ להתפטר. לתובע נפסקו באותו עניין פיצויים על עוגמת הנפש שהיתה מנת חלקו בשל העברתו לתפקיד הכרוך באחריות פחותה תוך הפרת חוזה העבודה, הגם שלא נפסקו לו פיצויים בגין סיום יחסי העבודה.

בושתו של העובד, שעזב משרה ונאלץ לעבוד כיום במשרה פחותה יותר. וכמה אגורות יקצוב לו בגין כל לילה שנדדה שנתו במהלך שנות ההתדיינות"¹⁸⁶. בית־הדין אינו קובע, עקרונות מנחים לגבי המקרים בהם יפסקו פיצויים אלו, ומשאיר זאת להחלטת השופט.

תשלום פיצויים לעובד בנוסף על פיצויי פיטורים מקובל גם בשיטות אחרות¹⁸⁷. רולס אינו מונה מפורשות את הזכות ליחס של כבוד כאחת מזכויות היסוד. ואולם, אם נתיחס לזכות זו, שקנתה מעמד על כזכות יסוד בשיטתנו, בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לראות בזכות לקבלת יחס הולם – זכות יסוד. בהתאם למשנתו של רולס, כללי צדק ראויים אמורים להבטיח העדר פגיעה בזכויות יסוד, במיוחד של צד חלש. מכאן, ניתן להסיק שהחלטה ראויה, שעל המשתתפים במצב ההתחלי לקבל, היא כי יש לפצות על פגיעה בזכות זו.

(ג) צו החזרת עובד למקום עבודתו

חיזוק נוסף לכוחו של העובד בא לידי ביטוי בשימוש הולך וגובר שעושה בית־הדין בצווים להחזרת עובדים למקום עבודתם. בפרשת ד"ר פריילנד שמואל¹⁸⁸, לדוגמא, ניתן צו להחזרת רופא מפוטר למקום עבודתו. בית־הדין ראה ברופא, שהועסק בקופה מעל עשר שנים, כמי שעמד בתנאי הקביעות, חרף הגדרות פורמאליות שונות בין הצדדים. לפיכך, קבע כי פיטוריו היו שלא כדין. בית־הדין אחז בדעה, כי במקרה זה, נוכח מספר מצומצם של קופות חולים העשויות להעסיק את הרופא, סעד כספי אינו מספק. לכן, הצהיר בית־הדין על בטלות פיטורי הרופא וקבע כי הרופא ימשיך לכהן כרופא קבוע של קופת חולים במשרה מלאה¹⁸⁹.

בפרשת גאיה קורן – ידיעות אחרונות¹⁹⁰ ניתן צו להחזיר עיתונאית לעבודתה לאחר שזו הופסקה. באותו מקרה בית־הדין קבע, בשלב ראשון, כי התקיימו יחסי עובד מעביד בין העובדת למעסיקה, למרות הגדרה חוזית הקובעת אחרת. בשלב השני, קבע בית־הדין כי הפסקת עבודתה של העיתונאית, בהיותה בהריון, אינה כדין. בית־הדין דחה את טענת המעביד כי הסתמך על חוזה, שנחתם בין הצדדים, לפיו לא התקיימו יחסי עובד מעביד, ולפיכך לא פנה לקבלת היתר לפיטורים (הנדרש

186 פס"ד מצגר, לעיל הערה 179, בסעיף 55 ו.

187 ראו לדוגמא הדין בברטניה לגבי סוגים שונים של פיצויים: *G. Pitt Employment Law* (London, 2000) Compensation 274–277, וכך ראו *Labour Law* לעיל הערה 60, בעמ' 493–501.

188 עב 302167/98 ד"ר פריילנד שמואל נ' קופת חולים הכללית, תקדין עבודה 2002(3), 431. וראו גם פס"ד לאה לוי, לעיל הערה 48.

189 חובה השימוע וודאי חלה בגוף "דו מהותי", המספק שירות חיוני לציבור כקופת חולים. פיטורים שנעשים ללא שימוע או ללא שימוע נאות נוגדים את כללי הצדק הטבעי ולכן אינם כדין. זכות זו של העובד נובעת גם מחובת תום הלב של המעביד כלפי העובד.

190 עבודה (אזורי ת"א) 4198/01 גאיה קורן – ידיעות אחרונות (טרם פורסם) (להלן – פס"ד גאיה קורן).

רק כאשר מדובר בעובדת שכירה). בית-הדין אף קבע בדיון שהתקיים, בבקשת צו לביזיון החלטתו, נוכח הפרת הצו, שניתן להחזרת העיתונאית לעבודתה, כי הזכות לעבוד אינה כוללת רק את הזכות לקבלת משכורת, אלא את הזכות לעבוד בפועל. דהיינו, הזכות לפרסם מאמרים, להשתתף בפעילויות צוות העובדים ועוד. בית-הדין הבטיח, באמצעות גיבוש הזכות לעבוד בפועל, את אפקטיביות הצווים להחזרת עובדים לעבודתם.

בפס"ד עיריית רעננה¹⁹¹ נקבע כי פיטורים שנעשו עקב הפליה אינם כדין. לפיכך, הודעת הפיטורים בטלה מדעיקרא ועל עיריית רעננה להחזיר לאלתר את העובד לעבודה, באותו מדור או מדור אחר, בתנאי שלא ישונו תנאי וסדרי עבודתו באופן בלתי סביר. כן חויבה העירייה להמשיך לשלם לעובד את משכורתו ואת כל ההטבות להן הוא זכאי.

פסקי דין אלו מצטרפים לפסקי דין אחרים¹⁹², כאשר ככולם נכרת המגמת בתי-הדין ליתן צו המחזיר עובד למקום עבודתו, עת נעשו הפיטורים שלא כדין. בין אלו, בולט פסק-הדין בענין הורן את ליבוביץ¹⁹³.

עיקר הבעיה המשפטית במתן צו החזרה לעבודה נבעה מסעיף 3 (2) לחוק החוזים (תרופות), הקובע כי אין לכפות עבודה או שירות אישיים. המחוקק הכיר, אמנם, במקרים מסוימים באפשרות לבטל פיטורים ולהחזיר עובד לעבודתו חרף הוראה זו, אולם מדובר על מקרים ספציפיים בלבד. בין אלה יוזכרו הוראת סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה וסעיף 9 לחוק עבודת נשים. אולם, במקרים אחרים, ביטל בג"צ, בעבר, את פסיקת בית-הדין הארצי וקבע כי אין לאכוף יחסי עובד מעביד. כך נקבע בבג"צ צרי¹⁹⁴, שעסק בפיטורי תועמלן רפואי כשנתיים לפני גיל הפרישה. במקרה זה קבע בית-הדין הארצי כי יש לו סמכות להחזיר עובד מפוטר לתפקידו, ואילו בג"צ הפך את פסיקת בית-הדין הארצי, וקבע כי במקרה של פיטורים שלא כדין התרופה הינה פיצויים, תוך השארת פתח צר מאוד, אם בכלל, למקרים חריגים בלבד.

191 לעיל הערה 15.

192 בית-הדין הארצי אישר פסק דין של בית-הדין האזורי להחזרת מנהלת בית חולים לתפקידה, בנימוק כי המנהלת פוטרה בגיל חמישים ושמונה, שנתיים לפני פרישתה לגמלאות. הפיטורים בוטלו למרות שעמדו בנהלים המחייבים, ובכללם הגשת ערעור למנכ"ל משרד הבריאות ולשר הבריאות, שאישרו את הפיטורים ע"ע 1068/00 זוסלין גולדאפר – קופת חולים כללית, עבודה ארצי לג (54) 23 (ניתן ביום 18.4.2000); עע 1290/02, עע 1303/02 בשא 1388/02 מדינת ישראל נ' אלי שדה (טרם פורסם); עב (אזורי לעבודה נצרת) 2060/02 2059/02 וקטור אואקי נ' החברה למכרזים קהלתיים בצפת (טרם פורסם); ע"ע 1068/00 מדינת ישראל – שדה, תקדין ארצי 2002 (2) 17 (ניתן ביום 10.4.2000) שם לא בוטלה הוראת בית-הדין האזורי להחזיר עובד משרד החקלאות למשרתו לתקופה זמנית; ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ ואח' – ג'אבר, תקדין ארצי 2002 (2) 297.

193 פס"ד הורן את ליבוביץ, לעיל הערה 6.

194 ראו בג"צ צרי, לעיל הערה 6; וראו הדיון בבג"צ 380/74 סלמאן סלמאן נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל (1) 495, שעסק בפיטורי עובד בשל פעילותו במפלגה קומוניסטית.

ואולם, בית־הדין הארצי לא נסוג מעמדתו והוא יצר את מהפכה שקטה. החל מפסיקה שקבעה כי ניתן למחוק על הסף תביעות של עובדים לביטול פיטוריהם¹⁹⁵; דרך קביעת חריגים בהם ניתן להחזיר מפוטר לעבודתו, כאשר נפל פגם פורמאלי בהליך הפיטורים, במסגרת יחסי עבודה קיבוציים, כגון שלא ניתן אישור הועד; יחד עם יצירת פתרון ביניים זמני, שזכה לכינוי הצהרת "גור אריה", לפיו מקום העבודה "נשמר" לעובד עד סיום ההליך, כך שאין צורך מעשי לדון בצו מניעה זמני נגד הפיטורים¹⁹⁶; ועד לפריצת הדרך בפרשת מפעלי תחנות¹⁹⁷, שם נקבע, ע"י השופט גולדברג, כי עובדים, שפוטר על רקע פעילותם בועד העובדים, יוחזרו לעבודתם. הצו ניתן לאחר דיון בו נקבע כי ניתן לסטות מהלכת "צרי" ומהוראת חוק החוזים, וזאת במקרים חריגים¹⁹⁸.

אך, היה צורך בשינוי נוסף. פסקי הדין החדשים, הפוסקים צו להחזרת עובד למקום עבודתו, עונים על הצורך לפקח על סבירות עילות הפיטורים (בנוסף לבדיקת תקינות ההליך) ותקינות הפעלת סמכות הפיטורים של מנהלים, בעיקר בגופים ציבוריים, וכן על הצורך להגן על אינטרס עובד להמשיך לעבוד¹⁹⁹.

אף בשיטות משפט במדינות מעבר לים נעשה שימוש בצו לאכיפת יחסי עובד מעביד, בפיטורים שלא כדין²⁰⁰.

אף בנושא זה התרגיל המחשבתי של רולס יכול ליתן הצדק מוסרי למגמות בפסיקה בית־הדין. במצב בו ההחלטות מתקבלות מתוך נקודת מוצא של שוויון והוגנות, לא יהא ניצול לרעה של זכויות בסיסיות של הצד החלש. איוון הכוחות כנגד פיטורי

195 דב"ע נה/3-196 יעקב וימן – החברה הממשלתית למדליות ולמטבעות בע"מ, עבודה־ארצי כח (1) 252.

196 עניין גור אריה, לעיל הערה 9, סעיפים 8–9 לפס"ד.

197 דב"ע נו/3-209 מפעלי תחנות בע"מ – ישראל יניב ואח', פד"ע לג 293.

198 שם, בסעיף 21 לפס"ד פורש החריג בחוק החוזים כמתייחס ל"עבודה אישית" במובן של קיום קשר אישי כגון במקום עבודה בו מועסקים עובדים ספורים.

199 לא תמיד יש בכוחם של תשלומי פיצויים לתקן את העוול של הפיטורין ולשקף את זכות העובד לעבוד. ראו פס"ד קורן, לעיל הערה 192.

200 בבריטניה, הסעד המקובל לפיטורים שלא כדין הוא אכיפה. ראו: *G. Pitt Employment Law* (London, 2000) 227–282, Reinstatement and re-engagement 273–274, Enforcement of the Contract of Employment 277–282; ראו *Labour Law*, לעיל הערה 60 לעיל, בעמ' 493–489.

"ERA (Employment Relation Act) 1996 provides (sections 116 (1) (2) that if' on a finding of unfair dismissal, the employee indicates a wish to be re-employed, the tribunal may make an order of either reinstatement or re-engagement.."
 בגרמניה, העובד רשאי לבקש אכיפה אלא אם המעביד יבקש להתיר את ההסכם בטענה כי אין לצפות לשיתוף פעולה פורה, ראו: 110–112. בשוק המשותף, הסעד הרווח הינו פיצויים לעומת אכיפה. ראו סעדים בהקשר של הפליה ושל פיטורים עם חילופי מעבידים: *C. Barnard EC Employment Law* (Oxford, 2000) 344–348, 484–486.

העובד שלא כדין, מתוך ניצול מעמדו החזק של המעביד, נעשה על-ידי החזרת העובד לעבודה. הפן המשלים של ההכרה בזכות העובד לעבוד ולהתפרנס כזכות יסוד – הוא אכיפת זכותו זו על ידי צו להחזרת עובד לעבודה. במיוחד כאשר זכויותיו של העובד נפגעו על ידי המעביד, בנסיבות של חוסר הוגנות וחוסר שוויון. לסיים פרק זה, יצויין כי עדיין נותרו בנושא זה שאלות רבות ללא מענה. כיצד יכריע בענין, בבוא היום, בג"צ, במיוחד בשים לב לכך, שבית-הדין הארצי בפסה"ד החדשים, אינו מזכיר כלל את הסעיף בחוק החוזים (תרופות), שמנע אכיפת עבודה אישית בבג"צ צרי. כיצד ישתלב עובד חוזר, על פי צו בית-הדין לתפקידו הקודם? האם תורחבנה ההלכות גם למקרים שאינם קיצוניים? ועוד.

4. הפליה ושוויון

"הפליה בין אדם לאדם פוגעת בחוש הצדק השוכן עמוק-עמוק בלבנו, והמשפט נחלץ בכל כוחו ובכל מאוורו להגן על המקופה שלא כדין"²⁰¹.

פסקי דין שנתנו לאחרונה בנושא הפליה²⁰², מצדדים במגמה, המרחיבה את תפיסת השוויון כעקרון על, שעשוי לגבור על חוקים ספציפיים, הדנים בהיבטים מסוימים של הפליה בתחום דיני העבודה²⁰³.

בבג"צ איתנה ניב נ' בית-הדין הארצי²⁰⁴ נקבע כי תנאים המפלים לרעה עובדות לעומת עובדים בתכנית פרישה, מהווים הפליה פסולה ולכן בטלים. דובר שם בתכנית פרישה מרצון של עובדי קופת חולים. לפי התוכנית, עובד שפרש לגמלאות זכה בפנסיה תקציבית (במימון קופת חולים) עד לגיל 65, ואילו עובדת, שפרשה פרישה מוקדמת לגמלאות, זכתה לפנסיה תקציבית, על הטבותיה, עד לגיל 60 בלבד²⁰⁵. העותרות, אחיות בתפקידן, חתמו על הסכמי פרישה אישיים במסגרתם קבלו על עצמם

201 ראו בג"צ רקנט, לעיל הערה 95 וראו פס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15, בסעיף 80.

202 פס"ד לוי, לעיל הערה 15; פס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15; בג"צ ניב, לעיל הערה 109.

203 לדוגמא: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן – "חוק שוויון הזדמנויות"); חוק שווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן – "חוק שווי זכויות האשה"); חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן – "חוק שכר שווה"); חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (להלן – "חוק שעות עבודה ומנוחה"); חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988 (להלן – "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות") ועוד.

204 לעיל הערה 109.

205 הפנסיה המוקדמת, על פי תכנית הפרישה מרצון שהציעה קופת חולים, נועדה לעובדות ועובדים שפרשו בגיל 47 ומעלה, גיל צעיר יותר מן הגיל המזכה בפנסיה בתקנון קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות (קג"מ), שם מבוטחים עובדי קופת חולים. לפי תקנון קג"מ, גיל הפרישה לגבר הוא 65 ולאשה – 60. אולם, לפי הסדר קיבוצי אישה זכאית להמשיך לעבוד בקופה עד לגיל הפרישה (65) ולזכות בפנסיה גדולה יותר. תכנית הפנסיה המוקדמת ניסתה לגשר על פער הזמנים בין הפרישה המוקדמת לקבלת הפנסיה מקג"מ. לשם כך נטלה הקופה על עצמה, מתקציבה, לשלם פנסיה ותשלומים נוספים, לעובדים שיפרשו קודם זמנם, מיום פרישתם ועד

את התנאים שהוצעו להן. הן פרשו לפנסייה מוקדמת ואף קבלו את הפנסייה התקציבית²⁰⁶, עד שזו פסקה "כמתנת יום הולדת"²⁰⁷, עם הגיען לגיל 60. רק לאחר חלוף חודשים רבים²⁰⁸ הגישו תביעתן לבית-הדין האזורי לעבודה. הן בית-הדין האזורי והן הארצי סברו כי מדובר בהפליה פסולה, אך, גרסו כי העובדות אינן זכאיות לסעד, כיוון שהסכימו לקבל את תנאי ההסכם מרצונן²⁰⁹. בפסק דין, שניתן בבג"צ, בעקבות עתירה שהוגשה, נקבע, כי תכנית הפרישה, שהוצעה לנשים, היוצאת מנקודת הנחה כי אישה תפרוש בגיל 60, מפלה נשים לרעה, ומעידה על נחיתות האשה בחיי העבודה. הפלייתן של נשים בשוק העבודה — פוצעת אנושות בתקנת הציבור, ותנייה, שכך מפלה נשים, בטלה היא ומבוטלת מעיקרא²¹⁰. יצוין כי הגם שתוצאת פסק-דינו של בג"צ מרחיקת לכת יותר מפסיקת בתי-הדין לעבודה — ניתוח טענת ההפליה בכל הערכאות הינו דומה.

לקבלת פנסייה מקג"מ. אלא שבתכנית הפרישה מרצון נקבע שתנאי הפרישה המוקדמת תקפים לגבי עובדות בתנאי שהחל מגיל 60 תחלנה לקבל את הגמלה מקג"מ. יוצא שלא זו בלבד שהאשה מפסידה חמש שנות פנסייה תקציבית מגיל 60 עד 65, אשר בשים לב להטבותיה היא גבוהה יותר מהפנסייה בקג"מ, אלא שמוסיפה ומפסידה היא חמש שנים בצבירת זכויות פנסייה מקג"מ. זאת כיוון שבכוא העת תקבל פנסייה נמוכה יותר, מאשר לו היתה זוכה בפנסייה תקציבית, הכוללת הפרשות לקג"מ עד גיל 65. עובדת יכולה היתה לבחור לעבוד בפועל עד גיל 65. אך אם בחרה בתכנית הפרישה המוקדמת — היתה חייבת לפרוש בגיל 60. סעיף זה לא היה פתוח למשא ומתן. עובדת, לעומת עובד, שהיתה מעוניינת לקבל פנסייה תקציבית עד גיל 65, לא היתה יכולה להשתתף בתכנית. הליך הפרישה התבצע על דרך כריתת חוזה פרישה עם כל עובד בנפרד (ראו סעיפים 5-8 לפס"ד של השופט חשין בבג"צ איתנה ניב). בבג"צ נעמי נבו נקבע כי סעיף בהסכם קיבוצי הקובע גיל 60 כגיל פרישה לאשה — מפלה לרעה ולכן פסול, בין היתר, כי מדובר בהפליה בשל פגיעה בזכויות כלכליות דווקא בגיל בו אישה פנויה להגיע להישגים, להשלמה ופריחה במימוש כישוריה; פגיעה חברתית במעמד הנשים; ופגיעה אישית בדימוי העצמי.

206 טענת קופת חולים היתה כי מדובר באבחנה מותרת. ראו סעיף 1ב לחוק שווי זכויות האשה "אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה פסולה כל אחד מאלה: (1) אבחנה בין אישה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשוונות העניינית שביניהם, או מאופיו או מהותו של העניין"; ראו גם סעיף 8 (ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, סעיף 2 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", סעיף 2 ו-6 (א) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד; וראו גם דב"ע נא 8-3/ מדינת ישראל — גסטטנר בע"מ, פד"ע כד 65, 79.

207 ראו סעיף 9 לפס"ד של השופט חשין בבג"צ ניב, לעיל הערה 109.

208 הגב' איתנה ניב לאחר 21 חודשים והגב' נעמי אורטל לאחר 32 חודשים. ראו סעיף 10 לפס"ד של השופט חשין בבג"צ איתנה ניב, לעיל הערה 109.

209 בית-הדין האזורי לעבודה, בעב (אזורי ת"א) 164/99 ניב ג' קופת חולים כללית, ובית-הדין הארצי בע"ע 238/99 ניב ג' קופת חולים כללית, פד"ע לה 74, סברו כי תנאי הפרישה לנשים הינם מפלים, אך חתימת העובדות על הסכמי הפרישה, תוך הבנת תוכנן, מרפאות הפגם (לפי פסיקת בית-הדין האזורי) או מהוות ויתור תקף (דעת הרוב של השופט אליאסוף בבית-הדין הארצי, ראו שם פסקה 44). דעת המיעוט בבית-הדין הארצי של השופט רבינוביץ, סברה כי הפגם שדבק בהסכם הפרישה יורד לשורשו של הסכם, וכל הסכמה של המערערות לא תוכל לרפא אותו.

210 השופטת בייניש הצטרפה לדעת השופט חשין, בנושא בטלות התנייה המפלה, ואילו השופט טירקל היה סבור כי הסכמי הפרישה בטלים בשלמותם, בג"צ ניב, לעיל הערה 109.

לפיכך, ניתן לראות פסק דין זה כמשקף את המגמות החדשות בבית-הדין לעבודה וכמתווה מדיניות העתיד.

בענין זה נציין כי חוק גיל פרישה, תשס"ג-2004, שנתקבל לאחרונה, מנציח, לדעתנו, הפליה נגד נשים על-ידי קביעת גיל פרישה מוקדם יותר לנשים לעומת גברים.

פסק דין נוסף, של בית-הדין האזורי, שעסק בהפליה, הינו פס"ד בענין עיריית רעננה. דובר, כאמור, בתביעתו של איש אחזקה, שפוטר עקב סרובו לעבוד בפארק רעננה בשבת, בהיותו שומר מצוות. בית-הדין קבע כי העובד הופלה לרעה על רקע דתו. בית-הדין מסביר כי המבחן המבדיל בין "אבחנה מותרת" ל"הפליה פסולה" אינו רק אם יש שונות רלבנטית, אלא האם שונות זו נתנת ל"ניטרול". האמצעים ל"ניטרול" ההפליה צריכים לענות למבחן המידתיות. עליהם להיות המתונים ביותר האפשריים ויש להפעילם במידה שאינה עולה על הנדרש על מנת להימנע מפגיעה בזכות השוויון²¹¹. במילים אחרות, המעסיק היה צריך להוכיח כי עשה כל הנדרש לפתרון הבעיה בעבודה טרם נקט באמצעי הקיצוני ביותר של פיטורים.

פסקי דין אלו מעלים לדיון מספר שאלות מעניינות בנושא עקרון השוויון. שאלה ראשונה, מהותית, עוסקת במקור האריסטוטלי לאיסור ההפליה. הגישה הליבראלית לשוויון אימצה את העקרון האריסטוטלי של יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, כעקרון העומד בבסיס הפליה אסורה מול אבחנה מותרת²¹². על גישה זו נמתחה ביקורת רבה של הפמניזם הרדיקאלי. פרופ' קתרין מקינון, נושאת הדגל של הפמניזם הרדיקאלי, טוענת כי העיקרון האריסטוטלי, הנחזה להיות נייטרלי ואובייקטיבי, מפלה נשים לרעה²¹³. העובדה כי נשים שונות מגברים, בממדים רבים, היא עובדת חיים. לכן, ההיתר ליתן יחס שונה לשונים – מאפשר ומצדיק, מוסרית ופרקטית, מתן יחס שונה לנשים, שהינו ברוב המקרים נחות יותר²¹⁴. לפיכך, משמש העיקרון, המצדיק יחס שונה לשונים כלי לשימור האידיאולוגיה הפטריאכלית. הדבר בולט במיוחד נוכח הטענה כי הנורמות, לרבות בשוק העבודה, נקבעות על פי אמות מידה גבריות, שאינן

211 סעיפים 81–88, 100 לפס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15, וראו בג"צ מילר, לעיל הערה 222, בע' 119, 121–119, 140.

212 W. W. Williams, "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture Courts and Feminism" *Feminist Legal Theory Readings in Law and Gender; Geduldig v. Aiello* 417 U.S. 484 (1974) 15

213 C. A. MacKinnon, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" in *Feminist Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard Univ. Cambridge, 1987) 32

214 דפנה יזרעאלי, "המגדור בעולם העבודה", מין מגדר ופוליטיקה (דפנה יזרעאלי ואח' עורכות, 1999) ע' 167, בע' 175–179, 183–187, *The Lenses of Gender: Transforming* S. Lipsitz Bem *The Debate on Sexual Inequality* (Yale Univ., 1993) א' קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח), 317, 326–327.

בהכרח מתאימות לנשים²¹⁵. אי התאמת נשים לנורמות שנקבעו, מנקודת מבט של המין הגברי, מצדיקה, לכאורה, נחיתות בשכר, בתנאים ובהערכה לכיצועים נשיים בשוק העבודה²¹⁶.

פסקי דין, בנושא הפליה, מאמצים, ברובם, את הגישה האריסטוטלית לשוויון²¹⁷, תוך התעלמות מטיעונים חדשים וגישות שונות בשיח הפמיניסטי. לדוגמא. פסק-הדין בפרשת אליס מילר, המהווה אבן דרך חשוב במאבק לשוויון, משקף תפיסת אישה כבעלת תכונות השוות לתכונות גבריות, ולכן, ההבחנה בינה לבין גבר, לענין קבלה לטיס, מהווה הפליה אסורה²¹⁸.

המחשה נוספת מצויה בדבריו של השופט חשין, כבג"צ איתנה ניב.

"..כמו מאומה לא השתנה..מאז ימי קדם, שעה שהגבר היה השליט היחיד במשפחה ובחברה, האשה עשתה את רצונו, כנועה וממושמעת; כבודה של בת מלך פנימה וכבודו של בן המלך הילך ורעם מקצה העולם עד קצהו..כנראה שענייננו בצופן גנטי של החברה המורה אותנו כי האשה נחותה מגבר. ואם זה הוא..נדרשים אנו, כמסתבר, למוטציה מעשה ידי אדם. מוטציה זו נעשה אנו — בתי המשפט — בעקביות ובעקשנות, עד ידעו הכל כי זכויותיה של האשה הן זכויות הגבר, אף לא כחוט השערה פחותות מהן. כך נעשה, כך נמשיך ולא נרפה"²¹⁹.

215 A. Morris & T. O'Donnell *Feminist Perspectives on Employment Law* (London, 1999)

216 שם, שם. וראו גם: C. A. MacKinnon *Feminist Unmodified* (Harvard Univ. Cambridge, 1987); C. A. MacKinnon *Towards a Feminist Theory of the State* (Harvard Univ. Cambridge, 1989); C. A. MacKinnon *Sex Equality* (N.Y., 2001)

217 בג"צ ניב, לעיל הערה 109, בסעיף 21 לפסק דין השופט חשין; דנג"צ רקנט, לעיל הערה 87, בסעיף 11 לפסק דין הנשיא ברק; בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94, 132 (להלן — "בג"צ מילר"); בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר נ' דניאלוביץ, פ"ד מח(5) 749, 763 (להלן — "בג"צ דניאלוביץ"); בג"צ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 650, 651, 630 (להלן — "בג"צ שדולת הנשים"); בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, נה (5) 15. לענין ניתוח שונה לגישת יחס שווה לשווים, וניתוח פמיניסטי לטענה כי שוויון יושג על ידי יחס שונה לשונים ראו הדיון בפס"ד השופט דורנר בבג"צ מילר, לעיל הערה 222, בסעיפים 15–16 לפסק דינה.

218 בג"צ מילר, לעיל הערה 222.

219 בג"צ ניב, לעיל הערה 109, בסעיף 21 לפסק-דינו של השופט חשין; וראו גם חוק שווי זכויות האשה סעיף 1, 1ב, 6 "6. שוויון זכויות חברתי. לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה לשוויון בתחומי העבודה, החינוך, ההשכלה, הבריאות, הדיור, איכות הסביבה והרווחה החברתית"; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה סעיף 2א; סעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובד ולעובדת "נקבע בהסכם קיבוצי גיל פרישה לעובדת הנמוך מגיל שנקבע בו לעובד, תהא לעובדת זכות, על אף האמור בהסכם הקיבוצי, לפרוש מעבודתה בכל גיל שבין גיל הפרישה שלה לגיל הפרישה שנקבע לעובד".

פסק-הדין משקף גישה הנלחמת בהפליה נגד נשים מתוך נקודת מבט ליבראלית, לפיה אישה "אישה וגבר חדרהם לענייננו"²²⁰.

זרמים אחרים, בתחום מניעת הפליה נשים, ידגישו את ההכרה בשונות הנשית, דהיינו ההכרה ב"קול הנשי האחר". הזרם המרכזי, הדוגל בגישה זו, מכונה הפמיניזם התרבותי²²¹. לטענתו, יש להכיר בשונות החברתית – תרבותית של נשים מחד, ומאידך, לפעול להערכה ותיגמול של השונות הנשית הקיימת באופן שוויוני ובלתי מפלה²²².

במקום הנוסחה האריסטוטלית, מוצע, מנקודת מוצא של הכרה בשונות ובנחיתות של הקבוצה הרלבנטית, ליישם את תורתו של רולס. התאוריה מאפשרת קביעת כללים מתוך נקודת מוצא של הוגנות ושוויון שיובילו לשוויון הזדמנויות ויאפשרו חיזוקו של הצד החלש. בכך יתקבלו כללים ראויים והגונים שיובילו, בסופו של דבר, לשוויון המיוחל. הכללים צריכים להתקבל תחת "מסך הבערות" מתוך הכרה בעובדת נחיתות הנשים, אך מתוך אי ידיעת הגורם המחליט אם הכלל שיבחר יחול עליו אם לאו.

פתרון זה מספק תשובה הולמת לאחת הביקורות המרכזיות בזרמים הפמיניסטיים השונים בדבר קביעת הכללים, החלים על נשים, על-ידי המין הגברי, באופן המשרת באופן "שקט" ו"לגיטימי" את האינטרסים הגבריים, ומנציח את עליונות המין הגברי. במידה והכללים יקבעו תחת תנאי התרגיל המחשבתו של רולס, מבלי דעת, האם הכלל יחול על גבר או אישה, ולחילופין, אם קובע הכלל הוא גבר או אשה (עד כמה שהדבר אפשרי) – יהיו הכללים, שיתקבלו, הוגנים ושוויוניים יותר.

שאלה שנייה, עוסקת ביחס בין עקרון השוויון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוקי השוויון הספציפיים²²³. השאלה היא מהו המקור של האיסור על הפליה, והאם עקרון השוויון שואב כוחו מחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו או מחוקי השוויון הספציפיים?

תשובה אחת, ונדמה כי היא המסתמנת כתשובה הרווחת, מתייחסת לעקרון השוויון כעקרון יסוד כללי בשיטת המשפט. פסילת הסכמי הפרישה בבג"צ איתנה ניב, לדוגמא,

220 בג"צ ניב, לעיל הערה 109, בסעיף 21 לפסק-דינו של השופט חשין.

221 קרול גיליגן, בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (תשנ"ו); R. West *Caring and Justice* (N.Y. 1997); N. Chodorow "Family Structure and Feminine personality" *Feminist Philosophies* (J. A. Kourany, J. P. Sterba & R. Tong, ed.) (Harvester Wheatsheaf, 1993) at 309.

222 יישום טוב של רעיון זה מהווה סעיף 2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, המאפשר שכר שווה לנשים בעד "עבודת שוות ערך". כבריטניה, העיקרון של תשלום שווה עבור עבודת שוות ערך נכלל בחקיקה לאור תיקון Equal Pay (Amendment) Regulations 1974, SI 1983q1974. בישראל יושם עקרון זה לאחרונה בפסק דין עבודה (ב"ש) 1576/99 סימי נידם – ראלי חשמל ואלקטרוניקה בע"מ (טרם פורסם) ניתן ביום 5.11.03.

223 כגון החוקים שנמנו לעיל בהערה 205.

נעשה בנימוק של הפליה המנוגדת ל"תקנת הציבור" ולא בהסתמך על פי חוק שוויון ספציפי²²⁴. אומר השופט חשין:

"כל חוקים אלה כולם...נועדו בעיקרם להצהיר על דין קיים. חוקים אלו לא יצרו לא את השוויון ולא את הצורך בשוויון...הנפוץ הוא: הצורך החברתי להכיר בשוויון הוא-הוא המזין את החוקים והוא הנופח בהם רוח חיים. עקרון השוויון היה לפני החוקים. הוא אבי החוקים...הוא יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה כתובה...אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריין" של חוק-יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו."²²⁵

תשובה שונה, מיחסת את עקרון השוויון והאיסור על הפליה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²²⁶. קישור זה יוצא מנקודת הנחה, שאינה בהכרח נכונה, כי בכל הפליה יש אלמנט של השפלה, ההופך את ההתנהגות לפסולה.

"...חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בחובו הגנה על עקרון השוויון, למרות שזה אינו נזכר בו במפורש...הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת בתוכה איסור על הפלייתן של נשים לרעה." "השפלתה של אשה, על ידי הפלייתה לרעה מחמת עצם היותה אשה פוגעת בכבודה ועל כן אסורה על פי דין וסותרת את עקרונות דיני היסוד"²²⁷.

אף בפס"ד עיריית רעננה הסתמך בית-הדין על העקרון לפיו המקור לאיסור הפליה,

224 סעיפים 50–51 לפס"ד של השופט חשין בבג"צ איתנה ניב, לעיל הערה 109. כך נעשה גם בבג"צ נעמי נבו, לעיל הערה 95.

225 בג"צ איתנה ניב, לעיל הערה 109, פסק דינו של השופט חשין; פס"ד לוי, לעיל הערה 15, בסעיף 9.

226 פ' רדאי "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241, 254; "ק"פ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" ממשל ומשפט א (תשנ"ב–תשנ"ג) 323, 345–361; השופט זמיר בבג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501 (להלן — "פס"ד שדולת הנשים 1"). לעומת דברי השופט אור בבג"צ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח (3) 360, 353, 363; דברי השופט מצא בפס"ד שדולת הנשים, בסעיף 22. וראו דעות השופטת דורנר "חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה", בסיפת סעיף 4 לפסק דינה מול השופט זמיר והנשיא ברק בבג"צ מילר, לעיל הערה 222; וראו גם בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פד"י נב (3) 630, בענין ייצוג הולם לנשים במינוי סמנכ"ל ביטוח לאומי (להלן — "בג"צ שדולת הנשים בענין הביטוח הלאומי") בסעיף 35 לפסק דין השופט חשין.

227 שם, בסעיף 8 לפסק דין, בהסתמך על בג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי, פ"ד מד (4) 749; בג"צ 1/88 פורז נ' ראש עיריית ת"א יפו, פ"ד מ"ב (2) 309, 333; בג"צ דניאלוביץ, לעיל הערה 222, בע' 760; בג"צ שדולת הנשים 1, לעיל הערה 228; בג"צ מילר, לעיל הערה 222; בג"צ רקנט, לעיל הערה 95, בע' 368.

מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שם נאמר כי "השפלתו של אדם פוגעת בכבודו"²²⁸.

בכל מקרה, נראה שיש הסכמה כי המקור הנורמטיבי לשיח המשפטי על שוויון ואיסור הפליה אינו נובע בהכרח מחוקי השוויון הספציפיים. החלפת עקרון השוויון, כהצדקה לאיסור הפליה בעקרון של פגיעה בכבוד, לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מעוררת מספר טענות ביקורתיות²²⁹. טענה אחת: לא כל הפליה מהווה פגיעה בכבוד²³⁰, ובכל זאת הפליה היא התנהגות פסולה.

טענה שנייה: עקרון השוויון מגן על קבוצה שלמה, הראויה להגנה, ואינו קשור בהכרח לכבוד של הפרט. הפליה מטעמי שוויון אסורה גם אם פרט מסוים בקבוצה מצוי במעמד שונה, וכבודו לא נפגע, וגם אם זה מחל על הפגיעה בכבודו. התניית האיסור על הפליה בכבודו של פרט מסוים פוגעת בקידום ושימור מעמד הקבוצה כולה. הדבר נכון לגבי נשים בעבודה כמו גם לגבי קבוצות חלשות אחרות. הנטייה המובנת לראות בהפליה כפגיעה בכבוד הופכת את המעשה האסור לאפיוודה חד פעמית, אישית ויוצאת דופן. גישה זו מוציאה את ההתנהגות הבעייתית, הרווחת נגד קבוצות מסוימות בהקשר הפליה בעבודה, אל "מחוז למחנה". בכך מחמיצה גישה זו את האיסור לפגוע בקבוצה כולה.

טענה שלישית: לעקרון ה"כבוד" שורשים במסורת, המשמשים "בשם הכבוד", כצידוקים בבסיס דיכוי ואלומות כנגד קבוצות חלשות, כגון נשים או ילדים. אסוציאציה זו הינה בעייתית כאשר עוסקים בקידום אותן קבוצות²³¹.

בעיה נוספת העולה מהתבססות על עקרון שוויון כללי או על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא השאלה בדבר נחיצות החוקים הספציפיים הדנים בשוויון ואיסור הפליה.

התשובה שמשיב השופט חשין בבג"צ איתנה ניב, היא כי חוקי השוויון הינם דקלרטיביים. הם תורמים לקביעה, הכלולה בחלקם, כי הפרת האיסור גוררת סנקציה,

228 סעיף 89 לפס"ד עיריית רעננה, לעיל הערה 15, וראו בג"צ מילר, לעיל הערה 222, בע' 132.

229 ראו דיון בהקשר של הטרדה מינית א' קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח) 317.

230 דוגמאות להפליה שאינה משפילה: א. מתן חופשת לידה לנשים מהווה הפליה מבחינת תנאי העבודה, אך, אין בכך השפלת נשים או גברים. ראו פס"ד *Geduldig v. Aiello*, לעיל הערה 214. ב. קבלת הטבה לדיוור לתושב האזור מהווה הפליה שאינה משפילה. בג"צ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פד"י מג (4), 297, בנושא התנגדות המינהל להקצות לעותר קרקע לבניית בית ביישוב שנועד להתיישבות בדוים.

231 מ. חסן, "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" מין מגדר ופוליטיקה (דפנה יזרעאלי ואח' עורכות, 1999) עמ' 267-305; וראו גם לעיל הערה 95.

לרבות היותה עבירה פלילית²³². כן נטען כי הצורך בחקיקה ספציפית נבעה מנסיון למגר התנהגות מפלה הרווחת בציבור.

“ריבוי החוקים האוסרים על הפלייתה של האישה.. — אינם מדברים בשבחנו; נהפוך הוא...חקיקתם התכופה של חוקים האוסרים הפלייתן של נשים..; גיבובם אלה על גבי אלה..כל אלה מעידים..כי נשים מופלות לרעה בחיי יום יום.. מלמדים על הנסיון הנואש של המחוקק ושל בתי המשפט להילחם בנהגים רעים שפשו והשתרשו בחברתנו”²³³.

השאלה הבאה העולה היא: מהו הדין כאשר חוק שוויון ספציפי קובע סייג — בהתקיימו החוק אינו חל. האם ניתן תוקף לסייג זה? שאלה זו עלתה לדין במספר פסקי דין שעסקו בהפליה. בפסק דין עלמה לוי נדון סעיף 21 לחוק שוויון הזדמנויות²³⁴, הקובע פטור מתחולת החוק למעסיק המעסיק פחות משה עובדים. בבג”צ ניב נדונה הטענה כי התביעה הוגשה לאחר חלוף תקופת ההתיישנות האמורה בסעיף 14 לחוק שוויון הזדמנויות²³⁵. בפס”ד עיריית רעננה נדונו סעיפים, הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה, המאפשרים היתר ופטור מאיסור ההפליה על פי אותו חוק. כלל מנחה, שנקבע בסוגיה זו, הוא כי תחיקה שבאה למנוע הפליה אינה יכולה לשמש בסיס להפליה. בבג”צ ניב נקבע, לדוגמא, כי אין זה מניח את הדעת כי חוק, אשר ביטל הפליה נשים, הוא שישלול מעותרת סעד, אשר אלמלא חוקק החוק — היתה העותרת זכאית לו²³⁶.

השופט חשין בבג”צ איתנה ניב משאיר את ההכרעה בשאלת ההתיישנות — לבית-הדין לעבודה. אם כי נוכח הערתו לגבי הספק הקיים בשאלת חלות של דיני

232 בג”צ איתנה ניב, לעיל הערה 109; סעיף 11 לפס”ד עלמה לוי, לעיל הערה 15, ראו לדוגמא סעיף 15 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ”ח-1988 או סעיף 15 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ”ח-1988. השופט חשין חוזר בכך על עמדתו בבג”צ שדולת הנשים בענין מינוי סמנכ”ל לביטוח הלאומי, בסעיף 37 לפסק דינו: “.. ואולם בעיקרם נועדו החוקים להצהיר על נורמות ובדרך זו לקבען בחיי המשפט ובחיי החברה. ואגב קיבוען של הנורמות מצא המחוקק — ובצדק — להצמיד סנקציות בצד הפרתן, הכל כאמור בכל חוק וחוק”.

233 סעיף 32 לפס”ד של השופט חשין בבג”צ איתנה ניב, לעיל הערה 109.

234 חוק שוויון הזדמנויות, לעיל הערה 205. בפרשת עלמה לוי, לעיל הערה 15, דובר בחברה, שכללה פחות משה עובדים.

235 התביעה הוגשה לבית-הדין לאחר יותר מ-12 חודש בניגוד לסעיף 14 לחוק שוויון הזדמנויות, הקובע: “לא יזקק בית-הדין לעבודה לתביעה אזרחית בשל הפרת חוק זה שהוגשה לאחר שחלפו 12 חודשים מיום היווצר העילה..”.

236 סעיף 41 לפס”ד של השופט חשין בבג”צ איתנה ניב, לעיל הערה 109. ראו גם דברי השופט דורנר בפס”ד אליס מילר, לעיל הערה 222, בע’ 140 מול האות ו’ תחיקה שתכליתה להגן על האשה אינה יכולה לשמש יסוד להפלייתה”.

ההתיישנות על תניות בטלות מדעיקרא – ניתן ללמוד כי הוא נוטה לגישה שסייג ההתיישנות אינו חל.

בפרשת עלמה לוי²³⁷, דובר, כאמור, בעובדת, אשר הודיעה על הריונה, במהלך הליך קבלתה לעבודה, לאחר שהשתכלל הסכם העבודה, אך טרם החלה העובדת לעבוד. כתוצאה מכך נותקו היחסים בין הצדדים. בית-הדין קבע כי הפליה בקבלה לעבודה, בהעסקה או בפיטורים הינה אסורה.

הנתבעת היתה חברה, שטרם קמה ומניין עובדיה לא עלה על ששה. בית-הדין נדרש לדון בנפקות סעיף 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות, הקובע כי מרבית הוראות החוק לא יחולו על אדם המעסיק פחות משה עובדים.

בית-הדין קבע כי אינו נבנה אך מחוקים ספציפיים כגון חוק שוויון הזדמנויות. לפיכך, במקרה שקיימת מגבלה, לפיה חוק שוויון הזדמנויות אינו חל – יחול האיסור על הפליה מכח ערכי יסוד של השיטה וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. "הלכה זו היתה קיימת עוד בטרם חוק שוויון הזדמנויות בא אל העולם, ותחולתה אינה מוטלת בספק, גם במקרים בהם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו חל"²³⁸.

כך למעשה, פוסל בית-הדין, הלכה למעשה, את החריג הנ"ל בחוק שוויון הזדמנויות, כמנוגד לעקרון חוקתי²³⁹.

בפס"ד עיריית רעננה, טען התובע שהדרישה כי יעבוד בשבת מנוגדת לחוק²⁴⁰. מאידך, טענה העירייה כי עבודה בפארק רעננה בשבת מותרת וחוקית בהתאם להיתר לפי סעיף 12 לחוק שעות עבודה ומנוחה, וכן כי סעיף 19 מסייג את תחולת איסור ההפליה בחוק, באופן שהסעיפים האוסרים על עבודה בשבת אינם חלים. כן נדונה השאלה האם מדובר בהבחנה מותרת, לפי סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות, כאשר ההפליה מתחייבת מאופיים או ממדתם של התפקיד או המשרה. השופטת רות קבעה כי מושכלת יסוד בתורת הפרשנות מחייבת פרשנות דבר חקיקה באופן המגשים ערכי יסוד דוגמת השוויון, כבוד האדם וחופש דת. לכן, יש לפרש החריגים באופן מצמצם. כן חלה חובה כללית על המעביד לנסות לשלב העובד ללא הפלייתו לרעה. על המעביד מוטל גם נטל ההוכחה, שלא הורם, להוכיח שהחריג אכן חל, דהיינו שעבודה בשבת הכרחית לתפקיד וכי בוצעו ההתאמות הנדרשות להעסקתו ללא הפליה.

237 פס"ד עלמה לוי, לעיל הערה 15.

238 שם, בסעיפים 6–7. התפיסה כי החוק עצמו אינו מהווה הסדר שלילי, מגלמת בעייתיות מה בהקשר של נפקות ההגדרות וההסדרים על-פי החוק.

239 שם, בסעיף 11. הגם שמדובר בבית דין אזורי. יצוין כי בית-הדין קובע גם כי המעסיק לא הטיל את נטל ההוכחה להוכיח כי הינו עומד בתנאי הסעיף, הגם שעובדה זו אינה במחלוקת, כאשר מדובר בחברה שטרם קמה.

240 ראו סעיפים 9 עד 9 לחוק שעות עבודה ומנוחה, לפיהם העבדת עובד במנוחה השבועית אסורה ועובד רשאי לסרב לדרישה זו. כן טען התובע כי הפיטורים נעשו בניגוד לסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, על פיו אסור להפלות בקבלה לעבודה, תנאי עבודה, קידום בעבודה וכו'.

תת נושא נוסף, בתחום ההפליה, בו מעדיף בית-הדין לעבודה לאסור על הפליה על פני חריגים מפורשים בחוק הוא איסור פיטורי נשים בהריון. בית-הדין רואה עצמו כגורם מחנך למען מניעת הפליה לרעה של נשים בהריון, הסובלות, בהיותן נשים בהריון, מעמדת נחיתות כפולה. בית-הדין מחמיר בנושא פיטורי אישה בהריון²⁴¹, אף במקרים שהחוק התיר פיטורים אלו²⁴². בית-הדין לעבודה נותן צווים חמורים וקיצוניים, במקרים אלו, ביניהם, צו החזרת המפוטרת לעבודה²⁴³ או תשלום פיצויי פיטורים, פיצוי בגין שכרה עד לצאתה לחופשת לידה, פיצוי בגין דמי לידה למשך שניים עשר שבועות, ותשלום עבור ארבעים וחמישה יום מחזרתה המשוערת מחופשת הלידה ושלושים יום פיצוי חלף הודעה מוקדמת²⁴⁴. סעדים אלו ניתנים גם במקרה של אי קבלת העובדת לעבודה בשל הריונה²⁴⁵. הצדקת צווים אלו נעשית במינוחים של שוויון, מניעת הפליה ותום לב²⁴⁶.

בפס"ד אופיר טורס²⁴⁷ נקבע על ידי השופטת נילי ארד כי מטרת הוראת החוק האוסרת על פיטורי נשים בהריון היא "להגן על האשה העובדת בתקופת הריונה, בכך שבתקופת הריונה היא עשויה להיאלץ להעדר מעבודתה יותר מהרגיל. כמו כן, ייתכן שהמעביד שלה יפיק פחות תועלת מעבודתה והיא תהיה חשופה לפיטורים ולהרעת תנאי עבודתה".

בהתאם לחוק, פיטורי עובדת בהריון בטרם מלאו שישה חודשים לעבודתה – אינם מחייבים את אישור המפקח²⁴⁸. בית-הדין, שדן לאחרונה במקרה זה, חייב את

241 עבודה (אזורי י"ם) 1195/99 לנידאו – אורטל, תקדין עבודה 2002(2) 549 (ניתן ביום 9/7/2002).

242 חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 (להלן – "חוק עבודת נשים"), לדוגמא: סעיפים 9 (א), 9 (ג) (2). לפי חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ניתן במקרים מסוימים לבקש היתר לפטורי אישה בהריון, מהמפקח מטעם משרד העבודה. בית-הדין קבע כי אם המפקח הגיע למסקנה שהפיטורים הם בקשר להריון אזי "ההגנה על העובדת היא מוחלטת". במקרה זה, אין לבית-הדין, בעצם, שיקול דעת והוא חייב לפסול את הפיטורים. לעומת זאת, אם הגיע המפקח למסקנה כי העובדת פוטרה משיקולים אחרים, שאינם נובעים מההריון – אזי יש לו שיקול דעת אם להתיר הפיטורים אם לאו. בית-הדין לעבודה משמש כערכאת ערעור על החלטת המפקח.

243 פס"ד גאיה קורן, לעיל הערה 192.

244 הפיצויים אינם בגדר שכר עבודה ולכן אינם מצמיחים פיצויי הלנת שכר.

245 ראו פרשת עלמה לוי, לעיל הערה 15.

246 ראו העמדה כי פיטורים של אשה בהריון בטרם מלאו שישה חודשים לעבודתה – אסורים בהיותם הפליה של מין ומעמד אישי. "א. ספינרד וא. דויטשר "זכויות נשים בהריון ולידה" בנשים הכח העולה, ע. מאור עורכת (1997), 90, 91 (להלן – "זכויות נשים בהריון ולידה"), וראו גישה אחרת לפיה פיטורי אישה בהריון, טרם מלאו שישה חודשים לעבודתה הינה מעשה בחוסר תום לב עב / 3-489 (אזורי ת"א) מירה פרץ – מכון הדרום, פד"ע 00 (7) 91 (ניתן ביום 16.1.2000).

247 ע"ע 307/99 329/99 אופיר טורס – זהבה גולדברג-חייט, תקדין ארצי 2002 (3) 725 (להלן – "פס"ד אופיר טורס"), שם המפקח לא אישר הפיטורים והחברה פנתה לבית-הדין. בית-הדין האזורי והארצי לא התערבו בהחלטת המפקח.

248 סעיף 9 (א) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954.

המעביד בפיצוי בשווי שני חודשי עבודה, בקבעו כי הפיצויים נעשו בחוסר תום לב²⁴⁹. פסיקה זו תואמת את האמנות וההמלצות של ארגון העבודה הבינלאומי ה-ILO²⁵⁰. שאלה נוספת מעניינת, בנושא הפליה, שעלתה לדיון, היא מה יהא הדין כאשר ההגנה על השוויון כזכות יסוד מתנגשת עם עלותה ומימונה בכספי ציבור על חשבון רווחת הכלל. כבג"צ איתנה ניב טענה קופת חולים כי עלות מימון תכנית פרישה לנשים באופן שווה לגברים הינה מיליוני שקלים. לכן, ההבחנה בין עובדות לעובדים נועדה, בעצם, לחסוך כסף לקופת הציבור ולמנוע פגיעה קשה בקופה, הנמצאת במצב חרום. השופט חשין חשף את הצגת נתוני ההפסד כהוכחה ניצחת להפליה ודחה את הנימוקים התועלתניים – כלכליים, של קופת חולים, המבוססים על רווחת הציבור כולו²⁵¹. הצדקה תיאורטית מסוימת לעמדתו של השופט חשין ניתן למצוא בדברי המלומד קלמן. לדבריו, הפליה פשוטה "simple discrimination" מהווה עיקרון שחובה לקיימו ללא עוררין ואין לערב במסגרת העיקרון שיקולי עלויות. שיקולי עלויות ואיזון בין פתרונות שונים רלבנטיים, לדעת קלמן, אך ורק כשדנים בהתאמה "accommodation". הכוונה לנקיטת "affirmative steps" על מנת להפיק הנאה משירות או טובין כתוצאה מהזכות לשוויון (כגון מעלית לנכה). זוהי בעצם טענה בדבר חלוקה של משאבים חברתיים עליהם מתחרים גם קבוצות אחרות²⁵². לכן, אין שיקולי עלויות רלבנטיים כשדנים בעצם איסור ההפליה²⁵³.

הצדקה אחרת, לעמדתו של כבוד השופט חשין, גורסת כי התחשבות ברווחת כלל הציבור תביא לתוצאה של מניעת הפליה, כאשר רוב הציבור יעדיף מצב בו אין הפליה או מצב בו המשאבים מחולקים באופן יותר שוויוני בין המינים לעומת הטלת ההפסד הכספי על ציבור הנשים בלבד.

ההצדקה המשמעותית, לטעמנו, לגישתו של השופט חשין היא ההצדקה הרולטיאנית. הכלל שהיה נקבע, תחת "מסך הבערות", בהנחה שקובעי הכלל אינם יודעים איזו קבוצה תושפע ממנו, יהיה, כלל שוויוני, וודאי לא כלל המעניק

249 עב 301422/97 מרגלית אפלבוים – ניצה הולצמן, תקדין עבודה 2002(3) 223.

250 ראו זכויות נשים בהריון ולידה, לעיל הערה 248, בעמ' 96–98.

251 כבג"צ איתנה ניב, לעיל הערה 109, בסעיפים 44 ו-47 לפס"ד של השופט חשין ראו אסמכתאות שם. במקרה הנדון נתנה הערכה כספית מדויקת של 200 מליון ש"ח, בהתחשב ב-800 נשים שפרשו. השופט חשין טוען כי בהערכות כספיות אלו מודה למעשה הקופה בהפליית נשים לרעה. ניתן לטעון כנגד גישה זו, כי גם התחשבות ברווחת כלל הציבור תביא לתוצאה של מניעת הפליה, כי רוב הציבור יעדיף מצב בו אין הפליה או כי המשאבים מחולקים באופן יותר שוויוני.

252 M. Kelman "Market Discrimination and Groups" 53 *Stan. L. Rev.* 833, pp. 834–837, 840–845.

253 בפרשת דנה שני, לעיל הערה 32, דחה הנשיא אדלר נימוקים המסתמכים על קשיים כלכליים וצמצומים כבסיס לפיטורי אישה בהריון. המסקנה עשויה לעלות בקנה אחד עם משנתו של המלומד קלמן, בדבר איסור "הפליה פשוטה", שם, שם.

כספים לקבוצת הגברים, דווקא, ומונע אותם מקבוצת הנשים. נדבך בסיסי בתורתו של רולס הוא עקרון השוויון, והוא עובר כחוט השני לאורך כל פרקי משנתו. עקרון השוויון הופך להיות עקרון על משפטי בשיטת המשפט השונות. לעקרון השוויון יש השפעה מכרעת בדיני עבודה. נכרת מגמה של שימוש הולך וגובר בעקרון השוויון, המחליף חוקי הגנה ספציפיים, להגנה על השכר ותנאי העבודה של קבוצות עובדים שונות. מגמות של הכרה בעקרון השוויון כעקרון על ופסיקה לטובת המופלה לרעה, בולטת בפסקי הדין במדינות הים. התפתחויות אלו בחקיקה ובפסיקה בנושא שוויון והפליה, בולטות במיוחד בסוגית ההפליה נגד נשים. סעיף 119 לאמנת השוק המשותף, קובע את עקרון השוויון בעבודה בין נשים לגברים. סעיף זה הוביל לחקיקה ולפסיקה רבה בנושא זה, שהשפיעה על המצב המשפטי במדינות החברות בשוק המשותף²⁵⁴. הנושאים העולים לסדר היום דומים לנושאים שעלו בפסיקה בישראל: שכר ותנאי עבודה, העסקת נשים בהריון, גיל פרישה לפנסיה וכיוצ"ב²⁵⁵. בארה"ב נושא השוויון בעבודה, הינו המקור החשוב ביותר למשפט העבודה האינדוידואלי²⁵⁶, אם כי מנקודת מבט ליבראלית של שוויון²⁵⁷.

254 בבריטניה, לדוגמא, עקרונות שוויוניים מתפתחים הן לאור חקיקה מקומית והן לאור השפעות חקיקת השוק המשותף ועקרון התחולה הישירה. סקירה לגבי שוויון בעבודה בבריטניה ראו Labour Law לעיל הערה 60, בעמ' 37–672. *G. Pitt Employment Law* (London, 2000). 672–37. *Labour Law Discrimination Law* 27–78, *Maternity Rights* 159–171, *Parental Leave* 162–175, *Equal Pay* 191–215, בתחום הפנסיה ראו *Pension Act 1995* בעקבות החלטת בית-הדין הארופי לצדק *Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group* (1990) IRLR 240 C-262/88 והשוואת זכויות לעובדים זמניים בעקבות החלטת *House of Lords R. v. Secretary of State for Employment* (1994) IRLR 176 *for Employment Equal Opportunitities Commisssion* בעקבות חקיקה של השוק המשותף.

לסקירה לגבי שוויון בין נשים וגברים בעבודה בדיני השוק המשותף בנושאים: שכר שווה, יחס שווה, עבודת נשים, זכויות נשים בזמן הריון ולידה, והתפתחויות עתידיות ראו: E. Ellis *EC Sex Equality Law* (Oxford, 1998); R. Blanpain *European Labour Law* (Hauge, Seventh Revised Edition, 2000) *Equal treatment for men and woman* 291–339, *Parental Leave* 361–365, *Protection on Motherhood* 340–343; C. Barnard *EC Employment Law* *Labour* (Oxford, 2000) *Equality Law* 197–283. לסקירה בנושא שוויון בעבודה בגרמניה ראו *Law in Germany לעיל הערה 61, בעמ' 81, 112–113.*

255 שם, שם.

256 לסקירה על עקרון השוויון בעבודה בארה"ב, לרבות על EEOC, זכויות בעת הריון ולידה והטרדה מינית ראו: B.W. Wolkinson & R. N. Block *Employment Law — The Workplace Rights of Employees and Employers* (U.S.A., 1996) 7–176.

257 לדיון בנושא שוויון והפליה בעבודה בדין בארה"ב, המהווה חלק נכבד מדיני העבודה שם, ראו P. Hardin *The Developing Labour Law* (Third Edition, Chicago, 1992) 185–287; C. T. Hexter, J. T. Neighbours, J. E. Higgins *The Developing Labour Law — 1999 Comulative Supplement* (Third Edition, Chicago, 1999) 101–132; B. Lindemann D.D. *Kadue Sexual Harassment in Employment Law* (Washington, 1992, Fifth Print 1998).

הפסיקה שנסקרה, על הקשיים המשפטיים שנדונו לעיל, עשויה למצוא הצדקה מוסרית בתיאורית הצדק של רולס. הפליה הינה כלל פסול, שאינו עולה בקנה אחד עם כללים הנקבעים במצב ההתחלי של שוויון והוגנות. הפליה מנוגדת לשני העקרונות שיתקבלו, לדעת רולס, והם: הזכות השווה של כל אדם למכלול הנרחב של חירויות יסוד וכן הזדמנות שווה לכל, תוך עידוד הקבוצה המקופחת והחלשה יותר בחברה. דא עקא, הן בעתירה לבית-הדין האזורי בענין איתנה ניב והן בערעור לבית-הדין הארצי, ראה בית-הדין לעבודה את מעשה ההפליה האסורה, אך בחר להעדיף נימוקים תועלתניים ופרקטיים אחרים על פני עקרונות רולסיאניים. זו אינה הפעם הראשונה בה הדיון בנושא הפליה, מוטה, בבית-הדין לעבודה, לטובת טעמים אחרים. דוגמא לכך היא הלגיטימציה שבית-הדין מעניק להסכמים קיבוציים, שזכו לכינוי, "הסכמי דור ב'", הגם שתנאי הסכמים אלו מפלים לרעה את תנאי העבודה של העובדים החדשים לעומת הותיקים.²⁵⁸

5. חופש העיסוק

תניות אי תחרות בין עובד למעביד שכיחות בחוזי עבודה בישראל. תניות אלו מגבילות העובד מלהתחרות במעבידו. התניות יכולות להיות מוגבלות בזמן, למשך תקופת העבודה ובמשך תקופה מסוימת לאחר סיומה. הן יכולות להיות מוגבלות לאזור גיאוגרפי מסוים או לסוגי עיסוק מסוימים.²⁵⁹ ניתן למצוא תניות אי תחרות גם ביחסים מסחריים כגון בין בעלי מניות²⁶⁰, בין חברות²⁶¹ וכיוצא ב.

- השוו EEOC v. Sears Price Waterhouse v. Ann Hopkins 490 U.S. 228 (1989) ו-Roebuck & Co., 628 F. Supp. 1264 (1986).
- 258 ראו לדוגמא ס"ק 1218/01 (אזורי ת"א) הסתדרות העובדים הכללית החדשה וועד עובדי עיריית הרצליה — עיריית הרצליה ומרכז השלטון המקומי (לא פורסם) תקדין עבודה 2002 (3), 115, שם נדונו הסכמי דור ב' מול הסכמי דור א' למצילים.
- 259 ד' גילה "לקראת מדיניות חדשה כלפי תניות אי תחרות" עיוני משפט כג (שנה) 63.
- 260 ראו, לדוגמא: ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, דינים עליון, כרך נז, 360. בפסק הדין ניתן תוקף לתניית אי תחרות למשך 3 שנים, שנטל על עצמו בעל מניות, עת מכר מניותיו, בתמורה. בית משפט קבע: "ההגבלה שנטל על עצמו המערער לא היתה כלולה בחוזה עבודה. היא פועל יוצא של שותפות עסקית. חזקת חוסר השוויון הבסיסי שבין כוחו של העובד לבין כוחו של המעסיק לא קמה כאן. המערער קיבל תמורה מיוחדת בגין התחייבותו לא להתחרות בשותפיו". שם, בסעיף 13 לפסק הדין.
- 261 ע"א 6222/97 טבעול נ' משרד הבטחון ושף הים, פ"ד נב (3) 145, ודנ"א 4465/98 טבעול נ' שף הים ומדינת ישראל, פ"ד נו (1) 56 (להלן — "עניין טבעול"). בפסקי דין אלו קבע בית-המשפט כי תניית אי תחרות בין חברת טבעול לשף הים מהווה "הסדר כובל" פסול לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. יש לשים לב כי בפסק דין ה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין מחוזי 99 (2) 3988 ובה"פ (נצ') 854/84 תבור נ' עמיעד, פ"מ ה(3) 221, 227, נקבע כי הגדרת הסדר כובל בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים — אינה חלה על יחסים בין עובד למעביד, כיוון שאלו אינם נחשבים למי שמנהלים עסקים.

בשנים האחרונות, ניתנו מספר פסקי דין חדשניים בסוגית תקפות תנית אי תחרות בין עובד למעבידו. הכוונה לפסק דין צ'קפוינט ופסק דין סער, שנתנו, בהתאמה, על ידי נשיא בית-הדין הארצי לעבודה ונשיא בית-המשפט העליון²⁶². בעקבות פסקי דין אלו, נתנו בבית-הדין לעבודה, פסקי דין רבים ובהם פסק דין סופר פארם, פסק דין אירוקה, פסק דין נגב, ועוד²⁶³. פסקי דין אלו קבעו כי כנקודת מוצא תנית אי תחרות, הבאה אך ורק להגביל עובד מלהתחרות במעבידו – בטלה²⁶⁴. לפיכך, לא ינתנו סעדים (כגון צו מניעה או פיצויים) כנגד העובד שנהג בניגוד לתניה. פסקי דין אלו שינו²⁶⁵ את ההלכה הקודמת²⁶⁶. פסקי הדין היוו ועודם מהווים נקודת תפנית משמעותית ביותר בנושא תנית אי תחרות בין עובד. הלכות פסוקות אלו מהוות דוגמא לתפקיד בית-המשפט בעיצוב נורמות ראויות וצודקות לצדק חברתי חלוקתי, בהתאם למשנתו של ג'ון רולס, המקדמות את חירויות הפרט, ומאפשרות הזדמנות נאותה לצד החלש. ההלכות מיישמות פסיקה אנטי פורמאליסטית, המושתתת על תכליתית ומטרות חברתיות. מאז ניתן פסק דין צ'קפוינט השתרוו הלכות אלו היטב בבתי-הדין לעבודה. בתי-הדין, למעט במקרים חריגים, אינם אוכפים תניות אי תחרות "עירומוט" שחתמו

262 פס"ד צ'קפוינט, לעיל הערה 26; ע"א AES SYSTEM INC 6601/96 ובמברגר רוזנהיים נ' משה סער, פ"ד נד (3) 850 (להלן – פס"ד סער).

263 פס"ד סופר פארם, לעיל הערה 56, פס"ד אירוקה, לעיל הערה 152; ע"ע 353/99 נגב פרויקטים – גדעון סמו, עבודה ארצי, כרך לג(9), 24 (להלן – "פס"ד נגב"); וראו פסקי דין נוספים להלן.

264 בהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, לפיו "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

265 "כאמור, פסק הדין החדש...מציע גישה שונה, המחזירה את מיקוד הזכות לחופש העיסוק אל העובדים", א' גרוס "כיצד היתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית? בנפתולי חופש העיסוק" עיוני משפט כג (1) 229 (להלן – גרוס) בע' 249-250. ואולם, יש הגורסים אחרת. ראו דעתו של פרופ' דויטש כי "בית-המשפט העליון קבע בענין סער מדיניות מתונה יותר...ביחס לתוקפן של הגבלות עיסוק. הוא לא אימץ את הגרעין הקשה של הלכת צ'קפוינט". מ' דויטש "תניות הגבלת עיסוק-האמנם סוף הדרך?" דין וחשבון, גלובס, ביום 26/9/00. לעניות דעתי, הרציונאל בבסיס שני פסק הדין דומה. הרעיון המשותף הוא כי תנית תחרות הבאה למנוע תחרות לכשעצמה, מבלי שמתקיים סייג כלשהו – בטלה. השם שניתן בפסק דין סער למקרים, בהתקיים אפשר שבית משפט יתן תוקף לתניה, הוא "אינטרסים לגיטימיים" של המעביד ובפסק דין צ'קפוינט – "סייגים". בכל מקרה אין מדובר ברשימה סגורה.

266 עד אז הניחו בתי המשפט, בסוגיות אלו, כי כנקודת מוצא תנית אי התחרות תקפה, וכי יש לערוך איזון בין עקרון קדושת החוזים ואינטרס השמירה על קניינו של המעביד לבין חופש העיסוק. במרבית המקרים התוצאה היתה בחינה מחודשת של סבירות תנית אי התחרות, משכה והיקפה. ראו פד"ע נג/3-7 טוני טועמה – טכנו גומי ליסצקי בע"מ, פד"ע כה 227; בג"צ 1683/93 יבין פלסט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פד"י מז(4) 702. ע"א 155/80 רב בריח בע"מ נ' אמגר, פד"י לה(1) 817; ע"א 80/79 אורבך נ' י.מ.ש איילין ניהול והשקעות בע"מ, פד"י לד(1) 125; ע"א 566/77 דיקר – מוך, פד"י לב(2) 141, 144; נב/1048 שפי אריזות בע"מ – מדי, פד"ע כה(ה) 12; ע"א 2600/90 עלית – סרנגה, פד"י מט(5) 769, 810.

עובדים כלפי המעבידים²⁶⁷. בתי-הדין אינם נוטים להעניק צווי מניעה, המונעים מעובדים, מלהתפרנס ממשלח ידם. במילים אחרות, בתי-הדין אינם מונעים לרוב מעובדים את עצם פתיחת העסק החדש או המעבר למקום עבודה המתחרה במעביד²⁶⁸.

267 במקרים בהם ניתנו צווים זמניים חלקיים על ידי בתי-הדין האזוריים, שינה בית-הדין הארצי את ההחלטה בהליך ערעור או עיכב ביצועה עד להחלטה בערעור תוך מתיחת ביקורת נוקבת על החלטת בימ"ש קמא. ראו פס"ד סופר-פארם ופס"ד אריה נצר, לעיל הערה 265.

268 רע"א 6673/00 (עליון) עדית סוכנות לביטוח – בני לב, תקדין עליון 2000 (3) (ניתן ביום 31/10/2002) שם נדחתה בקשת רשות ערעור על אי מתן צו מניעה זמני נגד סוכן ביטוח בתחום המוניות לגבי פניה ללקוחות המערערת; פס"ד הר זהב, לעיל הערה 26; ע"ע 1206/01 ויקטוריה גליקמן – חווה שטיינפלד, תקדין ארצי 2002 (2) 228 (ניתן ביום 27/5/2002), שם נקבע כי המעסיק לא הוכיח אינטרס לגיטימי לבד מאינטרס ערום של אי רצון לתחרות. כן נקבע כי העובדת למדה בעבר קורסים על גידול וספרות כלבים וכי הידע שנרכש אצל המעסיקה הפך לחלק מכישוריה; 228; בש"א 6132/01 (ת"א) ח.ג. סחר בינלאומי – גרינבוך ואח', תקדין ארצי 2002 (2) 602 (ניתן ביום 15/5/2002), שם נדחתה בקשה לצו זמני המגביל חופש העיסוק של העובד, כיוון שלא הוכח סוד מסחרי או חריג אחר; ע"ע 1182/00 אזוט – אטיה, תקדין ארצי 2002 (1), 82 (ניתן ביום 8/1/2002), שם נדחה ערעור על אי מתן צו מניעה המגביל עיסוק (להלן – "פס"ד אזוט"); בר"ע 1378/01 משכילון – חלילי, תקדין ארצי 2001 (3) 468 (ניתן ביום 5/9/2001) שם נדחתה בקשת רשות ערעור על אי מתן צו מניעה נגד עובד; ע"ב (אזורי ים) 1098/00 שירותי ישראלי לרישום נכסים לובל את לייב – אלי בוטון, תקדין עבודה 2001 (2), 993 (ניתן ביום 24/10/2001) נקבע כי אין ליתן תוקף לסעיף המגביל תחרות, שקבע כי העובד לא יהיה רשאי לעסוק בירושלים וסביבתה בתיווך מקרקעין, עליו חתם המתווך (להלן – "פס"ד שירותי ישראלי לרישום"); ע"ב (אזורי ת"א) 2117/01 ברברמן א.ס.א. ייצור מזון מוקפא – וינקור, ואח' תקדין ארצי 2001 (1) 14083 (ניתן ביום 15/3/2001), שם לא הוכרו שיטות ייצור מזון קפוא כסוד מסחרי אולם ניתנה תמורה מיוחדת בגין תקופת הצינון, אשר הצדיקה צו מניעה זמני האוסר על מכירה של מזון קפוא לרשימת לקוחות (להלן – "פס"ד א.ס.א."); בש"א (מחוזי חי') 1144/00 אונקל הנדסה בטיחות – יגאל גניאל, תקדין מחוזי 2000 (3), 119, שם נקבע בטלות תנית אי תחרות "כל תוכנה של ההגבלה היא מניעת תחרות והכבדה על ציבור הלקוחות בכוח. האיזון המתבקש נוטה כולו לצד חופש העיסוק" סעיף 15 לפס"ד; ת"א (מחוזי חי') 297/00 אונקל הנדסה בטיחות – גניאל, תקדין מחוזי 2000 (2) 9482; ע"ע 1181/00 גיא – טנקו אינטרנשיונל, תקדין ארצי 2000 (3) 1 (ניתן ביום 22/8/2000) שם בוטל על ידי בית-הדין הארצי צו מניעה שניתן באזורי לגבי קשרים עם חמישה לקוחות; פס"ד סופר פארם, לעיל הערה 56; ע"ע 353/99 (ארצי) נגב פרויקטים – סמו (ניתן ביום 14/6/00 מפי השופט י. אליאסוף); בש"א (אזורי ת"א) 100890/00 פינות קפה – ויטובסקי (טרם פורסם) (ניתן ביום 27/6/00 מפי השופטת ורדה סמט); בש"א (אזורי ת"א) 002426/00 שמשון ומגדל – כץ (טרם פורסם) (ניתן ביום 17/5/00 מפי השופטת מיכל לויט); עב (אזורי ב"ש) 1160/00 ג'סקו – גלאון (טרם פורסם) (ניתן ביום 3/5/00 מפי השופט כליף); עב (אזורי ב"ש) 1199/00 בש"א 1687/00 עמיצור ביצוע משימות בע"מ – יוסף לוי, פר"ע לה קצג; בש"א (אזורי ת"א) 202423/99 תוכנה ועוד – איזונברג (טרם פורסם) (ניתן ביום 24/1/00 מפי השופטת מיכל לויט) (להלן – "פס"ד תוכנה ועוד"); בש"א (ארצי) 1035/00 אריה נצר – אס. ג'י. די. הנדסה, בע"מ עבודה ארצי כרך לג(24), 23 (ניתן ביום 31/3/00); בר"ע 230/99 (ארצי) שנאר תקשורת בע"מ – אילת אורון, עבודה ארצי כרך לב(1) 176 (ניתן ביום 16/6/00); עס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – צים חברת השייט, תקדין ארצי 2000 (2) 384; בש"א (אזורי ת"א) 2976/00 אוטופרו – ארבל, תקדין עבודה 2000

בית-הדין גם אינו נותן תוקף לסעיפים הקובעים פיצוי כספי מוסכם במקרה שתופר תניית אי התחרות²⁶⁹.

בכחמישה מקרים בלבד, מתוך יותר מארבעים דיונים, קבע בית-הדין כי התקיימו נסיבות, שכוננו בפסיקה "סייגים" או "אינטרס לגיטימי" של המעביד, לפיהן יתן צו נגד העובד. בכל המקרים היו אלו סייגים שנקבעו בפס"ד המנחה הוא פס"ד צ'קפוינט. במקרים אלו, הגם שבית-הדין לא הגביל את עצם העיסוק, הכיר בית-הדין ב"סוד מסחרי", ב"תמורה מיוחדת" וב"הפרת חובת אמון במהלך העבודה" כסייגים המצדיקים מתן תוקף מצומצם לסעיף אי תחרות²⁷⁰.

(2), 7096, דחיית בקשה לסעד זמני לגבי מינוי כונס נכסים בעקבות שימוש בסודות מסחריים; בש"א (אזורי ב"ש) קיבוץ חצור – יוסף, תקדין עבודה 99 (3), 27 דחיית בקשה למתן צו זמני נגד עובד; בש"א 100121/00 א.ש.א. – בנימין יחזקאל, תקדין עבודה 2000 (1) 4470 (ניתן ביום 15/2/2002) דחיית בקשה לסעד זמני האסור על המשיב מלהתקשר עם לקוחות המעסיקה לשעבר ו/או לעשות שימוש בסוד מסחרי; בר"ע 541/99 סחר מזון – ארזן, תקדין ארצי 2000 (1) 80, אי מתן רשות ערעור על דחיית בקשה לצו מניעה זמני נגד עובד; בש"א (אזורי י"ם) 1109/99 שאקו לנד – רוכמן, תקדין עבודה 99 (3), 483 דחיית בקשת צו מניעה מתוך תחושת נקמנות מעביד נבגד; עב' (אזורי נצ') 1763/99 השמירה בע"מ – כהן ואח', תקדין עבודה 99 (3), 58 אין די בחוסר תום לב של עובד שהסתיר תכניות ממעביד כדי להצדיק הגבלת תחרות (להלן – פס"ד השמירה); תב"ע 911054/99 דיימונד מערכות – אסף שדה, תקדין עבודה 99 (3) 6300, דחיית בקשה לצו מניעה זמני להגבלת עיסוק נגד עובד; עב' (אזורי ת"א) 301972/96 דיוק תעשיות – יורם בור, תקדין עבודה 99 (2), 858 נקבע כי העובד, לשעבר, לא הפר התחייבותו כשעבר לחברה המתחרה ולכן אין לחייבו בפיצוי. יצוין כי במהלך התביעה ניתן צו מניעה נגד העובד המגביל עיסוקו; ע"ב (אזורי ת"א) 30167/97 תקשורת זום לצילום – קלבנסקי, תקדין עבודה 99 (2), 2249 התובעת לא הוכיחה טענותיה בדבר הפרת הסכם או נזקים; ע"ב (אזורי י"ם) 300371/97 קודקוד 1 ברשת – לביארי, תקדין עבודה 99 (1) 7223 התניות המגבילות תחרות בחוזה העבודה בטלות ודין בקשות לצווי מניעה זמניים להדחות. סעיף 13 לפס"ד שירותי ישראלי לרישום, לעיל הערה 270.

269 עב (אזורי ת"א) 4588/02 גירית בע"מ – אביב ואח', תקדין עבודה 2003 (2) 284, בש"א 270 (אזורי ת"א) 3308/02 גירית בע"מ – אביב ואח', תקדין עבודה 2002 (2) 740, ניתן צו מניעה לששה חודשים, שהיוו את מחצית התקופה האמורה בתניית אי התחרות החוזית, בשל הפרת חובת אמון במהלך העבודה. בפסק-הדין ניהלו העובדים משא ומתן עם נציגי סוכנות מחו"ל, שעבדה עם המעבידה הקודמת, להקמת עסק עצמאי משלהם שיעבוד עם הסוכנות, במקביל לניהול משא ומתן עם גורם בכיר מטעם המעבידה הקודמת להקמת עסק משותף; ע"ב (אזורי י"ם) 1906/98 גמאטרוניק תעשיות – קלמן, תקדין עבודה 2002 (1), 122 (ניתן ביום 5/2/2002), שם נקבע כי רשימת לקוחות היא סוד מסחרי, אשר הפגיעה בו על ידי עובד עשויה לחייב העובד בתשלום נזקי המעביד; ע"ב (אזורי ת"א) 2117/01 מיכאל ברברמן א.ס.א. ייצור מזון מוקפא – וינוקור ואח', תקדין ארצי 2001 (1) 14083 (ניתן ביום 15/3/2001), שם ניתן צו מניעה זמני האוסר על מכירה של מזון קפוא לרשימת לקוחות, בשל תמורה מיוחדת; בש"א (אזורי ת"א) 201658/99 טלכלל – גרבר, תקדין עבודה 00 (3), 6211 (ניתן ביום 25/11/1999) ניתן צו מניעה נגד עובד למשך 6 חודשים; ראו סעיפים 13–16 לפסק דין אירוקה, לעיל הערה 152. יצוין כי בשלושה מתוך חמשת המקרים מדובר בפסיקת בית-הדין האזורי שלא הוגש לגביה ערעור לבית-הדין הארצי.

מגמה זו של ביטול או צמצום תחולתה של תנית אי תחרות בין עובד למעביד קימת גם בשיטות הזרות²⁷¹.

בטלות תניות אי תחרות "ערומות" עולה בקנה אחד, לדעתנו, עם תורת הצדק הרולסיאנית מהטעמים הבאים: תניית אי תחרות נכפית על העובד בתנאי אי שוויון, לו היה המעביד יודע כי התנייה תחול עליו – לא היה מסכים לה, התניה חוסמת חירויות הפרט והיא אינה שוויונית במהותה. יצוין כי מכל הנושאים שהועלו, רולס התיחס, כאמור, במישרין בכתביו לחופש לאייש משרות.

ד. סיכום ומבט לעתיד

נראה, לאור הסקירה, כי מן הראוי היה כי בית-הדין יביא בעתיד הצדקה תיאורטית לפסיקתו, תוך עיגונה בתיאוריה מוסרית. במאמר הצעתנו את תיאורית הצדק של רולס כבסיס להצדקה כזו. ההצדקה מאפשרת חיזוק האמון והלגיטימיות של הציבור הרחב, לרבות ציבור המעבידים, כלפי בית-הדין לעבודה. הצדקה תיאורטית זו, מעניקה בסיס לתחושת וודאות, בטחון, וחוסמת הטענה כי הפסיקה עושה עוול לציבור מסוים. תיאורית הצדק של רולס שמה דגש על כך שאילו היו המעבידים עצמם צריכים להחליט, מתוך שוויון והוגנות, הם היו מגיעים לאותן החלטות של בית-הדין לעבודה. יתרה מכך. הצדקה מוסרית ראויה גורמת להחזרת נורמות התנהגות ראויות והכחדת פוסים שליליים. תקוותנו היא כי פסיקת בית-הדין לעבודה תהא נתמכת בהצדקות ראויות, שיביאו, בסופו של דבר, לשינוי התנהגותי מהותי בשוק העבודה.

271 בן-ישראל – דיני עבודה, לעיל הערה 129, כרך ב', ע' 807, וההפניות שם; ראו לדוגמא, בגרמניה מכוח הוראות The Code of Commerce sections 74–75f, יש מגבלות על תנית אי תחרות, המגבילה עובד לאחר סיום עבודתו, זו חייבת להיות בכתב, תקופת ההגבלה המקסימלית לא תעלה על שנתיים, והמעביד צריך לשלם לעובד בתקופה זו סכום שלא יפחת מהאמור בחוק ביחס למשכורת העובד, התניה תהא בתוקף רק אם המעביד יראה אינטרס לגיטימי ואם בנסיבות לא נגרם לעובד חסרון בלתי סביר. ראו Labour Law in Germany, *supra* note 61, at pp. 120. ובבריטניה: "a contract term which purports to restrict competition is *prima facie* void". ראו Labour Law, *supra* note 60, at pp. 342–353.