

חוזה עבודה בלתי חוקי — מה דינו ?

מאת

ד"ר אריה ל' מילר *

א. הבעיה. ב. מקרים שונים של חוזה עבודה בלתי חוקיים. ג. פתרון השכר הראוי. ד. אימתי החוזה אינו בטל ומדוע. ה. תוצאות החוזה הבלתי חוקי. ו. אי-חוקיות חלקית. ז. אי-חוקיות חמורה.

א. הבעיה

לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973 (להלן חוק החוזים), "חוזה שכריחהו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור — בטל". משמע, חוזה אשר נוגד נורמה קוגנטית כלשהי, יהיה מקורה אשר יהיה, הוא בטל תוקף משפטי. סעיף 31 לחוק דן בתוצאות הבטלות. נשאלת השאלה, האם הוראות אלה חלות בכל המקרים גם על חוזה עבודה או שמא, נוכח האופי המיוחד של חוזה עבודה, לא בהכרח תוביל אי-חוקיותו של החוזה לפסלותו; ואם אכן כך הדבר, באיזה מקרים ובאיזה נסיבות לא לליבון שאלה זו מוקדשת הרשימה שלהלן.

בהמשך דברינו נצביע על המקרים שבהם חוזה העבודה, למרות אי-חוקיותו, אינו בטל¹, ולצדם על המקרים שבהם אי-חוקיות חוזה העבודה, בהיותה חמורה, גוררת אחריה על כל פנים את בטלות החוזה².

ב. מקרים שונים של חוזה עבודה בלתי חוקיים

במקרים מסוימים החוק אוסר על כריתת חוזה עבודה כדי להגן במיוחד על העובד, או ליתר דיוק, על מי שעשוי לבקש להיות עובד. הדרך להשגת מטרה זו היא למנוע את קבלתו לעבודה.

לקטגוריית המתייחסת להפרת איסור חוקי מעין זה שייך קדם כל המקרה של נער המתקבל לעבודה לפני הגיעו לגיל העבודה (בניגוד לסעיף 2 לחוק עבודת הנוער,

* חוקר במכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתו של המחבר ניתנת לגברת אורה שמלץ על שסייעה לו בעריכת המאמר.

1 ראה להלן הפרקים ב ו ד.

2 ראה להלן פרק ז.

תשי"ג—1953), לעבודה אסורה³ (בסתירה לסעיפים 5 ו-6), מבלי לעבור בדיקה רפואית מוקדמת או כאשר עקב בדיקה כזאת הוא לא אושר כמתאים לעבודתו (תוך הפרת סעיף 11 לאותו חוק).

הוא הדין במקרה של אשה שנתקבלה לעבודה שחוק עבודת נשים, תשי"ד—1954, אוסר על העסקתה בה⁴ (סעיפים 1 ו-24 לחוק והחלק הראשון שבתוספת לפקודת העבדות של נשים, 1945)⁵.

לפי חוק אחר (חוק הספנות (ימאים), תשל"ג—1973, סעיף 2 ותקנות הספנות (ימאים), תשל"ו—1976, תקנה 4), אסור להעסיק בצוות כלי-שיט אדם שלא עבר בהצלחה קורס בנושא הבטיחות באנייה.

הפרות האיסורים הנ"ל, רובן ככולן, הינן בגדר עבירה פלילית.

איסור נוסף, שגם הוא גועד להגן על אינטרסים של העובד, לאמור על בריאותו, מעוגן במספר דברי חקיקה. כך, לדוגמה, נקבע כי לא יועסק עובד בעבודה באבק, אלא אם נבדק בדיקה רפואית ואושר כמתאים לעבודה זו (תקנה 2 לתקנות הבטיחות בעבודה (בדיקות רפואיות של עובדים באבק) (אובסט, טלק וצורן), תשכ"ד—1964). איסור דומה קיים לגבי מי שאמור להתקבל לעבודה בכספית או בעופרת. תנאי מגביל מטעמי בריאות חל גם על ימאים (על-פי החוק הנ"ל) ועל עובדי המדינה⁶ בכללותם (סעיף 29 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט—1959) וכמו כן, כפי שראינו, על נערים.

בקטגוריה שגיהה של מקרים, האיסורים החוקיים נקבעים בראש ובראשונה מפני תיקון העולם וההוראות שחווה העבודה עלול להפר אותו באות אפוא להגן במיוחד על אינטרס ציבורי ולא דווקא — כמו ההוראות שבקטגוריה הראשונה — על העובד גופא.

דוגמה לאיסור כזה כלולה בחוק שירות התעסוקה, תשי"ט—1959 (סעיף 32), הקובע כי בענפים, במקצועות ובעבודות מסוימים לא יקבל אדם עובד, ולא יתחיל אדם לעבוד אצל מעביד, אלא אם נשלח העובד מטעם לשכת העבודה⁷. דומה כי איסור זה — המגן

3 למשל, עבודה בבית מטבחים, ע"ע לד/42-3 שיל נ' תחנת הדלק פת"י, פד"ע ה' 356, 360.

4 למשל, עבודה שיש בה טיפול באפר המכיל עופרת או אבק, ראה ע"ע לד/42-3, שנוכר בהערה הקודמת.

5 בלתי חוקי, לפי פסיקת בית הדין הארצי לעבודה, היא גם חזרה עבודה אשר מחייב עבודה שכולה בלילה במפעל שבו עובדים במשמרות (בנגדו את חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א—1951). במקרה זה בית הדין אינו יכול לשנות את תנאי החוזה על מנת להקנות לו תוקף חוקי. גם כאן, כמו בשני המקרים הקודמים, העובד או העובדת אינם שותפים לאי-התוקפות. ע"ע לד/42-3 (הערה 3 לעיל), בעמ' 357, 360.

6 היש בכלל לעובדי המדינה חווי עבודה? גם בית המשפט העליון וגם בית הדין הארצי לעבודה לא הותירו ספק בשאלה זו בקבעם כי הוראות התקשי"ר שעניינן תנאי עבודה הן בגדר תנאי מכללא בחוזה העבודה (ע"א 376/67 נוריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כא (2) 689; ע"ע לה/58-3 עיריית תל-אביב נ' יעקבי, פד"ע ו' 236, 240). זאת, למרות שחוק שירות המדינה (מינויים) הוא "חוק מתחום המשפט המנהלי", והתקשי"ר "אינו הסכם קיבוצי" (ע"ע לד/63-3 קאז נ' מדינת ישראל, פד"ע ו' 57, 63).

7 שאלת הפרתו של איסור זה התעוררה בפסיקה. ראה ת"ע ת"א 403/8 מדינת ישראל נ' "מון" אילת בע"מ, פד"ע ב' עמ' צא; ע"פ 4/65 התריס-לוקס ואח' נ' הייעוץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (2) 46; ע"ע לג/18-8 מקל בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"ע ד 472.

על מדיניות המדינה בתחומו של ניצול כוח אדם — הוא הדדי והתוראה הפרוהיביטיבית חלה הן לגבי המעביד והן לגבי העובד. לפי החוק הנדון (סעיף 78) אי-קיום האיסור דגן הוא בבחינת עבירה. הסדר זה חל גם על חלק מעובדי המדינה (סעיף 22 לחוק שירות המדינה (מינויים)).

לאותה הקטגוריה העיונית שייכים כמה תנאים מגבילים שבחוק שירות המדינה (מינויים) הנ"ל. כך נקבע, כי לא יתמנה אדם עובד המדינה אם איננו אזרח ישראל⁸ (סעיף 16), אלא בעקבות מכרז (סעיף 19) ועמדה בבחינות ובמבחנים (סעיף 24), אלא בהעדר יחסי קירבה משפחתית קרובה בינו ובין עובד אחר באותה יחידה במקרים מסוימים (סעיף 33), אלא בתנאי הצהרת אמונים (סעיף 34) והצהרה על רכוש (סעיף 35), כמפורט בחוק. חוזה עבודה שייחתם בניגוד לתנאים אלה יהיה אפוא חוזה בלתי חוקי⁹.

חוזה העבודה יהיה בלתי חוקי בשל הפרת איסור חוקי שנועד להגן על אינטרס ציבורי גם במקרה של קבלה לעבודה של מורה דרך או של עובד גמל ללא רשיון (תקנות מורי דרך, תש"ט—1949; סעיף 11 לפקודת הנמלים (נוסח חדש), תשל"א—1971), של פסיכולוג שאינו רשום בפנקס הפסיכולוגים (סעיפים 2 ו-3 לחוק הפסיכוכי-לוגים, תשל"ז—1977) או של רופא או רוקח ללא רשיון, כשהמדובר בעולים חדשים שטרם הספיקו לקבל את רשיונם¹⁰ (סעיפים 2, 3 ו-6 לפקודת הרופאים (נוסח חדש), תשל"ז—1976; סעיף 7 לפקודת הרוקחים, 1921)¹¹.

קטגוריה שלישית כוללת כמה מקרים שבהם האיסור לקבל לעבודה אדם פלוגי נובע מן העדיפות שהחוק נותן לעניין זה לאדם אחר, אשר אותו חייב מעביד זה או אחר להעסיק או שהוא חייב לשריין ולשמור בעבורו מקום עבודה מסוים, כשלאדם

8 להפתעתנו גילינו כי במשפט הזר נפסק לפעמים כי חוזה עבודה, שנכרת עם עובד (לאו דווקא עובד מדינה) שאיננו אזרח ואין בידו רשיון עבודה תקף, פסול הוא (אף כאשר העבודה בוצעה). לעתים יש לכך תוצאות מוזרות שאינן תואמות את רוחם של דיני העבודה. מחברים אקדמיים אחדים משלימים עם מצב זה. ראה: A. Brun, *La jurisprudence en Droit du travail* (Paris, 1967) 163—164; G.H. Camerlynk, *Traité de droit du travail. Contrat de travail* (Paris, 1968) 186; A. Hueck & H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Band I von A. Hueck (7. Auflage, Berlin—Frankfurt, 1963) 192.

9 כאן יש להזכיר גם את האיסור הקובע כי אדם הסובל ממחלה מדבקת לא יעסוק בכל מלאכה הקשורה באספקת מזון, תוך חריגים מסוימים (סעיף 22 לפקודת בריאות העם — 1940).

10 על אי-חוקיות המורה מפאת העדר רשיון ראה להלן, פרק ז.
11 דוגמה אחרונה המשתבצת בקטגוריה זו לקוחה מן הפסיקה. עורך דין התקבל לעבודה בחברה בעלת מפעלי מלט בתור אחד ממנהלים, כשבין התחייבויותיו שבחווה היתה גם הסכמתו להצביע "יחד ובאופן הרמוני" עם גורמים אחרים בהנהלת החברה בכל האסיפות הכלליות של החברה ובכל ישיבות מועצת המנהלים שלה. השופט ברנזון הטעים, כי התחייבות זו היא "בלתי חוקית כמתנגדת לטובת הכלל" וקבע כי "כתוצאה מכך נשמטת הקרקע מתחת לכתב התחייבות כולו", מה ש"פוסל את החוזה כולו", היות ש"אין להפריד בו בין התחייבויות השונות". ע"א 365/54 מן ג' ארון, פ"ד יא (3) 1612, 1615, 1616, 1618.

אחרון זה זכות קדימה או זכות בלעדית להתקבל לעבודה הנדונה. הדין קובע איסור מוחלט להעביד כל אדם אחר במקומו של האדם המועדף. חוק חיילים משוחררים (חזרה לעבודה), תש"ט—1949, ותקנות לחוק זה קובעים את המקרים האמורים.

כך, חייל משוחרר שהיה לפני התגייסותו עובד קבוע במפעל, חייב בעל המפעל לקבלו בחזרה לעבודה שבה עבד סמוך לפני התגייסותו (סעיף 6 לחוק). הוגשו לבעל מפעל אחד כמה בקשות להתקבל לעבודה, ואין זה בגדר אפשרות מעשית לקבל את כל המבקשים בעת ובעונה אחת, תקבע לשכת העבודה את תור קבלתם לעבודה (סעיף 10), וסדר העדיפויות יחייב את המעביד¹². אם יפר נותן העבודה אחד מן האיסורים הללו יהיה אפוא חוזה העבודה עם האדם הלא מועדף חוזה בלתי חוקי.

מאידך גיסא, תקנות העסקת נכי מלחמה, תשי"א—1951, מסדירות שני מקרים שבהם ניתנת לנכה מלחמה זכות בלעדית להתקבל לעבודה ואלה הם: (א) בעבודות מסוימות המפורטות בתקנות מותר להעסיק אך ורק נכי מלחמה, אלא אם כן אדם אחר, שאינו נכה מלחמה, קיבל מן הרשות המוסמכת היתר מיוחד לצורך העסקתו בעבודה שכזאת (תקנות 2 ו-2א); (ב) נותן עבודה המעסיק במפעלו לא פחות מעשרה עובדים ולא יותר מעשרים עובדים חייב להעסיק במפעלו נכה מלחמה אחד; אותה הוראה קובעת גם גורמה להעסקת נכי מלחמה לגבי מי שיש לו יותר מעשרים עובדים (תקנה 4)¹³. לפעמים חוזה עבודה הוא חוקי בשעת כריתתו, אך לאחר מכן הוא מתבצע בדרך בלתי חוקית. ניקח לדוגמה מקרה של נער או של אישה אשר התקבלו לעבודה רגילה, המתרת להם, אך לאחר זמן-מה הועברו, בהסכמתם, לעבודה אסורה לפי החוק. המסקנות שנסיק בהמשך דברינו בנוגע לתוצאות אי-החוקיות תחולנה על חוזה כזה, מדרך הטבע, רק מן הרגע שבו הוא הפך להיות בלתי חוקי¹⁴.

כל אימת שחוזה העבודה נכרת בניגוד לדין הקוגנטי, הוא יהיה גרוע באי-חוקיות על כל תוצאותיה (בלתי חוקי per se). העובדה, שאי-החוקיות לא היתה מוכרת לשני המתקשרים או לאחד מהם, היא נטולה כל רלוואנטיות¹⁵.

12 היה אדם בזמן הקובע עובד קבוע במפעל ומת בשירותו הצבאי או היה לנכה מלחמה, חייב בעל המפעל לקבל לעבודה אחד מבני משפחתו של אותו אדם, אם אותו בן משפחה מתאים לעבודה שבה עבד אותו אדם או לעבודה אחרת הפנויה במפעל (סעיף 15).

13 בקשר למקרה הראשון דלעיל, היוצר פריווילגיה מרחיקת-לכת לטובת נכי המלחמה, נשאלת השאלה אם הוראה זו (איסור פורמאלי כללי לקבל לעבודות מסוימות כל מי שאיננו נכה מלחמה) אינו פוגע בחופש העיסוק, כאחת מחירויות היסוד, של אלה שאינם נכי מלחמה. בית המשפט הגבוה לצדק בדק שאלה זו לא מכבר השיב עליה בשלילה בקבעו שהתקנה הנדונה, אשר חלה אף על העיסוק כעצמאי במשלח-יד מקבילים לעבודות האמורות, היא בלתי חוקית בהיותה מתנגדת לחופש העיסוק, רק במה שנוגע לעיסוק כעצמאי, אך לא לעיסוק כשכיר (בג"צ 252/77 בנג'וני נ' עיריית תל-אביב, היכל הספורט (תמצית), הארץ מיום 13.3.78). ואולם הטעמים להבחנה זו בין הגבלת חופש העיסוק כעצמאי מחד גיסא, וכשכיר מאידך גיסא, אינם ברורים דים.

14 השווה ד' פרידמן, "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30—31 לחוק החוזים (תלק כללי)", חלק שני "עיוני משפט ו' (תשל"ח) 172, 186.

15 ראה Sutton & Anson, *Law of Contract* (23rd edition, Oxford, 1969) 354; Shannon, *Contracts* (7th edition, London, 1970) 277; Cheshire & Fifoot, *Law of Contract* (9th edition, London, 1976) 343.

מן האמור לעיל עולה, כי המקרים שבהם חוזה העבודה עלול להיות בלתי חוקי הם רבים למדי. למרות זאת לא הובאו תביעות הקשורות לחוזים מעין אלה בפני בתי המשפט אלא לעתים נדירות יחסית. הסיבה נעוצה כנראה בכך, שעל-פי רוב הצדדים לחוזה, שניהם כאחד, מוכנים לבצע כלשונו את החוזה שנקשר ביניהם מרצונם החופשי. ואם, בכל זאת, מתקשר אחד, או שניהם, מבקשים לשים קץ לחוזה העבודה, הם עושים זאת בדרכים המקובלות מבלי שיוזקו לבית המשפט.

ג. פתרון השכר הראוי

ייתכן לכאורה שהתרופה המתאימה לעובד שהועסק בחוזה עבודה בלתי חוקי תבטא בתשלום שכר ראוי, הנקבע על-פי כללים מקובלים (כמו נוהג).

בדין הפוזיטיבי הישראלי פתרון השכר הראוי מקורו במגילה (סעיפים 563—565). למרות שסעיפים אלה דנים לא בחוזה עבודה בלתי חוקי, כי אם במי שביצע עבודה מסוימת באין חוזה¹⁶, או אפילו תוך-כדי חוזה אלא שאין בו תנאי מוסכם בנוגע לשכר¹⁷ או לשיעורו (מקרה אשר סעיף 46 לחוק החוזים דן בו), במרוצת הזמן הוחל הפתרון האמור גם על מקרים של חוזה עבודה בלתי חוקיים¹⁸. או על חוזים שבהם התנאי בנוגע לשכר הוא בלתי חוקי¹⁹, שכן לפי קונצפציה מקובלת היות שהחוזה הבלתי חוקי פסול, המצב כמוהו כהעדר חוזה.

פתרון דומה לגבי חוזה בלתי חוקי אומץ, כאחת האלטרנטיבות, על-ידי סעיף 31 לחוק החוזים, בהפנותו לסעיף 21 של אותו חוק, שלפיו משבוטל החוזה וצד אחד אינו יכול להשיב לצד האחר מה שקיבל ממנו (בנידון דידן — את העבודה), חייב הצד האחר לשלם לצד האחר את "שווי של מה שקיבל", דהיינו במקרה דנן את השווי של העבודה שביצע העובד. הסכום שייקבע מן הראוי שיהיה לפי הכללים המקובלים בנדון ויחפוף את השכר הראוי.

מהאמור לעיל עולה, כי השכר הראוי הוא "זכות הניתנת על פי החוק... ואין במימושה משום ביצוע ישיר או עקיף של החוזה"²⁰.

פתרון השכר הראוי מקובל זה מכבר על המשפט האנגלי, שם הוא ידוע בשם

16 ע"ע לה' 1—1 פפהשול'י נ' סולוביצ'יק, פד"ע ו' 323, 325; ע"א 316/73 קורן נ' כן חוריק ואח', פ"ד כח (2) 565.

17 ת"ע לב' 93—9 הפתרות פועלי אגודת ישראל נ' נהרי, פד"ע ד עמ' פד.

18 ע"א 365/54 (לעיל הערה 11), בעמ' 1618—1619; ע"א 150/63 מזרחי נ' ויינשטוק, פ"ד יז (2) 1361, 1371 (בפסק דין זה מדובר בחוזה עבודה עם נערה, אשר חייב אותה לעבוד שעות נוספות מבלי שייקבע בנפרד הגמול עבורן). ראה גם ד' פרידמן, "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30—31 לחוק החוזים (חלק כללי)", חלק ראשון עיוני משפט ה (תשל"ז) 618, 637.

19 ע"ע לה' 12—2 עזבון המנחם כהן נ' רוזנהויפר, פד"ע ו' 299 (כאן נפסק כי הסדר לפיו יקבל עובד את מלוא שכרו בעין נוגד את חוק הגנת השכר, תשי"ח—1958). ראה גם להלן פרק ו.

20 ע"א 365/54 (לעיל הערה 11), בעמ' 1619; השווה ע"א 316/73 (לעיל הערה 16). לעומת זאת, לפי סעיף 26 לחוק החוזים, כשלא נקבע בחוזה דבר בנוגע לשכר, ייקבע זה "לפי הנהוג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה — לפי הנהוג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים".

quantum meruit, כלומר a reasonable remuneration, ורואים בו תרופה מעין חוזית (a quasi contractual remedy)²¹.

בדין הצרפתי פסקו בתי המשפט, בין השאר, כי במקרה של חווה עבודה (או חווה חניכות) שבטל מחמת אי-חוקיותו חייב המעביד לשלם לעובדו לא את השכר המוסכם, כי אם שכר שייקבע בהתחשב בערכה של העבודה אשר בוצעה ובתועלת שהפיק המעביד ממנה²²; דהיינו, נקטו עמדה קרובה לעיקרון של השכר הראוי. חלק מן המחברים הסכימו לעמדה זו²³.

לדעתנו, פתרון השכר הראוי הוא מוצא סביר, הולם ואפילו הכרחי במקרים שבהם אלטרנטיבה אחרת אינה קיימת; משמע, כשהעבודה בוצעה ללא כריתת חווה בין הצדדים או בהעדר תניה חוזית בנוגע לשכר וכן כשתניה כזאת גופא היא בלתי חוקית ואין נורמה קוגנטית העשויה להחליפה.

לעומת זאת, אין לקבל את פתרון השכר הראוי ביתר המקרים ובמיוחד:

- (א) כשהתניה עצמה בדבר שכר עבודה היא בלתי חוקית וקיימת נורמה העשויה להחליפה; במקרה כזה הפתרון יהיה החלפה כזאת²⁴;
- (ב) כשהחווה העבודה לוקה באי-חוקיות חמורה; שכן במקרה כזה העובד כלל לא יהיה זכאי לשכר עבור עבודתו²⁵;
- (ג) במקרים השונים של חווי עבודה בלתי חוקיים שפורטו לעיל²⁶, כשהתניה בנוגע לשכר גופא איננה בלתי חוקית²⁷.

במקרים אחרונים אלה אין צורך ואין כל הצדקה לקבוע לעובד שכר ראוי על-פי הערכת שוויה של עבודתו, שכן באותם המקרים תמיד כלול בחווה שכר עבודה מוסכם, לפי חצונם החופשי של המתקשרים, וההסכמה על השכר כשלעצמה איננה בלתי חוקית²⁸. השכר הראוי אינו נותן תשובה מספקת ומניחה את הדעת לבעיות חווה העבודה הבלתי חוקי²⁹, מפני שעל-פי פתרון זה יקבל העובד תמורת עבודתו אך ורק שכר אשר נחשב כראוי ולא יזכה ליתר הוזכיות, שהן לעתים מרובות, הנובעות מחווה העבודה גופא³⁰. על כן מתן שכר ראוי אינו מביא לעובד אלא נחמה פורתא.

21 *Clay v. Yates* (1824) 3 B & C 232; *Shaw v. Shaw* (1954) 2 Q.B. 429; *Craven-*
22 *Ellis v. Cannons Ltd.* (1936) 2 K.B. 403, 412. ראה *Anson* (לעיל הערה 15), בעמ' 342
Cheshire & Fifoot (לעיל הערה 15), בעמ' 526-527, 657-660, vol. I (24th edition, London, 1977), 906-907, 909

23 Civ. soc. 8.4.1957, Gaz. Pal., 1957, 1, 143; Cassation, D. 1961, J. 236, Bull IV, 22
nr. 160, 125

24 H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, vol. 2 (2e édition, Paris, 1962) 268; 23
Brun (לעיל הערה 8), בעמ' 164-163.

25 ראה גם להלן פרק ו.

26 ע"א 404/68 גולדנברג נ' גלפנדר, פ"ד כג (1) 7, 13; השווה בג"צ 299/62 יהודה נ' הממונה
על גביית שכר ת"א, פ"ד יז (4) 2131, 2153-2154. ראה גם להלן פרק ו.

27 ראה לעיל פרק ב.

28 להסברים ולפירוט ראה להלן הפרקים ד ו-ה.

29 Cf. A. Nikisch, *Arbeitsrecht I*, Band (3. Auflage, Tübingen, 1961) 221

30 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 184; Brun (לעיל הערה 8), בעמ' 168.

ליתר פירוט ראה להלן פרק ה.

זאת ועוד. הפעלת השכר הראוי טעונה תמיד התערבותו של בית המשפט, שכן רק הוא מוסמך לקבוע, בכל מקרה ומקרה, איזה שכר הוא גמול "ראוי" תמורת העבודה שבוצעה. כנגד זאת, בגין תשלומו של השכר המוסכם על דעת הצדדים, ולו בתוך חוזה הנגזר מסיבה אחרת באי-חוקיות, אין לבעלי החוזה כל הודקקות לבית המשפט. מכיוון שכך, "שיעור השכר הראוי אינו ודאי ביהסים שבין העובד לבין המעביד, כל עוד לא נקבע בהליך שיפוטי". אי לזאת בטרם נקבע כאמור, השכר אינו יכול להיות, למשל, בגדר שכר מולן.³¹

נוכח האמור לעיל, מתן שכר ראוי אינו מהווה פתרון נאות לעובד שמצא את עצמו מועסק בחוזה עבודה בלתי חוקי, ויש למצוא פתרון אחר לבעיה, אף הוא במסגרת הדין המצוי.

ד. אימת החוזה אינו בטל ומדוע

בכל המקרים שהתייחסנו אליהם³², לפי סעיף 30 לחוק החוזים חוזה העבודה שנכרת בניגוד לחוק הוא חוזה בטל, כשהבטלות היא הסאנקציה האזרחית על אי-חוקיותו של החוזה. במקרים הנדונים, היות שהסאנקציה מוטלת מפני תיקון העולם, הבטלות היא מוחלטת, מכוח החוק, ועל כן, כפי שנאמר, אין צורך בביטול החוזה על-ידי בית המשפט.³³

במקרים מסוימים, כגון של קבלת גער או אישה לעבודה אסורה, קבלת עובד לעבודה שכולה בלילה במפעל שבו עובדים במשמרות, או העסקת ימאי שלא עבר קורס על בטיחות באנייה, הואיל והחוק אוסר רק את "העבדת" העובד ולא גם את עבודתו, הרי ייחודה של אי-החוקיות הוא בכך שהחוזה הוא בלתי חוקי רק מצדו של המתקשר אחד — המעביד, בעוד שהמתקשר השני — העובד, המועסק בתנאים בלתי חוקיים, אינו נחשב כעובר על החוק.³⁴

מכיוון שכך, ניתן היה לחשוב כי במקרים אלה אף בטלות החוזה כתוצאה מאי-החוקיות תהיה חד-צדדית, זאת אומרת בנוגע לחובות ולזכויות של המעביד בלבד. מלכתחילה עלינו לציין כי אין הדבר כך.³⁵ חוזה העבודה הוא חוזה הדדי (סינאלגמאטי) ולכן כנגד כל חיוב של המתקשר האחד עומדת הזכות הקורלאטיבית של המתקשר השני, מבלי שניתן יהיה להפריד ביניהם. כל עוד החיוב בטל הרי הזכות הקורלאטיבית שוב אינה יכולה להיות שרירה וקיימת. לפיכך — בכפוף למה שייאמר בהמשך — כל אימת שהחוזה הוא בלתי חוקי מצד המעביד, הוא יהיה ipso facto בטל כולו, כלומר לגבי שני הצדדים. ואמנם כך נקבע בסעיף 30 לחוק החוזים.

31 ראה ע"ע לה/1-1 (לעיל הערה 16), בעמ' 325-326.

32 ראה לעיל פרק ב.

33 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 638. המחבר מבחין בצדק בין מצב זה ובין הסיטואציה שסעיף 21 לחוק החוזים דן עליה, בעסקו בחוזים "ניתנים לביטול".

34 ראה ע"א 150/63 (לעיל הערה 18), בעמ' 1372; ע"ע ל/9-8 מדינת ישראל נ' גרפופלסמ בע"מ כרימזאל ואח', פד"ע א 93, 96; ע"ע לד/42-3 (לעיל הערה 3), בעמ' 360; השוואה ע"א 110/53 ניקובס נ' קרשוו, פ"ד ט 1401, 1418; ראה גם פרידמן (לעיל הערה 14), בעמ' 185.

35 ראה ע"א 110/53 (לעיל הערה 34), בעמ' 1406.

עם זאת, בנוגע למקרים שבהם עסקינן מתבקשת אבחנה יסודית — *summa divisio* — בין שתי סיטואציות שונות ואלה הן: (א) כשהחזוה לא בוצע על-ידי העובד; (ב) כשהחזוה בוצע על-ידי העובד. נזכיר כי אבחנה דומה נעשית בסעיף 31 לחוק החוזים.

לגבי החלופה השנייה עלינו לציין, שעל-פי רוב יש לומר כי החזוה בוצע על-ידי העובד כל אימת שהלה עשה — כהלכה³⁶ — את העבודה שהחזוה הבלתי חוקי הטיל עליו. כמו-כן ייחשב חיוב העובד כמקויים גם כשהלה לא עשה את עבודתו הלכה למעשה, אולם היה "מוכן ומוזמן למלאכה", כלשון סעיף 425 למגילה, או כשהוא עמד "לרשות העבודה", כלשון סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה³⁷. היינו, די בכך שהעובד יגלה בעליל את נכונותו לבצע את עבודתו. יתרה מזו, חלה העובד לאחר תחילת עבודתו, או לאחר העמדתו לרשות המעביד, תיחשב אף תקופת מחלתו כתקופת ביצוע החזוה על-ידי העובד³⁸, אף-על-פי שבתקופה זו הוא מנוע מלהתייצב לרשות המעביד. כשנדבר בהמשך על ביצוע העבודה על-ידי העובד, תהיה כוונתנו לשלוש האפשרויות הנ"ל. נוסף, כי על-פי רוב ביצוע העבודה מותנה גם בביצוע של לפחות אחת מחובותיו של המעביד, לאמור "קבלת העבודה", שפירושה שהמעביד, אשר ביצוע העבודה על-ידי העובד ידוע לו, מאפשר לו לבצע אותה (ובמידת הצורך נוקט צעדים הדרושים לשם כך). בסיטואציה הראשונה דלעיל (כשהחזוה לא בוצע על-ידי העובד) לא רק שחזוה העבודה אינו ניתן לאכיפה (*unenforceable*)³⁹ — אף אחד מהמתקשרים אינו יכול לתבוע מהמתקשר השני לבצע את החזוה, אלא הוא יהיה פגום בבטלות טוטאלית לפי כללי חוק החוזים. על כן מובן מאליו כי הצד שניזוק עקב אי-ביצוע החזוה לא יוכל לדרוש מן הצד השני פיצוי על הנזק שנגרם לו.

בסיטואציה השנייה, לגבי התקופה שבה בוצע החזוה על-ידי העובד, יהפוך חזוה העבודה הבלתי חוקי לחזוה תקף ולא רק — כפי שנאמר — לחזוה המשווה לחזוה תקף⁴⁰, והוא יגרום לכל התוצאות המשפטיות הכרוכות בחזוה תקף.

פרופ' פרידמן גורס לגבי כל החוזים, כי לחזוה הבלתי חוקי יש תוצאות שהמשפט מכיר בהן רק כשבית משפט מחליט על כך. ("כוח ההחייאה ניתן לבית המשפט (ולא לצד מן הצדדים)"⁴¹). אנו סבורים, לעומת זאת, שאין הדבר כך לגבי חזוה העבודה. כאן מקור החיובים מורכב משני גורמים הקשורים זה בזה: עסקה משפטית פסולה, כלומר החזוה הבלתי חוקי, ומעשה משפטי, כלומר ביצוע החזוה על-ידי העובד. כל אחד משני הגורמים הללו בנפרד אינו מספיק, אולם ברגע שקוימו שני התנאים הללו באופן קומולאטיבי, החזוה הבלתי חוקי, כמוהו כחזוה חוקי, מצמיח תוצאות משפטיות,

36 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 190; Nikisch (לעיל הערה 28), בעמ' 220.
37 ע"ע לה/6-2 צלאל ג' 'אורט' ישראל, פד"ע ז 100, 112; ת"ע לב/99-1 ניומן ג' נציבות שירות המדינה ואחי, פד"ע ג, עמ' כט, לב. הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה אינו בהכרח הזמן שבו הוא מצוי במקום העבודה: ע"ע לד/4-3 יקראל ג' פלד, פד"ע ה 328, 333-334. ראה גם Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 114.
38 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 185-186.
39 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 622.
40 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 41, ר" 184.
41 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 626, ו" 630.

והמעביד יצטרך למלא את התחייבויותיו במלואן, וזאת גם לפני מתן פסק הדין או ללא פסק דין. מן האמור עולה, כי ביצוע העבודה המוסכמת על-ידי העובד, מאחר שאי אפשר לבטלו ואין להשיבו בעין, יש בו כדי לתת תוקף לחוזה הפסול, והוא הוא אפוא, ולא פסק הדין, אשר "מפיח חיים בחיוב אשר קודם לכן היה חסר תוקף"⁴². היות שחוזה העבודה הוא חוזה מתמשך, החיאה זאת נעשית בזה אחר זה, עם כל פרק זמן שבו העובד ביצע את עבודתו.

הפרשנות המוצעת תואמת עקרונות חשובים של דיני העבודה — הגנת העובד ועקרון הצדק הסוציאלי⁴³ — ויש בעובדה זו משום חיזוק לפרשנות האמורה. מאידך, האופי האישי המובהק של פעולת העובד ביחסי העבודה, אשר מארקס כינה אותה באופן סוגסטיבי "עבודה חיה", ואשר באמצעותה העובד תורם למעבידו מקצת מכושרו הפיסי והאינטלקטואלי, ועל-ידי כך חלקיק מעצם אישיותו, מקל אולי אף הוא על הבנת העובדה כי כאן מתבקש, מכוח הגסיבות, פתרון מיוחד, שונה מזה היפה לגבי יתר החוזים. להבדלים הקונצפטואליים הללו יש חשיבות גם במישור המעשי. כך, למשל, טוען פרופ' פרידמן, הנאמן לעמדתו העקרונית, כי "פעולתו של בית המשפט, כאשר הוא מורה על קיום החיוב היא קונסטיטוטיונית", כי "צו קיום של בית המשפט 'מחיה' את החיוב מיום פסק הדין" ואין לו תוקף למפרע, "אולם לבית המשפט שיקול דעת להורות כי החיוב יכנס לתוקפו החל מיום הגשת התביעה"⁴⁴.

לעומת זאת, לדעתנו, בנוגע לחוזה העבודה, כשהעובד ביצע את העבודה לפני המשפט יש לפסק דין על קיום החיוב אופי דקלארטיבי, ואילו, וכפי שהוסבר, ביצוע העבודה נתן תוקף לחוזה הבלתי חוקי מיום תחילת הביצוע ועד לסימומו. לכן, במקרים מעין אלה, יהיה לפסק הדין תוקף למפרע — ex tunc — כשתוכנו הצהרה על חוזה העבודה כשריר וקיים לתקופה שבה נעשתה העבודה, ועל כן, בו בזמן, חיוב המעביד לעמוד בהתחייבויותיו להעניק לעובדו את מלוא הזכויות הספציפיות (אלה הנובעות מן החוק ואלה אשר נקבעו בחוזה).

לפיכך, העובד אשר יתבע את מעבידו על מתן זכויות כגון שכר עבודה על כל מרכיביו, שכר מולן, גמול שעות נוספות וכו', עבור תקופה שקדמה להגשת התביעה ואשר בה הוא אמנם עבד, יהיה זכאי לזכויות אלה למפרע מכוח החוזה ובהתאם לעבודתו. פתרון אחר בעניין זה אינו מתקבל על הדעת.

המסקנה המתבקשת מכאן ביחס לסעיף 31 לחוק החוזים היא: (א) כל אימת שהעובד ביצע את עבודתו לפי החוזה, בית המשפט יצטרך תמיד "לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד" (דבר שניתן להסבירו בכך שכאן תמיד "מן הצד לעשות כן", כלשונו של סעיף 31 גופא); (ב) כל אימת שהעובד ביצע את מלוא עבודתו, יצטרך בית המשפט "לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד כולו", ולא מקצתו. פירושו של הדבר הוא, כי לגבי המקרה הספציפי של חוזה עבודה אין לבית המשפט שיקול הדעת שסעיף 31 העניק לו לגבי יתר החוזים.

במקרה שלפנינו העובד יהא זכאי למלוא תמורתו החוזית מטעם מעבידו אפילו דבק בהעסקת העובד עצמה רבב של אי-חוקיות (דוגמת העסקת נער או אישה בעבודה

42 שם 630.

43 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 184.

44 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 630, 634—635.

אסורה) ואף אם היתה בבחינת עבירה פלילית. בשל כך לא כל שכן ספק אם מוצדק להתנות — כפי שנעשה — מתן שכר ראוי בלבד, בכך ש"בשירותים שעבורם גפסק השכר הראוי לא היה, כשלעצמם, כל פסול"⁴⁵.

הכותבים האקדמיים שעסקו בבעיה המטרידה אותנו לא יכלו לשלול את העמדה שלפיה גם כשחווה העבודה לוקה באי-חוקיות (אמנם לא חמורה) והעובד ביצע את עבודתו, הוא יהיה זכאי לזכויות שונות מטעם המעביד. לכן ניתנו לתופעה חריגה זו כמה הסברים תיאורטיים.

הסבר ראשון הוא, שהואיל והחווה בטל ועל כן איננו, עצם יחסי העבודה *de facto* (*relation de travail*), משמע העבודה גופא, ללא כל חווה, מולידה את התוצאות האמורות שהמשפט מכיר בהן⁴⁶. הסבר זה אינו מניח את הדעת מכיוון שאינו מסוגל להסביר מדוע במקרה דנא העובד יהא זכאי לא לשכר ראוי בלבד ולא לזכויות אחרות כלשהן כי אם דווקא לזכויות אשר נקבעו בחווה הבלתי חוקי במלואן.

הסבר שני מנסה לבסס את זכויות העובד (בהעדר חווה תקף) על השתלבותו במפעל *lien d'entreprise* בצרפתית; *Eingliederung in den Betrieb* בגרמנית)⁴⁷.

להסבר זה אותו פגם כמו להסבר הקודם: הוא אינו מצליח להסביר ולהשתית את יישומם של החיובים הממשיים שבחווה הבלתי חוקי. נוסף על כך, יש לראות בהשתלבות במפעל מבחן יסודי, תכונה סגולית וסימן היכר ליחסי עובד-מעביד⁴⁸, ובשום פנים ואופן לא את מקורם המשפטי, שהוא חווה העבודה, הגם שהוא בלתי חוקי.

הסבר שלישי ואחרון מסתמך על כך שבמקרה של חווה עבודה — כחווה מתמשך שבו הפעולה היא של צד אחד — העבודה איננה ניתנת להשבה. להבדיל מחוזים אחרים אין לבטלות החווה תוצאות לגבי העבר; דהיינו, היא פועלת רק בנוגע לעתיד ולא למפרע⁴⁹. זהו ההסבר הנכון אליבא דידנו. לאור הסבר זה, לגבי התקופה שבה העובד ביצע את עבודתו על המעביד לקיים במלואן את חובותיו החוזיות. ותהא תקופה זו ממושכת ככל שתהיה, היות שלבטלות אין אחיזה כלפיה, החווה הבלתי חוקי יהא בתקופה האמורה שריר וקיים כמו כל חווה עבודה חוקי. כך ורק כך ניתן להבין מדוע

45 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בדונו בהלכה הנ"ל (ע"א 365/54 מן נ' איזן, לעיל, הערה 11), בעמ' 640.

46 ראה Camerlynck (לעיל הערה 8), בעמ' 188; A. Brun & H. Galland, *Droit du Travail, Mise à jour* (Paris, 1968) 61; Brun; *Travail, Mise à jour* (Paris, 1968) 61; Durand, Rouast, Vitu ו-Freyria כמי שדוגלים באותה דעה.

47 ראה Nikisch (לעיל הערה 28), בעמ' 174, 218; Brun & Galland (לעיל הערה 46), בעמ' 61.

48 ראה ע"ע לא/27-3 עיריית נתניה נ' בירגר, פד"ע ג 177; ע"ע לג/64-3 פורר הנהלת רכוש בע"מ נ' שטסלר, פד"ע ה 108; ע"ע לד/181-0 קוואסמה נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ו' 234; ע"ע לה/56-3 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ברוך, פד"ע ז 169.

49 ראה G. H. Camerlynck & G. Lyon Caen, *Droit du travail* (2^e édition, Paris, 1967) 116-117; Brun (לעיל הערה 8), בעמ' 168; Nikisch (לעיל הערה 28), בעמ' 176; השווה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 624; Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 184, 186-187. ראה גם L. Miller, "Unele efecte ale nulității contractului de muncă" *Legalitatea populară* חוברת 11 (1961). על הסבר זה מבוססת כמדומה לנו גם ההלכה שבע"ע לד/42-3 (לעיל הערה 3), עמ' 360.

העובד, אשר ביצע את עבודתו, יוכל לתבוע מן המעביד את כל זכויותיו שנקבעו בחוזה הבלתי חוקי למרות אי-חוקיותו. כמו כן, גישה זו מסבירה מדוע, על מנת שהחייבים החוזיים יחולו במלואם על שני הצדדים, החוזה הבלתי חוקי לבד וביצוע העבודה לבד אינם מספיקים ויש צורך בשני האלמנטים הללו גם יחד.

מהאמור לעיל עולה, כי חוזה העבודה הבלתי חוקי, אף שהוא בטל בהעדר ביצוע העבודה על-ידי העובד ולמרות, שכאמור, בטלותו במקרה זה היא מוחלטת וטוטאלית, אינו אפס מבחינת המשפט. נהפוך הוא, על אף הכל יש לראות בחוזה הבלתי חוקי מציאות משפטית קיימת, אם כי לאטנטית, המתבטאת, כפי שהוסבר, בכך, שהחוזה הבטל ניתן להיאחז; כלומר, באמצעות ביצוע העבודה על-ידי העובד ניתן להפיה בו חיים ולהפוך על כן את חוזה העבודה הבטל לחלוטין לחוזה תקף במלוא מובן המלה, וזאת לכל משך ביצוע העבודה וללא הגבלה בזמן.

לפיכך, לגבי המקרה הנדון, אנו נאלצים להסתייג מהכלל הקלאסי *ex nihilo nihil* (מלא כלום לא יצמח דבר), או *nil posse creari de nilo* (אין ליצור יש מאין), שאינו מתיישב עם מסקנותינו.

כמו כן, נוכח עמדתנו דלעיל הביטוי "חוזה בטל" שוב אינו נשמע כפי שנאמר⁵⁰:
a contradiction in terms

עמדה זו תואמת את העיקרון המעוגן בסעיף 31 לחוק החוזים, בהיותו עיקרון מקורי שאיננו לקוח משיטת משפט זרה כלשהי, אשר על-פיו "ניתן לבית המשפט שיקול דעת להורות על ביצוע ההתחייבות שניתנה במסגרת חוזה פסול"⁵¹.

סימוכין למסקנתנו מצאנו גם בדין הישראלי מלפני הפעלת חוק החוזים, בתקדימים של השופט זילברג⁵² וכמו כן במשפט הבריטי⁵³.

בקשר לסוגיה הנדונה יש לשאול עוד: מה דינו של העובד אשר גרם לכריתת חוזה העבודה הבלתי חוקי במתכוון, בהתנהגותו הבלתי הוגנת. למשל, קטין שהציג מסמכים לא נכונים על גילו, על מנת להתקבל לעבודה, בעוד שלמעשה הוא לא הגיע לגיל העבודה? במקרה זה תהיינה שתי עילות לפסלות: ביטול החוזה על-ידי המעביד בגין ההטעיה על-פי סעיף 15 לחוק החוזים, והבטלות המוחלטת על-פי סעיף 30 לאותו חוק

50 ראה 65 *Dix, Contracts of Employment* (5th edition, London, 1976).

51 ראה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 618-619, 622-624 וכן הערה 14, ושם בעמ' 191.

52 "אין לומר בפשטות שכל פעולה בלתי חוקית היא חסרת תוקף לחלוטין, ואינה מולידה שום תוצאה משפטית". ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו' 57, 64 (ההדגשה במקור). ובמקום אחר מדובר ב"תוצאה בלתי צודקת, הנובעת בהכרח מאי-הכרה בלתי מסייגת בתקפו המשפטי של חוזה בלתי חוקי". ע"א 110/53 (לעיל הערה 34), בעמ' 1416-1417.

53 ראה J. M. Thomson, "Repudiatory Breach, Illegality and Contracts of Employment", 38 *M.L.R.* (1975) 346 at 348: "the illegality... does not necessarily deprive the contract of all legal effect" ועוד, "To deny an employee his rights, and let an employer forgo his duties in these areas simply because the contract of employment is illegal... would be theoretically unsound as well as undesirable". ראה גם *Cheshire & Fifoot* (לעיל הערה 15), בעמ' 331: "the difference between an act that is valid and an act that is void is, unlike the difference between 'yes' and 'no', between effect and no-effect" (Baumgarten as cited by Cohn, 64 *L.Q.R.* 326).

(כל עוד החוזה לא בוצע על-ידי העובד). עילה אחרונה זו תגבר מדרך הטבע על העילה האחרת ותהפוך אותה למיותרת.

האם במקרה כגון זה לא ישלול העיקרון *actio ex turpi causa non oritur* הענקת הזכויות לעובד הקטין, אפילו כשביצע את עבודתו?

דומה, כי התשובה צריכה להיות שלילית. ראשית, חוק החוזים (חלק כללי) אינו דבק בעיקרון זה וגם לא בעיקרון *in pari delicto potior est conditio defendentis* בצורה אשר היתה מקובלת עד אז; תחת זאת — במקרים הרגילים — הוא מעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב להחליט על תוצאות בטלות החוזה הבלתי חוקי⁵⁴. שנית, במקרה הגדון, כנגד העיקרון הנ"ל יש עקרונות אחרים הגוברים עליו. כוונתנו לעיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין (ביחס למעביד, אילו היה פטור מלשלם לקטין את זכויותיו), ובמיוחד לעקרון הגנת העובד ביחסי עבודה בכלל, והגנת העובד הקטין בפרט, ולעקרון הגנת השכר. תוצאת הפרת חוק מגן, במקרה דגן חוק עבודת הנוער (בכוונת ויתור על ההגנה) אינה יכולה להיות ענישת הסובייקט המוגן בשלילת זכויותיו המגיעות לו בתמורה על עבודתו הבלתי ניתנת להשבה. הרי מוזימתו של הקטין אינה מכוונת נגד המתקשר השני (המעביד) ואינה גורמת לו שום נזק, ולכן אין טעם לפצות את המעביד על חשבונו של העובד הקטין. על כן, הקטין הוטא אינו מתעשר על חשבונו של המתקשר השני ולפיכך אין מקום גם ליישמו של העיקרון "שלא יאה חוטא בשכר"⁵⁵.

ניתן לטעון כי עמדתנו דלעיל, אשר אינה מבדילה (במקרה שבו נעשתה העבודה) בין תוצאות החוזה הבלתי חוקי ובין התוצאות הרגילות של חוזה חוקי, עלולה לפגוע ביעילותם של האיטורים החוקיים המופרים. אולם אין לשכוח כי לחוזה תהיינה התוצאות האמורות רק בנוגע לתקופה שבה העבודה בוצעה, ותמיד יוכל מפקח העבודה לפעול על מנת למנוע המשך העבודה בעתיד. על כן, בסופו של דבר, יעילותו של החוק תהיה פועל יוצא מיעילותו של הפיקוח על החוק. נוסף על כן, במקרה של העבדה בניגוד לחוק, המעביד או הפקידים שהפרו את החוק ישאו באחריות פלילית ובאחריות בנזיקין לפי החוק ולפי העניין. ואשר לדוגמה הנ"ל, בנוגע לקטין עצמו וייתכן שגם להוריו, במקרה של זיוף מסמכים או מעשה פלילי אחר בוודאי ניתן יהיה להעמידם לדין על עבירתם. לכל העובדות האלה יש השפעה מרתיעה בלתי מבוטלת. מכל מקום, בשל סיבה זו המסקנה איננה יכולה להיות שלילת הזכויות החזויות מעובד שעבד תקופת זמן, ולו ממושכת ביותר, על-פי חוזה בלתי חוקי, מבלי שאי-החוקיות תהא חמורה.

יש להוסיף כמה מלים על המקרים הנזכרים בחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה). במקרים אלה, אם המעביד הפר את החוק וקיבל לעבודה את מי שאיננו זכאי לכך, יוכל הצד השלישי (המועדה) לפנות לוועדת התעסוקה, למפקח העבודה או לבית משפט ולהשתדל להביא בדרכים אלה למימוש זכות הקדימה או הזכות הבלעדית שלו. אולם גם כאן אין טעם להעניש את העובד שהתקבל לעבודה בניגוד לחוק בשלילת זכויותיו החזויות שהובטחו לו תמורת עבודתו; שכן, החובה החוקית רובצת על המעביד ולא על העובד

54 השווה פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 618 והערה 14, ושם בעמ' 190; ד' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, א (1976) 382; הצעת חוק 880 (1970) 135—136.

55 ראה פרידמן (לעיל הערה 14), בעמ' 190.

שדובר בו, וייתכן שזה האחרון לא ידע כלל שמעבידו הפר את החוק; ומכל מקום, למעשה קשה להוכיח שהוא היה מדע לכך. המעביד, לעומת זאת, יהיה צפוי לקנס.

ה. תוצאות החוזה הבלתי חוקי

כפי שראינו, בתקופה שבה בוצעה העבודה על-ידי העובד החוזה הבלתי חוקי הוא חוזה תקף לכל דבר, ועל כן הוא מגיב את מלוא תוצאותיו של חוזה עבודה כזה ומקנה לעובד את כל הזכויות הספציפיות שנקבעו בחוזה עבודה הנקשר אתו.

מלבד זאת, העובד ייהנה משורת זכויות המעוגנות בחוק. כך, למשל, על-פי החוק יהא העובד זכאי, בין השאר, לנקיטת אמצעי בטיחות בעבודה, לשעות מנוחה, למנוחה השבועית, לגמול בעבור שעות נוספות, לחופשה שנתית, להגנת השכר, לחופשת מחלה ולדמי מחלה, לדמי פגיעה או לקצבת נכות במקרה של תאונת עבודה, לוותק בעבודה ובמקצוע, לפיצויי פיטורים, להענקת אבטלה במקרה של חוסר עבודה (לפי סעיף 127 י"ח לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח—1968), וסכסוכי העבודה בינו ובין המעביד יהיו כפופים לסמכותו של בית הדין לעבודה. כמו כן, עובדת תהיה זכאית לשכר שווה לזה של עובד.

המאפיין של חוזה העבודה בכלל הוא בכך, שבתמורה למילוי חובה אתה, כלומר ביצוע העבודה המוסכמת, העובד זכאי לקבל מן המעביד מכלול זכויות. הזכויות החוקיות בכללותן, יחד עם החובות שכנגד כל זכות, השייכות ל"מערכת משפט העבודה המגן" או "המסדיר"⁵⁶, מהוות את ה"סטטוס של עובד", משמע מכלול זכויות וחובות סטטורי-טוריות שהן סגוליות למעמדו של עובד.

למרות שזכויות וחובות אלה מעוגנות בחוקים שונים, ניתן לטעון כי חוזה העבודה הוא הגורם להתחלת החוקים הללו על עובד פלוני או אלמוני⁵⁷. החוקים האמורים, רובם ככולם, מתייחסים ל"עובד" או ל"עובדים". מאידך, על מנת לדעת מיהו עובד אנו פונים למבחן ההשתלבות⁵⁸, כשהשתלבותו של העובד במפעל מתממשת — על-פי גישה זו — דווקא באמצעות כריתת חוזה עבודה. גיבוי לעמדה זו ניתן לשאוב מן הקביעה כי "יחסי עובד—מעביד הם, מעל הכל, יחסים חוזיים"⁵⁹.

אף-על-פי כן, לדידנו משפט המגן, לפחות בחלקו הגדול, חל גם על עובדים de facto⁶⁰, היינו על מי שעובד למעשה מבלי שתהא, בינו ובין המעביד, הסכמה, ולו

56 ע"ע לו/2-4 הארגון הארצי של עובדי התעשייה האווירית לישראל נ' התעשייה האווירית לישראל, פד"ע ח 459, 467.

57 ראה Thomson (לעיל הערה 53), בעמ' 348: "There are important areas of labour law ... where the contract of employment is necessary to create the status of employer and employee, but where the obligations arise from the status so constituted and not from the contract". לדעתנו המתבר אינו צורך כשהוא רואה בסטטוס את מקורם של החיובים. למעשה, כאמור, הסטטוס הוא מכלול הזכויות והחובות החוקיות ואלה האחרונות הן בגדר תוכנו של הסטטוס, ולא תוצאותיו.

58 ראה לעיל, הערה 48.

59 ראה ע"ע לה/12-2 (לעיל הערה 19), בעמ' 305.

60 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 183. השווה ע"ע לו/48-3 גינזבורג נ' "נירף" השקעות ופונדיות, פד"ע ח 151, 157: "סטטוס אין יוצרים בהסכם".

אלמנטארית, שבה ניתן לראות חוזה עבודה, אם כי במציאות מקרים כגון אלה הם נדירים למדי. לפעמים החוק עצמו קובע, בהגדירו את המונח "עובד", כי הוראותיו תחולנה לא רק על מי שקשור ב"יחס של עובד ומעביד" (סעיף 1 לחוק הביטוח הלאומי). הוא הדין — כך נוטים אנו לחשוב — גם לגבי ההסכמים הקיבוציים, במובן שהוראותיהם של הסכמים אלה תחולנה אף על מי שעובד במפעל באין חוזה. סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ו—1957 (שלפיו הוראות שבהסכם הקיבוצי בדבר תנאי עבודה רואים אותן כחוזה עבודה בין כל מעביד וכל עובד שעליהם חל ההסכם) אינו סותר את דעתנו, כשאינו בא אלא לקבוע כי הוראות אלה תשמשנה "תחליף לחוזה עבודה אינדיבידואלי"⁶¹.

סייג יחיד לתחולת החוקים דעסקינן על מי שעובד על-פי חוזה בלתי חוקי הוא בכך, ששני הצדדים יהיו רשאים לשים קץ ליחסים ביניהם בכל עת גם בהעדר נימוקים מיוחדים לכך⁶², אם כי במקרה כזה יהא העובד זכאי לפיצויי פיטורים לפי התנאים המקובלים⁶³.

מכוח חוזה העבודה, אף שהוא גרוע באי-חוקיות, יהא העובד זכאי לכל הזכויות שהצדדים הסכימו עליהן, כל עוד זכויות אלה עצמן אינן נוגדות את החוק. הזכויות האמורות יכולות להיות שונות ומשונות, לפי האינטרסים הממשיים שהעובד ולפעמים גם המעביד ביקשו לעגנם בחוזה.

כך, למשל, הצדדים יכולים לקבוע בחוזה כי העובד יקבל ממעבידו (אף כשזכויות אלה אינן כלולות בהסכם הקיבוצי או בתקשי"ר) החזר ההוצאות הכרוכות בהעתקת מאורים, בגדי עבודה או דמי ביגוד, ארוחות במקום העבודה או תשלום בעבור ארוחות, דמי אש"ל, דמי אחזקת רכב, רכב צמוד או קצובת נסיעות⁶⁴, הסעה, דמי אחזקת טלפון ושיחות טלפון, דמי הבראה, משכורת 13, דירת שרד או השתתפות בשכר דירה, דמי מעון או גן בעבור ילדי העובד, דמי לימודים עבור העובד או ילדיו, דמי לימוד נהיגה, דמי ייצוג ועוד זכויות כהנה וכהנה. לפעמים מתחייב המעביד בחוזה לשלם פרמיות בעבור ביטוח חיים של העובד. בפסיקה נדון מקרה של חוזה עבודה שנכרת עם צלם עיתונות, שבו התחייב המעביד לתשלום עוד יותר ספציפי: חלק מערך הביטוח של הציוד המקצועי שבבעלותו של העובד ודמי שימוש בעבורו (בעד בלאי הציוד)⁶⁵. זהו מגוון של זכויות, שהעובד לא יקבל אותן כמובן לפי הפתרון של השכר הראוי.

1. אי-חוקיות חלקית

התזה, לפיה חוזה עבודה הלוקה באי-חוקיות לא יהא בטל אם הוא בוצע על-ידי העובד, אינה חלה במקום שאי-החוקיות היא חלקית בלבד. במקרה כגון זה תחולנה ההוראות הרגילות אשר בסעיפים 19, 30, ו-31 לחוק החוזים, לפיהן אי-חוקיות חלקית של חוזה

61 ע"ע לג/2-7 מדינת ישראל נ' רוזנבלט, פד"ע ה' 42, 48.

62 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 187-188; Nikisch (לעיל הערה 28), בעמ' 174-175, 223.

63 ראה ע"ע לד/42-3 (לעיל הערה 3), בעמ' 360.

64 בעניין זכות אחרונה זו ראה ע"ע לה/4-1 רשות הנמלים נ' ברקת, פד"ע ו' 425, 430.

65 ת"ע לג/1059-3 ישמח נ' י.פ.פ.א. פד"ע ו' עמ' מט, נ.

העבודה תוביל לבטלות חלקית, כלומר לבטלות החלק או החלקים הבלתי חוקיים בלבד. הוראות אלה לא תחולנה רק במקרים שלהלן:

(א) החלק או החלקים הבלתי חוקיים אינם ניתנים להפרדה מיתר חלקי החוזה;
 (ב) יש להגות, כי צד אחד לא היה מתקשר בחוזה לולא החלקים הבלתי חוקיים הכלולים בו והצד האמור מבקש לבטל את החוזה כולו.

המקרים הנ"ל של עובד שהתקבל לעבודה שכולה בלילה במפעל שבו עובדים במשמרות, ושל אישה או קטין שהתקבלו לעבודה אסורה, הם דוגמאות לשתי הסיטואציות הנ"ל גם יחד, שכן התניה בדבר העבודה האסורה אינה ניתנת להפרדה מיתר חלקי החוזה, ומאידך — המעביד לא היה מתקשר בחוזה אלמלא תניה זו.⁶⁶

הסיטואציה השנייה דלעיל היא יישום מובהק של תיאוריית "תכלית החיובים"⁶⁷. גם כאשר במקרה קונקרטי מסוים אין דאות שקוים לפחות אחד משני התנאים דלעיל, יהיה הפתרון בטלות חלקית בלבד. זאת — בהתאם להוראה העקרונית שבסעיף 25(ב) לחוק החוזים שעל-פיה "חווה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל".

במקרה של חווה עבודה הגעשה בניגוד לחוק, התנאי הבלתי חוקי יהא בטל כאמור והתנאי החוקי יחליפו אוטומטית.

כך, למשל, אם הצדדים הסכימו לויתור מראש של העובד על פיצויי פיטורים, ויתור זה אינו תופס⁶⁸ והעובד יהיה זכאי לפיצויים לפי חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג—1963, כמו כל עובד אחר.

כמו כן אם פלוגי, אשר התקבל לעבודה לתקופה קצובה, התחייב לעבוד ביום המנוחה השבועית, או שהתחייב לעבוד שעות נוספות בניגוד לאיסורים שבחוק שעות עבודה ומנוחה, או ויתר על הגמול החוקי בעבור שעות נוספות, יבואו איסורי החוק או הוראות החוק במקום תניות אלה.⁶⁹

אם הוסכם בחוזה, כי אישה עובדת תקבל שכר עבודה הנופל משכרו של עובד המועסק באותה עבודה, תהא הסכמה זו פסולה מכוח חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד—1964, והעובדת תהא זכאית כחוק לשכר שווה לזה של העובד כאמור. כאן האפליה אסורה אפוא על-ידי הוראות מפורשות של החוק.

במקרה אחר נפסק, כי אפליה (בין דיילות לדיילים) נוגדת את אמנת ארגון העבודה הבינלאומי משנת 1958 בדבר אפליה בעבודה ובמשלח-יד וכי "היא מן המידות הנוגדות את הסדר הציבורי" ואת "טובת הציבור" ומגיעתה דרושה ל"תיקון העולם"⁷⁰.

בדומה לכך, בפסק דין צרפתי נפסק כי התחייבותה של דיילת בחוזה העבודה שלא להינשא בכל תקופת עבודתה היא בבחינת תנאי מפלה בין עובדת ועובד ועל כן ביטולה.⁷¹

66 ראה ע"ע לד/42-3 (לעיל הערה 3), בעמ' 360.

67 ראה H. Capitant, *De la cause des obligations* (Paris, 1923).

68 ע"ע לד/8-3 לוסטמן נ' פרל, פד"ע ה' 184, 193.

69 ע"ע לד/42-3 (לעיל הערה 3), בעמ' 360.

70 ע"ע לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח"נ' חזון, פד"ע ד' 365, 372, 377; השווה ת"ע

לא/88-9 אל על בע"מ ואח"נ' ועד אנשי צוות דיילי אוויר, פד"ע ג', עמ' עט, פג.

71 ראה Camerlynck (לעיל הערה 8), בעמ' 186.

כמו כן, בדין הבריטי אפליה בתחום העבודה לפי גזע ומין או אפליה המכוונת נגד נכים או בני אדם נשואים אסורה.⁷²

אם נקבע לעובד בחוזה עבודה שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות, גמול עבודה בעבור המנוחה השבועית או דמי חופשה, בהתאם לחוק רואים את השכר שנקבע כאמור כשכר רגיל; ואילו אם הוסכם בין צדדים לחוזה כי העובד יקבל את מלוא שכרו באוכל, בלינה ובזכויות מגורים, הסדר שכוח פסול הוא כנוגד את חוק הגנת השכר ובמקומו יבוא שכר ראוי.⁷³

חוזה עבודה כלשהו עם חבר הכנסת תמורת משכורת יהא בלתי חוקי לפי סעיף 8 לחוק שכר חברי הכנסת, תש"ט—1949, הקובע כי "אין חבר הכנסת רשאי לקבל משכורת מכל מקור אחר באיזה צורה שהיא". למרות ששכר העבודה הוא בין המידות המהותיות של חוזה עבודה, הרי כאן החוזה יהא פגום באי-חוקיות חלקית (בדבר המשכורת בלבד) היות שהחוק אינו אוסר קשירת חוזה עבודה על-ידי חבר הכנסת, כי אם רק קבלת משכורת.

כששכר העבודה המוסכם נופל באופן בולט ממה שעשוי להיחשב כשכר סביר בעבור העבודה המוסכמת, ההסכמה על השכר לא תתפוס. מקרה זה גדון בספרות הגרמנית תחת השם "שכר ניצול" (Lohnwucher). יראו את השכר המוסכם כשכר ניצול גם כשהשכר הוא בלתי יציב או בלתי בטוח במיוחד, כשנקבע בחוזה שייעשו ניכויים ניכרים משכר העובד בשל עבודה לא תקינה או כשמסכימים שתוטל אחריות כספית מופרזת של העובד המופקד על משק וכספים.⁷⁴ במקרים מעין אלה, במקום השכר המוסכם יבוא השכר שנקבע בהסכם קיבוצי ובהעדר שכר שכזה, שכר ראוי. במקרה אחרון זה החוזה יהא בלתי חוקי כנוגד את החוק שבמנהג, הואיל, וכאמור, השכר הראוי הוא השכר הנהוג כלפי סוג מסוים של עובדים.

גם במקרים אחרים, שבהם תנאי זה או אחר של עבודה, שנקבע בחוזה עבודה, נוגד את ההסכם הקיבוצי או את התקשי"ר, התנאי ההוא יהא בטל כבלתי חוקי במובן הרחב של המונח, ותנאי שבהסכם הקיבוצי⁷⁵ או בתקשי"ר⁷⁶ באותו עניין יתפוס את מקומו. לעתים כוללים הצדדים ביוזמת המעביד בחוזה עבודה הגבלה של חופש העיסוק של העובד (restraint of trade), במשך תקופת קיומו של החוזה או — יותר שכיח — אחריה, על מנת למנוע מן העובד לגלות סודות ייצור או סודות עסקיים אחרים או לפתוח בתחרות בלתי רצויה. לפי הנסיבות הממשיות, ובמיוחד לפי היקף ההגבלה, משכה והשטח שעליו היא חלה, תניה זו יכולה להיות סבירה⁷⁷, בלתי סבירה⁷⁸, או בלתי

72 ראה Chitty (לעיל הערה 21), כרך ב' 540—541.

73 ע"ע ל"ה/12—2 (לעיל הערה 19), בעמ' 300, 305, 306; ראה גם לעיל, פרק ג.

74 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 186, 195—196.

75 ע"ע לה/4—1 (לעיל הערה 64); ע"ע לג/2—7 (לעיל הערה 61).

76 ע"ע לה/58—3 עיריית ת"א נ' יעקבי, פד"ע ז 236, 240.

77 ע"א 136/56 פוקס נ' אילן את עיצוני בע"מ, פ"ד יא (1) 358; ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות "עמל", פ"ד כט (2) 718.

78 ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ נ' קרויסטיאנפולר, פ"ד כט (1) 316; ע"א 136/64 "פרנסיתקס" תעשיית אריגי ז'קרד ואח' נ' ארציפל, פ"ד יח (3) 617.

סבירה באופן קיצוני⁷⁹. המבחן הקובע הוא אפוא מבחן סבירות ההגבלה (test of reasonableness).

כפי שנאמר בפסיקה הצרפתית, הגבלה כגון זאת צריכה להותיר לעובד את האפשרות לקיים באופן תקין את פעילותו המקצועית⁸⁰. במשפט הבריטי מוטעם, שההגבלה אינה צריכה להוביל לעיקורו המקצועי של העובד ועל אחת כמה וכמה שאינה צריכה להפוך את העובד ל"עבד" או ל"רכוש" של המעביד⁸¹.

אם ההגבלה היא סבירה, התניה האמורה תהא תקפה; אם היא בלתי סבירה, או תניה הפוגעת בחירותו של העובד תהא בטלה כנוגדת את תקנת הציבור לפי סעיפים 19 ו-30 לחוק החוזים (ולא כבלתי חוקית), מבלי שפסלות זו תשפיע על יתר חלקי החוזה. כל אימת שהחובה מכיל הגבלה מעין זו הוא יהיה *prima facie void*; כלומר, קיימת חזקה שההגבלה היא בלתי סבירה ועל המעביד להזים חזקה זו ולהוכיח כי ההגבלה מוצדקת⁸².

בגרמניה החוזים שמדובר בהם ידועים בשם "חוזים הכובלים את העובד" (Knebel-*ungsverträge*), קטגוריה הכוללת גם מקרים אחרים של קיפוח העובד, כגון הכללתם בחוזה העבודה של עונשים חמורים שניתן להטיל על העובד או שיתופו במידה רבה של העובד בהפסדי המפעל⁸³.

תנאי בחוזה העבודה, אשר קובע שהעובד מתחייב שלא להצטרף לארגון עובדים כלשהו או לארגון עובדים מסוים, יהא בטל⁸⁴ כנוגד את אמנות ארגון העבודה הבינלאומי 87 מ-1948 ו-98 מ-1949 בעניין זכותם של העובדים להתארגן, אמנות שאושרו על-ידי מדינת ישראל.

לעומת זאת, התחייבותו של העובד שלא להשתתף בשביתה במקרה שתפרוץ כזו במפעל תהא בלתי חוקית ובטלה⁸⁵ כסותרת את סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים שעל-פיו: "השתתפות בשביתה לא יראו כהפרת חובה אישית". בהוראה זו, אליבא דידנו, מעוגנת זכות העובדים לשבות. אי לכך, דומה כי בשביתה יש לראות יותר מאשר "מעין מסורת מקודשת"⁸⁶ ואף יותר מאשר "חירות" בלבד⁸⁷, בהיותה זכות משפטית במלוא מובן המונח.

לפעמים הצדדים לחוזה העבודה קובעים את שכר העבודה בצורה כזאת שהוא יחויב במס ששיעורו נופל מן המס המגיע לאמיתו של דבר. חוזה כזה, הנעשה מתוך כוונה

79 ע"א 369/74 "מרומאנספמ" נ' זכאי ואח' פ"ד ל (1), 792, 799. ראה גם Anson (לעיל הערה 15), בעמ' 339-342.

80 ראה Brun (לעיל הערה 8), בעמ' 147.

81 ראה Chitty (לעיל הערה 21), כרך א' 459; כרך ב' 539. ראה גם באופן כללי על הנושא הנדון כרך א' 447, 453-459; כרך ב' 560-561.

82 ראה Cheshire & Fifoot (לעיל הערה 15), בעמ' 368-383.

83 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 196-197.

84 השווה Chitty (לעיל הערה 21), כרך ב' 588-589.

85 במשפט הבריטי, התחייבותו של העובד שלא לשבות, אם היא נובעת מן ההסכם הקיבוצי, קבילה בתנאים מסוימים הנקבעים על-ידי החוק. ראה Chitty (לעיל הערה 21), כרך ב' 549-551.

86 ע"א 25/71 פינשטיין נ' ארגון מורי בתי-הספר העל יסודיים, פ"ד כה (1), 129, 131.

87 ראה 34 Frances Raday, *The Law of Strikes in Israel*, vol. I (Jerusalem, 1974).

לרמות את שלטונות מס ההכנסה, הוא חוזה למראית-עין (סימולאציה), וזהו עוד מקרה של אי-חוקיות חלקית של חוזה העבודה.

כך, למשל, גרשם במקרה אחד חלק ממשכורתו של העובד כ"הוצאות", כדי להפחית את המס⁸⁸; במקרה אחר התחייב המעביד, לשם אותה מטרה, לשלם לעובד פיצויי פיטורים בתשלומים חודשיים, בעוד שלמעשה לא פוטר העובד⁸⁹, ופעם אחרת נקבע חלק מן המשכורת כתשלום עבור שעות נוספות פיקטיביות⁹⁰, תשלום שהיה חייב במס מוקטן.

בשלושת המקרים הנ"ל פסק בית המשפט העליון כי ההסכם שנעשה לשם השגת מטרה בלתי חוקית הוא בלתי חוקי גופא ואין התובע יכול לתבוע על-פיו. בצדק החליט בית המשפט כך, היות שלפי סעיף 13 לחוק החוזים: "חוזה שנכרת למראית-עין בלבד — בטל". יחד עם זאת, לדעתנו טעה בית המשפט בכך שלא ניסה לגלות את ההסכם המוסווה בין הצדדים, הלא הוא ההסכם האמיתי, הנסתר מאחורי ההסכם המדומה והבלתי חוקי. קרוב לוודאי שבכל שלושת המקרים היתה כוונת המתקשרים שהעובד יקבל בתור שכר רגיל את הסכומים שנקבעו למראית-עין כ"הוצאות", כ"פיצויי פיטורים" או כ"גמול עבור שעות נוספות". אם אכן זאת היתה כוונת הצדדים, היה צריך בית המשפט לתת תוקף להסכם האמיתי ולסייע לתובע בביצוע הסכם זה, שכן סעיף 13 הנ"ל אינו פוסל את ההסכם האמיתי. כך היה גם אוצר המדינה מקבל את המס המגיע לו. להחליט אחרת ולגרום לנפילת החוזה המוסווה האמיתי יחד עם החוזה המוסווה המדומה כמוהו כשפיכת התינוק יחד עם מי האמבט.

באותה רוח הטעים ז' צלטנר, כי "בכל מקרה ישחדל בית-המשפט לגלות את כוונתם האמיתית של הצדדים ולהגשימה. פירוש הדבר כי... יכבד בית המשפט את החוזה הנסתר, אלא אם קיימות סיבות מיוחדות לנהוג אחרת, כגון אי-חוקיות העיסקה הנסתרת"⁹¹.

פרופ' טדסקי הסביר לאחרונה, כי "בעוד שבכוח הסימולאציה לבטל את החוזה המוסווה אין היא מבטלת החוזה המוסווה... אין ספק כי חוזה מוסווה הוא תקף כל יאמת שקיימות בו המידות הדרושות", ולפיכך "העיסקה תתקיים לפי כוונת הצדדים האמיתית, ואוצר המדינה יקבל את המס הנכון במלואו"⁹².

בספרות הבריטית נאמר כי חוזה עבודה למראית-עין במקרה הנדון פסול הוא כבלתי חוקי, אך לא מצאנו בה את ההבחנה האמורה בין גורלו של החוזה המוסווה לתוצאותיו של החוזה המוסווה⁹³. לעומת זאת, בצרפת הסאנקציה המקובלת באותו עניין נעוצה בכך שנותנים תוקף לחוזה המוסווה⁹⁴.

88 ע"א 352/68 סיון נ' רייזמן, פ"ד כב (2) 683.

89 ע"א 234/61 עהר נ' מחסני ערובה, פ"ד טז (1) 136.

90 בג"צ 165/63 הרצו נ' הממונה על נביית השכר ואח', פ"ד יז (4) 2581.

91 ראה צלטנר (לעיל הערה 54), בעמ' 182.

92 ראה ג' טדסקי, "חוזה למראית עין ודבר פסלותו", משפטים ח (1978) 507, 510, 512.

93 ראה Cheshire & Fifoot (לעיל הערה 15), בעמ' 342; Chitty (לעיל הערה 21), כרך ב' 630, 540.

94 ראה Mazeaud (לעיל הערה 23), בעמ' 746.

לפי הפתרון המוצע, בית המשפט יצהיר על פסלות ההסכם למראית-עין והחווה יתבצע אפוא בהתאם לרצונם האמיתי של המתקשרים, כשהשכר יחויב כולו בשיעורי המס הנכונים, וזאת אף למפרע, בכפוף להתיישנות הפיסקאלית. גשארית רק בעיית דרכי הוכחת החווה הנסתר, בעיה אשר בתחומה של חוזה עבודה על-פי רוב איננה קשה כל כך, כפי שניתן לראות אף מהדוגמאות הנ"ל.

ולבסוף, כאשר בחווה עבודה בלתי חוקי, אשר היה לחווה תקף הודות לביצועו על-ידי העובד, ישנה תניה מסוימת שאף היא בלתי חוקית, תהיה התוצאה פסלותו החלקית בלבד של החווה, כמו בכל יתר המקרים שנדונו בפרק זה. זאת דווקא בזכות הכוח שבביצוע העבודה להחיות את החווה הפסול, כפי שהוסבר לעיל.

4. אי-חוקיות חמורה

מלבד הדוגמאות שנדונו עד כאן, המהוות את רוב המקרים, שבהן, כפי שראינו, למרות אי-חוקיותו של חוזה העבודה, עשוי ביצועו על-ידי העובד לתת תוקף לחווה, ישנו מיעוט של מקרים שבהם החווה טמא באי-חוקיות חמורה ועל כן, בין אם החווה בוצע על-ידי העובד ובין אם לאו, הוא יהיה פסול לחלוטין ולא יצמיח תוצאות שהמשפט מכיר בהן. שכן, אי-חוקיות כזאת אינה מתיישבת עם כיבוד החווה על-ידי בתי המשפט.⁹⁵

דוגמה בולטת לכך היא זו של חוזה עבודה הנקשר למען ביצוע פשע. למשל, ביום 9.2.78 נמסר בשידורי ישראל (בראדיו) שבמרחב דן גילתה המשטרה כנופיית פורצים ובה מספר נערים "שעבדו" תמורת שכר חודשי, ובראשה אדם מבוגר ("המעביד"), שקבע היכן יפרצו ומתי יגנבו.

לדידנו, במקרה כזה לא זו בלבד שה"עובד" לא יוכל לתבוע את מה שהוסכם בינו ובין ה"מעביד" (היינו, את "זכויותיו החוזיות"), אלא שהוא לא יתאזכר אפילו לזכויות הנובעות ממשפט העבודה המגן⁹⁶ או לשכר ראוי⁹⁷. לדוגמה, אם נפגע "העובד" תוך-כדי עבודתו או עקב עבודתו, לא תיחשב פגיעתו כפגיעה בעבודה כמשמעותה בחוק; אם חלה "העובד" בתקופת העבודה הוא לא יתאזכר לדמי מחלה; ודומה עלינו, שהסכסוכים בינו ובין "מעבידו" לא יהיו נתונים לסמכות בית הדין לעבודה, היות שאין כאן, לאמיתו של דבר, יחסי עובד-מעביד כמשמעותם בחוק, וזאת דווקא כתוצאה מחומרת אי-החוקיות.

95 לעניין מבחן חומרת אי-החוקיות ראה ע"א 365/54 (לעיל הערה 11), בעמ' 1619; ע"א 198/75 הוזן ואח' ב' ניהאד, פ"ד ל (1) 421, 430; פרידמן (לעיל הערה 18), בעמ' 640; Cheshire & Fifoot (לעיל הערה 15), בעמ' 329 ואילך, 335; Chitty (לעיל הערה 21), כרך א' 492, המדבר על כוונה שהיא "grossly criminal or turpitudinous"; Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 192.

96 ראה Nikisch (לעיל הערה 28), בעמ' 217; לדעה נוגדת ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 192, הגורס כי אפילו במקרים מעין אלה (כגון החזקת סדנה לזיוף כספים או בית זונות עם "עובדים או עובדות בשכר") לפחות חלק מן הזכויות החוקיות תחולנה על ה"עובדים".

97 ראה לעיל הערה 25, והטקסט שלידיה.

בקשר לכך ניתן לשאול, מהי בכלל אי-חוקיות המורה ומתי ניתן לומר על חווה עבודה בלתי חוקי שהוא פגום באי-חוקיות המורה; דהיינו, מהו קו ההפרדה בין אי-חוקיות המורה ובין אי-חוקיות סתם, שאיננה המורה.

כפי שראינו, האופי הפילי של מעשה המתקשרים בחווה עבודה או של אחד המתקשרים, או העובדה שהחווה נוגד את תקנת הציבור, אינם מספיקים, כשלעצמם, כדי להטביע על ההסכם תו של אי-חוקיות המורה, שאינה ניתנת למרפא.

מבלי שנוכל לקבוע קריטריון אחיד ובטוח להפרדה, ניתן לדעתנו לומר, כי החווה נגוע באי-חוקיות המורה כל אימת שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם לא רק בלתי חוקיים, אלא בו בזמן גם בלתי מוסריים באופן בולט, או כשהחווה צופן בחובו סיכון רב לעניין ציבורי או פוגע ישירות בעניין כזה.

עם זאת, הערכת חומרת אי-החוקיות בכל מקרה ומקרה נשארת בגדר שאלה עובדתית, שיש לפתור אותה *in concreto*, שאלה הגתונה לשיקול דעת שיפטי.

המקרים שבהם נער או אישה מתקבלים לעבודה אסורה ומבצעים אותה בעליל, וכיוצא באלה — למרות שניתן לומר, שגם בהם מטרת האיסור החוקי היא להגן על עניין ציבורי — הם מקרים חריגים; שכן, כאן הסובייקט המוגן גופא מותר על ההגנה מרצונו החופשי, וכאמור, אין טעם להענישו על כך בשלילת זכויותיו.

לעומת זאת, אליבא דידנו החווה, אף כשהוא בוצע, יהא בטל, על כל התוצאות הנ"ל, במקרה של אדם שהתקבל לעבודה כנהג מכוננית בתקופה שבה נשלל ממנו רשיון הנהיגה או כטייס ללא רשיון חוקי. וסביר להניח שהוא הדין במקרה של רופא, רוקח (שאינם עולים חדשים) או השמלאי, שהתקבלו לעבודה ועבדו בניגוד לחוק, ללא רשיון.

בפסיקה הישראלית לא מצאנו תקדימים בעניין זה בתחום דיני העבודה. נדגים אפוא בכמה מקרים מן הפסיקה הזרה. כפי שהוזכר, בגרמניה ובצרפת הוחלט, כי חווה עבודה עם אורח זר שלא השיג היתר עבודה הנדרש על-פי החוק הוא בטל כנוגד את האינטרס הציבורי⁹⁸. ואולם, לדעתנו, במקרה כזה למרות שהחווה אכן לוקה באי-חוקיות, זו אינה המורה ואין בה די כדי לשלול מהעובד שביצע את עבודתו את זכויותיו, במלואן או בהלקן. בצרפת סירב בבית משפט להעניק לאישה שעבדה בתור עוזרת בבית בושת אפילו את השכר בעבור עבודתה בהכריו כי חווה העבודה איתה סותר את המידות הטובות. המחברים האקדמיים קיבלו פסק זה ללא ביקורת⁹⁹. אף-על-פי כן חושבים אנו, כי במקרה זה ספק אם היה החווה בלתי חוקי ובלתי מוסרי, שכן לעבודתה של התובעת לא היתה זיקה ישירה למטרתו של ה"מפעל" של המעביד. מכל מקום, דומה שכאן לא היה החווה פגום באי-חוקיות המורה העשויה להצדיק שלילת שכר העבודה. בהקשר זה נזכיר, שלא מכבר נרשמו בארץ יצאניות במוסד לביטוח הלאומי, לרבות לצורך ביטוח פגיעה בעבודה¹⁰⁰. התעסקות בנות לא נחשבת אפוא כסיבה לשלילת של חלק לפחות מן הזכויות הסוציאליות.

98 ראה לעיל הערה 8.

99 ראה 578—579 *I. Savatier, in Droit social* (1964) Camerlynck; (לעיל הערה 8), בעמ' 169.

100 Brun; (לעיל הערה 8), בעמ' 169.

100 ראה ידיעה על כך בהארץ מיום 7.3.78.

לעומת זאת יש לקבל את ההלכה הצרפתית, שעל־פיה חוזה עבודה של מי שעבד בשביל האויב בזמן המלחמה — בטל¹⁰¹.

כשחוזה העבודה אמנם היה טמא באי־חוקיות חמורה, אולם העובד לא ידע על כך, הוא ידע זכאי למלוא זכויותיו החוקיות והחוזיות¹⁰². זהו מה שקרה למדפיס אחד, שגילה רק בסיומה של הדפסת חומר מסוים שיש בו דברי דיבה המכוונים נגד אדם אחר¹⁰³.

על המקרה של חוזה עבודה הנגוע באי־חוקיות חמורה יחולו העקרונות המקובלים, כמו *in pari delicto* או *ex turpi causa non oritur actio*, שעל־פיהם אי־החוקיות היא "מגן ולא חרב"¹⁰⁴.

לסיכום יציין, שהמקרה של חוזה עבודה שבו אין למעביד כשירות משפטית (בהיותו קטין או פסול דין) דומה בתוצאותיו למקרה של חוזה עבודה בלתי־חוקי באופן חמור בכך, שבמקרה הראשון כמו בזה האחרון העובד שביצע את החוזה לא יוכל, לפחות לפעמים, לתבוע את זכויותיו מן המעביד הבלתי כשיר. וזאת, מפני שכאן אנו עדים להתנגשות בין שני אינטרסים מוגנים — זה של העובד וזה של המתקשר הבלתי כשיר¹⁰⁵ — ודומה כי ההגנה של זה האחרון גוברת על ההגנה שכל עובד נהנה ממנה.

101 ראה Brun (לעיל הערה 8), בעמ' 169.

102 השווה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 192.

103 ראה Anson (לעיל הערה 15), בעמ' 351—352.

104 ע"א 112/76 עובד המנהל פיסמול נ' עורפו בע"מ, פ"ד לא (2) 466, 474.

105 ראה Hueck (לעיל הערה 8), בעמ' 190—191.