

למה שלישי? על יציגות, חירות ויציבות במשפט העבודה הקיבוצי

מאת

עידו עשת*

על פי דיני העבודה בישראל, על מנת לקבל הכרה משפטית כארגון עובדים יציג לצורך חתימה על הסכם קיבוצי מיוחד, ארגון אשר לו מסור הכוח לייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח (לרבות העובדים שאינם חברים בארגון העובדים היציג), די בחברותם בארגון היציג של לפחות שלישי מעובדי יחידת המיקוח. ניתן לתהות, כיצד דרישת השלישי מתיישבת עם עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ועם עקרון הכרעת הרוב. המאמר מבקש להתמודד עם השאלה האמורה באמצעות ניסיון להעניק לדרישת השלישי מסגרת תיאורטית העולה בקנה אחד עם עקרונות המשטר הדמוקרטי, אך מבלי להצדיק את הדרישה האמורה. זאת מבקש המאמר לעשות על בסיס הגותו של פיליפ פטיט באמצעות יישום תיאוריית החירות כנוגדת שליטה, במישור היחסים שבין העובד לבין קבוצת העובדים על רקע יחסי העבודה. באמצעות דחיית תזת החירות השלילית ואימוצה של תזת החירות כנוגדת שליטה שרירותית, מבקש המאמר לראות בהתארגנות עובדים, העומדת בדרישות מסוימות, כ"נוגדן שליטה" במקום העבודה – מסגרת המחזקת דווקא את חירותם של העובדים. משכך, לטענת המאמר, דרישת השלישי אינה בגדר דרישה שנכזבה לתמיכת הרוב, אלא דרישה שמטרתה הבטחת יציבות ההתארגנות במקום העבודה.

מבוא. א. "על החירות". ב. על הדרישה לתמיכה בארגון העובדים במשפט המשווה. ג. הצדקות אפשריות לדרישת השלישי לפי גישת החירות השלילית. 1. דרישת החברות כתמיכה "חזקה"; 2. קידום תחרות בין-ארגונית במשטר חד-מפלגתי; 3. דרישת השלישי כנטרול האדישות להתארגנות; 4. התארגנות ב"אזור עימות" והקושי בגיוס רוב בשל השפעה פסולה מטעם המעסיק; 5. ההקשר הפוליטי – רוב מיוחד הנדרש לשם כפיית אי-התארגנות; ד. חירות כנוגדת שליטה – הגותו של פיליפ פטיט (Philip Petit). ה. ארגון העובדים היציג כ"נוגדן כוח שליטה" במקום העבודה. ו. תנאי התשתית שבמסגרתם ארגון העובדים היציג הוא "נוגדן כוח שליטה". ז. דרישת השלישי – מדרישה רובנית כושלת לדרישת יציבות מינימלית. ח. סיכום.

מבוא

מאמר זה עניינו בדרישת היציגות הנדרשת מארגון עובדים לצורך כריתת הסכם קיבוצי מיוחד לפי הוראות חוק הסכמים קיבוציים, ובהתאמתה של הדרישה האמורה לעקרון

* בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית ספיר. ברצוני להודות לעו"ד נורית אלשטיין, לפרופ' ניר קידר ולפרופ' גיא דוידוב. עוד ברצוני להודות לחברי מערכת משפטים, לקורא האנונימי ולעורכי כתב העת על הערותיהם למאמר.

החירות.¹ הטענה העיקרית של המאמר היא כי מטרתה של דרישת השליש היא להשיג יציבות בהתארגנות, והיא אינה בגדר דרישה (שלא התמלאה) לתמיכתם של רוב העובדים ביחידת המיקוח בהתארגנות.

חוק הסכמים קיבוציים קובע את התנאים ליצירתו של הסכם קיבוצי בישראל. לפי הוראות החוק, רק ארגון עובדים יציג יכול לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד עם המעביד או על הסכם קיבוצי כללי עם ארגון המעבידים. דרישת כשירות ייחודית זו נובעת בין היתר מהעובדה שהסכם קיבוצי אינו חוזה "רגיל"² למרות מיקומו "הגאומטרי נורמטיבי" (כלשונו של הנשיא ברק) בתחומי המשפט הפרטי. הנכון הוא כי ההסכם הקיבוצי מגלם הענקת כוחות משפטיים החורגים מהכוחות המוענקים לצדדים לחוזה במשפט הפרטי.³ לדוגמה, בכוחו של ההסכם הקיבוצי לחייב את מי שאינו צד להסכם הקיבוצי (העובד הבודד או המעביד הבודד). זאת עושה ההסכם הקיבוצי בדרך של שגרה. מכוח סעיפי התחולה הקבועים בחוק הסכמים קיבוציים, ההסכם הקיבוצי המיוחד חל לא רק על הצדדים להסכם עצמו אלא גם על כלל העובדים אצל המעביד שעליו חל ההסכם.⁴ אולם העובדים כמובן אינם צד להסכם הקיבוצי. יתרה מזאת, ההסכם הקיבוצי הכללי חל גם על מעבידים שכלל אינם צד להסכם הקיבוצי.⁵

נוסף על זה, בכוחו של ההסכם הקיבוצי לגבור על תניות חוזיות הקבועות בהסכמי עבודה אישיים שנחתמו בין העובד לבין המעביד.⁶ ועוד, בניגוד לחוזה "רגיל", ההסכם הקיבוצי, גם אם נכרת מלכתחילה לתקופה קצובה, אינו מסתיים מאליה בתום התקופה אלא הופך, מכוח החוק, לחוזה לתקופה לא מסוימת, ונדרשת אפוא פעולה משפטית אקטיבית של אחד הצדדים להסכם לשם ביטולו.⁷ זאת ועוד, בכוחו של ההסכם הקיבוצי לעצב את חוזה העבודה האישי של העובדים במקום העבודה, וחוזים אלו יהיו תקפים אף לאחר

1 כידוע, לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, בישראל שני סוגים של הסכמים קיבוציים: האחד, הסכם קיבוצי מיוחד שנחתם בין ארגון עובדים יציג לבין מעביד או לבין ארגון מעבידים המייצג מעביד; השני, הסכם קיבוצי כללי, לכל שטח המדינה או לחלק ממנה, לענפי עבודה מסוימים או לכל ענפי העבודה, הנחתם בין ארגון עובדים יציג לבין ארגון מעבידים (הדיון בשאלת היציגות, הן מצד ארגון העובדים, וככל שזו רלוונטית, הן מצד ארגון המעבידים, ביחס להסכם קיבוצי כללי, על שלל הבעיות הנובעות מדרישה זו, חורג ממסגרת המאמר, והוא ראוי למאמר נפרד).

2 ככל שניתן להגדיר מהו "חוזה רגיל" או "חוזה טיפוסי". על כך ראו IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT – AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980); Guy Mundlak, *Generic or Sui-Generis Law of Employment Contracts*, 16 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 309, 313 (2000).

3 על כוחותיו המיוחדים של ההסכם הקיבוצי, ראו סב"א (ארצי) 62655-11-14 הסתדרות העובדים הלאומית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 27.11.2016) (להלן: עניין הסתדרות העובדים).

4 ראו לדוגמה, ס' 15 לחוק הסכמים קיבוציים העוסק בהיקפו של הסכם קיבוצי מיוחד, וס' 16 לחוק העוסק בהיקפו של הסכם קיבוצי כללי.

5 אלא חברים בארגון המעבידים שהוא צד להסכם. לעניין זה ראו רות בן ישראל מימד חדש להסכם הקיבוצי (1976).

6 ראו ס' 22 לחוק הסכמים קיבוציים.

7 שם, בס' 13.

פקיעתו של ההסכם הקיבוצי.⁸ ולבסוף, ואולי ההוראה המבססת את הסטייה המהותית ביותר מהממד החוזי של ההסכם הקיבוצי, מגולמת באפשרות הקבועה בחוק להפוך את התניות ההסכמיות שנכרתו בין צדדים במשפט הפרטי במסגרת הסכם קיבוצי כללי לאקט שלטוני כופה באמצעות הוצאת צו הרחבה שתוקפו תלוי בתוקף ההסכם הקיבוצי עצמו.⁹ ככל הנראה, הענקת הכוח הייחודי, החורג מדיני החוזים ומגבולות המשפט הפרטי, לצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים מגלמת את התפיסה הסוציאליט שלפיה הצדדים האמורים הם סוג של "מחוקק אוטונומי" עבור קהילת העבודה במקום העבודה.¹⁰ אולם כאמור, הכוח להיות צד להסכם קיבוצי מוענק אך ורק לארגון עובדים יציג כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים. זאת, על בסיס עקרון התשתית המצוי במשפט הקיבוצי הישראלי (עיקרון שהולדתו במשפט הקיבוצי האמריקאי¹¹) – עקרון האקסקלוסיביות בייצוג הקיבוצי. לעיקרון זה כפל פנים: הפן הראשון הוא העובדה כי רק ארגון יציג אחד יכול לייצג את העובדים ביחידת המיקוח לצורך חתימה על הסכם קיבוצי פלוני; הפן השני הוא ייצוגו של ארגון יציג זה את כלל העובדים ביחידת המיקוח, ללא קשר לשאלת חברותם של העובדים באותו ארגון, חברותם בארגון אחר או אי-חברותם כלל בארגון עובדים.¹² סעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים קובע כי לצורך חתימה על הסכם קיבוצי מיוחד ארגון יציג צריך למלא שני תנאים:¹³ אם במקום העבודה קיים רק ארגון עובדים אחד, הרי לצורך עמידה בתנאי היציגות על ארגון העובדים להוכיח כי חברים בו לפחות שליש מהעובדים ביחידת המיקוח הרלוונטית שאותה ארגון העובדים מבקש לייצג במשא ומתן לקראת החתימה על ההסכם הקיבוצי;¹⁴ אם במקום העבודה יש יותר מארגון עובדים אחד, נוסף על דרישת החברות של שליש מהעובדים ביחידת המיקוח הרלוונטית, ועל מנת להכריע מיהו

- 8 שם, בס' 19.
- 9 על צו ההרחבה ותכליתו, ראו דב"ע (ארצי) לח-59/3 סילשי – ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י 32 (1978); דב"ע (ארצי) נו/303-3 לשכת המסחר תל אביב יפו – י.א.ד אלקטרוניקה בע"מ, פד"ע ל 249 (1997); סק"כ (ארצי) 51/09 "סאוט אלעאמל" – להגנת זכויות העובדים והמובטלים – שר התעשייה המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 3.1.2012).
- 10 הדים לתפיסה זו, ראו דב"ע לו/4-אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – חרות, פד"ע ח 197, 213 (1977), המצוטט בעניין סילשי (לעיל ה"ש 9, בעמ' 40); עניין הסתדרות העובדים, לעיל ה"ש 2.
- 11 ראו Clyde W. Summers, *Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a Unique American Principle*, 20 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 47, 49 n.9 (1998).
- 12 למבט השוואתי על עקרון האקסקלוסיביות בייצוג במשפט העבודה האמריקאי, הקנדי והישראלי ראו Edo Eshet, *Coercion and Freedom in Labour Law: American, Canadian, and Israeli Perspectives*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 489 (2017).
- 13 דרישת היציגות הקבועה בחוק הסכמים קיבוציים היא המעניקה לארגון העובדים את הכוח לחתום על הסכם קיבוצי. אולם דרישת היציגות הקבועה בחוק הסכמים קיבוציים פורשה בבית הדין הארצי לעבודה כתנאי לחיובו של מעביד בקיום משא ומתן קיבוצי עם הארגון (ראו עס"ק (ארצי) 64/09 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים (פורסם בנבו, 2.7.2009). כיום, לפי הוראות ס' 1ח33 לחוק הסכמים קיבוציים, החובה לנהל משא ומתן קיבוצי בהתארגנות ראשונית מוטלת על מעביד ביחס לארגון עובדים יציג לפי ס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים.
- 14 ראו ס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים. על משמעות המונח "יחידת המיקוח", ראו עידו עשת "גבולות הוויכוח סביב יחידת המיקוח – בעקבות פרשות ויטה פרי הגליל, מכון דוידסון ואקארשיין" עבודה, חברה ומשפט יג 57, 59 (2012) (להלן: עשת "גבולות הוויכוח").

הארגון שיוכתר ארגון יציג מבין הארגונים הקיימים, נדרש כי יהיו בארגון היציג "עובדים מאורגנים רבים" מבארגונים האחרים.

הנה כי כן, בראש ובראשונה סעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים קובע דרישת מינימום ליציגות במקום העבודה בדמות חברות בארגון היציג של שליש לפחות מהעובדים ביחידת המיקוח. דרישה זו תכונה במאמר – "דרישת השליש". במקרה של קיום תחרות בין ארגוני עובדים על היציגות, ובהנחה כי שני הארגונים הללו ממלאים אחר דרישת השליש, דרישה נוספת מצטרפת כאמור לצורך הכרעה בין הארגונים, ואותה אכנה "הדרישה הרובנית".

שאלות רבות מתעוררות ביחס לסוגיית היציגות הקבועה בחוק הסכמים קיבוציים בכל הנוגע להסכם קיבוצי מיוחד. מדוע המחוקק מסתפק בחברות של שליש מעובדי יחידת המיקוח על מנת לבסס יציגות במקום עבודה? מדוע דרישת היציגות נשענת על דרישה לחברות בארגון עובדים פלוני ולא על דרישה לתמיכה אקטיבית בייצוג על ידי הארגון (במסגרת בחירות או בכל מסגרת אחרת שאינה מחייבת דווקא חברות במסגרת ארגון העובדים)? כיצד תמיכתם של שליש מהעובדים ביחידת מיקוח נתונה, המגולמת באמצעות דרישת החברות בארגון, מספיקה על מנת להעניק כוח לייצוג כלל העובדים ביחידת המיקוח, כוח המאפשר לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד שתחולתו תחייב את כלל העובדים ביחידת המיקוח? האם אין מדובר בפגיעה חמורה בחירותו של העובד היחיד שאינו חפץ כלל בהתארגנות? בשאלות נורמטיביות אלו מבקש המאמר לעסוק.

בקצרה, הטיעון המרכזי שהמאמר מבקש להציג הוא כי על מנת ליישב את דרישת השליש עם עקרונות דמוקרטיים יש לאמץ תפיסה רחבה יותר בנוגע למשמעות ה"רגילה" של המונח "חירות". כך, בהתבסס על הגותו של פיליפ פטיט, המאמר מציע לדחות את תפיסת החירות השלילית כתפיסה המובילה את חוק ההסכמים הקיבוציים ולאמץ את תפיסת החירות כ"חירות נוגדת שליטה" כתפיסה השלטת בנוגע לחוק הסכמים קיבוציים. באמצעות מובן זה של החירות יטען המאמר כי ניתן לראות בארגון העובדים "נוגדן כוח שליטה" נגד הפעלת כוח שרירותי. ככזה, ובתנאים מסוימים, ניתן לראות בדרישת השליש כדרישה שאינה פוגעת פגיעה לא מידתית בחירות העובדים.

אולם אבקש לטעון כי תפיסה זו של חירות כ"נוגדן כוח שליטה" (שאינה פוגעת פגיעה לא מידתית בחירות העובד) אינה יכולה להתקיים אלא במשטר משפטי שחל על ארגון העובדים אשר מבטיח במסגרתו מנגנונים יעילים לשמירה מפני הפעלת כוח שרירותית מטעם הארגון עצמו על העובד היחיד. ודוק, המאמר אינו מבקש להצדיק את דרישת השליש הקבועה בחוק הסכמים קיבוציים ולהעדיפה על דרישה אחרת אלא להציע תשתית תאורטית הניצבת ביסוד הדרישה האמורה, עת היא קבועה בחוק, העולה בקנה אחד עם עקרונות דמוקרטיים מקובלים.

הילוכו של המאמר הוא כדלקמן: פרק א במאמר מציג את הטענה שיש בדרישת היציגות הקבועה בסעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים כדי לפגוע בחירותם השלילית של העובדים שאינם רוצים להיות חלק מהתארגנות במקום העבודה. פרק ב יבקש להציג בקצרה את דרישת התמיכה בארגון העובדים במבט משווה. פרק ג יבקש לסקור את ההצדקות האפשריות לביסוסה של דרישת השליש לפי תפיסת החירות השלילית. פרק ד יבקש להציג את עיקרי התאוריה הרפובליקנית של פיליפ פטיט (Philip Petit), שלפיה משמעות החירות

היא "נוגדת שליטה שרירותית". פרק ה יבקש ליישם את תפיסת החירות כנוגדת שליטה על ההתארגנות במקום העבודה וייטען כי דרישת השליש אינה פוגעת בחירות העובד היחיד, שכן יש להבין את ההתארגנות כמנגנון המבקש להגביר את החירות בדרך של קיום אמצעי "נוגדן כוח שליטה". פרק ו יבקש להתוות כללי רקע לפעילות ארגון העובדים על מנת שיוכל לשמש נוגדן כוח שליטה במקום העבודה, ובמובן זה יממש את חירותם של העובדים ולא יפגע בה. פרק ז יציג את הטענה כי על בסיס כל הנטען במאמר דרישת השליש הופכת מדרישה רובנית כושלת לכאורה לדרישה לביסוס יציבות גרידא. לבסוף אסכם.

א. "על החירות"

במהלך השנים שבהן אני מלמד את הקורס "דיני עבודה" במוסדות אקדמיים שונים בישראל, כאשר אני מגיע להסבר על דרישת היציגות במשפט העבודה הקיבוצי לצורך חתימה על הסכם קיבוצי מיוחד, מייד מתעוררת תחושת אי-נוחות בקרב הסטודנטים/ות, המוצאת ביטויה בשאלות הנזרקות לחלל חדר ההרצאה. השאלה הראשונה שאני נשאל בדרך כלל היא זו: "מדוע שליש מהעובדים יכולים לקבוע יחסי עבודה קיבוציים לשני השלישים הנותרים?" "כיצד הדרישה האמורה עולה בקנה אחד עם דרישת הדמוקרטיה? עם ההכרה בחופש שלא להתארגן בישראל, חופש שעמדנו עליו במסגרת ההרצאה הקודמת?" "כיצד זה עולה בקנה אחד עם המשפט החוקתי?"

אכן, שאלות אלו אינן פשוטות. לכאורה, דרישת השליש אינה מתיישבת עם הרעיון הדמוקרטי שהתרגלנו אליו, שלפיו הכרעות דמוקרטיות מחייבות (לפחות) את הסכמתם של רוב המשתתפים.¹⁵ הינה, חוק הסכמים קיבוציים מעניק כוח למיעוט העובדים ביחידת המיקוח לקבוע, בראש ובראשונה, את עצם המעבר ממקום עבודה לא מאורגן למקום עבודה מאורגן, ולאחר מכן – בהסכמת המעביד – לקבוע את תוכנו ואת אכיפתו של ההסכם הקיבוצי באמצעות קביעת תנאי העבודה לכלל העובדים ביחידת המיקוח. התהייה היא כדלקמן: כיצד כוח זה עולה בקנה אחד עם העקרונות הדמוקרטיים המסורתיים המבוססים על תפיסת החירות, הכרעת הרוב והיעדר הכפייה?¹⁶

15 ראו את הסתייה האמורה מעקרון הרוב גם בהקשר של הוראות חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957, הקובע בס' 3 כי: "בסכסוך עבודה שבין מעסיק לעובדיו או לחלק מהם, הצדדים לסכסוך הם המעסיק וארגון העובדים המייצג את רוב העובדים שהסכסוך נוגע להם, ובאין ארגון עובדים כאמור – הנציגות שנבחרה על-ידי רוב העובדים האלה בין לכל ענין ובין לסכסוך העבודה הנדון" (ההדגשות הוספו). מכאן שהוראות חוק יישוב סכסוכי עבודה מושתתות על עקרון הרוב בייצוג בנוגע לסכסוך עבודה.

16 לסוגיית "יציגות" ארגוני המעסיקים והטענה לפגיעה בחירות המעסיק היחיד והדרישה לתשלום דמי טיפול ממעסיקים שאינם חברים בארגון המעבידים אך צו ההרחבה חל עליהם, ראו עידו עשת "ארגון המעסיקים" וארגון המעסיקים הבכיר" במשפט העבודה הקיבוצי" (עתיד להתפרסם במשפטים מט). כידוע, לפי ס' 25 לחוק הסכמים קיבוציים, שר הכלכלה רשאי להרחיב הוראות במסגרת הסכם קיבוצי כללי. נניח כי בענף המלונאות 100 מעסיקים. 30 מעסיקים מאורגנים בארגון מעסיקים. אם ארגון המעסיקים יחתום על הסכם קיבוצי כללי עם ארגון העובדים היציג לפי הוראות ס' 4 לחוק הסכמים קיבוציים, ואם שר הכלכלה יבקש להרחיב חלק מהוראות ההסכם הקיבוצי הכללי על כל המעסיקים בענף המלונאות, נמצא כי 30 מעסיקים המאורגנים בארגון המעסיקים, שהם אף מיעוט שאינו מגיע

הינה כי כן, לב הטיעון הוא פגיעה בחירותו של העובד. לפי הטיעון האמור, על העובד היחיד שאינו חפץ בהתארגנות במקום העבודה נכפה המעבר מהמערכת החוזית האישית שהוא מקיים עם מעבידו למערכת הנציגות שקמה במקום העבודה, ותוצאתה – הסדרת יחסי עבודתו במסגרת הסכם קיבוצי. לכך מתנגד העובד. זוהי פגיעה בחירותו. לא זו אף זו, פגיעה נוספת בחירותו ובקניינו נובעת מהחובה המוטלת עליו לשלם לארגון העובדים היציג, אם יחול עליו ההסכם הקיבוצי, דמי טיפול ארגוני, כמצוות הוראות חוק הגנת השכר.¹⁷

מובן כי טענות אלו מקפלות בתוכן הנחות יסוד מסוימות. לפי אותן הנחות, חירותו של העובד היא "שלילית". כל התערבות בבחירתו החופשית של העובד היא פגיעה בחירותו. המשמעות של החירות היא "חגורת הגנה" המגינה על העובד מפני התערבות בשיקול דעתו החופשי ובהכרעותיו החופשיות. לפיכך כל החלטה שהעובד אינו מסכים לה היא בהכרח פגיעה בחירותו, והחלטה על העובד, בניגוד לרצונו, משמעותה כפייה אסורה.

אולם אף אם נאחז בתפיסה הזו של חירות העובד, תפיסת החירות השלילית, הרי שיש לסלק מעל פני הדרך את הטענה שלפיה אסורה כל כפייה על העובד במסגרת יחסי העבודה הקיבוציים. לפי טענה זו אין לכפות על העובד היחיד דבר גם כאשר הכפייה מגיעה מחבריו העובדים. כלומר, לפי טענה זו, על כלל העובדים להסכים פה אחד להתארגנות עצמה ולפירות המשא והמתן הקיבוצי, שאם לא כן, אין להעניק תוקף לפעולותיו של ארגון העובדים.

על הבעייתיות הגלומה בטענה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר,¹⁸ שם טענתי על בסיס הגותו של הנס קלזן כי משפט העבודה הקיבוצי עניינו בפעולה קיבוצית. ככזו, הפעולה הקיבוצית דורשת את קיומם של כללי הכרעה שיאפשרו לכלל לפעול אגב גרימת מינימום של פגיעה בחירותו של הפרט. אם נבחר בכלל הכרעה המבוסס על הצורך בתמימות דעים (הצבעה פה אחד), הרי שלא נוכל לקדם ריאלית פעולה קיבוצית. במובן הזה אין דבר מיוחד במשפט העבודה הקיבוצי. אפשר שרצונה של האספה הכללית ייכפה גם על בעל מניות פלוני.¹⁹ גם על הנושה היחיד נכפה רצון אספת הנושים.²⁰ גם על בעל דירה בבית משותף

לשליש מהמעסיקים, יקבעו בפועל חלק מכללי ההעסקה בענף. הינה כי כן, דרישת הרוב אינה נדרשת גם בעניין "יציג" המעסיקים. והינה, הוראות צו ההרחבה לא רק שיחולו על מערכת היחסים שבין יתרת המעסיקים לבין עובדיהם כמצוות ס' 30(א) לחוק הסכמים קיבוציים בכפייה, אלא יתרת המעסיקים הלא מאורגנים יהיו גם חייבים בתשלום דמי טיפול לארגון המעסיקים האמור, כמצוות ס' 33(ו) לחוק הסכמים קיבוציים ותקנות הסכמים קיבוציים (תשלום דמי טיפול ארגוני-מקצועי לארגון מעבידים), התשל"ז-1977 שהותקנו מכוחו.

בהקשר זה ניתן רק להעיר כי טענות מעסיקים בדבר פגיעה בקניינם על רקע החלת הנורמות הקיבוציות בעניינם ועל רקע החיוב שהוחל עליהם לשלם לארגון המעבידים שההסכם הקיבוצי שהוא צד לו הורחב, נדחו בעבר בישראל משיקולי שימור דינים (ראו עניין י.א.ד. אלקטרוניקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 280-281). ואף לאחרונה גם באירופה, מקום הולדתם של צווי ההרחבה, בבית המשפט האירופי לזכויות אדם ראו בפרשת *Geotech Kancev GmbH v. Germany*, App. No. 23646/09, Eur. Ct. H. R. (2016).

17 ראו ס' 25(א)(ב) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

18 ראו Eshet, לעיל ה"ש 12. בהתבסס על הטענה האמורה ביקשתי להצדיק במאמר את דרישת התשלום הנדרשת ממי שאינו חבר בארגון העובדים לצורך מימון הפעילות הקיבוצית.

19 ראו ס' 85 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

20 ראו ס' 274(ב) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.

נכפות החלטותיה של נציגות הבית המשותף.²¹ להבדיל, גם האזרח נכפה על ידי הממשלה גם אם לא בחר בה, ואף ייתכן כי התנגד לה. כמובן, כל מערכת דינים ותכליותיה. כל מערכת דינים והאיוון שהיא עורכת בין חירותו של הפרט לבין כוחה של הקבוצה. אולם הדרישה לפעולה קיבוצית רק אם תהיה הסכמה מלאה, מתמשכת ומוחלטת, משמעותה ככל הנראה סגנונית חברתית מלאה, מתמשכת ומוחלטת.²²

חשבו על כך. כלל המערכות המבקשות להשיג פעולה קיבוצית עושות "ויתורים" שונים בעניין דרישת תמימות הדעים ואפילו בדבר דרישת הסכמת הרוב. רובם של הויתורים האמורים נעשים בממד הזמן, ולכך כבר התרגלנו. כך לדוגמה אם דמוקרטיה מלאה משמעותה תמימות דעים תמידית ומתמשכת, עולה כי הפנייה לרצונו של הפרט היחיד חייבת להיעשות בכל רגע, שכן ייתכן ששיניתי את עמדתי מאז הפעם האחרונה שהיא הובאה בחשבון בבחירות שהשתתפתי בהן.

ואולם, ברור לנו שלא ניתן לערוך בחירות בכל רגע נתון, לא לכנסת וגם לא לנציגות הבית המשותף. כך גם לא ניתן לכנס אספת בעלי מניות בכל רגע נתון. ומכיוון שממד הזמן קשה להערכה ברורה (מדוע תקופה של ארבע שנים נחשבת זמן מספיק לשם חידוש המנדט הפוליטי?), אנו נוטים שלא לעסוק ב"פגם" הדמוקרטי האמור בדמות הפגיעה בחירות הפרט המתרחשת בגלל חלוף הזמן ממועד הבעת רצונו האחרונה בבחירות. שהרי, מי שהצביע היום בעד, יכול, פוטנציאלית לפחות, להצביע מחר נגד. כלומר, חוסר היכולת לשקף את הרצון יכול להיות לא רק בתמונה שכבר צילמתי (היעדר דרישה לתמימות דעים) אלא גם באי-עדכונה השוטף של התמונה המצולמת (בחירות כל ארבע שנים).²³ ויתור כלשהו בעניין דרישת תמימות הדעים נובע מהצורך בהגשמת פעולה קיבוצית – אם ויתור על עדכון שוטף של הבעת הרצון ואם ויתור על עצם הדרישה לתמימות דעים. לרוב, ולשם הגשמת התנאים לפעולה הקיבוצית, נדרש לשאת בשני סוגי הויתורים האמורים גם יחד.²⁴ על כך, ועל הקשר שבין משפט העבודה לזירה הפוליטית עמד בית הדין הארצי לעבודה עת הגביל את המשמעות הקיבוצית של מעבר עובדים מארגון פלוני לארגון אלמוני וביסס לראשונה את תקופת המניעות ההלכתית בעניין ספרינט מוטורס:²⁵

21 ראו ס' 12 (א) לתוספת לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

22 ראו הנס קלזון על מהותה וערכה של הדמוקרטיה (יצחק אנגלרד מתרגם, 2005).

23 הוגה הדעות הצרפתי פרנסואה גיזו (Guizot) הוא שעמד על הבעייתיות שביסוד רצונו של הפרט כמשמעות הבסיס למשטר ייצוגי. לדעת גיזו לא ניתן לבסס על הרצון הפרטי את משטר הנציגים, שכן המשמעות היא חיסולה של המערכת החברתית. ראו FRANCOIS GUIZOT, THE HISTORY OF THE ORIGINS OF REPRESENTATIVE GOVERNMENT IN EUROPE 285-297 (2002).

24 כך לדוגמה, ס' 25 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה; בהצבעה על דברי חקיקה אין דרישה בישראל לקוורום (אלא אם נקבע אחרת בחוק), וההכרעה היא באמצעות עקרון הכרעת הרוב מבין המשתתפים בהצבעה, שהוא עקרון יסוד בהליך החקיקה לפי פסיקתו של בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004)).

25 סב"א (ארצי) 50718-07-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, פס' 39 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 17.11.2010) (להלן: עניין ספרינט מוטורס).

במידה מסוימת דומה הדבר לזכות הבחירה העומדת לכל אזרח בבחירות דמוקרטיות. אין מחלוקת כי כל אזרח רשאי לשנות את זהות המפלגה בה הוא תומך בכל עת, אך העדפתו תוכל להשפיע על הרכב הממשלה רק כאשר מתקיימות בחירות, ובהתאם לקביעת הרוב באותה עת. כשם שאזרח המחליף את העדפתו הפוליטית סמוך לאחר הצבעתו בבחירות לא יוכל להישמע בטענה כי נפגעה זכותו והוא נאלץ להשלים עם ממשלה שהוא אינו שבע רצון ממנה, כך גם העובדים בענייננו – שייאלצו להמתין קמעא טרם שיינתן ביטוי מעשי לבחירתם בארגון עובדים חדש (ככל שאכן הייתה בחירה כזו).

אם כך הוא הדבר, הרי שלו היה חוק הסכמים קיבוציים דורש כי רוב העובדים לפחות ביחידת המיקוח יצביעו כי הם מעוניינים לייסד מערכת של יחסי עבודה קיבוציים, וכי הם רוצים שארגון עובדים פלוני ייצגם, וכי הם תומכים בפירות המשא והמתן הקיבוצי, היינו יכולים לסיים את המאמר כאן בטענה כי הדרישה לתמיכה של רוב העובדים (ולא לתמיכה מוחלטת של כלל העובדים) היא מובנת, מידתית, ונראה שהיא אף בגדר פגיעה בלתי נמנעת בחירות העובדים האחרים, שכן דרישה לרוב מיוחס או לתמימות דעים מצד קהילת העובדים כתנאי לפעולת ההתארגנות יכולה להוביל לפגיעה חמורה ביכולת הפעולה של הקבוצה.

אולם לא ניתן לעשות זאת משום שחוק הסכמים קיבוציים, כאמור, מפקיד את כלל ההכרעה בידי שלישי בלבד מכלל העובדים ביחידת המיקוח. יתרה מזאת, חוק הסכמים קיבוציים אף אינו דורש תמיכה בהצבעה של שלישי מהעובדים ביחידת המיקוח אלא מסתפק בחברותם בלבד של שלישי מהעובדים ביחידת המיקוח, כאמור.

אם כך, כיצד ניתן להצדיק סטייה רבתי זו מעקרון הכרעת הרוב? כיצד ניתן להגן על דרישת השלישי מפני טענות להיעדר דמוקרטיה במקום העבודה? נראה כי המשימה אינה קלה. כאמור, אין בכוונתי להצדיק במאמר זה את בחירתו של המחוקק הישראלי בדרישת השלישי אלא לבסס תשתית עיונית שיכולה לשמש הצדקה לבחירה זו. לצורך כך, לטעמי, ניתן להשתמש בהגותו של פיליפ פטיט באשר למשמעות החירות עצמה. אולם בטרם אציג כמה טענות שניתן להעלותן כהצדקה מסוימת להסתפקות בדרישת השלישי לפי תפיסת החירות השלילית, ובטרם אציג את כתיבתו של פיליפ פטיט על החירות, אבקש להציג בקצרה את הדרישה לתמיכה בארגון העובדים בראי המשפט המשווה.

ב. על הדרישה לתמיכה בארגון העובדים במשפט המשווה

כיצד מבססים תמיכה בארגון עובדים במדינות אחרות? בפרק זה אבקש לבחון את המצב הנוהג במדינות צפון אמריקה, ארצות הברית וקנדה, מדינות המבוססות אף הן על חובת ייצוג כלל יחידת המיקוח ועל עקרון האקסקלוסיביות בייצוג, ואת המצב הייחודי בנוגע להקמת מועצת עובדים בגרמניה. לכאורה, לצורך בחירת ארגון עובדים יציג במדינות צפון אמריקה קיימת דרישה לרוב מקרב העובדים ביחידת המיקוח. אולם הנחה זו אינה מדויקת דייה. ואסביר.

כדי לזכות ביציגות בארצות הברית ובקנדה, שבהן עקרון האקסקלוסיביות בייצוג קיים, הארגון חייב להוכיח תמיכה מספקת בקרב עובדי יחידת המיקוח הרלוונטית.²⁶ השיטה העיקרית לביסוס התמיכה האמורה היא באמצעות עריכת בחירות חשאיות על ידי הטריבוניל ליחסי עבודה בקרב כלל עובדי יחידת המיקוח.²⁷ במסגרת הבחירות על העובדים לבחור אם הם מעוניינים בייצוג קיבוצי באמצעות הארגון המסוים. אם יש רוב מבין המשתתפים בהצבעה, הארגון זוכה ביציגות של יחידת המיקוח. לפי עקרון האקסקלוסיביות בייצוג, הארגון מייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח ללא קשר לשאלת חברותם בארגון או להצבעתם או להימנעותם מהצבעה כאמור.²⁸ דרך נוספת לרכישת יציגות אקסקלוסיבית הוא בהכרה וולונטרית של המעסיק ביציגות. דרך זו ננקטת רק לאחר שארגון העובדים מוכיח שרוב העובדים מכלל יחידת המיקוח תומכים בו כארגון יציג ביחידת המיקוח (Card Check).²⁹

הנה, לכאורה, גם בארצות הברית ובקנדה אין נדרש רוב מבין העובדים ביחידת המיקוח על מנת להעניק לארגון העובדים את הכוח לייצג את כלל העובדים ביחידת מיקוח זו. בבחירות לא נדרש אלא שיסכים רוב מבין המצביעים. לכאורה ניתן לחשוב על מצב כדלקמן: ביחידת המיקוח 100 עובדים. הוחלט לערוך בחירות. 30 עובדים ביקשו לממש את הצבעתם, והארגון זכה ל-16 קולות. התוצאה היא שלפי הכללים הנהוגים בארצות הברית ובקנדה הארגון שזכה לתמיכה האמורה, גם אם אינה מגעת כדי שליש מכלל עובדי יחידת המיקוח – מקבל הכרה כארגון היציג ביחידת המיקוח.

מובן שההבדל העיקרי בין השיטה בארצות הברית ובקנדה לבין השיטה בישראל הוא שקיימת אופציה לעריכת בחירות בין כלל עובדי יחידת המיקוח, ולכלל העובדים ביחידת המיקוח יש הזכות לממש את רצונם בייצוג או את התנגדותם לייצוג. אם נניח כי קהילת המתנגדים לייצוג הקיבוצי אכן תממש את התנגדותה, קשה לראות מצב בארצות הברית ובקנדה שמיעוט העובדים יכפה על רוב העובדים ייצוג קיבוצי, לא בדרך של בחירות, וודאי שלא בדרך של הכרה וולונטרית.

במובן הזה בישראל, לכאורה לפחות, גם אם שני שלישים מכלל העובדים ביחידת המיקוח אכן מתנגדים לקיומם של יחסים קיבוציים, אין בקולם, גם אם יישמע, כדי לבטל את הכוח שניתן לארגון העובדים היציג לייצגם. יתרה מזאת, אין כלל מנגנון שיכול לשמוע את קולם.³⁰ נראה כי הוויתור שנעשה בצפון אמריקה על דרישת הרוב מכלל עובדי יחידת

26 ראו National Labor Relations Act, Pub. L. no. 74-198, §9(a), 49 Stat. 449, 453 (1935); Canada Labour Code, R.S.C 1985, c L-2, art. 28(c).

27 ראו National Labor Relations Act, Pub. L. no. 74-198, §9(e), 49 Stat. 449, 453 (1935).

28 ראו Lamons Gasket Co., 357 N.L.R.B. 739, 740-741 (2011).

29 ראו שם, בעמ' 746. כן ראו Americold Logistics, 362 N.L.R.B. No. 58, 4 (2015). להכרה וולונטרית בחקיקה הפדרלית הקנדית ראו Raytheon Canada (Re), 2016 CIRB 817 (Can.).

30 ראו National Labor Relations Act, 29 U.S.C.A. §159 (LEXIS through Pub. L. No. 74-198, §9(e), 49 Stat. 449, 453 (1935); Canada Labour Code, R.S.C 1985, c L-2, art. 31(1); 115-391) שבין השיטות האמורות, במערכת הצפון-אמריקאית יש הליכים מפורטים בפני הטריבונילים הרלוונטיים ליחסי עבודה לשם זכייה במעמד ארגון יציג ולשם ביטול המעמד האמור (הליך ה-Certification), והליך ה-Decertification). ככאלה ההליכים להכרה בארגון עובדים יציג בארצות הברית ובקנדה הם הליכים

המיקוח נעשה מתוך הנחה כי מי שאינו מבקש להשתתף בבחירות אינו יכול לטעון לאחר מכן שקולו לא נשמע. בכך נראה שבמדינות אלו עדיין קיימת שמירה על עקרון הרוב כתנאי לייצוג קיבוצי, בניגוד לדרישת השליש הקבועה בחוק הישראלי.

עוד מעניין להשוות את היעדרה של הדרישה לרוב בהקמת ייצוג קיבוצי לעומת הקמת הייצוג במועצות עובדים בדין הגרמני.³¹ בגרמניה נהוגה שיטה דואלית לייצוג העובדים. שיטה זו היא חלק מהשיטה של co-determination (mitbestimmung) הנהוגה שם. עובדי המפעל הגרמני מיוצגים הן על ידי ארגוני עובדים החותמים על הסכמים קיבוציים עם המעביד והן על ידי מועצות עובדים (work council) שבכוחן לחתום על הסכמי עבודה (work agreements) עם המעביד.³² גם להסכמים הקיבוציים וגם להסכמי העבודה הנחתמים במועצת העובדים כוח כופה על כלל העובדים במקום העבודה. ודוק, על מנת להפוך מפעל שבו אין מועצת עובדים למפעל שעובדיו נהנים מייצוג של מועצת עובדים (ללא קשר לארגון העובדים, אם זה קיים), נדרשת רק בקשה מצד שלושה עובדים או יותר להקמת ועדה שתבחר במועצה האמורה. הבחירות הן בין רשימות נציגים שהוגשו.³³

כלומר, המעבר מהיעדר ייצוג עובדים במפעל על ידי מועצת העובדים לייצוג על ידי המועצה אינו דורש אפילו תמיכה של שלישי מהעובדים במפעל. ווס מציין במאמרו כי על כך נמתחה ביקורת בגרמניה, שכן מועצת עובדים יכולה לקום נגד הרצון של רוב העובדים במפעל.³⁴ אומנם המטרה העיקרית של מועצת העובדים הגרמנית היא לוודא שהמעביד מקיים את משפט העבודה במקום העבודה ועל כן החשש מפני הפגיעה בבחירות העובדים עקב פעילותה מופחת. ואולם למועצה זכויות סטוטוריות רבות, שארגון העובדים הישראלי יכול רק להתקנא בהן, כדוגמת חובת מסירת מידע והיוועצות, הצורך של המעביד להגעה להסכמה עימה במקרים מסוימים והזכות כאמור של המועצה לחתום על הסכמי עבודה שלהם תוקף משפטי דומה לתוקף ההסכם הקיבוצי.³⁵ בכך יכולה לכאורה מועצת עובדים לקבוע את תנאי העבודה של כלל העובדים במפעל במסגרת הסכם עבודה מבלי שנבחנה כלל סוגיית רצונם של העובדים בייסוד המועצה האמורה.³⁶

מפורטים הקבועים בחקיקת העבודה הקיבוצית ומערבים תמיד את הטריבונלים הרלוונטיים ליחסי עבודה שלהם הכוח הסטטוטורי לקבוע את הצורך בקיום בחירות, לפקח על קיומן, להעניק הכרה לארגון העובדים ולהסיר את ההכרה האמורה, בניגוד למצב הסטטוטורי הקיים בישראל.

31 על כך ראו גם Wolfgang Daubler, *The Individual and the Collective: No Problem for German Labor Law*, 10 COMP. LAB. L.J. 505, 513–515 (1989).

32 אין זה המקום לבחון את נקודות הממשק ואת השוני שבין הייצוג על ידי ארגוני העובדים לייצוג על ידי מועצת העובדים במקום העבודה בגרמניה. להרחבה ראו MANFRED WEISS & MARLENE SCHMIDT, *LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN GERMANY* (4th ed. 2000).

33 ראו Bernd Waas, *Employee Representation at the Enterprise in Germany*, in SYSTEM OF EMPLOYEE REPRESENTATION AT THE ENTERPRISE: 2012 JILPT COMPARATIVE LABOR LAW SEMINAR 15, 19–20 (JILPT Report No. 11, 2012).

34 שם, בעמ' 19–20. עוד יש לציין כי כל העלויות שבהפעלת מועצת העובדים מוטלת על פי חוק על המעביד, וחל איסור על העובדים להשתתף במימון הייצוג האמור (שם, בעמ' 22).

35 לסמכויות מועצת העובדים ראו שם, בעמ' 23–26.

36 בפועל, מציין ווס (Waas) (שם, בעמ' 26) כי נכון לסקר שנערך בשנת 2009, רק 45% מהעובדים בסקטור הפרטי יוצגו על ידי מועצת עובדים. אולם 90% מהמפעלים הגדולים (500 עובדים ויותר) כללו

לסיכום ניתן לראות כי לפי כללי המשפט בצפון אמריקה הדרישה לתמיכת רוב העובדים מקרב עובדי יחידת המיקוח כתנאי למתן "מנדט" לייצוג העובדים על ידי ארגון העובדים הינה בגדר חלופה אפשרית אחת בלבד, אך אינה בגדר דרישה הכרחית, ואילו המשפט הגרמני דורש אף פחות מתמיכה של שלישי מקרב העובדים לצורך הקמת מועצות העובדים. עתה הגיעה העת לבחון את ההצדקות האפשריות לדרישת השלישי לפי גישת החירות השלילית.

ג. הצדקות אפשריות לדרישת השלישי לפי גישת החירות השלילית

בהתבסס על מושג החירות כחירות שלילית ניתן לחשוב על כמה הצדקות אפשריות להסתפקות בדרישת חוק הסכמים קיבוציים ברף חברותם של שלישי העובדים מיחידת המיקוח בארגון העובדים לשם הפיכתו של ארגון העובדים לארגון יציג. הצדקות אלו עניינן דרישת החברות של שלישי מעובדי יחידת המיקוח כמסמלת תמיכה חזקה בהתארגנות; ייחודו של המשטר החד-מפלגתי והרצון לעודד תחרות בין-ארגונית; נטרול האדישות להתארגנות; התארגנות על רקע "אזור עימות" וההקשר הפוליטי. אולם בטרם אציג כל אחת מן ההצדקות האמורות, אבקש להציג הערה מקדימה, שהיא חיונית לצורך הדיון.

הערה מקדימה: דרישת השלישי אינה בגדר "נקודת פתיחה" בלבד

בפרשת קופת חולים מאוחדת שנפסקה לאחרונה בבית הדין הארצי לעבודה הבחין נציג הציבור מר שלמה נוימן בין שלב הכניסה למשא ומתן קיבוצי (המתאפשר "על פי הוכחת שיעור התארגנות נמוך, אפילו פחות משלישי") לבין שלב החתימה בפועל על הסכם קיבוצי (או נדרש "שרוב העובדים (לפחות מחצית) יהיו חברים") ופסק כי "הנימוק הוא ששלישי (או שיעור אחר פחות מ-50%) אינו רוב דמוקרטי, לא מתיימר להיות רוב ולא יכול להיחשב כרוב. עליו מוטל התפקיד הקשה של פתיחת השער למשא ומתן קיבוצי והצגת הישגיו בפני שאר העובדים על מנת שיצטרפו אליו ויחד יהיו רוב של לפחות מחצית".³⁷ לדידו: "דמוקרטיה משמעה החלטת רוב ולכן במקום שם מתעורר ספק או שהדין מצוי בחסר – חובת הזהירות למניעת חיכוכים בעולם העבודה היא מכופלת".³⁸ הינה כי כן, נראה כי נציג הציבור משקיף על דרישת השלישי כ"חקיקת חסר". לדידו, יש לראות בדרישה זו נקודת פתיחה בלבד בדרך לתמיכת רוב העובדים הנדרשת לטעמו על מנת להעניק לארגון העובדים לגיטימציה דמוקרטית.

במובן הזה נראה כי יש המניחים כי דרישת השלישי האמורה שאומצה בחוק היא רק "נקודת פתיחה". דהיינו, דרישת השלישי מבקשת להיות זו שצריכה רק להניע את מהלך ההתארגנות. ככזו, מוצדק להפחית את התמיכה הדרושה להנעת ההליך, לפחות מרוב

ייצוג על ידי מועצת עובדים. מנתונים אלו עולה כי כמעט מחצית מכוח העבודה הגרמני בסקטור הפרטי היו מיוצגים בשנת 2009 על ידי מועצת עובדים.

37 עס"ק (ארצי) 9346-04-16 ההסתדרות הרפואית בישראל – קופת חולים מאוחדת, פס' 46 לפסק דינו של נציג הציבור נוימן (פורסם בנבו, 12.12.2017).

38 שם, פס' 48.

העובדים הרלוונטיים ביחידת המיקוח. לפי אותה תפיסה, ברי כי בשלבים המאוחרים יותר לא יוכל ארגון עובדים המבקש לחתום על הסכם קיבוצי ומבקש לקבל תמיכה בקרב עובדי יחידת המיקוח לעשות זאת, שכן אין הוא נהנה מלגיטימציה מספיקה אם רק שלישי מהעובדים הרלוונטיים תומכים בו. לפיכך במודל דו-שלבי שכזה ייתכן שהדרישה המופחתת לתמיכה של רק שלישי מיחידת המיקוח משמשת סוג של "הגנת ינוקא" המועננת ל"ארגון פורץ", בדומה להכרה שכבר ניתנה ל"הגנת ינוקא" בהקשרים אחרים בתחום משפט העבודה הקיבוצי, וההנחה היא כי בשלבים מתקדמים יותר של ההתארגנות יידרש הארגון לתמיכה גדולה יותר ולהרחבת בסיס הלגיטימיות שעליו הוא נשען.³⁹

אולם חשוב להבהיר כבר עתה, עוד בטרם אציג את ההצדקות האפשריות לדרישת השלישי, כי משטר חוק הסכמים קיבוציים אינו מבקש דבר לבד מדרישת החברות של שלישי מיחידת המיקוח גם בהמשך חייו ופעילותו של ארגון העובדים היציג. כך, אין מדובר כלל בהליך מדורג המבקש מארגון פורץ תמיכה של רק שלישי מעובדי יחידת המיקוח בשלב הראשון, ולאחר תקופת התבססות מסוימת מתבקשת הוכחה לתמיכה גדולה יותר מקרב עובדי יחידת המיקוח. הינה, רק לאחרונה פסק בית הדין הארצי לעבודה כי ארגון עובדים המאבד את יציגותו גם בשלבים המתקדמים של המשא והמתן הקיבוצי, כלומר אין הוא עומד עוד בדרישת השלישי, חייב להודיע על כך למעביד, מכוח חובת תום הלב.⁴⁰ מכאן שדרישת השלישי היא דרישה מתמשכת (אך מספיקה) להוכחת יציגותו של ארגון עובדים – בכל עת. כלומר, דרישת השלישי אינה בגדר "נקודת פתיחה" בלבד, שיתכן שהיה ניתן להצדיקה על בסיס הרצון להעניק "הגנת ינוקא" להתארגנות ראשונית במקום העבודה, ואין מדובר באימוץ של "גישה דינמית" שלפיה בשלבים מתקדמים יותר של ההתארגנות נדרשת תמיכה רבה יותר כתנאי להמשך פעילותו של ארגון העובדים במקום העבודה. עם הערה מקדימה זו ברקע הדיון ניתן להמשיך לבחינת ההצדקות לדרישת השלישי הקבועה בחוק על פי גישת החירות השלילית.

39 על הגנת הינוקא ביחידת המיקוח בהתארגנות ראשונית, ראו עשת "גבולות הוויכוח", לעיל ה"ש 14, בעמ' 100–101. על מתן הגנת הינוקא לארגון עובדים פורץ בהתארגנות ראשונית, ראו עס"ק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2013). על הגנת ינוקא לארגון העובדים מפני טענות ליציגות של ארגון עובדים מתחרה (ראו עניין ספרינט מוטורס, לעיל ה"ש 25). יש להעיר כי הגנת הינוקא בהקשר של קביעת יחידת מיקוח ובהקשר של ההתארגנות הראשונית אינה זהה להגנת הינוקא הנפרסת על ארגון העובדים מפני טענות יציגות נוגדת במסגרת התחרות הבין-ארגונית. לעומת הגנת הינוקא הראשונה המבקשת להגן מפני רצון לפגוע בזכות ההתארגנות ולסכלה, הגנת הינוקא השנייה מבקשת לייצב את ההתארגנות במקום העבודה במסגרת פעולת שחקנים שכולם מבקשים לקדם את ההתארגנות.

40 ראו עס"ק (ארצי) 51407-07-15 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – צ.ל.פ. תעשיות בע"מ, פסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 7.10.2016): "אחד האיזונים שנקבעו בחוק הוא 'עקרון היציגות', שמשמעו קביעת מעמד בלעדי לארגון העובדים – אשר מייצג את מספר העובדים הגדול ביותר באותו מקום עבודה ולפחות שלישי – לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד אשר יקבע את תנאי העבודה של יחידת המיקוח כולה" (שם, פס' 24). "לכן, ככל שמסתבר לארגון העובדים כי חל שינוי מהותי במספר חבריו באופן הפוגע במעמדו כארגון יציג במקום העבודה – ככלל עליו למסור הודעה בקשר לכך לעובדים ולמעסיק, ולא להמשיך ולנהל משא ומתן 'על הנייר' מבלי שיש לו זכות אמיתית לייצג את העובדים באותו מקום עבודה" (שם, פס' 38).

1. דרישת חברות כתמיכה "חזקה"

הטענה הראשונה שיכולה לתמוך בדרישת השליש לפי תפיסת החירות השלילית עניינה בעבודה כי חוק הסכמים קיבוציים דורש את חברותם בפועל של שליש לפחות מקרב יחידת המיקוח בארגון העובדים המבקש להיות ארגון יציג. כמובן הזה ניתן לטעון כי חברות בארגון עובדים "חזקה" מסתם תמיכה בארגון העובדים באמצעות הצבעה אד הוק להענקת סמכות לייצוג. משכך, אם שליש מעובדי יחידת המיקוח לא רק שתומכים בייצוג על ידי הארגון אלא אף מצטרפים כחברים פעילים לארגון האמור, ייתכן שניתן לראות בכך משום עדות לתמיכה הקיימת מקרב עובדי יחידת המיקוח במקום העבודה, שכן חברות דורשת פעולה אקטיבית של הצטרפות לארגון העובדים ונשיאה בתשלום דמי החברות.⁴¹ כך, עובדים המצטרפים לארגון מביעים את עמדתם "בקול תקיף" יחסית כי הם מעוניינים בייצוג קיבוצי במקום העבודה באמצעות הארגון שאליו הצטרפו. קול זה "תקיף" יותר מהצבעה חד-פעמית "בעד" במסגרת בחירות.⁴²

ואולם, נראה שטיעון זה סובל מקשיים. אכן, חוק הסכמים קיבוציים אימץ משטר שאינו כולל עריכת בחירות במקום העבודה. בכך סטה מהמשטר המשפטי הנהוג בצפון אמריקה.⁴³ ייתכן שהחוק ראה בהוכחת חברות משום תחליף ראוי לעריכת בחירות. ייתכן שחשש מפני התוצאות הבעייתיות של ניהול קמפיין בחירות במקום העבודה ומההתחרות על קולם של

41 יוער כי השאלה מהי המשמעות של "חברות" בארגון עובדים התעוררה במדינות שונות לצרכים שונים. לדוגמה, לאחרונה נשאלה שאלה באנגליה מהי המשמעות של "חברות" בארגון עובדים בעניין ההגנה המוענקת לעובד שטען שלא התקבל לעבודה בשל חברותו בארגון העובדים. ראו Jet2.com v. Denby, Appeal No. UKEAT/0070/17/LA (EAT, 25 oct. 2017). לשאלת משמעות ה"חברות" במשפט העבודה האמריקאי הקיבוצי ראו Sweeney v. Pence, 767 F.3d 654 (7th Cir. 2014).

42 ראו סב"א (ארצי) 31575-02-13 הסתדרות העובדים הלאומית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 9.9.2013), שם עמד בית הדין הארצי לעבודה על המשמעות הקיבוצית של מעבר עובדים בין חברות בארגוני עובדים: "מעבר העובד בין ארגוני העובדים וחזרה חלילה, בתקופת ההתמודדות על היציגות או בסמוך לאחר שהיציגות נקבעה והוכרעה, אינו מתיישב עם חובות תום הלב וההגינות החלות על העובד ופוגע בארגון העובדים בו היה חבר. התנהלות מעין זו אף עשויה להעיד על הפעלת לחץ על העובד לחזור לארגון אותו 'נטש'. בנוסף על כך, תנודתיות בחברות בארגוני העובדים מהכא להתם וחזרה חלילה, פוגעת במעמדו של הארגון היציג ובהגשמת יעדיו במאבק הארגוני ובמשא-ומתן הקיבוצי עם המעסיק, ומערערת את הוודאות והיציבות ביחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה, כלפי המעסיק וציבור העובדים במקום העבודה".

43 ראו פירוט להלן. יוער כי גם בשיטה החלופית לביסוס יציגות בדין הצפון אמריקאי, שלפיה הרוב הגדול של העובדים ביחידת המיקוח מביעים את רצונם להיות מיוצגים באמצעות חתימה על טפסים המוגשים לטריבוטל הרלוונטי (חלף עריכת בחירות), אין דרישה לחברות בארגון אלא להבעת תמיכה בארגון כמייצגם. אעיר כי לאחרונה, ולנוכח המאבקים שבין ארגוני העובדים על יציגות, הורה בית הדין הארצי לעבודה על עריכת בחירות במקום העבודה בכמה מקרים שהובאו בפניו. אלא שהשאלה שעליה נסכות בחירות אלו אינה אם יהפוך מקום העבודה למקום עבודה מאורגן, אלא מי מבין הארגונים הוא הארגון היציג. בכך מטרתה של הוראה זו היא לברר את הדרישה הרובנית הקיימת בס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים. ראו סב"א (ארצי) 18117-01-16 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – כוח לעובדים ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנבו, 11.8.2016).

העובדים.⁴⁴ ייתכן שביקש לייסד משטר של ודאות יחסית ללא צורך בניהול מערכות בחירות מכבידות. אולם לא ניתן להתעלם מהעובדה כי גם אם נקבל את הטענה שדרישת החברות היא בגדר איתנות בולט מצד העובד הבוחר להצטרף לארגון, ואיתנות זה הוא בעל משקל רב מזה של בחירה חד-פעמית בלבד, הרי הוכחת חברותם של שלישי מעובדי יחידת המיקוח בארגון המבקש להיות יציג אינה שקולה, ואינה יכולה להיות שקולה, מנקודת המבט הדמוקרטית, לדרישה של תמיכת רוב העובדים ביחידת המיקוח בארגון האמור בדרך של בחירות או בכל דרך אחרת אפשרית.

ניתן להסביר זאת בהשוואה לזירה הפוליטית-מפלגתית. העובדה שאדם הוא תומך אקטיבי במפלגה, באמצעות חברות במפלגה, במוסדותיה או באמצעות השתתפות בפעילות פוליטית סדורה וחשובה במסגרת המפלגתית, ואינו מסתפק רק בשלשול פתק המפלגה לקלפי מדי בחירות, אכן עשויה להעיד שרמת התמיכה שלו במפלגה גבוהה מרמת התמיכה של פלוני שכן מסתפק בשלשול פתק המפלגה בקלפי ביום הבחירות. אולם מנקודת המבט הדמוקרטית הדורשת שוויון בין המצביעים כשכל אחד יש רק קול אחד, ביום הבחירות אין ניתן משקל כלשהו ל"חוזק" תמיכתי במפלגה. לתומך נלהב בפעילותה של המפלגה ולתומך הנלהב פחות בפעילותה של המפלגה – אותו הקול בדיוק.

לפיכך חברות אכן יכולה להיות תחליף לבחירות במקרים מסוימים, וכך יהיה ניתן להסיק מחברותו של עובד גם על הבעת תמיכתו, אולם חברות אינה יכולה להיות תחליף לדרישה הרובנית ולא ניתן לייחס לחברותו של עובד משקל גדול מזה שהיה מוענק לבחירתו. ייחוס משקל שכזה משמעותו פגיעה בעקרון השוויון הדמוקרטי ובעקרון החירות השלילית.

2. קידום תחרות בין-ארגונית במשטר חד-מפלגתי

טענה נוספת שניתן להעלות לביסוס דרישת השלישי לפי תפיסת החירות השלילית היא שארגון עובדים פועל בסביבה קיבוצית השונה מהותית מהסביבה הפוליטית המוכרת בשלטון המקומי ובשלטון המרכזי. למשל, בזירה הפוליטית האמורה מתחרות מפלגות שונות על קולו של הבוחר, ומתוך מפלגות אלו נבנית קואליציה (בשיטה הישראלית), ואילו לפי משטר חוק ההסכמים הקיבוציים וכלל האקסקלוסיביות בייצוג, מדובר על משטר של מפלגה אחת בלבד, ואין דרישה להקמת קואליציה לשם ייצוג העובדים.⁴⁵ כך, גם כשמתקיימת תחרות בין ארגוני עובדים, הארגון היציג הוא שמקבל את מלוא הכוחות המשפטיים לפעולה, ואילו הארגון המתחרה אינו זכאי לדבר.⁴⁶

44 לטענה שמשטר הייצוג בארצות הברית המבוסס על עריכת בחירות כשל, ולדרישה לאימוץ משטר חלופי של Card Check Recognition ראו Paul M. Secunda, *The Wagner Model of Labour Law is Dead* – *Long Live Labour Law!*, 38 QUEEN'S L.J. 545 (2013).

45 Clyde W. Summers, *Democracy in a One-Party State: Perspectives from* Landrum-Griffin, 43 MD. L. REV. 93 (1984). (להלן: Summers, *Democracy*). השווה Otto Kahn-Freund, *Trade Unions, the Law and Society*, 33 Mod. L. Rev. 241, 263 (1970). (להלן: Kahn-Freund, *Trade Unions*).

46 מכוח עקרון האקסקלוסיביות בייצוג בהתאם לס' 3 לחוק הסכמים קיבוציים. להצעה להענקת מעמד לארגון אופוזיציוני, ראו עידו עשת "מודל הייצוג במשפט העבודה הקיבוצי – מגמות חדשות" משפטים

ניתן לטעון כי דווקא במשטר חד-מפלגתי שכזה קיומה של תחרות בין ארגוני עובדים היא חשובה ביותר, ויש לנקוט אמצעים לקדמה.⁴⁷ כך, לו היה נדרש רוב כדי להפוך לארגון יציג, היה קשה עוד יותר לקיים תחרות אפקטיבית בין ארגוני עובדים במשטר שבו המנצח "לוקח את כל הקופה" ואין כל דרישה להרכבת קואליציה. במשטר שכזה הסיכוי להביס את המנצח או להחליפו קטן ביותר, ואף אין כל דרך אחרת להיות חלק מן ההנהגה בדרך של שותפות קואליציונית. לעומת זאת אימוץ דרישת השליש כמוה כפתיחת זירת ההתארגנות במקום העבודה לקיומה של תחרות בין ארגוני עובדים.

לצורך הבנת קו הטיעון האמור ניתן לדמות את דרישת השליש שבדרישת האקסקלוסיביות בייצוג למנגנון "אחוז החסימה" הנוהג בבחירות הפוליטיות, שאינן מבוססות על דרישת האקסקלוסיביות.⁴⁸ כידוע, ככל שאחוז החסימה גבוה יותר, כך עלול להיפגע עקרון הייצוג, בייחוד כשמדובר בקבוצות מיעוט.⁴⁹ זאת ועוד, ככל שאחוז החסימה גבוה יותר, כך תירתענה מפלגות, אקס אנטה, מלהשתתף בהתמודדות הפוליטית מחשש שלא יצלחו את אחוז החסימה. בדומה לזה, ככל שמחמירים את דרישת הייצוגיות במשפט העבודה הקיבוצי (לדוגמה, רוב מבין העובדים ביחידת המיקוח), כך נחלשת מראש המוטיבציה של ארגוני עובדים שונים להיות חלק מן המנגנון התחרותי ולזכות במעמד הייצוגיות במקום העבודה. ככזה, רף היציגות משמש כמנגנון הדומה למנגנון "אחוז החסימה" בבחירות הפוליטיות, בין שההתמודדות היא של ארגון אחד המבקש להפוך את מקום העבודה למאורגן ובין שמדובר בשני ארגונים המתחרים זה בזה למטרה זו (במסגרת התארגנות ראשונית). משכך, ייתכן שדרישת השליש מבקשת לאותת על הורדת "אחוז החסימה" הנדרש לייצוגיות של ארגון העובדים במקום העבודה. בכך היא מבקשת לעודד ארגוני עובדים להשתתף, אקס אנטה, בניסיון להפוך את מקום העבודה למאורגן, שכן לו היה המשטר האקסקלוסיבי החד-מפלגתי דורש תמיכה של רוב העובדים מקרב יחידת המיקוח לשם ביסוס היציגות, נראה כי היה בכך כדי להציב מכשול גדול בפני רצונם של ארגונים להפוך מקומות עבודה לא מאורגנים למאורגנים מחשש לכישלון בהשגת דרישת הרוב. נוסף על זה ניתן לטעון כי דרישת השליש אף מעודדת תחרות אפקטיבית יותר על זהות הארגון היציג במקרה של תחרות בין ארגוני עובדים בהתארגנות ראשונית, שכן לו היה המשטר האקסקלוסיבי החד-מפלגתי דורש תמיכה של רוב העובדים מקרב יחידת המיקוח לשם ביסוס היציגות, נראה כי היה בכך כדי להציב מכשול גדול בפני רצונם של ארגונים שונים (ובעיקר בפני ארגונים המייצגים מיעוט במקום העבודה) להשתתף בהתמודדות על

מו 397, 437-440 (2017) (להלן: עשת "מודל הייצוג"). ראו גם עס"ק (ארצי) 61603-02-16 מדינת ישראל – הסתדרות המורים בישראל, פס' 25 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד (פורסם בנבו, 16.10.2017).

47 על חשיבות תופעת התחרות בין ארגוני העובדים ראו עניין ספרינט מוטורס, לעיל ה"ש 25.
48 לדיון בשאלה אם העלאת אחוז החסימה בישראל היא חוקתית, לטעמיו של אחוז החסימה ולשאלת הגדרת המובן החוקתי של עקרון הייצוג ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015).

49 ראו שם, פס' 31-39 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס; פסק דינו של השופט ג'ובראן (במיעוט); פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

היציגות, שכן במצב של תחרות בין ארגוני עובדים היה לארגון קשה עוד יותר לעמוד בדרישה הרובנית המחמירה.

תמיכה בקו טיעון זה ניתן למצוא גם בדרישה הקבועה בסעיף 3, שלפיה במקרה שיותר מארגון עובדים אחד מתחרה על היציגות, ובשני ארגוני העובדים חברים לפחות שליש מהעובדים במקום העבודה, יהא הארגון היציג – הארגון שעם חבריו נמנים עובדים מאורגנים רבים יותר. כך, אין בחוק דרישה לרוב מבין העובדים ביחידת המיקוח גם במקרה שבו יותר מארגון עובדים אחד מתחרה על הבכורה. בכך מקל חוק הסכמים קיבוציים על התחרות שבין ארגוני עובדים. ייתכן שדרישת השליש קשורה גם ל"פריחתה" של התחרות בין ארגוני העובדים בעת האחרונה, שכן כאשר נוצרו התנאים הפוליטיים לקיומה של תחרות בעשור האחרון, היא פגשה גם בתנאים המשפטיים המתאימים לשם פריחתה. לסיכום, הטענה היא כי דרישת השליש מקורה ברצון לעודד תחרות אפקטיבית בין ארגוני עובדים על היציגות גם תחת המשטר החד-המפלגתי.

ואולם, נראה שאף הצדקה זו מעוררת קשיים לא מבוטלים בראי תפיסת החירות השלילית. כך, והיות שהמשטר אינו דורש הקמת קואליציה, הרי שלפי תפיסת החירות השלילית נדרש להבטיח את תמיכת העובדים בארגון היציג שיוכל להתגבר על היותו תוצר של משטר של מפלגה אחת באמצעות חיזוקה דווקא של הדרישה למספר תומכים מינימלי בארגון העובדים לצורך הכרה ביציגות. עוד ניתן לטעון כי למרות חשיבותה הרבה של התחרות בין ארגוני העובדים ניתן לקדמה גם באמצעים אחרים. לדוגמה, היה ניתן להעניק מעמד כלשהו גם לארגון העובדים שהפסיד בתחרות, ובכך לקדם את התחרות בין הארגונים.⁵⁰ אולם נראה כי משמעותם של אמצעים חלופיים אלו היא שחיקת המשטר החד-מפלגתי הנוהג ותנועה לעבר המשטר הקואליציוני. לפיכך נראה כי הורדת רף היציגות לשליש, בדומה להורדת רף "אחוז החסימה" בבחירות הפוליטיות, דווקא יכולה להיות דרך יעילה יחסית לעידוד התחרות הפוליטית במקום העבודה לפי כללי המשטר החד-מפלגתי ובתוך כדי שמירה על מאפייניו היסודיים. לבסוף, גם את נקבל את התזה שקשה יותר ליצור תנאים מתאימים להתפתחותה של תחרות בין ארגוני עובדים לפי דרישה רובנית במשטר חד-מפלגתי, נדמה כי קיומה של תמיכה רובנית שכזו, לפי עקרון החירות השלילית, צריך להיחשב לעיקרון יסודי ומהותי יותר מקיומה (הרצוי) של התחרות הבין-ארגונית.⁵¹

3. דרישת השליש כנטרול האדישות להתארגנות

הצדקה נוספת לדרישת השליש עניינה בצורך לנטרל את חלקה של קבוצת העובדים האדישה להתארגנות. לפי אותו טיעון, אם נצא מנקודת הנחה כי בחירות הן דבר לא רצוי

50 הגם שמתן מעמד שכזה אינו חף מקשיים ומעלה שאלות משפטיות סבוכות. על ההצעה למתן מעמד משפטי מסוים לארגון עובדים אופוזיציוני ראו עשת "מודל הייצוג", לעיל ה"ש 46.

51 לדוגמה, גם במקום שבו אין תחרות (לדוגמה, במצב שבו יש רק מועמד אחד בבחירות), הדרישה לתמיכה רובנית אינה מוסרת. בכך ניתן לראות שחשיבותה אינה תלויה בקיומה של התחרות עצמה. גם במשטר האמריקאי ובמשטר הקנדי הדרישה לתמיכת רוב העובדים בהצבעה או לתמיכת רוב העובדים ביחידת המיקוח לשם ביסוס היציגות מתקיימת בין שיש תחרות בין ארגוני עובדים ובין שלא הגם ששם נהוג המשטר החד-מפלגתי. על הכללים הנהוגים שם ראו Eshet, לעיל ה"ש 12.

במקום העבודה, וכי עובדים רבים אדישים לשאלת ההתארגנות, בייחוד כאשר זו דורשת מעשה אקטיבי של הצטרפות לארגון העובדים, הרי נדרש לאמץ מנגנון שיבקש לנטרל את השפעת האדישות במקום העבודה כלפי התארגנות העובדים. בהינתן הנחות אלו, ייתכן שהמשפט מבקש להסתפק בהוכחה כי גודלו של החלק התומך בהתארגנות הוא לפחות שלישי מהעובדים במקום העבודה. כלומר, דרישת השליש מקפלת בתוכה הנחה בדבר קיומה של קבוצת עובדים שהיא אדישה להתארגנות, אך היא מבקשת לנטרל את השפעתה של קבוצה זו באמצעות הוכחה פוזיטיבית לקיומו של חלק שגודלו שלישי לפחות התומך תמיכה אקטיבית בהתארגנות.⁵²

במובן הזה חשוב לזכור כי דרישת הרוב בבחירות, על דרך הכלל, מתייחסת לרוב מבין המצביעים ולא לרוב מקרב "יחידת המיקוח" (אזרחי המדינה וכלל העובדים).⁵³ כך, מהבחינה העקרונית ייתכן כי דרישת הרוב מבין אלו שבחרו להצביע נופלת (מספרית) מדרישת התמיכה הנדרשת מקרב שלישי כלל יחידת המיקוח. או בניסוח אחר: המרחק (במונחי החירות השלילית) שבין הדרישה הרובנית במסגרת בחירות לבין הוכחת התמיכה האפקטיבית של שלישי מקרב כלל יחידת המיקוח אינו גדול במיוחד.

לשם הדגמת הטענה אפשר להשתמש בנתוני הבחירות האחרונות לכנסת בישראל. מבין 5,881,696 בעלי זכות בחירה בחרו לכנסת רק כ-72%, שהם 4,254,738 מצביעים. לפיכך רוב פשוט מבין אלו שמימשו את זכות הבחירה מונה 2,131,623 מצביעים (50.1%). לו הייתה דרישת השליש מיושמת בבחירות הכלליות, הייתה נדרשת תמיכתם הפוזיטיבית של 1,960,565 לפחות מבין בעלי זכות הבחירה, שהם 46% (!) מכל אלו שהצביעו בפועל.⁵⁴ כלומר, כאשר מנטרלים את קבוצת האדישים (אלו שבחרו שלא להשתתף בבחירות), המרחק בין דרישת השליש מקרב יחידת המיקוח לבין דרישת הרוב מקרב כלל המצביעים יכול להתקצר במידה רבה. קיצור מרחק זה יכול להקל את הטענה לפגיעה בחירות במובנה השלילי.

אולם גם הצדקה זו בעייתית. הבעייתיות נובעת ראשית מהעובדה כי לא ניתן כלל לאמוד את גודלה של קבוצת האדישים שאותה מבקשים לנטרל. "נטרול" קבוצת האדישים משמעותו "נטרול" גם קבוצת המתנגדים, שכן לא ניתן למתוח קו מפריד בין קבוצות אלו בהיעדר מנגנון הצבעה. אולם ייתכן שקבוצת המתנגדים (אקטיבית) גדולה מקבוצת

52 אני מודה לסטודנט בקורס דיני עבודה באוניברסיטת חיפה שאת שמו לצערי איני זוכר, שהעלה בדיון בהרצאה על זכות התארגנות טיעון הדומה לטיעון האמור לעיל.

53 על יישום כלל זה במשפט העבודה הצפון אמריקאי ראו פרק ב למאמר זה.

54 "בחירות לכנסת ה-20" (17.3.2015) <http://bit.ly/2U9vWCQ>. המפלגה הגדולה ביותר, הליכוד, קיבלה בבחירות האמורות בסך הכול 985,408 קולות, שהם 23.4% מכלל הקולות הכשרים. מפלגת הבית היהודי קיבלה 283,910 קולות, שהם 6.74% מכלל הקולות הכשרים. מפלגת ישראל ביתנו קיבלה 214,906 קולות, שהם 5.1% מכלל הקולות הכשרים. כך, לו הייתה דרישת השליש מיושמת בבחירות הארציות, שום מפלגה לא הייתה "מצליחה" להפוך לארגון עובדים יציג, שכן שום מפלגה לא קיבלה את תמיכתם של יותר משליש מקולות הכשרים (המהווים את "יחידת המיקוח") (וכמובן, אף מפלגה לא קיבלה את תמיכתם של למעלה משליש מכלל בעלי זכות הבחירה). כמובן ששיטת הבחירות היא שונה, ודורשת הקמתה של קואליציה, אבל המספרים שהובאו לעיל יכולים ללמד על הקושי הטמון בעמידה בדרישת השליש מיחידת המיקוח.

האדישים ואף מקבוצת התומכים (החברים). כידוע, המנגנון הקבוע בסעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים אינו מאפשר כלל למתנגדים להביע את התנגדותם או לממש את כוחם המספרי. נראה שלמצב זה דרישת השליש אינה נותנת מענה מספק מנקודת מבטה של החירות השלילית.

4. התארגנות ב"אזור עימות" והקושי בגיוס רוב בשל השפעה פסולה מטעם המעסיק

הצדקה נוספת שניתן להעלותה היא הייחודיות של מימוש זכות ההתארגנות במקום העבודה. זכות ההתארגנות היא מורכבת ביותר. היא נפרסת על פעילויות אנושיות שונות ורבות. בדומה לזכות לחופש הביטוי, היקף ההגנה עליה משתנה גם לפי אופי ההתארגנות ולפי גישת החברה כלפי ההתארגנות עצמה. במובן זה, אין דומה ההגנה המשפטית שיש ליתן להתארגנות במועדון שח-מט מקומי להגנה המשפטית שיש ליתן להתארגנות במסגרת המפלגה הפוליטית בכוונה להחלפת השלטון.⁵⁵ מקובל הוא שההגנה הרחבה ביותר שמעניקה המערכת המשפטית לזכות ההתארגנות עניינה בזכות המוענקת לשם העצמת פרטים מוחלשים הניצבים מול כוח עדיף.⁵⁶ עמד על כך לאחרונה בית המשפט העליון בקנדה וקבע:⁵⁷

55 על היקף ההגנה לחופש הביטוי כנגזרת של הביטוי עצמו ראו רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, פס' 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנוב, 12.11.2006): "הנה כי כן, מתחם התפרשותה של חירות הביטוי לחוד, ומידת ההגנה הניתנת לביטוי זה או אחר לחוד. תחום הפרישה של הזכות החוקתית הוא רחב, אך היקף ההגנה הוא פועל יוצא של ערכים נוספים, ומשתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולאופיו של הביטוי [...] במסגרת האיוון החוקתי יש להביא בחשבון, בין היתר, את [...] המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי, והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת".

56 ראו Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313, 365 (Can.): "freedom of association is most essential in those circumstances where the individual freedom is liable to be prejudiced by the action of some larger and more powerful entity, like the government or an employer". ראו גם את פסיקת בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה בנוגע לחשיבות זכות ההתאגדות S. African Transport and Allied Workers Union v. Garvas, 2013 (1) SA 83 (CC) at 25-26 para. 61 (S. Afr.): "The right to freedom of assembly is central to our constitutional democracy. It exists primarily to give a voice to the powerless. This includes groups that do not have political or economic power, and other vulnerable persons. It provides an outlet for their frustrations. This right will, in many cases, be the only mechanism available to them to express their legitimate concerns. Indeed, it is one of the principal means by which ordinary people can meaningfully contribute to the constitutional objective of advancing human rights and freedoms. This is only too evident from the brutal denial of this right and all the consequences flowing therefrom under apartheid. In assessing the nature and importance of the right, we cannot therefore ignore its foundational relevance to the exercise and achievement of all other rights" S. African Nat'l Def. Union v. Minister of Def., (5) SA 400 (CC) (2007).

57 ראו פס' 58 לפסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה, Mounted Police Ass'n Ont. v. Canada, [2015] 1 S.C.R. 3, 44 (להלן: עניין משטרת אונטריו).

This then is a fundamental purpose of s. 2(d) – to protect the individual from “state-enforced Isolation in the pursuit of his or her ends” [...]. The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society.

במובן הזה, זכות ההתארגנות של העובדים בארגוני עובדים היא מופע ייחודי של זכות ההתארגנות. ראשית, קיימת הנחה מרכזית המקופלת במשפט העבודה עצמו, שלפיה העובד היחיד מצוי בעמדת נחיתות מובנית ביחס למעסיקו, הנהנה מכוח עדיף. להנחה זו מצטרפת הידיעה כי מימושה של זכות ההתארגנות אינו משחק של שגרה. בזירת מקום העבודה מימוש זכות ההתארגנות (ההתארגנות הראשונית) הוא בדרך כלל פעולה בזירת לוחמה.⁵⁸ הסכנות במימוש הזכות, ברמה האישית, אינן מבוטלות כלל.⁵⁹

התנגדות המעסיק כמעט מובטחת לפעולה זו – ומי מבין קוראי שורות אלה רוצה לפעול כנגד מעסיקו? במובן הזה אין מדובר בהתארגנות בתנאים “סטרייליים”, אלא עצם הקמת ההתארגנות הוא מעשה של מאבק. הנכון הוא שזכות ההתארגנות של העובדים פועלת, מיומה הראשון, ב“אזור עימות”. על פערי הכוחות האמורים במסע ההתארגנות הראשונית עמד בית הדין הארצי לעבודה בעניין פלאפון:⁶⁰

יחסי עבודה מתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים בין המעסיק לעובד, נוכח המרות והתלות הכלכלית והתעסוקתית להם נתון העובד. פערים אלה

58 ראו עניין פלאפון, לעיל ה"ש 39, פס' 58 לפסק דינה של הנשיאה ארד.
59 בראש ובראשונה ניצבת הסכנה של אובדן מקום העבודה בשל מימוש זכות ההתארגנות של העובדים, פעולה האסורה כיום מכוח ס' 33 לחוק הסכמים קיבוציים. ראו עס"ק (ארצי) 24/10 הוט טלקום בע"מ – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו, 16.3.2010). על התנגדות המעסיקים בארצות הברית להתארגנות העובדים ראו Benjamin I. Sachs, *The Unbundled Union: Politics without Collective Bargaining*, 123 YALE L.J. 148, 180 (2013) “Finally, take managerial opposition to unionization. Although there is some debate about the specifics, the prevalence, ferocity, and effectiveness of managerial opposition to unionization is well established. In one prominent study, for example, employers engaged in anti-union efforts in 96% of the union organizing campaigns they faced; in another study, the opposition rate was 98.4%. In about half of all union campaigns, moreover, employers threaten to close the business should employees choose to unionize. Employers also fire between 5% and 20% of active union supporters. Not surprisingly, these tactics work”
היים. ראו INT'L TRADE UNION CONFEDERATION, FREEDOM REPORT: PEACE AND DEMOCRATIC RIGHTS 5 (2017); INT'L TRADE UNION CONFEDERATION, ITUC GLOBAL RIGHTS INDEX: THE WORLD'S WORST COUNTRIES FOR WORKERS 5 (2018).
60 ראו עניין פלאפון (לעיל ה"ש 39), שם עמד בית הדין הארצי לעבודה גם על ייחודו של שלב ההתארגנות הראשונית.

מתחדדים בשלב העוברי של ההתארגנות הראשונית הסמויה, כמו גם בשלב הגלוי של ההתארגנות הראשונית. בתקופה זו של ההתארגנות הראשונית, עד לכינונו של ארגון יציג במקום העבודה, וכל עוד אין מתקיים שיח קיבוצי בין הצדדים, כוחו של המעסיק גדול בהרבה מכוחם של העובדים הנתונים למרותו שביטחונם התעסוקתי בידיו. פער כוחות זה עומד בעינו במהלך פעילותו של ארגון העובדים בייזום ההתארגנות ומימושה.

במובן הזה, זכות ההתארגנות של העובדים בארגון עובדים שונה לחלוטין מזכות ההתארגנות של המעסיקים במסגרת ארגוני מעסיקים. הגם שמטרת זכות ההתארגנות של המעסיקים היא לחזק את המעסיק הבודד כנגד ארגון העובדים הנהנה מכוח עדיף, ההתארגנות של המעסיק אינה בגדר פעולה ב"אזור עימות", ואין נשקפת סכנה למעסיק מהתארגנות בארגון המעסיקים.⁶¹

משכך, ועל רקע הפעולות שמעסיקים נוקטים לנוכח ההתארגנות הראשונית, ניתן לטעון כי ביטול הדרישה לתמיכת רוב העובדים במקום העבודה והסתפקות בשליש מהעובדים במקום העבודה כדי לבסס התארגנות מקורה בהבנה כי באזור עימות נדרש להקל בדרישת התמיכה לשם ההתארגנות, שכן יכול שהיעדר התמיכה במהלך ההתארגנות אינו נובע אלא מחשש מפני תגובת בעל הכוח העדיף (המעסיק) למהלך ההתארגנות, והלכה למעשה אין הוא נובע מהיעדר תמיכה אמיתית למהלך זה.

ודוק, אין זה חשש בעלמא. על יסוד החשש האמור קבע בית הדין הארצי לעבודה בעבר את החזקה שלפיה המועד הקובע לקביעת יציגות ארגון העובדים בהתארגנות ראשונית הוא המועד שבו ארגון העובדים מודיע למעסיק ששליש מעובדיו הם חברי הארגון, ובתנאי שבמועד ההודעה הזאת אכן לפחות שליש מעובדי המפעל נמנים עם חבריו. בית הדין דחה הצעות לקבוע מועד מאוחר יותר כדי למנוע השפעה לא הוגנת של המעסיק על חברי הארגון בדמות "שכנועם" להסיר את תמיכתם בארגון העובדים.⁶² על יסוד החשש האמור קבע בית

61 על ארגוני המעסיקים במשפט הישראלי ראו עשת "ארגון המעסיקים" ו'ארגון המעסיקים הבכיר' במשפט העבודה הקיבוצי", לעיל ה"ש 16.

62 החזקה נקבעה עוד בעסק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא אדלר (2000) ("לשיטתנו, המועד הנכון לקביעת היציגות הוא שילוב בין שתי השיטות האחרונות שהצגנו לעיל. הווה אומר, המועד הקובע לצורך קביעת יציגות הוא המועד שבו ארגון העובדים מודיע למעסיק ששליש מעובדיו הם חברי הארגון, ובתנאי שבמועד ההודעה הנ"ל אכן לפחות שליש מעובדי המפעל נמנים עם חבריו"). בית הדין עמד על הסכנה שבקביעה אחרת וקבע כי: "אין ליצור תקופת ביניים מלאכותית, בה יוכל המעסיק להפעיל לחץ ואיומים על עובדיו במטרה שיבטלו את חברותם בארגון, כפי שכלל הנראה אירע במקרה דנן. תקופת ביניים מעין זו, בה רשאי המעסיק להשתדל בין עובדיו כנגד ארגון העובדים, תפגע בחופש ההתארגנות של עובדי המפעל ותמנע מהם לממש את רצונם להתאגד, כפי שבא לידי ביטוי בהצטרפותם לארגון העובדים [...] חברות בארגון עובדים, כמו גם ההודעה על ביטול החברות בו, חייבת להיות מתוך בחירה חופשית. נסיבות המקרה דנן מצביעות על כך, שהחתימה של עובדי המעסיקה על המכתבים המודיעים על ביטול חברותם בהסתדרות לא היו מתוך בחירה חופשית. מעסיק אינו רשאי להשפיע על עובדיו בנוגע לשאלה אם להצטרף או לא להצטרף לארגון עובדים. משכך, אין גם לקבוע מיהו הארגון היציג על-פי המועד שבו מצליח המעסיק 'לשכנע' את עובדיו להתנגד לפעילותו של ארגון העובדים" (שם, פס' 25–26).

הדין הארצי לעבודה בעבר גם את החזקה שכל התבטאות של מעסיק בדבר זכות ההתארגנות בשלב ההתארגנות הראשונית היא בגדר השפעה אסורה ולחץ לא הוגן על העובד בנוגע להתארגנות.⁶³

חשש דומה הוביל את דיני התאגידים לקביעת "יחידת מיקוח" ייחודית לצורך הצבעה על אישור עסקאות עם בעלי עניין. "יחידת מיקוח" זו מבקשת לנטרל את השפעת בעל הכוח בתאגיד על מנת להוביל להחלטה ראויה לתאגיד עצמו באמצעות דרישה לרוב מקרב אלו שאינם נגועים בניגוד עניינים.⁶⁴ כך, החשש מפני כוחו של בעל השליטה או בעל המשרה הוביל את דיני התאגידים ל"הוצאתם מהמשחק" של אלו החשופים להשפעה לא הוגנת העלולים להצביע ממניעים לא לגיטימיים. בדומה לזה, ניתן לראות בהקלה על דרישת ההכרעה הרובנית באמצעות ההסתפקות בשלישי כנובעת מהנחה שהפעולה באזור עימות עלולה לגרום לקושי ממשי בגיוס רוב אמיתי בשל לחץ והשפעה לא הוגנת מצד המעסיק, ובנסיבות אלו ניתן להסתפק בדרישה מופחתת של שלישי.

אולם בעייתיות קיימת גם בהצדקה זו. במקומות עבודה שונים יש דרגות שונות של עימות בהתארגנות הראשונית. אם דרישת השלישי נובעת מהצדקה זו, פתרון מידתי יותר היה אמור לגרום שרק הדרגות החמורות ביותר של העימות, שהוכחה בהן השפעה לא הוגנת מצד המעסיק, מצדיקות פגיעה כה חמורה בעקרון החירות השלילית. כך לדוגמה דיני התאגידים מאפשרים להרחיק את מי שנגוע מ"יחידת המיקוח" המחליטה על אישור העסקה הבעייתית, אולם הרחקה זו אינה שרירותית ואינה כללית אלא מותאמת לנסיבות הרלוונטיות

ליישומה של החזקה, ראו ע"ק (ארצי) 9346-04-16 ההסתדרות הרפואית בישראל – קופת חולים מאוחדת, פס' 68 לפסק דינו של השופט איטח (פורסם בנבו, 12.12.2017).

63 ראו עניין פלאפון, לעיל ה"ש 39, פס' 66 לפסק דינה של הנשיאה ארד.
64 על דרישת השלישי הלא נגוע לצורך אישור עסקאות עם נושאי משרה בתאגיד כנוסחו דאז בחוק החברות, ראו ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 294, פס' 45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2005). כן ראו שם, פס' 48: "המנגנון הסטטוטורי הקבוע בסעיף 96ל96 מבקש ליתן מענה לקשיים המתוארים. הוא נועד לרסן את כוחם של בעלי השליטה בחברות הציבוריות בהבטיחו כי פעולות הנגועות בעניין אישי תאושרנה רק אם הן עולות בקנה אחד עם האינטרסים של החברה ושל בעלי המניות. הוא נועד להבטיח כי הגוף המוסמך לאשר את העסקה יעמידה למבחן באופן עצמאי, אובייקטיבי, שאינו מושפע מאינטרסים אישיים, תוך שהוא שם לנגד עיניו את טובתה של החברה בלבד. זאת, בין היתר, באמצעות התמקדות במצביעים שאינם מצויים במצב של ניגוד אינטרסים מתוך הנחה כי רק הם יוכלו לתת אינדיקציה אמיתית באשר לכדאיות העסקה לחברה. מנגנון זה משמר את כוחה של ההצבעה ככלי לאיתור הסכמת הקבוצה, שכן הרוב מתוך קבוצת הבלתי נגועים ('רוב של המיעוט') הוא שיכריע את התוצאה". דרישת השלישי הוחמרה, וכיום נדרש רוב לא נגוע לאישור עסקאות עם בעלי עניין, ראו ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פס' 84 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 28.12.2016): "חוק החברות תוקן בשנים האחרונות מספר פעמים והחמיר את הדרישות לאישור עסקאות עם בעלי עניין. כך [...] כמו גם הצורך לאשר את העסקה באמצעות 'רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה', להבדיל מ-שלישי כפי שקבע החוק בנוסחו הקודם (סעיף 275(א)(3) לחוק, בעקבות תיקון מס' 16 משנת 2011)". ראו דברי ההסבר לס' 30 ו-144(1) להצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 566, 579: "נוכח המלצות ועדת גושן וועדת חמדני שביקשו לחזק את יכולת בעלי מניות המיעוט, ובכלל זה הגופים המוסדיים, למנוע עסקאות שאינן לטובת החברה, ונוכח הכלל 'אחרי רבים להטות', המגלים את העיקרון ולפיו החלטה היא ראויה אם הרוב תמך בה, מוצע לקבוע כי לעניין אישור עסקאות עם בעל השליטה מהסוגים המנויים בסעיף 270(4) לחוק, יעלה הרוב הנדרש לאישור העסקאות משלישי לרוב בעלי המניות, שאין להם עניין אישי בעסקה".

של הראוי להרחקה.⁶⁵ לעומת זאת דרישת השליש מנטרלת מראש וללא כל דרישה להוכחה בדבר השפעה לא הוגנת של המעסיק קבוצה גדולה של עובדים מההחלטה על תמיכה בהתארגנות.

עוד ניתן לטעון בהקשר זה כי דרישת השליש מטרתה לאותת לקבוצת העובדים על פגיעות המעסיק במימושה של זכות ההתארגנות, ואיתות זה נדרש ללא קשר לקיומה או להיעדרה של השפעה לא הוגנת מצד המעסיק על ציבור העובדים. פרופ' זקס טוען במאמרו כי למשפט העבודה הקיבוצי יש תפקיד בדמות השפעה על תפיסות העובדים בשלבי ההתארגנות הראשוניים. לטענתו, ובהתבסס על כתיבה העוסקת בתהליך הפוליטי, תנאי הכרחי להתארגנות הוא שהשואפים לשנות את הסטטוס קוו יעריכו את מידת הכוח שיש בהתארגנותם ואת פגיעותו של הסטטוס קוו ומוכנותו לשינוי הערכה אופטימית.⁶⁶ לטענתו, תפיסות העובדים את פגיעות המעסיק (בהקשר של מימוש זכות ההתארגנות) הן שיקול נכבד בהתארגנותם. תפיסות והערכות אלו מושפעות כמובן מהכללים המשפטיים הנוהגים, ולכן נדרש לעצב את משפט העבודה הקיבוצי בעיצוב שיאותת לעובדים כי המעסיק כפוף לכללים המאפשרים התארגנות.⁶⁷ כך, ייתכן שדרישת השליש היא איתות בולט לציבור העובדים המבקשים להתארגן, עוד בשלבים המוקדמים ביותר, כי המעסיק אינו עוד באזור "שרירות בעלים", וכי קיים סיכוי גדול וריאלי להצלחת הפעולה הקיבוצית האמורה ולכן יש לתמוך בה. מובן שאיתות זה, ככל שנדרש, עדיין אינו יכול להסביר את הפגיעה בחירות השלילית של אלו שאינם חפצים בהתארגנות כלל.

5. ההקשר הפוליטי – רוב מיוחס הנדרש לשם כפיית אי-התארגנות

ההצדקה האחרונה בהקשר זה אינה בגדר הצדקה משפטית. היא נטועה עמוק בהקשר הפוליטי עובר לחקיקתו של חוק הסכמים קיבוציים. כידוע, בשנות החמישים הייתה הסתדרות העובדים בארץ ישראל קשורה לשלטון בעבותות, נוסף על מעמדה הבלתי מעורער כארגון העובדים הגדול ביותר בישראל המארגן יותר מ-80% מכוח העבודה השכיר במשק והיותה אחד מהמעסיקים הגדולים במדינה.⁶⁸ בעולם שכזה וללא תחרות נראית לעין, ככל הנראה ביקשה הסתדרות העובדים בארץ ישראל לחזק את כוחה באמצעות מתן הקלה

65 זוהי השאלה מהו "עניין אישי" כהגדרתו בס' 1 לחוק החברות. על כך ראו עניין ורדינקוב, שם, פס' 31–33 לפסק דינו של השופט עמית.

66 ראו Benjamin I. Sachs, *Law, Organizing, and Status Quo Vulnerability*, 96 TEX. L. REV. 351, 357 (2017).

67 שם, בעמ' 372. כך לטענתו ניתן גם להסביר את הכללים המשפטיים המאפשרים לנציגי ארגון העובדים להיכנס לחצרי המעסיק גם בהיעדר הסכמה (ראו דיון שם, בעמ' 374–375; והשוו ס' 33 לחוק הסכמים קיבוציים).

68 על מעמדה של הסתדרות העובדים בארץ ישראל בשנים אלו ראו GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION* (2007) (להלן: MUNDLAK, *FADING CORPORATISM*); Yinon Cohen, Yitchak Haberfeld, Guy Mundlak & Ishak Saporta, *Unpacking Union Density: Membership and Coverage in the Transformation of the Israeli IR System*, 42 INDUS. REL.: J. ECON. & SOC'Y 692, 694 (2003); דוד בן-גוריון הפועל העברי והסתדרותו (1964).

לדפוס התארגנות ריכוזי במסגרתה.⁶⁹ ייתכן שכך נעשה באימוץ ההנחה שהתארגנות העובדים במסגרת ההסתדרות היא המצב הרצוי, ורק רוב מיוחס של לפחות שני שלישים מהעובדים נדרש על מנת לכפות על המיעוט במקום העבודה שלא להתארגן. במובן הזה, נקודת המוצא הפוליטית באותה העת הייתה כי ההתארגנות במסגרת ההסתדרות היא הנורמה, זוהי ברירת המחדל, והסטייה ממנה היא הדורשת רוב מיוחס.⁷⁰ הוויתור על דרישת הרוב לצורך לביצוע פעולה קיבוצית אגב פגיעה בחירות השלילית של המשתתפים בקהילה הרלוונטית, בהתבסס על חשיבותה ונחיצותה של הפעולה הקיבוצית מבחינת האינטרס הציבורי, מיושם גם בענפי משפט אחרים. לדוגמה, כדי להגשים את האינטרס הציבורי בסוגיית חיזוקם של בתים משותפים נחקק חוק ייחודי המבקש לסטות מעקרון ההסכמה האישי (הנובעת מגישת החירות השלילית) ונע על גבי הציר לדרישה מופחתת (ביחס לעקרון ההסכמה האישי) בדמות רוב מיוחס לשם קידום חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה.⁷¹ מנגנון מתמרץ נוסף שיש בו כדי לפגוע בחירות השלילית של הדייר חל גם בביצוע תוכניות פינוי בינוי.⁷² אם כן, כאשר יש תכלית

69 מונדלק טוען כי: "The system sought to promote centralized collective agreements. The law makes the negotiation of sector and state-wide collective agreements easier than that of workplace-based agreements" (ראו Guy Mundlak, *The Israeli System of Labor Law: Sources* (and Form, 30 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 159, 169–170 (2009)).

70 את הדרישה לרוב מיוחס, המאפשרת למיעוט לכפות מחדל על קבוצת הרוב, נוכל למצוא גם בדני החברות (ס' 24(4) לחוק החברות – הדורש רוב של שלושה רבעים מהמשתתפים בהצבעה כדי לקבוע בתקנון הוראה בדבר הרוב הדרוש לשינוי הוראות התקנון כשמדובר בחברה שהתאגדה לפני תחילתו של החוק) ובדני המקרקעין (ס' 62(א) לחוק המקרקעין – הדורש רוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם כדי לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו של תקנון הבית המשותף). יוער כי הסדרים אלו מאפשרים למיעוט לכפות מחדל, ואילו הסדר היציגות הקבוע בחוק הסכמים קיבוציים מאפשר למיעוט לכפות מעשה (התארגנות). אולם אם התשתית הפוליטית שהייתה רווחת בעת חקיקת חוק הסכמים קיבוציים דגלה בתפיסה כי ההתארגנות היא ברירת המחדל, אזי ניתן לטעון כי ההתארגנות היא מחדל ולא מעשה. עוד יוער כי הדרישה לרוב מיוחס בחוק החברות מתייחסת למשתתפים בהצבעה ולא לכלל "יחידת המיקוח" (דהיינו כלל בעלי המניות).

71 ראו חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח–2008. הוראות החוק סוטות מעקרון החירות השלילית המגולם בחוק המקרקעין הדורש את הסכמת כלל בעלי הדירות לשינויים בדירות וברכוש המשותף ונעות לכיוון דרישה רובנית הולכת ופוחתת לצד מנגנוני פיקוח הקבועים בחוק; וראו רע"א 1002/14 שומרני נ' קופמן, פס' 59 (פורסם בנבו, 9.7.2014): "חוק החיזוק, שפורסם מספר שנים לאחר מכן (ביום 24.1.2008), נועד להקל על יישומה של תמ"א 38 באמצעות הורדתו של 'רף ההסכמה' הדרוש לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 [...] לביצוע עבודות ברכוש המשותף של בתים משותפים"; ע"א 3700/15 רוט נ' עגנון, פס' 25 (פורסם בנבו, 27.6.2016).

72 ראו חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו–2006; ע"א 3511/13 שורצברגר נ' מרין, פס' 14–15 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.7.2014): "חוק פינוי ובינוי נחקק בשנת 2006 במטרה להקל על פינויים של בניינים בשטחים שהוכרו כמתחמי פינוי ובינוי. תכליתו היא לעודד התחדשות עירונית בערים, ולסייע במתן מענה לצורך החברתי-כלכלי של ניצול יעיל יותר של משאבי הקרקע בישראל למען התמודדות עם בעיית הצטמצמות השטחים הפתוחים, וכן לסייע בטיפול ושיקום של מתחמים עירוניים מתדרדרים. וזאת על ידי קידום בניה חדשה ורוויה יותר, לה נלווה חידוש של תשתיות ציבוריות ושטחים פתוחים [...] ההסדר הקבוע בחוק פינוי ובינוי נועד לאפשר הוצאתן אל הפועל של עסקאות פינוי ובינוי בהן חפצים רוב בעלי הדירות בבית משותף, והנתקלות בהתנגדות בלתי סבירה מצד אחד או יותר מבעלי הדירות, על ידי חשיפת הדיירים המסרבים להצטרף לפרויקט בנסיבות אלה לסנקציה ברמות חיובם בתשלום פיצוי ליתר הדיירים בגין הנוק שנגרם להם בשל אובדן העסקה".

ציבורית חשובה ומוצדקת בעיני המחוקק, הפחתת דרישת ההסכמה המבוססת על החירות השלילית הופכת אפשרית. ודוק, חשוב לזכור כי בניגוד לדוגמאות האמורות, דרישת השליש אינה מגיעה אף לתמיכה של רוב פשוט מקרב יחידת המיקוח. אולם החשוב לענייננו הוא עקרון התנועה ולא התחנה הסופית הנובעת מחשיבותה היחסית של התכלית הרצויה (חיזוק בתים משותפים; מימוש זכות ההתארגנות) ומאופי הזכות שנפגעת (זכות קניינית או חוזית וכד'). עיקרון זה מלמד על יכולת תנועה על בסיס רצף בין קטבים (מדרישת ההסכמה פה אחד לדרישת השליש) למען קידום תכליות ציבוריות, תוך כדי פגיעה בחירות השלילית של המשתתפים בקהילה הרלוונטית. מדובר ביצירת פשרות לשם קידום תכליות ציבוריות. מכאן שניתן לטעון כי התפיסה הפוליטית דאז ראתה בהתארגנות העובדים תכלית כה חשובה, כמעט ברורה מאליה, על רקע יחסי העבודה הקורפורטיים ששררו אז, ולכן היה ניתן להסתפק בשליש.

מובן שקשה לראות בהצדקה פוליטית זו הצדקה משפטית תקפה: ראשית, הכוח הפוליטי שבבסיסה פג. אין אנו חיים עוד בעולם יחסי עבודה קורפורטיטי שבמסגרתו הסתדרות העובדים הכללית החדשה היא גם ארגון העובדים וגם השלטון. שלטון לחד וארגון עובדים לחד. קיימים ארגוני עובדים אחרים, ויש תחרות בין ארגוני עובדים. ברי כי אם ההצדקה לדרישת השליש היא פוליטית בלבד, קשה לראות כיצד הצדקה זו שרדה את שינויי העיתים בישראל;⁷³ שנית, אף לו היה המצב הפוליטי האמור תקף גם כיום, קשה לראות כיצד ניתן לבסס פגיעה בחירות השלילית של העובדים על יסוד הצדקה המבוססת בעיקרה על מצב פוליטי. במובן הזה קשה לראות בפשרה זו כיום ראוייה בשל השינוי בתפיסות הפוליטיות.

לסיכום פרק זה ניתן לומר כי דרישת השליש מגלמת יסודות של פשרה לפי תפיסת החירות השלילית. בהיעדר פתרון אידיאלי שיבטיח פעולה קיבוצית מצד אחד, והיעדרה של פגיעה בחירות השלילית מן הצד השני, דרישת השליש מגלמת פשרה מסוימת על גבי הרצף המוביל מעולם האידיאות לעולם המעשה. עוד עולה כי ניתן להעלות הצדקות שונות לדרישת השליש לפי תפיסת החירות השלילית, אך עם זאת נראה כי הצדקות אלו לוקות בקשיים לא מבוטלים. לפיכך בפרקים הבאים אבקש להציג הצדקה אפשרית נוספת לביסוסה של דרישת השליש, המבוססת על תפיסה שונה לחלוטין של המושג "חירות", תפיסה שאבקש ליישמה על ההתארגנות במקום העבודה.

ד. חירות כנוגדת שליטה – הגותו של פיליפ פטיט (Philip Pettit)

Liberty is, to live upon one's Own Terms; Slavery is, to live at the mere Mercy of another.⁷⁴

73 על השינויים הכבירים בתשתית הקורפורטיבית של מדינת ישראל ראו Mundlak, Fading Corporatism לעיל ה"ש 68.

74 ראו Philip Pettit, *Freedom as Antipower*, 106 ETHICS 576, 576 (1996) (להלן: Pettit, PHILIP PETTIT, REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT 33; (*Antipower* (1997) (להלן: PETTIT, REPUBLICANISM: המצטטים את מכתבי קאטו (Cato)).

פיליפ פטיט מבקש "להחזיר עטרה ליושנה" – להבין שוב את מושג החירות במשמעות הרפובליקנית שלה.⁷⁵ לטענת פטיט, ניתן לחלק את המחשבה המדינית בעניין החירות לשתי תזות נוגדות: התזה הראשונה עוסקת בתפיסת החירות השלילית. תפיסה זו התפתחה במחשבה האנגלית בתקופת הנאורות, ומייצגיה העיקריים הם בנת'האם ומיל. לפי תפיסת החירות השלילית, משמעותה של חירות הוא היעדר התערבות (Liberty as Non-Interference). אם אדם יכול לעשות מה שהוא מבקש לעשות, ואחר אינו מונע ממנו לעשות כן, הרי הוא חופשי. חירותו בידו. תפיסה זו מעניקה "חגורת הגנה" מפני התערבות חיצונית ברצוני החופשי. לפי אותה תפיסה, כל נורמה משפטית כופה, פוגעת בחירות, שכן היא מתערבת בהחלטותיי וברצונותיי החופשיים.⁷⁶

אולם פטיט מבקש להציע לנו תזה אחרת של תפיסת החירות. לפי התפיסה שמציג פטיט, חירות אינה היעדרה של התערבות אלא היעדר כפיפות לשליטה שרירותית, קפריזית (Liberty as Anti-Domination). פטיט מגדיר שליטה (Domination) של אדם על אדם אחר, אם ביכולתו של האדם השולט להתערב שרירותית בבחירות שהאחר יכול לבחור.⁷⁷ נראה כי הדגש בתפיסת השליטה של פטיט הוא כמובן בכפיפות של האדם לחברו. ודוק, אין מדובר בסתם כפיפות, אלא בכפיפות לכוח שרירותי של האחר – בין שהוא מופעל ובין שאינו מופעל אך הוא ניתן להפעלה בכל רגע. כך, לדעת פטיט, תפיסת החירות כהיעדר התערבות ("חירות שלילית") היא תאוריה צרה מדי ורחבה מדי באותה העת לצורך מתן הסבר כולל למושג החירות.

היא צרה מדי, לדעת פטיט, שכן גם במקרים שבהם אין התערבות כלל ברצונותיו או בשאיפותיו של אדם, אין לומר כי הוא חופשי. פטיט מבקש להציג עבורנו את מערכת היחסים שבין בעל העבד הנאור לעבדו.⁷⁸ האם העבד, החופשי מהתערבות כופה בחיי היום-יום הלכה למעשה (אך חשוף לכך כל רגע, לפי הלך רוחו של אדונו) – הוא אכן אדם חופשי? האם חירותו בידו? לדעת פטיט, העובדה כי השליטה בעבד אינה ממומשת ברגע מסוים – ואף ברגעים נוספים על הרגע המסוים – אינה מלמדת דבר על חירותו של העבד.⁷⁹ הוא עדיין נתון לשרירות רצונו של אדונו. הוא נתון לרחמי. העובדה כי אדונו "נחמד",

75 ש.ם.

76 ראו PHILIP PETTIT, JUST FREEDOM: A MORAL COMPASS FOR A COMPLEX WORLD 13–22 (2014) (להלן: PETTIT, JUST FREEDOM). ראו גם את ביקורתו של ישעיהו ברלין על תפיסת החירות כהיעדר התערבות, בישיבה ברלין ארבע מסות על חירות 43 (1969): "הדגילה באי התערבות (כגון 'דרוויניזם חברתי') שימשה, כמובן, לתמיכה במהלכי-מדיניות הרסניים מבחינה פוליטית וחברתית שחימשו את החוק, האכזר והסר-המצפון כנגד האנושי והחלש, את בעל-היכולת וחסר-הרחמים כנגד המוכשר-פחות וביש-המזל. תדיר היתה משמעות החופש לזאבים – מוות לכבשים".

77 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 52. על הגדרת השליטה ראו גם Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 578.

78 PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 63–64; ראו השימוש שעושה פטיט להדגמת נקודה זו ביחסים שבין בני הזוג תורולד ונורה במחזהו הביקורתי של הנריק איבסן משנת 1879 "בית הבובות". מערכת היחסים שבין בני הזוג מבוססת על כפיפותה המלאה של נורה לרצונו (הטוב) של תורולד לפי רוח התקופה הוויקטוריאנית. מכאן שנורה אינה חופשייה כלל גם אם חייה נוחים, ורצונו של תורולד מכוון לטוב (ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' 2).

79 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 586.

"נאור" ו"נעים" אינה מעלה ואינה מורידה באשר למצב חירותו – הוא עבד שאינו נהנה מחירות. פטיט מצביע על העובדה כי לפי תזת החירות כ"היעדר התערבות" ניתן לראות בעבד זה אדם חופשי, שכן הוא נהנה בפועל מהיעדר מוחלט של התערבות ברצונותיו ובבחירותיו.⁸⁰

אולם כנאמר, תפיסת החירות כ"היעדר התערבות" היא גם רחבה מדי לדעת פטיט, שכן לא כל התערבות ברצונותיו של אדם או הגבלת מעשיו משמעותן פגיעה בחירותו. כלומר, לדעת פטיט, לא בכל פעם שמגבילים את החופש המוחלט שיש לאדם מדובר בפגיעה בחירותו. פטיט טוען לדוגמה:⁸¹

The official is subject to such screening and sanctioning devices, at least in the ideal, that they can be relied upon to act on a non-factional basis: on a basis that is supported by non-sectional interests and ideas. They interfere, since they operate on the basis of coercive law, but their interference is non-arbitrary. The parliament or the police officer, then, the judge or the prison warden, may practise non-dominating interference, provided – and it is a big proviso – that suitably constraining, constitutional arrangement work effectively.

כאמור, לא תמיד התערבות ברצונו החופשי של אדם היא בעייתית. הבעייתיות קיימת רק כאשר האדם כפוף לכוח שיכול להיות מופעל שרירותית – יהא זה בידי האדון, המדינה, המעביד או כל בעל כוח אחר. השרירות הגלומה בהפעלת השליטה היא היוצרת לדעת פטיט את האיום על חירות האדם. באמצעות התזה של חירות כ"נוגדת שליטה" פטיט מחזיר לקדמת הבמה את תפיסת החירות שהוא מכנה "רפובליקנית". לפי תפיסה זו, אזרח חופשי במדינה אינו אזרח שאין מתערבים כלל בענייניו.⁸² וכדבריו:⁸³

80 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 35.

81 שם, בעמ' 65.

82 ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בפרולוג. והשוו לתפיסתו של GUIZOT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 47–55. בתפיסה רפובליקנית זו של חירות ניתן כמובן למצוא קווי דמיון לתפיסת החירות של מקיאבלי (ראו ניקולו מקיאבלי דיונים על עשרת הספרים הראשונים של טיטוס ליוויוס מבוא (הלי זמורה עורך, 2010)), כפי שפטיט עומד על כך בעצמו בספרו (שם, בעמ' 7–9); מושג החירות של מקיאבלי, אין משמעותו היעדר התערבות בחיי הפרט אלא חיים במסגרת מדינית המכוונת להשגת טובת הכלל ולא להשגת טובתו של פרט מסוים. מובן שתפיסה רפובליקנית זו מזכירה גם את תפיסתו של רוסו בדבר מושג החירות (ראו שלמה אבינרי רשות הרבים – שיחות על מחשבה מדינית 120–127 (1966)). להתייחסותו של פטיט להגותו של רוסו (שאותה הוא מכנה מחשבה רפובליקאית קומיונרית) ראו PETTIT, JUST FREEDOM, שם, בעמ' 12–13. לניתוח תפיסת החירות של רוסו והסכנות הטמונות בה ראו יעקב טלמון ראשיתה של הדמוקרטיה הטוטליטרית 35–45 (התשט"ו). טלמון גם מזהיר מפני הסכנה שבתפיסת מושג החירות כמכלול ערכים ולא כהיעדר כפייה ומטיפוס הדמוקרטיה הטוטליטרית ותפיסת החירות החיובית שהיא נושאת בדרך של משיחיות פוליטית. כדוגמה מציין טלמון כי "ככל שקרבו היעקובינים לשלטון, הבליתו יותר ויותר את ההגדרה של חירות כמכלול ערכים ולא כהעדר-כפייה" (שם, בעמ' 99). אולם הגם שכל הגדרת חירות בדרך שאינה שלילית עלולה לשאת בחובה סכנות שיש להיות ערים בעניינן (הקיימות, מן העבר השני, גם בהגדרה שלילית בלבד של חירות),

If freedom is construed as antipower rather than noninterference, then we do not have to see the rule of law, and more generally of constitutional authority, as itself an abrogation of liberty.

לפיכך, לדידו של פיליפ, אזרח חופשי במדינה הוא "חופשי" במידה שהוא יכול "להסתכל לאזרחים האחרים בעיניים, כשווה מעמד".⁸⁴ כלומר, רק במקום שבו אדם יכול להיות משוחרר משליטה שרירותית, מכפיפות לכוח שרירותי – רק אז הוא הופך לחופשי גם אם חלה התערבות ברצונותיו, בהיותו חלק מחברה מתפקדת, ובתנאי שההתערבות האמורה נעשית בדרכים שאינן מאפשרות הפעלה שרירותית של הכוח – באמצעות מערכות חברתיות המפעילות פיקוח ומטילות מגבלות נורמטיביות על השימוש בכוח.⁸⁵ אמנם בכתביו פטיט מפתח מתכון רחב היקף למערכת מדינית רפובליקנית המושתתת על ערכי הדמוקרטיה ושלטון החוק. ואולם, במאמר זה אני מבקש ליישם את התאוריה של פטיט רק בנגזרת צרה יחסית – מישור היחסים הפנימי שבין קהילת העובדים במשפט העבודה הקיבוצי.

כאמור, החשש מפני הכפיפות לכוח שרירותי הוא מרכז הגותו של פיליפ פטיט.⁸⁶ פטיט ראה בכתביו רלוונטיות בהדגמת רעיונותיו בהקשר של מערכת יחסי העבודה כמערכת המערבת כפיפות לכוח.⁸⁷ לדידו, התאוריה הרפובליקנית מצדיקה הטלת מגבלות על כוחו של המעביד לפטר עובדים ללא סיבה ותומכת בהכרה בזכות ההתארגנות של העובדים.⁸⁸ גם חוקרים בתחום משפט העבודה ראו לנכון ליישם את הגותו בדבר מערכת היחסים שבין

תפיסת החירות בהגותו של פטיט לא רק שאינה מחייבת תפיסה פוליטית משיחית שיכולה להוביל לדמוקרטיה הטוטליטרית כבחזונו של טלמון, אלא שתפיסה שכזו תהא שרירותית לחלוטין במונחי הגותו של פטיט ולכן אינה יכולה כלל לנבוע ממנה. ודוק, ניתן לעשות שימוש לרעה בתפיסת החירות של רוסו לביסוס משטרים הטוענים לידיעה חובקת בדבר "טובת הציבור", אולם קשה לעשות שימוש כאמור בתפיסת החירות הרפובליקנית של פטיט, שכן היא מבטיחה, בראש ובראשונה, את היעדרה של השרירות בהפעלת הכוח; את חשיבותו של שלטון החוק בשלטון ואת חשיבותן של המגבלות החלות על השלטון. ככזו היא מקשה על משטר המצהיר על ידיעת כול להתבסס ולמשול לא באמצעות הדיקטטורה של הרוב ולא באמצעות הדיקטטורה של המיעוט.

83 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 597.

84 פטיט מכנה מבחן זה: "eyeball test" (ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' XXVI, 100).

85 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 587, 597–598.

86 ראו Philip Pettit, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in DEMOCRACY'S VALUE 90 (Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordon eds., 1999); Philip Pettit, *The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin*, 121 ETHICS 693 (2011) (להלן: Pettit, *The Instability*).

87 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 585: "In the absence of other employment opportunities and appropriate controls – say, those that a vigilant union might guarantee – employers and managers will enjoy subjugating power over their workers" ראו גם את כתיבתו החדשה של פטיט על חשיבות ארגון העובדים במסגרת PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' 90, 20.

88 ראו שם, בעמ' 150.

העובד למעביד.⁸⁹ דוידוב תהה אם ניתן לראות בהגותו של פטיט הצדקה לדיני העבודה בכללותם.⁹⁰ לטענתו, מדובר בתאוריה פוליטית רחבה שאינה מותאמת דווקא להצדקת משפט העבודה, אך היא יכולה לשמש בסיס להצדקת זכויות מסוימות שבמשפט העבודה. אחת הזכויות האמורות לטעמו היא זכות ההתארגנות, שהיא פתרון לגירעון הדמוקרטי שממנו סובל העובד.⁹¹ קברלי וזאן מעניקים פרשנות מצמצמת יחסית לכתיבתו של פטיט כבסיס להצדקת משפט העבודה הקיבוצי, אך מסכימים כי התאוריה הפוליטית האמורה יכולה לשמש בסיס יעיל להצדקת ההתערבות ביחסי העבודה.⁹² בוג ואיסטולנד טענו כי התאוריה של פטיט יכולה לשמש צידוק לביסוסה של זכות ההתארגנות כזכות אישית למחאה.⁹³ בכתיבה אחרת טענה מונטוואלו כי על סמך תפיסת החירות כנוגדת שליטה ניתן להגביל את המעביד באשר לזכות הפרטיות של העובד לאחר זמן העבודה.⁹⁴ במאמר זה אני מבקש ליישם את הגותו של פטיט במישור היחסים הפנימי שבין קהילת העובדים ובדבר חירות העובד הבודד למול הצורך בפעולה הקיבוצית של העובדים במקום העבודה.⁹⁵

- 89 כרך מס' 33 (3) של כתב העת INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS הוקדש כולו לדיון ביישום התאוריה הרפובליקאית (בין היתר של פטיט) על מקום העבודה. ראו INT'L J. 33 (2017) COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 331-338. אך בניגוד לכותבים בכרך, המבקשים לבחון אם התאוריה הרפובליקאית יכולה לשמש בסיס נורמטיבי למשפט העבודה כולו או להצדיק את משפט העבודה הכופה על רקע מערכת היחסים שבין העובד לבין המעביד ויחסי הכפיפות והשליטה הכרוכים במערכת זו (כך לדוגמה, מבקש בראן (Breen) במאמרו Keith Breen, *Non-Domination, Workplace Republicanism, and the Justification of Worker Voice and Control*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 419, 419-439 (2017)), לבחון כיצד התאוריה הרפובליקאית יכולה להתמודד עם ליישם את התאוריה הרפובליקאית של פטיט לצורך ביסוס תאורטי של היעדר הדרשה הרובנית במסגרת התארגנות העובדים – בינם לבין עצמם.
- 90 ראו Guy Davidov, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 365, 365-390 (2017).
- 91 שם, בעמ' 378. ואכן, פטיט בספרו (PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' 90) רואה בתאוריה שלו תומכת בהתארגנות העובדים אך הוא רואה לנכון לסייג את כוח הארגון עצמו (שם, בעמ' 105): "While recognizing the role of unions in protecting employees, it would defend constraints on how far a union can resort to strike action, whether in primary or secondary picketing of a firm; for example, it might require prior recourse to arbitration of the grievance"
- 92 ראו David Cabrelli & Rebecca Zahn, *Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention?*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 339-364 (2017).
- 93 ראו Alan Bogg & Cynthia Estlund, *Freedom of Association and the Right to Contest*, in ALAN BOGG & TONIA NOVITZ, VOICES AT WORK: CONTINUITY AND CHANGE IN THE COMMON LAW WORLD 141 (2014). לסקירה רחבה על התאמת ההגות הנאורפובליקאית להצדקת משפט העבודה ראו Alan Bogg, *Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or Trojan Horse?*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 391-418 (2017).
- 94 ראו Virginia Mantouvalou, *Life after Work: Privacy and Dismissal* (LSE Law, Soc'y & Econ., Working Paper No.5, 2008), <http://bit.ly/2UbDOno>.
- 95 ראו Eshet, לעיל ה"ש 12, בעמ' 512-514 (יוטעם כי המאמר עסק בעיקר ביישום משנתו של הנס קלון בסוגיית הכפייה והחירות בהתארגנות העובדים במקום העבודה בהתבסס על הדין הנוהג בארצות הברית, בקנדה ובישראל והניח רק תשתית עיונית ראשונית לרעיונות המופיעים בהרחבה במאמר הנוכחי).

בהתאמה, הטיעון שאבקש לפרוס בפרק הבא הוא שאם מאמצים את תפיסת החירות שמציע פטיט, הרי שהמשטר שמבקש חוק הסכמים קיבוציים לבסס הוא בגדר "נוגדן כוח שליטה" כבהגותו של פטיט, המבקש לקדם את החירות של כלל קהילת העובדים בהתקיים תנאים מסוימים. משכך, ארגון העובדים היציג הוא מכניזם להגשמת חירות העובדים במקום העבודה. הוא ניצב מול הכוח של המעביד (שניתן להפעלה שרירותית). אם חירות היא היכולת "להסתכל לאדם בעיניים" במקום העבודה, אזי ההתארגנות רצויה לשם הגשמת חירותם של העובדים. היא המאפשרת לקהילת העובדים להשתתף בעיצוב תנאי העבודה.⁹⁶ בהקשר זה משמעות התארגנות העובדים היא מימוש חירות העובד ולא הגבלתה. עתה אבקש להרחיב את הדיון במעמדו של ארגון העובדים היציג כנוגדן כוח שליטה במקום העבודה ובתנאים הנדרשים למימוש החירות האמורה.

ה. ארגון העובדים היציג כ"נוגדן כוח שליטה" במקום העבודה

The restraint of a fair system of law – a non-arbitrary regime – does not make you unfree.⁹⁷

אם משמעות החירות היא לא להיות כפוף לכוח שרירותי, תוהה פטיט, כיצד נשמור על חסרי הכוח מפני הכפיפות לבעלי הכוח? תשובתו של פטיט היא כי נדרש ליצור מערכות ומוסדות שיהיו נוגדני כוח (antipower) שבכוחם לתרום לאיזון פער הכוחות במערכות היחסים האמורות. מערכת מדינית כזו היא שלטון החוק. במסגרתה המיעוט אינו כפוף לשרירות כוחו הקפריזית של הרוב. פטיט מציין ספציפית ביחס למקום העבודה:⁹⁸

The employer has greater financial and probably legal resources than the employee, And so on. If we are to reduce domination in a society, therefore, then we must think of compensating for such imbalances.

והינה, במובן הזה ארגון העובדים היציג מעניק לעובד היחיד את החירות עצמה אם תפיסת החירות היא היעדר שליטה שרירותית. כך, ניתן לראות במימושה של זכות ההתארגנות, ובארגון העובדים היציג, נוגדן של כוח שליטה, "antipower", אם להשתמש במילתיו של פטיט.⁹⁹ מובן שניתן לטעון כי הארגון מתערב ברצונו של אדם, שכן הוא פועל על בסיס של משפט כופה לפי הוראות חוק הסכמים קיבוציים, ולכן התערבות זו היא בגדר פגיעה בחירות

96 ראו Pettit, *The Instability*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 715.

97 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 5. הציטוט מופיע גם ב-Alan Bogg & Cynthia Estlund, *Freedom of Association and the Right to Contest*, in ALAN BOGG & TONIA NOVITZ, VOICES AT WORK: CONTINUITY AND CHANGE IN THE COMMON LAW WORLD 141 (2014).

98 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 589.

99 ראו שם, בעמ' 592 (פטיט מאזכר את ארגוני העובדים כאמצעי לקידום antipower); PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 65, 304. ראו גם Philip Pettit, *Freedom in the Market*, POL., PHIL. & ECON. 131 (2006) 5(2). אציין כי הטיעון בפרק זה הוא פיתוח של הטיעון ב-Eshet, לעיל ה"ש 12, בעמ' 512-514.

במובנה כהיעדר התערבות. אולם התערבותו של הארגון אינה שרירותית, והיא דומה להתערבותו של הפרלמנט או של השוטר. על כן לפי תפיסת החירות כהיעדר שליטה שרירותית אין מדובר בפגיעה בחירות, משום שארגונים חברתיים אלו נשענים על מערכות ייצוג קיבוציות שבמסגרתן, לפחות מהבחינה התאורטית, יש יחס שוויוני בין הפרטים המרכיבים את המערכות הללו (אזרח לאזרח; עובד לעובד). השחקנים המרכיבים את המערכות הללו יכולים "להביט זה לזה בעיניים".¹⁰⁰ יש בידם שליטה מלאה על חירותם.¹⁰¹ מובן שאנו עוסקים כאן בדמות ארגון העובדים האידיאלי.¹⁰²

האפשרות למימוש כוחו השרירותי של המעביד נובעת מהיות מקום העבודה קניינו של המעביד, מכוחו הכלכלי ומהמבנה ההיררכי הטיפוסי של ארגון העבודה, המצדיק את הענקת זכות היתר (פרווגטיבה) למעביד. כל אלה מאפשרים לו לממש את כוחו בנוגע לעובד ואינם מאפשרים לעובד, בהשאלה מדברי פטיט: "להסתכל למעביד בעיניים".¹⁰³ גם ארגון העובדים היציג מפעיל כוח על העובד היחיד, אך הסכנה מכוחו השרירותי של ארגון העובדים היציג יכולה לנבוע רק משיבוש בתפיסה או משיבוש ביישום הדמוקרטיה הארגונית.¹⁰⁴ במובן הזה יכולתו של העובד להשתתף בפעילות הארגונית, הפתוחה לכל אדם ביחידת המיקוח, והמבנה הדמוקרטי של הארגון הם האמורים לשמור את העובד מפני כפיפות להפעלת כוח שרירותית, והם המאפשרים לציבור העובדים "להסתכל זה לזה בעיניים". כפיפות שכזו אינה נחשבת למסכנת את חירות העובד, בדיוק כפי שהכפיפות לחוקי המדינה אינה נחשבת סכנה לחירותו של האזרח. וכדבריו של פטיט:¹⁰⁵

100 ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' 90, 112.

101 שם, בעמ' 122: "If the *demos* or people are to share equally in exercising *kratos* or power over government, and if the power they share is to mean that the coercive laws of government are not arbitrary and dominating, then what they exercise must constitute control"

102 עוד ברור שאין שום טעם בלהחליף את האפשרות להפעיל בשרירות את הכוח של המעביד ביכולת להפעיל בשרירות את כוחו של ארגון העובדים. על כך אבקש להרחיב בפרק הבא, ואולם, בכל מקרה, אין הכוחות דומים, למרות שמנקודת המבט של זה הנתון לכוח השרירותי, אין בשונות זו כדי לסייע.

103 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 71. לפירוט על מקור הכוח של המעביד ועל סכנה שביכולת הפעלת הכוח השרירותי, ובהיותה של אופציית היציאה (exit) ממקום העבודה, לבדה, לא מספקת להתמודדות עם כוח זה, ראו Breen, לעיל ה"ש 89, בעמ' 424-430. בראן טוען במאמרו כי נדרש להעניק לקהל העובדים גם מנגנונים של קול ושליטה במקום העבודה. מובן שהטעון המובא כאן הוא כי התארגנות העובדים משמעותה הענקת קול ושליטה מסוימת במישור יחסי העבודה במקום העבודה, וככזו – היא משמשת נוגדן שליטה שרירותית.

104 כך לדוגמה בראן (שם, בעמ' 425-427), טוען כי כוחו של המעביד נובע הן מההיררכייה הארגונית הטבועה בארגון המודרני ומזכות היתר של המעביד (על מושג זכות היתר הניהולית, ראו גיא דוידוב "הפרווגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417 (2008)). לעניין זה די אם אציין כי ארגון העובדים, בניגוד למעביד, אינו פועל בסביבה הייררכית טבועה, ואין הוא מפעיל זכות יתר ניהולית.

105 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 36; Philip Pettit, *Freedom in the Spirit of*; 36, Pettit, *Freedom in the Market*; Sen, in AMARTYA SEN 91, 112 (Christopher Morris ed., 2009) "state interference in the lives of individuals will be nonarbitrary so far as it is subject to a suitable degree of control by the interests that members of the community are disposed to avow as common"

And the fact that we share equally in democratic control of that state means that the exercise of state authority in shaping and guarding our basic liberties will not be dominating either. Thanks to its democratic structure, the agency that protects us against domination by others will not perpetrate domination in the act of doing so. The control it exercises over us individually will be subject to our own control in the maximal measure possible for each of us in a democratically egalitarian society. Such controlled control – such nonarbitrary control, in the old republican phrase – is no danger to freedom. Once freedom is understood in the republican, status-centered way.

הינה כי כן, השליטה של ארגון העובדים היציג על העובד היחיד מפסיקה להיות שרירותית, בין היתר כאשר העובד נשלט על ידי כללים שהוא יכול להשתתף בעיצובם בעקיפין. לכן, בדומה לדבריו של פטיט, כפיפותו של העובד – כל עובד, למערכת קיבוצית הוגנת, לא שרירותית, שבמסגרתה יכול העובד להשתתף בעיצוב ההחלטות הקיבוציות – אינה הופכת אותו ללא חופשי.¹⁰⁶ כאמור, ההפך הוא הנכון. נראה כי לפי תפיסתו של פטיט, ארגון העובדים היציג הוא המשמש נוגדן כוח שליטה, כזה המאפשר לעובד היחיד לממש את חירותו בדרך של חיזוק כוחו כנגד המעביד.

נראה כי תפיסה דומה הנחתה את המשפט הישראלי עת דן בשאלת מעמדו של חבר האגודה השיתופית (לדוגמה חבר הקיבוץ) בנוגע לתחולת משפט העבודה. ככלל, חבר הקיבוץ אינו נחשב עובד לצורך משפט העבודה. ייתכן שהסיבה העיקרית לקביעה זו נעוצה בעובדה כי בידי חבר הקיבוץ האפשרות להשתתפות דמוקרטית בעיצוב כללי השלטון המקומי שלו, כחלק מקהילה. לפיכך חבר הקיבוץ הוא "חופשי" גם אם הכללים שהתקבלו במסגרת הקהילה מגבילים את רצונו. הוא יכול להסתכל לחברי הקיבוץ האחרים, שעימם הוא מגדיר את כללי חייו, "ישירות בעיניים".¹⁰⁷ כך גם הדבר כשמדובר בפסיקה המסורתית שהתייחסה למעמדו במשפט העבודה של חברי אגודה שיתופית אחרים.¹⁰⁸ מסיבה זו נראה

106 ראו התייחסותו של פטיט לתפיסתו של רוטו (Pettit, The Instability), לעיל ה"ש 86, בעמ' 715–716): "Thus, he generated a new form of republicanism in which the citizens are lawmakers, and their freedom or nondomination is guaranteed by the fact that they live under laws of their own, collective making: they live under the shared general will. As this new republicanism took root, it gave rise to the idea that not only was freedom guaranteed by incorporation in collective self-government, that is what freedom means"

107 על כך ראו בג"ץ 2037/14 בן אהרון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 6.7.2016); ע"ע 22305-02-15 חזון נ' קיבוץ נען (פורסם בנבו, 8.6.2017).

108 ראו ע"א 431/72 "בית שאן" מאפיה קואופרטיבית בבית שאן בע"מ נ' פירשטיין, פ"ד כז(2) 66, 72 (1973) ("יהא אשר יהא סימן ההיכר של עובד, תמיד תמצא ביחסים שבינו לבין מעבידו אלמנט של כפיפות [...] לכאורה, עומד מצב של כפיפות בסתירה גמורה לרעיון הקואופרציה"); דב"ע לח/20-3 "הפועל", מחוז תל אביב, התאגדות לתרבות הגוף – מורדוכוביץ, פד"ע י 102 (1979); דב"ע נא/185-3 בהגן – "המהפך" – אגודה שיתופית להובלת משאות בירושלים בע"מ, פד"ע כד 15 (1992); השו"ב לבג"ץ 176/90 מכנס נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(5) 711 (1993). על התמורות שחלו ברעיון

שהמערכת המשפטית אינה רואה טעם ביישום "נוגדני שליטה" כדוגמת משטר דיני העבודה הכופה באותן קהילות העבודה שהעובד אינו חשוף בהן לשליטה שרירותית, ושבמסגרתן יש בידי העובד האפשרות להשתתף בעיצוב כללי שלטון העבודה כדוגמת הקואופרטיב המסורתי.

הדים לתפיסה שארגון העובדים הוא נוגדן כוח שליטה נוכל למצוא גם בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי, אשר העניק לאחרונה מעמד חוקתי, המוגן על פי צ'רטר הזכויות הקנדי, לזכות לניהול משא ומתן קיבוצי ולזכות השביתה. בפרשת משטרת אונטריו נפסק כי זכות ההתארגנות במובנה החוקתי נועדה להגן על העצמת הכוח של אלו הנמצאים בעמדת נחיתות מול כוח עדיף שיש ביכולתו להתנגד להגשמת רצונותיהם.¹⁰⁹ במובן הזה, סרטוט זכות ההתארגנות במונחים של התנגדות לשליטה וככלי להעצמה קיבוצית עולה בקנה אחד עם מעמדו של ארגון העובדים כנוגדן כוח שליטה, לפי כתיבתו של פטיט.¹¹⁰ זאת ועוד, בקביעתו כי זכות השביתה אף היא זכות חוקתית המוגנת בצ'רטר הזכויות הקנדי, ניתן לטעון כי דעת הרוב בפרשה ראתה בשביתה מעין "אמצעי הנוגד כוח שליטה" בדמות הסירוב הקיבוצי לעבוד בתנאים שנקבעו חד-צדדית בידי מי שבידו הכוח לממש את השליטה במקום העבודה.¹¹¹

הקיבוצי וביחס המשפט לקיבוץ ראו אביטל מרגלית "קהילה ו/או תאגיד? הליך המעבר לקיבוץ המשתנה ומשפט המדינה" מחקרי משפט ל 291 (2016). על הדגש בהשתתפות הדמוקרטית בקבלת ההחלטות במסגרת הקיבוץ, ראו שם, בעמ' 309.

109 ראו עניין משטרת אונטריו, לעיל ה"ש 57, פס' 58: 'to protect the individual from 'state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends' [...] The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society"

110 אולם דעת הרוב בבית המשפט העליון הקנדי מעניקה משקל רב לרכיב תשתית בייצוג העובדים במקום העבודה והוא רכיב הבחירה (choice) (ראו שם, בעמ' 53–54). לפי רכיב זה, נדרש להעניק לעובדים לפי מודל הייצוג את זכות ההשתתפות בפעילותו של הארגון ואת הזכות לעצב את מטרות הארגון, כמו גם את היכולת לבחור בין ארגונים שונים. במובן הזה ניתן לטעון כי רכיב הבחירה סותר את תפיסת החירות כנוגדת שליטה, והוא נראה כקרוב יותר לתפיסת החירות כהיעדר התערבות. אולם לרכיב הבחירה, כפי שהוא עוצב בפסיקת בית המשפט העליון הקנדי, מובן אישי בעל משמעות קיבוצית. דהיינו, משמעותו של רכיב הבחירה היא היכולת לעצב את הייצוג הקיבוצי, והיא אינה עוסקת בבחירה אם בכלל לקיים מערכת ייצוג קיבוצי אם לאו. במובן זה אין מדובר בעיקרון המבטיח את יכולת הבחירה של כל עובד ועובד בשאלה אם לקיים ייצוג קיבוצי, אלא נראה שעסקינן בעיקרון המבקש להבטיח לעובד השפעה ובחירה במסגרת עולם הייצוג הקיבוצי, וכך לא ייפגע כוחו של הפרט מהתארגנות קיבוצית שהיא יכולה לקיים סממני שליטה שרירותית. ייתכן שכך ניתן לראות גם ברכיב זה רכיב המקדם את תפיסת החירות כנוגדת שליטה במקום העבודה. ראו התייחסות לרכיב זה גם בהמשך המאמר.

111 ראו "The right to strike is essential to realizing these values and objectives through a collective bargaining process because it permits workers to withdraw their labour in concert when collective bargaining reaches an impasse. Through a strike, workers come together to participate directly in the process of determining their wages, working conditions and the rules that will govern

התוצאה של יישום תפיסת החירות כנוגדת שליטה בהתארגנות עובדים לפי חוק הסכמים קיבוציים מפתיעה מעט. לפי תפיסה זו נראה שחוק הסכמים קיבוציים אינו מגלה אדישות לשאלת התארגנות העובדים במקום העבודה. הטענה שלפיה חוק הסכמים קיבוציים רק מעניק את האפשרות להתארגן, והבחירה המלאה היא בידי העובדים אם להתארגן, אינה מדויקת דייה. הנכון הוא שחוק הסכמים קיבוציים אינו אדיש לתוצאה אלא מבקש הלכה למעשה לקדם את חירותם של העובדים בדרך של התארגנותם במקום העבודה. אם הנחה זו נכונה, אזי לטעמי, קידום החירות באמצעות חוק הסכמים קיבוציים נעשה בקביעת נקודת מוצא שלפיה המצב שבו קיימת התארגנות עובדים במקום העבודה טוב מהמצב שבו אין התארגנות של עובדים. מסיבה זו מבקש חוק הסכמים קיבוציים לעודד את ההתארגנות באמצעים שונים. אחד האמצעים הוא ויתור על היות הדרישה הרובנית תנאי לקיומה של התארגנות עובדים במקום העבודה.

על התמיכה באמצעי זה ניתן ללמוד גם מדברי ועדת העבודה שהכינה את חוק הסכמים קיבוציים לקריאה השנייה והשלישית. אומנם הדיון בסעיף 3 לחוק לא עסק בשאלת החירות של העובדים או של המעביד בהרחבה, אך ניתן לדלות מהדיון שנערך כמה נקודות שיכול שיש בהן כדי לתמוך בתזה המוצעת במאמר. ראשית, היה מי שביקש לקבוע כי רק במקרה שבו 50% מכלל העובדים שעליהם יחול ההסכם הם חברים בארגון העובדים יהיה ניתן לרוב העובדים לנהל את המשא והמתן עם המעביד לחתימה על הסכם קיבוצי.¹¹² מן העבר השני, ביקש חבר הכנסת יצחק בן אהרון להעמיד את הדרישה על 25% בלבד ולא על שליש. הסיבה לכך לדידו הייתה זו:¹¹³

אנו קולטים עולים וצריכים להכניסם לעבודה וכלל הכרה של ארגון, וזהו תהליך ממושך. יש לנו ענין להגן על הפועלים מראשית עבודתם. איננו צריכים לחכות עד שהם יגיעו לכלל הכרה בצורך הארגון, אלא ללכת לקראתם, להבטיח את ההגנה על האינטרסים שלהם ולאפשר להם להגיע לחווה קיבוצי גם כאשר מאורגנים פחות משליש העובדים.

והנה, בסופו של דבר נבחרה דרישת השליש. נראה כי נקודת המוצא הייתה כי ההתארגנות טובה לעובדים, ולכן אין טעם להמתין עד שהעובדים עצמם יגיעו להכרה בדבר חשיבות ההתארגנות עבורם ורציותה. משכך, חוק הסכמים קיבוציים צריך שיקדם את התארגנות העובדים בדרך של הליכה לקראת ציבור העובדים ולשם הגנה פטרנליסטית על ההתארגנות. משכך, ומשנקודת המוצא היא כי התארגנות היא בגדר מימוש חירותם של העובדים, ברי כי

their working lives (Fudge and Tucker, at p. 334). The ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions. This collective action at the moment of impasse is an affirmation of the dignity and autonomy of employees in their working lives"

112 ראו את בקשתו של חבר הכנסת הראל בפרוטוקול ישיבה מס' 18/א של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-3, 4 (19.6.1956) (להלן: פרוטוקול 18/א).

113 שם, בעמ' 3. ראו גם את בקשתו של חבר הכנסת שוסטק – שלפיה הוא "מוכן לקבל גם פחות משליש" – בפרוטוקול ישיבה מס' 14/ב של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-3, 1 (26.12.1956).

אין טעם לדרוש את תמיכתם של רוב העובדים ביחידת המיקוח לעצם כינונה של המערכת הקיבוצית במקום העבודה.

לסיכום, ועל בסיס הגותו של פטיט, ניתן לטעון כי התארגנות העובדים מבססת את הקול הקיבוצי ואת כפיפותו של העובד היחיד ביחידת המיקוח לקול זה. התארגנות זו, השואפת להשיג את טובת הכלל, היא בגדר מימוש חירותם של העובדים בדרך של ביסוס נוגדן כוח שליטה במקום העבודה.¹¹⁴ חוק הסכמים קיבוציים הוא המבקש לקדם חירות זו.

אולם תאוריה לחוד ומציאות לחוד. גם במשטרים דמוקרטיים, שבהם יכולים האזרחים להסתכל "זה לזה בעיניים", נדרשת המערכת המשפטית לכינונו של משפט ציבורי לשם שמירה על חירותו של האדם מפני שימוש בכוח השרירותי של השלטון, לצד משפט הציבור.¹¹⁵ מסיבה זו נדרש לטעמי להמשיך ולפתח כללים משפטיים העוסקים בפעולתו של ארגון העובדים היציג על מנת שיגשים את ייעודו כמכניזם נוגד שליטה במקום העבודה כנגד פוטנציאל הפעלת כוחו השרירותי של המעביד, אך לא יהפוך עצמו למי שמפעיל כוח שרירותי על העובד היחיד. שאם לא כן, נמצא שהניסיון להציב כוח נגדי לכוח השרירותי של המעביד לשם הבטחת החירות – כשל.¹¹⁶ את הכללים האלו אבקש להציג בפרק הבא.

ו. תנאי התשתית שבמסגרתם ארגון העובדים היציג הוא "נוגדן כוח שליטה"

If a society is committed to the realization of freedom as antipower, then it is going to have to do something about the conditions of women and employees.¹¹⁷

114 לפי משנתו של רוסו, יש צורך להבחין בין הרצון הכללי (volonte generale) לבין הרצון הפרטי (volonte de tous). הרצון הכללי הוא מכניזם סוציאלי עצמאי, ותמיד שואף להשיג את טובת הכלל. כפיפותו של אדם לרצון הכללי אינה פוגעת בחירותו. ראו ז'אן ז'אק רוסו *האמנה החברתית* (עידו בסוק מתרגם, 2006); Joel I. Colon-Rios, *Rousseau, Theorist of Constituent Power*, 36 OXFORD J. LEGAL STUD. 885, 889 (2016): "Rousseau was thus looking for a form of association in which, in obeying the law, individuals would be only obeying themselves and therefore maintaining their freedom"

115 כפרפרזה על אמרתו של הנשיא אהרן ברק, שלפיה "משפט הציבור" אינו יכול להיות תחליף למשפט הציבורי.

116 אציין כי גם פטיט עצמו, כאשר הוא מתייחס להתארגנות של עובדים, רואה לנכון בספרו החדש להטיל מגבלות על כוח זה, לעומת בספרו הקודם, שבו הוא דווקא מדגיש את ההישגים שהוענקו לקהילת העובדים על דרך ההתארגנות. ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' 105; PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 304. מעניין כי פטיט מציין בדוגמאות לסכנה שבהפעלת כוח שרירותי בשוק דווקא את הסכנה שבהפעלת כוחו המוחץ של ארגון עובדים גדול במסגרת שביתה על יזמים קטנים, שבשל לחץ זה מוצאים אל מחוץ לפעילות העסקית (ראו שם, בעמ' 91). לקריאה המסתייגת מהיכולת להשעין על כתיבתו של פטיט את עקרונות משפט העבודה הקיבוצי ראו Cabrelli & Zahn, לעיל ה"ש 92, בעמ' 360.

117 ראו Pettit, *Antipower*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 600.

כיצד נוכל להבטיח את החירות הרפובליקנית שבמסגרתה כל עובד "מסתכל לחברו בעיניים" ומממש את חירותו במקום העבודה באמצעות הגשמת זכות ההתארגנות? לשם כך ניתן להיעזר בכתיבתו של פטיט על המשטר הרפובליקני שמנביעה את תפיסת החירות כנוגדת שליטה. לדעת פטיט, המדינה הרפובליקנית הטובה נדרשת לאמץ מנגנונים שונים להבטחת היעדר שרירות במסגרת היחסים שבין השלטון לבין האזרחים. המנגנון הראשון אותו מונה פטיט במסגרת זו הוא שלטון החוק כמונע הפעלת כוח בשרירות. ¹¹⁸ מנגנון נוסף הוא הפרדת הרשויות למניעת מניפולציה של הפעלת הכוח. ¹¹⁹ עוד מבהיר פטיט כי שלטון הרוב במדינת הרפובליקנית אין משמעותו שליטה שרירותית של הרוב על המיעוט. תפיסת החירות כנוגדת שליטה תתייצב נגד דרישה למשילות חסרת גבולות של הרוב על המיעוט. תפיסה זו דווקא תבקש להכיר בסכנה הגלומה בהכרעת הרוב להפעיל כוח שרירותי, ומכאן להוביל לאובדן של חירות כמשמעותה הרפובליקנית בקרב המיעוט. ¹²⁰ משכך, לדעת פטיט נדרש לאמץ מנגנונים לשמירה מפני האיום הנשקף מכוחו של הרוב. ¹²¹ נוסף על זה דורש פטיט מנגנוני קבלת החלטות ציבוריות שיאפשרו לאזרחים למחות, להתדיין ולבקר (Contestability) בדרך לקבלת ההחלטה מטעם בעל הסמכות במדינה הרפובליקנית לשם מניעת שרירות הפעלת הכוח ולהבטחה כי ההחלטה הציבורית משמעותה תוצאה של הכרעה גלויה בין התמודדות על אינטרסים ציבוריים (ולא פרטיים), ובכך תובטח היעדר שרירותה. ¹²² כיצד ניתן ליישם מנגנונים אלו במשטר ייצוג העובדים במקום העבודה?

118 ראו PETTIT, REPUBLICANISM, לעיל ה"ש 74, בעמ' 172–177.

119 שם, בעמ' 177–180.

120 שם, בעמ' 180–183.

121 שם, בעמ' 181: "Let the laws be subject to ready majoritarian amendment, then, and the laws will lend themselves to more or less arbitrary control; they will cease to represent a secure guarantee against domination by government"

122 שם, בעמ' 183–185. פטיט דוחה את ביסוס היעדר השרירות על הצורך בהסכמה אישית או בהסכמה קיבוצית למדיניות ציבורית ומחליפה בזכות להתמודדות ציבורית במסגרת הליכי קבלת ההחלטות כמסייעת למנוע שרירות (שם, בעמ' 184–185): "What I suggested in that earlier discussion is that "non-arbitrariness requires not so much consent as contestability" But democracy may be understood, without unduly forcing intuitions, on a model that is primarily contestatory rather than consensual. On this model, a government will be democratic, a government will represent a form of rule that is controlled by the people, to the extent that the people individually and collectively enjoy a permanent possibility of contesting what government decides". לדעת פטיט, מנגנונים אלו דורשים שלוש דרישות-קדם: בסיס פוטנציאלי לקיום דיון, קיום ערוץ וקול לדיון וקיומו של פורום אפקטיבי (שם, בעמ' 186–187). מובן שבהקשר זה ניתן לציין גם את החשיבות המכרעת של זכות הפומביות לקיומה של דרישה זו כרכיב הכרחי אך לא מספיק. Guizot הוא שעמד עור בשנת 1861 על חשיבותה המכרעת של הזכות האמורה לדמוקרטיה המהותית (ראו Guizot, לעיל ה"ש 23, בעמ' 47–55) (וראו את התייחסותו של פטיט לדרישה זו שם, בעמ' 188). לצד זכות הפומביות ניתן לציין גם את זכות ההשתתפות במובנה הרחב (ראו לאחרונה דיון בפרשת 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017); אשר לקבלת ההחלטות בידי נציגי העם בכנסת) המקיימת קשר עם דרישות-הקדם של פטיט (וראו התייחסותו של פטיט לזכות ההשתתפות בדרך של ייצוג שם, בעמ' 191). לשם ההסבר פטיט משתמש בדימוי של מערכת עיתון ומעניק לציבור האזרחים לא רק את הסמכות לקבוע מי ימלא את תפקיד העורך אלא גם את סמכות העריכה עצמה (שם, בעמ' 294–295).

כבר לפני שנים רבות זיהה סמרס כי לארגוני עובדים, בדומה לארגונים אחרים, יש נטייה לאוליגרכייה.¹²³ מובן שנטייה זו משמעותה חשש להפעלת כוח שרירותי ולאובדן החירות במשמעותה הרפובליקנית. גם קאהן פרוינד תהה בעבר אם בכלל אפשר שתהיה דמוקרטיה בארגוני העובדים.¹²⁴ חשוב להדגיש כי ארגון עובדים הוא יצור חברתי ייחודי. כדבריו של קאהן פרוינד, מדובר בארגון לוחם של קבע, בעל מטרה שנקבעה מראש ואחידה יחסית.¹²⁵ ככזה, אין לראות בו זהה לארגונים פוליטיים אחרים המקיימים משטר של ייצוג, כדוגמת המפלגה הפוליטית.¹²⁶

עם זאת הצטיידות בתפיסת החירות הרפובליקנית משמעותה כי מוטלת חובה על מתכנן מערכת הייצוג הקיבוצי להבטיח במסגרתה את קיומם של המנגנונים שמטרתם להבטיח את היעדר השרירות גם במישור היחסים שבין הארגון לבין העובד. כך, נטיות אוליגרכיות וייחודו של הייצוג הקיבוצי כייצוג חד-מפלגתי לא רק שאינם אמורים לרפות את ידי מתכנן הייצוג הקיבוצי, הם אף אמורים דווקא לחזקו עת הוא מבקש לעצב את הכללים המשפטיים החלים על מערכת הייצוג בארגוני העובדים במישור היחסים שבין הארגון לעובד.¹²⁷ גם בית הדין הארצי לעבודה הדגיש את הדרישה ליישום כללים המבטיחים שליטה כנגד שרירות המופנית לארגוני העובדים. כך, במסגרת פרשת גננות חרדיות קבע בית הדין הארצי לעבודה כי אחד מתנאי התשתית של ההכרה בארגון כארגון עובדים לצורך משפט העבודה הקיבוצי הוא היותו ארגון "דמוקרטי" שמשמעותו בין היתר איסור על הפליה בייצוג וקיום בחירות תקופתיות על ידי חברי הארגון, בהסתמך גם על פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת עמית.¹²⁸

בית המשפט העליון בקנדה עמד לאחורונה על רכיב הבחירה כאחד ממרכיבי התשתית שיש בהם כדי לממש את הזכות לניהול משא ומתן קיבוצי, זכות שהוכרה במשפט הקנדי לאחורונה בזכות חוקתית.¹²⁹ לפי פסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי משמעותו של רכיב הבחירה היא כי לעובד מסורה היכולת להקים ארגוני עובדים ולפרקם, להצטרף לארגוני

123 ראו Summers, *Democracy*, לעיל ה"ש 45.

124 ראו Kahn-Freund, *Trade Unions*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 263.

125 ש.ס.

126 להשוואה בין המודלים השונים של הייצוג הפוליטי לאלה של הייצוג הקיבוצי, ראו עשת "מודל הייצוג", לעיל ה"ש 46.

127 קו טיעון זה הוא המשך לקריאתי לחיזוק מנגנוני הבקרה על ארגוני העובדים (ראו שם, בעמ' 432–440).

128 ראו ע"ב (ארצי) 9/07 ארגון גננות חרדיות – הסתדרות המורים של אגודת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 15.9.2008): "מושכלות ראשונים הם, כי תפקידו של ארגון העובדים הוא לייצג נאמנה את כל חבריו. ייצוג שוויוני של כלל חברי הארגון יובטח רק ככל שהארגון יאפשר לכל חבר וחברה בשורותיו לבחור, להיבחר ולקחת חלק פעיל במוסדות הארגון"; בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 117 (1997) (להלן: פרשת עמית): "הדמוקרטיה בארגון העובדים היא פועל יוצא של עקרונות הייצוג: כדי שהארגון יהיה נציג נאמן של החברים בו, צריך שהוא יקיים בחירות תקופתיות למוסדות הארגון, שכל החברים בארגון יהיו זכאים להשתתף בבחירות, וכן שהמוסדות ייתנו דין וחשבון בפני חברי הארגון".

129 ראו עניין משטרת אונטריו, לעיל ה"ש 57, פס' 83–87.

עובדים, להחליף את נציגיו ולהיות שותף לקביעת המטרות הקיבוציות של הייצוג.¹³⁰ נראה אפוא כי הדגש לפי פסיקה זו הוא על שותפות אמיתית של העובד בייצוג ועל יכולתו של העובד להשתתף בעיצוב סדר היום של נציגיו.

והינה, נראה כי לשם הגשמת החירות כנוגדת שליטה במערכת הייצוג במקום העבודה נדרש להמשיך ולחזק את המנגנונים בפעילותו של ארגון העובדים שיש בהם הבטחה לריסון השרירות בהפעלת כוחו. בכתיבה קודמת קראתי לפיתוח "דיני הייצוג ההולם נוסח ישראל" לשם חיזוק מודל הייצוג ולשמירה על העובד המיוצג, ונוסף על זה – לבחינת האפשרות להכרה במעמדן של קבוצות שונות במקום העבודה שאינן מוצאות דרך אפקטיבית לייצוג במודל הקיים.¹³¹ אבקש לטעון כי תפיסת החירות כנוגדת שליטה וראיית ארגון העובדים היציג כנוגדת שליטה שרירותית במקום העבודה יש בה כדי לחזק את הקריאה האמורה, ובדרך זו להבטיח את מימושה של החירות כנוגדת שליטה של העובדים במקום העבודה.

ניתן להיעזר כאן במבחן נוסף שטבע פטיט בהקשר של תאוריית החירות הרפובליקנית – מבחן "המזל הרע". שלא כמבחן ה-"eyeball", העוסק במישור היחסים האופקי שבין האזרחים, מבחן "המזל הרע" עוסק במישור היחסים שבין השלטון (הארגון) לבין האזרח (העובד).¹³² לפי מבחן זה, גם אם ההחלטה שקיבל השלטון (הארגון) אינה לטובתו של אדם כאזרח (כעובד), הוא יראה בהחלטה כזו "מזל רע", אך לא החלטה הנובעת מטעמים "רעים", שכוונתה הייתה לפגוע דווקא בו. נניח שמצב העסקים הוא בכי רע, וכי הארגון נדרש, עם המעביד יחד, לגבש את רשימת העובדים המועמדים לפיטורי צמצום. אם יעלה חשד כי רשימת המפוטרים נגועה בהפליה, או שהיא הורכבה בהסתמך על שיקולים זרים, הרי שארגון העובדים יחדל מלשמש נוגדן שליטה במקום העבודה, והוא יהווה דווקא מקור סכנה נוסף לחירות העובד במקום העבודה. אולם אם ארגון העובדים הרכיב את הרשימה לפי עיקרון אובייקטיבי מקובל, כדוגמת "אחרון נכנס, ראשון יוצא", ופעולתו נעשית בשקיפות מלאה ובתוך מתן זכות השתתפות מסוימת לעובד במהלך קבלת ההחלטה, וניתנת לעובד גם האפשרות למחות על ההחלטה שהתקבלה באמצעים דמוקרטיים מקובלים, הרי אז ארגון העובדים משמש "נוגדן שליטה שרירותית" במקום העבודה, משום שהחלטתו, אף אם היא פוגעת בעובד, איננה שרירותית, שכן היא העניקה לעובד את היכולת להשתתף

130 שם, פס' 85–86: "The degree of choice required by the Charter is one that enables employees to have effective input into the selection of their collective goals. This right to participate in the collective is crucial to preserve employees' ability to advance their own interests, particularly in schemes which involve trade-offs of individual rights to gain collective strength [...] Hallmarks of employee choice in this context include the ability to form and join new associations, to change representatives, to set and change collective workplace goals, and to dissolve existing associations. Employee choice may lead to a diversity of associational structures and to competition between associations, but it is a form of exercise of freedom of association that is essential to the existence of employee organizations and to the maintenance of the confidence of members in them"

131 ראו עשת "מודל הייצוג", לעיל ה"ש 46, בעמ' 432–440.

132 ראו PETTIT, JUST FREEDOM, לעיל ה"ש 76, בעמ' XXVI.

בעקיפין בהחלטה, והיא נשענה על הליך מקובל שכעובד יש לו גישה אפקטיבית אליו. ככזו, היא עולה בקנה אחד עם מבחן "המזל הרע". בכך מממש הארגון את חירות העובדים בפעולתו הקיבוצית.

מובן שטענת נגד יכולה להיטען בעניין הדרישה האמורה של מעורבות המערכת המשפטית ב"עסקי הפנים" של ארגוני העובדים, במישור היחסים שבינם לבין העובדים. במובן הזה הטענה היא שיש להקפיד ולהימנע מהתערבות בעניינם הפנימי של ארגוני העובדים באמצעות התוויית כללים משפטיים חיצוניים, שכן כל התערבות של המדינה בעניינים אלו מעלה חשש לפגיעה בחירות ההתארגנות של העובדים.¹³³ נוסף על זה, גם ללא החשש לפגיעה כאמור, קיים ערך עצמאי להשארת האוטונומיה המלאה של ארגון העובדים לפעולה במסגרת כללים שהארגון מעצב לעצמו, שכן כללים אלו הם חלק מהסדרת ענייניו הפרטיים של הארגון.

על זה ניתן להשיב כי גם בהקשר זה נדרש להמיר את תפיסת החירות של העובדים בארגון, מחירות מהתערבות כלשהי לחירות הנוגדת שליטה שרירותית. ארגון העובדים מפעיל עוצמה וכוח. העובדים כפופים לכוח המופעל על ידי ארגון העובדים. לא צריך לראות בכל התערבות בענייני ארגון העובדים פגיעה בחירות העובדים המרכיבים את הארגון. אימוץ מנגנונים להגנה מפני הפעלת כוח שרירותי אינו בגדר פגיעה בחירות העובדים המרכיבים אותו אלא מימוש יכולתם של העובדים להסתכל "זה לזה בעיניים", במשטר ייצוג המבטיח היעדר שרירות. משכך, לא כל התערבות בענייני ארגון העובדים משמעותה פגיעה בעייתית בחירות העובדים. דווקא התערבות חיצונית בדרך של הגבלת הפעלת כוח בשרירות יכולה לממש את חירות העובדים באופן הטוב ביותר. הימנעות מוחלטת מהתערבות בענייני ארגון העובדים על יסוד טעמי החירות השלילית סובלת מאותם הפגמים שעליהם עמד פטיט בהקשר זה, שכן מי שסובל מכפיפות לכוח שרירותי ימשיך ו"ייהנה" מחירותו השלילית להיות כפוף לכוח השרירותי. זאת ועוד, כדברי קאהן פרוינד, ארגון עובדים הוא גוף ציבורי בעל כוח כפייה, ואין הוא יכול לטעון כי אופן פעולתו הוא "עניינו הפרטי" בלבד.¹³⁴

נוסף על זה, אין הכוונה כאן לעקר את סמכותו של הארגון לעצב את כללי פעילותו ולהחליף את אוטונומיית הפעולה של ארגון העובדים בישראל בכללי רגולציה כופים ורחבי היקף, ואין הכוונה להמעיט מההכרה בחשיבותה של אוטונומיית הארגון לעצב את כללי פעילותו. אולם יש גבולות גם לאוטונומיה. חוק הסכמים קיבוציים מסרטט מסגרת פעילות מסוימת לארגוני העובדים, ואין רואים בהוראותיו פגיעה באוטונומיה של ארגוני העובדים. בדומה לזה, הטענה היא שנדרש לאמץ מנגנונים מסוימים אשר יבטיחו את היעדר השרירות שבהפעלת כוחו של הארגון במישור היחסים שבינו לבין העובד על מנת לממש את תפיסת

133 על החשש מפני כוחה של המדינה לפגוע בזכות ההתארגנות ראו Convention Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise art. 3, jul. 9, 1948, 68 U.N.T.S. 17 עס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל – משרד התחבורה, שר התחבורה (פורסם בנבו, 3.3.2005); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' נוסת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2015).
134 ראו Otto Kahn-Freund, *Trade Union Democracy and the Law*, 1960 A.B.A. SEC. LAB. REL. L. PROC. 24, 26 (1960). (להלן: Kahn-Freund, *Democracy*).

הארגון כנוגדן שליטה במקום העבודה.¹³⁵ זאת, מבלי לפגוע ביכולתו של הארגון לפעול בזירת יחסי העבודה הקיבוציים כנגד המעביד ומבלי לפגוע ביכולת הפעולה העצמאית של הארגון. בהקשר זה אין להתעלם כמובן מהאזהרה שלפיה בדרך להבטחת הדמוקרטיזציה של ארגון העובדים נדרש לדאוג שלא לפגוע באוטונומיה הדמוקרטית שלהם, שהיא יסוד תכלית פעולתם.¹³⁶

הינה כי כן, רק ארגון עובדים יציג המקיים את תנאי הדמוקרטיה כפי שנפסקו במסגרת פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, ובדרך זו מאפשר גם את מימוש עקרון הבחירה כפי שסורטט בפסיקתו של בית המשפט העליון בקנדה בדרך של הענקת הזדמנות לעובד להשתתף בעיצוב הרצון הקיבוצי, ארגון יציג הפועל במערכת משפטית המאפשרת גם פיקוח חיצוני על פעילות ארגון העובדים במקרים החריגים המתאימים (בדרך של בחינת הייצוג הבלתי הוגן לדוגמה) והמקיים את מבחן ה"מזל הרע" שטבע פטיט לבחינת פעולות הממשל – רק ארגון כזה יכול לשמש ארגון נוגד שליטה, כ־antipower במקום העבודה. ככזה, אין הוא פוגע בחירותם של העובדים במשמעות הרפובליקנית של חירות זו. עתה הגיעה העת להציג מהו תפקידה של דרישת השליש לפי תפיסת החירות כנוגדת שליטה.

ז. דרישת השליש – מדרישה רובנית כושלת לדרישת יציבות מינימלית

אם נאמץ את תפיסת החירות כנוגדת שליטה שרירותית וניישמה במשטר הייצוג של חוק הסכמים קיבוציים, תחדל דרישת השליש להיות עבורנו בעיה שנדרש להסבירה במונחים של סטייה מעקרון תמימות הדעים או עקרון הכרעת הרוב. במובן הזה, דרישת השליש חדלה להיות הדרישה (שלא תתמלא) לתמיכת רוב העובדים ביחידת המיקוח ולהבטחת חירות שלילית מרבית, אלא היא הופכת להיות דרישה לאיתור יציבות מינימלית לביסוס הייצוג במקום העבודה.¹³⁷ נקודת המוצא שלה מתהפכת. כך,

135 וראו את דבריו של פרוינד על השינוי שייחכן שנדרש ביחסו של המשפט לכללי פעילותם של ארגוני עובדים בזיקה למעמדם במדינה. כך, ייתכן שקיימת מניעה מהתערבות משפטית בפעילות הארגונים עת הם מצויים בשלב ההכרה ובמלחמה על קיומם. אולם ייתכן שבשלב המתקדם יותר ההתערבות המשפטית נדרשת על מנת להגן מפני הכוח של הארגון ביחס לעובד היחיד (ראו Kahn-Freund, *Trade Unions*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 266–267).

136 ראו Kahn-Freund, *Democracy*, לעיל ה"ש 134, בעמ' 27; כאן ניתן להצביע על המתח בין שני היסודות שבית המשפט העליון בקנדה סרטט למימושה של זכות ההתארגנות בפרשת משטרת אונטריו (לעיל ה"ש 57), זכות הבחירה והעצמאות. בהסתמך על כתיבתו של פרוינד, יש להיזהר מפני פיקוח של המדינה על ארגוני העובדים, אשר אומנם יבטיח את פעולתם הדמוקרטית, אך הוא עלול לפגוע בעצמאות פעולתם ביחס למדינה, ובמקרים החמורים, לבטל את האוטונומיה שלהם ולהופכם לחלק מהמדינה – כפי שנעשה במשטרים דיקטטוריים בעבר (שם).

137 ראו Eshet, לעיל ה"ש 12, בעמ' 524.

נקודת תחילתה של דרישת השליש היא היעדר היציבות ולא היעדר הרוב. בהתאמה, נקודת הסיום משתנה. מטרתה היא השגת יציבות גרידא בייצוג במקום העבודה ומניעת פיצול.¹³⁸ כאמור, נקודת המוצא של חוק הסכמים קיבוציים היא שהתארגנות עובדים היא רצויה ומשמשת נוגדן כוח שליטה שרירותי. לפיכך אין חוק הסכמים קיבוציים דורש – לא במסגרת הסכם קיבוצי מיוחד ואף לא במסגרת הסכם קיבוצי כללי – תנאי מספרי של הסכמה מינימלית על מספר עובדים לשם כינון מערכת היחסים הקיבוצית. מימוש החירות נעשה בדרך של התארגנות. אולם לא ייתכן כי כל התארגנות עובדים קיקיונית "תתפוס את הפיקוד" ותנווט את ההתארגנות במקום העבודה. נדרש שרק ארגון עובדים בעל משמעות מסוימת במקום העבודה הוא שיזכה ביכולת לנווט את התארגנות העובדים ליעדה, ודוק, לא משום שהוא פוגע פחות בחירות העובדים אלא משום שהוא יציב דיו מבחינת תמיכת מי מהעובדים במקום העבודה לשם פתיחת המסע לביסוס מערכת ייצוג העובדים. זהו מנגנון שנועד לייצוב המערכת הקיבוצית (stabilizer). כידוע, אחת מהדרישות הבסיסיות במשפט העבודה הקיבוצי היא דרישת היציבות. במסגרת זו נדרש להעניק לצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים מערכת שתהא יציבה יחסית, ולא – תיפגע יכולת הפעולה הקיבוצית.¹³⁹ היציבות היחסית היא המאפשרת לצדדים הקיבוציים לפתח את האמון ההכרחי במסע לקראת הסדרת יחסי העבודה הקיבוציים במסגרת ההסכם הקיבוצי, וכמובן גם לאחר מכן, בשלב קיום היחסים הקיבוציים בידי הצדדים למערכת הקיבוצית במקום העבודה.¹⁴⁰ אמון זה הוא שמוביל ליכולת להתפשר. היעדרה של היציבות עלול להוביל לפגיעה ביכולת להשיג פשרה. מכאן, ולפי ניתוח זה, דרישת השליש הקבועה בחוק הסכמים קיבוציים משמשת דרישה ליציבות מינימלית ולא פשרה בדרך להשגת חירות (שלילית) מרבית. תמיכה במסקנה שדרישת השליש מקורה בדרישת היציבות ניתן למצוא גם בדיוני ועדת העבודה. כך, ממלא מקום יו"ר הוועדה, חבר הכנסת אלמוגי, גרס כי "קביעת השליש מבטיחה נגד פיצול. המחוקק רצה להבטיח מינימום של מו"מ עם גופים אחראיים, לא לטפח את הפיצול ולא לעודד את הבלתי מאורגנים".¹⁴¹ ואילו נציג משרד העבודה הסביר בדיון כי "אשר לקביעת המינימום של שלישי, ראינו מתוך הנסיון שבענפים מסוימים פעלו כל מיני ארגונים וקשה היה לדעת מיהו הקובע. מתוך השוואות עם ארצות אחרות והתאמתן לתנאי ארצנו, הגענו למסקנה כי רצוי לקבוע את המינימום של שלישי, ובתקנות תהיינה הוראות איך יקבע השלישי".¹⁴²

138 והשוו לטענתו של קלזן שאין מקורה של דרישת הרוב בעקרון השוויון אלא היא נגזרת של עקרון החירות (הנס קלזן על מהותה וערכה של הדמוקרטיה (יצחק אנגלרד מתרגם, 2005)).

139 כיוון שמערכות הייצוג הקיבוציות הן מערכות משפטיות מלאכותיות, דרישת היציבות הופכת לחשובה ביותר, שכן ללא אמון הצדדים המעורבים במערכות האמורות וביכולת פעולתם יבקשו הצדדים למצוא תחליפים למערכות אלו. על הסכנה האמורה, ראו עשת "מודל הייצוג", לעיל ה"ש 46, בעמ' 420–441.

140 על דרישת היציבות במשפט העבודה הקיבוצי, ראו עס"ק (ארצי) 26445-09-13 הסדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2014); עניין הסדרות העובדים הלאומית, לעיל ה"ש 42; סב"א (ארצי) 9685-07-12 ארגון כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – הסדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 15.7.2012).

141 ראו פרוטוקול 18/א, לעיל ה"ש 112, בעמ' 4 (ההדגשות הוספו).

142 דבריו של מר ורטהיים, נציג משרד העבודה. שם.

תמיכה נוספת במסקנה זו ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת קופת חולים מאוחדת, שנפסק לאחרונה. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי לצורך הפיכת ארגון עובדים ליציג נדרשת "מסה קריטית", כלשונו, של חברים שהצטרפו אליו כדין. אולם לבד מהמסה האמורה, המעמד של ארגון העובדים היציג ככזה אינו נגזר מהסמכת חבר זה או אחר או לפי רצונו של חבר זה או אחר [...] ואין נדרשים לשאלה האם מי מחבריו במקום העבודה מעוניין בכינון יחסי עבודה קיבוציים אם לאו.¹⁴³ ניתן לטעון אפוא כי "המסה הקריטית" הנדרשת אין עניינה ב"מסה קריטית" של הסכמה. אין היא בוחנת לב וכליות של העובד ואת יחסו להתארגנות. עניינה רק ב"מסה קריטית" לצורך ביסוס היציבות הנדרשת לכינונם של יחסי עבודה קיבוציים. ודוק, שליש מכלל יחידת המיקוח אכן מהווה "מסה קריטית" שיכולה ללמד על יציבות ההתארגנות במקום העבודה. כזכור, אין מדובר בשליש מאלו שהיה להם חלק בבחירות. מדובר בשליש מקרב כלל העובדים ביחידת המיקוח. אין מדובר בהתארגנות קיימית. אין מדובר בהתארגנות מצומצמת. מדובר בהתארגנות המקיפה שליש מכלל הקהילה הרלוונטית. כיום אין מפלגה בישראל שזוכה בתמיכה של שליש מכלל בעלי זכות הבחירה בישראל. התארגנות שכזאת מאותתת על יציבותו של הארגון היציג ועל יציבותם העתידית של יחסי העבודה הקיבוציים.

עוד תמיכה לטענה זו ניתן למצוא גם בעובדה שהדרישה ה"רובנית", ובמסגרתה הדרישה להערפת הכרעת הרוב, אכן נכללת בסעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים. אולם דרישה זו באה לידי ביטוי רק כאשר יש יותר מארגון עובדים פוטנציאלי אחד. במקרה כזה, ורק במקרה שכזה, ההכרעה בין שני הארגונים הפוטנציאליים הופכת להיות הכרעה של העדפה בין מימוש חירות אחת למימוש חירות אחרת, והיא אינה ההעדפה שבין מימוש החירות בדרך של התארגנות להיעדר חירות בדרך של אי-התארגנות. ככזו, קיימת במקרה זה הצדקה לבחור דווקא את הארגון שבו תומכים עובדים רבים יותר, לפי עקרון הכרעת הרוב. כך בדיק נעשה באותו סעיף הקובע כי במקרה שכזה יהיה הארגון היציג הארגון שעובדים רבים יותר חברים במסגרתו. במונח הזה, במקום שבו אין נשקפת עוד סכנה ליציבות ההתארגנות, שכן זו הושגה על ידי שני ארגוני עובדים לפחות בעלי תמיכה של יותר משליש מהעובדים, ניתן "לחזור" לדרישה הרובנית. נטישת דרישת השליש לאחר השגת יציבות והמעבר לדרישה רובנית מחזקים לטעמי את הטיעון שמקורה של דרישת השליש בצורך לקיומה של יציבות.

לסיכום עניין זה נראה שניתן לבסס את הטענה שדרישת השליש היא למינימום של יציבות. מכאן שערש הולדתה הוא המאבק בין קבוצות שונות במקום העבודה והצורך בוודאות ובמניעת פיצול.¹⁴⁴ נראה כי היא אינה נובעת מדרישת החירות השלילית ומהצורך בשמירתה.

בהקשר זה, ולאחר אימוץ גישת החירות כנוגדת שליטה, ניתן לציין כי נראה שהדמיון בין מערכת הייצוג בדין הגרמני לדין הישראלי – שאין נדרש כלל תמיכה של רוב העובדים

143 ראו עס"ק (ארצי) 9346-04-16 ההסתדרות הרפואית בישראל – קופת חולים מאוחדת, פס' 39–40 לפסק דינו של השופט איטח (פורסם בנבו, 12.12.2017).

144 יוער כי היו חברי כנסת שביקשו להעניק קול גם למיעוט, על ידי הבטחת שיתופו במשא ומתן (ראו דבריו של חבר הכנסת אולמרט בפרוטוקול 18/א, לעיל ה"ש 112, בעמ' 3).

ביחידת המיקוח לשם הקמת מערכת ייצוג קיבוצי בישראל או בגרמניה – אינו מקרי. כך חשוב לציין את ההשפעה הגדולה שהייתה למשפט הגרמני (משפט רפובליקת וימר) על עיצוב חוק הסכמים קיבוציים.¹⁴⁵ מדינת ישראל וחוק ההסכמים הקיבוציים שחוקק בשנות החמישים נוסדו על יסוד ערכים סוציאליסטיים ועל יסוד הגות משפט העבודה שהתפתחה בגרמניה.¹⁴⁶ ככלל, קיים דמיון בין הוראות חוק הסכמים קיבוציים להוראות הדין הגרמני.¹⁴⁷ ייתכן כי גם הדין הגרמני וגם המשפט הישראלי יוצאים מנקודת ההנחה כי התארגנות העובדים היא בגדר מימושה של החירות כנוגדת שליטה במקום העבודה, ולכן אין צורך בדרישת תמיכה של רוב העובדים במקום העבודה לביסוס ההתארגנות.

זאת ועוד, אם אכן מאמצים את תפיסת החירות כנוגדת שליטה בסוגיית ההתארגנות במקום העבודה, מוסרת המניעה העקרונית להנמיך את הרף הנדרש לביסוס ההתארגנות מטעמי פגיעה בחירות השלילית. כך, גם לפי תפיסת החירות כנוגדת שליטה, היה ניתן לטעון כי אם הדרישה לשליש עניינה רק ביציבות (ולא בחירות), ייתכן שטוב היה עושה המחוקק לו היה בוחר ברף המשיג יציבות חזקה יותר במקום העבודה (שלא מטעמי החירות אלא מטעמי ביסוס יציבות חזקה יותר). אולם עתה ניתן להסביר את הבחירה דווקא ברף השליש כמגלמת הפעם פשרה בין דרישת היציבות להתארגנות לבין המופע הייחודי של ההתארגנות במקום העבודה, כהתארגנות באזור עימות, לנוכח החשש מהפעלת כוח לא לגיטימי בידי המעסיק.¹⁴⁸ במובן הזה מתגלה בחירת המחוקק בדרישת השליש, לפי תפיסת

145 כך לדוגמה ראו דבריו של צבי בר-ניב, היועץ המשפטי של משרד העבודה בדיוני ועדת העבודה על חוק הסכמים קיבוציים לקראת הקריאה השנייה והשלישית, על צו הרחבה, בפרוטוקול ישיבה מס' 23/א של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-3, 2 (11.7.1956): "צו הרחבה, היינו, האפשרות להטיל על כלל העובדים הסכם קיבוצי החל על חלק ניכר מהם, אינו המצאה שלנו, ראשיתו בגרמניה הווימרית, בשנות ה-20". וראו גם דבריו של בר-ניב בפרוטוקול ישיבה מס' 2/א של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-3, 2 (23.11.1955): "אשר לבקשת חברי-הועדה להמציא להם את מקורות החוקים שאנו מציעים, האמת היא שאי-אפשר להצביע על חוק פלוני כמקור לחוק שאנו מציעים. אנחנו עוברים על מאות חוקים ממדינות שונות ויוצרים סינטזיה מקומית". השוו לדבריו של המותב בראשות הנשיא בר-ניב בעניין סילשי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41: "המובא ממקורות חוץ תופס בישראל, מהעולה מחוק הסכמים קיבוציים, שביסודו אינו שונה מחוק הסכמים קיבוציים שבגרמניה המשמש יסוד לאמור". ההשפעות האמורות ראויות לדיון במאמר נפרד.

146 בייחוד ראו את פועלם של הוגו סינזהימר ושל תלמיד, אוטו קאהן פרוינד: Ruth Dukes, *Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labor Law*, 35 J.L. & SOC'Y 341 (2008); Ernst Livneh, *Hugo Sinzheimer – The Father of German Labour Law*, 10 ISR. L. REV. 272 (1975); Ernst Livneh, *A Tribute to Sir Otto Kahn-Freund (1900-1979)*, 15 ISR. L. REV. 341 (1980).

147 ראו MANFRED WEISS & MARLENE SCHMIDT, *LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATION IN GERMANY* (4th ed. 2000). כך לדוגמה ראו את הדמיון בחלוקה בין הממד האובליגטורי של ההסכם הקיבוצי לממד הנורמטיבי שלו (שם, בעמ' 154–155); בנוגע לכללים שנקבעו בפסיקה בשאלה מיהו ארגון עובדים (שם, בעמ' 152); בנוגע לדרישת הכתב (שם, בעמ' 157); בנוגע לסמכות להרחיב הסכם קיבוצי באמצעות צווי הרחבה (שם, בעמ' 158).

148 כאמור בהצדקה החמישית שפורטה לעיל. אלא שבמסגרת הדיון בהצדקה האמורה דרישת השליש שימשה פשרה לפי תפיסת החירות השלילית בין הפגיעה בחירות לבין אפקטיביות ההתארגנות לנוכח השפעתו של המעסיק. לפי גישת החירות כנוגדת שליטה, דרישת השליש משמשת פשרה בין הרצון ליציבות לבין השפעת המעסיק, בהינתן כי התארגנות משמעותה מימוש חירותם של העובדים.

החירות כנוגדת שליטה, כפשרה בין דרישת היציבות לבין החשש מפני כוחו של המעסיק – והכול לשם הקלת התארגנות העובדים במקום העבודה.

ח. סיכום

מאמר זה ביקש לתהות מדוע חוק הסכמים קיבוציים מסתפק בדרישת השליש לכינונו של משטר נציגות לצורך חתימה על הסכם קיבוצי מיוחד. המאמר ביקש לסקור הצדקות אפשריות לקיומה של דרישת השליש על רקע תפיסת החירות השלילית. לאחר שנמצאו קשיים לא מבוטלים באותן הצדקות ביקש המאמר לאמץ את הגותו של פיליפ פטיט באשר לתפיסת החירות כנוגדת כוח שליטה וליישמה במשטר הייצוג הקבוע בחוק הסכמים הקיבוציים הישראלי. על בסיס התפיסה שלפיה חירות אינה בגדר "אי-התערבות" אלא היא היעדר כפיפות לכוח שרירותי, טען המאמר כי חוק הסכמים קיבוציים יוצא מנקודת ההנחה כי התארגנות העובדים היא בגדר מימוש החירות כנוגדת שליטה במקום העבודה. אולם הנחה זו קיימת רק כאשר פעילותו של ארגון העובדים היציג אינה הופכת בעצמה להפעלת כוח שרירותי על העובד. לשם מימוש החירות במשטר הייצוג הקיבוצי, ביקש המאמר לקרוא לחיזוק מנגנונים נוגדי כוח שרירותי בארגון העובדים היציג. מסקנת המאמר היא שדרישת השליש אינה בגדר דרישה שנכזבה לתמיכתם של רוב העובדים ביחידת המיקוח, אלא דרישה להוכחת מינימום של יציבות במקום העבודה בדרך למימוש חירותם (נוגדת השליטה) של העובדים. כאמור, מאמר זה לא ביקש להצדיק מהבחינה הנורמטיבית את עדיפותה של דרישת השליש הקבועה בחוק אלא לנסות, משעה שדרישה זו נקבעה בחוק, והיא מלווה את משפט העבודה הקיבוצי במשך שנים רבות, לבססה מהבחינה התאורטית באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה והחירות.