

# הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה

גיא דוידוב\*

פורסם ב: זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים) (רמות, תשס"ה) 565-533

במועד כתיבת מאמר זה מצב התעסוקה בישראל בכי רע. האבטלה גואה; לפחות אחד מכל עשרה מבקשי עבודה נותר בידיים ריקות. מספר המתיאשים מחיפוש עבודה, ויוצאים בכך לא רק ממעגל העבודה אלא גם מהמעגל הסטטיסטי של המובטלים, גדל אף הוא בהתמדה. רבים גם העובדים הסובלים מתעסוקת-חסר (under-employment), אם בגלל שמצאו עבודה חלקית בלבד (אך הם מעוניינים במשרה מלאה), או במובן שלא מצאו אלא עבודה שאינה תואמת את כישוריהם. באופן תכוף עולה הטענה כי המדינה אינה עושה מספיק כדי לתקן מצב זה. האם ניתן לדבר על "זכות" כנגד המדינה לתיקון המצב?

\* \* \*

לעתים קרובות מתמודדים בתי הדין לעבודה עם מצבים בהם מבקש מעביד לשלול מעובדו את האפשרות לעבוד, בין אם באמצעות פיטוריו, בין אם על-ידי תשלום שכר לעובד אך סירוב לאפשר לו לעבוד בפועל, ובין כאשר מעביד מנסה למנוע מעובדו לעבור למקום עבודה אחר. האם יש לתת, בנסיבות כאלו, משקל מיוחד לרצונו של העובד לעבוד? האם ניתן לדבר על "זכות" של אדם לעבוד ביחסים מול מעבידו?

\* \* \*

אם זכויות חברתיות<sup>1</sup> נתפסו מאז ומעולם כבעלות מעמד נחות בהשוואה לזכויות אזרחיות – מספר שלבים למטה בסולם, אפשר לומר – הרי זכויות פרטניות מתחום העבודה, כמו הזכות לעבוד, מצויות בתחתית אותו סולם. או אולי נכון יותר לומר: נרמסות מתחת לרגלי הסולם, במידה כזו או אחרת. דומה שההכרה הגדלה והולכת בחשיבות הזכויות

---

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה (gdavidov@research.haifa.ac.il). תודתי לאליענה שורץ על העזרה במחקר.

<sup>1</sup> משיקולי נוחיות בלבד, לאורך המאמר נעשה שימוש במונח "זכויות חברתיות" בלבד, אולם הכוונה היא לזכויות "חברתיות" ו"כלכליות" כאחת.

החברתיות, בחוגים אקדמיים לפחות, פסחה על מרבית הזכויות הפרטניות מתחום העבודה. בויכוחים בנושא עיגון זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות קיים למעשה קונסנזוס בנוגע לחשיבות החינוך או הבריאות, הן כשלעצמם והן כתנאי מקדמי לקיומן של זכויות אזרחיות. המחלוקת נסובה על השאלה האם נובעת מכך הצדקה לעגון חוקתי של זכויות אלו, אך לא על עצם חשיבותן. הזכות לעבוד, לעומת זאת, עדיין נאבקת על ההכרה הבסיסית בחשיבותה. יתרה מכך, היא עדיין מוצאת את עצמה, לעתים קרובות, נרמסת תחת רגלי זכות הקניין של מעבידים.

הפרק הראשון של מאמר זה סוקר בקצרה את הזכויות החברתיות מתחום העבודה, תוך אזכור האמנות הבינלאומיות אשר מעגנות זכויות אלו, וההצעות השונות (החלשות בהרבה) להכללת זכויות מתחום העבודה במסגרת הצעות חוק יסוד: זכויות חברתיות. עיקר המאמר מתמקד בזכות לעבוד. פרק ב' מספק הצדקה לזכות זו, אשר מבוססת על חשיבות העבודה לפרט מבחינת ההיבטים האישיים-חברתיים של העבודה (להבדיל מהיבטים כלכליים). פרק ג' מבחין בין הזכות לעבוד כזכות קהילתית, היינו, זכות שאינה אישית מול המדינה, אשר מטילה חובה כללית על המדינה לדאוג לעבודה, לזכות לעבוד כזכות אישית, היינו, בעיקר, זכות ביחסים מול המעביד. בהיבט האחרון זוכה לאחרונה הזכות לעבוד להכרה גדלה והולכת בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, והפרק יסקור את הפסיקה בתחום זה, בפרט בהקשר של מגבלות על פיטורים שרירותיים והסעד המתאים, החובה לאפשר לעובד לעבוד בפועל (להבדיל מתשלום שכר בלבד), והחופש לבחור מקום עבודה אחר (על אף תניית הגבלת עיסוק בחוזה העבודה). הפרק הרביעי והאחרון בוחן את הפוטנציאל החוקתי של הזכות, היינו האם ראוי להקנות מעמד חוקתי לזכות זו, ובהנחה שכן, מה צריכה להיות עוצמת הזכות. לצורך זה אבחן מדרג של פתרונות אפשריים, החל מזכות הצהרתית בלבד וכלה בהגנה חוקתית מלאה (אם כי, כמובן, לא מוחלטת) דוגמת זו הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

## **א. זכויות חברתיות מתחום העבודה**

בספרות מתייחסים לעתים ל"זכויות חברתיות מתחום העבודה" כמיקשה אחת. מה כולל בחובו מונח זה? תשובה מחייבת מספר הערות מקדימות. ראשית, לצרכינו הנוכחיים, אבקש להתעלם מהקשיים שמעורר שיח ה"זכויות" ומהביקורת על ההסתמכות הרבה על "זכויות" בחברה בת-ימינו. כמו כן אבקש לשים בצד את הביקורת, אשר צוברת תאוצה לאחרונה, על ההבחנה המקובלת בין עבודה בתמורה כספית לעבודה שאינה בתמורה (וטיפול בילדים בפרט). מאמר זה מתמקד בעבודה מהסוג הראשון בלבד. שנית, אין בכוונתי לנסות ולהגדיר כאן מהי "זכות" או אף לאמץ עמדה חד-משמעית כלשהי בעניין. לצרכי מאמר זה אניח ללא דיון כי אינטרסים חברתיים חשובים במיוחד – ובכלל זה

בתחום העבודה – ראויים להתפס כ"זכויות"<sup>2</sup> וככאלה תהיה להם קדימות מסויימת על פני אינטרסים אחרים, שאינם בגדר "זכויות". קדימות זו לעולם אינה בגדר עדיפות מוחלטת, ואף אינה חייבת לבוא לידי ביטוי חוקתי (היינו, להטיל מגבלות על המחוקק). אולם לכל הפחות יש באותן "זכויות" כדי להשפיע על הפרשנות המשפטית של דברי חקיקה ועל עיצובן של חובות משפטיות יציר הפסיקה, כמקובל לגבי "זכויות יסוד" בפסיקה הישראלית עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד. שהרי אחרת אין כל משמעות למונח "זכות", להבדיל מאינטרס סתם. שלישית, במובן רחב ניתן לראות כל זכות שבני אדם נדרשים לה בקשר עם עבודתם כזכות "חברתית". ההבחנה המקובלת בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לזכויות חברתיות הינה הבחנה היסטורית בעיקרה, אשר אינה מתחייבת מבחינה עיונית או תיאורית. בהתחשב בהערות מקדימות אלו, ניתן להשמיט בשלב ראשון את המלה "חברתיות", ולהגדיר זכויות "מתחום העבודה" בפשטות כזכויות שבני אדם נדרשים להן בקשר עם עבודתם עבור אחרים.

לפי הגדרה כללית זו, חלק חשוב מהזכויות "מתחום העבודה" הינו בגדר זכויות שמקובל לכנותן "אזרחיות", או נובעות מזכויות אלו. ואכן, בפסיקה הישראלית ניתן למצוא יישומים תכופים של זכויות אזרחיות בהקשר של יחסי עבודה. חופש הביטוי חיוני לעובדים על-מנת שיוכלו להביע את עמדתם ומחאתם, למשל בדרך של משמרות מחאה ליד מפעל המעביד.<sup>3</sup> חופש ההתאגדות חיוני לעובדים על-מנת שיוכלו להתאגד בארגוני עובדים, דבר המוכר כהכרחי לשמירה על זכויות העובדים ולקיום יחסי עבודה הוגנים.<sup>4</sup> הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי, וכן הזכות לשבות, נגזרות מחופש ההתאגדות, שכן בלעדיהן לא יוכלו ארגוני העובדים לפעול באופן אפקטיבי וחופש ההתאגדות עשוי להפוך להבטחה ריקה מתוכן.<sup>5</sup> הזכות לשוויון טומנת בחובה את ההבטחה כי מעבידים לא יוכלו

<sup>2</sup> לדיון ראו למשל גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", שנתון משפט העבודה ז' (תשנ"ט) 65; וראו גביוון, בדרך זה.

<sup>3</sup> ראו למשל דב"ע נ/ 41-27 ההסתדרות הכללית ואח' – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449.

<sup>4</sup> ראו למשל בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי ו"עמית", פ"ד נא(2) 63; דב"ע 4-10/98 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לג 337. ההצדקות להכרה בארגוני עובדים ולהגנה על מעמדם הופיעו לראשונה בהרחבה אצל Sidney and Beatrice Webb, *Industrial Democracy* (London: Longmans, Green and Co., 1926 [1897]), וכוחן יפה גם כיום.

<sup>5</sup> על הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי ראו למשל פסק-דין דלק, הערה 4 לעיל (אם כי ההכרה בזכות זו בפסיקה לא נבעה במפורש מחופש ההתאגדות). על זכות (או חירות) השביתה ראו למשל בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה ו"בזק" נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מט(2) 485. דומה כי חירות השביתה אף נתפסת כיום כבעלת מעמד חוקתי, במסגרת הפרשנות הרחבה ל"כבוד האדם" (שם; וראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג': פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד), 431).

להפלות בין עובד אחד למשנהו על בסיס מין, גזע, גיל וכיוצא בזה.<sup>6</sup> זכות הקניין מקנה למעביד את ה"פררוגטיבה" לקחת החלטות הקשורות לניהול העסק, אך במקביל כוללת לדעת רבים גם זכויות קנייניות (או "מעין-קנייניות") של העובדים במקום העבודה, אשר מגבילות את אותה פררוגטיבה.<sup>7</sup> חלק מזכויות אלו זכו לעיגון מפורש בזכויות ספציפיות מתחום העבודה במישור הבינלאומי,<sup>8</sup> ובמידה מסויימת גם בחקיקה בישראל.<sup>9</sup>

על זכויות בסיסיות אלו מתווספת שורה ארוכה של זכויות נוספות ייחודיות לתחום העבודה. במישור הבינלאומי ניתן למצוא עיגון לזכות לעבוד<sup>10</sup> ולהיות מוגן מפני אבטלה;<sup>11</sup> חופש לבחור את העיסוק;<sup>12</sup> זכות לשכר הוגן ולתנאי עבודה הוגנים/מינימליים ובטוחים, לרבות חופשות ומגבלה סבירה על שעות העבודה;<sup>13</sup> זכות לקבל מידע ולהשמיע עמדה

<sup>6</sup> ראו למשל בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 749; דנג"צ 4191/97 רקנט ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נד(5) 330; בג"צ 6845/00 איתנה ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', טרם פורסם (ניתן ביום 09.10.02).

<sup>7</sup> ראו למשל עס"ק 400005/98 הועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103.

<sup>8</sup> לעיגון ספציפי של חופש ההתאגדות בארגוני עובדים ראו Universal Declaration of Human Rights (1948), אשר אומצה על-ידי העצרת הכללית של האו"ם (להלן – "הצהרת זכויות האדם"), סעיף 23(4); אמנת בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (כתבי אמנה 1037, כרך 31, עמ' 205) (להלן – "אמנת הזכויות הכלכליות"), סעיף 18(א); Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000); (להלן – "אמנת להלן – "הצ'רטר האירופי"), סעיף 12, ולפני כן, European Social Charter (1989), סעיף 5 (כמעט כל הזכויות המפורטות להלן כמופיעות בצ'רטר האירופי הופיעו גם במסמך זה ולא יוזכרו כאן בנפרד); Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention (ILO, no. 87, 1948); וכן הצהרת ארגון העבודה הבינלאומי משנת 1998 (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) (להלן – "הצהרת ארגון העבודה"). לזכות נהל משא ומתן קיבוצי ולשבות ראו אמנת הזכויות הכלכליות, סעיף 18(ד); הצ'רטר האירופי, סעיף 28; Right to Organize and Collective Bargaining Convention (ILO, no. 98, 1949); הצהרת ארגון העבודה. לזכות לשוויון בעבודה ראו הצהרת זכויות האדם, סעיף 23(2); אמנת הזכויות הכלכליות, סעיף 7; הצ'רטר האירופי, סעיף 23.

<sup>9</sup> סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, אשר הוסף בתיקון התשס"א (חופש ההתאגדות); חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

<sup>10</sup> הצהרת זכויות האדם, סעיף 23(1); אמנת הזכויות הכלכליות, סעיף 6; הצ'רטר האירופי, סעיף 15. בנוסף ישנה שורה ארוכה של אמנות רלבנטיות שהתקבלו על-ידי ארגון העבודה הבינלאומי; לסקירה תמציתית ראו רות בן-ישראל, "צדק חברתי בעידן בתר-העבודה: צדק חלוקתי בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת," צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטר, עורך) (רמות, תשס"א), 309, 328. וראו Jean Mayer, "The Concept of the Right to Work in International Standards and the Legislation of ILO Member States" (1985) 124 Int. Lab. R. 225.

<sup>11</sup> הצהרת זכויות האדם, סעיף 23(1); Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention (ILO, no. 168, 1988).

<sup>12</sup> הצהרת זכויות האדם, סעיף 23(1); הצ'רטר האירופי, סעיף 15.

<sup>13</sup> הצהרת זכויות האדם, סעיף 23, 24; אמנת הזכויות הכלכליות, סעיף 7; הצ'רטר האירופי, סעיף 31. כן קיימות בנושאים אלו שורה של אמנות ארגון העבודה הבינלאומי, למשל אמנות מספר 95, 106, 131, 132, 153, 155, 167 ו-171 (ראו [www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

(היינו, חובת היוועצות של המעביד);<sup>14</sup> זכות להגנה מפני פיטורים שרירותיים;<sup>15</sup> זכות מיוחדת לילדים ונוער שלא לעבוד לפני גיל תום הלימודים וכן לתנאי עבודה ההולמים את גילם לאחר מכן;<sup>16</sup> זכות לנשים שלא להיות מפוטרות בקשר עם לידה או אמהות וזכות לחופשת לידה.<sup>17</sup> אמנם לא ניתן להגדיר את כל הזכויות האלו כאוניברסליות, אולם ההכרה בחשיבותן, במישור הבינלאומי לפחות, הולכת וגוברת. מרבית הזכויות זכו גם לעיגון כזה או אחר בחקיקת המגן בישראל<sup>18</sup> או בפסיקה.<sup>19</sup>

ההכרה בקבוצה השנייה של הזכויות אינה נקייה ממחלוקת. יש המתנגדים להכרה בזכויות אלו לחלוטין, בדרך כלל במסגרת התנגדות לרגולציה בתחום העבודה בכלל (מנימוקים ליברטריאניים או כלכליים ניאוקלאסיים), ויש המתנגדים לחלקן. ברמה הפוזיטיבית, הרי במישורים הבינלאומי, החוקי וההלכתי זכות זכויות אלו, בסך הכל, להגנה בלתי מבוטלת. שונה הדבר במישור החוקתי. מבין הזכויות שנמנו בפסקה הקודמת, היחידה שנתפסת כזכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי היא חופש העיסוק.<sup>20</sup> ברם, חופש העיסוק, לפחות כפי שפורש בפסיקה, אינו בא להגן על עובדים, כי אם על יזמים, עצמאים, ועל התחרות החופשית.<sup>21</sup> מבלי להפחית מחשיבותו, ברור כי חופש העיסוק יוצא דופן ברשימת הזכויות הייחודיות לתחום העבודה. בעוד שאת שאר הזכויות שנמנו בפסקה הקודמת ניתן לכנות זכויות "חברתיות", במונח המקובל של מונח זה, הרי חופש העיסוק, כפי שפורש בפסיקה, מספק הגנה ליברלית-שלילית בלבד.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> הצ'רטר האירופי, סעיף 27.

<sup>15</sup> הצ'רטר האירופי, סעיף 30; Termination of Employment Convention (ILO, no. 158, 1982).

<sup>16</sup> הצ'רטר האירופי, סעיף 32; Minimum Age Convention (ILO, no. 138, 1973).

<sup>17</sup> הצ'רטר האירופי, סעיף 33; Maternity Protection Convention (ILO, no. 183, 2000).

<sup>18</sup> ראו למשל חוק שכר מינימום, התשמ"ח-1988; חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, סעיף 9; חוק עבודת נוער, התשי"ג-1953.

<sup>19</sup> ראו למשל הפסיקה המגבילה את כוחו של מעביד לפטר, אשר מובאת בפרק ג' להלן; דב"ע נב/ 4-2 תרכובות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית, פד"ע כג 456 (חובת היוועצות).

<sup>20</sup> ראו חוק יסוד: חופש העיסוק.

<sup>21</sup> "חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק, אינו הזכות לעבוד ואינו הזכות שלא להיות מפוטר מעבודה. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק... בבסיס חופש העיסוק מונחת התחרות החופשית בין פרטים" (אהרון ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד' (תשנ"ח) 357, 369). לאימוץ גישה זו בפסיקה ראו למשל בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673; דב"ע נז/ 4-44 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע ל 216, בפסקה 37.

<sup>22</sup> לביקורת חריפה על הפרשנות שניתנה לחופש העיסוק ראו איל גרוס, "כיצד היתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית? בניתולי הזכות לחופש העיסוק", עיוני משפט כג (תש"ס) 229. מבלי להכנס לסוגיה, לצרכי מאמר זה אניח כי חופש העיסוק אינו כולל את הזכות לעבוד. הדיון בפוטנציאל החוקתי של הזכות, להלן, יתמקד בשאלה האם ובאיזה אופן ראוי לעגן בחוק-יסוד את הזכות לעבוד. אין בכך משום תמיכה בפרשנות שניתנה בפסיקה לחופש העיסוק. דומני כי השאלה האם חופש העיסוק, כפי שעוגן בחוק-יסוד בישראל, ניתן לפרשנות באופן הכולל את הזכות לעבוד, הינה שאלה נפרדת שאינני חייב לדון בה כאן.

פרופ' בן-ישראל מבחינה בין "זכויות אדם חברתיות ארגוניות" (הזכות להתארגן בארגוני עובדים, זכות השביתה, הזכות למשא ומתן קיבוצי), "זכות אדם חברתית לשוויון תעסוקתי", ו"זכויות אדם חברתיות שעניינן בעבודה" (הזכות לעבוד, חופש העיסוק, והזכות לשכר ותנאי עבודה הוגנים).<sup>23</sup> אכן, ברמה התיאורית יש בסיס להבחנה בין זכויות אזרחיות או זכויות שנובעות מזכויות אזרחיות לבין זכויות דוגמת הזכות לעבוד או הזכות לתנאי עבודה הוגנים. במדינות שבהן קיימת מגילת זכויות אדם חוקתית, ההכרה בזכויות מהסוג הראשון כזכויות בעלות מעמד חוקתי אינה מעוררת קשיים מיוחדים. לעומת זאת, דרכן של הזכות לעבוד וזכויות דומות אל עבר העיגון החוקתי הנכסף ארוכה, מפותלת ורבת מהמורות.

כיצד השפיעה ה"מהפיכה החוקתית" על הזכויות החברתיות מתחום העבודה? בסמוך לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה החשש כי מאחר שהעיגון החוקתי ניתן לזכויות אזרחיות בלבד, ואלו עשויות להתנגש בזכויות החברתיות, מעמדן היחסי של האחרונות נחלש.<sup>24</sup> המשמעות היא, בפרט, כי חוקי המגן יתפסו כפגיעות בזכות הקניין ובחופש החוזים, עם אפשרות מתמדת לפסילתם בשל אי-עמידה בתנאי פסקת ההגבלה (בכפוף לפסקת שימור הדינים). החשש היה בהחלט במקומו, אולם בחלוף עשור מאז אותה "מהפיכה" דומה כי אין מקום לבהלה. ראשית, בית המשפט העליון אינו ממהר לפסול חוקים.<sup>25</sup> ושנית, לצד פרשנות ליברלית ואף ליברטריאנית שניתנה לעיתים לזכויות החוקתיות,<sup>26</sup> ניתן למצוא גם הכרה במימד החברתי של אותן זכויות,<sup>27</sup> ולאחרונה אף הכרה בחשיבות הצדק החלוקתי במסגרת הניתוח החוקתי.<sup>28</sup>

ההכרה המסויימת במימד החברתי של הזכויות הקיימות אין משמעה שאין עוד צורך בהעלאת הזכויות החברתיות, או חלקן, לרמה החוקתית באופן מפורש. בהמשך המאמר אדון באופן ספציפי בפוטנציאל החוקתי של הזכות לעבוד. בשלב זה מן הראוי להזכיר, כי במספר מדינות אכן זכויות חברתיות מתחום העבודה לעיגון חוקתי מפורש (מבלי להכנס, בשלב זה, לשאלה מה כוח המשפטי של זכויות אלו ומה מידת ההגנה עליהן

<sup>23</sup> רות בן-ישראל, דיני עבודה, כרך א' (האוני' הפתוחה, תשס"ב-2002) 190.

<sup>24</sup> רות בן-ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה ד' (תשנ"ד) 27.

<sup>25</sup> רק שלושה סעיפי חוק נפסלו בעשור שחלף מאז חקיקת חוקי היסוד החדשים. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 אורון ואח' נ' תיכון ואח', פ"ד נו(3) 640.

<sup>26</sup> ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד' (1997) 133.

<sup>27</sup> ראו מונדלק, הערה 2 לעיל.

<sup>28</sup> בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח', טרם פורסם (ניתן ביום 29.8.02).

בפועל). כך המצב לא רק לגבי הזכות להתארגן בארגוני עובדים,<sup>29</sup> לשבות,<sup>30</sup> ולנהל משא ומתן קיבוצי,<sup>31</sup> ולא רק לגבי שוויון בעבודה<sup>32</sup> או חופש בחירת העיסוק,<sup>33</sup> אלא גם לגבי הזכות לעבוד,<sup>34</sup> הזכות שלא להיות מפוטר פיטורים שרירותיים,<sup>35</sup> הזכות לשכר מינימום והזכות לתנאי עבודה הוגנים ובטוחים,<sup>36</sup> ולפעמים אפילו הזכות לשיתוף בהנהלה וברוחים.<sup>37</sup>

מספר פעמים נדונו בכנסת הצעות להעלות חלק מזכויות אלו למעמד חוקתי, אולם עד כה ללא הצלחה. הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, התשנ"ד – 1994, מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט, מעגנת את זכותו של כל תושב לסיפוק צרכים בסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, לרבות "בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה";<sup>38</sup> את הזכות להתאגד בארגוני עובדים ולנהל משא ומתן קיבוצי;<sup>39</sup> ואת הזכות לשבות.<sup>40</sup> נוסח דומה הונח לאחרונה על שולחן הכנסת, על-ידי אותה ועדה, מחדש, אך בינתיים ללא הואיל.<sup>41</sup> בדיונים קודמים בועדה נבחן גם נוסח שקבע כי "לכל תושב... הזכות לעבודה ולתנאי עבודה ושכר

<sup>29</sup> ראו למשל סעיף 19(1)(c) לחוקת הודו; סעיף 23(2)(a) לחוקת דרום-אפריקה; סעיף 39 לחוקה האיטלקית; סעיף 28 לחוקה היפנית; סעיף 14bis(1) לחוקת ארגנטינה; סעיף 8 לחוקת ברזיל; סעיף 96 לחוקת פרגוואי; סעיף 91 לחוקת ונצואלה; סעיף 49 לחוקת בולגריה; סעיף 59 לחוקת קרואטיה; סעיף 30 לחוקת רוסיה; סעיף 76 לחוקת סלובניה. לנוסחי החוקות השונות המאוזכרות בהערה זו ואילך ראו [www.law.cornell.edu/world](http://www.law.cornell.edu/world).

<sup>30</sup> ראו למשל סעיף 23(2)(b) לחוקת דרום-אפריקה; סעיף 40 לחוקה האיטלקית; סעיף 14bis(2) לחוקת ארגנטינה; סעיף 9 לחוקת ברזיל; סעיף 98 לחוקת פרגוואי; סעיף 92 לחוקת ונצואלה; סעיף 50 לחוקת בולגריה; סעיף 60 לחוקת קרואטיה; סעיף 77 לחוקת סלובניה.

<sup>31</sup> ראו למשל סעיף 23(5) לחוקת דרום-אפריקה; סעיף 28 לחוקה היפנית; סעיף 14bis(2) לחוקת ארגנטינה; סעיף 19(16) לחוקת צ'ילה.

<sup>32</sup> ראו למשל סעיף 39(d) לחוקה ההודית; סעיף 37 לחוקת האיטלקית; סעיף 14bis(1) לחוקת ארגנטינה; סעיף 7(XXX) לחוקת ברזיל; סעיף 88 לחוקת פרגוואי; סעיף 87 לחוקת ונצואלה..

<sup>33</sup> ראו למשל סעיף 19(3) לחוקת הולנד; סעיף 19(1)(f) לחוקה ההודית; סעיף 22 לחוקת דרום-אפריקה; סעיף 14 לחוקת ארגנטינה; סעיף 19(16) לחוקת צ'ילה; סעיף 86 לחוקת פרגוואי; סעיף 48(3) לחוקת בולגריה; סעיף 54(2) לחוקת קרואטיה; סעיף 37(1) לחוקת רוסיה; סעיף 49 לחוקת סלובניה.

<sup>34</sup> ראו למשל סעיף 41 לחוקה ההודית; סעיף 45(2)(i) לחוקת אירלנד; סעיף 4 לחוקה האיטלקית; סעיף 27 (1) לחוקה היפנית; סעיף 14 לחוקת ארגנטינה; סעיף 19(16) לחוקת צ'ילה; סעיף 87 לחוקת פרגוואי; סעיף 84 לחוקת ונצואלה; סעיף 48(1) לחוקת בולגריה; סעיף 54(1) לחוקת קרואטיה; סעיף 49 לחוקת סלובניה.

<sup>35</sup> ראו למשל סעיף 14bis(1) לחוקת ארגנטינה; סעיף 7(I) לחוקת ברזיל; סעיף 94 לחוקת פרגוואי.  
<sup>36</sup> ראו למשל סעיפים 42, 43, 39(e) לחוקה ההודית; סעיף 36 לחוקה האיטלקית; סעיף 14bis לחוקת ארגנטינה; סעיף 7(IV) לחוקת ברזיל; סעיפים 89 – 93 לחוקת פרגוואי; סעיף 87 לחוקת ונצואלה; סעיף 48(5) לחוקת בולגריה; סעיף 55 לחוקת קרואטיה; סעיף 37(3) לחוקת רוסיה.

<sup>37</sup> ראו למשל סעיף 14bis(1) לחוקת ארגנטינה; סעיף 7(XI) לחוקת ברזיל; סעיף 87 לחוקת ונצואלה.

<sup>38</sup> ה"ח התשנ"ד, 337, סעיף 3.

<sup>39</sup> סעיף 4.

<sup>40</sup> סעיף 5.

<sup>41</sup> ה"ח התשס"ב, 214.

הוגנים.<sup>42</sup> לפחות 16 הצעות חוק-יסוד פרטיות הוגשו במשך השנים באותו נושא, חלקן לפחות כוללות גם זכויות נוספות.<sup>43</sup>

## ב. הזכות לעבוד: הצדקה לא-כלכלית

מבין הזכויות הנטענות מתחום העבודה, הזכות לעבוד היא הזכות הכי פחות ברורה מאליה. הזכויות האחרות נועדו להבטיח לעובדים תנאי עבודה מינימליים, לאפשר להם לשפר את מצבם (באמצעות פעילות במישור הקיבוצי), ולמנוע התייחסות בלתי-שוויונית או שרירותית כלפיהם. ההנחה בבסיס זכויות אלו היא שבני אדם אשר עובדים עבור אחר זקוקים וזכאים להגנה במסגרת זו. אבל מדוע שתקום זכות לאדם לעצם העבודה עבור או בשירות אחר? התשובה הפשטנית הינה, כי אנו זקוקים לעבודה כזו לפרנסתנו, כדי להתקיים. אולם לשם כך אין צורך להכיר בזכות לעבוד דווקא; די בזכות לתנאי מחייה מינימליים.<sup>44</sup> אם מטרת העבודה היא השגת דמי מחייה בלבד, יש להגן על דמי המחיה עצמם ולא על הזכות לעבוד דווקא. אם, למשל, המדינה מבטיחה לכל אחד מתושביה דמי מחייה מינימליים במסגרת מדיניות רווחה, מדוע תקום במקביל גם זכות לעבודה?

תשובה אפשרית אחת הינה כי העבודה מאפשרת לפרט לשפר את תנאי מחייתו **מעבר** למינימום. הסבר זה אינו מספק בעיני. ניתן להניח שאדם שלא הצליח למצוא עבודה ללא הגנת הזכות לעבוד, לא יזכה אלא לשכר מינימום בלבד. אמנם, שכר המינימום בדרך-כלל גבוה מתשלומי הרווחה, כך שהזכות לעבוד עשויה להביא עמה שיפור מסויים בתנאי המחיה של אדם שאינו עובד, גם אם הוא כבר נהנה מזכות לתנאי מחייה מינימליים. אולם אין זה סביר כי נכיר בזכות שכל מטרתה להעניק לאדם שכר מינימום במקום תשלומי הרווחה המעט נמוכים יותר. אם זו המטרה, אפשר פשוט להגדיל מעט את תשלומי הרווחה. אמנם, הזכות לעבוד מעניקה את **הפוטנציאל** לתנאי מחייה טובים יותר, מעבר לאלה הנובעים משכר המינימום; שהרי גם אם העובד יזכה לשכר מינימום בלבד בתחילה, קיים סיכוי כי שכרו ותנאי עבודתו ישתפרו עם הזמן. אולם ספק אם די בפוטנציאל זה כדי לספק הצדקה משכנעת לזכות לעבוד.

מבלי להמעיט מחשיבות ההיבט הכלכלי של העבודה, נראה לי כי ההצדקה לזכות לעבוד מצויה במישור אחר לחלוטין. את הזכות לעבוד יש להבין על רקע ההיבט האישי-חברתי

<sup>42</sup> בן-ישראל, הערה 23 לעיל, עמ' 238.

<sup>43</sup> ראו למשל הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, התשס"ב-2002, פ/3314 (חה"כ עמיר פרץ), וראו את רשימת ההצעות הקודמות בדברי ההסבר לאותה הצעה. לגוללים קודמים בהרבה, כמו הצעת ח"כ קלינגהופר שנדחתה ב-1964, ראו הסקירה אצל מונדלק, הערה 2 לעיל, בעמ' 73.

<sup>44</sup> לעניין זה ראו מאמרו של מיכאל אטלן, בכרך זה.



של העבודה, היינו חשיבות העבודה לפרט מבחינה אישית, חברתית ופסיכולוגית. במובנים לא-כלכליים אלו בא לידי ביטוי ההבדל התהומי בין אדם המתקיים מדמי אבטלה או הבטחת הכנסה לבין אדם עובד.<sup>45</sup> בשורות הבאות אעמוד בקצרה על חשיבות העבודה לפרט, ולאחר מכן אבהיר מדוע יש בכך כדי להצדיק הכרה בזכות לעבוד.

מחקרים אמפיריים מתחומי הפסיכולוגיה החברתית והסוציולוגיה מלמדים כי לעבודה יש שלושה תפקידים חשובים מבחינת הפרט, מלבד היותה מקור פרנסה.<sup>46</sup> ראשית, העבודה היא מקור חשוב למימוש עצמי והגשמה עצמית. לעבודה חלק חשוב במתן משמעות לחיינו. היא יוצרת הזדמנויות להתפתחות אינטלקטואלית, לסיפוק ולקידום אישי. היא מהווה חלק חשוב בזהות העצמית שלנו, ומקור חשוב ליכולת שלנו לתרום לחברה ולבטא את עצמנו.<sup>47</sup> היא אמצעי לכבוד עצמי ובטחון עצמי. מכל הסיבות האלו ברורה החשיבות של העבודה מבחינתנו כבני אדם. אמנם, ברור שהתיאור הזה אינו נכון לגבי כל עבודה ועבודה. עבודות שמתמקדות אך ורק בפעולה פיזית פשוטה שחוזרת על עצמה, ללא שיקול דעת וללא עניין אינטלקטואלי כלשהו, סביר יותר שיביאו לניכור מאשר לסיפוק ולהגשמה עצמית.<sup>48</sup> אבל עבור חלק גדול מאיתנו, לפחות, העבודה היא אחד המקורות העיקריים בחיינו למימוש והגשמה.

היבט שני של חשיבות העבודה לפרט נוגע למסגרת החברתית שהעבודה מספקת לנו. רובנו מבליט בעבודה את רוב שעות הערות שלנו, 5 ימים בשבוע. למעשה אנחנו נמצאים עם חברים לעבודה יותר מאשר עם המשפחה והחברים מחוץ לעבודה. כך שאין זה מפתיע שלעבודה חלק חשוב ביותר בחיים החברתיים שלנו. מעבר לכך, כבני אדם יש לנו צורך בסיסי להשתייך, והעבודה נותנת לנו מסגרת השתייכות חשובה. היא עוזרת לנו להרגיש

---

<sup>45</sup> ראו למשל: William E. Forbath, "Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction" (2001) 69 Fordham L. Rev. 1821 במידה רבה זוהי גם התובנה העומדת בבסיס החתירה של ארגון העבודה הבינלאומי בשנים האחרונות להבטחת "decent work".

<sup>46</sup> ראו למשל: MOW International Research Team, *The Meaning of Working* (London: Academic Press, 1987).

Branimir Sverko and Vlasta Vizek-Vidovic, "Studies of the Meaning of Work: Approaches, Models, and Some of the Findings," in Donald E. Super and Branimir Sverko, *Life Roles, Values, and Careers: International Findings of the Work Importance Study* (San Francisco: Jossey-Bass, 1995), 3; Robert E. Lane, *The Market Experience* (Cambridge: Cambridge UP, 1991), chapter 13; Itzhak Harpaz, *The Meaning of Work in Israel: Its Nature and Consequences* (New York: Praeger, 1990), 2.

<sup>47</sup> Edward J. O'Boyle, "The Need for Work as Such: Self-Expression and Belonging," in John B. Davis & Edward J. O'Boyle (eds.), *The Social Economics of Human Material Need* (Crabondale: Southern Illinois UP, 1994), 116.

חלק מהקהילה.<sup>49</sup> אכן, לעבודה חלק חשוב ביכולת שלנו להרגיש "אזרחים", חלק חשוב בתחושה שאנו מביאים תועלת לחברה וברצון שלנו להיות מעורבים.<sup>50</sup> מחקרים מראים שהעבודה חשובה אפילו ליצירת מסגרת לפעילות שעות הפנאי שלנו. בהעדר מסגרת בעבודה, מובטלים סובלים לעתים קרובות מהעדר מסגרת גם לשאר הפעילויות בחיים.<sup>51</sup>

התפקיד השלישי של העבודה שנכלל במסגרת ההיבט האישי-חברתי נוגע לסטטוס החברתי. הדרך בה החברה רואה אותנו, והדרך בה אנחנו תופסים את עצמנו, קשורים במידה רבה לעבודה שלנו. הכרה חברתית על העבודה שאנו עושים, והסטטוס החברתי הנובע מכך, חשובים לנו ביותר כפרטים. אכן, מחקרים עקביים מגלים כי מרבית האנשים היו רוצים לעבוד גם ללא הכרח כלכלי לעשות כן.<sup>52</sup> בכך יש משום הוכחה נחרצת לחשיבות ההיבטים הלא-כלכליים של העבודה.

ההיבט האישי-חברתי של העבודה, על שלושת מרכיביו כמפורט לעיל,<sup>53</sup> אינו ייחודי לעובדים שכירים דווקא. עבודתו של קבלן עצמאי הינה בעלת מאפיינים דומים. חשיבות העבודה לפרט עשויה על כן לספק הצדקה גם לחופש העיסוק,<sup>54</sup> ועשויה לעלות טענה כי די בהגנה על חופש העיסוק כדי להבטיח מתן הזדמנות להגשמת הצרכים האישיים-חברתיים הכרוכים בעבודה. אלא שטענה כזו מתעלמת מאופן ארגון העבודה בשוק מפותח בחברה בת-ימינו. לרובנו אין כל אפשרות מעשית להקים עסק עצמאי. עבור רובנו, העבודה בשירות אחרים היא הדרך היחידה להגשמת אותם צרכים.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> על ההבחנה בין ההיבטים החיוביים להיבטים השליליים של העבודה, ראו: Alan Fox, *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations* (London: Faber and Faber, 1974), 221-5; Curt Tausky, "Work is Desirable/Loathsome: Marx versus Freud" (1992) 19 *Work and Occupations* 3.

<sup>49</sup> Robert Castel, "Work and Usefulness to the World" (1996) 135 *Int. Lab. R.* 615.  
<sup>50</sup> T.H. Marshall, "Work and Wealth," in *Class, Citizenship, and Social Development* (New York: Anchor Books, 1965), 230, 234-5.

<sup>51</sup> Joanne B. Ciulla, *The Working Life: The Promise and Betrayal of Modern Work* (New York: Times Books, 2000), chapter 1.

<sup>52</sup> Gordon E. O'Brien, "Changing Meaning of Work," in Jean F. Hartley & Geoffrey M. Stephenson (eds.), *Employment Relations: The Psychology of Influence and Control at Work* (Oxford: Blackwell, 1992), 44, 55, 59.

<sup>53</sup> דרך דומה לתאר את חשיבות העבודה לפרט היא בחלוקה למרכיבים "אזרחות", "קהילה" ו"זהות". ראו Vicki Schultz, "Life's Work" (2000) 100 *Colum. L. Rev.* 1881.

<sup>54</sup> ראו בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מז(5) 610, 617 (השופט דורנר); בג"צ 4769/95 מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח', טרם פורסם (ניתן ביום 4.12.02), בפסקה 7; אהרן ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 200.

<sup>55</sup> David M. Beatty, "Labour is Not a Commodity," in Barry J. Reiter and John Swan, *Studies in Contract Law* (Toronto: Butterworths, 1980), 313, 315.

אין בכוונתי לטעון כי מן הראוי שתהיה חובה כלשהי לעבוד, או כי בהעדר עבודה חייהם של בני אדם בהכרח שלמים פחות או שהם פחות "אזרחים".<sup>56</sup> אין הכוונה כי הזכות לעבוד תבוא במקום זכות לתנאי מחייה מינימליים, למי שאינו מסוגל או רוצה לעבוד. גם אין הכוונה להעלות על נס את העבודה כערך בפני עצמו.<sup>57</sup> טענתי הינה אך ורק כי עבור רבים מאיתנו יכולה העבודה להגשים צרכים אישיים וחברתיים חשובים, וכי בהעדר עבודה לרובנו קשה ביותר למצוא דרכים חלופיות מספקות להגשמת צרכים אלו.

מכאן ברורה ההצדקה לזכות לעבוד. מבלי להכנס בשלב זה לשאלת היקף הזכות וכנגד מי עומדת אותה זכות, הכרה עקרונית בזכותו של כל אדם לעבוד משקפת הכרה בחשיבות של העבודה לפרט להגשמת צרכים אישיים וחברתיים חיוניים; וכן הכרה בכך שלא די בהגנה על הזכות להקים עסק עצמאי כדי להבטיח את הגשמת צרכים אלו. אכן, בפסיקת בית הדין הארצי ניתן למצוא תמיכה בעמדה זו. כך בעניין **לאה לוי**<sup>58</sup> קבע בית הדין, מפי סגנית הנשיא השופטת ברק, כי "הזכות לעבוד היא זכות העומדת בנפרד מהזכות להשתכר בכבוד... [לעבוד] הזכות לא רק להשתכר בכבוד אלא גם ליהנות מהעבודה, לעסוק במה שהוא מיומן בו, לעסוק במלאכה ולא ללכת בטל." ובעניין אחר הוסיפה השופטת ברק, כי "לעובדים זכות מעין קניינית על עבודתם. זו צריכה לא רק לספק להם פרנסה אלא גם סיפוק ופיתוח מיומנותם."<sup>59</sup> לא מדובר באינטרס של פרט כזה או אחר בלבד, אלא באינטרס חשוב של החברה כולה שמן הראוי להגן עליו. כמו זכויות רבות אחרות, הזכות לעבוד היא אמצעי להגנה על (ומתן תוכן ל-) כבוד האדם והאוטונומיה שלו, או בניסוח אחר, היא נועדה לאפשר לכל אדם "לכתוב את ספר חייו".<sup>60</sup>

## ג. ההיבטים השונים של הזכות לעבוד

<sup>56</sup> על כן אינני נדרש לקחת כאן צד בוויכוח בין אלו המצדדות בתשלום תמורה לעבודה בבית, לבין אלו הסבורות כי רק בעבודה מחוץ לבית יוכלו נשים להגשים את עצמן (ראו Schultz), הערה 53 לעיל, מול Martha M. Ertman, "Love and Work: A Response to Vicki Schultz's *Life's Work*" (2002) 102 Colum. L. (Rev. 848).

<sup>57</sup> כפי שהיה מקובל, למשל, בתקופות בהן ניתן דגש לערכים פרוטסטנטיים. ראו באופן כללי: Adriano Tilgher, *Work: What it has Meant to Men Through the Ages* (New York: Arno, 1977 [1930]); Herbert Applebaum, *The Concept of Work: Ancient, Medieval, and Modern* (Albany: State University of N.Y., 1992). וראו גם יי שטר, משנתו של א.ד. גורדון (דביר, תשל"ז).

<sup>58</sup> ע"ע 359/99 לוי – רשות השידור, פד"ע לו 407, 400 – 408.

<sup>59</sup> עס"ק 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח' נ' אי.סי.איי. טלקום, פד"ע לו 289, 303. בפסק-דין זה היתה השופטת ברק בדעת מיעוט, אך דומני שלא לעניין הציטוט דלעיל.

<sup>60</sup> מונדלק, הערה 2 לעיל, בעמ' 89.

איזו משמעות ניתן לתת לזכות לעבוד? אלו חובות משפטיות יכולות לעמוד מולה? ניתן להגדיר חובות כאלו בקשר עם שלוש מערכות יחסים נפרדות של העובד: מול המדינה, מול ארגון העובדים, ומול המעביד.<sup>61</sup>

### (1) הזכות לעבוד מול המדינה: זכות "קהילתית"

ביחסים מול המדינה, הזכות לעבוד פירושה חובה של המדינה לפעול על-מנת שלכל תושב שרוצה בכך תהיה עבודה.<sup>62</sup> התפיסה המקובלת הינה כי זכות זו, ככל שהינה קיימת, אינה זכות אישית אלא זכות שניתן לכנות **קהילתית**, במובן שמוטלת על המדינה חובה כללית לנקוט בצעדים להגברת התעסוקה (באמצעות מדיניות כלכלית שתביא ליצירת מקומות עבודה, השקעה בהכשרת עובדים, והפעלת שירות תעסוקה), אך לא חובה לדאוג לעבודה לכל פרט ופרט. זו אינה זכות "קיבוצית" (collective right), כפי שמכנה אותה רות בן-ישראל,<sup>63</sup> כי אין מדובר בזכות אשר עובדים מבקשים להפעיל ביחד, באופן קיבוצי, בדומה לזכות השביתתה או הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי. זו גם לא זכות "קבוצתית" (group right), שכן לא מדובר בזכות אשר תלויה בקיומה של קבוצה מסויימת ומקבלת את חיותה מאותה קבוצה, בדומה לזכויות תרבותיות כמו הזכות להגנה על שפה.<sup>64</sup> המינוח המתאים הוא, בעיניי, זכות "קהילתית" (community right), שכן הזכות היא של הקהילה כולה, או חלק ממנה, כנגד המדינה. זאת בדומה לזכות לאיכות סביבה נאותה, למשל (ככל שזכות כזו קיימת במישור הפנים-מדינתי). כמובן שבנסיבות ספציפיות הפרת הזכות יכולה לגרום לפגיעה אישית ולעורר עתירה של הפרט. אולם אין לכל פרט ופרט זכות אישית כי המדינה תדאג לאיכות סביבה נאותה סביבו (להבדיל מזכות כנגד פרט אחר, או אף כנגד המדינה, להמנע ממטרד מסויים או מהפרה ספציפית אחרת). ככל שמוכרת זכות לאיכות סביבה נאותה במישור הפנים-מדינתי, הרי שטענה להפרת אותה זכות היא טענה כי המדינה אינה מכבדת במידה מספקת את אותו ערך בסיסי. באופן דומה, הזכות לעבוד עשויה להטיל חובה על המדינה לפעול להגברת התעסוקה, ותעסוקה שממלאת את הצרכים האישיים

<sup>61</sup> Bob Hepple, "A Right to Work?" (1981) 10 Industrial L.J. 65.

<sup>62</sup> לצרכים נוכחיים אני משייך את הזכות ל"תושבים", בדומה להצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, מבלי לדון בכך.

<sup>63</sup> בן-ישראל, הערה 23 לעיל, בעמ' 215.

<sup>64</sup> השו: בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', טרם פורסם (ניתן ביום 25.7.02), פסק-דין המיעוט של השופט חשין. למעשה, השופט חשין מתייחס ל"זכות קיבוצית", וגם בספרות נעשה שימוש מעורב במונחים "זכות קיבוצית" ו"זכות קבוצתית" ומקבילתם באנגלית כדי לתאר את מה שמכונה כאן "זכות קבוצתית" (ראו למשל אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו (תשס"ב) 241). נראה לי שהמינוחים שהוצעו לעיל יכולים להועיל להבחנה בין זכויות שונות לחלוטין.

והחברתיים של העובדים בפרט. עתירה בעניין זה עשוי להעלות פרט הסובל באופן אישי מהפרת הזכות, אך אין בכך כדי להקנות לפרט עצמו זכות לעבודה או זכות אישית אחרת.

הביטוי "זכות קהילתית" הוא, לכאורה לפחות, כמעט דבר והיפוכו. המונח "זכות" משמש באופן מסורתי כדי לבטא עימות בין הפרט לקהילה. הכיצד, אם כן, יכולה לקום "זכות" לקהילה עצמה? קושי זה רלבנטי במיוחד לסוגיית העיגון החוקתי הפנים-מדינתי, ואתייחס אליו בפרק הבא. בשלב זה הטיעון הוא תיאורי בלבד. בין אם הרעיון של זכות קהילתית נראה לנו או לא, הלכה למעשה זהו המובן המקובל של הזכות לעבוד, אליו מתייחסות בדרך כלל החוקות השונות והאמנות הבינלאומיות.<sup>65</sup> זהו גם המובן אשר אליו ניתן להניח, מתייחסת הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, על אף שהיא מנוסחת כזכות אישית לכאורה. בשלב זה מטרתי היא אך להבהיר, כי הזכות לעבוד (למול המדינה), כאשר היא קיימת, אינה זכות אישית, בדומה לחופש הביטוי או זכות הקניין למשל, ואף אין היא דומה לזכויות קיבוציות או קבוצתיות. המינוח "זכות קהילתית" לא בא אלא כדי להדגיש שוני זה.

אכן, ככל שקיימת זכות **אישית** ביחסים מול המדינה, התפיסה המשתקפת מהאמנות הבינלאומיות הינה שאין מדובר בזכות ריאלית לעבודה, אלא ב"זכות חלופית" בלבד, הבאה לידי ביטוי בהגנה כזו או אחרת בתקופת אבטלה.<sup>66</sup> אולם זכות כזו מקבילה לזכות לתנאי מחייה מינימליים (או נובעת ממנה), או שבאה במסגרת זכות לבטחון סוציאלי, ואין לה למעשה כל קשר ישיר לזכות **לעבוד**. האמנם אין אפשרות סבירה להכיר בזכות אישית לעבודה ביחסים מול המדינה? ברמה המושגית אין קושי מיוחד בהכרה בזכות כזו. כפי שחופש הביטוי מחייב את המדינה לאפשר לכל אדם להתבטא באופן פרטני, אם הוא חפץ בכך, והזכות לבריאות מחייבת את המדינה – לפחות כך ניתן לטעון – לדאוג לבריאותו של כל אדם בנפרד, ולא רק לבריאות הציבור באופן כללי, כך גם אין מניעה עקרונית שנכיר בזכות אישית של כל אדם כי החברה (המדינה) תדאג לו לעבודה. אין משמעות הדבר כי בהעדר תעסוקה מלאה תחשב המדינה בהכרח כאשמה בהפרת זכויות המונית, שכן הזכות לעבוד, ככל זכות, אינה מוחלטת. ברמה העקרונית ניתן לחייב את המדינה לעשות כל מאמץ לדאוג לעבודה לכל אחד ואחת, כאשר כל מקרה של אבטלה שלא מרצון יהיה חייב בהצדקה. אולם ברמה המעשית, במציאות של כ- 10% אבטלה, אין זה סביר ואף אפשרי לדרוש מהמדינה להצדיק כל מקרה של אבטלה בהצדקה פרטנית. סביר יותר, אם בכלל, לדרוש הצדקות כלליות לרמת האבטלה במשק, כלומר לדרוש מהמדינה להראות כי עשתה

<sup>65</sup> ראו למשל European Social Charter (1989), סעיף 1, המפרט במסגרת הזכות לעבוד את שלושת החובות הנייל וכן את חופש בחירת העיסוק. וראו הערה 34 לעיל.

<sup>66</sup> בן-ישראל, הערה 23 לעיל, בעמ' 215.

ככל יכולתה כדי להגביר התעסוקה באופן כללי, ולא דווקא כדי לדאוג לעבודה לאדם מסויים. אכן, ביחסים בין הפרט והמדינה, שמהווים את הפורום הרגיל והמקובל לשיח זכויות, מבחינה מעשית המשמעות הסבירה היחידה לזכות לעבוד הינה המשמעות הקהילתית.

בכך, כמדומני, שונה הזכות לעבוד מזכויות אחרות הנחשבות "חברתיות", כמו הזכות לבריאות, לחינוך או לדיור. לזכויות כאלו יש "גרעין", שלגביו ניתן בהחלט לדבר על זכות אישית כנגד המדינה, ורק ב"מעטפת" הן זכויות קהילתיות דוגמת הזכות לעבוד. כך, למשל, זכותו של אדם לטיפול רפואי בסיסי מצויה בגרעין הזכות לבריאות, ולגביה סביר ואף רצוי לראות חובה נגדית של המדינה **כלפי הפרט**. לעומת זאת, טענה כי המדינה אינה מקצה מספיק משאבים לתחום מסויים במערכת הבריאות הינה טענה להפרת זכות קהילתית, שניתן לראותה כמעטפת של אותה זכות בסיסית. במקרה כזה, אפילו אם הפרט אשר מעלה את הטענה נפגע באופן אישי מחוסר התקצוב, הרי אין זה סביר לטעון כי יש לו באופן אישי זכות כי יוקצבו סכומים מסויימים למטרות מסויימות. את טענותיו הוא מעלה, למעשה, בשם הקהילה, והטענה היא כי המדינה אינה נותנת את המשקל הראוי לזכות היסודית לבריאות.<sup>67</sup> בדומה לכך, הזכות לקורת גג מינימלית מהווה את **גרעין** הזכות לדיור, שכן ניתן לראות אדם מחוסר בית המלין על הפרת הזכות כמי שנפגעה זכותו האישית והוא מבקש סעד בעיקר לעצמו; בעוד שהזכות לדיור ברמה ובעלות סבירים מצויה במעטפת, שכן עניינה בעיקר דרישה להקצאת משאבים נוספים לתחום מסויים.<sup>68</sup> וכך ניתן לומר כי הזכות לחינוך בסיסי הינה בגרעין הזכות לחינוך,<sup>69</sup> בעוד שהזכות לחינוך אוניברסיטאי הינה לכאורה במעטפת (לכאורה בלבד, שכן במקרים הנדירים שבהם הפגיעה אינה נובעת משיקולים של סדרי עדיפויות, אלא מחוסר התחשבות בזכות גרידא,

<sup>67</sup> ההבחנה בין הגרעין למעטפת עשויה להיות שונה ממדינה למדינה, שהרי תמיד יש לפרש זכויות באופן רגיש להקשר. כך, למשל, בעניין *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, פסק דין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה מיום 27.11.97 (פסק-דין זה ואחרים שיוזכרו בהמשך נגשים באמצעות [www.concourt.gov.za](http://www.concourt.gov.za)), נידונה עתירה של אדם חולה סוכרת שתבע לקבל טיפול מסויים, שיכול להאריך את חייו, ממערכת הבריאות הציבורית. העתירה נדחתה מאחר שבמצב הכלכלי הקשה של דרום-אפריקה, אין די משאבים כדי לאפשר טיפול מכל סוג לכל חולה, וההחלטה לתת עדיפות לחולים שיש להם סיכויי החלמה טובים יותר אינה בלתי סבירה. יתכן שהזכות לטיפול רפואי בנסיבות כאלו הינה אכן במעטפת בדרום-אפריקה אולם תחשב לחלק מהגרעין במדינות אחרות.

<sup>68</sup> לעניין זה ראו את פסק-דינו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בעניין *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, מיום 4.10.00, שהורה למדינה לשנות את תוכנית הדיור שלה באופן שיבטיח פתרון לצרכים המידיים של חסרי בית.

<sup>69</sup> ועל כן בבג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, טרם פורסם (ניתן ביום 14.8.02), למשל, שם עלתה טענה בעניין אי-שילובם של ילדים עם צרכים מיוחדים במערכת החינוך הרגילה, דובר בפגיעה בגרעין.

הפגיעה הופכת כמעט בהגדרה לפגיעה אישית, ומהווה על כן חלק מהגרעין<sup>70</sup>). לזכות לעבוד, לעומת זאת, לפחות כשזכות זו נתפסת כנגד המדינה, אין גרעין דומה. אם יש גרעין, הרי הוא בא לידי ביטוי בזכות לתנאי מחייה מינימליים, או בחופש בחירת העיסוק, שהוכרו כזכויות נפרדות. הזכות לעבוד כנגד המדינה היא זכות קהילתית בלבד.

## (2) הזכות לעבוד מול ארגון העובדים: זכות אישית

לעומת זאת, ניתן בהחלט לדבר על זכות אישית לעבוד ביחסים של הפרט מול ארגון העובדים וביחסים מול המעביד. מול ארגון העובדים, ככל שאנו מעוניינים לעגן זכות לעבוד, החובה המקבילה של הארגון תהיה להמנע מהפעלת הכח הקיבוצי ליצירת מגבלות על קבלה לעבודה. זוהי המשמעות המקובלת בארצות הברית למונח "זכות לעבוד" (Right to Work). שם נעשה שימוש במונח זה כמתייחס לזכותם של עובדים להתקבל לעבודה ללא קשר להשתייכותם או אי-השתייכותם לארגון עובדים מסויים. חוקים האוסרים על "מפעל סגור" (מפעל אשר בהתאם להסכם קיבוצי מקבל רק עובדים החברים בארגון העובדים) – אשר קיימים בחלק ממדינות ארצות הברית – מכונים שם Right to Work Laws.<sup>71</sup> גם באנגליה נעשה שימוש במידה מסויימת באותו רעיון.<sup>72</sup> למעשה ניתן לומר כי זכות העובד, במקרה כזה, הינה זכות אישית כנגד המדינה ולא זכות כנגד הארגון, שכן המדינה היא אשר נדרשת לאסור הסדרים המונעים גישה לעבודה.<sup>73</sup> כך או כך, בהקשר זה הזכות לעבוד דומה לחופש העיסוק, או מהווה חלק ממנו, וככזו לא תידון כאן יותר.<sup>74</sup>

## (3) הזכות לעבוד מול המעביד: זכות אישית

המובן המעשי ובמידה רבה המעניין ביותר של הזכות לעבוד הינו דווקא בהקשר של היחסים בין עובד למעביד. בהקשר זה, חובת המעביד הנובעת מזכות העובד לעבוד הינה

<sup>70</sup> למשל: מניעת גישתם של סטודנטים לאוניברסיטאות פלסטינאיות כתוצאה עקיפה מסגירת או הריסת דרכים. בדומה לכך, בעניין Minister of Health v. Treatment Action Campaign, פסק-דין של בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה מיום 5.7.02, נאות בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה להתערב לטובת הזכות לבריאות, והורה למדינה לספק לנשים בהריון הנגועות ב-HIV תרופה מסויימת שנמנעה מהן, כאשר הוא מצייך כי לא יהיו לכך השלכות תקציביות משמעותיות. בנסיבות כאלו הופך לדעתי מחדל המדינה לפגיעה בזכות אישית.

<sup>71</sup> חוקים כאלה מצויים ב-23 ממדינות ארה"ב. בשמונה מהן גם עוגנה זכות זו בחוקה. ראו <http://www.dol.gov/esa/programs/whd/state/righttowork.htm>.

<sup>72</sup> Hepple, הערה 61 לעיל, בעמ' 79.

<sup>73</sup> לעניין זה ראו סעיף 1(27) לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, הקובע כי "לא יתן שר העבודה צו-הרחבה אלא אם... הוראות ההסכם הקיבוצי הנדון שהן נושא לצו ההרחבה אינן פוגעות בזכות אדם לעבודה עקב חברותו או אי-חברותו בארגון עובדים" (ההדגשה אינה במקור).

בפשטות חובה לאפשר לעובד לעבוד. בשים לב לחשיבות העבודה לפרט, לא רק מבחינה כלכלית אלא גם, ובעיקר, מבחינה אישית-חברתית כמפורט לעיל, לא די בתשלום שכר או בפיצוי כספי אחר. לעתים קרובות חשובה לעובד בעיקר העבודה עצמה; היכולת להגשים את הצרכים האישיים והחברתיים אשר ללא עבודה קשה ביותר להגשימם. כמובן שלרוב העבודות יש תחליף, אולם לא תמיד יכול עובד למצוא מקום עבודה חלופי בקלות, ומכל מקום, במידה רבה מקום עבודה חדש מחייב התחלה מחודשת של נסיון להגיע להגשמה ומימוש עצמיים, כמו גם צורך ביצירת קשרים חברתיים מחדש. מובן כי הזכות אינה מוחלטת, וכי מולה עומדים אינטרסים לגיטימיים של המעביד. אינטרסים אלו מוצאים גם ביטוי חוקתי מסויים בזכות הקניין של המעביד ובעקרון חופש החוזים. אבל דווקא ההכרה בזכויות המעביד מעלה את הצורך בהכרה נגדית מפורשת גם בזכויותיו של העובד.

בשנים האחרונות ניכרת בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה הכרה גוברת והולכת בזכות לעבוד במישור היחסים של עובד ומעביד, לעתים במפורש ולעתים במשתמע. זאת בעיקר בשלושה הקשרים. הראשון שבהם עניינו במגבלות החלות על פיטורים ובסעדים המתאימים במקרה של פיטורים שלא כדין. עד לאחרונה, התפיסה המקובלת בישראל היתה של Employment at Will, כמקובל בארצות הברית, היינו העסקה לפי רצון שני הצדדים בלבד. המשמעות היתה, ראשית, כי בכפוף למגבלות ספציפיות בחקיקה<sup>75</sup> או בהסכם קיבוצי, מותר לפטר עובד מכל סיבה שהיא; ושנית, כי גם במקרה של פיטורים שלא כדין הסעד המתאים הוא פיצויים (בכפוף למספר חריגים), שכן ככלל אין אוכפים חוזה עבודה על אף אחד מהצדדים.<sup>76</sup> אין צורך לומר כי גישה זו מתעלמת לחלוטין מזכות העובד לעבוד, הן מעצם ההכרה בלגיטימיות של פיטורים שרירותיים או ממגוון של סיבות שאינן מקובלות, והן בסירוב להחזיר לעבודה עובד שפוטר שלא כדין.

אלא שבשני ההיבטים חלו התפתחויות מרחיקות לכת בעת האחרונה. בית הדין הכיר במספר סיבות לפיטורים כסיבות שאינן לגיטימיות והכריז עליהן כאסורות; כך, למשל, לגבי פיטורי עובדים בשל השתייכותם או פעילותם הארגונית.<sup>77</sup> באופן כללי יותר, פותחו מגבלות שבאו לצמצם את החשש לפיטורים שרירותיים, דוגמת חובת היוועצות עם נציגות העובדים בטרם פיטורי צמצום (גם בהעדר חובה כזו מכח הסכם קיבוצי)<sup>78</sup>; והושם דגש על

<sup>74</sup> ראו הערות 21 – 22 לעיל והטקסט הצמוד להן.

<sup>75</sup> למשל, מגבלות על פיטורי עובדי ציבור (כמו סעיף 171 לפקודת העיריות [נוסח חדש]) או מגבלות ספציפיות כמו האיסור על פיטורי עובדת בהריון (חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, סעיף 9).

<sup>76</sup> בג"צ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד כח(1) 372.

<sup>77</sup> דבי"ע נו/3-209 מפעלי תחנות בע"מ – ישראל יניב ואח', פד"ע לג 289; עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145.

<sup>78</sup> פס"ד לוי, הערה 58 לעיל.



כך שפיטורי עובד חייבים להעשות בתום-לב. גישת סגנית הנשיא, השופטת ברק – בשלב זה במיעוט בקרב שופטי בית הדין הארצי – מרחיקת לכת אף יותר, ולפיה פיטורים מותר לעשות, גם במגזר הפרטי הלא-מאורגן, מסיבה מספקת בלבד.<sup>79</sup> לבסוף, בתחום הסעדים חל מהפך רבתי, כאשר בית הדין קיבל עקרונית את האפשרות של אכיפת חוזה עבודה, גם במגזר הפרטי, ובוחר באפשרות זו כסעד מועדף במקרים מוגדרים, למשל בעת הפרת זכות חוקתית של העובד.<sup>80</sup> כן גברה הנטייה להעניק סעד של אכיפה כסעד ביניים – אשר בתחום זה הינו לעתים קרובות חשוב בהרבה מהסעד העיקרי.<sup>81</sup> הלכות חדשות אלו נותנות ביטוי ממשי – גם אם בדרך כלל לא מפורש – לזכות העובד לעבוד ביחסיו מול מעבידו.<sup>82</sup> אם בעבר לא זכו ההיבטים האישיים והחברתיים של העבודה כמעט לכל הכרה או הגנה, הרי כיום ישנן מגבלות משמעותיות על כוחו של מעביד לגדוע את יכולתו של העובד להגשים את עצמו בעבודה.

דוגמא נוספת להכרה (עקיפה) בזכות לעבוד ניתן למצוא בהקשר של שאלה משפטית שכיחה הרבה פחות: האם חייב מעביד לספק עבודה לעובדיו. הסוגיה מתעוררת, למשל, כאשר בשל מגבלות מכח הסכמים קיבוציים מנוע מעביד מלפטר עובדים מסויימים, אולם מסיבות שונות הוא מעדיף שעובדים אלו יפסיקו להגיע לעבודה (אף שהוא חייב לשלם להם שכר). בפסיקה משנת 1991 קבע בית הדין הארצי כי אין לעובד זכות קנויה לעבוד בפועל; ואולם, בשורה ארוכה של חריגים עשויה לקום לעובד זכות כזו.<sup>83</sup> כך, למשל, במקרה שעובד זקוק לעבודתו כדי לשמור על כשירותו המקצועית (כדוגמת רופא או טייס), או על המוניטין שלו (כדוגמת שחקן); וכך גם כאשר הבטלה הכפויה מעבודה בפועל תפגע בכבודו של העובד.

באותו עניין יישם בית הדין את החריגים שקבע הוא עצמו בצמצום. אולם עצם ההכרה בשורה ארוכה של מקרים שבהם מוטלת חובה על מעביד לספק עבודה בפועל מלמדת על ההכרה העקרונית בזכות לעבוד. יתרה מכך, לאור ההתפתחויות בפסיקה מאז, ניתן לשער

<sup>79</sup> ראו למשל ע"ע 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481.

<sup>80</sup> ראו למשל פס"ד הורן את ליבוביץ, הערה 77 לעיל.

<sup>81</sup> ראו ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ ואח' – גיאבר, פד"ע לה 245.

<sup>82</sup> דוגמא לביטוי מפורש ניתן למצוא בפסק-דינה של השופטת ברק בעניין ביבס, הערה 79 לעיל (במיעוט, אך לא בהכרח לעניין זה): "אחת ממטרות משפט העבודה המודרני היא הגנה על מקום העבודה של העובד, הגנה על זכותו לעבוד. המטרה היא לתת לעובד ביטחון בעבודה באופן שפרנסתו ופרנסת משפחתו כמו גם האפשרות של עובד להיות בעל תעסוקה לשם סיפוק צרכיו הנפשיים והרוחניים, ולא רק החומריים, יקבלו הגנה ראויה."

<sup>83</sup> דבי"ע נא/ 4-21 ההסתדרות הכללית – תה"ל, פד"ע כ"ג 3. וראו גם תבי"ע נד/ 3-289 (י-ם) פרט – פרקש ואח', עבודה-אזורי ה 632, שם חייבה השופטת ברק (בשבתה בבית הדין האזורי) בית חולים לספק עבודה בפועל לרופא, על בסיס הזכות לעבוד.

כי בעתיד יפורשו החריגים באופן רחב יותר, ויתכן שאף תהפך ברירת המחדל, על בסיס ההנחה (המוצדקת לדעתי) כי כל בטלה מאונס פוגעת בכבודו של העובד.<sup>84</sup>

הקשר שלישי שבו בולטת התפתחות בכיוון של הכרה בזכות לעבוד הוא הגבלת חופש העיסוק בחוזה עבודה. הפסיקה הטילה מאז ומעולם סייגים לתוקפן של תניות המגבילות תחרות מצידו של עובד לאחר סיום יחסי העבודה; במילים אחרות, תניות אשר מגבילות את זכותו של אדם לעבוד במקום העבודה בו הוא חפץ. אולם אם באמצע שנות התשעים עדיין נתן בית הדין הארצי כדבר שבשגרה תוקף למגבלות של עד שנתיים לאחר תום יחסי העבודה, הרי שמאז 1999 השתנתה התמונה לחלוטין.<sup>85</sup> ברירת המחדל הפכה להיות אי-מתן תוקף לתניות הגבלת עיסוק. רק במקרים חריגים מאפשר כיום בית הדין למעבידים להגביל את חופש העיסוק של עובדיהם. בהקשר זה מקובל להשתמש במונח "חופש העיסוק", אולם למעשה המגבלה היא במידה רבה על החופש לבחור את מקום העבודה (ולא את העיסוק), או במילים אחרות על הזכות לעבוד. התניות החוזיות נשוא הפסיקה דלעיל אוסרות על עובד הן הקמת עסק מתחרה והן עבודה אצל מעביד מתחרה, כאשר בפועל המקרה השני הינו השכיח יותר. הטלת מגבלות על האפשרות לעבוד אצל המעביד הנבחר מהווה פגיעה בזכות לעבוד, ולא בחופש העיסוק במובנו המקובל.

ההכרה בזכות לעבוד מאחדת אם כן את שלושת קווי ההתפתחות בפסיקה שתוארו לעיל.<sup>86</sup> התפתחויות אלו לא התבססו במפורש על הזכות לעבוד, אם כי מעת לעת ניתן למצוא אזכורים לזכות כזו, בעיקר בפסיקת השופטת ברק.<sup>87</sup> ברוב המקרים, הקשר בין השינויים

<sup>84</sup> לפסיקה חדשה ברוח זו באנגליה ראו William Hill Organisation Ltd. v. Tucker, [1998] EWCA Civ. 615, שם חוייב מעביד להעסיק עובד בפועל בתקופת ההודעה המוקדמת.

<sup>85</sup> ע"ע 164/99 פרומר וצ'ק פוינט – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294. וראו גם ע"א 6601/96 AES System Inc. ואח' נ' סער ואח', פ"ד נד(3) 850.

<sup>86</sup> אין דוגמאות אלו ממצות את המקרים בהם עשויה להיות רלבנטיות לזכות לעבוד. דוגמא אחת נוספת היא פרישה כפויה לגמלאות בגיל נקוב (וראו אזכור קצר של הזכות לעבוד בהקשר זה בדב"ע מו/ 3-73 נב – הסוכנות היהודית לארץ ישראל ואח', פד"ע יח 197, בסעיף 3 לדעת המיעוט).

<sup>87</sup> ראו למשל ע"ע 300178/98 ביבס – שופרסל, פד"ע לו 481 (השופטת ברק, במיעוט, קובעת בהקשר של פיטורים כי "יש לעשות את המירב על מנת שעובד לא יפסיד את מקום עבודתו, את זכותו לעבוד", וראו גם הערה 82 לעיל); פס"ד לוין, הערה 58 לעיל (בית הדין, מפי השופטת ברק, קובע, בהקשר של פיטורים, כי יש לאזן בין הפררוגטיבה של המעביד לזכות העובד לעבוד); דב"ע נו/ 6-8 מועין שמשום – עירית נצרת, פד"ע ל 72 (דעת המיעוט) (הכרה בזכות לעבוד כזכות יסוד בהקשר של התפטרות בדין פיטורים); פס"ד פרט, הערה 83 לעיל. ראו גם אלישבע ברק, "אילווצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי", ספר מנחם גולדברג (סדן, תשס"ב), 209. לעתים מופיעה בפסיקה התייחסות לזכות "קניינית" או "מעין-קניינית" של העובדים במקום העבודה (ראו למשל דב"ע לג/ 9-3 צרי חברה לתעשייה פרמצבטיית וכימית בע"מ – ריקס, פד"ע ד 477, פסקאות 13 – 16; ע"ע 375/99 החברה הכלכלית פיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ ואח' – ג'אבר, פד"ע לה 245; ע"ע 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ביום 2.10.00; ע"ע 300317/98 מיטל – איגוד ערים לשירותים וטרינריים גוש דן, טרם פורסם, ניתן ביום 26.11.00). בחלק מהמקרים לפחות דומה כי הכוונה הינה לזכות לעבוד.

בפסיקה שתוארו לעיל לבין הזכות לעבוד הוא לכל היותר משתמע, ואולי אף תת-מודע בלבד; אולם הוא קיים ובעיני לפחות הוא משמעותי. כנגד זכות הקניין של המעביד, אשר עם עיגונה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העלתה למעמד חוקתי את הפררוגטיבה של המעביד לנהל המפעל כרצונו,<sup>88</sup> וכנגד חופש החוזים אשר פועל בדרך כלל לטובת המעביד, מעמיד כיום בית הדין את הזכות לעבוד.

#### ד. הפוטנציאל החוקתי של הזכות לעבוד

פרק ב' דלעיל הציע הצדקה כללית לזכות לעבוד, המבוססת על חשיבות העבודה לפרט. אולם ברור שקשה לדבר על "זכות" מבלי להתייחס לחובות העומדות מולה. פרק ג' דן לפיכך בשאלה מול מי יכולה לקום זכות לעבוד, והציע הבחנה בין זכות קהילתית לעבוד, שיכולה לקום מול המדינה, לבין זכות אישית לעבוד, שיכולה לקום מול המעביד. עדיין נותרה השאלה, האם ובאיזו אופן ראוי לעגן את אותן זכויות (או מי מהן) כזכויות משפטיות. הסוגיה הופכת למעניינת ורלבנטית במיוחד כשבוחנים את האפשרות לעגן את הזכות לעבוד, על היבטיה השונים, **ברמה החוקתית**. יתרת המאמר תוקדש לסוגיה זו בלבד.

נקודת המוצא שלי הינה כי זכויות חברתיות אינן שונות באופן עקרוני מזכויות אזרחיות ופוליטיות.<sup>89</sup> גם לזכויות אזרחיות, כמו לזכויות חברתיות, יש לעתים קרובות מרכיב "חיובי", כלומר שהגנה עליהן מחייבת להורות למדינה לפעול באופן אקטיבי. גם זכויות אזרחיות, כמו זכויות חברתיות, לא ניתן ליישם ללא מידה מסויימת של עמימות וחוסר ודאות. הלגיטימיציה לביקורת שיפוטית על חוקים, כמו גם היכולת המוסדית של בתי משפט לבצע ביקורת כזו, אינם שונים באופן עקרוני בין שמדובר בזכויות אזרחיות או בזכויות חברתיות.<sup>90</sup> החשש שבתי משפט יסכלו תוכניות חברתיות ראויות או יתערבו באופן מזיק בהליך הדמוקרטי קיים עקרונית לגבי זכויות חוקתיות אזרחיות בדיוק כמו לגבי זכויות חוקתיות חברתיות.<sup>91</sup> מקובל עלי גם כי לזכויות האזרחיות עצמן יש – או

<sup>88</sup> ראו למשל דב"ע נב/ 4-17 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית ואח', פד"ע כו 87, בפסקה 17.

<sup>89</sup> ראו למשל מונדלק, הערה 2 לעיל; Mark Tushnet, "Civil Rights and Social Rights: The Future of the Reconstruction Amendments" (1992) 25 Loyola L. Rev. 1207; Craig Scott and Patrick Macklem, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution" (1992) 141 U. Pa. L. Rev. 1.

<sup>90</sup> שם. לטיעון מקביל בהקשר דומה ראו גם Guy Davidov, "The Paradox of Judicial Deference" (2001) 12 National J. of Const. L. 133.

<sup>91</sup> הראיה הטובה ביותר לכך היא פסיקת בית המשפט האמריקאי ב"עידן לוכנר" (שמזוהה על-ידי פסק-הדין בעניין (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)), שהתבססה על חופש החוזים ועל זכות הקניין, ולא על זכויות חברתיות.

לפחות ראוי שיהיה – "מימד חברתי",<sup>92</sup> כך שכל ההבחנה בין זכויות אזרחיות לחברתיות לעתים קרובות מטעה ומיותרת. כן מקובל עלי כי הזכויות החברתיות אינן פחות חשובות לנו, כפרטים, מהזכויות האזרחיות, ולעתים קרובות הראשונות מהוות תנאי מקדים ליכולת ליהנות מאלו האחרונות.<sup>93</sup>

ועם זאת, עדיין ישנו הבדל של **מידה** בין מרבית הזכויות ה"אזרחיות" לאלו ה"חברתיות" בכל הנוגע להתערבות הנובעת מהן בסדרי העדיפויות של החברה במסגרת הביקורת החוקתית. הגנה על חופש הביטוי עשויה להיות כרוכה בעלויות, ומעצם היותן של השלכות תקציביות יהיו להגנה כזו כמובן השפעות על יכולת החברה, באמצעות הגופים הנבחרים, לקבוע לעצמה את סדרי העדיפויות. אולם מידת ההשפעה במקרים כאלו זניחה בהשוואה להשפעה שיכולה להיות להגנה מלאה על הזכות לבריאות למשל. לא הרי עלויות ההגנה המשטרית על מפגינים במועד כזה או אחר כעלויות החלטה לפיה המדינה חייבת להוסיף אי אילו מרכיבים ל"סל הבריאות". לצד ההכרה בכך שהשלכות תקציביות קיימות בכל מקרה, אין להתכחש לעובדה שהשלכות אלו עשויות להיות דומיננטיות הרבה יותר, מבחינת מידתן, בהקשר של אותן זכויות שמקובל לכנות "חברתיות".<sup>94</sup>

בית המשפט העליון, בדומה לבתי משפט אחרים בעולם, מפעיל "מתחם התחשבות" בעניינים חברתיים וכלכליים, היינו, נוטה לצמצם את מידת ההתערבות שלו, או לפחות טוען כי הינו עושה כן. ניתן להניח שגם בהקשר של זכויות חברתיות וכלכליות, אם אלו יעוגנו, ינקטו השופטים, כמו עמיתיהם בעולם, בזהירות רבה (ואולי אף מופרזת) בטרם התערבות בסדרי העדיפויות שקבעו נבחרי הציבור. האם יש בכך משום תשובה לחשש מפני התערבות מופרזת בעניינים אלו? בהחלט לא. גם משום שלא ניתן לסמוך על השופטים כי ימנעו מהתערבות כאשר יש להם אמונה חזקה ביחס לסדרי העדיפויות ה"נכונים", אבל בעיקר משום שלא ניתן להצדיק את אותו "מתחם התחשבות" כלל. בהעדר הבדלים **עקרוניים** בין עניינים חברתיים לעניינים אחרים, או בין זכויות חברתיות לזכויות אזרחיות, אין לבית המשפט כלים להכריע מתי להפעיל מתחם כזה ולהגביל את

<sup>92</sup> מונדלק, הערה 2 לעיל; Dennis M. Davis, Patrick Macklem and Guy Mundlak, "Social Rights, Social Citizenship, and Transformative Constitutionalism: A Comparative Assessment," in Joanne Conaghan et al. (eds.), *Labour Law in an Era of Globalization* (Oxford: Oxford UP, 2002) 511.

<sup>93</sup> לטיעון זה ראו למשל אייל גרוס, "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?", צדק חלוקתי בישראל (מי' מאוטנר, עורך) (רמות, תשס"א), 79, 86 – 87; וראו פס"ד Grootboom, הערה 68 לעיל.

<sup>94</sup> גיא מונדלק מסכים כי קיים הבדל של מידה, אך מייחס אותו במידה רבה לנכונות ההסטורית של בית המשפט להגן על זכויות חברתיות בעבר (הערה 2 לעיל, בעמ' 103). מבלי להמעיט מחשיבותו של מרכיב זה, נראה לי כי ההבדל, הגם שאינו עקרוני אלא הבדל של מידה בלבד, הוא הבדל אינהרנטי שימשך להתקיים ללא תלות בנכונות בית המשפט.

התערבותו. בעת ההחלטה האם וכיצד יש לעגן זכויות חברתיות, אנו רשאים (ואף חייבים) להביא בחשבון הבדלים של מידה בלבד. אולם בית משפט אינו יכול להחליט על רמת ביקורת מופחתת ללא בסיס עקרוני כלשהו, ובהעדר בסיס כזה, מן הראוי שימנע מכך.<sup>95</sup>

אם כן, עיגון חוקתי של זכויות חברתיות עשוי להביא למעורבות של המערכת השיפוטית בקביעת סדרי העדיפויות של החברה, במידה גדולה בהרבה מזו המוכרת לנו במסגרת ההגנה על זכויות אזרחיות. ולא ניתן לפטור חשש זה בהסתמכות על ההנחה כי בתי המשפט ייטו להמנע מהתערבות מופרזת. האם נובע מכך כי אין מקום לעגן בחוקה זכויות חברתיות? לאו דווקא. אולם לדעתי בהחלט נובע מכך שמידת ההתערבות המקובלת בהגנה על חופש הביטוי אינה מתאימה להגנה על הזכות לעבוד כזכות קהילתית, למשל.<sup>96</sup> ככלל יש מקום להכיר במורכבות של כלים משפטיים ולהמנע מכפיית פתרונות חד-מימדיים ואחידים. אין הכרח שזכויות חברתיות יזכו לאותה הגנה כמו זכויות אחרות, וגם אין סיבה מיוחדת לאחד את כל הזכויות המכוננות "חברתיות" תחת פתרון אחיד. יתרה מכך, אם נבחן את הזכות לעבוד באופן פרטני, יש לבחון את דרך העיגון הרצויה בהתייחס לזכות כנגד המדינה ולזכות כנגד המעביד בנפרד.

באופן כללי וסכמטי ניתן לומר כי קיים מדרג של 6 פתרונות אפשריים מוכרים לסוגיית העיגון של זכויות "חברתיות":

1. לא לעגן את הזכות כלל (כך במרבית החוקות בעולם המערבי).
2. עיגון הצהרתי בלבד, אשר אינו ניתן לאכיפה בבתי המשפט (כך למשל המצב באירלנד ובהודו<sup>97</sup>). ואריאציה של רמה זו הינה השפעה עקיפה של אותו עיגון הצהרתי על פסיקת בית המשפט (מודל "התחולה העקיפה" של חוקי היסוד).
3. לבית המשפט סמכות להצהיר על הפרת הזכות החוקתית, אך לא לתת סעדים אופרטיביים כלשהם (כך, בהתייחס לכלל הזכויות, המצב באנגליה<sup>98</sup>).
4. לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטות ולפסול חוקים במצבים של פגיעה בגרעין של הזכות בלבד.

<sup>95</sup> Davidov, note 90 above.

<sup>96</sup> להכרה בצורך הפתרון ביניים ראו למשל Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do* (New York: Oxford UP, 2001) chapter 10.

<sup>97</sup> הן באירלנד והן (בעקבותיה) בהודו מופיע בחוקה פרק שכותרתו "Directive Principles of State Policy" (כך בהודו; באירלנד מופיע *Social Policy*), ובפתחו נאמר במפורש (בסעיף 37 בחוקה ההודית ובסעיף 45 בחוקת אירלנד) כי את הוראות פרק זה לא ניתן לאכוף בבית משפט. בהודו נאמר עם זאת כי העקרונות המפורטים באותו פרק הם עקרונות יסוד המחייבים את המדינה.

<sup>98</sup> Human Rights Act, 1998.

5. לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטות ולפסול חוקים, אולם הזכות כפופה ל"מגבלות תקציביות סבירות" (כך בדרום-אפריקה<sup>99</sup>) או "ליכולת הכלכלית של המדינה כפי שתיקבע בידי הממשלה" (כך בהצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות<sup>100</sup>).

6. עיגון חוקתי מלא, היינו הכפפה של הזכות החברתית לפסקת ההגבלה הרגילה בלבד.

למען שלמות התמונה מן הראוי להזכיר גם את המודל של הכללת "סעיף התגברות",<sup>101</sup> אשר משאיר את זכות "המילה האחרונה" בידי המחוקק, וניתן למקמו באחד המקומות באמצע, כאשר המיקום המדויק תלוי בשאלת קיומו של קונסנזוס חוקתי שלא להשתמש בסעיף זה.

מהי, אם כן, רמת ההגנה המתאימה לזכות לעבוד, תחילה כזכות קהילתית כנגד המדינה? לפי גישה אחת, גם עקרונות של צדק חלוקתי – וכנובע מכך גם זכויות "קהילתיות" – ניתן וראוי לעגן בחוקה.<sup>102</sup> זאת בהקשרים בהם צפוי כשל בפעילותם של הגופים הנבחרים.<sup>103</sup> בהקשר של הזכות לעבוד, הטענה תהיה כי המדינה אינה משקיעה מספיק ביצירת מקומות עבודה, ובפרט לא בהכשרה, מאחר שהתוצאות של השקעות מסוג זה אינן מתקבלות בתחום הקדנציה הנוכחית של הנבחרים; מאחר שסוג כזה של השקעות אינו נראה באופן ברור לעין הציבור; ומאחר שלמובטלים אין כמעט כח פוליטי (הן בשל מעמדם הציבורי הנחות, הן מאחר שהם לא מאורגנים, ואולי גם בגלל שמובטלים ממילא מגיעים פחות להצביע). ברם, האם אפשר להמנע מכשלים דומים בעת הליך כינון החוקה? הדרך היחידה בה (אולי) נוכל לעשות כן הינה באמצעות הגדרת הזכויות ברמה מופשטת ביותר. המשמעות הינה העברת ההכרעות בנושאי צדק חלוקתי לבית המשפט. וגם אם אנו נותנים עקרונית אמון בבית המשפט וסבורים שיש מקום לביקורת חוקתית, הן הלגיטימציה והן היכולת המוסדית לבצע ביקורת כזו נמוכים בהרבה כשמדובר בקביעת סדרי עדיפויות חברתיים.

אכן, מידת ההשקעה של החברה בתחום העבודה הינה החלטה בדבר סדרי עדיפויות שמן הראוי שתלקח על-ידי נבחרי העם, על אף הכשלים. יתכן שאנו מעדיפים להשקיע את משאבינו המוגבלים למטרות אחרות, לא פחות חשובות. יתרה מכך, כלל לא ברור שישנה

<sup>99</sup> ראו סעיף 26 (העוסק בזכות לדירה) וסעיף 27 (העוסק בזכות לבריאות, מזון, מים ובטחון סוציאלי) לחוקת דרום-אפריקה.

<sup>100</sup> הערה 38 לעיל.

<sup>101</sup> סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק; סעיף 33 לצ'רטר הקנדי.

<sup>102</sup> עלי זלצברגר, "צדק חלוקתי: היבטים תיאורטיים", הרצאה בכנס "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל", אוניברסיטת חיפה, נובמבר 2002.

עדיפות לצמצום האבטלה בכל מחיר. לדוגמא, האבטלה בארצות הברית נמוכה בהרבה מאשר במדינות יבשת אירופה, אולם אינני סבור כי הזכות לעבוד וזכויות העובדים בכלל זכות להגנה טובה יותר בארצות הברית; להיפך. הרי ההצדקה שפורטה בפרק ב' לעיל לימדה אותנו כי **איכות** העבודה – האפשרות שהיא נותנת למילוי הצרכים האישיים-חברתיים – חשובה לא פחות מעצם קיומה. כמובן שמדינות אירופה יכולות לספק הצדקות להפרה לכאורה של הזכות לעבוד, שהרי, כזכור, בכל מקרה הזכות אינה מוחלטת. אבל האם לבית המשפט יש כלים להכריע בסוגיה כזו, מבלי שהמרכיב הדומיננטי בהכרעה יהיה דעתו הסובייקטיבית של השופט? דומני כי בנסיבות כאלו התשובה שלילית. המרכיב של קביעת סדרי עדיפויות הינו גדול ומרכזי מדי, בהקשר זה, מכדי שנוכל למסור את ההכרעה הסופית לגוף שאינו נבחר. לפיכך ברור כי רמת הגנה 6 אינה מתאימה.

האם יש הצדקה להגנה חוקתית מופחתת, היינו באחת מרמות ההגנה 2 עד 5? בטרם גיבש עמדה מן הראוי לתת את הדעת להבחנה שהוצעה לעיל בין הזכות לעבוד לזכויות חברתיות אחרות, שלהן גרעין של זכות **אישית** כנגד המדינה. משנפלו הטענות בדבר הבדל מהותי-איכותי בין זכויות "אזרחיות" ל"חברתיות", אין כל סיבה לחשוב שהזכות לקורת גג, לחינוך בסיסי או לטיפול רפואי מינימלי הן פחות חשובות מחופש הביטוי, חופש ההתאגדות או זכות הקניין. **הגרעין** של הזכות לחינוך, לבריאות ולדיור זכאי בעיני להגנה חוקתית מלאה (רמה 6 לעיל), בדיוק כמו זכויות אזרחיות.<sup>104</sup> מה לגבי המעטפת? הפתרון המתאים למעטפת של אותן זכויות עשוי להתאים גם לזכות לעבוד. בהקשר זה, אנו מכירים בחשיבות של אותן זכויות, היינו בחשיבות החינוך, הבריאות והדיור גם מעבר לרמה המינימלית ביותר, ובחשיבות העבודה גם מעבר לזכות לתנאי מחייה מינימליים או לחופש בחירת העיסוק. עם זאת, מעבר לאותו גרעין, רמת ההגנה האפשרית תלויה במשאבים הקיימים ובסדרי העדיפויות לגבי חלוקתם. בעניין זה בית המשפט אינו יכול להחליף את הגופים הנבחרים ולא ראוי שיעשה כן. פסק-דין שיורה על הקצבה נוספת משמעותית לבריאות, לדוגמא, עשוי לבוא על חשבון זכויות אחרות, כמו חינוך, עבודה או דיור, או על חשבון הבטחון האישי (באמצעות פגיעה בתקציב בטחון) וכיוצא בזה. אינני רואה קושי בכך אם אותה הקצבה נוספת באה כדי להגן על **הגרעין**, על הזכות לטיפול רפואי בסיסי למשל, כמו שגם אינני רואה קושי בפסיקה שבאה להגן על חופש הביטוי או על השוויון ויש לה השלכות תקציביות. אך מעבר לרמה בסיסית זו, התחרות על המשאבים המוגבלים הופכת להיות העיקר, ואין היא עניין לבית המשפט לעסוק בו. מעבר לאותה

<sup>103</sup> שם; וראו גם עלי זלצברגר וסנדי קדר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים", משפט וממשל ד' (1998) 489, 499.

<sup>104</sup> להבחנה בין גרעין למעטפת ראו פרק ג' לעיל.

רמה בסיסית אין מקום להתיר התערבות במדיניות הגופים הנבחרים על בסיס הזכויות האמורות.<sup>105</sup>

פרופ' אדרעי מציע עיגון של זכויות חברתיות כזכויות שליליות בלבד, כדי להמנע ממצב שבו החוקה מכתובה את סדרי העדיפויות החברתיים.<sup>106</sup> מקובל עלי החשש שמובע על-ידיו. גם הפתרון המוצע כאן מונע מאותה מטרה. אולם אינני סבור כי ניתן או ראוי לשים את קו הגבול בין זכויות שליליות לחיוביות דווקא. הזכות לחינוך או בריאות מחייבות כמעט תמיד הגנה חיובית, גם ברמה המינימלית ביותר. מסיבות דומות גם גישתו של גיא מונדלק, המבחינה בין המימד האינדיבידואליסטי-אטומיסטי של הזכויות לבין המימד החברתי שלהן,<sup>107</sup> אף שהיא מקובלת עלי כשלעצמה, לא יכולה לסייע כאן. לכן מוצע לקבוע את הגבול בין התערבות לאי-התערבות באמצעות ההבחנה בין גרעין (של זכות אישית) למעטפת.

הקושי הינו, כמובן, בהגדרת ה"גרעין" ובהבחנת אותו גרעין מהמעטפת, ועוד יותר מכך, בעובדה שעל בית המשפט עצמו תוטל המשימה להבחין ביניהם.<sup>108</sup> במובן מסויים הפתרון המוצע נותן בכך לחתול לשמור על השמנת; בית המשפט עצמו יקבע מתי אסור ומתי מותר לו להתערב. פתרון כזה אינו סביר מבחינתם של אלו שאינם נותנים אמון במערכת המשפט ומתנגדים לעצם הביקורת החוקתית. אולם מרגע שהכרנו בסמכות ביקורת כזו, ממילא

<sup>105</sup> הצעה דומה, הלכה למעשה, המבחינה בין גרעין של זכות אכיפה למעטפת שאינה אכיפה (אם כי ללא שימוש במונחים אלו), הועלתה במסגרת הצעת החוקה בפולין; ראו Wiktor Osiatynski, "Social and Economic Rights in a New Constitution for Poland," in *Western Rights? Post-Communist Application* (Andras Sajo, ed., 1996). ההבחנה בין גרעין למעטפת הוצעה בהקשר של זכויות חברתיות עוד קודם לכן ב-Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3, The nature of States parties obligations (1990) (available at <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm3.htm>) וראה גם הדיון בדו"ח זה בפסק-דין Grootboom, הערה 68 לעיל, בעמ' 24 ואילך, וכן ב-Minister of Health v. Treatment Action Campaign, הערה 70 לעיל, בעמ' 18). למעשה ניתן למצוא הבחנות דומות בחוקות המדינות השונות; כך, למשל, סעיף 27 לחוקת דרום-אפריקה, המעגן את הזכות לבריאות, מבחין בין הזכות של כל אדם לטיפול רפואי דחוף, אשר זוכה להגנה מלאה (ס"ק (3)), לבין הזכות הכללית יותר לגישה לשירותי בריאות, אשר כפופה למגבלות תקציביות (ס"ק (1)). החלוקה עצמה בין הגרעין למעטפת שונה לחלוטין מהחלוקה המוצעת על-ידי, וכך גם הביקורת האפשרית בהתייחס למעטפת, אולם הרעיון הבסיסי זהה. למען שלמות התמונה יצויין כי בעניין Minister of Health v. Treatment Action Campaign הני"ל דן בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה באריכות בטענה כי גם בתחומי ס"ק (1) מצוי גרעין, שנהנה מהגנה מלאה, ורק המעטפת כפופה למגבלות תקציביות. הטענה כי ניתן לפרש כך את החוקה הדרום-אפריקאית נדחתה, ובצדק. אך אין בפסק-דין טיעון כי חלוקה כזו, אם תעשה (כמוצע כאן), לא תהיה ראויה.

<sup>106</sup> יוסף מ' אדרעי, "זכויות אדם וזכויות חברתיות", ספר ברנזון, כרך שני (נבו, תש"ס), 45.

<sup>107</sup> מונדלק, הערה 2 לעיל.

<sup>108</sup> תאורטית קיימת גם אפשרות כי ה"גרעין" יוגדר בחוקה עצמה, אולם אפשרות זו לא נראית לי מעשית ואף לא רצויה, שכן חוקה אמורה להתמודד עם נסיבות בלתי צפויות כמו גם עם שינויים תקופתיים בתפיסות חברתיות.



הכרנו גם באפשרות ששופטים יעשו שימוש בסמכותם בניגוד לדעתנו. גם ללא עיגון של זכויות חברתיות, בכל הליך חוקתי קובע בית המשפט את גבולות ההתערבות לעצמו. ואם מרבית בתי המשפט נמנעים מקבלת החלטות שיש להן השלכות תקציביות מהותיות, הרי שאין זה בגלל העדר זכויות חברתיות או בגלל שהחלטות כאלה אינן אפשריות, אלא מתוך החלטה מודעת להגביל את עצמם. במובן זה הצעתי תואמת את המציאות בפועל בהתייחס לזכויות האזרחיות. לאור זאת יתכן שניתן לנקוט באותו פתרון, ולהגדיר מגבלה זו בחוקה עצמה, גם בהתייחס לזכויות אזרחיות, ובכך למנוע את הקושי ההצהרתי הנובע מהגדרת הגנה פחותה לזכויות "חברתיות". אולם אפשרות זו דורשת בחינה מעמיקה יותר, החורגת ממסגרת מאמר זה.

המסקנה היא כי לגבי הזכות לעבוד, כמו גם לגבי המעטפת של הזכות לבריאות, לחינוך או לדיוור, אין מקום להקנות לבתי המשפט סמכות לפסילת חוקים, או אפילו סמכות להצהיר על הפרת הזכות (רמת הגנה 3), כאשר ההכרעה אם הופרה הזכות באופן שאינו מוצדק תלויה במידה רבה בשיקולים של קביעת סדרי העדיפויות החברתיים. בשיקולים כאלו אין בית המשפט יכול או צריך להתערב, לפחות לא ברמה הפרטנית של חלוקת עוגת התקציב.<sup>109</sup>

נותרה השאלה האם יש מקום לעיגון הזכות לעבוד ברמה ההצהרתית בלבד (רמה 2). בהקשר זה הועלו בספרות העוסקת בזכויות חברתיות שתי עמדות מנוגדות.<sup>110</sup> מחד, עיגון כזה הוא בעל חשיבות עקרונית וחינוכית, שכן יש בו כדי להבהיר לכל הגופים הציבוריים כמו גם לציבור בכללותו את החשיבות שהחברה מייחסת לזכות זו. הצהרה במסמך חוקתי, לפיה מוטלת חובה על המדינה – גם אם לא אכיפה – לפעול להשגת תעסוקה מלאה, הן באמצעות מדיניות כלכלית שתביא ליצירת מקומות עבודה (טובים), הן באמצעות הכשרת עובדים והן באמצעות הפעלת שירות תעסוקה, עשויה להשפיע על השיח

<sup>109</sup> במאמר מוסגר יצויין, בהתייחס לזכויות החברתיות בעלות הגרעין, כי גם אם לא ניתן לקבוע מראש במדויק את קו הגבול בין הגרעין למעטפת, הרי ברור כי מיקומו של קו זה תלוי, במידה כזו או אחרת, במשאבים המצויים ברשות המדינה. טיפול רפואי חיוני להארכת חייו של אדם אינו בהכרח בתחום הגרעין של הזכות לבריאות במדינה שנאבקת תחת מחסור קיצוני במשאבים כדרום אפריקה, אולם יתכן שהזכות לאותו טיפול תחשב לחלק מהגרעין בישראל (ראו הערה 67 לעיל). השאלה מה ייחשב לקורת גג מינימלית או להגשמה של גרעין הזכות לחינוך אף היא תלויה בהכרח במשאבים העומדים לרשות המדינה. אולם אין משמעות הדבר כי בית המשפט מנוע מלהתערב גם לשם הגנה על הגרעין. יש בכך פשוט הכרה בעובדה, שקביעת גבולות הגרעין תושפע מתפיסה כללית כלשהיא התואמת את המקובל בחברה נתונה לגבי גרעין הזכות. לצורך קביעת הגבול לא ידרשו השופטים לעיון בספרי התקציב, אלא אך לחיות בתוך עמם ולגבש תפיסה התואמת את המוסכמות החברתיות ביחס למינימום של בריאות, חינוך או דיוור הכרחיים. הפתרון המוצע לגבי זכויות אלו הינו, אם כן, זה המוזכר כרמה 4 לעיל, אך בהכרח יש בו שילוב של רמה 5 גם כן.

<sup>110</sup> שתי עמדות אלו מופיעות בתמצית אצל רות גביזון, "עיגון חוקתי למדיניות חברתית-כלכלית? לזכויות חברתיות וכלכליות?" (נייר עבודה לכנס חוקה בהסכמה, אוקטובר 2002) (מופיע ב- [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)).

הציבורי ועל דרישות הציבור מנבחריו. מנגד, קביעת הזכות לעבוד כזכות הצהרתית בלבד, ללא הגנה, עשויה להנציח את מעמדה הנחות של זכות זו בהשוואה לזכויות אחרות. את ההכרעה בין שתי עמדות לגיטימיות אלו מספק לדעתי שיקול נוסף, המתעורר במדינות אשר בהן תחולה (ולו עקיפה) לזכויות חוקתיות גם במגזר הפרטי. זהו המצב בישראל.<sup>111</sup> בכלל זה יש לזכויות החוקתיות תחולה מסויימת במסגרת יחסי עובד-מעביד. לכך חשיבות רבה לענייננו. זכות הקניין וחופש החוזים – שבדרך כלל מיטיבים עם המעביד – זכו זה מכבר לעיגון חוקתי,<sup>112</sup> דבר שהפר או לפחות עשוי להפר את האיזון ביחסים מול העובדים.<sup>113</sup> אם תעוגן הזכות לעבוד בחוק-יסוד, יכולה לבוא לידי ביטוי במסגרת התחולה העקיפה גם ההכרה בזכות האישית לעבוד, היינו אותה זכות של הפרט ביחסים מול המעביד. עמדתי לעיל על חשיבותה של זכות זו ועל ההכרה ההולכת וגוברת בה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. מעמד חוקתי לזכות לעבוד יביא לתחולה "רשמית" ומעוגנת של זכות זו ביחסי עובד-מעביד (גם אם עקיפה). בכך יהיה משום איזון לזכות הקניין של המעביד ולחופש החוזים ממנו הוא נהנה. בכך יהיה גם משום עליית מדרגה בחשיבות המיוחדת לזכות לעבוד, בהקשרים שאוזכרו לעיל כמו גם בהקשרים אחרים. לאור האמור בפרק ב' לעיל, דומני כי התפתחות כזו הינה רצויה וראויה.

המסקנה היא, אם כן, כי החשיבות העיקרית של עיגון הזכות לעבוד ברמה החוקתית היא דווקא במסגרת המשפט הפרטי. זוהי המסגרת העיקרית בה יכול וצריך עיגון כזה להשפיע. עשויה לעלות השאלה, האם לא ניתן לתת מעמד חוקתי חזק יותר, הכולל הגנה מעשית, לזכות לעבוד ביחסים מול המעביד. משמעות הדבר הינה למעשה הטלת חובה על המדינה להגן בחקיקה על זכות העובד לעבוד ביחסיו מול המעביד. דומני כי הגנה כזו תרחיק לכת מדי. יש להזהר מהוצאה מופרזת של הכרעות מחוץ לתחום המותר למחוקק, בפרט בהתייחס לקביעת הסדרים במשפט הפרטי. כך, למשל, ההכרעה אם להגביל פטורים

<sup>111</sup> אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר (תשנ"ג) 163; דב"ע נג' 17-3 טועמה – טכנו גומי ליסיצקי, פד"ע כה 227, 239. בהקשר הספציפי של הזכות לעבוד, החלת הזכות במשפט הפרטי מתיישבת היטב גם עם הגישה המבקרת, לפיה יש לצמצם את "הפרטות" זכויות האדם להקשרים של מניעת שימוש לרעה בכח סוציו-כלכלי במצבים של אי-שוויון ממוסד (פרנסס רדאי, "הפרטות זכויות האדם והשימוש לרעה בכח", משפטים כג (תשנ"ד) 21).

<sup>112</sup> זכות הקניין באופן מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחופש החוזים באופן משתמע כחלק מחירות הפרט (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 533 (השופט ברק); ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC. ואח' נ' סער ואח', פ"ד נד(3) 850, בפסקה 9; דב"ע נז/ 4-44 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע ל 216).

<sup>113</sup> לחשש שהועלה בעקבות חקיקת חוקי היסוד בהקשר זה ראו רות בן-ישראל, הערה 24 לעיל. מבחינת המצב בפועל, דוגמא אחת להשפעת חוקי היסוד הינה כי בית הדין הארצי רואה את הפררוגטיבה של המעביד כנובעת מזכות הקניין ועל כן בעלת מעמד חוקתי. אמנם, בשנים האחרונות ניכרת מגמה להכיר גם בזכויות נגדיות של העובדים, ולעתים זכויות אלו זוכות להגנה לא פחותה, אף בהעדר מעמד חוקתי. אולם לא ניתן לסמוך על מצב זה או לצפות אותו בצורה סבירה, וראוי שזכויות העובדים יזכו להגנה ברורה בעלת מעמד מוגדר מראש.

בחקיקה אם לאו, ובאיזה אופן, היא במסגרת ההכרעות הפוליטיות הנתונות בידי נבחרי הציבור ויש להשאירה כך. בהקשר זה יש לזכור, כי גם חוקי המגן עשויים להתפס כפגיעה בזכות לעבוד, שהרי לפי הגישה הכלכלית הניאו-קלאסית, אין בהם אלא כדי להגדיל את עלות ההעסקה ובכך להביא לפיטורי העובדים החלשים ביותר.<sup>114</sup> כמובן שגם אם טענה זו נכונה, ניתן להעלות הצדקות שונות לפגיעה במסגרת פסקת ההגבלה. אך ספק רב אם דיון זה מתאים להערך כדיון חוקתי.

## סיכום

במישור הבינלאומי ניתן למצוא שורה ארוכה של "זכויות" מתחום העבודה, אשר ספק אם אמנם ניתן לכנות את כולן "זכויות" ומהו בדיוק מעמדן. בין אלה ניתן למנות, לדעת רבים, את ה"זכות לעבוד". גם כאשר היא מעוגנת, מעמדה ותוכנה של זכות זו אינם ברורים. מטרת מאמר זה היתה לבחון את ההצדקה ל"זכות לעבוד" ואת השאלה האם יש בסיס לעיגון חוקתי של זכות זו. מסקנתי היתה כי הזכות לעבוד משקפת את חשיבות העבודה לפרט מבחינה אישית וחברתית (להבדיל מכלכלית), וככזו היא מהווה מרכיב חשוב בהגנה על כבוד האדם וחירותו ובמתן תוכן לערך בסיסי זה. על כן לא רק שמדובר ב"זכות", להבדיל מאינטרס סתם, אלא שראוי להעניק לה מעמד חוקתי, לכל הפחות הצהרתי.

יתכן שזהו אחד מאותם מקרים שבהם הדרך אל היעד חשובה מן היעד עצמו. על מנת לאפיין את הזכות לעבוד ואת הפוטנציאל החוקתי שלה, נדרשתי לאבחן אותה מזכויות חברתיות אחרות, כמו הזכות לבריאות, לחינוך או לדיוור. יודגש כי בעניין רחב זה לא התיימרתי במסגרת מאמר זה אלא להעלות על הכתב מחשבות ראשוניות. ואולם, מסקנתי (הטנטטיבית) היתה כי לזכויות כמו בריאות, חינוך או דיוור ישנו גרעין של זכות אישית, שלגביו ראוי שתהיה ביקורת חוקתית מלאה (בדומה לביקורת החוקתית על הפרת זכויות אזרחיות). עם זאת, לכל אחת מזכויות אלו יש גם "מעטפת", שבה הזכות אינה למעשה אישית אלא זכות שניתן לכנות "קהילתית", שהרי אין לאדם זכות אישית כי יוקצו יותר משאבים לתחום מסויים בבריאות, למשל. במקרה של הפרת **מעטפת** הזכות, מן הראוי כי בית המשפט יהיה מודע לכך שהופרה זכות יסוד – ועל כן ברמה ההצהרתית הזכות צריכה לכלול גם את המעטפת. אולם מאחר שכל התערבות לטובת מעטפת הזכות תשפיע מהותית על קביעת סדרי העדיפויות של החברה, אין מקום לביקורת חוקתית על חוקים בנסיבות כאלו.

<sup>114</sup> ראו למשל מילטון פרידמן, קפיטליזם וחירות (הוצאת שלם, תשס"ב) 166; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>th</sup> ed. (New York: Aspen, 1998), 361.

כך לגבי זכויות חברתיות אחרות. אולם ניסיתי להראות כי אין להתייחס לכל הזכויות המכונות "חברתיות" כאל מקשה אחת. ל"זכות לעבוד" למול המדינה אין "גרעין" במובן שפורט לעיל כלל. על כן אין מקום לביקורת חוקתית על בסיס זכות זו. ועם זאת, המלצתי הינה לעגן בחוק-יסוד את הזכות לעבוד ברמה ההצהרתית. השאיפה היא כי בכך תנתן חשיבות מוגברת לזכות זו, אשר תואמת את ההצדקה שבבסיסה, וזאת בשני מישורים. ראשית כנגד המדינה, אשר מחוייבת, למול הזכות לעבוד אשר ניתן לכנות "זכות קהילתית", לפעול לתעסוקה מלאה וליצירת מקומות עבודה "טובים" (המאפשרים מילוי הצרכים האישיים והחברתיים) בפרט. גם אם חבות זו של המדינה אינה ניתנת לאכיפה, עשויה להיות לכך השפעה על השיח הציבורי והציפיות מהגופים הנבחרים. המישור השני הוא כנגד המעביד (כתוצאה מ"חלחול" הזכות החוקתית למשפט הפרטי בהתאם למודל התחולה העקיפה). למול הזכות (האישית) של העובד, המעביד מחוייב להמנע מפגיעה בזכות העובד לעבוד, בין אם באמצעות פיטורים שרירותיים, אי-מתן עבודה בפועל, הטלת מגבלות על עבודה אחרת, או כל דרך אחרת. אין צורך לומר כי זכות זו אינה מוחלטת וכי היא תאוזן מול זכויות ואינטרסים אחרים. אולם ההכרה החוקתית ההצהרתית עשויה לחזק משמעותית את ההגנה על הזכות לעבוד כנגד המעביד.

בסופו של מאמר מצאתי עצמי עם שפע של מושגים והבחנות, ששימוש מופרז בהם אינו חביב עלי. על כן מוצא אני לנכון להבהיר כי כל אלה לא נועדו אלא כדי לשמש כלי עזר בלבד. אינני סבור שיש הבחנה חדה, לא בין זכות אישית לקהילתית ולא בין גרעין למעטפת. אינני מציע מושגים אלו כקטגוריות שיקבלו חיים משל עצמן. אין הכוונה להחליף בחינה של כל מקרה לפי הקשרו ונסיבותיו. אולם בסופו של יום, אם אנו מאמינים בחשיבותן של זכויות חברתיות ומעוניינים לתת להן מעמד חוקתי, ובמקביל איננו מעוניינים להעביר את כל קביעת סדרי העדיפויות לבית המשפט, יש צורך בפתרון ביניים, ולשם כך אין מנוס מקביעת גבולות להתערבות. המושגים שהצעתי לא קובעים גבול ברור – ובמכוון כך. מטרתם היא לשרטט באופן כללי את הקבוצות המצויות משני צידי הגבול. תקוותי היא שבכך הם יוכלו להיות לעזר.