

## בתי הדין לעבודה: עבר, הווה, עתיד

פרופ' גיא דוידוב, האוניברסיטה העברית בירושלים

הרצאה במכללת ספיר, 10 בנואר 2020

### ההצדקות למערכת שיפוט נפרדת

מדוע הוקמו בתי הדין לעבודה? או באופן כללי יותר, מדוע צריך מערכת שיפוטית נפרדת לדיני עבודה, כפי שיש גם במדינות רבות אחרות? או אם לדייק יותר, מערכת נפרדת לכל התחום הסוציאלי של עבודה, ביטוח לאומי וביטוח בריאות, שאלה התחומים שבסמכות בתי הדין לעבודה אצלנו?

יש כמה סיבות לכך. הראשונה היא פיתוח הדין בתחום שדורש מומחיות מיוחדת, ויש שוני משמעותי בינו לבין תחומי משפט אחרים שנדונים בבתי המשפט הרגילים. תשאלו אולי מה כל כך מיוחד בדיני עבודה, הרי בתי המשפט הכלליים עוסקים במגוון מאד רחב של תחומי משפט. בעיני השוני הבסיסי הוא בכך שבמערכת האזרחית הרגילה, בתי המשפט אוכפים חוזים באופן יום-יומי, על בסיס הבנה שהחובה משקף את הרצון החופשי של הצדדים ומבטא הסכמה מלאה שלהם. ואילו ביחסים בין עובד למעסיק, הנחת המוצא הזו אינה מדויקת. פערי הכוחות והנחיתות המובנית של העובד מחייבים ספקנות רבה לגבי החובה, ולעיתים קרובות התעלמות ממנו, לטובת סטנדרטים שנקבעו בחקיקה או בהסכמים קיבוציים או פותחו על-ידי בית הדין עצמו. השוני הזה הוא יסודי, כי החובה והגשמת הרצון של הצדדים עומדים בבסיס המשפט הפרטי, ואילו בדיני עבודה מתחייבת תפיסה שונה לגמרי.

סיבה שניה להקמת מערכת נפרדת היא סיוע לצדדים בפתרון סכסוכי עבודה – בעיקר במישור הקיבוצי – לא רק בהיבט המשפטי אלא גם בהתייחס לסכסוכים כלכליים. יחסי עבודה הם יחסים ארוכי טווח ונמשכים. לא מדובר בעסקה חד-פעמית. הם גם יחסים מאד אישיים, לא מדובר רק בכסף אלא גם בהגשמה עצמית וברגשות. באופן אופטימלי, אנחנו רוצים להביא את הסכסוך לסיום, לא רק במונח של קביעת צד מנצח, אלא במונח של פתרון צופה פני עתיד, במיוחד אם היחסים עוד נמשכים. ובמשפט הקיבוצי, שעוסק ביחסים בין ארגון העובדים לבין המעסיק, היחסים כמעט תמיד נמשכים. אחת המטרות של בתי הדין לעבודה היא לסייע לצדדים לפתור את הסכסוך, גם זה שאינו משפטי. אם מעסיק, למשל, מבקש צו מניעה כנגד שביתה, בית הדין בדרך כלל ינסה לעזור לצדדים לפתור את הסכסוך שהוביל לשביתה, ולא רק לתת תשובה נקודתית לשאלה המשפטית לגבי בקשת צו המניעה.

סיבה שלישית למערכת ייחודית לענייני עבודה ורווחה היא יצירת מערכת שתוכל להכריע במהירות בסכסוכים דחופים ותבטיח נגישות לעובדים וכן למבוטחי ביטוח לאומי גם כאשר אינם מיוצגים. בסכסוכים קיבוציים, שבהם יש שביתות שגורמות נזק למעסיק ולציבור, חייבים הכרעה מהירה. כשמדובר בשכר שלא שולם, במיוחד לעובדים בשכר נמוך, גם כן חייבים לתת להם סעד מהיר. ויש הכרח במערכת שתוכל לשמוע את העובדים ולתת להם סיכוי גם אם הם לא מיוצגים, כי רבים לא יוכלו לעמוד בעלויות הגבוהות של עורכי דין. כך גם לגבי מי שתובע את הביטוח הלאומי כי לא קיבל קצבה כזו או אחרת. מי שהיה פעם בבית משפט שלום יודע שבלי עורך דין אין סיכוי שמישהו בכלל יקשיב לך. זה מאד שונה בבתי הדין לעבודה. יש פחות הקפדה על סדרי דין ופרוצדורות, האגרות נמוכות יותר, והנכונות להקשיב ולעזור לתובע להסביר את עצמו ולמקד את תביעתו במונחים משפטיים גבוהה בהרבה.

מבחינה מוסדית, מערכת בתי דין ייחודית מאפשרת ליצור מומחיות של השופטים בכל שלושת ההיבטים שהזכרתי: פיתוח הדין בתחומים של עבודה ורווחה, פתרון סכסוכי עבודה לא רק משפטיים אלא גם כלכליים ורגשיים לטווח ארוך, ופיתוח רגישות ונגישות לתובעים לא מיוצגים. כל זה אפשרי רק אם השופטים מתמקדים בתחומים הספציפיים בלבד, במסגרת מערכת מתמחה.

אחד הכלים שמבחינה מוסדית אמור לסייע להשגת המטרות האלה הוא השילוב של נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה. זהו למעשה אחד המאפיינים המרכזיים שמבדילים בין בתי המשפט הרגילים לבתי הדין. בבתי הדין האזוריים, לצד כל שופט מקצועי יושבים בהרכב נציג עובדים ונציג מעסיקים. ובבית הדין הארצי, שעוסק בעיקר בערעורים, יושבים שלושה שופטים מקצועיים ולצידם נציג עובדים ונציג מעסיקים. נציגי הציבור האלה אינם מייצגים את העובד או המעסיק בתיק הספציפי, כמובן, ואינם מחויבים לתמוך בעמדתם. בעת שהם יושבים בדין, הם נחשבים כשופטים לכל דבר, ומחויבים לפסוק באובייקטיביות וללא משוא פנים. אבל הם לא משפטים, ואינם עושים זאת במשרה מלאה. הם ממונים לפי המלצות של ארגוני עובדים וארגוני מעסיקים, מגיעים פעם בשבועיים או אפילו פחות, ואינם מתיימרים להכיר את הדין על בוריו. המחשבה היא שהם מביאים תועלת בכך שהם מייצגים את "השטח" ומביאים ידע "מהשטח". השיתוף שלהם אמור לסייע בפיתוח הדין באופן שרגיש למציאות, אמור לסייע לשופטים לפסוק תוך הבנה מעמיקה יותר של הסיטואציה מבחינת יחסי עבודה. הם אמורים גם לסייע בזכות הניסיון שלהם ביחסי עבודה לפתור את הסכסוך עצמו ולא רק להכריע בסוגיה המשפטית, בין השאר בזכות העובדה שנוכחותם מקנה לבית הדין לגיטימציה בקרב הצדדים, בעיקר בסכסוכים קיבוציים. והם אמורים גם להפוך את בית הדין לנגיש יותר, כי הם יכולים לדבר עם העובדים בשפתם ולא בשפה משפטית.

השאלה היא, האם כל המטרות היפות האלה של שילוב נציגי ציבור מתממשות. קשה לדעת, כי המערכת נמנעת לצערי מלחקור את הנושא, וסירבה לאפשר מחקר חיצוני. ממחקר שעשיתי לפני כמה שנים עם רעות בגס עלה, שעורכי הדין וכן התובעים והנתבעים לא רואים תועלת בנציגי הציבור. מה שלא ידוע זה עד כמה הם תורמים, אם בכלל, בהתייעצויות מאחורי הקלעים.

#### פיתוח הדין

דיברתי בקצרה על המבנה המוסדי, אבל אני רוצה להקדיש את מרבית הזמן כדי לבחון כיצד בתי הדין לעבודה פיתחו את הדין בתחום התמחותם. לצורך זה בחרתי כמה סוגיות מרכזיות מבין הנושאים שבת הדין עוסק בהם. לגבי כל אחת מהסוגיות, המטרה שלי תהיה לבחון את ההתפתחות של הדין לאורך הזמן, מהעבר להווה, וגם עם מבט מסוים לעתיד, במובן של הצפי לגבי סוגיות חדשות שמתעוררות. אבקש לראות, באיזו מידה בית הדין מפתח את הדין, ובפרט מתאים אותו למציאות המשתנה באופן שיבטיח את הגשמת התכליות של דיני העבודה. התאמה מתמשכת של הדין ופיתוח שלו כדי להתמודד עם בעיות חדשות מחייבת מומחיות, יצירתיות, וגם אומץ וביטחון עצמי שמבוססים על ידע והיכרות עם המציאות בשטח. זה בעיני המבחן האמיתי של בית הדין והמדד המרכזי לבחון את הצלחתו.

#### מיהו עובד

נתחיל בסוגיה הכי בסיסית: ההבחנה בין עובד לבין קבלן עצמאי. עובד זכאי, ככלל, לכל הזכויות של דיני העבודה, קבלן לא זכאי לשום זכויות. ההבחנה הזו מובילה הרבה מעסיקים לניסיון להתחמק מחובותיהם על-ידי הגדרת עובדים כקבלנים. כדי להתמודד עם נסיונות התחמקות אלה, נקבע מימים ימימה בפסיקה, בארץ ובכל העולם, שהגדרת הצדדים בחוזה אינה קובעת. פותחו מבחנים, שלפיהם השופטים קובעים אם מדובר בעובד שזכאי לזכויות דיני העבודה או קבלן.

קודם להקמת בתי הדין לעבודה, תביעות של עובדים הגיעו למערכת הרגילה, וההלכות נקבעו על-ידי בית המשפט העליון. בהקשר הנוכחי בית המשפט אימץ מבחן של שליטה ופיקוח: כשהמועסק נמצא תחת שליטה ופיקוח של המעסיק, מדובר בעובד, אך בהעדר מאפיינים אלה, מדובר בקבלן. המבחן הזה, שנהג בעבר בעוד מדינות, הגיע למעשה מדיני הנזיקין. ברור מדוע הוא מועיל כדי לקבוע, אם מעסיק צריך לשאת באחריות שילוחית על נזק שגרם עובד. אם המעסיק יכול לפקח ולשלוט על מעשי העובד, הגיוני שהוא גם יישא באחריות אם העובד גורם נזק לצד שלישי. אבל לצורך דיני עבודה המבחן הזה לעיתים קרובות אינו מתאים. אמנם רוב העובדים נמצאים תחת פיקוח שוטף של המעסיק. אבל לא כולם. והשאלה היא, האם זה הכרחי לצורך השאלה אם ראוי להחיל הגנות כמו שכר מינימום, או חוק שעות עבודה ומנוחה, או זכות לפיצויי פיטורים, או הזכות להצטרף לארגון עובדים, וכיוצא בזה.

סמוך לאחר העברת הנושא לסמכות בתי הדין לעבודה, שופטי המערכת החדשה הפגינו את היכולת שלהם להתמחות בתחום ופיתחו מבחן חדש. בפסק דין בשם בירגר נ' עיריית נתניה, מ-1973, בית הדין הארצי התבסס על הדין באנגליה ובגרמניה ואימץ את מבחן ההשתלבות, שמתמקד בשאלה אם העובד משתלב מבחינה ארגונית במקום העבודה, ואם אין לו מאפיינים של עסק עצמאי. בהמשך בית הדין פיתח בהדרגה שורה של מבחני עזר, למשל השאלה אם המועסק נושא בסיכון להפסד ובסיכוי לרווח, במסגרת המאפיינים של עסק עצמאי. כיום המבחן נקרא המבחן המעורב, והוא כולל במרכזו את מבחן ההשתלבות, עם עוד שורה ארוכה של מבחני עזר. ב-1973 לא השתמשו במונח פרשנות תכליתית, אבל מה שבית הדין עשה בפרשת בירגר זה בפירושו זה: פיתוח פרשנות של המונח "עובד" באמצעות מבחן חדש, שנועד להגשים בצורה טובה יותר את התכלית של דיני העבודה. להחיל את ההגנות של הדין גם על עובדים שלא נמצאים תחת פיקוח ישיר של המעסיק, מסיבות שונות.

יש כמה סיבות מוסדיות שיכולות להסביר כיצד בסמוך לאחר הקמת בתי הדין לעבודה השתנה הדין בסוגיה זו. ראשית, מרבית השופטים שממונים למערכת החדשה באים עם ניסיון קודם בתחום. לדוגמא, צבי בר-ניב, הנשיא הראשון של בית הדין הארצי לעבודה שגם כתב את פסק דין בירגר, היה יועץ משפטי של ההסתדרות, ולאחר מכן של משרד העבודה, והיה פעיל בארגון העבודה הבינלאומי, ואפילו כתב כמה ספרים בתחום של דיני עבודה. ברור שלאדם כזה היתה היכרות קרובה בהרבה עם התחום – עם האתגרים שלו ועם ההתפתחויות בעולם בתחום זה – מאשר לשופטי המערכת הכללית.

שנית, בבתי הדין לעבודה סוגיות כמו ההבחנה בין עובד לקבלן מגיעות באופן כמעט יום-יומי. לעומת זאת הסיכוי שתיק בנושא הזה יגיע כל הדרך עד בית המשפט העליון, עם כל העלויות שכרוכות בזה, הוא קלוש. הערכאות הנמוכות, שלום ומחוזי, בוודאי לא יעמיקו מספיק בתחום "נישה" כזה כדי לפתח את הדין. וגם במקרה הנדיר שבו תיק מגיע עד לעליון, זה דורש מהם הרבה לימוד, והם לא יכולים בכל תיק להעמיק במשפט השוואתי וכולי. לכן זה לא מפתיע, שפסיקת העליון בשנות השישים שימרה את מבחן הפיקוח והשליטה, למרות שמבחן ההשתלבות כבר נהג באנגליה ובגרמניה שנים רבות קודם לכן. כלומר ההתפתחות של הדין הרבה יותר מהירה בזכות המערכת העצמאית, וזה חשוב במיוחד בתחום כמו דיני עבודה שהוא דינמי מטבעו, בגלל השינויים בשוק העבודה.

שלישית, אפשר לקוות שגם נציגי הציבור, לפחות בהתייעצות מאחורי הקלעים, מביאים את הידע שלהם מהשטח, ובדוגמא הזו אולי סייעו לבית הדין להבין שיש תופעה שכוחה של התחמקות מדיני העבודה, ושהמבחן הישן אינו מספק כדי להתמודד איתה.

אז לכאורה בסוגיה הזו אפשר לראות הצלחה גדולה של בתי הדין לעבודה, בפיתוח מבחן חדש שמגשים טוב יותר את התכלית. אבל יש לי גם ביקורת. כבר הרבה שנים שבית הדין לא שאל את עצמו אם צריך לשפר את המבחן הזה. כמובן, בנושא שמגיע לבית הדין באופן כה שכית, לא צריך להמציא את הגלגל כל פעם מחדש. אבל גם לא הגיוני שחולפים עשורים מבלי שבוחנים מחדש אם התכלית עדיין מתקיימת, מה קורה במשפט השוואתי, מה קורה בספרות האקדמית. האשם הוא גם בעורכי הדין שצריכים להביא את כל החומר הזה בפני בית הדין, ולא עושים זאת. אני רוצה לתת שתי דוגמאות לאופן שבו המבחן המעורב שנוהג כיום זקוק לריענון.

ראשית, עוד בפרשת בירגר נאמר שלהשתלבות שאותה מחפשים יש שני היבטים: השתלבות של העובד עצמו במערך הארגוני, והשתלבות של התפקיד כחלק מהפעילות הרגילה של מקום העבודה. כתבתי הרבה על התכלית של דיני העבודה. לעיתים מתארים אותה כהתמודדות עם אי-שוויון בכוח המיקוח. בעיני מדויק יותר להגיד שדיני העבודה באים להתמודד עם נחיתות של העובדים ביחסים מול המעסיק במובן של חסר דמוקרטי וכן של תלות במידה מסוימת ביחסים, הן במובן הכלכלי והן במובן של הגשמת צרכים אישיים וחברתיים. כדי לזהות את הקבוצה של מועסקים שנמצאים בנחיתות כזו, וזקוקים להגנה של דיני העבודה, זה בהחלט רלבנטי לבדוק אם העובד עצמו משולב במערך הארגוני, אם הוא כפוף להוראות ולכללים של ההיררכיה הארגונית. מצד שני, מדוע זה רלבנטי לבדוק אם **התפקיד** משולב בפעילות הרגילה של מקום העבודה? המבחן הזה פורש לעיתים בפסיקה כמפריד בין הליבה של הפעילות שהכרחית לעסק לבין תפקידים שנתפסים כפריפריאליים לפעילות המרכזית. למשל, בפסק דין חדש יחסית בשם סלקום נ' אליאגוייב, שליח שעבד בשביל סלקום ובשבילה בלבד במשך שנים לא הוכר כעובד, ולא נהנה מזכויות של עובד, בין השאר בגלל ששליחויות לא נתפסו כחלק מהליבה של פעילות החברה – תוצאה שנראית לי מאד בעייתית.

ההשתלבות של התפקיד, להבדיל מהעובד עצמו, כלל לא רלבנטית לשאלה אם העובד זקוק להגנה של דיני העבודה או לא. דוגמא נוספת היא פסק דין חדש של בית הדין האזורי בתל אביב, בשם בן ציון ירושלמי, שעסק באדם שעבד בהפצה של עיתון ידיעות אחרונות. במשך 42 שנה זו היתה כל העבודה שלו, לא היו לו שום לקוחות נוספים או עבודות אחרות. למרות זאת תביעתו להכרה כ"עובד" נדחתה, בין השאר מהטעם התמוה ש"מפעלה של הנתבעת הוא הוצאתם לאור של עיתונים. עבודת החלוקה היא עבודה נלווית ונספחת לעבודה זו, ואינה חלק אינטגרלי מפעילותו." מעבר לעובדה שאין קיום לעסק של הוצאה לאור אם הוא לא מפיץ את מה שהוא מוציא לאור, לא ברור מה זה קשור לצורך בהגנה של דיני העבודה.

דוגמא שניה למרכיב בעייתי במבחן הנוהג כיום להבחנה בין עובד לקבלן נוגעת לאופן הדיווח לרשויות המס. זה אחד ממבחני העזר בפסיקה. לא אפרט מקוצר זמן, אבל אני חושב שאם אדם פתח תיק של עצמאי במס הכנסה, זה יכול להיות לפי דרישה של המעסיק, וזה לא אומר לנו אם הוא באמת עצמאי או לא.

אם בית הדין היה בוחן מחדש את המבחנים מעת לעת, כולל בחינה של ההתפתחויות בעולם ובספרות האקדמית, לשם כך הוא היה נדרש לדיון בתכליות של דיני העבודה, ובכך גם מזכיר לעצמו את התכליות. אני מאמין שכתוצאה מכך, גם אם לא היו משנים את המבחנים, עצם החשיבה המחודשת על התכליות היתה מסייעת לפסיקה להתמקד במהות ולא להפוך לפורמליסטית.

לגבי העתיד, שאלה שמאתגרת כבר ערכאות שיפוטיות ברחבי העולם, ותגיע ודאי גם אלינו, היא כיצד לסווג עובדי פלטפורמה, כלומר אנשים שמקבלים עבודות באמצעות אפליקציה כלשהי. מצד אחד, לגורם שמפעיל את האפליקציה, כמו למשל חברת אובר, יש הרבה שליטה, למשל על גובה התשלום של הלקוחות. מצד שני, יש הרבה גמישות לעובדים האלה, הם משתמשים ברכב הפרטי שלהם, ויכולים במידה רבה להחליט לבד כמה לעבוד ומתי. בכמה מדינות כבר נפסק, בינתיים בערכאות נמוכות, שנהגי אובר הם עובדים ולא קבלנים כפי שהחברה טוענת. אני סבור שאלה פסיקות נכונות. מבלי להיכנס לדיון מפורט, אגיד רק שהמפתח גם במקרה זה הוא לשאול מהי התכלית של דיני העבודה ולהחליט על מי הם צריכים לחול לפי זה. המציאות בשטח משתנה, יש כל הזמן צורות העסקה חדשות, וטכנולוגיות חדשות, ושינויים מקרו-כלכליים. כל אלה מחייבים התאמה של הדין. אבל התכלית היא גורם קבוע. הסיבה שאנחנו צריכים דיני עבודה ושעובדים זקוקים להגנה מול המעסיק לא השתנתה. גם לפני מאה שנה התכלית היתה זהה.

### מיהו מעסיק

סוגיה שניה שאני רוצה להזכיר כדי לבחון את האופן שבו בתי הדין לעבודה מפתחים את הדין היא שאלת מיהו המעסיק. לכאורה זו תמונת מראה של השאלה מיהו עובד: אם הוחלט שאדם הוא עובד ולא קבלן, אז מי ששוכר את שירותיו הוא מעסיק, שחייב בכל החובות של מעסיק לפי דיני העבודה. אבל סוגיית מיהו המעסיק מתעוררת בפסיקה באופן שונה: כאשר ברור שאדם הוא עובד, אבל יש שני גורמים שונים שיכולים להיחשב המעסיק שלו, והשאלה מי מביניהם חייב בחובות של דיני העבודה. זה, למשל, המצב כאשר עובדים מועסקים דרך חברות כוח-אדם, או דרך חברות קבלן, כמו בתחומי הניקיון והשמירה. במקרים כאלה בית הדין צריך להכריע אם להטיל אחריות של מעסיק גם על המזמין שמשמש בעבודה.

גם כאן, התמונה שמתגלה היא בבסיסה מרשימה, פיתוח של הדין באופן שרגיש לתכליות של דיני העבודה ומנסה להגשים אותן, ועם זאת גם מעורר בהקשרים מסוימים ביקורת. בפסק-דין בשם כפר רות בית הדין פיתח שורה של מבחנים להכריע מיהו המעסיק האמיתי; בפסק דין בשם מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי פותח הרעיון של מעסיקים במשותף, שלפיו אפשר להטיל אחריות ביחד ולחוד על חברת הקבלן ועל המזמין; ובפסק דין בשם חסידים בית הדין מבהיר בצורה הכי ברורה, שמבחן העל הוא שלא לאפשר התחמקות מדיני העבודה, לא לאפשר הסדרים משפטיים פיקטיביים שלא משקפים את המציאות האמיתית של היחסים. כל המרכיבים האלה הם פיתוח קריטי של הדין, שרגיש למציאות בשטח ולצורך בהגשמת התכלית של דיני העבודה ומתמקד במהות ולא בהסדרים פורמליים שהמזמין של העבודה יכול להכתיב. ויש הרבה פסקי דין שבהם בית הדין גם מיישם זאת באופן שמונע התחמקות של מעסיקים מאחריות.

אבל ביישום של הדין היו גם, בעיני לפחות, כשלונות משמעותיים. אזכיר שתי דוגמאות. בפסק דין בשם דברת שוואב נ' משרד החקלאות, התובעת עבדה ביחידה לחקר שווקים במשרד החקלאות. כל העובדים ביחידה הזו, למעט מנהל היחידה, הועסקו דרך חברות קבלן מתחלפות. החברות האלה לא עשו שום דבר

מהותי חוץ מלשמש צינור להעברת התשלום לעובדים, שמבחינה מהותית לא היו שונים מעובדים אחרים במשרד החקלאות. ובאמת אחרי כמה שנים של עבודה, דברת שוואב ביקשה מבית הדין הכרה כעובדת של המדינה, כדי לקבל את הזכויות שנובעות מכך. נשיא בית הדין הארצי באותה עת, סטיב אדלר, עמד על השיקולים של המדינה להעסקה עקיפה כזו, כמו לחסוך כסף ולהשיג יותר גמישות ניהולית, אבל במקום לחשוף את הפיקציה הוא רואה את השיקולים האלה כלגיטימיים. כדי לספק הגנה מינימלית לעובדת הוא מפתח רעיון חדש של אחריות שיורית. המזמין, במקרה הזה משרד החקלאות, יישא באחריות כלפי העובדת רק אם חברת הקבלן לא עומדת בחובותיה. כלומר אם חברת הקבלן לא משלמת לדברת שוואב שכר מינימום, היא תוכל לבוא בטענות גם למדינה ולא רק לחברה. אבל היא לא זכאית, לפי הגישה הזו, לזכויות של עובדי מדינה, שהן כמובן מעבר למינימום שמשלמת חברת הקבלן. זו דוגמא בוטה לאופן שבו הפסיקה מאפשרת לפעמים למעסיקים להתחמק מאחריות, באופן שחותר תחת התכלית של דיני העבודה.

דוגמא שניה נוגעת לעובדי ניקיון. בפסק-דין של בית הדין האזורי בתל אביב בשם קלודט צגיר נ' בנק לאומי, דובר בעובדת שמשך 17 שנים עבדה באותו סניף של בנק לאומי, בניקיון וגם בהכנת קפה לשיבות ומשימות מזדמנות נוספות. היא הועסקה דרך חברות קבלן. אני מתקשה לראות איזושהי סיבה שתצדיק את ההעסקה העקיפה במקרה כזה. מדוע שבנק לאומי לא יישא באחריות של מעסיק כלפי אותה עובדת, שכל עבודתה, משך שנים ארוכות, היא רק עבור בנק לאומי? אבל בית הדין לא הסתכל על המהות במקרה הזה. נאמר שזה לגיטימי לעשות מיקור חוץ לעבודות ניקיון, ושאת המטלות הנוספות מלבד ניקיון העובדת עשתה כטובה אישית לעובדות בנק שביקשו זאת ממנה, עמן נוצרו לה יחסים אישיים. התביעה שלה לקבל איזושהו ביטחון תעסוקתי, וגם שכר קצת יותר גבוה מהמינימום, כעובדת של הבנק, נדחתה – למרות שבהסתכלות מהותית ותכליתית נראה לי ברור שהיא למעשה שימשה עובדת של הבנק לכל דבר ועניין.

#### הגבלת חופש העיסוק

הנושא הבא שבו אני רוצה לבחון את פיתוח הדין על-ידי בית הדין לעבודה על ציר הזמן, הוא הגבלת חופש העיסוק בחוזה עבודה. הכוונה היא לסעיפים בחוזה עבודה שלפיהם העובד מסכים שלאחר סיום היחסים הוא לא יעבוד אצל מתחרה, ולא יקים בעצמו עסק מתחרה, למשך תקופה מסוימת. מאחר שזה סכסוך שעילתו מתעוררת רק לאחר סיום היחסים, בהתחלה הנושא לא היה בסמכות בתי הדין לעבודה, כי הסמכות הוגדרה בחוק בית הדין לעבודה באופן שכולל רק עילות תביעה שנוגעות לתקופת יחסי העבודה עצמם. אבל ב-1990 הועבר הנושא לסמכות בתי הדין לעבודה. אגב, זו מגמה שהמשיכה בהקשרים שונים לאורך כל השנים. למיטב ידיעתי לא היה שום מקרה שבו המחוקק הוציא נושא מסוים מסמכות בית הדין, אבל היו כמה וכמה מקרים שבהם הרחיבו את הסמכות והוסיפו עוד עניינים לבית הדין. מה שמלמד שגם המחוקק סבור שבית הדין הוא המקום המתאים לפיתוח הדין והכרעה בסכסוכים בכל מה שקשור ליחסי עבודה ולרווחה.

בהקשר של הגבלת חופש העיסוק, מתעוררות שאלות גם של דיני התחרות, אבל מאחר שההקשר הוא של יחסי עבודה, הועבר הנושא כאמור לסמכות בית הדין. ומיד לאחר מכן אפשר לראות פיתוח מואץ של הדין, שלפני כן קפא על שמריו. קודם להעברת הסמכות, הדין כפי שנקבע על-ידי בית המשפט העליון היה שסעיפי הגבלת עיסוק מותרים אבל רק במידה שבה הם סבירים. הגבלה שחורגת מהסביר מבחינת היקפה, מנוגדת לתקנת הציבור ולא יינתן לה תוקף, אלא אם תצומצם להיקף שנתפס על ידי בית המשפט כסביר. זה היה הדין משך שנים ארוכות, ומאותן סיבות מוסדיות שהזכרתי קודם, הוא לא ממש התפתח.

בשנות התשעים, מיד לאחר שבית הדין קיבל לידי את הסמכות בנושא, נקבעו כמה הלכות חשובות. ראשית, בפרשה בשם טוני טועמה הובהר, כי המגבלות שלא להתחרות במעסיק יכולות לחול גם ללא סעיף מפורש בחוזה, וזאת כנובע מחובת תום-הלב המוגברת שיש בין הצדדים ליחסי עבודה. מנגד, בית הדין הכיר בחשיבות של חופש העיסוק מבחינת העובד, וצמצם בהדרגה את מה שנתפס כהגבלה סבירה. בפסיקת בית המשפט העליון הכירו גם במגבלות של שלוש שנים כסבירות. בית הדין צמצם זאת בתחילה לשנתיים, באמצע שנות התשעים לשנה, ובפסק דין בשם פרומר נ' צ'ק פוינט משנת 1999, הפך את ברירת המחדל, ולמעשה קבע שאין הצדקה להגבלת חופש העיסוק אפילו לזמן קצר אלא אם המעסיק יכול להצביע על סיבה מיוחדת לכך. ובית הדין מפרט כמה סיבות כאלה, שלא אוכל מקוצר זמן לדון בהן כאן.

אפשר להזכיר שלוש התפתחויות שהיו את הרקע למהפך הזה בפסק דין צ'ק פוינט. האחת היא קבלת חוק יסוד חופש העיסוק, כמה שנים קודם לכן, שחיזקה את ההכרה בחשיבות של הזכות הזו, כלומר החופש של כל אדם לבחור במה יעסוק ואיפה יעבוד, שנפגע כתוצאה מסעיפי הגבלת עיסוק. שנית, בשנות התשעים נוצרה נורמה בקרב מעסיקים שהכניסו סעיפי הגבלת עיסוק בכל חוזה עבודה, גם לעובדים זוטרים במפעל. המטרה של המעסיקים היתה פשוט ליצור הפחדה ולמנוע מעובדים לעזוב, כל עוד המעסיק רוצה אותם – כלומר להגביר עוד יותר את הכוח של המעסיק ביחסים. בית הדין מזהה את זה כי כבית דין מתמחה הוא קרוב לשטח, גם באמצעות נציגי הציבור, גם דרך ההיכרות שלו עם כל הגורמים הפעילים בתחום יחסי העבודה, גם דרך התיקים הפרטניים שמגיעים אליו כל הזמן. התפתחות שלישית היתה ההצלחה הגדולה של עמק הסיליקון בקליפורניה, שקשרו אותה בין השאר לכך שבקליפורניה סירבו לאכוף סעיפי הגבלת עיסוק, כלומר נתנו לעובדים יד חופשית כמעט לגמרי לעבור ממקום למקום, להקים עסקים מתחרים ולהפיץ את הידע שלהם על ידי מעבר למעסיקים אחרים. כלומר, הסתבר שהחשש שמעסיקים לא ישקיעו בעובדים ללא ההגנה של סעיפי הגבלת עיסוק, וזה יפגע בכלכלה, התגלה כמוגזם. גם את זה בית הדין מבין בזכות ההתמחות שלו. ההיבט הזה מדגיש את החשיבות בכך שהשופטים ישתתפו בכנסים, גם בחו"ל, ובאופן כללי יקפידו להתעדכן בהתפתחויות במדינות אחרות וכן בספרות האקדמית.

### שעות עבודה ומנוחה

הנושא הבא שאני רוצה להתייחס אליו הוא חוק שעות עבודה ומנוחה, שמסדיר את המגבלה על שעות העבודה, כדי להבטיח שלכולנו תהיה גם מנוחה, וקובע תעריף של גמול שעות נוספות כשעובדים יותר. התעריף המוגדל אמור לפצות אותנו על עבודה מעבר ליום העבודה הרגיל, וגם ליצור תמריץ שלילי למעסיק, שלא יעסיק אותנו יותר מדי. הרבה מהפסיקה של בית הדין התמקדה בשתי שאלות. ראשית, מי מוחרג מהחוק, כלומר על איזה סוגי עובדים ההגנות האלה בכלל לא חלות; ושנית, עד כמה ישנה גמישות לעובד, כאשר החוק חל, להסכים להסדרים לפיהם הוא יעבוד יותר.

החוק עצמו מסדיר את הנושאים האלה באופן נוקשה למדי. הוא קובע רשימה של חריגים לחוק, אבל זו רשימה סגורה ומצומצמת. והוא אוסר על קביעת שכר שכולל כבר את גמול השעות הנוספות. לזה צריך לצרף את העובדה, שחוקי עבודה בכללותם – שמכונים גם חוקי מגן – הם קוגנטיים, כלומר שלא ניתן לוותר על הזכויות שהם מקנים. אם עובד חותם שהוא מוכן לוותר על זכות כלשהי, אין לזה תוקף. יש לכך כמה סיבות. ראשית, המחוקק מפקפק, ובצדק, בכל ויתור כזה. ההנחה היא שברוב המקרים העובדים רוצים את הזכויות שהחוק מקנה להם, ומסכימים לוותר תחת לחץ של המעסיק ולא מרצון חופשי אמיתי. שנית, גם באותם מקרים יוצאי דופן שבהם הויתור הוא מרצון חופשי, יש לעתים קרובות מקום לפטרנליזם, כי אולי העובד בטעות חושב רק על הטווח הקצר ומקבל החלטות לא רציונליות. תחשבו למשל על עובד שמוותר על הזכות להפרשות לפנסיה, תמורת תוספת שכר קטנה בטווח הקצר. שלישית, אם עובדים יוכלו לוותר על זכויות, זה יגרור את כל שוק העבודה למטה, כלומר ייצור מירוץ לתחתית, שבו יש ציפייה מצד המעסיקים שכל העובדים יוותרו, כי אם הם יכולים להעסיק מישהו ללא הזכויות שנקבעו בחוק, כלומר יותר בזול, הם יצפו מכולם להסכים לעבוד יותר בזול כדי להתקבל לעבודה. התוצאה תהיה שמהר מאוד יכפו את הויתור הזה גם על מי שלא באמת רוצים בו. לכן העיקרון של הקוגנטיות, העובדה שלא ניתן לוותר על זכויות מדיניות העבודה, הוא עקרון יסודי וחשוב מאוד. ובהקשר של שעות עבודה ומנוחה, הוא אומר שאנחנו לא יכולים להסכים לעבוד ללא מגבלת שעות או להסכים שלא לקבל גמול שעות נוספות על כל שעה שמעבר ליום העבודה הרגיל.

מה עושים אם המציאות בשטח לא תואמת את החוק, במובן שיש נורמה מקובלת, בענפים מסוימים, לעבוד הרבה יותר שעות ממה שהחוק מתיר? אני רוצה להזכיר שתי דוגמאות מרכזיות לכך ולבחון את האופן שבו הפסיקה התמודדה איתן.

הדוגמה הראשונה היא עובדי סיעוד זרים, שמטפלים בקשישים ובאחרים שנוזקים לטיפול, וגרים בבית המטופל. במקרים האלה בדרך כלל הם מחויבים לעבודה הרבה יותר שעות מיום עבודה רגיל, והיו הרבה תביעות של עובדי סיעוד לאחר סיום העבודה לגמול שעות נוספות. המעסיקים טענו שהחוק לא חל כי קשה לפקח ויש אמון אישי, אבל רוב השופטים בבית הדין סירבו לקבל זאת. התכליות של חוק שעות עבודה ומנוחה – להבטיח שלעובדים יהיה גם זמן פנאי, למנוע ניצול, למנוע פגיעה בבריאות שלהם בגלל עבודת יתר – מתקיימות גם לגבי עובדי סיעוד זרים. הקושי הוא מה נחשב לשעות עבודה, אם הם כל הזמן בסוג של

כוננות, אבל לא כל הזמן עובדים, ואם מקום המגורים שלהם הוא גם מקום העבודה. פסיקת רוב השופטים בבית הדין קבעה, שצריך להביא בחשבון רק שעות עבודה אקטיביות יותר, כלומר למרות שהעובד לא חופשי לצאת בלילה לישון במקום אחר, זה לא ייחשב כשעות עבודה. ושצריך לחשב את השעות הנוספות לפי מתכונת העבודה של העובד בדרך כלל, כלומר למרות שלא ניתן לרשום את השעות בצורה מדויקת, אפשר להסתפק בהערכה לפי מתכונת רגילה.

המקרה הזה הוא דוגמא טובה לתופעה רחבה יותר, שהיא אוזלת היד של המחוקק בתחום העבודה. שוב ושוב אנחנו נתקלים במקרים שבהם המחוקק שותק גם כאשר יש בעיה ידועה, ונמנע מלהגיב להתפתחויות כמו צורות העסקה חדשות או ירידה בשיעור ההתאגדות. כך גם במקרה הזה: אופטימלית היה נכון אילו המחוקק היה קובע הסדר לגבי שעות עבודה במצבים של ערבוב עבודה עם מנוחה, וגם באופן ספציפי יותר למצבים של עובדי סיעוד שגרים בבית המטופל. חוסר המעש של המחוקק מחייב את בתי הדין למלא את החסר, ובהקשר הזה הם בהחלט נענו לאתגר, וקבעו את ההסדר שתיארת, שהוא מעין הסדר ביניים בין מה שדרשו המטופלים המעסיקים לבין מה שדרשו העובדים.

הסוגיה הספציפית הזו הגיעה גם לבג"צ, בפרשה בשם גלוטן, שבה נפסק בדיון נוסף שהחוק "אינו מתאים" לעובדי סיעוד זרים, ולכן אינו חל. כלומר, באופן אבסורדי, בית המשפט העליון קובע שבגלל שמפירים את החוק באופן שיטתי בענף הזה, אז הוא פוטר את המעסיקים מהחובה לציית לחוק הזה בכלל. זה פתרון מאד תמוה, שפוגע קשות בזכויות של קבוצת עובדים מאד חלשה. שופטי דעת הרוב בבג"צ קראו למחוקק להתערב ולייצר פתרון, אבל זו נאיביות במקרה הטוב, ולעג לרש במקרה הרע, שהרי העובדים הזרים כלל אינם מצביעים, ואין שום סיבה להניח שהמחוקק יתעורר לפעולה ויתערב לטובתם. ואכן חלף כבר עשור מאז פסק הדין הראשון של בג"צ בנושא, עם הקריאות הנרגשות למחוקק לפעול, ובאופן לא מפתיע לא קרה שום דבר, מלבד ההתפתחות הצפויה שהיא העמקת הניצול של העובדים הזרים. זו דוגמא לאופן שבו התערבות של בג"צ, שאין לו את המומחיות בתחום העבודה, הפריעה והזיקה.

דוגמא שניה לאי התאמה של חוק שעות עבודה ומנוחה למציאות הנוהגת נוגעת לענף ההיי-טק, שבו מקובל לעבוד הרבה מאד שעות. כמובן שהתכליות של החוק חלות גם על עובדי ההיי-טק: גם הם זקוקים לשעות פנאי, לשעות עם הילדים שלהם, למנוחה, להגנה מפני ניצול במובן של העסקת יתר, להגנה על הבריאות שלהם. העובדה שהמשכורות בענף הזה גבוהות לא משנה את הצורך בהגנה על העובדים במישור של שעות העבודה. אבל משום מה, בשורה של פסקי דין בית הדין הארצי איפשר לקיים את התרבות הזו של שעות עבודה מופרזות. ראשית, בפסק דין בשם דוד אלון, משנת 1984, נקבע שלמרות האיסור בחוק לקבוע שכר שכולל כבר את גמול השעות הנוספות, אין מניעה לפצל את השכר לשכר בסיס + שעות נוספות גלובליות. ובפסיקה מהעת האחרונה, למשל בעניין אוריאל ברד, ההרכב הנוכחי של בית הדין מחזק את המגמה הזו וקובע שגם אם בפועל אדם עובד יותר שעות נוספות ממה שהגמול הגלובלי מכסה, יבדקו ממוצע על פני מספר חודשים ולא כל חודש בנפרד, כפי שהחוק למעשה דורש. לצד זאת, בעת האחרונה השופטים מגלים נכונות גוברת להחריג עובדים לחלוטין מתחולת החוק, אם הם מרוויחים שכר גבוה. למשל, בפרשה בשם גבריאל עטיאס, אדם שעבד כמנהל מוסך ברשת של מספר מוסכים הוחרג מגדר החוק, בין השאר בגלל ששכרו היה גבוה יחסית. ויש עוד דוגמאות רבות לכך.

המשמעות היא שלמרות החוק הקשיח יחסית שנועד להבטיח מגבלה על שעות העבודה, ולשמור על חיים מחוץ לעבודה, בית הדין מגמיש את החוק ומאפשר תרבות של עבודה ללא הפסקה, על בסיס הנחה שעובדים בשכר גבוה יכולים לדאוג לעצמם ולא זקוקים להגנה. למעשה אפשר לראות גם בכך דוגמא לאופן שבו בית הדין מפתח את הדין, בזכות המומחיות שלו כערכאה מתמחה, בהתאם למציאות החדשה. אלא שלדעתי במקרה הזה הפיתוח אינו מקדם את התכליות של הדין אלא סותר אותן.

אנחנו נמצאים עכשיו בעידן שבו הטכנולוגיה מאפשרת לעבודה להיכנס לחיים הפרטיים שלנו ולרדוף אחרינו בכל שעה ובכל מקום. אפשר לתת לחוק הקיים פרשנות שמונעת את זה, או לפחות מצמצמת את זה, בכך שמעסיקים יחויבו לנהל רישום גם של שעות עבודה מהבית ודרך הטלפון, כולל זמני עבודה קצרים של כמה דקות כל פעם, ולשלם גמול שעות נוספות בגין זה **מעבר** לשכר הרגיל. אבל הכיוון שבית הדין לקח בינתיים הוא הפוך, ובעיני בעיית.

הנושא הבא שאני רוצה לדבר עליו נוגע להתאגדות של עובדים ולשבייתה. בישראל כמו ברוב העולם יש שתי דרכים מקבילות שבהן הדין מגן על עובדים. האחת היא קביעת סטנדרטים מינימליים דרך חוקי מגן, כמו חוק שכר מינימום, שעות עבודה ומנוחה, פיצויי פיטורים, הגנת השכר ועוד. החוקים האלה מתערבים בחוזה העבודה באופן שקובע רף תחתון לתנאי ההסכם, שמתחתיו אי אפשר לרדת. הדרך השנייה היא לאפשר לעובדים להתאגד בארגוני עובדים, לנהל משא ומתן קיבוצי מול המעסיק, ולהשיג כך תנאים טובים יותר, כולל הגנה כנגד פיטורים שרירותיים, שכר טוב יותר וכו'. זכות ההתאגדות נחשבת בכל העולם כזכות יסוד חוקתית, בעלת חשיבות מיוחדת בהקשר של עובדים. זכות השבייתה נתפסת כנגזרת מזכות ההתאגדות, כי לא ניתן לממש באופן אפקטיבי את ההתאגדות ללא האפשרות לשבות.

עד סוף שנות השמונים, רוב מכריע של העובדים בישראל היו מאוגדים בהסתדרות הכללית, וההסתדרות בהתאם נהנתה מכוח רב. היא לא נזקקה לעזרה של המשפט כדי להגן על הזכות של עובדים להתאגד. אבל בעשורים האחרונים חלה ירידה דרמטית בשיעור ההתאגדות, בישראל כמו במדינות רבות נוספות. למעשה אצלנו היא היתה דרמטית במיוחד, בין השאר בגלל חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ב-1995, שהפריד את קופת חולים כללית מההסתדרות. לכך הצטרפה התנגדות של מעסיקים, שהתחילו להילחם בהתאגדות ולעשות כל מאמץ למנוע אותה. בהקשר הזה פיתוח הדין על-ידי בית הדין הארצי היה מרשים במיוחד. אני אזכיר שתי נקודות ציון מרכזיות בהתפתחות הזו. הראשונה היא פס"ד מפעלי תחנות מ-1996, שבו נדונו פיטורים של שני עובדים פעילים בהתארגנות חדשה, שנבחרו לוועד העובדים, ונקבע שהם פוטרו בגלל הפעילות הזו. באותה תקופה נהגה הלכה של בית המשפט העליון, שלפיה חוזה עבודה אינו ניתן לאכיפה. אם יש הפרה, כמו פיטורים שלא כדין, הסעד המתאים הוא פיצויים. היו לכך חריגים, אבל הם לא היו רלבנטיים כאן. בית הדין הבין שסעד של פיצויים לא יספיק. עובדים שיראו שמי שהוביל את ההתאגדות פוטר, לא יעזו יותר להתאגד, והמאמץ של המעסיק לפגוע בזכות ההתאגדות יצלח. כדי למנוע זאת, בית הדין הופך את ההלכה הקודמת של בית המשפט העליון, ומורה על החזרת העובדים שפוטרו לעבודה.

נקודת הציון השנייה היא פס"ד פלאפון מ-2013. הרקע הוא פתיחת שוק הסלולר לתחרות על-ידי שר התקשורת כחלון, וכתוצאה מכך יש צפי לפיטורים המוניים של עובדים בענף. העובדים רוצים להיערך, לצמצם את הנזק מבחינתם ככל האפשר. לשם כך הם מבקשים להצטרף להסתדרות. פלאפון מתנגדת באופן נחרץ להתאגדות ונלחמת ככל יכולתה, כולל באמצעות מנהלים שדורשים מעובדים לחתום שהם מבטלים הצטרפות להסתדרות, ועוד כל מיני דרכים נלוזות. ההסתדרות מבקשת עזרה מבית הדין. באותה תקופה כבר יש שורה של כללים שפותחו בפסיקה או מופיעים בחוק, שנועדו להבטיח את זכות ההתאגדות. אבל בפועל הם לא עוזרים, כי קשה מאוד לאכוף אותם. בית הדין מחליט לנקוט בצעד מרחיק לכת, וקובע כלל גורף שלפיו אסור למעסיק להביע שום עמדה בנושא התאגדות העובדים. קביעת קו גבול כזה נוקשה מסייעת מאוד לאכיפה, כי לא ניתן יהיה לומר על כל מיני צעדים שהם בטעות או שחשבנו שזה מותר. מעכשיו הכל אסור, כשמדובר בנסיונות של המעסיק למנוע התאגדות.

פס"ד פלאפון זכה לביקורת חריפה מאד מצד מעסיקים וארגוני מעסיקים, שטענו לפגיעה בחופש הביטוי שלהם, אבל אושר גם בבג"צ, ויש לו תוצאות בולטות בשטח: מאז פסק הדין, הירידה בשיעור ההתאגדות נבלמה, והתחילו התאגדויות בענפים חדשים כמו חברות הסלולר, ביטוח, פיננסים ואפילו קצת היי-טק. בית הדין ראוי לשבח, בעיני, על כך שלא היסס לגלות אקטיביזם ולפסוק בנחרצות, כדי להגשים את התכלית של דיני העבודה. זכות ההתאגדות היא מרכיב קריטי בדיני העבודה, ובמציאות החדשה שנוצרה, צריך היה לעבות את ההגנה כדי שהיא תמשיך להיות אפקטיבית. בתקופות קודמות בעבר לא נדרש צעד כזה מרחיק לכת, וייתכן שבעתיד זה שוב לא יידרש ויהיה מקום לשנות את ההלכה, אבל בעת הנוכחית, פס"ד פלאפון עשה את מה שצריך כדי להגן על האפשרות האפקטיבית להתאגד.

באופן דומה לכך ראוי גם להזכיר את הפסיקה בנושא שביטות מעין פוליטיות. בפסיקה של בית המשפט העליון משנות השמונים, בעניין חטיב, נקבע ששביטות זכות להגנה של דיני העבודה רק אם הן חלק ממאבק של עובדים כנגד מעסיק בנושא של תנאי עבודה. שביטה שמופנית כנגד הריבון היא שביטה פוליטית, שאינה "שביטה" במשמעות של דיני העבודה. בפרשת בזק משנת 1995, בג"ץ הוסיף כלל, שלפיו כאשר המחוקק או הממשלה נוקטים בצעד שיש לו השלכה משמעותית על תנאי העבודה, שביטה כנגד צעד כזה תיחשב "מעין פוליטית", ואז מותרת שביטת מחאה קצרה של כמה שעות. בשנים שחלפו מאז, בית הדין, בעל המומחיות



בנושא של יחסי עבודה ושבתות, הבין ששבתה שידוע מראש שתוגבל לכמה שעות היא חסרת משמעות. היא לא תוכל להיות אפקטיבית. ובמקביל נהיה ברור, שהמחוקק והממשלה מתערבים מאד בקביעת תנאי העבודה במגזר הציבורי, כך שאיסור על שבתה כנגד צעדים שלהם יסכל לחלוטין את זכות השבתה של העובדים, וכתוצאה מכך גם את האפקטיביות של ההתאגדות. שתי התובנות האלה הובילו את בית הדין להרחיב משמעותית את השבתות שהוכרו כ"מעין פוליטיות" – להבדיל מפוליטיות – ולכן מותרות, וגם להאריך משמעותית את הזמן המותר לשבתות כאלה, מבלי להגביל אותו לתקופה קבועה מראש.

כל הצעדים האלה בהקשר של שבתות מעין פוליטיות הם דוגמא מצוינת לאופן שבו בית הדין התאים את הדין למציאות המשתנה, כדי להבטיח את הגשמת התכליות של דיני העבודה.

מבחינת האתגרים העכשוויים והעתידיים, בהקשר של התארגנות עובדים ושבתות, ראוי להזכיר את הנושא של חלופות לארגוני עובדים רגילים, למשל ארגוני זכויות שבהקשרים מסוימים ממלאים חסר היכן שאין ארגון עובדים, והשאלה תהיה אם להכיר בהם כמובנים מסוימים; תובענות ייצוגיות שמהוות סוג של תחליף לייצוג קבוצת עובדים בהעדר ארגון פעיל, ובית הדין מתחבט עד כמה לתת להן מקום; ושבתות חלקיות שבהן העובדים ממשיכים לעבוד אבל מוצאים דרך לסכל את הפעילות של המעסיק ולהפעיל עליו לחץ בדרך אחרת, והשאלה היא באיזו מידה לאפשר להם זאת.

### שוויון בעבודה

לפני סיום אגיד כמה מילים קצרות על פיתוח הדין בנושא של שוויון בעבודה. בניגוד לתחומים האחרים שהזכרתי, שבהם אפשר לראות אוזלת יד מתמשכת של המחוקק, כאן דווקא קיימת פעלתנות רבה של המחוקק. יש שורה של חוקים – כמו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, חוק עבודת נשים, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועוד – ובכל החוקים האלה, למרות שהם יחסית חדשים, יש הרבה תיקונים, תמיד בכיוון של חיזוק ההגנה וחיזוק יכולת האכיפה.

בשורה של פסקי דין בית הדין הוסיף על כך הרחבות נוספות בדרך של פרשנות. אזכיר במהירות כמה דוגמאות מני רבות. אף שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה חל רק על מעסיק עם שישה עובדים ומעלה, בפסיקה החילו את עיקרון השוויון גם על מעסיקים קטנים יותר, דרך הסעיף בחוק החוזים שלפיו חוזה בטל אם הוא מנוגד לתקנת הציבור. בהקשר של שכר שווה, כאשר מעסיק שילם פחות לעובדת בהשוואה לעובד, בטענה שהיא ביקשה פחות בראיון העבודה, בית הדין סירב לקבל זאת. בהקשר של הטרדה מינית בעבודה, החוק אוסר על הצעות בעלות אופי מיני, גם אם העובדת לא הביעה התנגדות, אם זה נעשה תוך ניצול מרות, ובית הדין קבע חזקה שאם יש יחסי מרות מניחים שהיה ניצול לרעה של אותו כוח, ורואים זאת כהטרדה מינית אלא אם המעסיק הוכיח אחרת.

יש ביקורת על בית הדין שהוא פעלתני מדי בתחום הזה. לא אוכל להיכנס לדיון פרטני בכל אחת מההלכות. הנקודה הכללית שכדאי להצביע עליה היא שבת הדין מחזק את ההגנות מתוך תפיסה שחיזוק כזה נדרש כדי להגשים את התכלית של חוקי השוויון, שהיא כמובן לקדם שוויון בעבודה. יחד עם זאת ברור שפרשנות תכליתית צריכה להביא בחשבון גם טיעוני נגד כמו האוטונומיה של המעסיק ויעילות. השאלה אם בית הדין הלך רחוק מדי תלויה בניתוח לגבי האיזון הראוי, ובהקשר שבו יש חקיקה מפורטת, השאיפה צריכה להיות להגשים את האיזון שקבע המחוקק ולא להמציא איזון חדש, כלומר לפרש ולהשלים את החוק בהתאם לרוח החוק עצמו.

### סיכום

בחרתי מספר קטן של סוגיות מבין אינספור סוגיות מעניינות ועכשוויות בדיני עבודה. אני מקווה שה"טעימות" הקטנות האלה הספיקו כדי לתת לכם תחושה לגבי התפקיד החשוב שבתי הדין לעבודה ממלאים בחברה הישראלית ובמערכת המשפט. לי אין ספק בדבר הנחיצות של מערכת מומחית ועצמאית לסוגיות של עבודה ורווחה. ביקשתי להראות באמצעות הדוגמאות, שבת הדין במקרים רבים פיתח את דיני העבודה באופן שנועד להגשים את התכליות החשובות שלהם, גם מול אתגרים חדשים שהמחוקק לא צפה. לצד זאת טענתי, שיש היכן להשתפר. בית הדין צריך לשים לנגד עיניו תמיד את היעד הזה, של הגשמת התכליות, ולהמשיך בפיתוח הדין בהתאם לזה.

לא נותר לי אלא לברך את מערכת בתי הדין שחוגגת 50 שנה. אני בהחלט מזדהה, כי במקרה לי עצמי בדיוק  
מחר יש יום הולדת 50.