

זכויות יסוד, חקיקת מגן ותוס לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה

מאת

חני אופק-גנדלר*

מבוא. א. על עקרון תום הלב. ב. על חקיקת מגן. 1. כללי; 2. צדק פרטי – ההנחה בדבר חולשת העובד; 3. צדק קבוצתי – הגנה על קולקטיב העובדים; ג. חקיקת המגן כממד קוגנטי של זכויות יסוד. ד. הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב – ניתוח ביקורתי. 1. זכויות יסוד ועקרון תום הלב; 2. עקרון תום הלב והממד הקוגנטי של זכויות יסוד; 3. עקרון תום הלב והממד הדיספוזיטיבי של זכויות יסוד; ה. סיכום.

מבוא

לפני כחמש שנים הושלכה אבן למימיו השקטים של משפט העבודה המגן, בדמות האמרה כי "עשויים להיות מקרים בודדים, ולו נדירים ביותר, בהם... יגבר חוסר תום ליבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס הנובעת ממנה"¹. אמרה זו, כדרכה של אבן המושלכת לאגם, יצרה גלים וזרמים שבעטיים משפט העבודה המגן אינו עוד חוף מבטחים לעובדים הנזקקים לחקיקת המגן לשם מימוש זכויותיהם הבסיסיות והיסודיות. ההלכה בנוגע ליישומו של עקרון תום הלב במשפט העבודה המגן טרם נתייצבה בישראל באופן סופי ומוחלט. בקצה האחד של הקשת נמצאים השופטים המתנגדים באופן עקרוני ונחרץ להכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב,² ובקצה השני נמצאים

* דוקטור למשפטים. העמדה המובאת במאמר זה מבטאת את עמדתה הפרטית של המחברת. ברצוני להודות לד"ר יוסף גנדלר, לגיחית שריקי, לעינב גולומב ולרינת סמולניק על הערותיהם המועילות ועל הזמן שהקדישו כדי לסייע לי בגיבוש הרעיון שבבסיס המאמר. כן ברצוני להודות לעוזר המחקר רועי גיא-גרין על עבודתו המסורה. לבסוף ברצוני להודות לחברי מערכת משפטים ולקורא האנונימי על הערותיהם המקיפות והחדות. האחריות לטעויות, ככל שתמצאנה, היא שלי בלבד.

1 דב"ע (ארצי) נה-3/145 מדינת ישראל – בוכריס, פד"ע ל(2) 67 (1997).

2 ראו לעניין זה דעת השופט אדלר בע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קידור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002); השופט פליטמן בע"ע (ארצי) 300064/96 קרני נ' אביב, פד"ע לו 241 (2000).

שופטים הנוטים להכפיף בליברליות את חקיקת המגן לעקרון תום הלב.³ בתווך מצויים שופטים המכירים באופן עקרוני בכפיפותה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב, אך טרם יישמו הכרה זו הלכה למעשה.⁴ את המקרים שעוררו את השיח בדבר הכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב ניתן לחלק לשלושה: הסוג הראשון כולל מקרים שבהם הוגשה התביעה עם סיום יחסי העבודה, לאחר הסתמכות רבת-שנים. הטענה היא כי הגשת התביעה בעיתוי זה מהווה חוסר תום לב מצד העובד, שכן המעביד כלכל את צעדיו על סמך מצג של העובד כאילו מיצה את זכויותיו. בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה נטמנו הזרעים להתחשבות בשיקול זה.⁵ פסיקת בתי הדין האזוריים לעבודה בנושא זה אינה עקיבה. מחד גיסא יש פסקי דין המעניקים משקל מכריע לשיקול זה,⁶ ומאידך גיסא יש פסקי דין הנמנעים מלייחס לו כל משקל.⁷

סוג המקרים השני כולל מקרים שבהם נתן המעביד למועמד לעבודה את האפשרות לבחור בין העסקה במסגרת יחסים של עובד-מעביד (ואז הכנסתו השוטפת נמוכה יחסית אך הוא נהנה מתנאים סוציאליים וממדיה מסוימת של ביטחון תעסוקתי) לבין העסקה במסגרת יחסים של קבלן או משתתף חופשי (ואז הכנסתו השוטפת גבוהה יחסית ומפצה על היעדר תנאים סוציאליים והיעדר מוחלט של ביטחון תעסוקתי). בסוג המקרים הזה,

3 ראו פסק דינה של השופטת ברק בעניין בוכריס, לעיל ה"ש 1, ולטעמיה המפורטים ראו פסק דינה בדב"ע (ארצי) 237/97 שמואל – מדינת ישראל – רשות השידור, פד"ע לו 577 (2001).

4 ראו לעניין זה את הדעות השונות בדב"ע (ארצי) נ/3-54 לנקרי – א.ג.ש חברה להחזקת נכסים והשקעות בע"מ, פד"ע לו 361 (2000). כן ראו את דעת השופט רבינוביץ' בעניין שמואל, לעיל ה"ש 3, בו העדיף את עקרון הודאות במשפט על עשיית צדק מוחלט עם המעביד.

5 בעניין קרני, לעיל ה"ש 2, ייחס השופט רבינוביץ' משקל לעובדה כי במשך 20 שנה נמנע התובע מלהעלות את טענותיו בדבר קיומם של יחסי עבודה: "התנהגות כזו אומרת דרשני. במשך עשרים שנה בחר המערער כביכול לא לנטור את כרמו שלו, ורק לאחר שניתן לו 'גט כריתות' על ידי המשיבה, בחר להופיע כעובד. אם סבר המערער, שעובד הוא, היה לו די זמן והותר להעלות דרישותיו בנושא זה, כפי שיש לצפות ממי שאמור לנהוג בתום לב". בדב"ע (ארצי) נ/3-188 א.י. בי. סי ניו אינטרקונטיננטל אינק – מור, פד"ע כח(1) 284 (1995), נאמר בהקשר לסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 76, כי "אין אנו רשאים להתעלם מהעובדה שמור עבד באותה מתכנת כ-11 שנים וכל אותה תקופה ראה גם הוא את עצמו כמי שהוראות החוק בכל הנוגע לתשלום גמול שעות נוספות אינה חלה עליו".

6 ע"ב (אזורי ת"א) 33983/97 שחורי – מימד ציוד משרדי ודפוס בע"מ, תק-עב 2000(1) 13982 (2000), בו נאמר: "לא נוכל לתת יד למצב בו מקבל התובע את כל מה שבקש, מגיע לסיכום דברים עם המעביד, אך שומר בלבו את תביעתו לגמול שעות נוספות עד לסיום תקופת עבודתו. חוסר תום לבו של העובד במקרה דנן הוא אותו חוסר תום לב משוער הגובר על הזכות הקוגנטית".

7 ע"ב (אזורי ב"ש) 300746/97 אבו סבילה – אליקים בן ארי בע"מ, תק-עב 99(4) 13 (2000), בו נאמר: "במקרה שלפנינו לא הסכים התובע למעמד של קבלן וכל 'חוסר תום הלב' מצדו מתבטא באי עמידה על זכויותיו בזמן הראוי לדעת הנתבעת. אין לקבל עמדה זאת. זכותו של התובע לתבוע את זכויותיו כל עוד אלה לא החיישו".

המועמד לעבודה בחר במסגרת יחסים של קבלן או משתתף חופשי, ולאחר פרק זמן של העסקה במסגרת יחסים כזו (ובדרך כלל עם תום יחסי ההעסקה) מבקש המועמד כי יכירו בו כעובד הזכאי לזכויות סוציאליות בהתאם לשכרו השוטף הגבוה.⁸

בסוג השלישי של מקרים שעוררו דיון ביחס בין חקיקת המגן לבין עקרון תום הלב ניתנו לעובד טובות הנאה כפיצוי על הסטייה מהוראות הקוגנטיות שבחוקי העבודה. טובות ההנאה האמורות יכולות להיות משני סוגים: הטבות בעין (כגון מגורים או ביגוד כתחליף לחלק משכר המינימום המגיע לעובד) או הטבות כספיות (כגון קביעת שכר גלובלי גבוה כתחליף לתשלום שעות נוספות).

יצוין, כי גם בקבוצות מקרים אלה לא תמיד דחה בית הדין את תביעת העובד; בית הדין הדגיש כי הכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב תיעשה "במקרים נדירים ביותר", שבהם חוסר תום הלב "משווע לשמים" על פי קריטריונים אובייקטיביים.⁹ עוד יצוין כי הפסיקה הכפיפה אף את המעביד (ולא רק את העובד) לעקרון תום הלב. הכפפה זו מעניקה לבית המשפט גמישות לערוך מאזן של חוסר תום לב: כאשר חוסר תום הלב של המעביד גובר על חוסר תום הלב של העובד, בית הדין נכון להושיט לעובד סעד על אף חוסר תום הלב מצדו.¹⁰

8 ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל – הכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2002); דב"ע (ארצי) נז/3-56 שפיר – נתיב ביצוע תעשייתי בע"מ, פד"ע לב 241 (1999); ע"ע (ארצי) 300275/98 ויסלר – מוקד (1973) תאגיד לחקירות פרטיות, תק-אר 2000 (4) 33 (2000); ע"ב (אזורי ת"א) 301213/98 רותלוי – חמת ארמטורות ויציקות בע"מ, תק-עב 2003 (3) 40 (1998); ע"ב (אזורי ת"א) 3-2435/97 בן ברוך – ד. ברנר חברה לבנין בע"מ, תק-עב 2000 (1) 265 (2000); ע"ב (אזורי ת"א) 3348/94 בשן – מדינת ישראל – שירות התעסוקה, תק-עב 2002 (1) 372 (2002).

9 ברוך זו החליט בית הדין לחייב מעביד בתשלום של שכר מינימום, דמי הבראה והוצאות נסיעה למתמחה במשפטים, שהסכים לעבוד ללא תמורה בתקופת התמחותו אלא בתשלום סמלי בלבד. התביעה הוגשה סמוך לתום תקופת ההתמחות. המאמן טען שיש לדחות את התביעה מחמת חוסר תום לב של המתמחה שכן זה הטעה אותו כאשר לתשלום המגיע לו, ושאל היה יודע את העובדות לאשורן לא היה מעסיקו כלל. מנגד טען המתמחה לחוסר תום לב עקב כך שמאמנו ניצל את כוחו כמי שרשאי לאמן מתמחה וכן את חולשתו כדי להשיג עבודה בתשלום סמלי. בית הדין קיבל את התביעה פה אחד. השופט אדלר קבע כי אף לו סבר שבמקרים נדירים ביותר תוכל הטענה בדבר חוסר תום לב לגבור על הקוגנטיות של החוק, מקרה זה אינו בא בגדר המקרים האמורים. השופט ארד הוסיפה והטעימה כי אין לייחס למתמחה חוסר תום לב עקב היותו במצב של חולשה ועקב חוסר-השוויון המובנה בינו לבין המאמן. מהערה זו הסתייג הנשיא אדלר, שכן לדידו גם צד חלש יכול להיות חסר תום לב (ראו ע"ע (ארצי) 1182/02 קאזיס – ארייס, תק-אר 2002 (3) 1586 (2002)).

10 ע"ע (ארצי) 300245/97 אסולין – רשות השידור, פד"ע לו 689 (2001). בעניין זה נקבע כי רשות השידור פעלה בחוסר תום לב כשהתנתה את המשך העסקתם של התובעים בהקמת חברות עצמאיות, וזאת כדי להתחמק מחובותיה מכוח משפט העבודה. עוד נקבע כי גם העובדים פעלו בחוסר תום לב בכך שהסכימו למסגרת משפטית פיקטיבית זו. בשל חוסר תום לב הדדי זה נדחתה טענתה של רשות השידור כי אין להושיט לתובעים סעד מחמת חוסר תום לבם.

האם סיוג ההלכה למקרים של "חוסר תום לב משווע" מצד העובד מצמצם את החשש מפני פגיעה משמעותית בזכויות העובדים? לדעתי התשובה לכך שלילית, וזאת משלושה טעמים הכרוכים זה בזה. ראשית, ייתכן פער מסוים בין הרטוריקה לבין יישומה. פער אפשרי זה בא לידי ביטוי בעניין אבו עסא.¹¹ באותו עניין דובר בעובד שתפקידו היה לשמור על אתר בנייה. העובד ביקש לקבל מגורים באתר הבנייה, ותמורתם הסכים לשכר הנמוך משכר המינימום ודירת על זכותו לחופשות. תביעת העובד לזכויות הקבועות בחקיקת המגן נדחתה בין היתר בגין העוול שנגרם למעביד שהוטעה. הנכונות לייחס חוסר תום לב משווע לעובד חסר קורת-גג, שוויתר על זכויותיו מכוח חקיקת המגן כדי לזכות בקורת-גג, מלמדת כי הרטוריקה המצמצמת את ההלכה למקרים של חוסר תום לב משווע אינה בהכרח ערובה מספקת מפני פגיעה בזכויות משמעותית בזכויות העובדים. שנית, כדרכם של מושגי שסתום, גם המושג "חוסר תום לב משווע" הוא מושג נזיל וסכנת המדרון החלקלק אורבת לפתחו. סכנה זו באה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית בעניין הופמן. באותו עניין, שיפורט בהרחבה בהמשך, שלל בית המשפט מעובד זר בלתי-חוקי את זכויות הקבועות בחקיקה מאחר שהונה את המעביד בכך שזייף את מסמכיו ויצר מצג כאילו שהייתו בארצות-הברית היא חוקית. באותו עניין יש להניח כי אילו ידע המעביד את העובדות לאשורן לא היה מעסיק את העובד אלא בוחר תחתיו עובד חוקי (ולעובד כזה ממילא היה מחויב לשלם את המגיע לו על פי החקיקה). דעת הרוב דחתה את תביעת העובד מחמת המרמה וההטעיה באשר לחוקיות שהייתו בארצות-הברית.¹² ההנאה מחקיקת המגן בישראל אמנם אינה תלויה בחוקיות שהייה בארץ, ולאחרונה קבע בית הדין האזורי לעבודה כי תביעה של עובד זר בלתי-חוקי לזכויותיו הסוציאליות אינה נגועה בחוסר תום לב מחמת חוסר מעמדו החוקי בארץ.¹³ עם זאת, ההלכה האמריקנית, שנפסקה על חודו של קול, מלמדת עד היכן יכול עקרון תום הלב להובילנו. שלישית, את הפגיעה בזכויות יסוד של עובדים יש לבחון בראייה רחבה, הכוללת גם את המקרים שבהם עובדים נמנעו ממימוש זכויותיהם עקב הכרסום בוודאות הדין, ולא רק את המקרים שבהם קיבל בית הדין את הטענה. הכרסום בוודאות הדין מובנה בטענת חוסר תום הלב, אפילו אם זו תוגבל למקרים של חוסר תום לב "משווע". הטעם לכך הוא שקיומו של חוסר תום לב משווע נקבע בדיעבד (ex-post) על ידי בית הדין, ויכולתם של הצדדים לנבא מראש באלו נסיבות לא ייחשב חוסר תום הלב של העובד למשווע היא מוגבלת. הדברים מקבלים משנה-תוקף בהתחשב בפער בין הרטוריקה ליישומה מזה, ובסכנת המדרון החלקלק מזה. מטעמים אלה אני סבורה כי

11 תב"ע (אזורי ב"ש) מט-555-3 אבו עסא – מדר את זינגר, חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פסקי דין איווריים ח 499 (1990).

12 Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB, 535 U.S. 137 (2002).

13 ד"מ (אזורי ב"ש) 1040/01 טומסנג'ה – מלון אמבסדור בע"מ, תק-עב 2002 (1) 209 (2002).

הדרישה לחוסר תום לב "משווע" אינה מייתרת את הצורך בניתוחה הביקורתי של התפיסה המכפיפה את חקיקת המגן לעקרון תום הלב כאמור.

מטרת המאמר היא להציע מתודולוגיה לניתוח סוגיה מורכבת זו. המתודולוגיה המוצעת מבוססת על התזה כי חקיקת המגן מהווה קונקרטיזציה של זכויות יסוד. במסגרת זו אטען כי יש להבחין בין שני ממדים של זכויות יסוד: זכויות יסוד הנובעות מאנושיותו של אדם, היינו: מוקנות לאדם באשר הוא, וזכויות יסוד שפגיעה בהן אינה עולה כדי פגיעה באנושיותו של הפרט (בעל הזכות).¹⁴ אני סבורה כי הממד הראשון מקבל הגנה רבת-עצמה (ולטעמי אף קוגנטית), וכי חלקים מהחקיקה של משפט העבודה המגן מהווים קונקרטיזציה של ממד צר זה. משמעות הדבר היא שההצדקה לאופייה הכופה של חקיקת המגן במשפט העבודה, המבטאת ממד צר זה, נובעת במישורן ממשטר זכויות היסוד – ואם כך, הכפפה של ממד זה לעקרון תום הלב אינה אפשרית. אשר לממד הרחב של זכויות היסוד, עצמת ההגנה עליו נמוכה ביחס לממד הראשון וודאי שאינה קוגנטית. לגבי ממד זה אין הצדקה חוקתית לאופייה הכופה של חקיקת המגן, הנובעת בממד זה מהחלטת הרשות המחוקקת¹⁵ – ואם כך הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב אפשרית אך אינה ראויה, הן מאחר שנוקיה צולים על תועלתה והן מאחר שיש בדין האזרחי מנגנונים אחרים להשגת תוצאה של עשיית צדק עם המעביד.

מאמר זה קורא אפוא לזיקוק הסיבה לאופייה הכופה של חקיקת המגן תוך הבחנה בין ממדיהן השונים של זכויות היסוד, היינו: אם הזכות המוגנת בדבר החקיקה היא קונקרטיזציה לממד כופה של זכויות יסוד או שהיא נובעת מהחלטה של הרשות המחוקקת. לזיקוק זה עשויה להיות חשיבות במספר היבטים: סוגיית חוקתיות הויתור העצמי על המימד הכופה של זכויות היסוד וסוגיית חוקתיות הפגיעה הכפויה באמצעות המימשל במימד זה. הסכנה לפגיעה כפויה נשקפת משלושת רשויות המימשל: הרשות

14 ההבחנה בין שני ממדים אלה של זכויות אדם יכולה לתרום לליבון המחלוקת העיונית אם זכויות האדם טבעיות הן, ולכן המדינה אינה יוצרת אותן אלא מצהירה על קיומן באמצעות האורגנים המוסמכים לכך, או שמא זכויות האדם נוצרו מכוח המשפט הפוזיטיביסטי של המדינה. למחלוקת עיונית זו עשויות להיות משמעותיות מעשיות כשמתעוררת שאלת החוקתיות של התיקן לחוקה (לתיאור ההשקפות ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית 357-356 (1994)). ההבחנה המוצעת יכולה לסייע בליבון הסוגיה, שכן לפיה זכויות האדם – וליתר דיוק: אפילו זכות אדם ספציפית – אינן עשויות מקשה אחת. משכך, השאלה אינה אם כל זכויות האדם טבעיות או שכולן יצירות של מערכת המשפט; על בסיס ההבחנה בין ממדים שונים של זכויות יסוד השאלה המדויקת היא אם לגבי ממד ספציפי של זכות ספציפית הכרת המשפט היא דקלרטיבית או קונסטיטויטיבית.

15 באופן תאורטי גם ייתכן שחקיקת המגן נותנת הגנה כה רחבה עד שממדיה חורגים ממשטר זכויות היסוד, ומדובר בזכות רגילה שהמחוקק נתן לה מעמד קוגנטי. לא ארחיב את הדיבור על כך שכן במציאות החברתית הנוכחית קשה לומר שהגנתה של חקיקת המגן עשירה ונדיבה עד כדי כך שהיא עולה על המתחייב ממשטר זכויות היסוד.

המחוקקת (באמצעות חקיקה שגורעת ממימד זה או נמנעת מלתת לו הגנה הולמת) הרשות המבצעת (באמצעות אי אכיפה מתאימה של הציות לחקיקת המגן הבאה לעגן מימד זה) והרשות השופטת. בהקשר לרשות השופטת – שבה אתמקד במאמר זה – ייערך הזיקוק במסגרת ניתוחה הביקורתי של סוגיית הכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב. אציין כי זיקוק זה חשוב הן בהיבט העיוני והן בהיבט המעשי, שכן יש הבדל עצום בין מצב שבו אין בידי בית המשפט כוח לכפות את חקיקת המגן לעקרון תום הלב (הממד הצר של זכויות היסוד) לבין מצב שבו נתון בידי כוח כאמור, אך אין זה ראוי להפעילו (הממד הרחב של זכויות היסוד). מאמר זה מהווה אם כן מסע לאיתור מרחב שיקול הדעת השיפוטי וגבולותיו לאור משטר זכויות האדם.

בפרק הראשון אעמוד על מאפייניו של עקרון תום הלב. בפרק השני אציג שתי הצדקות מסורתיות לאופייה הכופה של חקיקת המגן: הגשמת צדק פרטי מפאת חולשת העובד והגשמת צדק קיבוצי באמצעות הגנה על קולקטיב העובדים. לאחר מכן אפתח את ההצדקה החוקתית לאופייה הכופה של חקיקת המגן. הצדקה זו מבוססת על הבחנה בין מימדיהן השונים של זכויות היסוד. לאור הצדקה זו אנתח בפרק הרביעי, באופן בקורתי, את התיזה המכפיפה את חקיקת המגן לעקרון תום הלב.

א. על עקרון תום הלב

עטרות רבות נקשרו לעקרון תום הלב בפסיקה ובספרות. כך, למשל, השופט אילון תיארו כנשמתה של מערכת המשפט,¹⁶ השופט ברק תיאר את הדוקטרינה כמלכותית,¹⁷ והשופט חשין התייחס לחובת תום הלב כאילו גוזה בה התורה כולה.¹⁸ גם הספרות פיארה את מעמדו הרם של עקרון תום הלב, תוך הכרתו כנורמת-על שבכוחה לגבור על הוראת חוק.¹⁹

ברין הישראלי הקיים עקרון תום הלב החוזי קבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים).²⁰ סעיף 61(ב) לחוק החוזים

16 ע"א 391/80 לסרטון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237 (1984).

17 בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702 (1993).

18 רע"א 1407/94 CREDIT LYONNAIS נ' MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A (1994).

S.A (SUISSE), פ"ד מח(5) 122 (1994).

19 נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: מן הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו 13

(1987).

20 בהצעת הקודיפיקציה האזרחית שולב עקרון תום הלב בפרק הכללי החולש על כל הוראות החקיקה האזרחית. בסעיף 4 להצעה נאמר כי "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב יש לנהוג בתום לב".

מהווה צינור להזרמת עקרון תום הלב והחלתו על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה", ובלבד "שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים". מכוח סעיף 61(ב) נהפך עקרון תום הלב לעיקרון בעל תחולה פוטנציאלית בכל שטחי המשפט, והוא חולש על כלל ענפי המשפט.

עקרון תום הלב נועד להקנות לכללים המשפטיים הנוקשים והחדים את הגמישות והעידון הנחוצים כדי שהמשפט יוכל להגשים את תכליותיו הבסיסיות. בסכסוך קונקרטי הוא נחוץ כדי להבטיח עשיית צדק בין הצדדים היריבים, ובמישור הרחב הוא מכשיר להזרמת שיקולי מדיניות רחבים להכרעה השיפוטית. מתכליות אלו נגזרים מאפייניו הבסיסיים של עקרון תום הלב. ראשית, תוקפו אינו נובע מחוק, גם אם מבחינה פורמלית הוא חל על כלל ענפי המשפט מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים. עקרון תום הלב הוא מכשיר חיוני להגשמה של תכלית המשפט, ולכן הצדקתו נובעת מההצדקות ליצירת המשפט ולפיתוחו. תפיסה זו מעניקה לעקרון תום הלב עומק רעיוני שאינו תלוי בקיומה של הוראה פורמלית המחילה אותו בשיטת המשפט. ואכן, הפסיקה הכירה בעקרון תום הלב עוד טרם נכנס חוק החוזים לתוקף, בקובעה כי מדובר ב"כלל אוניברסלי". הכרה זו מחזקת את תפיסתו כעקרון יסוד של השיטה (וליתר דיוק: כעקרון יסוד של כלל שיטות המשפט).²¹ מאפיין בסיסי שני של עקרון תום הלב הוא היקף תחולה רחב. כאמור, הצידוק העיוני העומד בבסיס פיתוחו של עקרון תום הלב הוא תפיסתו כמכשיר חיוני להגשמת תכלית המשפט. צידוק עיוני זה, מבחינת היקפו הפנימי, חל על כל תחומי המשפט, ומכאן נובעת גם תחולתו הכללית והרחבה של עקרון תום הלב. במילים אחרות, כדרכם של ערכים החולשים על שיטת המשפט מלמעלה, הוא מובנה בשיטת המשפט לאורכה ולרוחבה. כאמור, הבניה רחבה זו אינה תלויה בהוראה מפורשת, אם כי הוראה כזו נמצאת כיום בסעיף 61(ב) לחוק החוזים ומאפשרת הזרמתו של עקרון תום הלב לכלל תחומי החיים. תחולה רחבה זו אופיינית לערכים שאינם פנימיים לשיטת המשפט אלא נמצאים מחוץ לה וחולשים עליה מלמעלה.²² המאפיין הבסיסי השלישי של עקרון תום

21 כג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449 (1982): "תום הלב הוא בגדר כלל המקובל כעקרון אוניברסלי, ובחור שכוה קדם לחקיקתם של סעיפים 12 ו-39 כפי שגם קדמו להם הוראות נוספות בחוק החרות שלנו, שהן בעלות משמעות דומה. מן ההשקפה, לפיה מדובר בכלל אוניברסלי שהוא חלק מן המשפט המהותי שלנו נגזר גם היפוך היוצרות מבחינת סדר הדברים, היינו מבחינת הזיהוי של העקרון המשפטי מחד גיסא, וביטוי בתחומי משפט שונים, מאידך גיסא: סעיף 39 אינו מולידו של הכלל אלא ביטוי... (עמ' 457).

22 בעניין שמואל, לעיל בה"ש 3, שימש מאפיין זה את השופטת ברק כנימוק להכפפתה של חקיקת המגן: "בקביעה כי דרישת תום הלב גוברת לעיתים על דרישת הקוגנטיות אין סתירה להיות החוקים קוגנטיים, באשר חובת תום הלב היא חובת-על החולשת על כל היחסים המשפטיים בשיטתנו" (ההדגשה הוספה). הנמקה זו בעייתית בעיניי משום שהיא אינה נותנת די משקל לכך שחקיקה קוגנטית מגדירה את טווח ההתנהגויות המותר. הבעייתיות מחוזקת בבואנו ליישם הנמקה זו על חקיקת המגן, הנתפסת כקונקרטיזציה של עקרונות על חוקתיים קוגנטיים.

הלב הוא דרגת הפשטה גבוהה. העיקרון אינו מכונן את עצמו למערכת עובדתית קונקרטית אלא חל בכל מערכת עובדתית. דרגת הפשטה זו נובעת מתכליתו, שכן כך ניתן להגמיש את נוקשותם של כללים (חוקים) ולהתאימם למורכבותה של המציאות. דרגת הפשטה גבוהה זו אופיינית לעקרונות החולשים על שיטת המשפט. היא יוצרת את היקפם הנרחב ומאפשרת את החלתם על מגוון רחב של התנהגויות, כפי שמצופה מעקרונות היסוד של השיטה. המאפיין הרביעי הוא קוגנטיות (מסויגת): עקרון תום הלב שזור סייגים חברתיים ואתיים אל הכללים החלים על פעולות משפטיות ובכך הוא אכן מכשיר חיוני להגשמת תכלית המשפט. לפיכך, מבחינה עקרונית הצדדים אינם יכולים להתנות עליו – למשל: לקבוע כי הם פטורים כליל מחובת תום הלב – משום שהם אינם יכולים להתנות על סמכותו של בית המשפט לעשות צדק.²³ עם זאת, נסיבות עובדתיות ומשפטיות משפיעות על הצורה המוחשית שהחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב לובשת, ועל אופן יישומן של אמות המידה המשפטיות.²⁴ הפסיקה הדגישה כי "עקרון תום הלב הינו עקרון קוגנטי בעיקרו. אך אין לשלול אפשרות, שתופעה או התנהגות פלוגנית לא תיראה בנסיבות נתונות, מתוך הסכמה, כחובה מבין חובות תום הלב, אלא תהיה כפופה להסכמת הצדדים".²⁵ הסכמת הצדדים נתפסת אפוא כיוצרת נסיבה העשויה לשלול את אופייה הפסול של ההתנהגות, ובמובן זה היא מצמצמת את משמעותו היישומית במקרה קונקרטי כך שלא נוצרת עוד התנגשות בין ההסכמה לבין הקוגנטיות של עקרון תום הלב.²⁶ ביסודו של צמצום זה מונח הטעם כי הסכמת הצדדים מנעה התגבשות של הסתמכות לגיטימית או ציפייה לגיטימית הזקוקה להגנה באמצעות עקרון תום הלב. על רקע זה סברו פרידמן וכהן כי "אופיו הכופה של עקרון תום הלב הוא בעל משמעות מסויגת... (הצדדים; ח' א')... רשאים לסטות מהדרך המקובלת ולבורר לעצמם את הדרך המקובלת עליהם".²⁷

מאפיינים אלה של עקרון תום הלב הנובעים מתכליתו – כלליות, דרגת הפשטה גבוהה, עצמאות וקוגנטיות (אם כי מסויגת) – מלמדים כי מדובר בעיקרון-על, החולש על שיטת המשפט בכללותה. על רקע אמות מידה אלה מתעוררת השאלה אם ניתן שלא להכפיף את חקיקת המגן הקוגנטית לעקרון תום הלב.²⁸ לכאורה עומדים בפנינו שני

23 בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989) העיר כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר כי "מקובל עלי, כי התנאה גורפת על עצם החובה לנהוג בתום לב תהא בטלה" (עמ' 462). בפסק הדין מושא הדין הנוסף העיר השופט לורן כי "אך ספק בעיני, אם ניתן תוקף לתנייה, הקובעת העדר חובה לנהוג בתום לב" (ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982)).

24 ישראל וינבויס בדרך מקובלת ובתום לב 96-99 (2000).

25 ד"נ בית יולס, לעיל ה"ש 23.

26 וינבאום, לעיל ה"ש 24, בעמ' 98.

27 דניאל פרידמן ונילי כהן חזים כרך א 551 (1991).

28 בעניין זה ראו גם אהרן ברק "עקרון תום הלב כמשפט העבודה" ספר ברנזון כרך ב 499 (2000).

ערכים קוגנטיים (עקרון תום הלב וחקיקת המגן) שיש לאזן ביניהם. כיצד ייערך האזון? על פי הפסיקה, האזון נעשה על פי אמות מידה אובייקטיביות, היינו: איזון הדדי בין האינטרסים של התובע, של הנתבע ושל החברה בכללותה, על פי אמות מידה נורמטיביות – ולא על פי אמות מידה סובייקטיביות, שעניינן אשם היחסי של הצדדים בהתחשב במצבם התודעתי ובכוונותיהם.²⁹ בניתוח של מאזן האינטרסים האובייקטיבי יש לתת משקל לכך שהכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב עשויה להיות מכשיר לעשיית צדק במקרה קונקרטי, בין עובד מסוים למעביד מסוים, שחקיקת המגן – מפאת נוקשותה – עלולה להחמיץ. הצורך בעשיית צדק בולט, למשל, במקרה שבו המעביד סמך על מצג שיצר העובד וכלכל את צעדיו בהתאם. פעולת העובד בניגוד למצג זה עלולה להטיל על המעביד גטל כלכלי כבד ובלתי-צפוי. מצד שני, נראה כי בכל הכפפה של חקיקה קוגנטית לעקרון תום הלב טמון קושי בעל אופי מושגי מוסדי ותועלתני. לטענתי, קושי זה מתבטא בייחוס חוסר תום לב לאדם בגין מימוש זכות שהדין כופה עליו. כאן ראוי לחדד כי כשם שהיקף פרישתו של עקרון תום הלב מושפע מהסכמת הצדדים, כך צריך הוא להיות מושפע מקיום דבר חקיקה – וקל וחומר דבר חקיקה כופה. במילים אחרות, לדידי המציאות הנורמטיבית אמורה לצמצם את יסומו של עקרון תום הלב כך שפעולה בהתאם לחוק (כופה) לא תהווה הפרה של חובת תום הלב; נהפוך הוא: לטעמי התנהגות שלא כחוק (כגון העלאת דרישה בלתי-חוקית במשא ומתן) עלולה כשלעצמה להיחשב להפרה של חובת תום הלב.³⁰ לדעתי, במישור המוסדי עלולה אמנם להיווצר פגיעה במרקם היחסים שבין הרשות המחוקקת (שהתווה את גבולות ההתנהגות המותרת תוך הפקעת שיקול הדעת מן הצדדים) לבין הרשות השופטת (שהרחיבה, ולמעשה אף כפתה, התנהגות שאינה מצויה בגבולות שהתווה המחוקק). אכן, הפסיקה מגלה רגישות לכבודו של המחוקק ולחוקיו, ובפסק דין שנדון בהרכב מורחב קבע בית המשפט העליון כי אין זה ראוי למנוע מצד להשתחרר ממחויבות בלתי-חוקית באמצעות עקרון תום הלב וזאת מפאת כבודו של שלטון החוק.³¹ הקושי

29 עניין שפיר, לעיל ה"ש 8. יוער, כי בהקשר להכפפתה של זכות הקניין לעקרון תום הלב נתגלעה בפסיקה מחלוקת אם משמעות תום הלב היא אובייקטיבית (כדעת הרוב) או סובייקטיבית (כדעת השופט חשין) (בעניין זה ראו דע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999)).

30 בע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (1988) גרס השופט ברק, בדעת יחיד, כי העלאת דרישה בלתי-חוקית במשא ומתן מהווה חוסר תום לב. השופטת בן-פורת חלקה על עמדה זו ואילו השופט בייסקי התיר זאת בצריך עיון. לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי חי') 697/02 חוסייסי נ' מרכוס, תק-מח 2005(1) 6042 (2005), כי העלאת דרישה בלתי-חוקית מהווה חוסר תום לב במשא ומתן על מכלול ההשלכות הכרוכות בכך. בעניין קאזיס, לעיל ה"ש 9, קבעה כב' השופטת ארד: "מנגד, למצער, יש לראות בהתנהגות חסרת תום לב את התנהגותו של מאמן אם יעלה בפני המתמחה דרישה לעבודה ללא שכר, או כתשלום סמלי. בה במידה, תהא התנהגותו של המאמן לוקה אם יקבל הצעה מעין זו מן המתמחה, ושומה עליו לרחות אותה".

31 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001). באותו עניין

התועלתני נובע ממחירה החברתי של הכפפה זו – מבחינת ודאות הדין ובהירותו ומבחינת נגישות ההתדיינות ועלויותיה. הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב פוגעת בוודאות המאפיינת את דיני העבודה, שאחד המכשירים המרכזיים להשגתה היה החקיקה הקוגנטית. פגיעה זו ניתנת לניצול לרעה, וניצול כזה יוצר אפקט מרתיע מפני מימוש של זכויות בסיסיות ומצריך התדיינות מורכבת ויקרה יותר.

על רקע שיקולים סותרים אלה, ובהתחשב באופיו המופשט של עקרון תום הלב, נראה כי האיזון בין שני הערכים הקוגנטיים דורש להתעכב על הצידוקים לאופייה הכופה של חקיקת המגן. לפיכך אסקור, תחילה, את הצידוקים המסורתיים לאופייה הכופה של חקיקת המגן (צדק פרטי וצדק קיבוצי), ובהמשך אציג צידוק חוקתי המבוסס על התפיסה כי חקיקת המגן היא קונקרטיזציה של זכויות יסוד.

ב. על חקיקת המגן

1. כללי

חקיקת מגן קוגנטית, שלא ניתן להתנות עליה, היא חקיקה כופה; לאמור: חקיקה המגבילה את מרחב ההתנהגויות האפשריות הנתון לבחירתו של הפרט. הגבלת מרחב ההתנהגויות באמצעות חקיקת המגן יכולה להיות מלאה או חלקית: הגבלה מלאה פירושה שיש רק התנהגות אחת מותרת,³² והגבלה חלקית פירושה כי התנהגויות מסוימות אסורות והאחרות מותרות, והפרט רשאי לבחור מתוך ההתנהגויות שלא נאסרו בחוק. ככלל, חקיקת המגן מגבילה את מרחב ההתנהגויות באופן חלקי בלבד: היא קובעת את אגד הזכויות המינימליות המוקנות לעובד, ועל אגד זכויות זה ניתן להתנות – בחוזה אישי או בהסכם קיבוצי – לטובת העובד בלבד.³³ חקיקה כופה מצמצמת אפוא

עמדה לדיון גם השאלה אם מי שנהפך מרצונו החופשי לצד להסכם בלתי-חוקי יוכל לטעון לאי-חוקיותו של החוזה כדי להשתחרר ממנו, והאם הסכם בלתי-חוקי כזה ניתן לאכיפה? דעת הרוב קבעה כי העלאת הטענה בדבר אי-חוקיות מעלה תהיות לגבי תום לבו של אותו צד להסכם, אולם אין בחוסר תום הלב כדי לגבול על הוראות החוק. ראו באותו עניין גם להלן הטקסט הסמוך להערה 35.

32 דוגמה לכך היא סעיף 8 לחוק המקרקעין, החשכ"ט-1969, ס"ח 575, הקובע כי חוזה מכר מקרקעין ייערך בכתב וצורות אחרות לעריכת חוזה מכר מקרקעין אסורות.

33 בעניין זה ראו סעיף 12 לחוק שכר מינימום, החשמ"ז-1987, ס"ח 1211; סעיף 12 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 433; סעיף 18 לחוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, החשמ"ו-1996, ס"ח 1578; סעיף 20 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 221. חוקים אחרים אינם כוללים איסור מפורש בדבר ויתור על הזכויות המנויות בהם, אולם כלולה בהם הוראה בדבר שמירת דינים שלפיה "חוק זה אינו בא למעט מכל זכות הנתונה לעובד על חוק, הסכם

את חירות הפרט תוך הגדרת טווח ההתנהגויות האפשרי. לצד השלכות אלה יש לחקיקה הכופה גם השלכות מוסדיות, המתבטאות בהפקעת שיקול הדעת של בית המשפט להושיט סעד השונה מזה הקבוע בחוק הכופה. מנקודת מבט זו, חקיקה כופה היא מכשיר לחלוקת הכוח החברתי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, תוך ריכוזו בידי הרשות המחוקקת באופן מלא או חלקי (בהתאם לסוג ההגבלה). כאן ניתן לטעון כי סעיף 31 לחוק החוזים, המסמיך את בית המשפט "לפטור צד מחובת ההשבה או לחייב צד בקיום חיובו ובלבד שהצד האחר ביצע את חיובו לפי החוזה", מצמצם השלכות מוסדיות אלה. לכאורה, משניתן לבית המשפט שיקול הדעת להחליט "להחיות" חוזה בלתי-חוקי אזי אין עוד מקום לטענה בדבר חלוקה מוסדית של הכוח באמצעות החקיקה הכופה. לדעתי יש לרחות טענה זו. הכוח להחיות חוזה בלתי-חוקי נועד לאפשר לבית המשפט, במקרים מתאימים, להחיות את המעטפת החוזית החוקית הקשורה לחיוב שאינו חוקי – ולא לחייב צד לקיים את החיוב שאינו חוקי. אכן, על פי ההלכה הרווחת, בבוא בית המשפט להפעיל את סעיף 31 לחוק החוזים, עליו לשקול את מידתה של אי-החוקיות, את מידת האשמה של הצדדים, את מידת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי ואת האינטרסים של צדדים שלישיים הקשורים בקיום החיוב.³⁴ כאשר מדובר בהפרת חקיקה כופה, משמעות הדבר היא כי אי-החוקיות היא מהותית ולכן בחי המשפט יימנעו, ככלל, מאכיפה של חיוב בלתי-חוקי. הדברים מקבלים משנה-תוקף כשמדובר בחקיקה כופה בתחום יחסי העבודה, שאז העובד נתפש כקורבן של אי-החוקיות ולא כשותף לה. אכן, במסגרת סעיף 31 לחוק החוזים נמנע בית הדין לעבודה – ובצדק – מלחייב עובד להמשיך לעבוד

קולקטיבי, חוזה עבודה או נוהג" (בעניין זה ראו סעיף 34 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, ס"ח תשי"ח 86; סעיף 12 לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001, ס"ח 1788; סעיף 6 לחוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב-2002, ס"ח 1837; סעיף 38 לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, ס"ח 81; סעיף 23 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ח 160; סעיף 31 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, ס"ח 404; סעיף 35 לחוק שעות עבודה ומנוחה). מבחינה לשונית, הוראה מסוג זה אינה תחליף להוראה מפורשת בדבר איסור לוותר על הזכויות הקבועות בחוק, שכן מכך שהחוק לא התיימר לגרוע מזכויות המוקנות בהסדרים אחרים אין להסיק כי הסדרים אחרים אינם יכולים לגרוע מן הזכויות המוקנות בחוק. זאת ועוד: בחלק מהחוקים שקיימת בהם הוראה בדבר איסור התניה מצויה בסמיכות לה גם הוראה בדבר שמירת זכויות (בעניין זה ראו סעיף 11 לחוק שכר מינימום; סעיף 13 לחוק שכר שווה לעובדת ועובד; סעיף 17 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם; סעיף 21 לחוק הסכמים קיבוציים). סמיכות זו מלמדת כי ההוראה בדבר שמירת הזכויות אינה תחליף להוראה בדבר איסור התניה. עם זאת, יש שכיח המשפט יפרש חוק כקוגנטי גם אם לא נאמר בו כך במפורש (ראו ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.ם רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד מד(3) 127 (2000) וההפניות שם). מבחינת תכליתה של חקיקת המגן – והדברים מקבלים משנה תוקף כשההפרה מלווה בסנקציה פלילית – מתבקשת פרשנות שלפיה גם חוקים אלה הם בעלי אופי קוגנטי במובן זה שעובד אינו יכול לוותר על הזכויות המוקנות לו.

34 בג"צ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995).

בתנאים הנוגדים את הוראותיה של חקיקת המגן הכופה.³⁵ ניתן אפוא לראות כי יישומו של סעיף 31 לחוק החוזים מושפע מהשיקול המוסדי ואינו מערער אותו. חקיקה כופה, ובכלל זה חקיקת המגן, מגבילה אפוא את מרחב האפשרויות הנתון לפרט ולבית המשפט כאחד.

על רקע השלכות אלו עולה השאלה מה הם הצידוקים לאופייה הכופה של חקיקת המגן. הצידוק המסורתי נשען על תפיסה של צדק פרטי, והוא מושתת על חולשתו היחסית של העובד הקונקרטי שבעטייה יש להגן עליו מפני עצמו. על פי הצדקה זו, אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להבטיח צדק פרטי-קודתי במערכת היחסים שבין עובד מסוים למעביד מסוים. צידוק נוסף לאופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נשען על תפיסות של צדק קיבוצי, ובמקדו מצויה ההגנה על קולקטיב העובדים וההגנה על האינטרסים הקולקטיביים שלהם מטעמי סולידריות חברתית. הצדקה זו מורכבת משני תת-צידוקים: על פי תת-הצידוק הראשון, אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להגן

35 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000). בעניין זה מדובר בעובד שעבד כמטפל במעון לאנשים הסובלים מלקות שכלית. העובד עבד במשך כחמש שנים במשמרות לילה בלבד ובקשותיו לעבוד גם במשמרות יום נדחו. העסקת עובד במשמרות לילה בלבד נוגדת את סעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, הקובע כי "מפעל שעובדים בו במשמרות, לא יעבוד בו עובד בעבודת לילה יותר משבוע אחד בתוך שלושה שבועות". כעבור כתשע שנים החליטה הנהלת המוסד להעסיק במשך היום את המטפלים שהועסקו במשמרת לילה בלבד, וזאת כדי לשפר את רמתם המקצועית של המטפלים הליליים וכדי ליצור הזדמנויות כלכליות שוות למרב העובדים. כתוצאה משינוי שעות העבודה חל פיחות משמעותי בשכרו של העובד. בית הדין קבע כי הנהלת המוסד פגעה בעובד הן בשינוי סדרי עבודתו (שכן כעת נדרש לעבוד ברוטציה בשלוש משמרות במקום לעבוד רק במשמרת לילה) והן בהפחתת הכנסתו. דעת הרוב קבעה כי הנהלת המוסד הייתה רשאית ואף מחויבת לשנות את סדרי העבודה כך שאלה לא יסתרו את סעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה; עם זאת העובד זכאי להמשיך לקבל תוספת שכר עבור עבודת לילה (הגם שלא עבד בלילה). דעת הרוב הדגישה כי "בית הדין מנוע מלתת ידו להסדר בלתי חוקי בעליל, ולו רק במסגרת איוון האינטרסים". השופטת ברק, בדעת יחיד, סברה כי במסגרת שיקול הדעת שסעיף 31 לחוק מעניק ניתן להורות על אכיפתו העתידית גם של החלק המנוגד לסעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה; אמנם האכיפה של החיוב הבלתי-חוקי הייתה לשיטתה חלקית (שבועיים שבהם ניתן לעבוד משמרות לילה מתוך ארבעה שבועות). בע"ע (ארצי) 200/03 גרמה – המועצה הדתית אזור (טרם פורסם, 14.10.2004) הסתייגה השופטת ברק מהתוצאה ההחלטית שאליה הגיעה בעניין נהרי, והיתה נכונה לשקול אם היה מקום לחייב את המדינה להמשיך ולשלם את מלוא השכר חרף אי-עבודתו בלילה וזאת מטעמי צדק. באותו עניין ציין השופט רבינוביץ' (שהיה בדעת הרוב בעניין נהרי) כי גם לו יש הרהורים לגבי נכונות המסקנה שאליה הגיע בעניין נהרי. בע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה – גרינשפן (טרם פורסם, 24.4.2006) דן בית הדין הארצי לעבודה במקרה שנסיעותיו זהות לעניין נהרי, ובו הגיעו השופטים פה אחד למסקנה כי הפיצוי שיש לפסוק לעובד הוא פיצוי חד-פעמי בגין תקופת ההסתגלות הנדרשת עקב ההפחתה הצפויה בהכנסה. השופטת ברק הסכימה לתוצאה וקבעה כי הסעד הראוי הוא פיצוי ולא אכיפה – ולו חלקית – של החיוב הבלתי-חוקי.

על קולקטיב העובדים מפני עובד ספציפי, ועל פי תת-הצידוק השני נועד אופייה הקוגניטי להגן על קולקטיב העובדים מפני קולקטיב המעבידים. נוסף על טיעונים אלה – שמטרתם העיקרית למזער את נזקי אי-השוויון המובנה בין מעמד העובד או מעמד העובדים בכלל לבין מעמד המעבידים – יש גם שיקולים סוציאליים-מהותיים. שיקולים אלה מגדירים את זכותו המהותית של העובד לתנאי מחיה מינימליים, וחקיקת המגן נועדה למנוע פגיעה בזכויות אלה. במסגרת מאמר זה אשכלל את הצידוק המהותי באמצעות הטיעון כי חקיקת המגן (ולפחות חלקה) היא קונקרטיזציה של זכויות יסוד, וליתר דיוק: קונקרטיזציה של הממד הקוגניטי בזכויות החוקתיות. שכלול זה יניח תשתית לבקורת הרעה הנכונה להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב.

2. צדק פרטי – ההנחה בדבר חולשת העובד

על פי צידוק זה, בשוק העבודה מובנים "כשלי שוק". לא ארחיב במסגרת זו בסקירת הכשלים האופייניים לשוק העבודה; להלן אתעכב בקצרה על הכשלים הנובעים מניידותם המוגבלת של העובדים, היעדר מידע מלא ותלותם הכלכלית במעביד. ניידות העובדים מוגבלת בשל העלויות הכרוכות במעבר, בשל מגבלות הנובעות מהיעדר הכשרה מתאימה, בשל סיבות אישיות ומשפחתיות כמו גיל, קשיי שפה, שוני תרבותי, היעדר מידע רלבנטי ובשל חוקי ההגירה.³⁶ זאת ועוד: בתנאי גלובליזציה מתקיימת הגירת מפעלים כתחליף להגירת בני אדם, ועובדה זו בולמת את דרישות עובדים לשיפור זכויותיהם.³⁷ הכשל השני הוא היעדר מידע מלא בידי העובדים. אחד התנאים ליעילותו של השוק החופשי הוא שכל המידע הרלבנטי (לגבי אלטרנטיבות תעסוקתיות, תנאים סוציאליים או רמת הבטיחות והסיכונים בעבודה) מצוי בידי השחקנים, והם מסוגלים לעבדו ולהפנימו. נגישות של העובד למידע והיכולת לעבדו נחוצה לצורך מיצוי יכולת המיקוח עם המעביד. בשוק העבודה קשה לייחס לכלל העובדים נגישות מלאה למידע, וכל שכן יכולת להפנימו.³⁸ לצד שני הכשלים הקודמים יש לזכור את חוסר-השוויון המובנה בין כוח המיקוח של העובד לכוח המיקוח של המעביד.³⁹ לעובד יש תלות

36 HENRY PHELPS BROWN, THE INEQUALITY OF PAY 13-17 (1977).

37 לצד הגירת מפעלים קיימת גם הגירת עובדים. עובדה זו מלמדת על ניידות מסוימת של עובדים ממדינות מתפתחות למדינות מפותחות, אולם ניידות זו כוללת חלק קטן בלבד מכלל כוח העבודה במדינות המתפתחות, ועל כן אין בה כדי לאזן את ניידות המפעלים. כמו כן, דיוקא העובדה ששכרם של מהגרי העבודה גבוה לאין ערוך משכרם של העובדים שנותרו במדינות המתפתחות ממחישה את הזיקה בין ניידות העובדים לתנאי העסקתם כך שהגבלת ניידותם מביאה לכשל שוק.

38 Steven L. Willborn, *Individual Employment Right and the Standard Economic Objection: Theory and Empiricism*, 67 NEB. L. REV. 101 (1988).

39 כן, למשל, בפסק הדין McClelland v. Northern Ireland General Health Services Board, 1

כלכלית במעביד, ולכן כוח המיקוח שלו נמוך מכוח המיקוח של המעביד. היטיב לבטא זאת אדם סמית, אבי כלכלת השוק:

בדרך-כלל לא יקשה לחזות בנסיבות רגילות ידו של מי תהיה על העליונה, ומי יכפה על מי להסכים לתנאיו... המעסיקים יכולים להחזיק מעמד זמן רב יותר בסכסוכים שכאלה. בעל הקרקע, האיכר, התעשיין והסוחר מסוגלים בדרך-כלל לחיות שנה אחת או שנתיים על ההון שכבר צברו, גם אם לא יעסיקו אפילו פועל אחד. פועלים רבים אינם יכולים להתקיים שבוע ימים בלא תעסוקה, מעטים מהם יכולים להתקיים כך חודש ימים, וכמעט שום פועל אינו יכול להתקיים כך שנה. לאורך זמן, אפשר שהמעסיק זקוק לפועל כשם שהפועל זקוק למעסיקו, אבל הצורך אינו מיידי.⁴⁰

ככלל, בשל כשלי שוק אלה, העובדים – בעיקר החלשים והבלתי-מיומנים – מוצאים את עצמם במלכוד: ⁴¹ אין להם יכולת מחאה (VOICE) ואף לא יכולת מעבר (EXIT).⁴² בשל הכשלים המובנים בשוק העבודה אין להותיר בידיו את מלאכת עיצוב חוזה העבודה. הותרה מוחלטת של המלאכה בידי כוחות השוק עלולה להביא לניצול העובד באמצעות הסכמים מעוותים ומנצלים. העובדה שחוזי עבודה במקום עבודה נתון נראים כחוזים אחידים היא ראייה טובה לחולשת העובד בעת כריתתו של חוזה העבודה. על פי צידוק זה, אופייה הקוגניטיבי של חקיקת המגן בא להגן על העובד מפני חולשתו באמצעות קביעה של סל הזכויות המינימלי שהוא זכאי לו, ושכוחות השוק (המעביד והעובד) לא יוכלו לגרוע ממנו.⁴³

לכאורה, היקפו הפנימי של צידוק זה אמור להיות מוגבל לנסיבות שבהן העובד

W.L.R. 594, 612 (1957) נאמרו לעניין הפער בעמדות המיקוח דברים דומים לדבריו של אדם סמית:

As a matter of practical common sense, the situation of the employer... and that of one of its servant are very different. The loss or damage to the (employer) occasioned by the departure of one of its servants would, except in very exceptional circumstances, be negligible. To a servant... the security of employment has immense value...

40 אדם סמית עושר העמים 138 (יריב עיטם ושמשון ענבל מתרגמים, התשנ"ו).

41 Richard Edwards, *The Economic Rational for Workers Rights*, in RIGHTS AT WORK: EMPLOYMENT RELATIONS IN THE POST UNION ERA 138 (1993).

42 Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 MICH. L. REV. 167 (1999).

43 הרציונל המדויק יכול שיהיה מושחת על עקרונות ליברליים (הגשמת האוטונומיה המהותית של העובד בהתאם לעובדה שהוא חסר אפשרות לבחירה חופשית ורצונית עקב היעדר אלטרנטיבה סבירה) או על עקרונות פטרנליסטיים לבר-ליברליים (הגבלת רצונו של העובד כדי להגן עליו מפני רצונו).

מוחזק כנמצא בעמדת נחיתות. הנחה זו בוודאי מתקיימת כשמדובר בעובדים בלתי-מיומנים; הקושי מתעורר כשבמערכת יחסים קונקרטית העובד אינו מוחזק כחלש.⁴⁴ כך, למשל, מיומנות – ובמיוחד מיומנות ייחודית הנתונה לעובד – עשויה לכאורה להעצים את כוחו ולהגביל את ההצדקה לאופייה הכופה של חקיקת המגן. לכאורה, תחימה זו של הצידוק – כשהעובד אינו מוחזק כמצוי בנחיתות מיקוחית – מאפשרת ביתר קלות הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב; ברם יש להיזהר ממסקנות חפוזות באשר להיקפו הפנימי המצומצם של צידוק חולשת העובד בנסיבות ספציפיות, שבהן לכאורה העובד הוא בעל כוח מיקוח. יש להיזהר מאידאליזציה של מיומנות העובד כאילו היא התרופה לכשלי השוק, וזאת משני טעמים. ראשית, מיומנות העובד עשויה אמנם לשפר את עמדת המיקוח שלו אך היא לא בהכרח מביאה לשוויון בעמדות המיקוח בין המעביד והעובד; גם עובדים מיומנים חשופים לניצול.⁴⁵ מאחר שהפער בין עמדות המיקוח מצטמצם אך לא בהכרח נעלם, ההצדקה לאופייה הקונגטי של חקיקת המגן לגבי עובדים אלה עשויה להמשיך לחול. שנית, מיומנות היא נסיבה משתנה. כך, למשל, המידע שבידי אותם עובדים עשוי להתיישן או להתחלף בטכנולוגיה חדישה ולא מוכרת. כמו כן, השוק עלול להיות מוצף בעובדים מיומנים חדשים וצעירים, המוכנים לעבוד שעות רבות יותר עבור תמורה נמוכה יותר, ועוד כהנה וכהנה נסיבות העלולות להשתנות ולהוריד את העובד המיומן "מגדולתו". הנה כי כן, גם כוחם של העובדים המיומנים הוא בעל אופי זמני ותלוי נסיבות. התבוננות מערכתית זו תלמד אותנו שיש היבטים רבים שבהם עובדים מיומנים חלשים יותר ממעסיקם, אם בפועל ואם בכוח. טעמים אלה מוליכים אותי למסקנה כי כוחם הזמני של עובדים מסוימים – מתעתע.⁴⁶ לא אחת מדובר במקסם שווא, ולכן אין הוא מצדיק פגיעה בחקיקת המגן או החלשה שלה באמצעות הכפפה לעקרון תום הלב.

44. לעתים המעביד מציע לעובדים מיומנים את הבחירה בין דפוס העסקה של עובד (שאו שכרו השוטף נמוך אך הוא נהנה מזכויות סוציאליות) לבין דפוס העסקה של משתתף חופשי (שאו שכרו השוטף גבוה יותר אך הוא אינו נהנה מזכויות סוציאליות). אפשרות הבחירה עשויה להצביע על כך שהעובד הספציפי אינו מצוי בעמדת מיקוח נחותה ביחס למעסיק וכי רצונו החופשי, ולא כשלי השוק, עמדו ביסוד ויתורו על דפוס העסקה הכולל הנאה מזכויות סוציאליות הקבועות בחוקי המגן. זוהי, כאמור, אחת מקבוצות המקרים שסביבה פוחחה ההלכה המכפיפה את חקיקת המגן לעקרון תום הלב. עם זאת יש להיזהר מפני קביעה גורפת כי העמדת אפשרות הבחירה מלמדת על חוסנו של העובד, שכן ייתכן כי הבחירה שניתנה לו היא בין רע מאוד לגרוע.

45. הסיכון לניצול של עובדים מיומנים הוא באספקטים מסוימים של העבודה המוסדרים על ידי חקיקת המגן (כגון שעות העבודה והמנוחה או חופשה שנתית) או באספקטים שאינם מוסדרים בדין הפוזיטיבי בישראל על ידי חקיקת המגן אך ראוי שיוסדרו בה (כגון הזכות לביטחון תעסוקתי).

46. ניתן לטעון כי דווקא מצבים של כוח מתעתע מצדיקים שימוש במושגי שסתום. לדעתי, כפי שאפתח בהמשך, דרך טובה יותר להפגת הערפל המתעתע היא פנייה מוקדמת לערכאות להבהרת קיומם של יחסי עבודה.

בכפוף להסתייגויות אלה ניתן להניח כי תיתכנה נסיבות שבהן בנקודת זמן מסוימת עובד מסוים אינו מוחלש ביחס למעסיקו. האם עובדה זו כשלעצמה נוטלת את ההצדקה לאופיים הקוגנטי של חוקי המגן – עד כדי כך שעקרון תום הלב יכול למנוע מהעובד הנאה מהזכויות הקבועות בהם? לדעתי התשובה לשאלה זו שלילית, וזאת בשל הטעמים הנוספים העומדים ביסודה של חקיקת המגן ובשל מחירה החברתי של הכפפה זו. להלן אנתח באופן ביקורתי את שיקול הצדק קבוצתי.

3. צדק קבוצתי – הגנה על קולקטיב העובדים

במוקדו של צידוק זה – להבדיל מקודמו – מצוי קולקטיב העובדים ולא עובד ספציפי. קולקטיב העובדים הוא מושא ההגנה של חקיקת המגן. ההתמקדות בקולקטיב יכולה להצמיח שני תת-צידוקים: על פי הראשון, כפי שפותח בספרות, אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להגן על קולקטיב העובדים מפני עובד ספציפי. על פי תת-הצידוק השני, שאותו אציע בהמשך, אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להגן על קולקטיב העובדים מפני קולקטיב המעבידים.

(א) הגנה על קולקטיב העובדים מפני עובד ספציפי

על פי צידוק זה, חוקי המגן הם חוזה היפותטי בין כל העובדים במשק, הבא לחזק את הסולידריות החברתית; הם מנגנון הבא למקסם את התועלת של קולקטיב העובדים. האינטרס של עובד מסוים לא תמיד עולה בקנה אחד עם האינטרס של כלל העובדים, ומכאן שדווקא עובד רציונלי יפעל לקידום האינטרס העצמי שלו נגד אינטרס הקולקטיב.

כדי להמחיש את פועלה של חקיקת המגן ואת הפער בין אינטרס הקולקטיב לבין האינטרס העצמי של העובד ניתן להשתמש במודל של דילמת האסיר, המניח במשתמע כי ללא חקיקה כופה נתונות האפשרויות הבאות: (1) רק עובדים אחרים ידרשו את אגד הזכויות הבסיסי; (2) כל העובדים ידרשו את אגד הזכויות הבסיסי; (3) אף עובד לא ידרוש את אגד הזכויות הבסיסי; (4) רק אותו עובד ידרוש את אגד הזכויות הבסיסי. כפי שקורה במצבים של דילמת האסיר, החשש להימצא באפשרות הרביעית והיעדר ודאות ותיאום בין השחקנים דוחף את כל השחקנים (היינו: העובדים) לאפשרות השלישית. קביעת תנאי העבודה בחקיקה יוצרת תיאום בין כל השחקנים ובכך מגינה על קולקטיב העובדים. עם זאת, דווקא על רקע הסטנדרטיזציה הגלומה בחקיקה עשוי להתחדד האינטרס העצמי של עובד שסיכויו להשתלב בשוק העבודה יהיו גבוהים רק אם יוותר על תנאי העבודה שנקבעו בחקיקה. במצב כזה, האינטרס העצמי של אותו עובד דוחף אותו לאפשרות הראשונה. עובדים מסוג זה – הנכונים לוותר על הסטנדרט הקבוע בחקיקה ובלבד שיוכלו להשתלב בשוק העבודה – מכרסמים באלמנט התיאום הגלום בחקיקה. בהיעדר תיאום קמה לתחייה הדילמה המתוארת לעיל, כשמחידושה יוצאים

נפסדים העובדים בקולקטיב, שכן הם עשויים למצוא את עצמם הלכה למעשה באפשרות השלישית במקום באפשרות השנייה.

אופייה הכופה של חקיקת המגן מבוסס על המתח בין האינטרס של עובד מסוים לבין האינטרס של הקולקטיב, והיא נועדה למנוע פעולה רציונלית מצד עובד מסוים שיהיה בה כדי לפגוע בקולקטיב. אלמלא מניעה זו, עובדים שעומדים על חקיקת המגן עלולים להיפגע במעין "אפקט שרשרת" השובר את חזית העובדים האחידה, בדומה לשביתה שנשברה, ועקב כך נפגעת רשת ההגנה על העובדים. משמעות הדבר היא כי פועלם של חוקי המגן אינו מתמצה בהקניית זכויות לעובד ספציפי אלא גם בהטלת חובות על העובד כלפי הקולקטיב. חידוד ממד החובה (כלפי הכלל) שבזכות הקוגנטית מסביר מדוע אין להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב. התנהגות החסרה תום לב "יכולה לשלול מאדם זכות אך אין בהתנהגות כזו לשחרר אדם מחובה ונטל. ולכן ההכפפה של חוקי המגן לזויות או לעקרון תום לב עומדת בניגוד לתשתית הבסיסית של העמדה הקולקטיביסטית כלפי חוקי המגן".⁴⁷

יתרוננו של צידוק זה בכלליותו, וגם בכך שהוא מנותק ממערכת היחסים הקונקרטית שבין עובד ספציפי למעסיק ספציפי (על הקשיים בבחינתה של מערכת יחסים זו עמדתי לעיל). עם זאת, גם צידוק מעניין זה אינו חף מקשיים. ראשית, הוא מתמקד במתח הפנימי שבין קבוצות העובדים ובכך מתייג את העובד החלש (זה שיהיה מוכן להשתכר פחות משכר המינימום ובלבד שלא יהיה מובטל) כפוגעני. זהו שיח בעייתי בעיני, שכן עובד זה הוא הקרבן המובהק ביותר של כשלי השוק והוא החשוף בצורה החמורה ביותר לניצול המעביד. זאת ועוד: מקומו של המעביד נפקד משיח זה למרות שהוא המנצל את הכשלים האמורים באופן שיוצר את המתח בין קבוצות העובדים השונות. על דרך ההגזמה ניתן לומר כי הגורם המאיים על הקולקטיב אינו העובד החלש אלא המעביד שהעמיד בפני העובד החלש ביותר את הבחירה ה"רציונלית" בין רע (להשתכר פחות משכר המינימום) לבין רע מאוד (אבטלה). שנית, הטענה כי חוקי המגן אינם באים להגן על עובד ספציפי המקבל החלטות רציונליות עבור עצמו היא בעייתית מאוד. טענה זו רואה בקולקטיב – במקום בעובד – את המושא של חקיקת המגן. לכאורה, בהיעדר מתח פנימי בין קבוצות העובדים (במובן שכולן צמאות להגנתה של חקיקת המגן) פוחת הצורך להגן על הקולקטיב מפני העובד הספציפי.⁴⁸ כאן מתחדדת השאלה אם חולשה

47 להרחבה נוספת של הרעיון ראו עמרי ידלין "תום לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867, 870-871 (2005).

48 לכאורה, כאשר קיימים חוקי מגן שלא קיימת בהם תחרות בין העובד האינדיבידואלי לבין הקולקטיב אמורה להישמט ההצדקה לאופייה הקוגנטי של חקיקת המגן. במאמרו הביא ידלין (שם, בעמ' 876) כדוגמה את סעיף 5 לחוק הגנת השכר, הקובע:

עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, חל לגביו ונקבע לו שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית כאמור כחוק שעות עבודה

קולקטיבית זו יכולה להפחית מעוצמת ההצדקה לאופייה הקוגנטי של חקיקת המגן. בהמשך לביקורת האחרונה סבורתני כי אפשרות אחרת במסגרת שיקולי הצדק הקבוצתי היא הגנה על קולקטיב העובדים מפני קולקטיב המעבידים. להלן אציג אפשרות זו.

(ב) הגנה על קולקטיב העובדים מפני קולקטיב המעבידים

על פי צידוק זה, חוקי המגן הם כלי מעמדי שנועד לתת לקבוצה מוחלשת באוכלוסייה (קבוצת העובדים) כוח מול הקבוצה החזקה, שבידה ההון והיכולת לממש את זכויותיה – קבוצת המעבידים. צידוק זה מבוסס על ההבחנה בין צדק אינדיבידואלי ופורמלי לבין צדק מהותי וקבוצתי. הצדק האינדיבידואלי-פורמלי מגבש כללים משפטיים ומחיל אותם תוך עיוורון ליחסי הכוחות. על פי עקרונות הצדק המהותי-קבוצתי, הכללים מוחלים בשים לב לחלוקת הכוח בחברה בין הקבוצות השונות ובהתחשב בסכנה לניצול הכוח לרעה על ידי הקבוצה שנהנית מכוח חברתי-כלכלי עקב מצב של אי-שוויון קבוע בין הצדדים.⁴⁹ ההסתכלות מכוחו של צידוק זה היא קבוצתית ולא פרטנית. על פי צידוק זה, הכללים המשפטיים – היינו: סטטוס ה"עובד" והזכויות מכוח חוקי המגן הנלוות אליו – גובשו בשים לב לחלוקת הכוח בחברה בין מעמד העובדים למעמד מעבידיהם. ככלל, הכוח הכלכלי-חברתי מרוכז בידי המעבידים כקולקטיב ולא בידי העובדים כקולקטיב. מטרתה של חקיקת המגן היא אפוא לחזק קבוצת עובדים מוחלשת גם אם במקרה הספציפי איננו עוסקים בעובד מוחלש. הסתכלות מעין זו מובילה למסקנה שכדי לקיים שוויון מהותי יש ליתן בידי הקבוצה החלשה הגנות קוגנטיות שימנעו את אפשרות הפגיעה בה.

צידוק זה לאופייה הקוגנטי של חקיקת המגן הוא למעשה שכלול של שני קודמיו. יתרונו של צידוק זה ביחס לצידוק הראשון בכך שהוא מיוסד על השאיפה להגשמת צדק קולקטיבי. בשל ההתמקדות בקולקטיב, ככל שיש עובדים המוחזקים כתזקים בשל

ומנוחה, התשי"א-1951, או הכולל דמי חופשה, תמורת חופשה או פדיון חופשה כאמור בחוק חופשה שנתית – רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד אלא אם נקבע אחרת כהסכם קיבוצי לגבי תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית וההסכם אושר לעניין זה על ידי שר העבודה.

ידלין משקיף על סעיף זה כבא להבטיח מסירת מידע לעובד ולכן לשיטתו אינו ראוי להיות קוגנטי. לדעתי סעיף זה בא למנוע עקיפה של חוק שעות עבודה ומנוחה או של חוק חופשה שנתית, באמצעות הקביעה כי שכר העובד כולל מרכיבים אלה, ולכן סעיף זה הוא נרדף חשוב בהגנה על זכויות עובדים הקבועות בחקיקת המגן ופועלו רחב יותר ממסירת מידע. הטענה שכאשר אין חשש לניגוד אינטרסים בין הקולקטיב לבין הפרט, במובן זה שכולם נהנים בו זמנית מחקיקת המגן, נשמטת ההצדקה לאופייה הקוגנטי של חוקי המגן – מוקשית בעיני; קשה להסביר מדוע דווקא מנקודת מבט קולקטיביסטית הנאה קולקטיבית ומוחלטת של כלל העובדים מחקיקת מגן מסוימת מביאה דווקא להחלשת מעמדה ולשלילת אופייה הקוגנטי.

49 פרנסיס רדאי "הפרטת זכויות אדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

מיומנותם, הם אינם גורעים מתוקפו של צידוק זה. יתרונו של צידוק זה ביחס לצידוק השני בכך שאין הוא מתמקד בסימפטום (מתח פנימי בין קבוצות העובדים השונות) אלא בשורש הבעיה (המתח המובנה בין העובדים למעבידים, הנובע מחלוקה בלתי-שוויונית של כוח חברתי-כלכלי). על פי צידוק זה, אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להגן על שכבת העובדים החלשה המצויה בתחתית הפירמידה, ועלולה להסכים לעבוד בתנאים גורעים מאלה הקבועים בחקיקת המגן – ולא על שכבת ביניים חזקה יותר, המאוימת על ידי אותה שכבה תחתונה.

עם זאת, יש להיות מודעים לכך שמכוחו של צידוק זה המילה "צדק" מקבלת משמעויות קבוצתיות ולא פרטיות. משמעות זו עשויה להיות ראויה, שכן יש מצבים שבהם בחינה נקודתית ואקראית של תופעה מחמיצה היבטים כלליים ומבניים שלה. לדידי, תפיסות של צדק קולקטיבי עשויות להשלים תפיסות של צדק אישי. מתוך יחסי השלמה אלה נובע כי ניתן לפתח כללים משפטיים על סמך תפיסות של צדק קולקטיבי, אולם הן אינן יכולות להיות חזות הכול שאז הן עלולות להחמיץ נסיבות אישיות חשובות. פיתוח הצדק הקולקטיבי כמשלים את הצדק הפרטי ראוי אפוא במיוחד כשקצרה ידן של תפיסות צדק פרטי מלהושיע. אולם, יש להיזהר מפני טשטוש מוחלט של הצדק הפרטי בשם הצדק הקולקטיבי, ולכן אציג להלן צידוק עצמאי ושונה לאופייה הקוגנטי של חקיקת המגן – צידוק המבוסס על תפיסה של צדק פרטי.

צידוק זה מבוסס על כך שחקיקת המגן היא קונקרטיזציה של זכויות יסוד, ועל כך שגורעין הזכות החוקתית מקבל הגנה רבת-עצמה – מוחלטת וכופה, לדעתי. על פי צידוק זה, אופייה הכופה של חקיקת המגן יונק את חיותו ממשטר של זכויות יסוד (תוך הבחנה בין ממדיו השונים). במרכזו של הצידוק לאופייה הכופה של חקיקת המגן מצוי העובד האינדיבידואלי ולא ציבור העובדים כקולקטיב (בניגוד לצידוק השני על גווניו). צידוק זה משקיף על העובד האינדיבידואלי מבעד למשקפים חוקתיות, שכן במוקדו מצויות זכויות יסוד המוקנות לכל אדם באשר הוא, במנותק מיחסי הכוחות בין העובד למעבידו (להבדיל מהצידוק הראשון).

4. חקיקת המגן כממד קוגנטי של זכויות יסוד

(א) כללי

ביסודו של צידוק זה מצויה התפיסה כי חקיקת המגן נועדה להגן על זכויות מהותיות של העובד כדי שחזויות הקיום שלו תכלול מאפיינים בסיסיים של חזויות הקיום האנושית (פנאי, היעדר פחד מפני מחסור קיומי ועוד). אני מבקשת לשכלל צידוק זה באמצעות העלאת רף ההגנה על זכויות אלה לדרגה של הגנה חוקתית קוגנטית. טענתי היא כי אופייה הכופה של חקיקת המגן נגזר מאופיין הכופה של זכויות יסוד, וליתר דיוק: מממדים מסוימים בזכויות אלה. טיעון זה מורכב משני נדבכים שעליהם ארחיב להלן: על פי הראשון, זכויות עובדים הקבוצות בחקיקת מגן עשויות להיות שלוחות של זכויות

יסוד; על פי השני, לזכויות יסוד – ולפחות לממד מסוים שלהן – יש מעמד קוגנטי. על שני נדבכים אלה ניתן לבסס את הטיעון כי חקיקת המגן מבטאת את הממד הקוגנטי של זכויות היסוד, ומכאן הצידוק לאופייה הכופה.

(1) זכויות המגן הן קונקרטיזציה של זכויות יסוד

חוקות רבות פורשות את הגנתן באופן ישיר ומפורש על זכויות העובדים. מתוך עיון בנוסח של כמעט 140 חוקות עולה כי רובן המוחלט (יותר מ-110 חוקות) מגינות על זכויות העובדים.⁵⁰ היקף ההגנה וטיב הזכויות משתנים, כמובן, מחוקה לחוקה: יותר מ-60 חוקות מעניקות הגנה חוקתית לזכויות השליליות (דוגמת הזכות לחופש התארגנות), וכ-50 חוקות מעניקות הגנה גם לזכויות חיוביות-כלכליות (דוגמת הזכות לשכר מינימום). פילוחן של החוקות מבחינת היקף ההגנה החוקתית על זכויות העובדים חורג מגדרי מאמר זה, ודי במסקנה הכללית כי בשיטות משפט רבות זכויות העובדים הן מושא להגנה חוקתית.

חוקי היסוד בישראל אינם מעניקים הגנה מפורשת וישירה לזכויות עובדים. חוק יסוד: זכויות חברתיות, לכשיחוקק,⁵¹ יעגן גם הגנה זו – או שהיא תמצא את מקומה במסגרת חוקה עתידית. במבט ראשון, חוקי היסוד מעניקים הגנה רק למספר מצומצם של ערכים. חוק יסוד: חופש העיסוק כשמו כן הוא – מגן על חופש העיסוק;⁵² חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על כמה זכויות: הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לכבוד, הזכות לקניין, הזכות לחירות אישית, זכות הכניסה לישראל והיציאה ממנה והזכות לפרטיות.⁵³ אכן, עיון מדוקדק מעלה כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק הגנה לכמה זכויות מסגרת – הזכות לחיים, הזכות לכבוד והזכות לחירות – העשויות לשמש אכסניה לזכויות פרטיקולריות שלא קיבלו הגנה חוקתית מפורשת. זכויות המסגרת פורשו בפסיקה כמסגרות לכלול גם זכויות חיוביות, המטילות נטל על המדינה או על צדדים שלישיים.⁵⁴ בפסק דין שניתן לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי אגד

50 המחקר מבוסס על עבודת הדוקטורט חני אופק-גנדלר גלובליזציה של העבודה: הזכות לשכר מינימום 201-207 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004).

51 במשך השנים נעשו כמה ניסיונות לקדם את הצעת חוק יסוד זכויות חברתיות. הניסיון האחרון נערך בשנת 1994 (ובעניין זה ראו הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 337. בהצעת חוק זו הרצו ליתן הגנה לזכויות אישיות (בתחום ה"שכר ותנאי העבודה") לצד זכויות קבוצתיות (הזכות לשכונות והזכות להתאגד בארגון עובדים). חסרונה של הצעה זו – דווקא על רקע היקף ההגנה הניתנת בחוקה ברחבי העולם – הוא בכלליותה ובמפושטותה; למעשה אין בה אפילו פירוט של תנאי העבודה הווכים להגנה חוקתית.

52 חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

53 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

54 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001). בעניין זה קבע הנשיא ברק בהקשר לזכותו

הזכויות הכלולות במסגרת הזכות לכבוד כולל הן זכויות אזרחיות (או פוליטיות) והן זכויות חברתיות (או כלכליות).⁵⁵ יתר על כן: אפילו לגבי הזכות הפרטיקולרית לקניין הובעה בפסיקה הדעה כי היא מסוגלת לכלול זכויות חיוביות.⁵⁶

נוכח פרשנויות אלה נראה כי סיווגה של זכות כחיובית אינו מחסום מפני הכרה בה כזכות יסוד גם במשטר המשפטי הנוכחי. זכויות המסגרת עשויות אפוא לשמש גם חומר גלם לגזירת זכויות יסוד פרטיקולריות לעובדים, לרבות זכויות חיוביות. כך, לדוגמה, את זכות העובד לתנאי עבודה בטוחים ניתן לגזור מהזכות לחיים ולשלמות הגוף; מהזכות לחיים ומהזכות לכבוד ניתן לגזור את זכות העובד לשכר מינימום⁵⁷ ואת זכותו לשעות פנאי.⁵⁸ על פי תזה זו, חקיקת המגן – לפחות בחלקה – היא קונקרטיזציה של זכויות המסגרת הקבועות בחוקי היסוד: היא בעלת גוף של חקיקה רגילה ונשמה חוקתית. משמעות הדברים היא שכאשר יש לזכויות יסוד ממד קונקרטי, קמה הצדקה לאופייה הכופה של חקיקת המגן הנגזרת מהן. כאן מגיעים אנו לחלקו השני של הטיעון בדבר ממדיה השונים של הזכות החוקתית.

לכבוד של חייב על חוב מזונות פסוק, כי זה כולל "הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחצרות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע..."

55 בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תק-על 2605 (4) 2005 (2005). בפסקה 16 קבע הנשיא ברק:

ניתן להניח, אפוא, לענייננו – בלא לקבוע מסמרות בדבר – כי מחובת המדינה על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח "רשת מגן" למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולות הרפואה המודרנית.

בפסקה זו, ובמיוחד כשהיא נקראת על רקע הפסקאות שקדמו לה, ניתן לראות כי הנכונות לגזור זכויות חיוביות מהזכות לכבוד היא זהירה ומוגבלת, בהתאם למודל של מחסור קיומי.

56 בבג"צ 888/03 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004), עמדה לדין חוקתיות הקיצוץ בקצבת הזקנה, כשהזכות לקצבת זקנה אף היא זכות חיובית. הנשיא ברק קבע כי הזכות לקצבת זקנה נובעת מהזכות לקניין כך שגריעה ממנה מהווה פגיעה בזכות החוקתית לקניין. וכן ראו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן זכויות חברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69 (יורם רבין ויובל שני צורכים, 2004).

57 בג"צ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין לעבודה, פ"ד נט(4) 70 (2004).

58 בג"צ 5026/04 דייזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' משרד העבודה והרווחה, תק-על 2005 (2) 14 (2005) וההפניות שם, וכן ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ – טל, פד"ע לה 703 (2000).

(2) זכויות יסוד בעלות ממד כופה

זכויות יסוד בנויות מגרעין וממעטפת.⁵⁹ גרעין הזכות (או ליבתה) הוא הממד הנובע מאנושיותו של אדם. במעטפת מצויים ממדים רחבים יותר של הזכות, שאינם נובעים ואינם הכרחיים לשמירה על צלם אנוש. היקפו של גרעין הזכות משתנה בהתאם לטיבה; יש זכויות שגרעיןן חובק את רוב ממדי הזכות וזכויות שגרעיןן הוא נתח מזערי מכלל ממדיה.⁶⁰ גם המעטפת אינה עשויה בהכרח ממקשה אחת, במובן זה שהיא עשויה לכלול כמה ממדים (המקבלים הגנה בדרגות שונות); לא ארחיב על כך במסגרת מאמר, שכן לענייננו חשובה רק עצם ההבחנה בין גרעין למעטפת. היקפה של ההגנה החוקתית מושפע מטיבו של ממד הזכות הנפגע. ככל שממדיה של זכות היסוד רחבים יותר כך נחלשת מידת ההגנה הניתנת להם, ולהפך: ככל שממדי הזכות צרים יותר, עצמת ההגנה הניתנת להם גבוהה יותר. עמד על כך המלומד הוג:⁶¹

There is a close relationship between the standard of justification required under s. 1 and the scope of the guaranteed rights. If the court gives to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court will relax the standard of

59 הבחנה זו נעשתה גם על ידי גיא דוידוב בחיבורו "הזכות לעבוד זכות קהילתית ואישית והפרטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות וחברתיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, ההבחנה בין גרעין ומעטפת נעשתה בחיבורו כהקשר להבחנה בין זכות אישית לזכות קהילתית. לדידו, לגבי גרעין הזכות (טיפול רפואי בסיסי, קורת גג מינימלית, חינוך בסיסי) קיימת זכות אישית של הפרט כלפי המדינה ואף חובה נגדית של המדינה כלפי הפרט. במעטפת הזכות (היעדר הקצאת משאבים לחתום מסוים במערכת הבריאות, דיור ברמה ובעלות סבירים, חינוך אוניברסיטאי) מצויות זכויות קהילתיות במובן זה שמוטלת על המדינה חובת השתדלות כללית לנקוט צעדים לשיפור הרמה והאיכות של ההגנה הניתנת לערך, אך לא מוטלת עליה חובה תוצאתית כלפי כל פרט ופרט.

60 EVA BREMS, HUMAN RIGHTS: UNIVERSALITY AND DIVERSITY (2001)

A better approach to gross human rights violations with regard to which the diversity of contexts should not be taken into account, is the one that defines them not as violations of certain core rights, but rather as violations of the core rights. *In that perspective, all rights have a core and periphery. Nevertheless, the core of some rights may be bigger than that of other rights.*

יהודית קרפ ניסתה להבנות את משמעות המונח "כבוד האדם" באמצעות שרטוט של מעגלי התחולה מהגרעין הקשה לשולים הרחבים. (ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995)). פרופ' ברק, בספרו פרשנות במשפט, הציג שלושה מודלים פרשניים לזכות לכבוד (אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית כרך ג 413 ואילך (1994)).

61 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 732-733 (2001)

justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right... In my view, therefore, the courts should adhere to strict standard of justification prescribed by Oakes, and should give a purposive (rather than a generous) interpretation to the guaranteed rights. That approach will help to stem a wasteful flood of litigation, to limit the occasions when court to review the policy choices of legislative bodies and to introduce meaningful rules to the process of charter review.

גם הדין הישראלי מכיר בזיקת הגומלין בין היקפה של הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה.⁶² כך, למשל, לגבי חופש הביטוי הפוליטי הובעה דעה כי הוא ראוי להגנה

62 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 370. זיקה זו בוטאה בצורה ברורה בפסקאות 44-45 לפסק דינו של השופט חשין בבג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 1754 (2005). פסק דין זה עסק בשאלת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 1901. חוק זה קובע כי שר הפנים לא יעניק אזרחות לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה ולא ייתן לו רישיון לשיבה בישראל. כמו כן החוק קובע כי מפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל. השאלה שנדונה הייתה אם הוראות החוק, ככל שהן חלות על איתור משפחות בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוג הערבי מהאזור, ועל הקשר בין הורים תושבי ישראל לילדיהם הרשומים באזור, הן חוקתיות, והאם הן פוגעות בכבוד האדם של בן הזוג או של ההורים הישראליים. השופט חשין סבר כי יש לדחות את העתירה, ואחד הנדבכים למסקנתו היה השלכות ההבחנה בין גרעין זכות היסוד ומעטפתה לעניין היקף ההגנה על הזכות. וכך נאמר (ההדגשות הוספו):

44. בתהליך עיצובה ופיסולה של זכות-יסוד; לעת תיחום גבולותיה וקביעת תחום התפרשותה; שומה עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות והתחום הקרוב לגרעין לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין; בין אדוות-המים הקרובות למקום פגיעתה של האבן במים לבין אדוות-המים המתרחקות והולכות, הנחלשות והולכות (ראו והשוו: יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כ"ה 129, 136 (1995). בין מרכז הכבידה של הזכות לבין תחומים המתרחקים והולכים ממרכז הכבידה. ככל שמצויים אנו בגרעין, במרכז הכבידה, או בסביבתו הקרובה, כן תרבה עוצמתם של הערכים המוגנים, וככל שנרחק ונלך מן הגרעין, ממרכז הכבידה, כן תיחלש עוצמתה של הזכות ותגבר (יחסית) עוצמתם של אינטרסים אחרים המתרוצצים אף הם בחלל המשפט: אינטרסים ציבוריים ואינטרסים של יחידים אחרים. ביודענו כך, נוסיף ונדע כי לא הרי הגנה על המרכז, על הגרעין, כהרי הגנה על התחומים המרוחקים מן הגרעין. ויש שהתחום הנבחן הוא כה מרוחק – מרוחק לא אך מרחק פיזי אלא מרוחק בהיותו נתון להשפעתם של שיקולים ואינטרסים אחרים – עד שאפשר נבוא לכלל מסקנה כי אותם תחומים אינם באים כלל בתחום הכבידה של הזכות.

45. כך על דרך הכלל וכך בבחינת תחום התפרשותו של כבוד האדם, שראוי לנו כי נבחן היטב את טיב הערכים המוגנים, אם ערכי-גרעין הם אם ערכי-פריפריה.

רחבה יותר בהשוואה לחופש הביטוי המסחרי, שכן באחרון לא מתקיימים כל הרציונלים להגנה על חופש הביטוי.⁶³ בהקשר של הזכות לשוויון נקבע כי ההגנה מפני הפליה על רקע השתייכות לקבוצה הסובלת מקיפוח שיטתי היא מקיפה ועמוקה יותר מההגנה מפני הפליה אינדיבידואלית-אקראית.⁶⁴ כיצד יש ליישם זיקת גומלין זו על ההבחנה בין גרעין של זכות היסוד לבין המעטפת? אין ספק כי דרגת ההגנה הניתנת לגרעין הזכות, הנובע מצלם האנוש של האדם, גבוהה יותר מדרגת ההגנה הניתנת למעטפת. האם ניתן אפוא לומר כי גרעין הזכות מקבל הגנה רבת-עצמה – והאם הגנה זו מגעת כדי הגנה קוגניטיבית ומוחלטת? לדעתי התשובה לשאלה זו חיובית. סוג הגנה כזה ראוי מבחינה מהותית ותועלתית כאחד. הצידוק המהותי נובע מתפיסת גרעין הזכות כנובע מאנושיותו של האדם ומגדיר אותה בעת ובעונה אחת. בשום מקרה אסור לחברה מתוקנת לפגוע בצלם האנוש או לגרוע ממנו. הצידוק התועלתני מבוסס על ההשקפה כי הבניה של קנון ערכים הזוכה להגנה מוחלטת חיונית להגנה על הפרטים בחברה מפני הסכנות הטמונות בפוזיטיביזם מוחלט וביחסיות ערכית נטולת גבולות.⁶⁵ הצדקה זו מוכנה להסכים עם חוסר-צדק ספציפי במקרה מסוים, ובלבד שמעמדו של קנון הערכים, המציב גבולות ליחסיות הערכית, לא יישחק.

ביטוי להשקפתי בדבר קיומו של גרעין צר הזוכה להגנה מוגברת (ולטעמי מוחלטת) יש גם במצב המשפטי הקיים. כוונתי למשטר ההגנה הבינלאומית על זכויות האדם, למשפט חוקתי השוואתי ולניסוחן של חוקות. שני ההקשרים הראשוניים (משטר ההגנה הבינלאומית על זכויות האדם והמשפט החוקתי השוואתי) הם חיצוניים לשיטת משפט המתלבטת בשאלת קיומו של ממד קוגניטיבי לזכויות יסוד, ולכן הם בעלי אופי כללי. לעומת זאת ההקשר האחרון (ניסוח החוקה) קשור למאפיינים הייחודיים של שיטת משפט נתונה, ולכן תקפותו מוגבלת לשיטה זו.⁶⁶ להלן אציג בקצרה את ההסדרים המשפטיים

63 בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1993) ודהפניות שם; בג"צ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178 (2000); דעת השופט דורנר בע"א 4463/94 גולן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 138 (1996).

64 ראו הרעות השונות בדג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2000(4) 587 (2000). דומה כי במקרה זה סלע המחלוקת היה בשאלה אם טיבה המשתנה של הגנה זו יכול ליידי ביטוי בהגדרת פגיעה בזכות או במסגרת האיוונים של פסקת ההגבלה. כן ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (2000). כן ראו להלן, סמוך להערה 93, את ההבחנה בין ממדי השוויון בסעיף 37 לחוקת דרום-אפריקה בהקשר לממדי הזכויות שאינם ניתנים לגרעין בשעת חירום.

65 Jerome J. Shestack, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, in HUMAN RIGHTS: CONCEPT AND STANDARDS 42-44 (Janusz Symonides ed., 2000).

66 השימוש הבלעדי במתודולוגיה זו חשוף לביקורת כי הוא לוקה בכשל נטרוליסטי, היינו: הסקת הרצוי מהמצוי. עם זאת, מאחר שמטרת הדין להלן היא למצוא עוגנים לאותו ממד קוגניטיבי – להבדיל מוהיו המוחלט והוודאי – הרי שאין מקום לביקורת כזו במסגרת מאמר זה.

השונים; סקירה זו נועדה להצביע על כך שיש ברין הפוזיטיבי ביטוי לתזה המוצעת בדבר קיומו של ממד קוגנטי בזכויות יסוד, ומכאן חיזוקה של התזה המוצעת. סקירה זו יכולה גם לסייע בזיהוי של אותו ממד קוגנטי. הסקירה אינה מתיימרת למצות את סוגיית זיהוי של הממד הקוגנטי של הזכויות או להציע פתרון שלם וכולל לסוגיה זו, הראויה למאמר נפרד.

משטר ההגנה הבינלאומי על זכויות האדם

משטר ההגנה הבינלאומי על זכויות אדם נועד להדריך את המדינות בעיצוב ההגנה על זכויות האדם. משטר זה נועד לתת מענה לכישלונן של מדינות להגן על זכויות יסוד אלה, ולכן זהו עוגן ראוי לזיהוי הממד הקוגנטי של זכויות היסוד. זכויות שקיבלו את הגנת המשפט הבינלאומי אמורות להיות פחות חשופות לפגיעות עקב יחסיות תרבותית, כשדרגת החשיפה תלויה בטיב ההגנה הניתנת לזכות במשפט הבינלאומי. נוסף על כך, באופן פוטנציאלי יש למשפט הבינלאומי תחולה רחבה המזכירה את התחולה האוניברסלית של עקרונות משפט הטבע. משטר ההגנה הבינלאומי על זכויות האדם בא לידי ביטוי בשלושת ענפי המשפט הבינלאומי: המשפט הבינלאומי הקוגנטי, המשפט הבינלאומי המנהגי והמשפט הבינלאומי ההסכמי.

בראש הפירמידה ניצב המשפט הבינלאומי הקוגנטי, המגדיר את הערכים הנחשבים לדין קוגנטי במשפט הבינלאומי. משמעותה של הגדרה זו מבחינת המשפט הבינלאומי היא שהמדינה אינה יכולה לגרוע באמצעות אמנה ממחויבותה לכבד אותם.⁶⁷ הערכים אכן מקבלים הגנה קוגנטית ביחסים בין המדינות, אולם באופן עמוק יותר מדובר בערכים המגבילים את ריבונות המדינה ולכן הם בעלי ממד קוגנטי גם כלפי אזרחי המדינה. בספרות רווחת התפיסה כי לדין קוגנטי בינלאומי יש ביסוס דוקטורינלי איתן, אולם תוכנו של דין זה והמתודולוגיה ליצירתו שנויים במחלוקת. שאו (Shaw) הביא בספרו כמה דוגמאות לאיסורים שמוסכם לגביהם שהם חלק מהדין הקוגנטי: שימוש שלא כדין בכוח (מלחמה אגרסיבית), רצח עם, סחר עבדים ופיראטיות. על פי שאו, אין הסכמה אם שאר העקרונות מהווים חלק מהדין הקוגנטי;⁶⁸ המלומד בראונלי (Brownlie) הוסיף על איסורים אלה את האיסור מפני הפליה גזעית ואת האיסור על פשעים נגד האנושות.⁶⁹

המשפט הבינלאומי המנהגי עשוי לחייב מדינות אפילו אם לא הביעו הסכמה מפורשת לכך, ובמובן זה הוא בעל ממד כופה.⁷⁰ עם זאת, בחלק מהמדינות (לרבות

67 Fania Domb, *Jus Cogens and Human Rights*, 6 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 104 (1977); Convention on the Law of Treaties, Article 53.

68 MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 96-98 (1991).

69 IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 513-515 (1979).

70 מנהג יכול להיות עולמי, אזרחי או מקומי; הוא יכול להיות מעוגן באמנה אך אין הכרח בכך. כדי

ישראל), כוחה של חקיקה פנימית הסותרת את המשפט הבינלאומי המנהגי גובר. זכויות האדם השייכות למשפט הבינלאומי המנהגי הן איסור עינויים, איסור הפליה, איסור עבדות ואיסור רצח עם.

מעמדו של המשפט הבינלאומי ההסכמי בדין הפנימי משתנה משיטת משפט אחת לאחרת.⁷¹ מוחלטות ההגנה תלויה בתוכן ההסדרה, המשתנה מאמנה לאמנה. זכות תקבל הגנה מוחלטת רק אם המדינות שהן צד לאמנה או להצהרה הסכימו, במפורש או מכללא, להעניק לה הגנה כזו באמנה או בהצהרה. אכן, יש אמנות הקובעות במפורש כי הגנת אינה ניתנת לגריעה. לא זה המקום להרחיב איזה מהזכויות ההסכמיות משקפות משפט בינלאומי מנהגי⁷² או משפט בינלאומי קוגנטי,⁷³ אם בכלל יש זכויות כאלה; נסתפק בהבאת דוגמאות לאיסור הקבוע באמנות השונות – איסור הגריעה מזכויות.⁷⁴ הדוגמה הראשונה היא סעיף 8 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אוכלוסייה אזרחית בעת מלחמה, הקובע כי "בשום פנים לא יהיו מוגנים רשאים לוותר על זכות מן הזכויות המובטחות להם על ידי האמנה הזאת ועל ידי ההסכמים המיוחדים המוזכרים בסעיף הקודם, אם יש הסכמים כאלה".⁷⁵ דוגמה נוספת הן ההוראות הפזורות באמנות השונות

שיתגבש מנהג נדרשת הוכחה כי המדינות פועלות לפיו (יסוד אובייקטיבי) מתוך תחושת מחויבות לכבודו (יסוד סובייקטיבי).

71 המשפט הבינלאומי ההסכמי אינו מהווה חלק מהדין הפנימי המחייב בישראל, אלא אם כן נקלט לתוכו באמצעות חקיקה (ראו רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807 (1990)).

72 Joan F. Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, 22 HARV. INT'L L.J. 1, 2 (1981).

73 Daphna Shrager, *Human Rights in Emergency Situations Under the European Convention* 217, 232-234 (1986) on *Human Rights*, 16 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS. במאמר זה נטען, בין היתר, כי שלוש מזכויות הליבה (הזכות לחיים, איסור עבדות ואיסור עינויים) משקפות משפט בינלאומי קוגנטי.

74 JAIME ORAA, *HUMAN RIGHTS IN STATES OF EMERGENCY IN INTERNATIONAL LAW* (1992); *HUMAN RIGHTS: AN AGENDA FOR THE NEXT CENTURY* (Louis Henkin and John Lawrence Hargrove ed., 1994); *NON-DEROGABLE RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY* (Daniel Premont ed., 1996).

75 בבג"צ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, תק-על 2004(3) 3419 (2004) שניתן לאחרונה נקבע כי נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו חוקי מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי וזאת, בין היתר, על סמך סעיף 8 לאמנת ז'נבה הרביעית. נוהל "אזהרה מוקדמת" קבע כי חיילי צה"ל המבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת רשאים להסתייע בחושב פלסטיני מקומי כדי לתת באמצעותו לחשוד אזהרה מוקדמת מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עמו תוך ביצוע המעצר. ההסתייעות אמורה הייתה להיות על בסיס הסכמת התושב המקומי. בית המשפט קבע פה אחד כי נוהל זה אינו חוקי לאור עקרונות המשפט הבינלאומי החלים בשטחים המוחזקים. ההנמקה לכך שילבה בין תפיסת המשפט הבינלאומי ההומניטארי

ומגבילות את כוח המדינה לגרוע מהזכויות שהוגדרו באמנה אפילו בשעת חירום. שלוש אמנות מרכזיות קובעות הוראה מפורשת בדבר זכויות שאינן ניתנות לגריעה: סעיף 15(2) לאמנה האירופית,⁷⁶ סעיף 4(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות, פוליטיות ומדיניותות,⁷⁷ וסעיף 27 לאמנה האמריקנית.⁷⁸ רשימת הזכויות שאינן ניתנות לגריעה משתנה מאמנה לאמנה, ובמרוצת הזמן ניכרת מגמה להגדיל את הרשימה.

האיסור לגרוע מהזכות לחיים, מהאיסור על עינויים, מהאיסור על עבדות ומהאיסור על חקיקה פלילית רטרואקטיבית משותף לשלוש האמנות; האיסור לגרוע מההכרה באישיות המשפטית של האדם ומחופש הדת, המצפון והמחשבה משותף לאמנה בדבר זכויות מדיניות ולאמנה האירופית; איסור הגריעה מהזכות להגנה מפני מאסר בשל חוב אזרחי הוא ייחודי לאמנה בדבר זכויות מדיניות. האמנה האמריקנית, שהיא המאוחרת מהשלוש, כוללת את ההוראה הרחבה ביותר בנוגע לאיסור גריעה מזכויות. הוראה זו כוללת את הזכות למשפחה, את הזכות לשם, את זכויות הילד, את הזכות לאזרחות ואת הזכות להשתתף בממשל.

ניתן לזהות גיוון ברשימת הזכויות שאסור לגרוע מהן אפילו בעתות חירום. האמנה האירופית, שהיא הוותיקה ביותר, כוללת רשימה מצומצמת ביותר של זכויות, והאמנה האמריקנית, שהיא המאוחרת ביותר, כוללת את הרשימה הרחבה ביותר של זכויות. בהקשר לאמנה בדבר זכויות מדיניות נציין כי בשנת 2001 פרסמה הוועדה שדנה בזכויות אדם באו"ם מסמך באשר להיקפו של איסור הגריעה הקבוע בסעיף 4 לאמנה, והמגמה במסמך היא הרחבה של איסור הגריעה – בדרך פרשנית – לזכויות נוספות, ובהן הזכות לכבוד הטבועה באדם מטבעו.⁷⁹ נראה כי ארבע הזכויות המשותפות לשלוש האמנות הן זכויות הליכה, באשר הן משקפות זכויות יסוד שעליהן ראוי להגן בכל מצב ובמיוחד בעתות חירום, שאז הסכנה לפגיעה בהן מוגברת. לצד זכויות אלה ניתן למצוא זכויות שפגיעותן אינה מוגברת בעתות חירום (כגון איסור מאסר בשל חוב אזרחי) או זכויות המשקפות תפיסה רחבה יותר של זכויות אדם, כפי שהדבר בא לידי ביטוי באמנה האמריקנית. כאשר האמנה קובעת הגבלות פנימיות להיקפה של הזכות (מעין פסקת הגבלה פנימית), ברי כי איסור הגריעה כפוף להגבלות אלה ואין בכוחו להרחיב את

כקונגטי, ולכן התושב המקומי אינו רשאי לוותר על הגנותיו, לבין ההבנה כי במרבית המקרים הסכמת התושב המקומי אינה אמיתית. שיקולים אלה הביאו את בית המשפט לקבוע כי "נוהל 'אזהרה מוקדמת' אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. הוא מתקרב יתר על המידה אל 'הגרעין' הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי (penumbra) הבלתי ראוי" (שם, פסקה 25). על פסק דין הגישה המדינה בקשה לדיון נוסף, שנדחתה (דנג"צ 10739/05).

76 The European Convention on Human Rights.

77 סעיף 4(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניותות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

78 The American Convention on Human Rights.

79 State of Emergency (article 4) Human Rights Committee 29 (2001), www.unchr.ch/tbs.

היקפה הפנימי של הזכות.⁸⁰ מנגד, איסור העבדות ואיסור העינויים הובאו בספרות הדנה באמנה האירופית כדוגמה לזכויות שאין בהן הגבלות פנימיות ולכן איסור הגריעה מהן מוחלט.⁸¹

מסקירת המשפט הבינלאומי על מכלול ענפיו נובע כי ניתן למצוא בו עוגן להגבלת ריבונותה של המדינה לגרוע מזכויות יסוד מסוימות. הגבלה זו יכול שתהא כפוייה (משפט בינלאומי קוגנטי), רצונית (משפט בינלאומי הסכמי) או בעלת אופי משולב (משפט בינלאומי מנהגי בהתאם למעמדו במשפט הפנימי). לדידי, החשוב הוא עצם קיומה של הגבלה: זו יכולה ללמד על תפיסת המשפט הבינלאומי כי זכויות מסוימות או ממד בהן זוכה להגנה מוחלטת, שאין לגרוע ממנה אפילו בעתות חירום.

משפט חוקתי השוואתי

במשפט החוקתי ההשוואתי ניתן למצוא שלושה עוגנים המצביעים על ממד צר של זכויות יסוד שההגנה עליהן רבת-עצמה ולטעמי – מוחלטת. ראשית ניתן למצוא הוראות המגבילות את תחולתה של פסקת ההגבלה. כמה חוקות קבעו בפסקת ההגבלה כי תמציתן של הזכויות המנויות בחוקה אינה כפופה לאיזונים הגלומים בפסקת ההגבלה.⁸² כך, למשל, סעיף 36(4) לחוקה השווייצית קובע:⁸³

36. Limitation of Fundamental Rights

1. Any limitation of fundamental right requires a legal basis. Grave limitations must be expressly foreseen by statute. Cases of clear and present danger are reserved.
2. Any limitation of a fundamental right must be justified by public interest, or serve for a protection of fundamental rights of other people.
3. Limitation of fundamental rights must be proportionate to the goals pursued.
4. *The essence of fundamental rights is inviolable.*

Dominic McGoldrick, *The Interface Between Public Emergency Powers And International Law*, 2 INT. J. CONSTITUTION LAW 380 (2004)

R. St. J. Macdonald, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 225 (1997)

MATTHEW CHASKALSON, JANET KENTRIDGE, JONATHAN ראו הוראה זו לסקירת מהותה של חוקה, 12.15, 12.40-12.43 (1999) OF SOUTH AFRICA, GILBERT MARCUS, DEREK SPITZ, STUART WOOLMAN, CONSTITUTIONAL LAW

.Switz. Const. sec. 36 83

וסעיף 19 לחוק היסוד הגרמני קובע:⁸⁴

1. Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.
2. *In no case may the essence of a basic right be affected.*
3. The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits.
4. Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

הוראות ברוח זו מופיעות גם בחוקות של רומניה,⁸⁵ פולין,⁸⁶ קייפ ורדי,⁸⁷ אריתריאה⁸⁸ ונמיביה;⁸⁹ הגבלה זוירה יותר מופיעה בחוקה הסלובקית.⁹⁰ העובדה כי תמצית הזכות –

.Basic Law for the Federal Republic of Germany, sec 19 84

Rom. Const. sec 49(2) 85

The restriction shall be to the extent of the situation that determined it and may not infringe upon the existence of the respective right or freedom.

Pol. Const. sec 31(3) 86

Any limitation upon the exercise of the constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in democratic state for the protection of its security or public order, or to the protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. *Such limitation shall not violate the essence of freedoms and rights.*

Cape Verde Const. 1992, sec. 16(5) state: 87

The laws limiting rights, liberties and guarantees shall be necessarily of a general and abstract character and shall not have retroactive effect, *nor shall they diminish the abmit and the essential content of constitutional norms* and they shall be strictly limited to the safeguard of other constitutionally protected rights.

Eri. Const. 1996, sec.25(2): 88

"(2) Any law providing for the limitation of the fundamental rights and freedoms guaranteed in this Constitution must: a) be consistent with the principles of a just and democratic society; b) be of general application and *not negate the essential content of the right or freedom in question...*"

Namib. Const. 1999, sec. 22: 89

היינו: גרעינה וליבתה – אינה כפופה לפסקת ההגבלה משמעה שההגנה הניתנת לממד זה של הזכות היא מוחלטת ואינה כפופה לאיזונים.⁹¹

שנית, כעשרים חוקות מייחדות בחוקותיהן סעיף המורה אילו זכויות אינן ניתנות לגריעה אפילו בשעת חירום (non derogable rights)⁹² וזאת ברוח האמנות שנסקרו לעיל. הבניה מעניינת ומדויקת של הזכויות שאינן ניתנות לגריעה מצויה בחוקה של דרום-אפריקה. חוקה זו כוללת טבלה הקובעת איזו זכות ואיזה ממד ממנה אינם נתונים לגריעה אפילו בשעת חירום. הטבלה מחולקת לשלוש עמודות: בראשונה מצוין מספר הסעיף בחוקה, בשנייה מצוינת כותרת הסעיף המלמדת על סוג הערך שממנו אין לגרוע (שוויון, כבוד האדם, חיים, חירות וביטחון האדם, זכויות ילדים, זכויות בהליך פלילי); ובשלישית מצוין היקף הזכות שממנו לא ניתן לגרוע. איסור הגריעה מוחלט – כלומר: חובק את כל היקפה של הזכות – בשתי זכויות: הזכות לכבוד והזכות לחיים; על שתיהן נאמר בעמודה השלישית "entirely". לגבי יתר הזכויות המנויות בעמודה הראשונה והשנייה, איסור הגריעה מתייחס רק לממדים מסוימים של הזכות, כפי שהוגדרו בעמודה השלישית. כך, למשל, ביחס לזכות לשוויון, איסור הגריעה כולל הפליה פסולה – בעיקר על בסיס גזע, צבע, מוצא אתני, רקע סוציאלי, מין, דת ושפה, הנבדלת מהפליה נקודתית-אקראית.⁹³ בחוקות השונות ניתן למצוא רשימת ערכים הדומה בעיקרה לרשימה זו, שתוכנה הזכות לחיים;⁹⁴ חופש המחשבה, הדת והמצפון;⁹⁵ זכויות נאשם בפלילים

Whenever or wherever in terms of this Constitution the limitation of any fundamental rights or freedoms contemplated by this chapter is authorised, any law providing for such limitation shall: a) be of general application, shall not negate the essential content, and shall not be aimed at a particular individual...

Slovk. Const. 1992, sec. 13(4): 90

When restricting constitutional rights and liberties, attention must be paid to their essence and meaning...

91 לדעתי, ממד צר זה הוא ממד הכבוד של זכויות היסוד. במסגרת מאמר זה לא אוכל להתייחס באופן מקיף לשאלת פרשנות הזכות החוקתית לכבוד.

92 Belr. Const. 1994, sec. 63(2) (להלן: חוקת בלרוס); Bulg. Const., sec.(3)57 (להלן: חוקת בולגריה); Cape Verde Const. 1992, sec. 297 (להלן: חוקת קייפ ורדי); Croat. Const. sec. 17(3) (להלן: חוקת קרואטיה); Eri. Const., sec. (5)27 (להלן: חוקת אריתריאה); Fiji Const., sec. 187(3) (להלן: חוקת איי פיג'י); Hung. Const., sec. 8(4) (להלן: חוקת הונגריה); Taj., sec. 47 (להלן: חוקת טג'יקיסטן); Maced., sec. 54 (להלן: חוקת מקדוניה); Mong. Const., sec 19(2) (להלן: חוקת מונגוליה); Slov. Const., sec. 16(2) (להלן: חוקת סלובניה); Turk. Const. 1984, sec. 15(2) (להלן: חוקת טורקיה); Ukr. Const., sec. (2) 64 (להלן: חוקת אוקראינה); India Const., sec. 359 (להלן: חוקת הודו); Malawi Const., sec 44 (להלן: חוקת מלואי). חוקת מלואי מונה רשימת זכויות שאינן ניתנות להגבלה או גריעה בכל עת.

S. Afr. Const., sec. 37(5) 93

94 חוקת הודו, חוקת בלרוס, חוקת בולגריה, חוקת ספרד, חוקת קייפ ורדי, חוקת קרואטיה, חוקת איי

ואיסור חקיקה פלילית רטרואקטיבית;⁹⁶ איסור עינויים ויחס בלתי-אנושי;⁹⁷ הזכות לכבוד;⁹⁸ הזכות לשוויון⁹⁹ וחופש ההתאגדות.¹⁰⁰ לצד רשימה זו יש חוקות המעניקות הגנה לערכים ייחודיים יחסית כגון הגנה על הבית;¹⁰¹ זכות הגישה לערכאות;¹⁰² זכויות מיעוטים, ביטחון תעסוקתי¹⁰³ ועוד. איסור גריעת הזכות – אפילו בעתות חירום – מלמד על כך שיוצרי החוקה ייחסו לערך זה חשיבות יתרה. כמו כן – וזה העיקר – האיסור הוא הגבלה עצמית של יוצרי הדין, שאינה כוללת עוד את החירות לגרוע מהזכות. משמעות הדבר היא כי הזכות שאין לגרוע ממנה מעצבת את גבולות שיטת המשפט ולא מעוצבת על ידה.¹⁰⁴ גם כאן ראוי לחזור ולציין כי איסור גריעת הזכות אינו מונע בהכרח את הגבלתה. כך, למשל, כאשר החוקה קובעת הגבלות פנימיות על היקפה של הזכות (מעין פסקת הגבלה פנימית), ברי כי איסור הגריעה כפוף להגבלות אלה ואין בכוחו להרחיב את היקפה הפנימי של הזכות.

שלישית, יש חוקות הקובעות באופן מפורש כי זכויות יסוד מסוימות אינן נתונות לפגיעה, ומשמעותה של קביעה זו היא כי הזכויות מקבלות הגנה מוחלטת. כך, למשל, סעיף 1 לחוקה הגרמנית קובע בהקשר לזכות לכבוד:¹⁰⁵

1. *Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.*
2. The German people therefore acknowledges inviolable and

- פיג'י, חוקת הונגריה, חוקת טג'יקיסטן, חוקת מקדוניה, חוקת מלואי, חוקת מונגוליה, חוקת ניגריה, חוקת סלובניה, חוקת טורקיה, חוקת אוקראינה.
- 95 חוקת בלרוס, חוקת בולגריה, חוקת ספרד, חוקת קייפ ורדי, חוקת קרואטיה, חוקת אריתריאה, חוקת איי פיג'י, חוקת הונגריה, חוקת מקדוניה, חוקת מלואי, חוקת מונגוליה, חוקת סלובניה, חוקת טורקיה, חוקת אוקראינה.
- 96 חוקת הודו, חוקת בלרוס, חוקת בולגריה, חוקת קייפ ורדי, חוקת קרואטיה, חוקת אריתריאה, חוקת איי פיג'י, חוקת טג'יקיסטן, חוקת מקדוניה, חוקת סלובניה, חוקת טורקיה, חוקת אוקראינה, חוקת מלואי.
- 97 חוקת בולגריה, חוקת קרואטיה, חוקת איי פיג'י, חוקת מקדוניה, חוקת מלואי, חוקת מונגוליה, חוקת סלובניה.
- 98 חוקת בלרוס, חוקת בולגריה, חוקת הונגריה, חוקת סלובניה, חוקת טורקיה, חוקת אוקראינה.
- 99 חוקת ספרד, חוקת אריתריאה, חוקת הונגריה, חוקת טג'יקיסטן, חוקת אוקראינה, חוקת מלואי.
- 100 חוקת ספרד, חוקת הונגריה, חוקת טג'יקיסטן.
- 101 חוקת טג'יקיסטן.
- 102 חוקת איי פיג'י.
- 103 חוקת הונגריה.
- Teraya Koji, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, 12 EUR. J. INT'L L 917, 927-931 (2002).
- Basic law of the Republic of Germany, Sec. 2 (הורגשה הוספה).

inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

3. The following basic rights shall bind the legislature, the executive.

And the judiciary as directly applicable law.

במקרה כזה, ההגנה המוחלטת מביאה לצמצום היקפה של זכות היסוד. עמד על כך ברק באומרו כי "זוהי זכות אדם בסיסית בגרמניה, היא נתפשת כזכות אדם חשובה ביותר. אין לה פסקת הגבלה. אין לשנותה.... טבעי שניתן למושג 'כבוד אדם' בגרמניה מובן מצומצם למדי שכן כל שנתפש בגדרי כבוד האדם לא ניתן להגבלה או לשינוי...."¹⁰⁶

נוסח החוקה

עוגן זה קשור לטבורה של שיטת משפט ספציפית ולכן אדגים אותו באמצעות המשפט בישראל. האם נוסחם של חוקי היסוד בישראל מספק תמיכה לתזה כי ממדים מסוימים של זכויות יסוד מקבלים הגנה קוגנטית? בחוקי היסוד אין הוראה מפורשת שלפיה גרעינה של זכות היסוד מקבל הגנה מוחלטת ואינו כפוף לאיזונים; נהפוך הוא: יש פסקת הגבלה כללית החלה על כל זכויות האדם, ותחולתה הכללית הביאה להעדפת פרשנות רחבה לזכויות היסוד ובמיוחד לזכות לכבוד.¹⁰⁷ עם זאת – וזה העיקר – בתוך הפרשנות הרחבה לזכות היסוד כלול מניה וביה גם גרעין הזכות. מכאן, ששאלת המפתח נוגעת לטיב ההגנה שתינתן לגרעין הזכות כשתעמוד לדיון שאלת החוקתיות של פגיעה בו. שאלה זו טרם נתחדדה בצורה זו בפסיקה הישראלית. לדעתי, מתוך הקביעה כי זכויות האדם בישראל הן יחסיות נובע שבכל זכות יש ממד יחסי. ממד זה מתקיים בכל זכות ביחס למעטפת שההגנה עליה יחסית וכפופה לאיזונים. היותה של ההגנה על מעטפת הזכות יחסית וכפופה לאיזונים אינו מחייב שגם גרעין הזכות יהיה כפוף לאיזונים. מכאן, שאין באמירה הכללית בדבר יחסיותן של זכויות האדם בישראל כדי לשלול את קיומו של גרעין זכות המקבל הגנה מוחלטת. להלן אציג מקרים שנדונו בבתי המשפט בישראל בהם מסתמנת נכונות לשקול מתן הגנה קוגנטית לגרעין הזכות. פסקי הדין שניתנו עוסקים בזכות לכבוד. בניסוחם של חוקי היסוד ניתן למצוא

106 פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 432-433. ראו בהרחבה Eckart Klein, *Human Dignity in German Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 145 (David Kretzmer and Eckart Klein eds., 2002).

107 בספרו ציין הנשיא ברק כי "אכן, אילו ניתנה משמעות צרה מדי לכבוד האדם לא ניתן היה לאפשר בו פגיעה, דבר המנוגד לעצם פסקת ההגבלה, המאפשרת – בקיום תנאים מסוימים – פגיעה בכל זכות אדם, לרבות כבוד האדם". בהערת השוליים הסמוכה לטקסט זה נאמר "לשון אחר: העמדת כבוד האדם על מינימום חיוני אינו מאפשר פגיעה נוספת בו. אך פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בכל זכות יסוד, לרבות כבוד האדם. מכאן הטיעון כי ממבנה חוק היסוד, מתבקשת המסקנה הפרשנית, הרוחה פרוש מצמצם לכבוד האדם" (מתוך אהרן ברק מבחר כתבים 432 (2000)).

שלושה עוגנים לעליונותה. עליונות זו מתיישבת עם העדיפות הנורמטיבית שניתנה לזכות זו במשפט הבינלאומי ובמשפט ההשוואתי. אלה העוגנים:

ראשית, הזכות לכבוד (כמו הזכות לחיים ולשלמות הגוף) קיבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הן הגנה שלילית, כלומר: נקבע בו איסור לנקוט פעולות הפוגעות בה (סעיף 2), והן הגנה חיובית, כלומר: נקבעה חובה משפטית לנקוט פעולות המקדמות אותה (סעיף 4). העובדה שניתנת אפוא לזכות זו הגנה נוספת – בדמות החובה הפוזיטיבית לפעול לקידומה – מלמדת על עדיפותה הנורמטיבית. שנית, הסיפא של סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מלמדת שתוק היסוד משקיף על זכויות אלה כעל זכויות אוניברסליות המוקנות לאדם באשר הוא אדם. ממד אוניברסלי זה מהווה אינדיקציה לכך שהרשות המכוננת בישראל השקיפה על זכויות אלה כעל זכויות טבעיות "קדם-משפטיות", המוקנות לכל אדם באשר הוא. שלישית, תפיסת הזכות לכבוד כזכות עליונה מתיישבת עם ההסדר החלקי הקבוע בסעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי תקנות שעת חירום שמתקינה הממשלה אינן יכולות "למנוע פניה לערכאות, להתיר ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם" (ההדגשות הוספו).

עליונותה הכללית של הזכות לכבוד משמשת מסד להשקפתי כי שעה שמצויים אנו בגרדי הגרעין של הזכות לכבוד, הנובע מצלם האנוש של האדם, ההגנה שתניתן לממד צר זה תהיה מוחלטת. כאמור, השקפה זו מתיישבת גם עם הנוהג במדינות אחרות. ואכן, בתקופה האחרונה ניתן פסק דין הנותן אחיזה ראשונית להשקפה כי יש לזכויות היסוד האמורות ממד קוגנטי. בית המשפט אסר על שימוש באמצעים פיזיים במסגרת חקירות של שירות הביטחון הכללי.¹⁰⁸ הטעם הפורמלי לאיסור היה היעדרה של הסמכה מפורשת בחוק לשימוש באמצעים פיזיים; הטעם המהותי היה כי עינויים פוגעים בכבוד האדם ולכן אסורים הם באופן מוחלט. וכך נאמר בסעיף 23 לפסק הדין:

חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה... כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה... מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment)... איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים.

קביעה נוספת, השוזרת בין אופייה הקוגנטי של הזכות לכבוד לבין זכויות העובד הבסיסיות, מופיעה בפסק הדין בנושא חוקיותו של הסדר הכובל מהגר עבודה לעבוד אצל מעביד ספציפי ששמו מוטבע בדרכונו, ועקב כך נאסר עליו לעבוד אצל מעביד אחר

108 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

זולתו או לעבוד בעבודה נוספת.¹⁰⁹ בית המשפט קבע פה אחד כי הסדר זה פוגע בכבוד המהגר הזר ובחירותו, שכן הוא מאיין את האוטונומיה שלו להשתחרר מחוזה העבודה ושולל כוח מיקוח כלכלי בסיסי מצד ליחסי העבודה שהוא חלש ממילא. בפסק דינו חידד השופט חשין את הממד הקוגנטי של הזכות לכבוד באומרו, בפסקה 7 לפסק הדין:

יש זכויות שנועדו להגנתו של עובד, וגם אם ירצה בכך, אין עובד רשאי לוותר עליהן. תקנת הציבור אוסרת עלינו להכיר בויתור. וכשם שאין אדם יכול, לרצונו, למכור עצמו לעבדות, כן לא נכיר בהסדרים שאמנם אין הם עבדות במשמעותה הקלאסית, בכל זאת נגלים בהם קווי אופי שאפיינו את העבדות בזמנה... אך נסכים לקיים הסדרים שיש בהם כדי לפגוע בכבוד האדם, בצלם האנוש שבאדם, גם אם לכאורה נכראו הם מעיקרם – למצער בחלקם – לטובתו של אדם. כך על דרך הכלל וכך בענייננו-שלנו. אדם זכאי לחיות חיים הראויים לחיים.

לבסוף נעיר, כי בפסק דין אחר התלבט השופט ריבלין, אגב אורחא, אם הוראה המאפשרת לאדם לוותר על זכותו לקורת גג מינימלית – זכות הגזרת מהזכות לכבוד – מקיימת איזון חוקתי ראוי.¹¹⁰ בפסק דין אחר קבע השופט טירקל, בדעת מיעוט, לגבי

109 בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 4336 (2006).
110 רע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004). בעניין זה נדונה שאלת זכותו של חייב בהליכי הרצאה לפועל לדירור חלוף כתנאי למימוש דירת מגוריו. סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל התשכ"ז-1967, ס"ח 507, קובע במפורש שכאשר מושכנו מקרקעין המשמשים בית מגורים לחייב, רשאי ראש ההוצאה לפועל להורות על מכירתם תוך פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עמו. עם זאת, הסעיף מתנה את ביצוע הפינוי בכך שיהיה לחייב ובני משפחתו סידור חלוף. סעיף 38(ג) מסייג את הגנת הסידור החלוף כשמדובר בביצוע של משכנתא או במימוש של משכון, וכשבשטר המשכנתא או בהסכם המשכון נאמר במפורש כי הגנה זו לא תעמוד לחייב. בהקשר לחוקתיות של סעיף 38(ג) לחוק, שיש בו כדי להתיר ויתור על הזכות החוקתית לכבוד, הובעו בפסק הדין התהיות הבאות (פסקה 8, ההרגשות הוספו):

השאלה הראשונה המתעוררת בערעור זה היא אם הגנת הסידור החלוף היא קוגנטית, או שמא בידי הצדדים להתנות על תחולתה. התשובה לכך, לטעמי, מצויה בסעיף 38 עצמו. סעיף קטן (ג) מבחיר, כי ההגנה לא תקום אם פורש בשטר המשכנתא או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה (להלן: חריג הויתור המפורש). המשמעות המתבקשת מקיומו של חריג הויתור המפורש היא, כי הגנת הסידור החלוף אינה הגנה קוגנטית. הצדדים רשאים להתנות על הגנה זו ביחסים ביניהם, ובלבד שהדבר פורט בשטר המשכנתא. ניתן לתהות, האם חריג הויתור המפורש מקיים איזון חוקתי ראוי. שאלה זו כורכת עימה שיקולים מורכבים. מחד גיסא, הגנת הסידור החלוף אינה עוסקת במותרות. היא עוסקת במינימום. אם אין לחייב מקום מגורים סביר או סדור חלוף, המשמעות היא, בדרך כלל, אחת: הוא ובני משפחתו יימצאו עצמם בלא קורת גג, כשרק כפת השמים לראשם. יש להניח, כי לעיתים, אנשים הזקוקים להלוואה אינם מפנימים את מלוא הסיכון הטמון בויתור על הגנת

הזכות לחיים (שבדומה לזכות לכבוד, אף היא זוכה להגנה חיובית מכוח סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), כי ערך זה אינו נתון לאיזון עם ערכים אחרים (כגון הזכות לחופש ביטוי).¹¹¹

סיכום ביניים

העולה מן האמור הוא כי גרעינן של זכויות יסוד מקבל הגנה משפטית מוגברת, המגיעה כדי הגנה מוחלטת; תמיכה לכך ניתן למצוא במשפט הבינלאומי על רכדיו השונים, במשפט החוקתי ההשוואתי (בדמות הוראת המסייגות את תחולתה של פסקת ההגבלה או מוגעות ממדינות לגרוע זכויות מסוימות אפילו בשעת חירום, או בדמות הוראה

הסידור החלופי, או מוכנים לקחת סיכון זה מראש, מתוך תחושה של "אין ברירה". מאידך גיסא, ניצבת ההגנה על קניינו של המלווה ועל חופש החוזים, וכן החשש כי אם לא תמצא האפשרות להתנות על הגנת הסדר החלופי, תסוכל האפשרות לקבל הלוואות, במיוחד כאשר מדובר באנשים הזקוקים להן עד מאד. אכן ההגנה על קניינו של המלווה באה על מנת שלא לנעול דלת ללווה. השאלה אינה פשוטה, אפוא, אך אין לנו צורך להכריע בה, שהרי חוק ההוצאה לפועל (וכמוהו גם חוק הגנת הדייר) קדם לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לפיכך, תוקפו נשמר. לא ניתן לאיין את משמעות חריג היסוד המפורש. אין תימה, אפוא, כי הפסיקה הנוגעת להוראה סעיף 38 – לרבות פסיקה שנתנה לאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – לא הרהרה אחרי עצם האפשרות העומדת לחייב, לוותר על זכות המוקנית לו לפי הוראה זו.

111 בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359 (2003). באותו עניין קבעה דעת הרוב כי המדינה אינה רשאית להפקיע לפרק זמן קצוב את השידורים בכל ערוצי הטלביזיה – לרבות ערוצי החודשות הזרים – לאחר ירי טיל ובהישמע אות האזהרה. תכליתה של הפסקת השידורים היא הקרנת סרט הדרכה בן חמש דקות של דובר צה"ל, וכן יינתנו הנחיות והסברים, ככל שיידרשו. סרט ההדרכה יכלול שקופית ועליה כיתוב "אזהרה" בחמש שפות ומפת מדינת ישראל מחולקת לאזורים. השופט טירקל בדעת המיעוט, תוך הפנייה לדברי הנשיא ברק, קבע כך: אפילו סברתי כי מדובר בפגיעה חמורה, הרי שכאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיזון הפסיקתיות אינן ישימות ואינן הולמות, שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם – מונחים על הכף.

יפים לעניין זה דברי הנשיא אהרן ברק:

תורת האיזון נוהגת... במרבית הסוגיות, שבהן הפעלת שיקול-דעת שלטוני פוגעת בפרט או באינטרס של הכלל. במרבית הסוגיות אך לא בכולן. כאשר על כפות המאזניים הונח עצם קיומה של המדינה, סירב בית-משפט זה לאזן בין אינטרס זה לבין אינטרסים מתחרים (ראה ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365. הוא ראה בקיום המדינה 'נתון קונסטיטוציוני' שאין מקום לאזנו כנגד הזכות לבחור ולהיבחר... מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי קיימים ערכים או אינטרסים נוספים שתורת האיזון אינה תופסת בהם" בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1).

מפורשת שההגנה הניתנת לזכות מסוימת מוחלטת) ובנוסף החוקה. בישראל ניתן לזהות ניצוצות ראשונים לתפיסה כי לזכויות יסוד עשוי להיות ממד צר המקבל הגנה מוחלטת. המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי ההשוואתי יכולים לסייע בקריאתם המחודשת של חוקי היסוד בישראל לאור ההבחנה זו. חקיקת המגן מהווה קונקרטיזציה של זכויות היסוד. מכאן, שניתן למצוא הצדקה – ולו חלקית – לאופייה הכופה של חקיקת המגן באופיין הכופה של זכויות יסוד, וליתר דיוק: באופייה הכופה של ממדים מסוימים בזכויות אלה. מכאן חשיבותה של השאלה באיזו מידה חקיקת המגן היא קונקרטיזציה של הממד הקוגנטי בזכויות היסוד. לדעתי, זהו השיח שראוי לחלוש על סוגיית הכפפתה של חקיקת המגן לעקרונות תום הלב. להלן אציע קווים לשיח האמור.

(ב) זיהוי הממד הקוגנטי של זכויות היסוד בתחום יחסי העבודה: סוגי הזכויות אחד המכשירים לזיהוי סוג הזכויות השואכות את אופיין הכופה ממשטר זכויות היסוד הוא המשפט הבינלאומי על רבדיו השונים. מבחינת המשפט הבינלאומי הקוגנטי והמנהגי, רשימת הערכים המקבלים הגנה קוגנטית בתחום יחסי העבודה כוללת את האיסור לסחור בעבדים ואת האיסור מפני הפליה על בסיס גזע. המשפט הבינלאומי ההסכמי (ובעיקר האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אורחיות ופוליטיות משנת 1966, והאמנה האירופית בדבר זכויות האדם) מוסיף לרשימה זו את הזכות לכבוד, את הזכות לחיים ואת האיסור על עבדות ועל שעבוד. במסגרת המשפט הבינלאומי ההסכמי יש להתייחס לשלל אמנות ולהמלצות של ארגון העבודה העולמי, הקובעים סטנדרטים מהותיים וכמותיים לתנאי העבודה. אופן הסטנדרטיזציה של תנאי העבודה שונה מאמנה לאמנה. כך, למשל, יש אמנות המגדירות סטנדרטים כמותיים ואף קובעות לגביהם כי הם קוגנטיים (כגון האמנה בדבר חופשה שנתית נושאת שכר, שעליה אעמוד בהמשך); יש אמנות הקובעות סטנדרטים כמותיים תוך קביעת מנגנון לסטייה בהסכמה מהם ובדבר הגבלתו (האמנות בדבר שעות עבודה);¹¹² ויש אמנות הקובעות אמות-מידה כלליות ללא סטנדרטים כמותיים או מהותיים (האמנות בנושא שכר מינימום).¹¹³ ארגון העבודה העולמי הנפיק מאות אמנות, ולכן לא אוכל למצות את תרומתו החשובה בהיבט זה. כאשר תעמוד לבחינה זכות ספציפית יהיה מקום לבחון באופן מדויק את האמנות המסדירות אותה ובאיזו מידה הן ביקשו לתת הגנה קוגנטית לסוג הזכויות הנדון.

כעת ברצוני לייחד כמה מילים להצהרת ארגון העבודה הבינלאומי בעניין עקרונות

112 האמנה בדבר שעות עבודה (תעשייה), כ"א 1 135; האמנה בדבר שעות עבודה (מסחר ושירותים), שם, 153.

Convention (No. 26) Concerning The Creation of Minimum Wage – Fixing Machinery, 113 1928.

וזכויות יסוד בעבודה משנת 1998 (להלן: "ההצהרה").¹¹⁴ ברקע להצהרת ארגון העבודה העולמי משנת 1998 נמצאים הדיונים שערך ארגון הסחר העולמי בסינגפור בשנת 1997.¹¹⁵ דיונים אלה הסתיימו בהצהרה בדבר המחויבות להגדרת עקרונות ליבה בתחום יחסי העבודה, ובקריאה לארגון העבודה העולמי – שהוא הגוף הכשיר לקבוע ולעסוק בעקרונות אלה – להגדירם.¹¹⁶ הצהרת ארגון העבודה העולמי אכן מגדירה ארבע זכויות הנתפסות כשייכות לעקרונות הליבה של יחסי העבודה. הזכויות הקבועות בהצהרה מגלמות בעיקר עקרונות של צדק דיוני ולא של צדק מהותי, ומטרתן להבטיח את הגינות ההליך יותר מאשר את הגינות תנאי ההעסקה. ההנחה המובלעת בהצהרה היא שהגנה על זכויות אלה היא ערובה לשיפור זכויותיהם המהותיות של העובדים במדינות המתפתחות.¹¹⁷ כך נאמר בסעיף 2 להצהרה:

Declares that all members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization, to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely:

- (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (c) the effective abolition of child labour; and
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998 ¹¹⁴

ברדיונים אלה נעשה ניסיון, ביחמת נשיא ארצות-הברית דאז, ביל קלינטון, להקים קבוצת עבודה לשם בחינת ההגנה על זכויות העובדים במסגרת הסכמי הסחר. חרף זאת המדינות המתפתחות התנגדו לכך נחרצות, שכן הן ראו בכך ניסיון לעמעמע את יתרונן היחסי. טענתן הייתה כי ארגון הסחר העולמי מוסמך להסדיר את ענייני העבודה הקשורים בסחר, וכי ההגנה על זכויות עובדים חורגת מהמנדט שניתן לו.

World Trade Organization Singapore Ministerial Declaration, 1997 ¹¹⁶

117 בגוף ההצהרה נאמר:

Whereas, in seeking to maintain the link between social progress and economic growth, the guarantee of fundamental principles and rights at work is of particular significance in that enables the persons concerned to claim freely and on the basis of equality of opportunity their fair share of the wealth which they have helped to generate, and to achieve fully their human potential.

מבחינה פורמלית הצהרה זו היא נקודת מפנה ביחס של ארגון העבודה העולמי למעמדן הנורמטיבי של זכויות העובדים. עד אליה רווחה הגישה שלפיה כל הזכויות שהוכרו על ידי ארגון העבודה העולמי מצויות על אותה מדרגה נורמטיבית. ההצהרה יצרה מדרג בין הזכויות השונות, תוך מתן עדיפות נורמטיבית לזכות לחופש התאגדות ולניהול משא ומתן קולקטיבי, לחירות מפני עבודת כפייה, לאיסור על עבודת ילדים ולביעור כל צורות ההפליה בתחום התעסוקתי. העליונות הנורמטיבית של הזכויות המנויות בהצהרה נלמדת ממהות ההצהרה ומהיקפה, כפי שנקבע בסעיף 2 לה: על פי סעיף זה ההצהרה מחייבת גם מדינות שלא חתמו על האמנות שבהן הוסדרו הזכויות הקבועות בה.¹¹⁸ עובדה זו מלמדת על תפיסת זכויות אלה כמחייבות מדינות גם אם לא קיבלו על עצמן את החובה להגן עליהן. לצורך העניין איני מוצאת מקום לסיווגה המדויק של האמנה כמשפט בינלאומי הסכמי או מנהגי; על פני הדברים נראה שניתן לאפיין חלק מהזכויות כמנהגיות (איסור עבדות) וחלק אחר מהן – כהסכמיות. אפיון מדויק זה חורג מגבולות מאמר זה, ולדידי החשוב הוא כי ההצהרה מבטאת את תפיסת ארגון העבודה העולמי בדבר מחויבות המדינה לכבד את הזכויות המנויות באמנה בשל סגולתן הגבוהה, ולא מכוח קליטתן למשפט הפנימי. יצוין, כי על הצהרה זו נמתחה ביקורת בספרות.¹¹⁹ האיסור על עבודה כפויה, חירות ההתאגדות והזכות לניהול משא ומתן קיבוצי הן זכויות שליליות בעיקרן, המתיישבות עם ערכים ליברליים, והנטל שהן מטילות על המעביד – מוגבל. צמצום זה עושה עוול לזכויות העובדים כזכויות אדם, שכן הוא מביא לצמצום הרשימה יתר על המידה. על רקע ביקורת זו אפנה לניתוח המכשיר השני – המשפט החוקתי ההשוואתי.

ניתוח חוקתי השוואתי יכול לתרום לליבון הסוגיה בדבר סוג הזכויות השואבות את אופיין הכופה ממשטר זכויות היסוד, וזאת בשני היבטים: ראשית, כמה חוקות קובעות באופן מפורש כי זכויות עובדים מסוימות אינן ניתנות לויתור על ידי העובד. איסור זה יכול ללמד כי זכויות אלה נהנות מהגנה קונגנטית. כך, למשל, סעיף 36(3) לחוקה

118 הקריטריון המרצה לבחירת עקרונות הליכה היה התגבשות של הסכמה רחבה הן במסגרת ארגון העבודה העולמי והן מחוצה לו בדבר יסודיותן של זכויות אלה. לשם הוכחת הסכמה רחבה זו מובא באתר האינטרנט של ארגון העבודה העולמי פירוט של מספר המדינות שהצטרפו לאמנות המעגנות את עקרונות הליכה. כך, למשל, לאמנה בדבר איסור עבודה כפויה (מס' 29) משנת 1930 הצטרפו 149 מדינות ולאמנה בדבר איסור עבודה כפויה (מס' 105) משנת 1957 הצטרפו 132 מדינות; לאמנה בדבר חופש ההתארגנות (מס' 87) משנת 1948 הצטרפו 122 מדינות, ולאמנה בדבר הזכות להתארגן ולנהל משא ומתן קיבוצי (מס' 98) משנת 1948 הצטרפו 138 מדינות; לאמנה בדבר יחס שווה לעובד ועובדת (מס' 100) משנת 1951 הצטרפו 137 מדינות ולאמנה בדבר הפליה (מס' 111) משנת 1958 הצטרפו 128 מדינות; לאמנה בדבר גיל מינימום (מס' 138) משנת 1973 הצטרפו 61 מדינות.

119 Philip Alston, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labor Rights Regime*, 15 EUR. J. INT'L L 457 (2004). כן ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 131-127.

האיטלקית קובע כי לא ניתן לוותר על הזכות לחופשה תקופתית בשכר (ההדגשות הוספו):

Workers are entitled to a weekly day of rest and to annual paid holidays;
they cannot relinquish this right.

סעיף 13 לחוקה המלטית קובע (ההדגשות הוספו):

- (1) The maximum number of hours of work per day shall be fixed by law.
- (2) The worker is entitled to a weekly day of rest and to annual holidays with pay; he cannot renounce this right.

בסעיף 36(4) לחוקה במקדוניה נאמר (ההדגשות הוספו):

- (4) Every employee has the right to paid daily, weekly and annual leave.
Employees cannot waive this right.

שנית, כאמור לעיל, חלק מהחוקות כוללות הוראה מפורשת כי תמצית הזכות החוקתית אינו כפוף לאיזונים במסגרת פסקת ההגבלה. הוראה מסוג זה היא עוגן להשקפה שבכל סוג זכות (לרבות זכויות העובדים) יש ממד כופה ומוחלט, ובכך למעשה מועבר מרכז הכובד בניתוח הממד הכופה של זכויות היסוד מסוג הזכות לשיעורה. הוראות אלה יכולות לשמש מקור השראה חשוב בפרשנות של זכויות המסגרת הנהגות מעליונות נורמטיבית; הדברים אמורים במיוחד בזכות לכבוד.

במסגרת מאמר זה לא אוכל לפתח פרשנות לזכות לכבוד, אך אציין כי לדידי הזכות לכבוד היא למעשה אגד של גרעיני הזכויות הפרטיקולריות. מכאן, שלכל סוג זכות יש ממד של כבוד המשתנה בהתאם למהות הזכות.¹²⁰ תפיסה זו של "כבוד" מעתיקה את

120 בבג"צ עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 55, יש עוגן להשקפה זו. בנתחו את מהות הזכות אמר הנשיא ברק:

הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, בתוך החברה בה הוא חי. זכויות אלה עשויות להיכלל בגדר הזכויות ה"אזרחיות" (או "פוליטיות"), ואף בגדר הזכויות ה"חברתיות" (או "כלכליות").

התפיסה כי בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה"נגזרות" אילו עמדו לעצמן כזכויות "בעלות שם"....הסקת הזכויות המשתמעות מכבוד האדם נעשית אפוא מזווית הראייה של כבוד האדם, וכדי ההתאמה למושגיות זו. תפיסה זו קובעת את היקפן של הזכויות המשתמעות....

מרכז הכובד בניתוח החוקתי משאלת הסוג של זכויות היסוד הקוגנטיות לשאלת ממדן הקוגנטי. כאן נדרשת בחינה אם חקיקת המגן חופפת – הן מבחינת סוג הזכויות המוגנות והן מבחינת הכמות הקבועה – לאותו ממד קוגנטי בזכויות היסוד האמורות, או שמא היא חורגת מגבולות הממד הקוגנטי.¹²¹ זוהי מלאכה מורכבת, וכדי להתגבר על הקשיים הכרוכים בה אציע להלן לפתח חזקה פרשנית, הניתנת לסתירה, שלפיה חקיקת המגן הקוגנטית חופפת לממד הקוגנטי של זכויות היסוד, ובמיוחד לזה של הזכות לכבוד.

(ג) חזקה פרשנית: חקיקת המגן הקוגנטית חופפת לממד הקוגנטי בזכויות היסוד הזכות לכבוד, בהיותה זכות מסגרת, היא בעלת דרגת הפשטה גבוהה מאוד, ולכן גם ניתוח סוגיית היקפה של חקיקת המגן ביחס לממד הקוגנטי בזכויות היסוד היא מלאכה מורכבת. בשלב הראשון יש לפתח מודל עיוני-פרשני להיקפה של הזכות לכבוד בהקשר של יחסי העבודה, ובשלב השני יש לבחון באיזו מידה הוראותיה של חקיקת המגן – ובמיוחד השיעורים הכמותיים הקבועים בה – חופפות או חורגות מהמינימום המתחייב לפי מודל פרשני זה. מלאכה זו קשה מאוד לביצוע, ובעיקר בשלב השני, שבו יש לאמוד את היחס בין השיעור הכמותי הקבוע בזוק לבין השיעור הכמותי המינימלי המתחייב מן המודל החוקתי-עיוני.

השאלה הנשאלת היא לחובת מי יפעלו קשיים אלה, והתשובה לה תלויה בחלוקת נטלי ההוכחה. ככלל, על כל צד בהתדיינות משפטית אורחית מוטל הנטל לבסס את טענותיו. על התובע (העובד) מוטל הנטל לשכנע בקיומה של עילת תביעה ועל הנתבע (המעביד) מוטל הנטל לשכנע בקיומה של טענת הגנה.¹²² הצעת היא לראות את היעדר

121 אני סבורה כי הרוח החוקתית שורה אף על הסדרים משלימים הקבועים בחקיקת המגן, הבאים להגשים את הוראותיה (כגון החיוב בתשלום גמול שעות נוספות). לכאורה זהו חיוב בעל אופי כלכלי מובהק ולכן קשה לגחורו במישור מן הזכות לכבוד או לחיים. מנגד, הסדר זה בא, בין היתר, להגשים את ההוראה בדבר משך יום העבודה המרבי בדרך של מתן תמריץ כלכלי שלילי להעסקה זו. נוכח זיקה זו סבורה אני כי גם על הסדרים משלימים אלה יש להשקיף כעל נובעים ומגשימים את הזכויות החוקתיות המוקנות לעובד.

122 בית הדין הארצי לעבודה העביר למעביד את נטל ההוכחה לכך שאדם שקיבל חלוש שכר אינו עובד. ראו, למשל, דברי סגן הנשיא (כתוארו אז) אדלר בדב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – עאבד, פד"ע כס 151 (1995), בפסקה 18:

...במסגרת יחסים אלה, שבין המעצרת לבין השלטונות, שלמה המעצרת את שכר המשיבים (שמה של המעצרת רשום על התלושים משירות התעסוקה ועל השיקים שייעדו לתשלום שכר עבודה כמעבידתם). במסגרת היחסים שנקשרו בין הצדדים, התנהגותה של המעצרת מהווה התחייבות, לפיה היא אחראית לתשלום שכרם. הדבר מהווה ראייה לכאורה, כי היא המעסיקה שלהם. תוצאתה המשפטית של התנהגות זאת היא – העברת נטל ההוכחה למעצרת, כך שהיה עליה להוכיח, כי היא אינה המעסיקה של המשיבים. המעצרת לא הרימה נטל זה.

החפיפה לממד הקוגנטי של זכויות יסוד כחלק מטענת תום הלב, ולכן ראוי להטיל את נטל הוכחתה על המעביד.¹²³ במילים אחרות, מוצע כי המעביד הוא שיצטרך להוכיח כי חקיקת המגן הקוגנטית אינה חופפת לממד הכופה של זכויות היסוד. משמעותו של נטל זה היא שבהיעדר ראיה לסתור, חקיקת המגן הקוגנטית חופפת לממד הקוגנטי בזכויות היסוד. מכאן טענתי כי במחלוקת בין עובד למעביד בנוגע לשאלה אם הקוגנטיות של חקיקת מגן מקורה בממד הכופה של זכויות היסוד, ראוי לגזור מעקרונות המשפט הכלליים נקודת מוצא דיונית שלפיה חקיקת המגן הקוגנטית חופפת לממד הכופה של זכויות היסוד. נקודת מוצא זו אינה בהכרח נקודת הסיום, והמעביד יוכל לשכנע כי מקור הקוגנטיות אינו בממד הקוגנטי של זכויות היסוד אלא בצידוקים רחבים יותר (שעליהם עמדתי לעיל), ואת הכלים להפרכתה של חזקה זו אציג בהמשך.

הטלת הנטל על המעביד מקבלת חיזוק ממשטר זכויות היסוד. חלוקת הנטלים במשפט משקפת למעשה את העדפויות הערכיות של החברה בדבר הסיכון שעדיף ליטול במקרה של טעות בהכרעה עקב תנאי אי-הוודאות שבהם היא מתקבלת. בין היתר, נטל השכנוע מוטל על כתפיו של מי שהחברה סבורה כי הסכנה בטעות לרעתו פחותה מהסכנה בטעות לרעת הצד שכנגד.¹²⁴ בענייננו, ההחלטה בדבר היקפה המדויק של הזכות החוקתית ובדבר היקפו המדויק של הממד הקוגנטי שלה אכן טבולה באי-ודאות. בית המשפט יצטרך להכריע אם סוג זכויות מסוים, המעוגן בחקיקת המגן, הוא חלק

ראו גם את פסק דינו של סגן הנשיא אדלר (כתוארו אז) בדב"ע (ארצי) נ/180-3 אלי בן עמי – מכון קלאסה – גליצנסקי, פד"ע לא 389 (1996), בפסקה 3: "...מר בן עמי מסר למשיבה תלושי שכר, דבר המצביע על היותה במעמד של עובדת, ומטיל עליו את נטל ההוכחה, כי המשיבה לא הייתה עובדת שלו. הוא לא הרים את הנטל".

123 ניתן להשוות זאת באנלוגיה לדברי הנשיא אדלר בע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001), בפסקה 22:

...אשר לנטל ההוכחה: בחוק פיצויי פיטורים נקבע, כי הכנסתו של "עובד" כוללת בחובה את התמורה עבור עבודתו השוטפת ואינה כוללת את תמורת פיצויי הפיטורים אלא אם כן הדבר הוסכם מראש בין הצדדים ואושר כדין. משכך, מוטל נטל ההוכחה, כי החשולם שקיבל מבצע העבודה כלל תמורה מיוחדת, נוספת ואמיתית עבור פיצויי פיטורים, על המעסיק.

124 ראו, למשל, דברי השופט גולדברג בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), בפסקה 8 (ההדגשה הוספה):

תפקידו של נטל השכנוע הוא להכריע בתנאי אי וודאות כשכפות המאזניים מעוינות. על חלוקת הנטלים חולשים מספר שיקולים. שקול אחד הוא זה כי קיומם של עובדה או מצב עניינים מסתבר יותר. או אז, הנטיה היא להטיל על הטוען להיפוכו של אותו מצב את החובה להראות במקרה הנדון מצב שונה. שיקול אחר צומח מן ההכרה כי בתנאי אי וודאות יוטל נטל השכנוע באופן אשר יצמצם את הסיכון שבהחלטה בלתי נכונה. כך, לדוגמא, בהליכים פליליים בהם מונחת על כף המאזניים חירותו של אדם, מוטל הנטל על המדינה באמצעות חזקת החפות הקבוצה בחוק העונשין. בהליכים אזרחיים מוטל הנטל על "המוציא מחברו", כאשר הוא זה שטוען לשינוי המצב הקיים...

מהזכות לכבוד ואם מלוא השיעורים הקבועים בו חוסים בצלה של הזכות לכבוד. אם ייקבע, לדוגמה, שחוק חופשה שנתית הוא חלק מה"גרעין של כבוד", כי אז יעלה הקושי של כימות מודל עיוני מופשט למספרים. קשה לקבוע מהו משך החופשה השנתית המינימלית, מהו משך יום העבודה המרבי או מהו שיעור השכר המינימלי המתחייבים מזכויות פרטיקולריות או מזכויות המסגרת. בשל אי-הוודאות, הסכנה לטעות בהכרעה השיפוטית – מוגברת. בתנאי אי-ודאות, השאלה היא מי מהצדדים המתדיינים ראוי לשאת בסיכון לטעות. לדעתי, הטעות שבמתן תת-הגנה לגרעין-של-כבוד שבזכות היסוד חמורה יותר ממתן הגנת-יתר למעטפת הזכות, שכן משמעות הטעות הראשונה היא פגיעה בצלם האנוש של האדם העובד.¹²⁵ תת-הגנה לגרעין-של-כבוד שבזכות היסוד משמעה גם שבית המשפט הסיג שלא מדעת את גבולה של הרשות המכוננת. מבחינה מוסדית זוהי הסגת גבול חמורה, ולכן יש לקבוע ערובות דיוניות למזעור הסיכון להתרחשותה. אחת הערובות היא אימוץ נקודת מוצא דיונית המכבדת את הוראות המחוקק ומטילה על הפרט המבקש לטעון כי חקיקת המגן חורגת בשיעוריה מהממד-של-כבוד את נטל השכנוע. בהתחשב בחומרתה היתרה של הטעות שבמתן תת-הגנה לגרעין הזכות – הן במישור המהותי והן במישור המוסדי – ראוי למזער באמצעות פיתוח ערובות דיוניות שימצמו את הסיכון לטעות כזו. החזקה הפרשנית שלפיה חקיקת המגן זהה בהיקפה לממד הקוגנטי של זכויות היסוד מטילה על המעביד את נטל השכנוע, ובכך מצמצמת את הסיכון לטעות האמורה.

החזקה הפרשנית שלפיה חקיקת המגן חופפת לממד הכופה של זכויות יסוד ניתנת לסתירה. המחוקק רשאי לקבוע הסדרים המיטיבים עם העובד מעבר לאותו ממד חוקתי צר, ולכן נתונה למעביד האפשרות לשכנע כי חלק מחקיקת המגן אינו חופף לאותו

125 לפחות מבחינה רטורית ראתה הפסיקה את חקיקת המגן כבאה להגן על צלם האנוש של העובד. כך, למשל, כתב הנשיא אדלר בעניין טפקו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 710 (ההדגשה הוספה):

את חוק שעות עבודה ומנוחה יש לפרש כחוק אשר נותן ביטוי למדיניות חברתית-סוציאלית ראויה. מדיניות זו קובעת מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק ומונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד. החוק מגביל את חופש הפרט לקבוע את שעות עבודתו, אך המטרה בהגבלה זו היא הגנה על העובד מפני פגיעה בצלם האנוש שבו.

ראו גם ע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – מעיין צבי, פד"ע לט 409 (2004). בעניין זה קבע בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב שעובדת זרה, החיה בבית מעסיקה, מועסקת במשרה הדורשת מידה מיוחדת של אמון אישי, ועל כן אין להחיל על תבנית העסקתה את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה. פסק הדין התהפך בערעור לבית הדין הארצי לעבודה, וכך כתב הנשיא אדלר בפסקה 16 לפסק הדין (ההדגשה הוספה): "...יודגש, כי אף לו סברתי שהמערכת הפכה 'בת משפחה' למשיבים, הייתי קובע שאסור שבית דין זה ייתן ידו לשלילת הגנה משפטית מעובדת שהפכה למעין סינדרלה (Cinderella), המועסקת על ידי 'כני משפחתה' בלא גבול, בהעדר תנאים, ותוך פגיעה בכבודה כבת אנוש".

ממד קוגנטי בזכויות יסוד. אלו כלים עומדים לרשותו של מעביד המבקש להרים את הנטל המוטל עליו ולסתור את החזקה לגבי אותו חלק מחקיקת המגן שאינו חופף לממד הקוגנטי של זכויות יסוד קוגנטיות? כדי להשיב על שאלה זו ניטול כדוגמה את זכות העובד לחופשה שנתית, שלצורכי הדיון נניח כי היא בעלת גרעין של-כבוד. נניח כי בשנת העבודה אפשר מעביד לעובד לצאת לחופשה שנתית בשכר באופן חלקי בלבד (שלושה ימים), למרות שעל פי החוק עליו לתת לו 14 ימי חופשה בתשלום. תחת זאת נתן לו פיצוי בגין העברתו כימי החופשה המגיעים לו. בתום שנת העבודה הראשונה העובד תובע את זכותו לימי חופשה נוספים בתשלום. סעיף 5 לחוק הגנת השכר אוסר לקבוע שכר עבודה הכולל תשלום בגין דמי חופשה תמורת חופשה או פדיון חופשה, ומורה כי "רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד". נוכח הוראה זו המעביד אינו יכול להיבנות מהטענה כי תשלום הפיצוי מיצה את זכות העובד לחופשה, ומכאן טענתו האפשרית כי תביעת העובד הוגשה בחוסר תום לב משווע. המשוכה הראשונה שעמה יצטרך המעביד להתמודד במסגרת התזה המוצעת היא החזקה הניתנת לסתירה שלפיה הוראות חוק חופשה שנתית מהוות קונקרטיזציה לממד קוגנטי של זכויות יסוד. כדי לעבור משוכה זו יהא עליו לשכנע כי לא כל 14 ימי החופשה הקבועים בחוק חופשה שנתית מהווים קונקרטיזציה של הממד הקוגנטי בזכות היסוד. לשם כך המעביד יכול להסתייע בכלים שונים; בלי להתיימר למצות את כולם אצביע על שלושה מהם.

ראשית יש לבחון את ההסדרים הקיימים במשפט הבינלאומי בכלל ובאמנות ארגון העבודה העולמי במיוחד – מה תוכנם ובאיזו מידה הם מעניקים הגנה קשיחה? באיזו מידה הם מכירים ביכולת של המדינות ושל הפרטים לסטות מהוראותיהם? כך, למשל, סעיף 3(3) לאמנה בדבר חופשה שנתית נושאת שכר קובע:

The holiday shall in no case be less than three working weeks for one year of service.

האמנה מקנה להסדר זה אופי קוגנטי. בסעיף 12 לאמנה נקבע:

Agreement to relinquish the right to minimum annual holiday with pay prescribed in Article 3 paragraph 3, of this Convention or to forgo such a holiday, for compensation of otherwise, shall as appropriate to national conditions, be null and void or prohibited.

כדוגמה שהבאתי לעיל, מכשיר זה יקשה על המעביד להרים את נטל ההוכחה האמור שכן הסטנדרט המדינתי (שאותו ממילא הפר) נמוך לכאורה מהסטנדרט הבינלאומי. שונים יהיו פני הדברים כשידובר בעובד בשנתו השביעית, הזכאי על פי החוק ל-28 ימי חופשה בשנה. נניח כי עובד זה קיבל 21 ימי חופשה ופיצוי בגין השבוע העודף. במקרה

כזה הסטנדרט המדינתי גבוה מהסטנדרט הבינלאומי, ויש לעובדה זו משקל לצד הקביעה כי החלק העודף בסטנדרט המדינתי (השבוע השנתי במחלוקת) אינו קונקרטיזציה של ממד כופה בזכות יסוד אלא קונקרטיזציה של ממד מרשה. אמנם, גם על ממד זה העובד אינו יכול לוותר, אלא שמקור האיסור הוא בחקיקה ולא במשטר זכויות היסוד (וזאת מטעמים של חולשה אישית או קיבוצית). בשל השוני במקור האיסור ייתכן שהכפפת פלח זה של החקיקה לעקרון תום הלב היא אפשרית (אך אינה רצויה, כפי שאבהיר בהמשך).

שנית יש לערוך בחינה השוואתית של היקף ההגנה הניתנת לזכות זו במדינות שונות, ובמיוחד במדינות מפותחות שאליהן מדינת ישראל שואפת להידמות. הבחינה תהיה הן דה-יורה והן דה-פקטו, במטרה לבחון אם קיימת התכנסות סביב שיעורים מסוימים לזכות לחופשה, כשאיטור של התכנסות כזו יוכל ללמד על קרבה למרחב הקוגנטי של זכויות היסוד. מחקרים השוואתיים מסוג זה נערכים באופן שוטף על ידי ארגון העבודה העולמי, כך שניתן יהיה להסתייע במסד הנתונים המצוי שם. כך, למשל, בהקשר לזכות לחופשה שנתית, הרי שעל פי נתוני ארגון העבודה העולמי כ-140 מדינות הטמיעו בחוקיהן את התפיסה של חופשה שנתית בתשלום, וכ-60 מדינות קבעו כי אורך החופשה בתשלום יהיה שלושה שבועות או יותר בהתאם להמלצת ארגון העבודה העולמי.¹²⁶

שלישית יש להתייחס לחוות דעתם של מומחים בדבר הממד הקיומי וממד הכבוד שבחוק חופשה שנתית. מומחים מתחום מדעי החיים יוכלו להאיר באיזו מידה, אם בכלל, העמדת החופשה שנתית על פרק זמן שכזה עלולה לפגוע בבריאות העובד; מומחים מתחום מדעי החברה והרוח (פילוסופים ואנשי מדע המדינה) יוכלו להאיר באיזו מידה, אם בכלל, יהא בהסכמה לקיצור משך החופשה השנתית משום פגיעה בכבוד העובד.

לכאורה, חלוקת נטלים זו מעוררת קושי בשל היפוך הסמכויות בין הרשות המחוקקת לרשות המכוננת, שכן חזקה פרשנית זו נותנת למחוקק את היכולת לקבוע דה-פקטו ודה-יורה את גוריה של ההגנה החוקתית. הקושי הטמון בהיפוך הנטען נובע מכך שההיפוך מחליש לכאורה את כוחה הביקורתי של החוקה כלפי דברי החקיקה שיצאו תחת ידי המחוקק. תשובתי לטענה זו משולשת: ראשית, "היפוך הסמכויות" אינו תולדה של קביעת החוקה אלא תולדה של מבנה ההגנה החוקתית לזכויות חיוניות-חברתיות, כפי שנקבע בדרך כלל על ידי הרשות המכוננת. במרבית החוקות מוגדר רק גרעינה הרעיוני של הזכות החברתית (כגון הזכות לבריאות, הזכות לתנאי עבודה הוגנים ועוד), תוך הסמכת המחוקק לקבוע בחוק את גודל ההגנה.¹²⁷ אמנם ניתן לטעון טענה כללית

126 CODE OF INTERNATIONAL LABOUR LAW 1316 (Neville Rubin ed., 2005)

127 במסגרת פרויקט "חוקה בהסכמה" הוצע לקלוט למשפט הישראלי מבנה הסמכה ייחודי זה. בסעיף

32 להצעה, שכותרת השוליים שלו היא "זכויות חברתיות", נאמר:

יותר, מנותקת מהחזקה המוצעת, ולפיה מבנה הסמכה כזה הוא בעייתי שכן יש בו משום "היפוך סמכויות". הגם שהתשובה לטענה כללית זו חורגת מגבולות מאמר זה אציין כי בהיבט חוקתי השוואתי, צורת הבניה כזו – וליתר דיוק: היפוך סמכויות כזה – הוא דפוס נפוץ ושכיח בהבניית זכויות חוביות-חברתיות. עובדה זו מלמדת כי שיטות משפט רבות ראו בכך הכרח בל יגונה הנובע מעמימותן האינהרנטית של הזכויות החוביות-כלכליות וממורכבותן. כמו כן, הסמכה כזו יכולה להיתפס כערובה להגנה על זכויות העובדים, שכן באמצעותה מובטח כי ההתוויה של ההסדרים הראשונים בתחום יחסי העבודה תהיה באמצעות חקיקה ראשית.¹²⁸ מכל מקום, ככל שקיים קושי – ואין בידי להידרש לשאלה זו בגבולות מאמר זה – הרי ששורשי נובעים מאופן ההבניה הטיפוסי של זכויות חוביות וכלכליות, ולכן אין מקום לטענה כאילו פיתוח החזקה הוא שיביא להיפוך סמכויות. החזקה המוצעת מהווה לכל היותר בבואה להיפוך הסמכויות המובנה ולא המקור ליצירתו.

שנית, אימוץ החזקה אינו מביא להיפוך מלא שכן היא ניתנת לסתירה. משמעות הדבר היא שאופייה הביקורתי של החזקה נשמר באופן כללי. צד יוכל ליהנות מאופייה הביקורתי של החזקה אם יעלה בידו להוכיח באופן פוזיטיבי הצדקה להפעלה של ביקורת שיפוטית. כאשר כפות המאזניים מאוזנות, אופייה הביקורתי של החזקה מוגבל, ובצדק. בהקשר זה אחזור ואדגיש כי לבית המשפט אין את הכלים להתמודד עם אופן כימות המודל העיוני של הזכות לכבוד על מכלול השלכותיה החברתיות, הכלכליות

(א) מדינת ישראל תפעל לקידום הרווחה האישית והכלכלית של אזרחיה ותושביה מתוך הכרה בכבוד האדם.

(ב) היקפן של הזכויות החברתיות המפורטות בסעיפים 33 עד 36 ייקבע בחוק או על פיו. סעיף 33 מגדיר את הזכות לביטחון סוציאלי; סעיף 34 – את הזכות לבריאות; סעיף 35 – את הזכות לחינוך וסעיף 36 מגדיר, כלשון כותרת השוליים שלו, את "הזכויות בעבודה". בסעיף זה נקבע: "מדינת ישראל לקיום תנאי עבודה הוגנים ומתוך הכרה בערך העבודה".

128 סעיף 66 לחוקת פולין קובע:

An employee shall have the right to statutory specified days free from work as well as annual paid holidays; the maximum permissible hours of work shall be specified by statute.

בשנת 1999 נתן בית המשפט החוקתי בפולין פסק דין כתביעה של רופאים לגמול שעות נוספות. טענתם הייתה כי לשם ביצוע העבודה נדרשו לשהות במקום העבודה מעבר למכסת השעות היומית המותרת ולכן מגיע להם תשלום נוסף. בית החולים התגונן בטענה כי ועדת שרים החליטה כי עבודת הרופאים היא בעלת קווים ייחודיים בהקשר לשעות עבודה ותשלום, ולכן ההוראות הכלליות המגבילות את זמן העבודה אינן חלות עליהם. בית המשפט קבע כי החלטת השרים בטלה, שכן סעיף 66 לחוקה קובע כי החלטה מסוג זה צריכה להיעשות בחקיקה ראשית, המהווה ערובה לשמירה על הזכויות הכלכליות המנויות בחוקה. ראו 22 INTERNATIONAL LABOUR LAW REPORTS, 325 (2002).

והתקציביות. החזקה המוצעת פוטרת אותו מן הצורך להכריע במצב בו כפות המאזניים מאוזנות ובכך מצמצמת את הסכנה שבית המשפט יתן תת הגנה לערך קוגנטי. שלישית, חזקה פרשנית זו לא תוחל בהתדיינויות שבהן נדונה בתקיפה ישירה שאלת חוקתיותה ודיותה של חקיקת המגן. במילים אחרות, בסוג התדיינויות אלה, הפרט יהא חופשי לטעון כי חקיקת המגן אינה מספקת את ההגנה שהמדינה מחויבת לה מכוח סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מובן שהמדינה תהיה חופשית לטעון במקרים מתאימים שחקיקת המגן עולה על המינימום המתחייב מחוקי היסוד. החזקה המוצעת תחול בהליכים אזרחיים של עובד נגד מעבידו שבהם חוקיות החוק אינה עומדת לדיון. זהו טעם נוסף לכך שאופייה הביקורתי של החוקה יכול להישמר תרף פיתוח החזקה. סיכומם של דברים: העולה מן האמור הוא שקיימת הצדקה חוקתית לאופייה הכופה של חקיקת המגן. לאור הצדקה זו לאופייה הכופה של חקיקת המגן אפנה להלן לנתח באופן ביקורתי את ההלכה המכפיפה את חקיקת המגן לעקרון תום הלב, וזאת תוך הבחנה בין ממדיהן השונים של זכויות היסוד.

ד. הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב – ניתוח בקורות

1. כללי

האם תביעה למימוש זכות יסוד יכולה להיחשב לחוסר תום לב? קיימות חוקות הקובעות באופן מפורש כי הזכויות המנויות בחוקה כפופות לעקרון תום הלב וזאת מבלי להבחין בין ליבת הזכות ליחור ממדיה.¹²⁹ במרבית החוקות אין הוראה בדבר כפיפות הזכויות

129 כך, למשל, קובע סעיף 54 לחוקת רומניה:

Article 54 [Right of Others] Romanian citizens, aliens and stateless persons shall exercise their constitutional rights and freedoms in good faith, without any infringement of the rights and liberties of others.

סעיף 25(3) לחוקה היוונית קובע "The abusive exercise of rights is not permitted". במשפט הישראלי הוטמע עקרון תום הלב באופן מפורש בהקשר לזכות הקניין במקרקעין. סעיף 14 לחוק המקרקעין קובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר" (לעניין היקף תחולתו של סעיף 14 ראו יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף כרך ב 49-71 (1997); אריאל רוזן-צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד 661 (1975); מיגל דריטש דיני קניין 111-126 (1990)). סעיף זה חוקק בשנת 1965; אז היה בו צורך שכן באותה עת טרם חוקק חוק החודים שבו עוגנה דרישת תום הלב. כיום רווחת ההשקפה כי "ניתן לוותר על הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות ולהסתפק בתחולת עקרון תום הלב על כל הזכויות שבמשפט הפרטי" (ראו ויסמן, שם, בעמ' 49-71. ברוח זו ראו גם בעניין רוקר, לעיל ה"ש 29, שם התמקד הנשיא ברק בסעיף 39 לחוק החודים, תוך עקיפת המחלוקת באשר להיקפו של סעיף 14 לחוק המקרקעין).

לעקרון תום הלב, כשם שאין בהן הוראה מפורשת בדבר קיומו של ממד חוקתי צר הזוכה להגנה מוחלטת.

לדעתי, התשובה לשאלה אם מימוש של זכות יסוד יכול להיחשב לחוסר תום לב כרוכה בתשובה לשאלה אם עסקינן בגרעין זכות היסוד, המקבל הגנה רבת-עצמה (ולמעמי מוחלטת), או במעטפת הזכות (הכפופה לאיזונים). הכפפה של גרעין זכות היסוד לעקרון תום הלב אינה אפשרית; הכפפת ממדיה הרחבים יותר של ההגנה החוקתית לעקרון תום הלב היא אפשרית ורצויה ככלל. חריג לכלל זה הוא מקרה שבו המחוקק קבע הגנה קוגנטית למעטפת זכות היסוד, מטעמים ראויים שעליהם הרחבתי לעיל. במקרה ייחודי כזה, הכפפת ממדיה הרחבים של הזכות לעקרון תום הלב אפשרית אך אינה רצויה.

ישאל השואל: אם הכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב אינה אפשרית (אם עסקינן בגרעין הזכות) או אינה ראויה (אם עסקינן במעטפת הזכות שעה שהמחוקק נתן לה הגנה קוגנטית) – מה הטעם בחידוד ההבחנה בין השניים? אני סבורה כי הבחנה זו חשובה שכן מבחינה עיונית, אופי ההצדקות להימנעות מהכפפת חקיקת המגן לעקרון תום הלב שונה בכל אחד הממדים ולכן חשוב לחדדן ולזקקן. מבחינה מעשית יש הברל עצום בין מצב שבו אין בידי בית המשפט הכוח להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב לבין מצב שבו נתון בידי הכוח אך אין זה ראוי להפעילו. ההבחנה מסייעת לשרטט את גבולות כוחותיו של השופט לאור המגבלות הנובעות ממשטר זכויות האדם. דווקא קיומו של מרחב שבו נתון לשופט שיקול הדעת אם להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב מעורר את הצורך במסע להבנייתו של שיקול הדעת השיפוטי. אכן, בתום המסע נוכל לומר שככלל אין זה ראוי להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב; אולם ידיעה זו אינה מייתרת את הצורך ביציאה למסע עקב קיומו של מרחב שיקול דעת. להלן אנתח אפוא באופן ביקורתי את הכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב, תוך יישום ההבחנה המוצעת בין גרעינה של זכות היסוד לבין מעטפתה.

2. עקרון תום הלב והממד הקוגנטי של זכויות יסוד

מעגל הביקורת הראשון האופף את הדעה שלפיה חקיקת המגן כפופה לעקרון תום הלב מושתת על ההבחנה בין גרעין הזכות למעטפתה, כשגרעין הזכות מקבל הגנה רבת-עצמה (ולדעתי מוחלטת), ולכן לא ניתן להכפיפו לעקרון תום הלב. טענתי היא כי הליכה הצרה והמצומצמת של זכויות היסוד, שהיא בעלת אופי כופה, אינה יכולה להיות כפופה לעקרון תום הלב וזאת מטעמים מהותיים, מוסדיים ותועלתניים.

מבחינה מהותית, "ההתנגשות" בין עקרון תום הלב לבין ליבתן של זכויות היסוד היא מדומה, שכן ערכי הליבה נובעים ומגשימים כאחד את אנושיותו של האדם העובד. מימוש של אנושיות אינו חוסר תום לב, אולם אפילו אם ימצא באופן תאורטי אותו מקרה נדיר ומיוחד שבו ההתנגשות בין עקרון תום הלב לבין ליבתן של זכויות היסוד

אינה מדומה, הרי שחברה מתוקנת אינה יכולה בשום מקרה לתת יד לפגיעה בצלם האנוש של חבריה וכל שכן – של עובדיה. מבחינה מוסדית, כאשר אופייה המוחלט של ההגנה על ליבת הזכות נקבע על ידי הרשות המכוננת בדרך של הוראה מפורשת (דוגמת החוקה בשווייץ), הרי שהרשות השופטת אינה יכולה לכרסם במוחלטות ההגנה באמצעות הכפפת הליבה לעקרון תום הלב. כרסום זה הוא הסגת גבול של הרשות המכוננת על ידי הרשות השופטת, ולמעשה שיבוש של המנגנונים לחלוקת הכוח החברתי שהתוותה הרשות המכוננת. הגיונה של עמדה זו תופס גם אם אין בחוקה הוראה מפורשת הנותנת מעמד מוחלט לממד מסוים של זכויות היסוד, אבל קיומו של ממד זה (ממד של כבוד) מוסק בדרך פרשנית מכללא. מבחינה תועלתנית, גם אם יימצא המקרה התאורטי שבו הכפפת גרעין הזכות לעקרון תום הלב נחזית למתאימה (ולדעתי לא יימצא מקרה כזה), עדיין ההכפפה אינה ראויה שכן היא פותחת את הפתח לגלישה במדרון חלקלק שבו צלם האנוש חשוף לאיום מתמיד. כדי להדוף סכנה זו אין לפתוח את הפתח להכפפה של ליבת זכות היסוד לעקרון תום הלב.¹³⁰ נוסף על כך, הכפפה זו פוגעת בוודאות הדין ובבהירותו, ונוזקים אלה עולים על התועלת שבעשיית צדק במקרה ספציפי עם המעביד, כפי שארחיב בהמשך בהקשר לממדיה הרחבים של הזכות.

יוצא אפוא שכפיפותן של זכויות יסוד לעקרון תום הלב יכולה להתקיים, אם בכלל, ביחס לממדים נוספים ורחבים יותר של זכויות יסוד, המצויים מחוץ לליבה המצומצמת. עד היום לא ערך בית המשפט בישראל הבחנה חשובה זו בין ממדיה השונים של זכות היסוד, וכפועל יוצא מכך – בין ממדיה השונים של חקיקת המגן. האם יש להבחנה המוצעת אחיזה בשיטות משפט אחרות? תמיכה מסוימת, שלא מדעת, להבחנה המוצעת קיימת בפסק דין שנתן בית המשפט העליון בהודו¹³¹ בשנת 1985, בקשר לניסיון של

130 שיקול תועלתני זה בא לידי ביטוי בדבריהם של השופט חשין והשופטת ביניש בבג"צ עראלה נ' אלוף פיקוד מרכז, לעיל ה"ש 75, שעסק בחוקיותו של "נוהל שכן". כב' השופטת ביניש חתמה את פסק דינה במילים אלה:

התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו. על הצבא לעשות הכל כדי למנוע אפשרות שבאמצעות נוהל מוסדר ייווצרו פרצות שידרדרו את הפעילות בשטח למצבים חריגניים של אי-חוקיות. הנוהל הוא בגדר פרצה כזו וגם משום כך יש לבטלו.

131 אמנם יש הבדל בין מבנה המשפט ההודי לזה הישראלי, שכן שם קיימות בחוקה הוראות בדבר מחויבות לזכויות חברתיות; עם זאת, השוני אינו מהווה מחסום בלתי עביר בעיני וזאת מכמה טעמים: ראשית, סעיף 37 לחוקה קובע כי ההוראות המנויות באותו חלק (היינו: המחויבות לזכויות חברתיות) אינן אכיפות בבית משפט; הן בגדר עקרונות יסוד שעל המדינה להטמיע בחקיקה. כפי שאפרט לעיל, אחת הדרכים לעקוף את הוראת סעיף 37 הייתה באמצעות זכות המסגרת לחיים. גם בישראל מצאו הזכויות החברתיות משכן במסגרת זכויות המסגרת (הזכות לכבוד), והיקפו של המשכן והיקפה של חובת המדינה עומדת היום לדין ציבורי ומשפטי. שנית, במקרה דנן עומדת לדין

המדינה לפנות דיירי מדרכות מבומביי. בפסק הדין נקבע כי אם בשל טעות בדין יצר אדם מצג שלפיו אין בכוונתו לממש את זכויותיו החוקתיות, הרי שמצג זה אינו חוסם אותו מלנסות לממש את זכויותיו החוקתיות.¹³² באותו עניין טענו דיירי המדרכות כי המדרכות שימשו להם בית ומקום עבודה. בית המשפט העליון ראה את הזכות למגורים (שאינה כפופה על פי החוקה לביקורת שיפוטית) כחלק מהזכות לחיים (הכפופה על פי החוקה לביקורת שיפוטית), ולכן פסק כי על המפונים לקבל דיור חלופי כתנאי לפינויים. לענייננו חשובה פסיקת בית המשפט העליון ההודי ביחס לטענת רשויות המדינה כי המערערים (המפונים) מנועים מלטעון את טענותיהם החוקתיות. הבסיס לטענת המדינה היה שבערכאה הקודמת (בית המשפט העליון של בומביי) הסכימו דרי הרחוב שאין להם זכות חוקתית להקים צריפונים על מדרכות ציבוריות וכי הם לא יתנגדו לפינויים אחרי 15.10.81. בית המשפט דחה את טענת המניעות באומרו:

There can be no estoppel against the Constitution. The Constitution is not only the paramour law of the land but, it is the source and the substance of the laws. Its provisions are conceived in public interest and are intended to serve a public purpose. The doctrine of estoppel is based on the principle that consistency in word and action imparts certainty and honesty to human affairs. ...fundamental rights are undoubtedly conferred by the Constitution upon individuals which have to be asserted and enforced by them, if those rights are violated. But the high purpose which the Constitution seeks to achieve by conferment of fundamental rights is not on to benefit individuals but to secure the larger interests of the community...No individual can barter away the freedom conferred upon him by the Constitution. A concession made by him in a proceeding, whether under a mistake of law or otherwise, that he does not possess or will not enforce any particular fundamental right, cannot create an estoppel against him in that or any subsequent proceeding. Such a concession, if enforce, would defeat the purpose of the Constitution.

שאלת אכיפתה של זכות חברתית שכבר עוגנה בחקיקה ראשית של הכנסת ולא בניסיון לייצרן בלא חקיקה ראשית של הכנסת. הדיון לא נועד אפוא לשאול אם ניתן ליצור זכות "יש מאין" (ואז יש חשיבות רבה למבנה החוקה) אלא אם ניתן להפוך את "היש לאין" (ואז שאלה מבנה החוקה פחותה יותר). בעניין זה ראו גם גיא וזידמן "זכויות חברתיות: מבט משווה להודו ולדרום אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347 (יורם רבין ויוכל שני עורכים, תשס"ה).

Tellis v. Bombay Municipal Corporation, A.I.R 1986 SC 180, (1985) 132

לכאורה, הרטוריקה של פסק הדין בעניין Olga Tellis אינה עולה בקנה אחד עם ההבחנה המוצעת בין גרעין הזכות לבין המעטפת. לכאורה, מפסק הדין עולה שלא ניתן לומר שאדם מושקע מלטעון למימוש זכויותיו החוקתיות. עם זאת, פסק הדין דווקא מיישם את ההבחנה בין גרעין הזכות למעטפת, שכן ניתן וראוי לצמצם את פסק הדין לעובדותיו (צריפונים של דרי רחוב) ולזקק את הנמקותיו החוקתיות (הזכות לקורת-גג כחלק מזכות לכבוד ולחיים). זיקוק זה מביא למסקנה כי בפסק הדין דובר בזכות יסוד השייכת לליבה, וככזו היא אינה כפופה לעקרון תום הלב. נראה אפוא כי ההבחנה המוצעת – בין הליבה המצומצמת של זכות היסוד לבין יתר ממדיה, בהקשר לכפיפותן של זכויות היסוד לעקרון תום הלב – נערכה בעניין זה שלא מדעת.

3. עקרון תום הלב והממד הדיספוזיטיבי של זכויות יסוד

מעגל ביקורת נוסף עוסק בהחלה של עקרון תום הלב על הממד הדיספוזיטיבי של זכויות היסוד. מבחינה עקרונית, הכפפת זכויות היסוד (מעבר לליבה המצומצמת) לעקרון תום הלב היא אפשרית ואף ראויה כדי למנוע פגיעה בזכויות יסוד של אחרים. עם זאת יש לזכור, שככל שחקיקת המגן הקונגטיב נובעת ממעטפת זכות היסוד, הכפפתה לעקרון תום הלב היא הגבלה של אותה זכות יסוד – ולכן, כדי להעריך עד כמה הגבלה זו ראויה, ניתן להסתייע בתבניות המחשבתיות החוקתיות שנקבעו כדי להצדיק "פגיעה" בזכות יסוד, קרי: תכלית ראויה ומידתיות. כאשר המחוקק נתן לממדיה הרחבים (והדיספוזיטיביים) של זכות היסוד הגנה קונגטיב מטעמים ראויים ומוצדקים הקשורים, כפי שפירטתי לעיל, לחולשה של העובד האינדיבידואלי או לחולשת העובדים כקולקטיב – יישום התבניות המחשבתיות יוביל למסקנה שההכפפה אינה ראויה מבחינה חוקתית. להלן אערוך ניתוח חוקתי זה.

(א) הגנה על הסתמכות המעביד – האם תכלית ראויה?

הכפפה של חקיקת המגן (שהיא ממד דיספוזיטיבי של זכויות היסוד) לעקרון תום הלב נועדה לעשות צדק בין צדדים קונקרטיים. כאשר הצד הנפגע הוא המעביד, תפיסת הצדק מבוססת בדרך כלל על כמה מרכיבים שהתמהיל ביניהם משתנה: ראשית, המעביד כלכל את צעדיו באופן סביר על סמך המצג של העובד, והתעלמות מהסתמכות זו עשויה לגרום לו לעיוות דין; שנית, כאשר ניתנה לעובד אפשרות לבחור בין דפוסי העסקה שונים אזי כריתת החוזה מלכתחילה לא נבעה מחולשה שלו אלא משיקולי כדאיות כלכלית, ולכן דבק פסול מוסרי בהתנערותו מהסכמה זו; שלישית, לעובד צמח רווח מסוים כתוצאה מההעסקה במתכונת הבלתי-חוקית. הצטברותן של נסיבות אלה מביאה למסקנה כי אכיפה של חקיקת המגן עלולה לגרום עיוות דין למעביד. הטיבה לבטא זאת השופטת ברק בעניין בוכריס:¹³³

133 עניין בוכריס, לעיל ה"ש 1; בעניין זה ראו גם ברק, לעיל ה"ש 28.

עשויים להיות מקרים בודדים, ולו נדירים ביותר, בהם ברי לחלוטין, כי המועסק היה מודע להסכם שעשה והעדיף אותו על פני חוזה העבודה. יתכנו מקרים בהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות. מקרים אלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס של עובד או, בבואו, עם ניתוק היחסים לתבוע זכויות סוציאליות נוספות על השכר "הכולל" שקבל, וזאת בחוסר תום לב משווע, יגבר חוסר תום ליבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס הנובעות ממנה. ניתן לראות בכך השתק הבטחה, כפי שמצינת פרופ' נילי כהן, אך ניתן גם לבחון זאת על פי כללי תום הלב הקבועים בחוק. ברי שבחינת תום ליבו של העובד תעשה על פי קנה מידה אובייקטיבי.

מנגד ניתן לטעון כי הסתמכות המעביד על מצגי העובד השונים אינה סבירה ולכן אינה מהווה תכלית ראויה להגנה. במילים אחרות, אין די בהסתמכות עובדתית סתם – עליה להיות סבירה מבחינה נורמטיבית.¹³⁴ חוסר סבירותה של ההסתמכות מושתת על הקוגנטיות של חקיקת המגן, היינו: חקיקה המצמצמת את מרחב ההתנהגויות הלגיטימי של הפרטים ואף של הרשות השופטת. נוכח צמצום זה, הסתמכות על התנהגות המנוגדת לחקיקת המגן אינה יכולה להיחשב סבירה. משמעותו הקונקרטית של עקרון תום הלב במקרה נתון מושפע מהסכמות פרטיות של הצדדים, מהוראות חקיקה רגילה, וקל וחומר – מהוראות חקיקה קוגנטית. נוכח ההשפעה המצמצמת שיש לקיומה של חקיקה – וכל שכן חקיקה קוגנטית – על היקף התפרסותו של עקרון תום הלב, הרי שאכיפה של הזכות הקוגנטית אינה יכולה להוות חוסר תום לב. אולם, אפילו אם נאמר שההגנה על אינטרס ההסתמכות והציפיות של המעביד היא ראויה, הרי שלהכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב יש מחיר חברתי כבד; קשה להצביע על פרופורציה בין התועלת הצומחת מהכפפה זו לבין נזקיה. כמו כן, קיימים אמצעים חלופיים פוגעניים פחות להשגת תוצאה זו. על שני אלה ארחיב להלן.

(ב) היחס בין תועלת לנזק

להכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב יש מחיר חברתי מבחינת ודאות הדין ובהירותו. מחיר זה מתבטא בהשלכות של ההכפפה על נגישות האדם (העובד) למערכת בתי המשפט לשם מימוש זכויותיו. קשיים אלה בעלי משמעות מיוחדת בהקשר של חקיקת המגן, בשל רגישותה של המאטריה הנובעת מזיקתה ההדוקה לזכויות יסוד. לדעתי, זיקה הדוקה זו אינה מאפשרת להקיש מהלכות כלליות שבהן הוכפף כלל קוגנטי לעקרון תום הלב ושאינן במוקדן חשש לפגיעה בזכויות יסוד או, שזיקתן לזכויות יסוד

134 ראו גם להלן הטקסט הסמוך לה"ש 141.

היא רופפת (דוגמת הכפפתה של דרישת הכתב לעשיית עסקה במקרקעין לעקרון תום הלב).¹³⁵ הזיקה ההדוקה לזכויות יסוד מצריכה נקיטת גישה זהירה יותר, המדגישה את ייחודה של הסוגיה, כדלהלן.

את מאזן הנזק והתועלת אערך בשני רבדים: הרובד הראשון יעסוק בניתוח של מאזן האינטרסים בין מגזר העובדים (אם תוכפף חקיקת המגן לעקרון תום הלב) למגזר המעבידים (אם לא תוכפף חקיקת המגן לעקרון תום הלב). הרובד השני יעסוק בניתוח הפגיעות הצפויות באינטרסים ציבוריים הרחבים מהאינטרסים של שני המגזרים האמורים.

ברובד הראשון של הניתוח נמצא היחס בין האינטרסים של מגזר העובדים לאינטרסים של מגזר המעבידים. יש לזכור כי הכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב נועדה להגשים צדק מוחלט באותם "מקרים נדירים" שבהם אופייה הכופה של חקיקת המגן עתיד להוביל לעיוות דין כלפי המעביד. מול הצורך בעשיית צדק מוחלט עם המעביד צפויה פגיעה קשה במגזר העובדים עקב הפגיעה בבהירות הדין ובוודאות. הפגיעה בבהירות הדין ובוודאות המשפטית היא בעלת אפקט מקפיא על עובדים שיש להם עילת תביעה ראויה: עובדים אלה עלולים להימנע מהגשת תביעה מוצדקת כדי לא להסתכן בדחייתה, על כל הכרוך בכך, מבחינת השקעת משאבים נפשיים וכלכליים. הסכנה להתממשותו של האפקט המקפיא היא שכיחה, שכן טענת חוסר תום לב מצד המעביד יכולה להישמע כמעט בכל תובענה שעילתה חקיקת המגן, ובכך להטיל ערפל על זכאות העובד לזכויות הנתבעות על ידו. בהקשר זה ראוי לציין כי העובד אולי יכול לצפות את העלאת הטענה אם היה חוסר תום לב סובייקטיבי מצדו, אך במקרים של היעדר תום לב אובייקטיבי יקשה על העובד לצפות את תוצאות ההליך. הפגת הערפל מצריכה התדיינות משפטית לא פשוטה על אודות יישומו של עקרון תום הלב במקרה הספציפי. התדיינות כזו עשויה להצריך שירותים של עורך־דין שידו של התובע אינה תמיד משגת. מבחינה מהותית, כאשר מתממש הסיכון האמור – היינו: עובדים נמנעים מהגשת תביעות מוצדקות בשל החשש מפני ההשלכות של דחייתן – נגרמת להם פגיעה כלכלית־חומרית, ויעדיה של חקיקת המגן (הקניית סל זכויות בסיסי לעובד) עלולים להיות מוחמצים. נוסף על כך נגרמת לעובדים פגיעה מעמדית, שכן – כפי שצינו בתחילת דברינו – העובדים כקולקטיב הם בעלי מעמד חברתי נמוך יותר. יצירת כלל בעל אפקט המרחיע עובדים (בעלי עילת תביעה ראויה) מהגשת תביעות למימוש זכויותיהם התוקפניות יפגע מאוד ביכולתם לממש זכויות חשובות אלה, וכן יפגע ביכולת

135 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996). באותו עניין דובר בהעלאת הטענה כי לא סופקה דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, לאחר שבניית המבנה הושלמה. ניתן לטעון כי דרישת הכתב, ובהתאמה גם הקוגנטיות שלה, היא פרוספקטיבית וצופה פני עתיד, ולכן היא מאבדת מהממד הקוגנטי לאחר שהושלמה העסקה או נבנה המבנה. בהתאם לכך ההחלטות בפסק הדין אינן מהוות את הרציו לפסיקה ולכן אינן מחייבות.

המיקוח שלהם כקולקטיב מול המעביד. לדעתי, אפוא, במאזן האינטרסים הצרים של מגזר העובדים מול מגזר המעבידים, נוטה הכף לצד מגזר העובדים.

אשר לרובד השני של הניתוח, העוסק באינטרסים ציבוריים רחבים, הרי שהפגיעה בוודאות הדין ובבהירותו פוגעת דה-פקטו בעקרון היסוד בדבר גישה יעילה לערכאות. קיומה של ערכאה שיפוטית המהווה מנגנון חברתי יעיל להכרעה בסכסוכים הוא אינטרס ציבורי ממעלה ראשונה הנובע מאופייה הדמוקרטי של המדינה. אכן, זכות הגישה לערכאות הוכרה כעקרון יסוד בשיטתנו.¹³⁶ אמנם מבחינה פורמלית יכולת הגישה של הפרט לערכאות שיפוטיות לא נפגעה, שכן זו לא נחסמה בשום צורה שהיא; אולם נגישות זו נפגעה מבחינה תוצאתית, שכן עמימותו של הדין מהווה חסם בלתי-פורמלי להגשת תובענות. ניסיון החיים מלמד שקיימת זיקת גומלין בין בהירותו של הדין לבין מידת אכיפתו בערכאות שיפוטיות. הכרה בזיקת גומלין זו מצויה ביסוד התפיסה כי הוודאות המשפטית עדיפה מעשיית צדק מוחלט.¹³⁷ הקוגנטיות של חקיקת המגן העניקה לעובד ודאות משפטית כי אם יצליח להוכיח את העובדות הנטענות יזכה בתביעתו, והכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב כרסמה בוודאות זו. כרסום זה עלול להפחית דה-פקטו את מספר הפניות לערכאות שיפוטיות, ובכך לפגוע בעקרון היסוד בדבר הנגישות לערכאות שיפוטיות. האינטרס הציבורי בנגישות מרבית לערכאות שיפוטיות מטה אפוא את הכף לצד האינטרסים של מגזר העובדים.

העולה מן האמור הוא כי בהינתן העובדה שהשאיפה להשגת צדק מוחלט הן עם ציבור העובדים והן עם ציבור המעסיקים אינה בת-מימוש, נדרשת הכרעה איזו פגיעה עדיפה. עדיפותה של הפגיעה באינטרס של מגזר העובדים מתבקשת לא רק בשל חולשתם כמגזר אלא – וזה העיקר – מאחר שהפגיעה בהם שכיחה יותר, עמוקה יותר ומקרינה על אינטרסים ציבוריים רחבים יותר מהאינטרסים הצרים של הצדדים לסכסוך. לפיכך, הנזקים הכרוכים בהכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב עולים על התועלת שבה ולכן היא אינה ראויה.

(ג) אמצעים חלופיים ופוגעניים פחות

השימוש בעקרון תום הלב באופן הפוגע בזכויות בסיסיות של עובדים מכוח חקיקת המגן

136 לעניין מעמדה של זכות הגישה לערכאות שיפוטיות ראו ע"א 733/95 ארפל אלומניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997) וע"א 7523/02 ניסים נ' מעריב, הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד נז(1) 865 (2002).

137 יפים לעניין זה דברי כב' השופט ברנדיס בעניין, *Burnet v. Coronado oil & gaz co.*, 285 U.S 393, 137 (1932):

In most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right.

ראו גם דנ"א 10017/02 קרנית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(5) 639 (2004).

הוא דרסטי ופוגעני מאוד. קיומם של אמצעים פוגעניים פחות להשגת מטרה זו הופכים את הפגיעה בזכות היסוד לבלתי-מידתית. ב"אמצעים פוגעניים פחות" כוונתי למנגנונים הקיימים בדין האזרחי לריכוך הפגיעה במעביד: ההתיישנות ותביעה מכוח עשיית עושר ולא במשפט.¹³⁸ מנגנונים אלה כוללים איזון כללי בין האינטרסים של התובע לבין האינטרסים של הנתבע, ואין הצדקה להסיט איזון זה בתחום יחסי העבודה באמצעות עקרון תום הלב. להלן אעמוד בקצרה על יישומם של מנגנונים אלו במקרים הטיפוסיים שבהם הוחל עקרון תום הלב.

(1) תביעה עם סיום יחסי העבודה לאחר הסתמכות רבת שנים

תביעות מכוח חקיקת המגן מוגשות לרוב עם תום יחסי ההעסקה. לדעתי, מוסד ההתיישנות מבטא איזון כללי בין האינטרסים של החייב לאלה של הזכאי בסיטואציה שבה השהה החייב את תביעתו. מנגנון זה קובע מהו קצה גבול אינטרס ההסתמכות הלגיטימי של המעביד בגין השיהוי בהגשת התובענה.¹³⁹ הוא תוחם את אחריות המעביד, וככזה הוא מהווה מכשיר לעשיית צדק עמו. מבחינה ביקורתית ניתן לתהות אם חוק ההתיישנות מגלם איזון חוקתי ראוי דווקא מההיבט של העובדים, בקובעו תקופת התיישנות אחת בת שבע שנים לכל עילות התביעה הכספיות,¹⁴⁰ והאם בקביעתה של תקופת ההתיישנות אין להתחשב בקושי של העובד לתבוע את מעבידו במשך

138 בעניין אייזיק, לעיל ה"ש 8, התייחסה השופטת ברק לזכאותו של המעביד להגיש תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט כשארם שהועסק כמשתתף חופשי מבקש הכרה כעובד, וההנחה היא כי בגין העסקתו כמשתתף חופשי קיבל אותו אדם זכויות יתר ביחס לעובדים האחרים. השופטת ברק ציינה כי במקרה זה לא נדרשה להחלת ההלכה המכפיפה את זכויות העובדים לעקרון תום הלב שכן "הדבר אינו דרוש לאור החלטתי כי יש לקבוע השבה. הרעיון אותו רעיון. ניתן לפתור את הדבר מאותם נימוקים באמצעות חוק עשיית עושר ולא במשפט". למעשה, השופטת ברק קיבלה את הטענה כי מדובר במנגנון חלופי לעשיית צדק. לטענתי, פוגעניותו בזכויות יסוד נמוכה יותר ולכן הוא מידתי יותר.

139 דוגמה להוראה הקובעת במישורין את גבולות אחריות המעביד לתשלום זכויותיו הסוציאליות של העובד עם תום יחסי העובד נמצאת בצו ההרחבה בדבר השתתפות המעביד בהוצאות הבראה ונופש (ילקוט פרסומים 1005, 1996). בסעיף 6(א) לצו ההרחבה נקבע "עובד יהיה זכאי לקצובת הבראה אף לאחר סיומם של יחסי עובד ומעביד, וזאת לגבי תקופה של עד שנתיים שלפני תום תקופת עבודתו, אם לא קבל את קצובת הבראה עבור אותה תקופה במהלך עבודתו".

140 ניתן לתהות אם לא היה מקום לקבוע התיישנות בתקופות מדורגות, בהתאם לעוצמת האינטרס החברתי הנפגע, כשבמקרים מסוימים – דוגמת הממד הקוגנטי של זכויות היסוד – תישלל האפשרות להעלות טענת התיישנות. בדין הפלילי קובע סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 1043, תקופת התיישנות מדורגת בהתאם לסוג העבירה, ועבירות בעלות חומרה יתרה (השמדת עם ונאציות) אינן מתיישנות. ניתוח ביקורתי זה חורג מגבולות המאמר.

תקופת העבודה.¹⁴¹ ניתוח ביקורתי זה חורג מגבולות המאמר; לדידי, קיומו של מוסד ההתיישנות בדין הפוזיטיבי מאפשר להתחשב באינטרסים הלגיטימיים של המעביד שלא באמצעות עקרון תום הלב. משמעותה של התחשבות זו היא שהמעביד אינו צפוי לשלם סכומי עתק בגין כל תקופת ההעסקה אלא אך ורק כגבולות תקופת ההתיישנות הכללית (כיום – שבע שנים), אלא אם כן נקבעה בחוק ספציפי תקופת התיישנות מקוצרת.¹⁴² מוסד ההתיישנות מאזן בין זכויות היסוד של העובדים לבין זכויות היסוד של המעביד, כך שאף אחד מבין האינטרסים המצוי בקדירה אינו מתקבל בהעדפה מוחלטת או בהתעלמות מוחלטת. בעיניי, מוסד ההתיישנות (ומבלי להידרש לפרטי הוראותיו) הוא המנגנון להגשמת איזון פנימי בין האינטרסים ההדדיים של העובד ושל המעביד, ויתרונו היחסי בכך שאין הוא פוגע בוודאות הדין ובהירותו.¹⁴³ האם יש הצדקה להרחבת ההגנה על אינטרס ההסתמכות של המעביד (מעבר למוסד

141 סעיף 826(א) להצעת חוק ממונות, מסמיך את בית הדין לעבודה, לבקשת תובע ומטעמים מיוחדים, להאריך את תקופת ההתיישנות של תביעה המצויה בסמכותו "וכלבד שבקשת התובע הוגשה והומצאה בתוך תקופת ההתיישנות".

142 דוגמאות להתיישנות שונה ומקוצרת בתחום יחסי העבודה מצויות בסעיף 31 לחוק חופשה שנתית, בסעיף 17 לחוק הגנת השכר, בסעיף 14 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 1240.

143 עד כה דנתי במישור היחסים שבין העובד לבין המעביד וטענתי כי אין מקום להכפיף את זכות התביעה של העובד לעקרון תום הלב. עם זאת, יש לזכור כי לקבלת תביעתו של עובד מסוים עשויות להיות השלכות רחב עוצמות – במיוחד במקומות עבודה גדולים שבהם מועסקים עובדים רבים. השלכות אלה עלולות להביא את המעביד לכדי פשיטת רגל או פירוק, וטענת ההתיישנות ממערת סיכון זה אך לא מבטלת אותו. תוצאה זו ודאי אינה רצויה מבחינת מגזר העובדים ואינה ראויה מבחינת האינטרס הציבורי. אני סבורה כי הדין אינו צריך לקרוב את ההר. במקרים אלה יכול בית הדין לשקול את פריסת התשלום לתובע הקונקרטי ו/או לתובעים אחרים מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט. יש להתנות פריסה זו בכך שהמעביד יניח תשתית ראייתית הולמת בדבר חוסר מסוגלותו לשלם את מלוא חובו על אתר לעובדיו (מאזנים, חוות דעה חשבונאית ועוד). הפריסה תיערך בהתאם לשיעור הכולל של החוב, לטיב התשלום, למספר העובדים הזכאים, למשך הזמן שחלף מאז התגבשה הזכאות, להתנהגות הצדדים ועוד. פריסת חוב זו עשויה לספק למעביד את החמצן הכלכלי הנחוץ לו כדי לעמוד במלוא התחייבויותיו מבלי להסתכן בקריסה. ודוק: הצעה זו אינה מתנגשת עם הביקורת כלפי השימוש בעקרון תום הלב הן בהיבט העיוני והן בהיבט המעשי. מבחינה עיונית, טענת חוסר תום לב נועדה להגשים צדק בין העובד והמעביד, ואילו ההצעה הנדונה מבוססת על שיקולים תועלתניים ונועדה למנוע את הנזק לציבור הכרוך בקריסת העסק. בהתאם לכך קבעה הפסיקה כי בעת שקילתה של טענת חוסר תום לב לא ניתן משקל להשלכות הרווחב של פסיקה המקבלת את תביעת העובד (ראו ע"ב (אזורי ב"ש) 300640/96 נוריק – מדרשת שדה בוקר, תק-עב 499 (4) 8 (1999)). מבחינה מעשית, טענת חוסר תום הלב נועדה להדוף את בירור התובענה ואילו ההצעה הנדונה מופנית כלפי הסעד לאחר בירור התובענה לגופה. בהתאם לכך שתה גם סוג השיקולים החולשים על ההכרעה.

ההתיישנות) באמצעות עקרון תום הלב? לטעמי התשובה לשאלה זו שלילית. איני סבורה כי הגשת התביעה עם תום יחסי העבודה מהווה חוסר תום לב מצד העובד, שכן אין לזקוף לחובת העובד (בהנחה שהיה מודע לזכויותיו) את הימנעותו מלתבוע במהלך יחסי העבודה, או אז חרב הפיטורין מונפת מעל ראשו.¹⁴⁴ למעשה, הגשת התביעה בעיתוי זה אינה מטיבה עם העובד שכן במועד זה הוא חשוף לסיכון שחלק מזכויותיו יתיישנו – אם חלפה תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק. נוסף על כך הוא חשוף לפגעי הזמן (כגון חדלות פירעון של המעביד). חלוף הזמן יוצר גם קשיי ההוכחה. זאת ועוד: יש לזכור כי הגשת התביעה אפילו במועד זה אינה נוחה לעובד, שכן לעתים קבלתו למקומות עבודה אחרים תלויה בהמלצת מעבידו, שאותה הוא מסכן עקב הגשת התביעה. "מוניטין" של אדם המודע לזכויותיו ועומד על מימושו אינו מוערך על ידי מעבידים פוטנציאליים ועלול אפילו להרתיעם. נכונות של העובד ליטול סיכונים אלה אינה מלמדת על עצמתו בתום יחסי העבודה אלא על חולשתו במהלכם. לא זו אף זו: אפילו אם בפועל הסתמך המעביד על המציאות שנוצרה, הסתמכות זו אינה ראויה להגנה מבחינה נורמטיבית, וזאת בין אם היה המעביד מודע בפועל להיקף חבותו מכוח חקיקת המגן ובין אם לאו. אם ידע המעביד בפועל על היקף חבותו מכוח חקיקת המגן בוודאי שאין הוא יכול לטעון

144 כמה דברי חקיקה מעניקים הגנה למחלונן מפני פגיעה בו עקב מימוש זכויותיו מכוח חוק (בעניין זה ראו סעיף 28א לחוק הגנת השכר; סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים; סעיף 5א לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991 ס"ח 1349; סעיף 6 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; סעיף 10 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 ס"ח 1658; סעיף 7א לחוק שכר מינימום). מכל מקום, הגנה זה אינה מספקת וזאת משני טעמים: ראשית, הגנה מסוג זה היא חלקית במובן זה שהיא נעדרת מחוקי מגן חשובים המסדירים היבטים מהותיים של העבודה (כגון שעות עבודה ומנוחה, חופשה שנתית, עבודת נשים, דמי מחלה, שכר שווה לעובד ועובדת; מניעת הטרדה מינית ועוד). שנית, דפוס ההגנה אינו מספק שכן אין בצדו סנקציה הכוללת ממד של הרחעה כלכלית מפני פגיעה בעובד חרף האיסור. לדעתי ההגנה הניתנת מלמדת על הכרה בקיומה של בעיה, אך היקפה אינו מספק לה פתרון הולם. מעניין לציין כי חלק מהחוקים מכפיפים את ההגנה לעובד בתום לבו בהגשת התביעה (כגון חוק הגנת השכר וחוק עובדים זרים), בכך שאין המדובר בתביעת שווא שהוגשה ביוזמתו (חוק שוויון הזדמנויות בעבודה וחוק שוויון אנשים עם מוגבלויות) או בכך שאין מדובר בתביעה קנטרנית (סעיף 45 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב] התשי"ח-1958, ס"ח 248). הוראות אלה מהווה יישום של עיקרון משפטי כללי שלפיו אם עולה מכתב הטענות כי מדובר בתביעה טרדנית או קנטרנית, בית הדין מוסמך למחוק את כתב הטענות על הסף (בעניין זה ראו תקנה 44(2) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1992 ק"ת 5394). האם הכפפת ההגנה לעובד בתום לבו מלמדת על כפיפות של הזכויות הקבועות בחקיקת מגן לעקרון תום הלב במובן של שקילה הדדית של האינטרסים? לדעתי התשובה לשאלה זו שלילית. בהתחשב במכלול ההסדרים החקיקתיים נראה כי המשמעות של תום לב היא סובייקטיבית (כגון הגשת תלונת שווא ביוזמתו או מתוך קנטרנות) ולא אובייקטיבית. נראה כי הסדרים מעין אלה לכל היותר עשויים להקים הסדר שלילי כלפי האפשרות להכפיף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב במובנו האובייקטיבי.

שסמך על מצג הוויתור שנוצר בשל השתהות העובד בהגשת התביעה. אולם, אפילו אם בפועל לא ידע המעביד על היקף חבותו וסבר בשוגג כי פרע את מלוא החוב לעובד, גם אז ההסתמכות על השיהוי בהגשת התביעה אינה ראויה להגנה משפטית. מבחינה קונספטואלית, טעות כנה במערכת יחסי העבודה בנוגע לחבות בתשלום אינה פוטר מהחוב עצמו אלא מהווה לכל היותר עילה להפחתת קנסות המצטרפים אליו.¹⁴⁵ מבחינה זו, מתן פטור למעביד מתשלום הקרן בשל טעות כנה מהווה צעד מהפכני שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות משפט העבודה. נוסף על כך, שיקולי מדיניות משפטית תומכים בהטלת הנטל על המעביד לברר באופן מדויק את היקף חובותיו מכוח חקיקת המגן. זאת, הן מטעמי הגינות (המעביד נגיש יותר מבחינה ארגונית וכלכלית למידע, בין בדרך של קבלת ייעוץ משפטי ובין בדרך של בירור חובותיו במשרד התעסוקה) והן מטעמי יעילות (בירור היקף חובות המעביד לפי חוק באמצעות המעביד חוסך בירורים נפרדים רבים של כל עובד לעצמו). המשמעות של הטלת נטל בירור הדין על המעביד היא כי הסתמכותו על שגגה באשר ליישום הדין – שגגה שיכול היה למנוע בשקידה ראויה – אינה זוכה להגנה משפטית.

העולה מן האמור הוא כי במוסד ההחיישנות (מבלי להידרש לניתוח ביקורתי של פריטי) גלום איזון פנימי בין זכויות היסוד של העובדים לאלה של המעביד. אין הצדקה לכרסם באיזון זה באמצעות עקרון תום הלב, כשכרסום עלול להביא לפגיעה בלתי-מידתית בעובדים.

(2) בחירה בהפוט העסקה של משתתף חופשי

במקרים אלה המעביד נותן למועמד לעבודה את הבחירה בין העסקה בתבנית של עובד-מעביד להעסקה בתבנית של קבלן או של משתתף חופשי. אם העובד בחר בתבנית של קבלן, ועם תום יחסי ההעסקה הוא מבקש שיכירו בו כעובד הזכאי לזכויות סוציאליות בהתאם לשכרו השוטף הגבוה, מתעוררת שאלת תום לבו של אותו עובד/קבלן.

איני סבורה כי קיים ממד של חוסר תום לב בתביעת המועסק כי יוכר כעובד; לדעתי זוהי תביעה לגיטימית שנוצרה בחסות משפט העבודה. משפט העבודה הכיר בכך שהבחירה הראשונית בתבנית של קבלן או של משתתף חופשי אינה שוללת בחינה משפטית אם לאורך זמן ייווצרו יחסי עובד-מעביד.¹⁴⁶ משפט העבודה יצר תבניות

145 דוגמה לכך היא סעיף 18 לחוק הגנת השכר, הקובע כי חילוקי דעות שיש בהם ממש בדבר עצם החוב או טעות כנה שמנעה את התשלום מהווים עילה להפחתת פיצוי הלוטת שכר, ובלבד שהסכום שלא היה שנוי במחלוקת שולם במועד.

146 בג"צ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"ד (4) 628 (1996). בפסק דין זה עמד בית המשפט הצליח על ההבחנה בין משתתף חופשי לבין עובד. השיקולים המנחים היו המבנה הארגוני-כלכלי של העסק, סוג התפקיד, חובת המועסק לעמוד לרשות מעסיקו בזמני כוננות, סדירות הקשר

העסקה דינמיות, המשתנות לאורך ציר הזמן, במטרה להגן על מי שהקדיש את משאביו האנושיים לאורך זמן למעסיק תוך פיתוח תלות כלכלית בו. משיצר המשפט תבניות דינמיות כאלה, לא ראוי שתיתסם גישתו של העובד אליהן באמצעות עקרון תום הלב.¹⁴⁷ נראה לי כי הדרך האמיתית להתמודד עם אי-הוודאות האופפת את דפוס ההעסקה היא צמצומה באמצעות בקשת סעד הצהרתי מבית הדין לעבודה (pre-ruling), מראש או תוך כדי יחסי העבודה. חוק שעות עבודה ומנוחה קבע מנגנון כזה בהקשר לסיוג תחולת החוק על העובדים המנויים בסעיף 30(א) לחוק. בסעיף 30(ב) לחוק נאמר:

נתעוררו חילוקי דעות אם עובד שייך לאחד מסוגי העובדים שחוק זה אינו חל על העבדתם, רשאים העובד, המעביד, ועד העובדים במקום, אם ישנו, או מפקח עבודה, לבקש את הכרעת בית הדין לעבודה, כמשמעו בחוק בית הדין לעבודה, תשכ"א-1969; בית הדין ייתן לוועד העובדים הזרמנות להשמיע את דברו בדרך שיוורה אף אם לא הועד הוא שבקש את ההכרעה.

מדובר במנגנון ייחודי המהווה "כלי מיוחד המאפשר העמדת דברים על תיקונם, כך שידעו לנהוג בהתאם לחוק ולא בניגוד לו. דרך זאת מיוחדת למשפט העבודה המסדיר ומיוחדת למחוקק בתחום זה".¹⁴⁸ ראוי לשכלל ולפתח מנגנון זה, ולהחזיר למשפט העבודה את ודאותו – ולא להעצים את עמימותו באמצעות הכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב. אמנם, מנגנון זה אינו נקי מחסרונות, והמרכזי שבהם נובע מהטלת הנטל להניע את ההליך על כתפי העובד, שנגישותו לערכאות שיפוטיות עלולה להיות מוגבלת, כמפורט לעיל; עם זאת, הצעה זו היא בגדר הרע במיעוטו. כמו כן, ניתן להוסיף ולשכללה על ידי הבניית תמריץ למעביד לפנות ביוזמתו לאפיק זה. כך, למשל, יהיו פני הדברים אם הפנייה לאפיק זה תעניק למעביד חסינות מהותית ודיוניות מפני תביעה

משכו ורציפותו, מידת התלות האישית, והמידה בה מובא המועסק בחשבון בארגון העבודה ובחלוקתה.

147 בעניין פלאי, לעיל ה"ש 2, דעת הרוב מפי השופט פליטמן קבעה כי "שאלת תום הלב, דהיינו ראיית הצדדים את טיבו של היחס שביניהם במהלך תקופת התקשרותם אל מול הנורמה האובייקטיבית הכופה יחסי עובד מעביד, מן הראוי שתברר ותוכרע בשלב קביעת היחס של עובד-מעביד". בספרות הובעה הדעה כי אין הבדל מהותי – אלא, לכל היותר, במשקל חוסר תום הלב הנדרש – בין אי-הכרה בקיומם של יחסי עובד-מעביד עקב חוסר תום לב לבין שלילת זכויות קוגנטיות חרף היווצרותם של יחסי עובד-מעביד (בעניין זה ראו נחום פינברג וקרן שליט "ייתור, פשדה ועיסקת חבילה ומה שביניהם" ספר מנחם גולדברג 440, 457 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2002). לדעתי אמנם אין הבדל מהותי בין שתי הטכניקות ולכן בשתייהן אין מקום להחיל את עקרון תום הלב על מנת לסייג את זכויות העובד.

148 דב"ע (ארצי) ל"ד/4 הארגון הארצי של עובדי התעשייה האווירית – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע ח 460 (1977).

לקביעת קיומם של יחסי עבודה בהתאם לתקופה שנקבעה, ככל שנקבעה, בפסק הדין. במצב דברים כזה, ובמיוחד אם מדובר בדפוס הסדרה שכיח אצל המעביד, תהיה מבחינתו תועלת כלכלית רבה בפנייה מוקדמת זו. עוד ניתן לשקול הוספת קביעה שלפיה אם לא יזם המעביד פנייה כזו, הוא יהיה מנוע מלטעון לחוסר תום לבו של העובד.

בחנית קיומם של יחסי עובד-מעביד לגופם של דברים עשויה למנוע עיוות דין אפשרי כלפי העובד אם ימנע בית הדין מלבחון את מהותם של יחסי הצדדים עקב קבלת הטענה בדבר חוסר תום לבו של העובד. את החשש מפני עיוות דין ניתן להמחיש באמצעות דוגמא בה המועסק קיבל שכר גבוה משכרו של עובד שכיר המקביל לו בתפקיד בוותק וכיוצא באלה אולם ההפרש בשכר אינו מהווה פיצוי מלא על היעדרן של זכויות סוציאליות אלא פיצוי חלקי בלבד. אם השכר "הגבוה" יכול לשמש בסיס לטענת חוסר תום לב אזי שכרו של העובד יצא בהפסדו. בסיטואציה כזו של סתימת הגולל על טענת העובד בדבר קיומם של יחסי עובד מעביד טמונה הסכנה לעיוות הדין כלפיו.

שאלה נפרדת היא מהו היקף הזכויות – אם בכלל – שהעובד זכאי להן במצב דברים כזה. בספרות הובעה הדעה כי דרך המלך היא כמובן לתעל את הצדדים לקבוע מראש את מנגנון ההשבה בחוזה המקורי.¹⁴⁹ עם זאת, ההישענות על הסכמה חוזית זו צריכה להיעשות במשנה זהירות, תוך מודעות ורגישות לחולשתו המיוחדת של העובד בעת כריתת חוזה העבודה. בהיעדר מנגנון חוזי מתעוררת שאלת היקף הזכויות נוכח העובדה שבמשך השנים הוא קיבל הכנסה שוטפת גבוהה כפיצוי על כך שאינו נהנה מהזכויות הנלוות למעמד העובד. שאלה זו נדונה בפירוט על ידי בית הדין הארצי לעבודה בפרשת אייזיק,¹⁵⁰ אלא שבערעור זה הובעה דעה שונה על ידי כל אחד מן השופטים שישב בדין ולכן קשה לדלות ממנו הלכה. בע"ע (ארצי) 133/99 מרג'ה – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ¹⁵¹ נקבע, מטעמי מדיניות משפטית ראויה, כי התמורה המוסכמת היא הבסיס לחישוב זכויותיו הסוציאליות של העובד. עמדה זו בעייתית בעיניי שכן השימוש בתמורה החוזית יוצר עיוות דין כלפי המעביד וכלפי יתר העובדים במפעל. אני סבורה, ככלל, שהתמורה הנוהגת בקרב עובדי המעביד (ולא המוסכמת) היא שצריכה להיות הבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות של העובד.¹⁵² מבלי להידרש לפרטי פרטים נראה

149 ברוך זו ראו שרון רבין מרגליות "מה נותר ממשפט העבודה המגן?" ספר מנחם גולדברג 463, 476-479 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונתן פוינברג עורכים, 2002).

150 עניין אייזיק, לעיל ה"ש 8.

151 פסק הדין פורסם בפד"ע לח 223 (2003).

152 ע"ב (אזורי-ים) 1801/01 קורן – מכללת אמונה, תק-עב 2005 (4) 3247 (2005). בעניין זה דובר באדם שהציעו לו להיות עובד מן השורה או עצמאי והוא בחר להיות עצמאי, ובהתאם לכך שכרו היה גבוה משכרם של עובדים מן השורה. עם תום תקופת ההעסקה תבע האיש להכיר בקיומם של יחסי עבודה ולחייב את המעביד בתשלום זכויות סוציאליות על בסיס התמורה שהוסכמה. בית הדין דחה את התביעה חוץ ההכרה בקיומם של יחסי עובד מעביד. בית הדין נימק דחייתו בכך שבדיני העבודה מוטלת על הצדדים חובת תום לב מוגברת וכי התובע פעל בחוסר תום לב הן בתחילת ההתקשרות.

לי כי על בית המשפט להחסיר בכל שנה (ממועד היווצרות יחסי העבודה ובכפוף להתיישנות) מהסכום ששולם ביתר (היינו: ההפרש בין השכר החוזי הגבוה לבין השכר הנוהג לעובדים, וזאת בכפוף לסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט) את הסכום ששולם בחסר לעובד (היינו: היעדר זכויות סוציאליות לרבות אבדן תקופת צבירה בזכויות הנצברות על פני זמן). ככל שיימצא הפרש לזכות העובד יש לחייב את המעביד בתשלומו.¹⁵³ במסגרת הסייג להשבה הקבוע בסעיף 2 לחוק יהיה מקום לבחון באיזו

כשהציג את עצמו כמעוניין לתת שידוחים כעצמאי, והן במהלך ההתקשרות, כשהנהנה ממעמדו כעצמאי וקיבל תשלום העולה בצורה ניכרת על התשלום שהיה מקבל כ"עובד" בנתבעת באותו תפקיד, ונוסף על כך עוד נהנה מניכוי מס הכנסה ומע"מ. נקבע כי התובע אינו זכאי לקבל מצד אחד שכר העולה בהרבה על שכר "עובד" בנתבעת, ומצד שני להיתמם ולטעון כי התמורה שקיבל מהזדה בעצם שכר עבודה, שאליו יש להוסיף את הזכויות הסוציאליות כ"עובד". לאור האמור, הנתבעת זכאית לקזז את הסכומים ששילמה ביתר מסך כל הסכומים שהתובע היה זכאי להם מהגדרתו כ"עובד", ואף לאחר קיזוז זה נותר התובע חייב לנתבעת סכומים ניכרים ששולמו לו ביתר. אמנם הנימוק לדחיית התביעה היה חוסר תום לב, אולם זה נקבע רק לאחר עריכת חשבון מדויק של הסכומים ששולמו ביתר (על בסיס השכר הנוהג לעובדים) והסכומים ששולמו בחסר. חשבון מדויק זה הביא להפרש לזכותו של המעביד ולכן נדחתה תביעת העובד מחמת חוסר תום לב. אילו התוצאה הייתה הפוכה – היינו: ההפרש היה לזכות העובד – נראה כי בית הדין לא היה דוחה את התביעה מטעם זה.

153 ההתמודדות הראויה בעיני עם עיוות דין זה היא דרשלבית: בשלב הראשון נקבע שכר העבודה הראוי ובשלב השני נקבע היקף הזכויות הסוציאליות המגיעות לתובע. אשר לשלב הראשון, שבו נדרשת קביעה של שכר העבודה הראוי, הרי שהתשלום שהוסכם אינו יכול לשמש אכן כחזן לקביעת היקף התשלומים העתידיים. תשלום זה נקבע על סמך ההנחה שהייתה תקפה בשעתו (ונהפכה לשגויה במרוצת הזמן) כי אין מדובר ביחסי עבודה. הטעות המשפטית בנוגע לתבנית ההעסקה גררה טעות באשר לשיעור השכר. טעות זו מקנה למעביד עילה לביטול של ההוראות בחוזה המתייחסות לשכר העבודה, וזאת מכוח סעיפים 14 ו-19 לחוק החוזים. תחולת סעיף 14 מותנית בכך שהטעות הייתה בעת ההתקשרות. דרישה זו יכולה לבוא על סיפוקה באחת משתי דרכים: ראשית, בעת ההתקשרות הראשונית נפלה טעות המתבטאת בהערכה השגויה כי תבנית ההעסקה (וכפועל יוצא מכך שיעור התגמול) לא תשתנה במרוצת הזמן. טעות משפטית זו מקימה עילת ביטול לגבי שיעור התגמול עם שינוי תבנית ההעסקה; שנית, ניתן לומר כי עם שינוי תבנית ההעסקה מתבנית של קבלן/ משתתף חופשי לתבנית העסקה של עובד נערכה התקשרות קונסטרוקטיבית חדשה בחוזה העבודה, ובה נפלה טעות קונסטרוקטיבית באשר לטיבה של תבנית ההעסקה: בעוד שהצדדים סברו כי מדובר בהמשך התבנית הקודמת, בפועל כפה הדין יצירה של תבנית העסקה חדשה. הטעות בסוג תבנית ההעסקה, שגררה טעות בשיעור השכר, אינה טעות בכדאיות העסקה אלא במושא העסקה, ולכן היא עילה לביטול החוזה. יוצא אפוא כי חוזה העבודה החדש חסר פרט מהותי באשר לשיעור השכר וזה ניתן לפרשנות והשלמה כאמור בסעיפים 25 ו-26 לחוק החוזים. הפרשנות וההשלמה של החוזה בנושא שכר העבודה ייעשו בהתאם למכלול נסיבות העניין ובהן הנוהג המקובל במקום העבודה, שאותו יהיה על הצדדים להוכיח באמצעות ראיות. בדרך זה יצטמצם הפער בין שכרו של התובע לשכרו של יתר העובדים במפעל וימנע עיוות הדין שנוצר כלפי המעביד ויתר העובדים. דיני החוזים

מידה, אם בכלל, הרצון להרתיע מעסיקים מעריכת הסכמים "מדומים" עם עובדים (הסכמים שבהם נקבע שהללו יהיו במעמד של עצמאי) מהווה צידוק לשלילה של תביעת ההשבה.¹⁵⁴ העולה מן האמור הוא שהדין האזרחי הכללי (דיני התנאים ודיני עשיית עושר ולא במשפט) מעמיד מנגנונים להגנה על האינטרסים ההדדיים של הצדדים, המגשימים באופן מידתי יותר את השאיפה לעשיית צדק עם העובד ועם המעביד. למעשה, קבוצת מקרים זו היא קטגוריה בקבוצת מקרים גדולה יותר שבה ניתנות לעובד הטבות אלטרנטיביות שהן למעשה פיצוי בגין אי-תשלום זכויות הקבוצות בחוק. עם קבוצת מקרים זו אתמודד להלן.

(3) קבלת טובות הנאה כפיצוי על אי קיום החוק
קבוצת מקרים זו כוללת שני סוגי הטבות: הטבות בעין (מגורים או ביגוד כתחליף לחלק משכר המינימום המגיע לעובד) או הטבות כספיות (כגון קביעת שכר גלובלי גבוה כתחליף לתשלום שעות נוספות). נפתח בהטבות בעין.
הטבות בעין: חוק הגנת השכר נועד, בין היתר, להבטיח לעובד את פרי עמלו – משכורת שממנה יוכל לקיים את עצמו ואת משפחתו. בהתאם לכך, חוק הגנת השכר נרתע מהכרה בהטבות בעין שמעביד נותן לעובדו כתחליף לתשלום משכורת. סעיף 3 לחוק קובע שלושה תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתן לשלם שכר עבודה בשווה כסף: (1) ההטבה היא מגורים או אוכל ומשקאות המיועדים לצריכה במקום; (2) העובד נתן הסכמתו לדרך תשלום זו; (3) השווי המיוחס לאלה אינו עולה על המקובל בשוק. כאשר ההטבה בעין באה בגדר התנאים הקבוציים בסעיף 3 לחוק הגנת השכר לא נעור הצורך להשתמש בעקרון תום הלב, שכן חוק הגנת השכר ממילא מכיר בהטבות אלה כתחליף

הכלליים מספקים אפוא בשלב הראשון מענה לצורך בעשיית צדק עם המעביד בנוגע לשיעור שכר העבודה כלפי העתיד ובנוגע לשכר העבודה שעל כסיסו תיערך ההתחשבות ההדדית בין הצדדים לגבי העבר. בשלב השני נדרשת כאמור קביעת היקף הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד מכוח עבודתו וזאת מרגע ההתהוות של יחסי עובד-מעביד ובכפוף לטענת התיישנות. קביעה זו יכולה להיעשות על דרך האומדן או בדרך אריתמטית. היתרון שבעריכת ההתחשבות על דרך האומדן הוא שדרך זו אינה מצריכה זיהוי מדויק של נקודת הזמן שבה חלה התמורה כתבנית ההעסקה מזו של קבלן/משתתף חופשי לזו של יחסי עובד-מעביד. אמנם נחוצה הערכה כללית של המועד שבו חלה התמורה, שכן הערכה זו מהווה עוגן משמעותי בעת האומדן, אך ניתן להסתפק גם בהערכה כללית וגסה. הדרך האריתמטית מורכבת יותר: במסגרתה יש לתת את הדעת לכך שהתובע לא קיבל את הזכויות הסוציאליות המגיעות לו, כשהשכר לחישוב זכויות אלה הוא השכר שנקבע בשלב הראשון. מאידך גיסא, התובע קיבל תשלום חודשי עודף חזר מושא לתביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 – בכפוף להגנות הקבוצות בחוק זה. על בית המשפט אפוא להחסיר בכל שנה (ממועד היווצרות יחסי העבודה) מהסכום ששולם ביתר את הסכום ששולם בחסר, וככל שקיים הפרש לזכות העובד יש לחייב את המעביד בתשלום.

154 לשיקול הרתעתי זה ראו עניין טייטל, לעיל ה"ש 2 ועניין אייזיק, לעיל ה"ש 8.

לשכר העבודה. משמעות הדבר היא שעובד כזה יכול לקבל שכר הנמוך משכר המינימום כשווי ערך השוק של ההטבה שקיבל.¹⁵⁵ כאשר ההטבה בעין אינה באה בגדר סעיף 3 ניתן לכאורה לכפוף את התביעה לעקרון תום הלב אך הכפפה זו מוקשית בעיני. היא מסכלת בראש ובראשונה את התכלית החברתית הראויה המונחת ביסודו של סעיף 3 לחוק הגנת השכר. הכפפה זו פותחת פתח מסוכן למעבידים להתחמק מתשלום הזכויות הקבועות בחקיקת מגן, והיא יוצרת פיתוי כלכלי למעביד להמיר את זכויות העובד בהטבות נטולות עלויות או שעלותן נמוכה מעלות שכר העבודה. התוצאה עלולה להיות עובר מוחלש ללא זכויות בסיסיות המחזיק אוסף תפצים שנחיצותם עבורו מוטלת בספק, או עובד המוחזק כנהנה מהתועלת הבלתי-ממונית השגרתית הצומחת לעובד מעבודתו.¹⁵⁶ תתירה זו תחת אחת מתכליותיו הבסיסיות של חוק הגנת השכר, כשלעצמה, אינה רצויה ואינה ראויה. הבעייתיות מוחרפת כשמדובר בעובד האמור להשתכר שכר מינימום, שאז זכותו לקבלת שכר מינימום, החיוני למחייתו הבסיסית, עלולה להיות מסוכלת.

הטבות כספיות: חוק הגנת השכר ביקש למנוע עקיפה של חקיקת מגן המעניקה הטבות כלכליות לעובדים (כגון חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק חופשה שנתית) באמצעות תשלום שכר כולל. בהתאם לכך, חוק הגנת השכר שואף לשקיפות מרבית של מבנה השכר בכל הנוגע לזכויות הנובעות מן החוק, בקובעו כי בהיעדר שקיפות כזו רואים את השכר הכולל שנקבע כשכר רגיל בלבד אלא אם כן "נקבע אחרת בהסכם קיבוצי ... וההסכם אושר לעניין זה על ידי שר העבודה".¹⁵⁷ החוק מכיר אפוא באפשרות לקבוע שכר כולל, אלא שמימוש אפשרות זו נעשה בדרך של הסכם קיבוצי שאושר על ידי שר העבודה. שימוש בעקרון תום הלב כשסוכם בחוזה העבודה האישי כי ישולם לעובד שכר כולל וזאת כתחליף לגמול שעות נוספות או לחופשה שנתית, מסכל את

155 למעשה, בשימוש בעקרון תום הלב במקרה כזה טמונה סכנה מסוימת והיא שהדין בדבר שווי השוק של ההטבה יוחמץ שכן תביעת העובד לא תחברר לגופה. ככלל ראוי לברר את התובענה לגופה כדי לוודא שההפחתה משכר העובד אינה עולה על שווי השוק של ההטבה, אלא אם כן מדובר במקרה חריג שבו העובדה ששווי ההטבה גבוה מההפחתה מזדקקת לעין.

156 אמנם הטבות אלה יכולות להיות משמעותיות (כגון תשלום שכר לימוד לילד או העמדת רכב וטלפון לשימוש הפרטי של העובד), אלא שבמקרים אלה אין לרוב סכנה שמדובר בעובד מוחלש ולכן אין חשש ממשי שההטבות בעין שימשו תחליף לזכויות בחוק.

157 סעיף 5 לחוק הגנת השכר קובע:

עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 חל לגביו ונקבע לו שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית כאמור בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, או הכולל דמי חופשה תמורת חופשה או פדיון ימי חופשה כאמור בחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד אלא אם כן נקבע אחרת בהסכם קיבוצי לגבי תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה שבועית וההסכם אושר לעניין זה על ידי שר העבודה.

תכליתו של סעיף 5 לחוק הגנת השכר. הסכם אישי מעין זה מונע את שקיפותו של מבנה השכר. עוד פוגע הסכם כזה בהגנות הפרוצדורליות שהמחוקק ביקש להעניק לעובד כשהמעביד מבקש לסטות ממבנה השכר המתחייב בחוק. הכוונה להגנות פרוצדורליות (קיבוציות ושלטוניות) הבאות להתגבר על הקושי הנובע מהיעדר שקיפות נאותה של השכר, הכוללת הן את קיומו של הסכם קיבוצי והן אישור של שר העבודה. השימוש בעקרון תוס' הלב מותיר את העובד ללא שקיפות של מבנה השכר – מזה, וללא שכבת ההגנה האלטרנטיבית הקבועה בחוק מזה. תוצאה זו אינה ראויה ואינה רצויה.

לדעתי, הדרך להימלט מתוצאות מוקשות אלה היא באמצעות הרחבת השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט.¹⁵⁸ בהתאם לכך, כאשר יוכח כי "התמורה העודפת" – בין אם בעין ובין אם בכסף – ניתנה לעובד מתוך הסכמה שגויה כי היא תהווה תחליף לתשלום הקבוע בחוק – ראוי לאפשר למעביד לתבוע את השבתה או את שווייה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, בכפוף להגנות הקבועות בדין זה ובמיוחד ההגנה בדבר היות ההשבה בלתי-צודקת. הפסיקה טרם הכריעה באופן סופי באיזו מידה עומדת למעביד עילת תביעה מכוח דבר חקיקה זה,¹⁵⁹ אך קיימת נכונות מסוימת לאפשר הגשת תביעה כזו כתחליף להכפפתה של חקיקת המגן לעקרון תוס' הלב. לכאורה, ניתן להקשות ולשאול אם פתיחת פתח לכך שהמעביד יגיש תביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אינה עוקפת הלכה למעשה את אופיה הקוגנטי של חקיקת המגן? האם אין בעצם חשיפת העובדים לתביעה שכנגד כזו כדי להניא עובדים מלממש את זכויותיהם? ובאופן רחב יותר ניתן להקשות מה הרבותא בהטלת חובת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט וזאת במיוחד נוכח ההסתברות שתביעת המעביד בעילה זו תוגש כתביעה שכנגד

158 ראו גם נחום פיינברג "גמישות חוזית ביחסי העבודה" הפרקליט מ' 422 (1993).

159 בעניין אייזיק, לעיל ה"ש 8, נדון מקרה של אדם שניתנה לו אפשרות לבחור בין העסקה כקבלן לבין העסקה כעובד; הוא בחר להיות מועסק כקבלן וקיבל שכר הכולל פיצוי בגין אי-תשלום הזכויות הסוציאליות. עם תוס' יחסי העבודה טען האיש לקיומם של יחסי עובד-מעביד ותבע זכויות סוציאליות מכוח חקיקת המגן. באותו עניין נדונה, בין היתר, השאלה באיזו מידה יש למעביד טענת קיומו או תביעת השבה מכוח חוקי עשיית עושר ולא במשפט. השופטת כרם הכירה, ובצדק, בתחולתם הרחבה של דינים אלה. הנשיא אדלר סייג את תחולתם למקרים שבהם שולם לקבלן/משתתף חופשי שכר גבוה ונקבעה תניית השבה חוזית, או שהוצע לאדם להיות עובד והוא רחה את ההצעה לעבוד במתכונת זו. לאור סייגים אלה נראה כי אליבא הנשיא אדלר, במקרים הנדונים לא תעמוד למעביד עילת תביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. על כך ניתן להעיר כי שיקולי המדיניות שהביאו את הנשיא אדלר לצמצם את אפשרות התביעה יכולים ממילא לבוא לידי ביטוי במסגרת הגנת הצדק הקבועה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. השופט פליטמן סבר כי שאלת זכאותו של המעביד להשבה, לרבות בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אינה מתעוררת כשהזכאות על פי משפט העבודה המגן נגזרת מן השכר ששולם בפועל. נוכח גיוון הדעות בעניין אייזיק לא ניתן לדלות ממנו עמדה ברורה בדבר קיומה של עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט מעבר לעובדות הספציפיות שגדונו בו.

ואז תידון באותו מעמד עם תביעת העובד? לטעמי, הכרה בזכות המעביד לתבוע בגין עשיית עושר ולא במשפט עדיפה מהכפפה של חקיקת המגן לעקרון תום הלב וזאת ממספר טעמים הכרוכים זה בזה: ראשית, מבחינה מהותית הערך החברתי המוגן באמצעות חקיקת המגן אינו מאוים וההשלכות המוסדיות אינן קיימות כאשר עסקינן בתביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט. הטעם לכך הוא שהעובד יזכה במלוא תביעתו אם יוכיח שלא ניתנו לו התנאים הקבועים בחקיקת המגן. מושא ההשבה (אם יחוב בה העובד עקב קבלת תביעת המעביד) יהיה *התוספת* שקבל מעבר למתחייב מחקיקת המגן או מהזכויות הנלוות למעמד ה"עובד" באותו מקום עבודה. בהינתן העובדה כי מושא ההשבה הוא *התוספת* נקל להבין מדוע הערך המוגן בחקיקת המגן אינו נפגע. מכאן כי עילת ההשבה אינה עוקפת בשום צורה את יסוד הקוגנטיות של חקיקת המגן או של הזכויות הנלוות למעמד עובד (שהוא קוגנטי). שנית, חיוב המעביד להגיש תובענה עצמאית יוצר בהירות מחשבתית בנוגע ליחס בין טענות הצדדים. הוא מחדד את העובדה שטענות המעביד מופנות לכל היותר כלפי היקף הסעד שיש להושיט לעובד ולא כלפי עצם זכאותו לסעד. אחד החששות הטמון בשימוש בעקרון תום הלב הוא כי זה ינוצל בפועל לשם דחיית התובענה על הסף ובכך לחסום דיון בתביעה לגופה. חסימת הדיון בתובענה העובד לגופה פוגעת בנגישותו למנגנוני צדק עלולה לגרום לו עיוות דין כלכלי. על מנת להמחיש טענה זו נקח כדוגמא אדם שבחר בתבנית העסקה של קבלן עצמאי ועקב כך קבל תגמול של 6,000 ש"ח מדי חודש. שכרו השוטף של עובד המבצע אותו תפקיד ובעל ניסיון הכשרה וותק דומים הוא 5,000 ש"ח לחודש. עם זאת, הוא נהנה בנוסף מהטבות סוציאליות אשר שווין החודשי הכולל הוא 2,500 ש"ח לחודש. בדוגמא זו תגמולו של הקבלן העצמאי גבוה משכרו השוטף של העובד אך נופל מסכום השכר השוטף והטבות השכר הנלוות לו. הפער לטובת הקבלן בגובה השכר השוטף מתעתע, שכן אין הוא מהווה פיצוי מלא על אובדן הזכויות הנלוות למעמד העובד. בדוגמא זו ברי כי אין ללכת שבי אחרי הפער המתעתע בגובה התגמול השוטף באמצעות עקרון תום הלב. השימוש בעקרון תום לב עלול איפוא להביא לדחיית תביעת העובד במלואה או להימנע מביטול הגם שיש לה הצדקה כלכלית. שלישית, ההפרדה בתביעות הינה בעלת משמעות מעשית מבחינת נטלי ההוכחה. כאשר המעביד מבקש לתבוע השבת כספים ששולמו ביתר עליו להתכבד ולהוכיח במספרים את הסכומים ששולמו ביתר ולא די בטענה בעלמא. מן הצורך בעריכת תחשיב מדויק כזה הוא עשוי להיות פטור כאשר נטענת טענה כללית של חוסר תום לב. עקב עריכת התחשיב הכלכלי המדויק עשוי להתחוויר, כפי שעולה מן הדוגמא שהבאתי לעיל, כי תשלום שנחזה להיות תשלום יתר למעשה אינו כזה. כמו כן, מהטלת נטל השכנוע וההוכחה על המעביד נובע כי הספק בשאלה אם תשלום היתר עולה או למצער שקול לתשלום החסר – יפעל לרעתו.¹⁶⁰

160 דוגמא להימנעות מבירור כאמור מצויה בדעת הרוב בענין שמואל, לעיל ה"ש 3, שם מציב הנשיא אדלר את השאלה הבאה: "השאלה, אם כן, אשר עומדת לפנינו היא, מה קורה כאשר סדר העבודה

רביעית, ההפרדה בין התביעות מחזקת את הגישה למנגנוני צדק שכן היא מונעת הסטת הדין בתביעת העובד לטענות המיועדות להקלינו ולהשחירו באמצעות הטלת דופי אישי, מקצועי, מוסרי וכלכלי והכל על מנת לבסס חוסר תום לב. שיקול דיוני זה חשוב שכן ככל שהתאפשר הסטת דין כזו, אזי עובדים עלולים להימנע מלפנות לבית הדין בבקשה לסעד שעה שקופחו זכויותיהם, על מנת להימנע ממצב בו הופכים הם מתובעים לנאשמים דה פקטו. תיעול טענות המעביד לעילת תביעה מצדו (בדומי עשיית עושר ולא במשפט) מביאה לדין בתביעת העובד לגופה, ולמיקודה בשאלה אם עמד העובד בנטל להוכיח כי זכויותיו הופרו – ותו לא.¹⁶¹ לסיכום, דיני עשיית עושר גמישים דיים כדי

שנקבע בהסכם הקיבוצי הוא כזה שאמנם אינו תואם את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, אולם אינו **הכרחי** מקפח את העובדים במכלול ענייני שעות עבודה. האם יש לעשות חשבון על פי מכלול ההסדר ולהתחשב בסכומים שקיבלו המעבידים מעביד לנקבע בחוק, או רק בשעות שקבלו פחות? (ההרגשה שלי – ת.א.). ניסוח זהיר זה של השאלה העומדת לדין ממחיש את טענתי. הטלת הספק בקיומה של פגיעה בעובדים מסגירה כי בית הדין לא השתכנע ביחס בין תשלום היתר מכוח ההסכם הקיבוצי לתשלום החסר מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה. משמע שבית הדין היה נכון לדחות את התביעה במסגרת טעם זה מבלי שהשתכנע כי תשלום היתר עולה על תשלום החסר. יוצא איפוא כי אי הוודאות בשקילות התשלומים פעלה לרעת העובדים. יש להניח כי אילו טענת המעביד היתה מתועלת לתביעה נפרדת, בה עליו היה מוטל נטל ההוכחה – אזי אי הוודאות היתה פועלת לרעתו.

161 תיעול טענות המעביד לעילתה של עשיית עושר ולא במשפט מצמצם את הפגיעות האמורות באינטרס של העובדים ובאינטרסים ציבוריים רחבים עקב הכפפת חקיקת המגן לעקרן תום לב. עם זאת, אין הוא נותן מזור לקשיים הראייתיים הניצבים בפני עובד בבואו לממש זכות המוקנית לו מכוח חקיקת המגן, כשקשיים אלה עלולים אף הם למנוע מן העובד לפנות לערכאות. דוגמה לבעיה כזו היא שאלת הנטל להוכיח עבודה בשעות נוספות. כיום מוטל על העובד הנטל להוכיח עבודה זו, להבדיל מהנטל להוכחתה של חופשה שנתיית המוטל על המעביד. יצוין כי בשני דברי החקיקה קיימת הוראה וזה המחייבת את המעביד לנהל פנקס חופשה (סעיף 26 לחוק חופשה שנתיית) ופנקס שעות עבודה (סעיף 25 לחוק). מעביד שאינו דואג למילוי הפנקס כנדרש גורם בכך לעובדו נזק ראייתי, ועל כך ניתן לבסס את התזה כי אי-מילוי החובה מביא להעברת נטל הראיה למעביד. אכן, בהקשר לחוק חופשה שנתיית הועבר נטל ההוכחה למעביד מכוח זכות ניהול פנקס החופשות (ראו דב"ע (ארצי) לג 65-3 פרחי נ' אשל, פר"ע ה 113 (1973)); אשר להוכחת שעות העבודה הפסיקה, באופן מסורתי, לא העבירה את הנטל למעביד, וזאת כשהעובד חב סכום קצוב (ראו ע"ע (ארצי) 300080/98 כהן – גביר קבלנים בניה ופיתוח בע"מ, תק-אר 2001 (3) 428 (2002)). עם זאת, ניתן למצוא ניצנים להשקפה כי העברת הנטל אפשרית גם במקרים כאלה (ובעניין זה ראו את דעת השופט אולר בע"ע (ארצי) 300162/96 חברת בתי מלון פנורמה ירושלים בע"מ – סנדוקה, פר"ע מ 433 (2005)). העברת נטל זה עשויה להקל על העובד המוחלש את הקשיים הראייתיים ובכך להגביר את נגישותו לערכאות שיפוטיות. כמו כן, בית הדין פתח את הפתח לכך שבמקרים חריגים ומיוחדים ניתן יהיה לפסוק את גמול השעות הנוספות על דרך האומדן של שעות העבודה המשוערות, ובכך גם להקל על העובד מבחינה ראייתית (ראו ע"ע (ארצי) XUE BIN 1218/02 – חברת א. דורי – חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, פר"ע לח 650 (2003)) או על דרך של פסיקת שכר כולל (ראו הדיעות השונות בעניין טודוראנג'אן, לעיל ה"ש

להגשים את השאיפה לצדק הגלומה בשימוש בעקרון תום הלב – ובה בעת הם גם מובנים יותר (ובמסגרת הקודיפיקציה הבנייתם צפויה להשתכלל), כך שהתביעה מכוחם אינה סובלת מהחסרונות שבשימוש בעקרון תום הלב.

(4) סיכום ביניים

העולה מן האמור הוא כי בדין האזרחי הכללי קיימים שני מגגונים הנותנים מענה הולם למקרים הטיפוסיים שבהם הוחל עקרון תום הלב: דיני ההתיישנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט. מגגונים אלה כוללים איזון ממשי (דיני ההתיישנות) או מסגרת לאיזון (דיני עשיית עושר ולא במשפט) בין האינטרסים ההדדיים של הצדדים. קיומם של אמצעים חלופיים ופוגעניים פחות להשגת המטרה של עשיית צדק עם המעביד הופכים את הפגיעה בזכות היסוד עקב הכפפתה לעקרון תום הלב לבלתי-מידתית.

ה. סיכום

משפט העבודה, ובמיוחד משפט העבודה המגן, מצוי בתווך שבין משפט פרטי לבין משפט ציבורי. תכניו מושפעים ממיקומו הייחודי. השפעת הממד הציבורי בולטת במיוחד בנושא חקיקת המגן, שכן זו מהווה קונקרטיזציה של זכויות מסגרת חוקתיות. המשקפיים החוקתיים מאפשרים לערוך הבחנה חשובה, שעד היום לא הודגשה ריה, בין הממד הקוגנטי לממד הדיספוזיטיבי של זכויות היסוד. מאמר זה ממקד את הזרקות על הבחנה זו ומזמין את צרכני השונים של משפט העבודה לאמצה בשית היומיומי בדבר זכאותו של עובד מסוים לזכויות הקבועות בחקיקת המגן. בהתאם להבחנה זו, הכפפתה של חקיקת מגן קוגנטית, החופפת לממד הקוגנטי של זכויות היסוד, לעקרון תום הלב – אינה אפשרית. הכפפה של חקיקת מגן קוגנטית המצויה במעטפת זכות היסוד – היינו: בממדיה הדיספוזיטיביים – לעקרון תום הלב היא אפשרית אך מוקשית. אני סבורה כי אין פרפורציה בין התועלת הצומחת מההכפפה לבין נזקה, וזאת במיוחד לאור קיומם של אמצעים חלופיים פוגעניים פחות להשגת התוצאה של צדק מוחלט עם מעביד ספציפי. בעיניי, חקיקת המגן הקוגנטית היא מעין רשת חקיקתית היוצרת סל שבו צפונות ושמורות הזכויות היסודיות והבסיסיות של העובד. מידת יעילותו של סל הזכויות נמדדת על פי מידת יכולתו למנוע זליגה של זכויות בין חריציו. הכפפתה של חקיקת המגן הקוגנטית לעקרון תום הלב בוקעת בסל חריץ שממנו עלולות לזלוג זכויות היסוד. עצם קיומו של החריץ, בצירוף הידיעה כי ממדיו אינם קבועים אלא נקבעים אד הוק, מכרסמים בוודאות הגבוהה שאפיינה את השימוש בסל. הסכנה הטמונה בתהליך זה היא

125, וכן ראו בג"צ 3469/04 טודוראנג'אן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 8.9.2005). בין כך ובין כך מדובר בבעיה כללית, ולכן התנויית הפתרון לה חורגת מגבולות מאמר זה.

משפטים לו תשס"ז זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרחורים חוקתיים על משפט העבודה

כי בהדרגה יהפוך סל זה לאבן שאין לה הופכין. הצעתי היא אפוא שלא לבקוע חריץ זה במארג החקיקתי שממנו מורכב הסל ולא לכפוף את חקיקת המגן לעקרון תום הלב. יש לשמור מכל משמר על ודאותה של רשת המגן לעובדים ועל יעילותה.

