

## עקרון המידתיות בדיני העבודה

מאת  
גיא דוידוב\*

### תקציר

עקרון המידתיות הוא עיקרון מרכזי במשפט הציבורי. שלושת מבחני-המשנה שלו – קשר רציונלי, אמצעי מינימלי ואיזון של נזק מול תועלת – משמשים מסגרת נוחה ויעילה לביקורת שיפוטית על המחוקק והממשלה. מאמר זה מבקש להראות כי מכשיר משפטי זה משמש הלכה למעשה – גם אם לא במפורש בדרך-כלל – בהקשרים רבים של דיני העבודה, כולל במגזר הפרטי. המאמר מבקש להצדיק פרקטיקה זו, וקורא להפוך את השימוש במבחני המידתיות למפורש, גלוי ועקבי יותר, וכן להקפיד על הפרדה בין שלושת המבחנים בעת היישום. המאמר מסביר מדוע יש הצדקה לדרוש לעיתים סטנדרט התנהגות "מוגבר" גם במשפט הפרטי, ובדיני העבודה בפרט, ומדוע מבחני המידתיות מתאימים לכך – תוך עמידה גם על החשש מפני פגיעה באוטונומיה של המעביד וביעילות. האיזון המוצע כולל החלה של מבחני המידתיות בדיני העבודה בכמה הקשרים – ולמעשה הכרה בעקרון המידתיות כעיקרון מנחה בתחום – תוך סימון הגבולות המתאימים לעיקרון זה.

- א. מבוא
- ב. עקרון המידתיות במשפט הציבורי
- ג. עקרון המידתיות בדיני העבודה הלכה למעשה
  1. שביתה והשבתה
  2. הגבלת חופש העיסוק
  3. שוויון הזדמנויות בעבודה
  4. ענישה משמעתית ושלילת פיצויי פיטורים
  5. פרטיות במקום העבודה
  6. הפררוגטיבה של המעביד
  7. פיטורים

\* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לסיגל דוידוב-מוטולה, למשה כהן-אליה, לגיא מונדלק, למוטי מירוני, למשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וכן למערכת עיוני משפט על הערות והארות מועילות לטיוטה מוקדמת. תודות גם לחדוות ינקו ולשרון סביון על העזרה במחקר.

- ד. עקרון המידתיות בדיני העבודה – הדין הראוי
1. הצדקה לסטנדרט התנהגות "מוגבר" ביחסי עבודה
  2. הצדקה לשימוש במידתיות כמכשיר להגבלת השימוש בכוח על-ידי המעביד
  3. החשש מפני פגיעה באוטונומיה של המעביד וביעילות
  4. האיזון המוצע
  5. הצדקה לשימוש במידתיות כמכשיר להגבלת שביתות והשבבות
- ה. סיכום

### א. מבוא

העיקרון שלפיו כוח יש להפעיל "במידה", קרי לא באופן מוגזם (excessive) או מיותר (gratuitous), הוא עקרון יסודי במשפט. כך במשפט הציבורי – אנו מצפים מרשויות המנהל שיהגו במידתיות, ולא יפגעו בזכויותינו במידה העולה על הנדרש;<sup>1</sup> כך במשפט הבין-לאומי – אנו דורשים מכל מדינה לנהוג במידתיות ביחסיה עם מדינות אחרות, ולהימנע (למשל) מתגובה מופרזת כנגד איומים;<sup>2</sup> וכך גם במשפט הפלילי – על השופטים לגזור את הדין באופן מידתי, כלומר, להתאים את העונש לעברה על רקע תכליות הענישה.<sup>3</sup> ברמה הכללית-המוסרית מדובר בעיקרון עתיק-יומין,<sup>4</sup> אשר תואר כ"קומונסנסי".<sup>5</sup> אולם כעיקרון משפטי מחייב, בנוסח המוכר לנו כיום, יסודו של עקרון המידתיות בגרמניה בסוף המאה

- 1 ראו, למשל, בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996); ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 2 ראו, למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 37 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 41 ואילך לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.12.2006).
- 3 ע"פ 2982/04 כליליאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.10.2004).
- 4 דומה כי ניתן לגזור את עקרון המידתיות מהכלל שלפיו "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך", המיוחס להלל הזקן (בבלי, שבת, לא, ע"א), שהרי כלל מוסרי זה מכתוב את הצורך להתחשב באחר, והדרישה לא לפגוע באחר מעבר למידה ההכרחית נראית מתבקשת ומינימלית בהקשר זה. כלל זה מוכר בנוסח כזה או אחר בדתות ובתורות פילוסופיות רבות – ראו: JEFFREY WATLES, THE GOLDEN RULE (1996). באופן דומה ניתן להסיק את החובה לא לפגוע באחר מעבר למידה ההכרחית מרעיון "מסך הבערות" של רולס (JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) – בתנאים של חוסר ודאות לגבי השאלה אם הכוח יהיה בידינו או בידי הצד האחר, נעדיף כלל שלפיו אותו כוח יופעל במידתיות.
- 5 Evelyn Ellis, *Foreword to THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE* (Evelyn Ellis ed., 1999) v; משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) 297 וממשל ט (2005).

התשע-עשרה.<sup>6</sup> תחילה אומץ העיקרון על-ידי בתי-המשפט שם, בתחום דיני המשטרה, כהגבלה של השימוש המשטרתי המותר בכוח. בהמשך הוא פותח ונהפך בהדרגה לעיקרון מנחה במשפט המנהלי והחוקתי בגרמניה.<sup>7</sup> משם התפשט עקרון המידתיות במהירות וצבר חשיבות רבה. בנוסף כזה או אחר מופיעה דרישת המידתיות בשורה ארוכה של חוקות ואמנות בין-לאומיות.<sup>8</sup> לאחרונה אף זכה עקרון המידתיות בתואר "The Ultimate Rule of Law".<sup>9</sup> על מרכזיותו ומעמדו של העיקרון כיום מעידה גם הכללתו בטיוטת החוקה של אירופה, שנוסחה אך לאחרונה, כאחד משלושת "עקרונות-היסוד" של האיחוד האירופי, וכעיקרון המרכזי המסדיר הגבלה של זכויות-יסוד.<sup>10</sup> בישראל נקלט העיקרון בשנות התשעים של המאה הקודמת, ונהפך במהירות לעיקרון מרכזי הן במשפט המנהלי<sup>11</sup> והן במשפט החוקתי.<sup>12</sup>

עקרון המידתיות כולל בחובו שלוש דרישות, אשר בוחנות כולן את האמצעים שנבחרו לצורך הפעלת הכוח. ראשית, צריך להיות קשר רציונלי בין האמצעי למטרה, במובן שהאמצעי שנבחר אכן עשוי לקדם את המטרה שהוא מתיימר לקדם. שנית, יש לבחור באמצעי המינימלי אשר הכרחי להשגת המטרה, במובן שיש להימנע משימוש באמצעים פוגעניים למעלה מן הצורך. הדרישה השלישית, אשר שנויה במחלוקת יותר מהאחרות (כפי שיובהר להלן), אינה מסתפקת בבחינת הקשר בין האמצעי למטרה, אלא כרוכה גם בהערכה שיפוטית בנוגע לחשיבותה של המטרה עצמה. לפי דרישה זו, המכונה "המידתיות במובן הצר", אסור שה"נוק" (או "המחיר") כתוצאה מהפגיעה בזכויות יהיה גדול מה"תועלת"

- JÜRGEN SCHWARZE, EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW 685 ff. (Sweet & Maxwell, 1992); 6  
 .NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 23 (1996)
- DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 309 (1994); 7  
 שם, פרק 2, וראו גם:
- CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOM art. 1; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA art. 36; EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS arts. 8–11; 8  
 Treaty Establishing the European Community art. 5, March 25, 1957, O.J. C 325
- .DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW (2004) 9
- Treaty Establishing a Constitution for Europe arts. I–11, II–112, Oct. 29, 2004, O.J. C 310, available at europa.eu.int/constitution 10
- בג"ץ 987/94 יורונט קרוי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994); 11  
 עניין בן-עטיה, לעיל ה"ש 1; זאב סגל "עילת העדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 130–133 (1994).
- ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 66–68 (2005).

המופקת מהפעלת הכוח. דרישה זו מנוסחת לעיתים באופן שדי בכך שיתקיים "יחס סביר" או "יחס ראוי" בין הנוק והתועלת.<sup>13</sup> כך או אחרת, מבחנים אלה משמשים את בתי-המשפט בישראל, כמו גם את מקביליהם בעולם, על בסיס יומיומי. הביקורת השיפוטית על הפעלת כוח על-ידי המדינה מבוססת במידה רבה על שלוש דרישות אלה.

האם יש נסיבות שבהן דרישות אלה חלות גם ביחסים בין פרטים? והאם ראוי להשתמש במבחנים אלה גם בתחומי המשפט הפרטי? אלה השאלות שמאמר זה מבקש להתמודד עימן, תוך התמקדות ביחסי עבודה. תחילה אסקור בקצרה את שלושת מבחני המידתיות כפי שפותחו במשפט הציבורי, ואעמוד על הדרך הנכונה (לדעתי) ליישומם (להלן פרק ב). לאחר-מכן אטען, ברמה התיאורית, כי מבחן המידתיות כבר מיושם הלכה למעשה בכמה הקשרים בדיני העבודה (להלן פרק ג) – לעיתים במפורש, בדרך-כלל במשתמע, וכמעט תמיד ללא יישום מסודר של שלושת המבחנים בנפרד. ובכל-זאת, סקירת הפסיקה שבה פותחו הגבלות לגבי שביתה והשבתה, חופש העיסוק, אפליה בעבודה, ענישה משמעתית ושליטת פיצויי פיטורים, וכן פגיעה בפרטיות במקום העבודה מגלה כי מבחני המידתיות משמשים למעשה את הפסיקה – במידה כזו או אחרת – זה שנים, וכי יש אף מי שביקשה ליישם (בדעת מיעוט) גם בהקשר של קביעת הגבלות לגבי פיטורים וקביעת גבולות הפררוגטיבה של המעביד.

הטיעון התיאורי מעורר כמובן את הצורך בהתמודדות עם השאלה הנורמטיבית. האם ראוי להחיל את מבחני המידתיות בדיני העבודה גם במגזר הפרטי? תשובתי הינה חיובית. ככלל, אטען כי עקרון המידתיות לא רק נהפך לעיקרון מנחה בדיני העבודה, אלא גם ראוי שיהיה כזה (להלן פרק ד). אכן, יש להכיר בעקרון המידתיות במפורש כעיקרון מנחה בדיני העבודה, וליישם את מבחני המידתיות בסוגיות שונות של דיני העבודה באופן מפורש וברור יותר (תוך הקפדה על הפרדה בין שלושת המבחנים, בין היתר כדי לצמצם את השימוש במבחן השלישי, שהינו בעייתי יותר). טיעון זה אבסס על כמה נדבכים. תחילה אראה כי אין הבחנה חדה בין משפט פרטי למשפט ציבורי, וכי גם במשפט הפרטי נוהג הכלל הבסיסי שלפיו כוח יש להפעיל באחריות. אף שיש הצדקה לכך שנדרוש – באמצעות המשפט – רמת התנהגות גבוהה יותר מרשויות ציבוריות, בהשוואה לרמת ההתנהגות הנדרשת בין פרטים זרים, יש גם הצדקה לדרוש רמת התנהגות "מוגברת" בהקשרים מסוימים של היחסים בין פרטים שאינם זרים. היחסים בין עובד למעבידו הם דוגמה פרדיגמטית לכך. כמו-כן אעמוד על המגמה להחיל זכויות אדם גם במשפט הפרטי במידה כזו או אחרת – מגמה אשר ניתן להצדיקה בקלות יחסית בתחום יחסי העבודה לנוכח ייחודם (ובפרט פערי הכוח) וחשיבותם לפרט ולחברה.

לאחר-מכן אפנה לשאלה אם מבחני המידתיות הם מכשיר מתאים לקביעת גבולות הכוח של מעבידים. אטען כי בשל המאפיינים המיוחדים של חוזה העבודה – חוזה ארוך-טווח המחייב שינויים מזמן לזמן, עם נחיתות של העובד וחשש ממשי מפני שימוש לרעה בכוח מצד המעביד – נדרש סטנדרט "פתוח" וכללי כמו המידתיות כדי להגן על העובדים. אוסיף, עם זאת, כי יש להביא בחשבון את החשש מפני פגיעה באוטונומיה של המעסיקים

13 ראו, למשל, עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 2, פס' 41.

וביעילות. בהתאם לכך אציע איזון אשר מבקש לשרטט את הגבולות הראויים להתפרשותו של עקרון המידתיות. לבסוף אצדיק בנפרד את החלת מבחני המידתיות גם לקביעת גבולות השימוש בכוח השביתה על-ידי ארגוני עובדים.

## ב. עקרון המידתיות במשפט הציבורי

את מבחני המידתיות ניתן להבין כקונקרטיזציה של דרישת הסבירות.<sup>14</sup> על הדרישה שפותחה בפסיקה, שלפיה על רשויות המנהל לפעול תמיד במסגרת מתחם של "סבירות",<sup>15</sup> נמתחה ביקורת בשל החשש כי עילת הסבירות תביא לידי החלפת שיקול-הדעת של רשויות המנהל בשיקול-דעת שיפוטי.<sup>16</sup> אכן, העובדה שעילת הסבירות כה "פתוחה", ומאפשרת למעשה – ולו במידה מסוימת – התערבות שיפוטית על בסיס דעותיו האישיות של השופט, מעוררת קשיים הן בהיבט של הלגיטימציה הדמוקרטית והן בהיבט של היכולת המוסדית.<sup>17</sup> העילה של העדר מידתיות אינה מכסה אומנם את כל מגוון ההחלטות שאינן "סבירות". היא לא באה במקום עילת הסבירות, אלא מהווה אך "ענף בעץ אי-הסבירות".<sup>18</sup> אולם במסגרת אותו "ענף" – באותם הקשרים שבהם מדובר בפגיעות בפרט – יש בה כדי לסייע בהצבעה על החלטות שאינן סבירות באמצעות מבחנים קונקרטיים וניתנים לצפייה במידה גבוהה בהרבה.<sup>19</sup> צרכני המשפט נהנים מהעובדה שסטנדרט פרוץ ומעורפל מוחלף בשורה של מבחנים, אשר יכולה אומנם להיות מחלוקת רבה בשאלת אופן יישומם, אבל קשה לחלוק על כך שהם יוצרים מסגרת ברורה בהרבה וידועה מראש. אכן, על רקע זה ניתן גם להסביר את נכונותו של המכונן לכלול את דרישת המידתיות כחלק מפסקת ההגבלה בחוקי-היסוד. בתי-המשפט לא קיבלו סמכות לפסול חוקים בשל היותם "בלתי-סבירים", וקשה להעלות

14 השוו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג"ד (2) 728, פס' 51 (1999); עניין בן-עטיה, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז).

15 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה" (1) 421 (1980).

16 ראו שם, פסק-דינו של הנשיא לנדוי. כן ראו מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב 102 (1982); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); יואב דותן הנחיות מינהליות 520-526 (1996); יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר חלק א 417 (אהרן ברק יו"ר המערכת, 2003).

17 ראו גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2007).

18 סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 531. ביטוי זה אומץ בעניין בן-עטיה, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז).

19 ראו עניין סטמקה, לעיל ה"ש 14, פס' 51; Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE* 85, 99-100 (Evelyn Ellis ed., 1999).

על הדעת נכונות של חברי הכנסת להעניק לשופטים סמכות כזו.<sup>20</sup> אולם חברי הכנסת הסכימו להכפיף את עצמם לדרישה הקונקרטית יותר של מידתיות.<sup>21</sup> כיום מבחן המידתיות חולש על המשפט הציבורי כולו. בהתאם להלכות שפותחו בפסיקה, כל רשות מנהלית חייבת לפעול במידתיות ולקבל החלטות מידתיות.<sup>22</sup> הלכה למעשה, מבחן המידתיות נעשה דומיננטי יותר ויותר בפסיקה, ומחליף במידה רבה את מבחן הסבירות כמכשיר המרכזי לקיום ביקורת שיפוטית.<sup>23</sup> מבחן המידתיות ממלא תפקיד מרכזי גם בניתוח החוקתי.<sup>24</sup> בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, גם חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות חייבת לעשות כן "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישה זו פורשה בפסיקה באופן שכולל את שלושת המבחנים שאומצו במשפט המנהלי.

מבחן המידתיות הראשון מציב דרישה בסיסית ביותר: צריך להיות קשר רציונלי בין האמצעי למטרה. אומנם, יש אשר מפרשים דרישה זו כמחייבת שהאמצעי יהיה "מתאים" – מה שעשוי לפתוח פתח רחב להתערבות. כך עשויים להתייטר למעשה המבחנים האחרים, שהרי גם אמצעי שפוגע למעלה מן הצורך (למשל) אינו אמצעי "מתאים".<sup>25</sup> לפי התפיסה

20 אם כי ראו את השימוש במונח "סבירות" במסגרת פסקות ההגבלה בקנדה ובדרום-אפריקה (לעיל ה"ש 8). בפועל הוראות אלה מיושמות באמצעות מבחני המידתיות.

21 הדרישה המופיעה בחוקי היסוד היא שהפגיעה תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש" (ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). ניתן לטעון כי הכוונה הייתה למבחן האמצעי המינימלי בלבד, ולא לשלושת מבחני המידתיות. אולם בכל מקרה בולטת נכונותם של חברי הכנסת לקבל על עצמם מבחן של מידתיות.

22 לעיל ה"ש 11.

23 לדוגמה עדכנית ודומיננטית ראו את הפסיקות בעניין גדר/חומת ההפרדה: עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005).

24 ראו, למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 12; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.2006).

25 ראו, למשל, עניין סטמקה, לעיל ה"ש 14, פס' 54–55 (במסגרת רצונו של משרד הפנים להילחם בנישואים פיקטיביים, נדרשו מהגרים לא-חוקיים שנישאו לישראלים לעזוב את הארץ עד לתום הבדיקה; במקרה זה נפסק, בין היתר, שאין קשר רציונלי בין האמצעי למטרה, אולם זאת על בסיס קביעות המתאימות לשני מבחני המידתיות האחרים – למשל, בהתייחס לסבל הרב שנגרם כתוצאה מכך, ולשאלה אם מדובר באמצעי הכרחי). ראו גם בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 49–51 לפסק דינו של השופט לוי (טרם פורסם, 30.3.2006) (שבו נפסק כי "הסדר הכבילה" – שעל-פיו ניתנו לעובדים זרים היתרי כניסה לישראל לצורך העסקה אצל מעסיק מסוים בלבד – אינו מקדם את המטרה של הבטחת עזיבתם של אותם עובדים את הארץ בתום תקופת העבודה, מאחר שמספר העובדים הזרים שנתרו בישראל ללא היתר הלך ועלה; אולם ניתן לטעון כי בהעדר הסדר כזה היה מספר השוהים ללא היתר גדול אף יותר, ודומה כי הביקורת נוגעת יותר בשני מבחני המידתיות האחרים).

הצרה, לעומת זאת, הדרישה אינה אלא שהאמצעי יהיה מסוגל לקדם את המטרה. הלכה למעשה קשה להעלות על הדעת רשות מנהלית או מחוקק שייכשלו בדרישה זו, כלומר, שיבחרו אמצעים שאינם יכולים כלל לקדם את המטרה שלהם עצמם.<sup>26</sup> לכן דומה שהתפקיד המרכזי של מבחן זה הוא לחשוף תכליות נסתרות. אם האמצעי אינו מקדם כלל את המטרה המוצהרת, יש סיכוי סביר שהוא נבחר כדי לקדם מטרה אחרת, סמויה.<sup>27</sup> ייתכן שהרשות אינה חושפת מטרה זו מאחר שהיא אינה "תכלית ראויה", כדרישת חוקי-היסוד, וייתכן שהסתרת התכלית האמיתית נעשית מסיבות לא משפטיות, אלא פוליטיות. כך או אחרת, מבחן המידתיות הראשון מסייע במניעת מצבים מעין אלה, של חוסר רציונליות (בבחירת אמצעי שאינו מקדם כלל את המטרה) או חוסר שקיפות (בהסתרת המטרה האמיתית) בפעולתן של רשויות הציבור. זאת, מבלי להתערב כלל בבחירת המטרות, ואף לא בבחירת האמצעים, מבין מגוון האמצעים הרלוונטיים להשגת המטרה.

מבחן המידתיות השני מעלה את מידת ההתערבות השיפוטית לרמה אחת גבוהה יותר. לא די עוד בכך שהאמצעי שנבחר הוא רציונלי או רלוונטי; הוא חייב להיות גם "מינימלי", במובן שאי-אפשר להשיג את המטרה באמצעים אשר פוגעים פחות בזכויות הפרט. אם יש דרך אחרת להגיע לאותו יעד, תוך צמצום הפגיעה בזכויות הפרט, על הרשות או המחוקק

כדוגמה נוספת ראו: 3 [1995] RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), S.C.R. 199, par. 159 (per McLachlin J.) (במסגרת בחינה של חוק המגביל פרסום של מוצרי טבק נפסק כי איסור השימוש בלוגו של מוצרי טבק על-גבי מוצרים אחרים אינו קשור רציונלית למטרה של הפחתת השימוש בטבק; אולם נראה כי הקושי האמיתי של בית-המשפט היה באופי המוחלט של האיסור, אשר מתאים יותר לבחוננו במסגרת מבחן האמצעי המינימלי. כלומר, היה אפשר להשיג את המטרה גם על-ידי אמצעים פוגעים פחות, כגון חוק שיחריג מתחולתו פרסום על-גבי מציתים).

26 מקרה חריג שבו עשוי להתעורר מצב כזה הוא פעולה של המדינה על בסיס שמועות או חששות לא-מבוססים. אולם אין משמעות הדבר שבמסגרת דרישת הקשר הרציונלי על המדינה להוכיח כי ייגרם נזק בטרם תוכל לפעול למניעתו. אם, למשל, יחליט המחוקק להגביל את השימוש בטלפונים ניידים בשל חשש שהם מזיקים לבריאות, יהיה עליו להראות שיש בסיס כלשהו לחשש זה, אך אין מקום לדרוש ממנו להוכיח כי ייגרם נזק בהסתברות של יותר מ-50%. גם חשש של 5% (למשל) לפגיעה בבריאות מספיק לקיום קשר רציונלי. להרחבה בעניין זה ראו: Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000).

27 ראו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002) (פסילת חוק שנועד להכשיר את "ערוץ 7" – תחנת רדיו שפעלה בניגוד לחוק; בית-המשפט היה מוכן להניח כי קיימת גם תכלית ראויה לחוק שעמד לביקורת, שעניינה הבטחת פלורליזם בתקשורת, אולם תכלית זו לא הצליחה להסביר את הסעיף שנועד להכשיר את ערוץ 7 דווקא). לעניין תכלית נסתרת ראו גם גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005).

להעדיף דרך זו.<sup>28</sup> ודוקו: במסגרת מבחן זה יש לבחון את יכולתם של האמצעים החלופיים להשיג את המטרה במלואה. אם המדינה בחרה באמצעי נתון כדי להשיג רמה מסוימת של ביטחון אישי (למשל), אי-אפשר לדרוש מהמדינה להעדיף אמצעי פוגע פחות (על בסיס מבחן האמצעי המינימלי) אם הוא ישיג מידה פחותה של ביטחון.<sup>29</sup> מבחן זה אמור לוודא כי לא נבחרו אמצעים ביד גסה, בחוסר התחשבות, כאשר ניתן להשיג אותה מטרה מבלי לפגוע בזכויות הפרט או תוך פגיעה קלה יותר.

במדינות אחרות – קנדה, למשל – אין מקפידים תמיד על יישום נכון של מבחן האמצעי המינימלי. ניכרת העדפה ברורה לפסילת חוקים על בסיס מבחן זה דווקא, גם כאשר האמצעי החלופי לא יוכל להביא לידי הגשמת המטרה במלואה.<sup>30</sup> הסיבה להרחבה זו של מבחן האמצעי המינימלי מצויה בקשייו של מבחן המידתיות השלישי, אשר מעלה את רמת ההתערבות השיפוטית במידה משמעותית: לא עוד בחינה של האמצעי בלבד, אלא התערבות גם במטרות. אומנם, אין מדובר בהתערבות ישירה – כל עוד התכלית "ראויה", לא יתערב בית-המשפט בבחירותיהן של הרשויות האחרות – אולם לצורך יישומו של מבחן המידתיות השלישי נדרשת הערכה של חשיבות המטרה. להערכה זו יש תפקיד חיוני בביקורת השיפוטית. מבחן המידתיות השלישי נועד למנוע מצבים של פגיעה קשה בזכויות הפרט לטובת מטרות זניחות. הוא נועד להבטיח שהרשות והמחוקק ייתנו משקל ראוי לזכויות הפרט, ושפגיעה בזכויות תיעשה רק לטובת מטרות שמצדיקות זאת.<sup>31</sup> לדידי מדובר במבחן חיוני ומרכזי, שבלעדיו תיוותר הביקורת השיפוטית מוגבלת ביותר. עם זאת, ניתן בהחלט להבין את הביקורת הרבה שנמתחה על המבחן, את החשש מפני הסובייקטיביות השיפוטית הכרוכה בו,<sup>32</sup> ואת נטייתם של שופטים (במדינות עם ניסיון

28 אם כי בפסיקה מופיעות אמירות שלפיהן הרשות אינה חייבת לבחור באמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר, אלא די בכך שתבחר באמצעי שפגיעתו נמצאת בתוך "מתחם המידתיות". ראו, למשל, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד (נז) 235, 280 (2002). לביקורת ראו דוידוב, לעיל ה"ש 17.

29 ראו עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 2, פס' 41; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 89 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006). כן ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30 (במשפט הגרמני מבחן המידתיות השני מיושם באופן שבוחן אם יש אמצעי "רך" יותר אך "אפקטיבי באותה מידה" להשגת המטרה).

30 ראו Davidov, לעיל ה"ש 26; כהן-אליה, לעיל ה"ש 5.

31 ראו עניין עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 24, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה").

32 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, בעיקר פסק-דינו של הנשיא שמגר, פס' 84. ראו גם Davidov, לעיל ה"ש 26; כהן-אליה, לעיל ה"ש 5.



רב משלנו בביקורת חוקתית) להימנע ככל האפשר משימוש בו – נטייה אשר מסבירה את הרחבת מבחן האמצעי המינימלי.<sup>33</sup> מבחן המידתיות השני נתפס כ"אובייקטיבי" יותר, אפילו טכני. הוא כרוך בהשוואת יעילותם של אמצעים שונים, מבלי להרהר אחר המטרה. במקום אחר ביקרתי את השימוש במבחן האמצעי המינימלי גם בנסיבות שבהן האמצעי החלופי אינו יכול להשיג המטרה במלואה.<sup>34</sup> טענתי כי בנסיבות כאלה מדובר למעשה באיזון בין החשיבות של השגת המטרה במלואה לבין הרצון לצמצם את הפגיעה בזכויות. זה בדיוק סוג האיזון שנעשה – וצריך להיעשות – במסגרת מבחן המידתיות השלישי. אכן, מדובר באיזון בעייתי מנקודת המבט של החשש מפני סובייקטיביות שיפוטית. ייתכן שיש מקום במקרים מסוימים להפחית את רמת הביקורת בעת יישום המבחן השלישי – למשל, על-ידי העברת נטל ההוכחה מהמדינה לעותרים או על-ידי התערבות רק במצבים שבהם אי-המידתיות לפי מבחן זה היא חד-משמעית או קיצונית.<sup>35</sup> אך בכל מקרה, מן הראוי להתמודד עם הקושי בגלוי, ולא לטשטשו.

האם עקרון המידתיות משמש במשפט הציבורי להגנה על זכויות-יסוד בלבד? בדרך-כלל כך, אולם דומה שלא בהכרח. אומנם, ברוב המקרים שאלת המידתיות מתעוררת בהקשר של פגיעה בזכויות-יסוד, ומבחינת אופן יישומם של מבחני המידתיות, אין ספק שהסיכוי להתערבות שיפוטית על בסיס עילת המידתיות גבוה בהרבה – ובצדק – כאשר הפגיעה היא בזכויות-יסוד. אולם עקרונית מבחן זה מתאים לעריכת הביקורת השיפוטית בכל מקרה שבו רשות מנהלית פוגעת באינטרסים של הפרט, גם כאשר אין מדובר בזכויות-יסוד. כך היה, למשל, במקרה הראשון שבו פותח ואומץ במפורש מבחן המידתיות בבית-המשפט העליון – עניין בן-עטיה.<sup>36</sup> באותו מקרה עמדה לדיון החלטת משרד החינוך לשלול מתלמידי בית-ספר מסוים את האפשרות ליהנות מהקלה בקשר לבחינות-בגרות, בשל חשד לפגיעה בטוהר הבחינות. הפגיעה הייתה, למעשה, בזכותם של התלמידים לגשת לבחינות-בגרות "פנימיות" בחלק מהמקצועות. ניתן אומנם לאפיין את ההחלטה גם כפוגעת בזכות-יסוד (הזכות לשוויון; או הזכות לשם טוב, המהווה חלק מכבוד האדם), אולם לא נעשה כל מאמץ לכך בפסק-הדין. החובה לפעול במידתיות משתרעת, כך נראה, גם על מצבים של פגיעה באינטרסים שאינם זכויות-יסוד, אם כי ברור שלא בנקל יפסול בית-משפט החלטה שלטונית בשל פגיעה באינטרסים "סתם".

ניתן לסכם חלק זה ולקבוע כי למבחן המידתיות יש חשיבות מרכזית במשפט הציבורי,

33 Davidov, לעיל ה"ש 26.

34 שם.

35 לטיעון בדבר הפחתת רמת הביקורת ראו שם. הנחת-המוצא שלי היא כי בדרך-כלל נטל ההוכחה כי מדובר בפגיעה מידתית בזכויות חוקתיות רובץ על המדינה. לדיון בסוגיה זו, אשר טרם הוכרעה חד-משמעית, ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 21-22 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 11.5.2006). להצעה נוספת להפחתת רמת הביקורת ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 5 (הסבור כי מבחן המידתיות במובן הצר צריך לחול רק כאשר מדובר בפגיעה "משמעותית" בזכויות "יסודיות").

36 לעיל ה"ש 1.

וכי הוא מסייע ביצירת מסגרת לביקורת השיפוטית בכל מקרה של פגיעה בזכויות-יסוד או באינטרסים אחרים של הפרט. יתרונו בכך שבכללותו הוא נתפס כ"אובייקטיבי" יחסית. הוא מעמיד את החלטות המנהל והמחוקק לביקורת על בסיס מבחנים קונקרטיים, אשר פרוצים פחות להשפעות סובייקטיביות ממבחן ה"סבירות", למשל. עם זאת, הוא כולל בחובו מרכיב בעייתי מבחינה זו – מבחן המידתיות השלישי – שעל-פיו נטלו לעצמם בתי-המשפט את הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על בסיס הערכה של תועלת מול נזק. הערכה זו מערבת בהכרח מידה לא-מעטה של סובייקטיביות, באשר היא מבוססת על תפיסת-עולם אישית לגבי חשיבותם היחסית של ערכים מתנגשים. מאידך גיסא, זהו מבחן חשוב, אשר ויתור עליו יביא לידי החלשה ממשית של מכשיר הביקורת השיפוטית. עם קושי זה ניתן להתמודד באמצעות שיפור המכשיר המשפטי, באופן שיביא לידי צמצום ההתערבות השיפוטית על בסיס הערכת תועלת ונזק במקרים שבהם התערבות כזו נראית בעייתית במיוחד.

### ג. עקרון המידתיות בדיני העבודה הלכה למעשה

עיון בפסיקתם של בתי-הדין לעבודה מעלה כי עקרון המידתיות אומץ בכמה הקשרים ונהפך בתוך שנים מעטות – במהלך העשור האחרון – לעיקרון מרכזי למדי בתחום. זאת ועוד, הלכה למעשה ניתן לזהות בפסיקה יישום של מבחני המידתיות – או חלק מהם – גם קודם לאימוץ העיקרון במפורש. השופטת ברק-אוסוסקין, עד לאחרונה סגנית הנשיא בבית-הדין הארצי לעבודה, ניסתה לקדם אימוץ נרחב בהרבה של העיקרון. למעשה, דומה כי היא ביקשה להפוך את עקרון המידתיות לעקרון-על אשר יחול בכל הקשר של דיני העבודה. בפרק זה אעמוד על שבעה הקשרים שונים בדיני העבודה שבהם עקרון המידתיות כבר מיושם או שהועלו הצעות בפסיקה ליישומו. זאת, במטרה לבסס שני טיעונים תיאוריים: ראשית, שמבחני המידתיות מיושמים הלכה למעשה בפסיקה בתחום העבודה, גם אם במקרים רבים הדבר אינו נאמר במפורש; שנית, שיישומם של מבחני המידתיות נעשה כיום באופן לא-עקבי, ובדרך-כלל (גם כאשר עקרון המידתיות מוזכר במפורש) מבלי ליישם באופן נפרד ושיטתי את שלושת מבחני המידתיות השונים.

ייאמר כבר עתה כי מבחני המידתיות משמשים מכשיר לקביעת גבולות כוחו של המעביד גם במדינות נוספות. בולטת במיוחד העובדה שדרישת המידתיות מופיעה באופן כללי וגורף בקוד העבודה הצרפתי.<sup>37</sup> במהלך הסקירה שלהלן אכלול מדי פעם הפניות

37 עקרון המידתיות הופיע תחילה בקוד הצרפתי כהגבלה לגבי הפעלת כוחו של המעביד בהקשר המשמעותי בלבד, אולם על-פי תיקון משנת 1992, הורחב היקפו של העיקרון (ראו: Jean-Emmanuel Ray & Jacques Rojot, *Worker Privacy in France*, 17 COMP. LAB. L.J. 61, (1995) 65). כיום הקוד הצרפתי אוסר כל פגיעה בזכויות העובדים שאינה עומדת בתנאים של מבחני המידתיות: "no one can limit the rights of the individual, or individual and collective freedoms, unless the limitations are justified by the task to be performed or are in proportion to the goal towards which they are aimed" (שם, בעמ' 64; לנוסח

נוספות לשימוש בעקרון המידתיות בעולם, אם כי אלה אינן ממצות בהכרח. בטרם נפנה לניתוח הפסיקה, מן הראוי לעמוד על שני הקשרים שבהם בתי-הדין מאזכרים את עקרון המידתיות אך שאליהם לא אתייחס במאמר זה. ראשית, על מעבידים ציבוריים חלה החובה לנהוג במידתיות מכוח המשפט הציבורי.<sup>38</sup> לפיכך לא אתייחס למקרים שבהם הוחל עקרון המידתיות רק מאחר שמדובר בגוף ציבורי, שכן אז אין מדובר בתחולה ספציפית של העיקרון בדיני העבודה גופם.<sup>39</sup> זאת, למעט כאשר ניתן להסיק מהפסיקה כוונה להחיל אותם מבחנים גם על מעסיק פרטי. שנית, מקובלת כיום התפיסה כי לנוכח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם בתי-המשפט ובתי-הדין חייבים – כמו כל רשות ציבורית – לפעול בהתאם לעקרון המידתיות.<sup>40</sup> תפיסה זו באה לידי ביטוי מעשי בעת מתן סעדים, כאשר בית-הדין מבהיר כי הוא מנחה את עצמו בהתאם למבחני המידתיות – למשל, בהקשרים של תיקון פגמים דיוניים,<sup>41</sup> הפקדת ערובה,<sup>42</sup> קביעת

המקורי ראו: CODE DU TRAVAIL art. L120-2 (Fr.), available at [www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes). עד כה יושמה הוראה זו בהקשרים של פרטיות, קביעת גבולות הפרוגטיבה של המעביד והגבלת חופש העיסוק (ראו להלן). אולם נראה כי השפעתה של הוראה זו והפוטנציאל שלה גבוהים יותר – ראו: Marie-Ange Moreau, *Changes in French Labour Law Between 1992 and 2003* (a study undertaken for the Employment and Social Affairs Directorate-General of the European Commission), [ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/docs/ell\\_france.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/ell_france.pdf).

38 ראו באופן כללי מנחם גולדברג "פסיקת בית הדין לעבודה על פי עקרונות המשפט המינהלי" ספר לנדוי כרך שני 699 (אהרן ברק ואלניער מוזו עורכים, 1995).

39 בתי-הדין גילו גם נכונות רבה לראות בגופים שונים "גופים דו-מהותיים" ולהחיל עליהם את המשפט הציבורי כתוצאה מכך. עם גופים אלה נמנים, למשל, בתי-ספר תיכונים ("ע"ע (ארצי) 1123/01 בית ספר תיכון עירוני כל ישראל חברים בתל-אביב-יפו – צויזנר, פד"ע לו 438, 467 (2001)), אוניברסיטות (דב"ע (ארצי) 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385, 410-411 (1998); ע"ע (ארצי) 1185/04 אוניברסיטת בר-אילן – קיסר, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת ארד (טרם פורסם, 24.3.2005)) ובתי-חולים (בש"א (אזורי י"ם) 1347/05 פינקלשטיין – מרכז רפואי שערי צדק, פס' 11 לפסק-הדין (טרם פורסם, 21.8.2005)). לגישה קיצונית בהרבה ראו ע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481, 494 (2001) (לפי השופטת ברק-אוסוסקין, בדעת מיעוט, חברת שופרסל בע"מ מהווה גוף דו-מהותי שכן "כל קיומה הוא למתן שירות לציבור").

40 ראו רע"א 1958/00 נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על, פ"ד נה(5) 43 (2001). כן ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).

41 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 1014/01 אטלס, י.ש קייטרינג ואירועים בע"מ – אחמד (טרם פורסם, 19.9.2002); עא"ח (ארצי) 1011/00 באדר – אבנשפנגר, פד"ע לו 385 (2001).

42 ראו, למשל, בש"א (ארצי) 1291/04 טיבי – החברה הכלכלית לפיתוח צפת "עמק התכלת" בע"מ (טרם פורסם, 12.9.2004); ע"ע (ארצי) 1424/02 אבו נסאר – Saint Peter in Gallicantu (טרם פורסם, 6.7.2003).

שיעורם של פיצויי הלנה,<sup>43</sup> הרמת מסך<sup>44</sup> או הכרעה אם להעדיף אכיפה או פיצויים במקרה של פיטורים שלא כדין.<sup>45</sup> גם במקרים אלה אין מדובר בתחולתו של עקרון המידתיות בדיני העבודה גופם, אלא בהקשר של הליכים שאינם מיוחדים לתחום העבודה דווקא.

## 1. שביתה והשביתה

ההקשר המרכזי בדיני העבודה שבו נעשה כבר שימוש מפורש במבחני המידתיות הוא השביתה. עצם קיומה של שביתה מלמד על מאבק בין מעביד לעובדיו אשר הגיע לשיא. הסכסוך הקיבוצי – ששיאו בשביתה – מהווה דוגמה קיצונית למאבק כוחות, אשר ככלל הדין מקבל ומתיר. התפיסה המקובלת היא כי מאבקים מעין אלה, אף שיש להם מחיר מבחינת החברה בכללותה, הכרחיים כדי לאפשר לעובדים להבטיח את זכויותיהם. אי אפשר "לייתר" מאבקים כאלה באופן מוחלט באמצעות הגנה על עובדים בחקיקה,<sup>46</sup> ואם מאפשרים אותם, אך טבעי הוא כי הדין יבקש להטיל הגבלות על הפעלת הכוח על-ידי הצדדים לסכסוך. עם זאת, בחקיקה נקבעו הגבלות מעטות בלבד, בעיקר בקשר למגזר הציבורי.<sup>47</sup> זאת מסיבות שונות, ובעיקר עקב אי-רצונו של המחוקק להתערב בנושאים "מורכבים" ו"רגישים" כיחסי עבודה, ועקב ההנחה ששלטה בעבר כי בזכות כוחם הרב של ההסתדרות הכללית, מחד גיסא, ושל ארגוני המעבידים הגדולים, מאידך גיסא, יוכלו הצדדים "להסתדר ביניהם". אולם המציאות בפועל הוכיחה כי לא תמיד ניתן לסמוך על הצדדים – או על "השוק החופשי" – כי יבטיחו שימוש אחראי בכוח. היחלשותה של ההסתדרות בשנים האחרונות רק הביאה לידי חרפה במצב, שכן לעיתים נעשית פנייה למיליטנטיות יתרה בניסיון לפצות על חולשה זו. את החסר בחקיקה נדרשו בתי-הדין – ולפניהם בתי-המשפט – להשלים. כך נפסק כי העובדים אינם רשאים לנקוט אלימות במסגרת שביתה, וכי פעילות אלימה תוציא את פעולותיהם מגדר "שביתה", באופן שיביא לידי אובדן ההגנות המוקנות לשובתים בחוק.<sup>48</sup> כן נקבע כי על ההסתדרות הכללית

43 ראו, למשל, עב' (אזורי ת"א) 1836/00 קושנירוב – קונקס תעשיות טלקומוניקציה בע"מ (טרם פורסם, 16.8.2005).

44 בית-הדין מעדיף לעיתים הרמת מסך חלקית – "מידתית" – אשר תחול לצרכים מסוימים בלבד. ראו, למשל, עב' (אזורי ת"א) 911405/99 פוקן – מיקרו קול בע"מ, פס' 32 (טרם פורסם, 21.9.2004).

45 עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145, 172-173 (2000).

46 ראו: Guy Davidov, *Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope*, 20 INT'L. J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 81 (2004).

47 חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957.

48 ראו רות בן-ישראל השביתה 47-48, 177-178 (1987) והאסמכות שם; דב"ע (ארצי) נו/41-27 ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449, 486 (1997) (להלן: עניין מכתשים).

יחולו – בשל מעמדה וכוחה במשק – כללי המשפט המנהלי.<sup>49</sup> לבסוף נפסק – כפי שיפורט להלן, ומבלי להגביל את הפסיקה להסתדרות הכללית דווקא – כי שביתה חייבת להיות מידתית. זה המבחן המקובל גם בכמה מדינות נוספות.<sup>50</sup>

הסוגיה מתעוררת כאשר בית-הדין מתבקש להוציא צו מניעה נגד שביתה. לפי הפסיקה, בית-הדין יוציא צו מניעה כזה אם השביתה היא "שלא כדין".<sup>51</sup> בעבר נעשה שימוש בכלי זה בעיקר לשם מניעת "שביתות פראיות", שפרצו ללא הודעה מוקדמת כנדרש או מבלי שקיבלו את אישור הגורמים הנדרשים בארגון העובדים היציג;<sup>52</sup> שביתות שהיו מנוגדות לסעיף "שקט תעשייתי" בהסכם קיבוצי;<sup>53</sup> או שביתות שכללו פגיעה בזכויות קנייניות של המעביד (למשל, בדרך של התבצרות במפעל או חסימה של שער הכניסה).<sup>54</sup> בשנים האחרונות הצטמצם השימוש בצווי מניעה בנסיכות אלה.<sup>55</sup> בית-הדין הגמיש את גבולות

49 דב"ע (ארצי) לה/1-5 מרקוביץ – ארגון עובדי קופת חולים, פד"ע ו 197, פס' 12 (1975); דב"ע (ארצי) נב/4-12 ההסתדרות הכללית והאיגוד הארצי של קציני הים – צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3, פס' 16 (1993).

50 למבחן המידתיות יש תפקיד מרכזי בידי השביתה בגרמניה – ראו: MANFRED WEISS & MARLENE SCHMIDT, LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN GERMANY par. 401–405 (3rd rev. ed., 2000). להחלת עקרון המידתיות בהקשר זה בארצות-הברית, באופן יוצא-דופן למדי, ראו: Bob Evans Farms, Inc. v. NLRB, 163 F.3d 1012 (7th Cir. 1998). אולם מעמדה של הלכה זו מוטל בספק – ראו: Trompler, Inc. v. NLRB, 338 F.3d 747 (7th Cir. 2003). בעיקר את דעת היחיד של השופט Easterbrook. להחלת מבחן המידתיות מבין הצר על שביתת-אהדה בדרום-אפריקה ראו: Labour Relations Act, 1995, § 66(2)(c), available at [www.labour.gov.za/legislation](http://www.labour.gov.za/legislation). להצעה של ועדה ממשלתית בשוודיה להחיל מבחן של מידתיות על שביתות ראו: Kerstin Ahlberg, *Committee Proposes Enhanced Authority for Mediators and Restrictions on Right to Strike*, EUR. INDUS. REL. OBSERVATORY (1998), [www.eiro.eurofound.eu.int/1998/12/feature/se9812129f.html](http://www.eiro.eurofound.eu.int/1998/12/feature/se9812129f.html).

51 לעיתים נעשה שימוש במונח "שביתה לא-לגיטימית". ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מה/4-18 מרכז השלטון המקומי בישראל – הסתדרות הפקידים עובדי המינהל והשירותים, פד"ע טו 421, 439 (1985); דב"ע (ארצי) נג/4-4 ההסתדרות הכללית – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פד"ע כה 367, 376 (1992) (להלן: עניין בזק).

52 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/41-20 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – רשות שדות התעופה, פד"ע יט 449 (1988); דב"ע (ארצי) מז/4-6 רשות השידור – כלל עובדי הטלביזיה ברשות השידור, פד"ע יח 287, 302 (1986).

53 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מט/4-16 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ – האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, פד"ע כ 198 (1989).

54 ראו, למשל, המ' (מחוזי ת"א) 2832/78 אמגט פלסטיק בע"מ חברה רשומה כדין נ' יערי, פ"מ התשל"ח(1) 434 (1978); דב"ע (ארצי) נו/4-10 חיפה כימיקלים בע"מ – רביב (לא פורסם, 5.1.1997).

55 על "המדיניות המצמצמת" של בית-הדין בהוצאת צווי מניעה כיום ראו סטיב אדלר "חופש

המאבק, והוא מוכן להתיר שביתות גם אם פרצו ללא הודעה מוקדמת,<sup>56</sup> וגם אם נעשתה פגיעה בקניין המעביד<sup>57</sup> – הכל אם יש לכך הצדקה בנסיבות המקרה הספציפי. המכשיר המשפטי המרכזי שבת-הדין החלו להשתמש בו הוא עקרון המידתיות. השאלה בכל מקרה נתון היא אם לנוכח מכלול הנסיבות, לרבות התנהגות המעביד קודם לפרוץ השביתה, פעולתם של העובדים היא מידתית.<sup>58</sup>

שימוש מוקדם במבחן זה – אף אם ללא אזכור במפורש – ניתן למצוא בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין מפעלי רכב אשדוד.<sup>59</sup> באותו עניין תבעו תעשיינים שנפגעו משביתה של קציני ים את ארגון העובדים שהכריז על השביתה. בפסק-דין שנוי במחלוקת, מפי השופט שלמה לוין, הטיל בית-המשפט אחריות על ארגון העובדים על בסיס עילת הרשלנות.<sup>60</sup> מעבר להכרעה העקרונית בדבר האפשרות להטיל אחריות נזיקית על ארגון עובדים בגין נזקי שביתה, לענייננו חשובים השיקולים שפירט בית-המשפט לצורך הקביעה אימתי שביתה חורגת ממתחם הלגיטימיות (שאו ניתן לומר כי הופרה חובת הזהירות). בין היתר נפסק כי "יש לבחון במקרה נתון מה מידת רצינותו של הנזק, שהיה צפוי לצד שלישי עקב נקיטת הליך בגדר השביתה, לעומת התועלת, שהיתה צפויה לשובתים כתוצאה מנקיטת אותו הליך על רקע הנסיבות שהולידו את השביתה".<sup>61</sup> והרי זה מבחן המידתיות במובן הצר. מעניין לתת את הדעת לכך שההתמקדות בצד ה"מחיר" הינה בצדדים שלישיים בלבד,

השביתה בראי הפסיקה" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 475, 487 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). על הפרקטיקה של הוצאת צווי מניעה בעבר ראו גיא מונדלק ויצחק הרפז "בין המערכות: בחינה אמפירית של תפקיד בית-הדין לעבודה בשביתות" עיוני משפט כו 145 (2002).

56 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) 41-92/97 ארגון העובדים בעיריית תל-אביב-יפו – עיריית תל-אביב-יפו, פד"ע לא 109 (1997).

57 ראו, למשל, עניין הורן את ליבוביץ בע"מ, לעיל ה"ש 45.

58 כדוגמה להטמעת המבחן בהקשר של שביתות בישראל ראו חיים ברנזון ואסף ברנזון "שביתת אהדה – מעמדה ומידתיותה" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 763, 788 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

59 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987) (להלן: עניין מפעלי רכב אשדוד).

60 לביקורת ראו רות בן-ישראל "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה – הרהורים בעקבות ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציזיק ז"ל, ואח" עיוני משפט יד 149 (1989); פרנסס רדאי "חרות השביתה, תביעות צד ג' ובוררות חובה" שנתון משפט העבודה ה 143 (1995). בתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf) כלולה הצעה שלפיה "לא יישא אדם באחריות בנוזקין בשל מעשה שעשה במסגרת שביתה או השבתה כדן, ובלבד שהמעשה נעשה במהלך הטבעי והישיר של שביתה או השבתה; הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי מעשה שגרם נזק לגוף" (ס' 377).

61 עניין מפעלי רכב אשדוד, לעיל ה"ש 59, פס' 28.

ללא כל התייחסות למעביד עצמו.<sup>62</sup> אכן, גם בפסיקת בית-הדין הארצי, אשר שנים מספר לאחר-מכן החל לעשות שימוש מפורש בעקרון המידתיות בהקשר זה, בולטת ההתמקדות בפגיעה בציבור הרחב (להבדיל מהמעביד). התפיסה היא כי שביתה אינה מידתית – ולכן "אינה כדין" ובית-הדין יורה לעובדים להפסיקה – כאשר היא גורמת לפגיעה מופרזת או מיותרת בציבור. עם זאת, כפי שיובהר להלן, גם הפגיעה במעביד מובאת לעיתים – וראוי שתובא – בחשבון.

אם בעניין מפעלי רכב אשדוד נעשה שימוש (למעשה) במבחן המידתיות השלישי, בפסק-דין נוסף מאותה תקופה, שנתן הנשיא שמגר בעניין קוקה,<sup>63</sup> ניתן לזהות בבירור את מבחן המידתיות השני. באותו מקרה עמדה לדיון הרשעתו של יושב-ראש ועד העובדים ברשות השידור בדין משמעתי, בשל העובדה שמנע שידור כתבה בטלוויזיה מאחר שסבר כי היא צולמה בעזרת ציוד מסוים בניגוד להסכמות עם הוועד. הנשיא שמגר דחה את הערעור על ההרשעה, תוך שהוא מציין כי "ההתנהגות של המערער היתה בוטה ותוקפנית ללא צורך וללא הצדקה... לפני שנוקטים אמצעי קיצוני כאמור, מן הראוי למצות את אמצעי הביטוח והשכנוע האחרים".<sup>64</sup> כלומר, יושב-ראש הוועד נקט אמצעי ארגוני חריף מן הנדרש לשם השגת המטרה. והרי זה מבחן האמצעי המינימלי. גם במקרה זה, הדגש הוא בפגיעה בציבור הרחב.

גם בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה ניתן למצוא אמירות המרמזות על שימוש במבחני המידתיות עוד קודם לאימוצם של מבחנים אלה במפורש. כך, למשל, נפסק כי "אין מכירים בזכות לפעולות שחורגות מעבר לדרוש למאבק תעשייתי", וכי בית-הדין ימנע שביתה כזו, החורגת מ"כללי המשחק"<sup>65</sup> – משמע, מבחן האמצעי המינימלי. בהתאם לכך, בית-הדין בוחן, במסגרת הפעלת שיקול-דעתו אם להוציא צו מניעה נגד שביתה אם לאו, אם מדובר בצעד ראשון (כלומר, מוקדם ומהיר מדי) מצד ארגון העובדים או שהשביתה פרצה רק לאחר ניסיון כן וממושך להגיע להסכם.<sup>66</sup> אכן, רק אם "הצדדים הפעילו את סמכויותיהם וכוחם במידה הדרושה" כאשר לא הגיעו להסכם... מוכנה החברה לספוג הפעלת כוח, כולל פגיעה בתושבים".<sup>67</sup> כמו-כן נפסק כי יש להתחשב ב"נוק אשר עלול להיגרם כתוצאה מהעיצומים,

62 אכן, כוונה זו עולה במפורש מדברי השופט לוין בסוף אותה פסקה: "ראשיתה של זכות השביתה ברצון לאזן בין עמדתם הנחותה של העובדים לבין כוחם הדומיננטי של המעבידים. הדין התערב כדי לאזן את האינטרסים ההדדיים, כאשר ידם של העובדים היתה על התחתונה; לא נבצר ממנו להתערב, כאשר במערכת היחסים שבין העובדים לצד שלישי יד האחרון על התחתונה."

63 עש"מ 1/86 קוקה נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד (מ) 406 (1986).

64 שם, פס' 12.

65 דב"ע (ארצי) לח/4-13 האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל – עיתון "הארץ", פד"ע ט 415, 420 (1978) (ההדגשה שלי – ג' ד.). כן ראו עניין בזק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 382.

66 עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 458; דב"ע (ארצי) נו/4-16 מרכז השלטון המקומי בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לב 1, 31 (1998).

67 שם, בעמ' 33 (ההדגשה שלי – ג' ד.).

מול שלילת הזכות הלגיטימית של ארגון עובדים להכריז על שביתה<sup>68</sup> – כלומר, מידתיות במובן הצר. ברוח זו צוין כי "על בית-הדין להתייחס בצורה שונה ל'שביתה כללית' העשויה לשתק כליל את השירותים שמספקת בזק, כולם או חלקם, לבין עיצומים, הפוגעים כמובן בציבור הצרכנים, אך אינם מונעים ממנו שירותים חיוניים";<sup>69</sup> ולעניין הערכת הנזק הוסיף בית-הדין והבהיר כי "השאלה הנשאלת, כאשר באים להגביל את חופש השביתה בשירות הציבורי, היא האם קיימת 'ודאות קרובה' שהשביתה, לכשתפרוץ, תשבש בצורה החורגת מהסביר את השירות החיוני שנותנים עובדי השירות הציבורי".<sup>70</sup> לפנינו, אם כן, אימוץ של מבחן הסתברותי לצורך הערכת ה"מחיר" של השביתה, ולאחר-מכן העמדת "מחיר" זה אל מול ה"תועלת" (בחינה אם השיבוש חורג מהסביר). לעניין ה"תועלת" של השביתה, בית-הדין אינו מסתפק בעמידה על חשיבותה של זכות השביתה ככלל, אלא בוחן באיזו מידה הייתה השביתה מוצדקת בנסיבות העניין. כך, למשל, כאשר שביתה באה בתגובה על הרעת תנאים או על שינוי בסטטוס-קוו מצד המעביד, בית-הדין נוטה לראותה כלגיטימית.<sup>71</sup> בפסיקת בית-הדין נאמר כי יש לאזן בין חירות השביתה לבין זכויות אחרות.<sup>72</sup> מבחני המידתיות מהווים מכשיר מרכזי לעריכת איזון זה באופן שמקנה מסגרת קבועה לניתוח ומבטיחה מידה של עקביות וצפיות (במיוחד כאשר מדובר בשני המבחנים הראשונים). אכן, בפסיקה מאוחרת יותר אימץ בית-הדין במפורש את עקרון המידתיות לצורך קביעת גבולות השביתה. תחילה היה זה בעניין מכתשים,<sup>73</sup> שבו נבחנו לראשונה "משמרות-מחאה" שהקימו עובדים בפתח מפעל. בדעת יחיד ציינה השופטת ברק-אוסוסקין כי את האיזון בין זכות הקניין של המעביד לבין חופש הביטוי של העובדים יש לערוך תוך יישום עקרון המידתיות.<sup>74</sup> בהתאם לכך, "יש לבחון אם פעילותם של העובדים אינה אלימה, אם היא לא עולה על הסביר מבחינת הנזק שהיא גורמת למעביד ולציבור, אם היא נעשית בתחום מוגבל של שעות, אם היא עוברת על החוק באופן חריג וכיוצא באלה נסיבות שיש לבחון לצורך האיזון";<sup>75</sup> ובהמשך – "יש לאזן בין מטרת המאבק ועוצמתה של חירות הביטוי של עובדים, לבין גודל הנזק שהוא גורם למעביד או לצד שלישי ועוצמתו".<sup>76</sup> את היישום בנסיבות העניין

68 דב"ע (ארצי) נה/4-27 המוסד לביטוח לאומי – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע כח 315, 328 (1995). ראו גם עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 458.

69 עניין בזק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 384.

70 שם, בעמ' 385.

71 ראו, למשל, עניין ארגון העובדים בעיריית תל-אביב-יפו, לעיל ה"ש 56; עניין מרכז השלטון המקומי בישראל, לעיל ה"ש 66, בעמ' 31; עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 68, בעמ' 328.

72 דב"ע (ארצי) נב/4-17 מדינת ישראל – הסתדרות האחים והאחיות, פד"ע כו 87, 100 (1993).

73 לעיל ה"ש 48.

74 שם, בעמ' 461, 467, 469, 470, 478.

75 שם, בעמ' 461.

76 שם, בעמ' 469.



ערכה השופטת ברק-אוסוסקין ללא התייחסות נפרדת לשלושת מבחני המידתיות, אולם תוך בחינה קונקרטית של העובדות והשוואה למקרים אחרים. יתר השופטים לא התייחסו (וגם לא הביעו התנגדות) לשימוש במבחן המידתיות. בנסיבות העניין הסכימו כולם כי אין מקום לצו שימנע את משמרות-המחאה. בהמשך אומצו דבריה של השופטת ברק-אוסוסקין בהסכמה על-ידי בית-הדין כולו.<sup>77</sup>

אכן, בפסיקה מאוחרת יותר של בית-הדין הארצי בהקשר של שביתות נהפך עקרון המידתיות לכלי מפורש ומרכזי, המקובל על כלל השופטים. בעניין מקורות,<sup>78</sup> למשל, עמדה לדיון השאלה אם יש מקום להוציא צו מניעה נגד שביתה בשירות חיוני, ובפרט כזו שתמנע הספקת מים סדירה.<sup>79</sup> בית-הדין לא התייחס לשלושת מבחני המידתיות באופן פרטני, אולם עמד על השאלות הרלוונטיות, באופן שמצביע על התייחסות הלכה למעשה למבחני המידתיות השני והשלישי. על בסיס מבחנים אלה קבע בית-הדין כי בנסיבות העניין, "כאשר הצדדים היו קרובים להסכם, השביתה נמשכה זמן רב, הפסקות המים היו עלולות לסכן את החיים ואת ביטחון הציבור והייתה אפשרות להגביל את השביתה באופן חלקי בלי לשלול את מלוא כוח המיקוח של ההסתדרות, הגענו למסקנה שיש לתת את הצו... האוסר על פגיעה באספקת המים לאוכלוסייה".<sup>80</sup> בדומה לכך, בעניין לשכת המסחר תל-אביב,<sup>81</sup> שם נידונה בקשה של ארגוני מעסיקים למנוע שביתה כללית במשק נגד התוכנית הכלכלית של הממשלה, סברו רוב חברי ההרכב כי יש להתיר את השביתה, "אך שביתה זו כפופה לעקרון המידתיות. חירות השביתה אינה בלתי מוגבלת ועל-כן יש צורך לאזן בינה לבין זכויות וחירויות אחרות וטובת הציבור ומשכך, רואים אנו לנכון להטיל מגבלות על השביתה, ככל שתוצא אל הפועל".<sup>82</sup> בהתאם לכך הוטלו הגבלות שונות בנוגע לאופן קיום השביתה והיקפה. בהחלטה קודמת באותו תיק מנע בית-הדין את השביתה, אולם זאת בכפוף לקיומה של "שביתה וירטואלית" – המשכת העבודה תוך העברת הכנסות המעביד לחשבון נאמנות – גם-כן מהטעם שזה היה הפתרון המידתי לטעמו בנסיבות העניין.<sup>83</sup>

77 עניין הורן את ליבוביץ בע"מ, לעיל ה"ש 45, פס' 13.

78 עס"ק (ארצי) 19/99 מקורות חברת מים בע"מ – הסדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לו 560 (2001).

79 שם, בעמ' 575 ("משהוכרזה שביתה בשירות חיוני, על בית-הדין להשתמש בתורת האיזונים ובעיקרון המידתיות על-מנת לקבוע אם הציבור ייפגע במידה המחייבת את הגבלת השביתה").

80 שם, בעמ' 576.

81 ס"ק (ארצי) 13/03 לשכת המסחר תל-אביב ואיגוד לשכות המסחר – הסדרות העובדים הכללית החדשה (טרם פורסם, 14.12.2003).

82 שם, פס' 3.

83 ס"ק (ארצי) 13/03 לשכת המסחר תל-אביב ואיגוד לשכות המסחר – הסדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 7-8 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (לא פורסם, 18.11.2003). ראו גם גיא דוידוב "שביתה כשלב אחד ברצף אירועים ושביתה וירטואלית (עם שחר) כסעד מידתי" עבודה, חברה ומשפט יא 53 (2005).

דוגמה נוספת ליישום עקרון המידתיות ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין שירותי בריאות כללית,<sup>84</sup> שם נידונה הלגיטימיות של צעדים ארגוניים שמשמעותם הייתה מניעת כניסתם של קבלני ניקיון לבית-החולים "העמק" בעפולה. דעת הרוב, מפי השופטת וירט-ליבנה, הוציאה צו מניעה נגד צעדי העובדים, בשל הפרת הסכם קודם בין הנהלת בית-החולים לבין הוועד המקומי. אולם השופטת ברק-אוסוסקין, בדעת מיעוט, סברה שצעדים של העובדים היה לגיטימי, ועיגנה את חוות-דעתה בעקרון המידתיות: "השאלה מהם גבולות המאבק. עד כמה עליו לכאוב והיכן גבול הנזק הנגרם למעסיקים ולציבור. מהם גבולות הנזק לעומת אינטרס המאבק. אלו נמדדים באיזון ובמבחן המידתיות. בענייננו נראה לי שהתגובה המיידית הספונטנית, אמנם ללא הודעה מוקדמת, היתה כשלעצמה מידתית."<sup>85</sup>

עמדתי על כך שבעבר נעשה שימוש בפסיקה במבחן הסתברותי, שלפיו אחד השיקולים בהחלטה אם להוציא צו מניעה היה מידת הוודאות שיגרמו שיבושים קשים בשירותים חיוניים. לאחרונה נעשה שימוש במבחן דומה – הפעם תוך התייחסות מפורשת לעקרון המידתיות – בהתייחס לשאלה מהי מידת הוודאות שאכן תיגרם פגיעה לעובדים, כאשר העובדים פותחים בשביתה בטענה לפגיעה צפויה. זאת, בעניין איגוד הבנקים,<sup>86</sup> שם נידונה בקשה למנוע שביתה בבנקים נגד כוונת הממשלה לערוך שינויים מבניים בשוק ההון (יישום דוח ועדת בכר). הנשיא אדלר ציין כי יש לתת משקל לעקרון המידתיות, וכי במסגרתו "יש להביא בכלל חשבון אף את ממשיות הפגיעה בעובדים לה טוענת ההסתדרות".<sup>87</sup> בכך ניתן ביטוי להסתברות התממשותה של "תועלת" מהשביתה. בנסיבות המקרה לא השתכנע בית-הדין כי קיימת ודאות מספקת לפגיעה בעובדים, שתצדיק שביתה בכל המערכת הבנקאית, והוציא צו מניעה, אם כי קבע במקביל לוח-זמנים למשא-ומתן בפיקוחו.

עקרונות אלה מיושמים לעיתים, גם כיום, ללא אזכור מפורש של מבחני המידתיות. כך היה, למשל, בעניין בנק דיסקונט,<sup>88</sup> שם עמדה לדיון השאלה אם יש למנוע את העובדים מלקיים עיצומים שמשמעותם הימנעות מהכנה והגשה של דוחות כספיים לרשות לניירות-ערך, סמוך למועד מתוכנן להפרטה. הנשיא אדלר, שכתב את דעת הרוב, סבר כי מדובר בצעד שהשלכותיו חמורות מדי, שכן הלכה למעשה הוא יסכל את מכירת הבנק;<sup>89</sup> כלומר, מדובר בצעד בלתי-מידתי במובן הצר. הוא הוסיף וציין כי "בכל שביתה גלומה פגיעה בזכות קניינית של המעסיק וטיבעה של שביתה שהיא גורמת נזק כלכלי. אולם, ישנם מקרים שבהם השביתה גורמת נזק מיוחד ובפני העובדים פתוחה דרך אחרת

84 עס"ק (ארצי) 1017/04 שירותי בריאות כללית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (טרם פורסם, 16.5.2005).

85 שם, פסק-דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין.

86 ס"ק (ארצי) 53/05 איגוד הבנקים בישראל ע"ד – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (טרם פורסם, 4.5.2005).

87 שם, פס' 7 (ג) לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

88 עס"ק (ארצי) 1013/04 בנק דיסקונט בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע מ 337 (2004).

89 שם, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

לקדם את מטרותיהם הלגיטימיות אל מול המעסיק;<sup>90</sup> כלומר, מדובר בשימוש באמצעי שאינו מינימלי. פסק-דינו של הנשיא אדלר מיישם באופן ברור את מבחני המידתיות, אך מבלי להזכירם במפורש. לעומת זאת, שני השופטים הנוספים באותו הליך ביססו את פסק-דינם במפורש על עיקרון זה. סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין עמדה על כך שהמידתיות היא הכלי המנחה לקביעת גבולות השביתה, ואף פירטה את שלושת מבחני המידתיות המקובלים במשפט הציבורי. בנסיבות המקרה היא סברה – מבלי שנכנסה ליישום פרטני של המבחנים – כי האמצעי שנבחר הוא דווקא מינימלי, ובפרט מזיק הרבה פחות משביתה מלאה. השופט פליטמן, לעומתה, תמך בתוצאה של דעת הרוב, תוך שהוא טוען כי מדובר בצעד שאינו מידתי. פסק-דינו של השופט פליטמן התייחס, לכאורה, למבחן הקשר הרציונלי; לדבריו, התכלית של סיכול מכירת הבנק אינה תכלית לגיטימית, והצעד שננקט לא יקדם כלל תכלית לגיטימית של הגנה על זכויות העובדים. אולם קשה לקבל את ההנחה שהאיום בסיכול מכירת הבנק לא יוכל לקדם את האינטרסים של העובדים בהגנה על זכויותיהם. ייתכן כי גם את פסק-דינו של השופט פליטמן ניתן להבין – בדומה לדעת הרוב – כקביעה שלפיה ארגון העובדים נקט צעד קיצוני מדי להשגת מטרות לגיטימיות, כלומר, צעד שאינו עומד במבחן האמצעי המינימלי.

הגבלת השימוש בכוח בסכסוך קיבוצי מצד העובדים זוכה באיזון בדמות הגבלה דומה לגבי השימוש בכוח מצד המעביד. הפסיקה מכירה בזכותו של מעביד לנקוט "השבתת-מגן", שבמסגרתה נמנעת מעובדים האפשרות לעבוד ולהשתכר, בתגובה על פעילות ארגונית של עובדים אחרים; אולם מלכתחילה נקבע כי "חייבים לשמור על פרופורציה בין ה'אמצעים' לבין ה'אמצעים' שכנגד".<sup>91</sup> כלומר, בהקשר של השבתה ניתן למצוא קביעה מפורשת מוקדמת ביותר – עוד מסוף שנות השבעים – שלפיה גבולות כוחו של המעביד ייקבעו (בין היתר) על-פי מבחן של מידתיות. בפסיקה נוספת שעסקה בגבולות ההשבתה ניתן למצוא יישום הלכה למעשה של מבחני המידתיות, גם אם ללא התייחסות מפורשת לעיקרון. כך, למשל, נפסק כי ההשבתה צריכה להיות "צעד אחרון במאבק ולא צעד ראשון בו",<sup>92</sup> וכי השבתה תיחשב לגיטימית רק אם נעשתה בנסיבות של "כורח".<sup>93</sup> ניתן לסכם ולומר כי בשנים האחרונות עקרון המידתיות מוזכר באופן מפורש בהקשר

90 שם, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

91 דב"ע (ארצי) לז/4-13 מועצת פועלי רמת-גן וגבעתיים – "אלקו" הרושת אלקטרונימיקנית בע"מ, פד"ע ט 113, 135 (1977). המינוחים עשויים להטעות. למעשה, גם במקרה זה מדובר בבחינה של האמצעים אל מול המטרה, כאשר המטרה (הלגיטימית) של המעביד היא צמצום הנזק כתוצאה מהשביתה. האמצעים שהמעביד נוקט כנגד השביתה (אשר מכונים כאן "אמצעים שכנגד") צריכים להיות פרופורציונליים למטרה זו.

92 דב"ע (ארצי) לח/4-8 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – כיתן בע"מ דימונה, פד"ע יא 29, פס' 18 (1979).

93 דב"ע (ארצי) שם/2-35 קוזלוביץ – "אורדן" בע"מ, פד"ע יב 200, פס' 7 (1981). על הקשר בין דרישה זו לבין המידתיות ראו גם רות בן-ישראל שביתה והשבתה בראי הדמוקרטיה 151 (2003).

של דיני השביתה, גם אם לא בצורה עקבית, וכמעט תמיד ללא התייחסות לשלושת מבחני המידתיות בנפרד. אולם חשוב מכך: הלכה למעשה בית הדין מיישם את מבחני המידתיות המרכזיים (מבחן האמצעי המינימלי ומידתיות במובן הצר) בהקשר של שביתה והשבתה באופן עקבי למדי, וזאת אף בפסיקה שקדמה לאזכורו של עקרון המידתיות.

## 2. הגבלת חופש העיסוק

אם במשפט העבודה הקיבוצי (שביתה והשבתה) עקרון המידתיות מוחל באופן מקביל על שני הצדדים ליחסים, בתחום משפט העבודה האישי הנחת המוצא היא כי כוחו של המעביד עדיף, וההגבלות לגבי הפעלת כוח זה מופנות כלפיו בלבד. דוגמה בולטת נוגעת בגבולות המותרים של הגבלת חופש עיסוקו של עובד לאחר סיום עבודתו. זהו הקשר נוסף שבו נעשה שימוש בעקרון המידתיות, הלכה למעשה, עוד מימים ימימה – גם אם לא תמיד תוך אזכור העיקרון במפורש, ומבלי שניתנה הדעת לשלושת מבחני המידתיות בנפרד.

לפי הפסיקה האנגלית, אשר אומצה על ידי בית המשפט העליון עוד לפני כחמישה עשורים, תניה חוזית שלפיה הסכים עובד להימנע מתחרות מול המעביד בתקופה שלאחר סיום היחסים ביניהם, תקפה רק אם היא "סבירה"<sup>94</sup>. הגבלה החורגת מגדר הסביר נחשבת לפוגעת בתקנת הציבור ועל כן בטלה. כיצד קובעים אם הגבלה היא סבירה אם לא? השאלה המכרעת, לפי פסיקת בית המשפט העליון, היא באיזו מידה ההגבלה אכן נדרשת לשם הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של המעביד.<sup>95</sup> לשם כך בוחנים את האינטרסים שהמעביד מבקש להגן עליהם, ואל מולם את היקף ההגבלה של חופש העיסוק, מבחינת תחום העיסוק, השטח הגיאוגרפי ומשך ההגבלה.

למעשה, יש כאן יישום של שני מבחני המידתיות הראשונים. תחילה בוחנים את תכלית ההגבלה – אם יש בכלל טעם לגיטימי לתניה שבאה להגביל את חופש העיסוק, מעבר לרצונו של המעביד לצמצם את התחרות מולו – וכהמשך ישיר לכך בוחנים אם בנסיבות העניין מתקיים קשר רציונלי בין התניה הנוגעת בהגבלת העיסוק לבין אינטרס לגיטימי כלשהו. למעשה, כמו במשפט הציבורי, מבחן המידתיות הראשון משמש כאן מכשיר לחשיפת תכליות נסתרות. האינטרסים הלגיטימיים של המעביד הם בעיקר הגנה על סודות מסחריים, ובמידה מסוימת גם הגנה על השקעה מיוחדת בעובד וכן על קשרים עם לקוחות או ספקים.<sup>96</sup> השאלה היא, על כן, אם תניה הנוגעת בהגבלת עיסוק אכן יכולה להגן על

94 ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עציוני בע"מ, פ"ד יא (1) 358 (1957).

95 ע"א 136/64 "פרנסיטקס" תעשיית אריגי ז'קארד בע"מ נ' אוציטל, פ"ד יח (3) 617 (1964);

ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח (1) 85 (1973); ע"א AES System Inc. 6601/96 נ' סער, פ"ד נד (3) 850 (2000).

96 ראו ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999) (להלן: עניין צ'ק

פוינט). בפסק דין מנחה זה, אשר יידון להלן, הנשיא אדלר מונה בין האינטרסים הלגיטימיים של המעביד גם הגנה על "תמורה מיוחדת" שניתנה לעובד כנגד הסכמתו להימנע מתחרות. אולם טרם נערך בפסיקה דיון בכך או יישום של מרכיב זה. לדעתי, תשלום שכל מטרתו

אינטרסים כאלה בנסיבות הקונקרטיות. בהנחה שהתשובה חיובית, ניתן לעבור לבחינה אם האמצעי שנבחר הוא מינימלי. בשים לב לפגיעה בחופש העיסוק של העובד, כמו גם באינטרס הציבורי בקיומה של תחרות חופשית, לא יינתן תוקף להגבלה החורגת מהנדרש לשם השגת המטרה. אכן, כך ניתן להבין את אופן בחינת "סבירותה" של ההגבלה בפסיקה. בתי-המשפט – ולאחריהם בתי-הדין – בחנו את נסיבותיו של כל מקרה, וצמצמו את תוקפן של הגבלות העיסוק למידה שבה הן אכן נדרשו.<sup>97</sup> למן תחילת שנות התשעים ניתן לזהות בפסיקתו של בית-הדין הארצי, בעקבות בית-המשפט העליון, התייחסות הולכת וגוברת לצורך ב"איוון" בין זכויות יסוד ואינטרסים מתנגשים. בהקשר הקונקרטי, בית-הדין מצהיר כי הוא מאזן בין חופש העיסוק והצורך בתחרות חופשית, מחד גיסא, לבין חופש ההתקשרות (הצורך בכיבוד חוים) וזכות הקניין של המעביד, מאידך גיסא.<sup>98</sup> האיוון משמעו, למעשה, שבית-הדין מוסיף גם מבחן הדומה למבחן המידתיות במובן הצר.

במשך השנים חלו שינויים משמעותיים בתפיסה השיפוטית בנוגע לסבירות ההגבלה, או במילים אחרות – בנוגע למידה שבה הגבלה כזו אכן נדרשת. תוקפן של הגבלות לגבי חופש העיסוק צומצם בהדרגה במהלך שנות התשעים, וצמצום זה הגיע לשיאו בפסק-הדין בעניין צ'ק פוינט,<sup>99</sup> שהפך את בררת-המחדל, וקבע כי ככלל אין מקום לתת תוקף לתניות המגבילות את חופש העיסוק. בפועל העביר פסק-הדין בעניין צ'ק פוינט את הדגש מבחינת היקף ההגבלה (או מהשאלה אם מדובר באמצעי מינימלי) לבחינת השאלה אם קיימים בכלל אינטרסים לגיטימיים המצדיקים אותה (ולמעשה, קיומו של קשר רציונלי בין התכלית למטרה). אולם לא חל שינוי במבנה המשפטי הבסיסי. הגבלה שעוברת את תנאי-הסף, אשר הוחמרו הלכה למעשה, צריכה עדיין לעמוד בשאר מבחני הסבירות. לשון אחר: הגבלה שתעבור את מבחן הקשר הרציונלי תידרש עדיין לעמוד גם במבחן האמצעי המינימלי. ועל כך מיתוסף כיום, במידה כזו או אחרת, "איוון אינטרסים" כללי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, אשר מהווה במידה רבה איוון בין התועלות והנוזקים של שני הצדדים (ולמעשה, מידתיות במובן הצר).

בשנים האחרונות החל בית-הדין הארצי לאזכר במפורש, בעת הדיון בתניות המגבילות את חופש העיסוק, את עקרון המידתיות. אומנם, בפסיקה עד כה אי-אפשר למצוא יישום נפרד מפורש של שלושת מבחני המידתיות (או חלקם). למעשה, במקום "מבחן הסבירות", בית-הדין מתייחס פשוט ל"מבחן הסבירות והמידתיות",<sup>100</sup> מבלי שלשינוי זה, כשלעצמו, יש השלכה כלשהי (אם כי לפחות במקרה אחד קשר בית-הדין את עניין המידתיות עם אמירה

למנוע תחרות מנוגד לתקנת הציבור, ואי-אפשר לראות את מניעת התחרות כשלעצמה כתכלית לגיטימית.

97 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) ג/17-3 טועמה – יבין, פד"ע כה(1) 227 (1992).

98 ראו, למשל, שם.

99 עניין צ'ק פוינט, לעיל ה"ש 96.

100 שם, בעמ' 308; ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ – אביב, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת ארד (טרם פורסם, 18.12.2003); ע"ע (ארצי) 1141/00 הר זהב שירותי מזון בע"מ – פודליין בע"מ, פד"ע לח 72, 77-78 (2002).

שלפיה על המעביד לבחור בחלופה אשר פוגעת פחות בעובד, כאשר יש לפניו כמה דרכים להבטחת קניינו.<sup>101</sup> בפסיקה העדכנית של בית המשפט העליון בסוגיה, ההתייחסות היא ל"מבחן הסבירות או המידתיות", והקישור למבחני המידתיות מפורש מעט יותר,<sup>102</sup> אם כי גם שם ללא התייחסות לשלושת המבחנים השונים. אולם הלכה למעשה ניתן למצוא בפסיקה הנוגעת בהגבלת חופש העיסוק, כאמור, יישום של כל מבחני המידתיות. כך בעבר – בטרם אוזכר בפסיקה זו עקרון המידתיות – וכך גם כיום. כמו־כן ניתן למצוא יישום של מבחני המידתיות בהקשר זה גם במדינות נוספות.<sup>103</sup>

### 3. שוויון הזדמנויות בעבודה

הקשר שלישי שבו נעשה שימוש בעקרון המידתיות במסגרת דיני העבודה הוא שוויון הזדמנויות. בהקשר זה מבחני המידתיות משמשים לבחינת לגיטימיות ההבחנה בין עובדים שונים. אוכור מפורש למבחני המידתיות ניתן למצוא בעניין רקנט,<sup>104</sup> שבו תקפו דיילי-אוויר באל-על הוראה בהסכם הקיבוצי שחייבה אותם לפרוש לגמלאות בגיל ששים, להבדיל מעובדי הקרקע, שלגביהם הועמד גיל הפרישה על ששים וחמש. אל-על טענה כי דרישות התפקיד מצדיקות יחס שונה, דהיינו, כי קיים שוני רלוונטי בין שתי הקבוצות, אשר מצדיק את ההבחנה ביניהן. הנשיא ברק, שכתב את דעת הרוב, הבהיר כי גם אם ניתן להצביע על שוני רלוונטי, יש לבחון עדיין איזה משקל יש לתת לשוני זה. השאלה המנחה היא "אם דרישות התפקיד שהמעביד בחר בהן – ואשר על-פיהן נקבע גיל פרישה שונה לעובדים שונים – הן מידתיות".<sup>105</sup> הוא אף פירט בהקשר זה את שלושת מבחני המידתיות, אם כי לא פנה ליישומם באופן מפורש ונפרד. בסופו של דבר קבע הנשיא ברק כי טענת אל-על

- 101 ע"ע (ארצי) 292/99 עמיהי – חברת יוסי גולדהמר בע"מ, פד"ע לה 204, פס' 16 (2000). ראו גם בש"א (אזורי ת"א) 4384/02 התעשייה האווירית לישראל בע"מ – רוסו, פס' 10 (טרם פורסם, 3.9.2002). (מתן צו חלקי להגבלת עיסוק באופן ש"יפגע במידה הפחותה ביותר בעיסוקו של המשיב 1 [העובד] ולפיכך הגבלה כאמור עומדת במבחן המידתיות של חוק יסוד: חופש העיסוק"; בית-הדין לא הסביר מדוע חוק-היסוד חל במישורין באותו מקרה).
- 102 עניין סער, לעיל ה"ש 95, בעמ' 876: "השאלה בכל מקרה הינה, אם מועדה, תחומה וסוגה של ההגבלה אינם חורגים מעבר לסביר ולנדרש כדי להגן על האינטרסים הלגיטימיים של המעביד."
- 103 בצרפת נפסק על בסיס ס' L120-2 לקוד העבודה, אשר קובע את עקרון המידתיות (ראו לעיל ה"ש 37), כי כנגד הגבלת עיסוק חייבת לבוא תמורה קונקרטית – ראו Moreau, לעיל ה"ש 37, בעמ' 9. מסקנה זו כשלעצמה נראית בעייתית. ראו לעיל ה"ש 96. אולם חשוב יותר לענייננו עצם השימוש בעקרון המידתיות לצורך קביעת הגבולות הראויים להגבלת חופש העיסוק.
- 104 דנג"ן 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000) (להלן: עניין רקנט).
- 105 שם, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

בנוגע לדרישת ההופעה ה"נאה" (למעשה, הצעירה) מדיילי-האוויר אינה מוצדקת כלל, שכן הדרישה אינה רלוונטית באמת לתפקיד.<sup>106</sup> למעשה, ניתן להבין זאת כקביעה שלפיה מבחן הקשר הרציונלי אינו מתקיים – האמצעי של חיוב עובדים בעלי הופעה מבוגרת לפרוש אינו קשור רציונלית למטרה של הבטחת ביצוע משימותיהם של הדיילים על הצד הטוב ביותר. הוא הוסיף כי גם אם נניח שהעסקת דיילי-האוויר מבוגרים אכן תפגע כלכלית באל-על, עקב העדפותיהם של הלקוחות, מדובר בפגיעה זניחה יחסית אל מול חשיבותו של עקרון השוויון.<sup>107</sup> לפנינו, אם כן, יישום הלכה למעשה של מבחן המידתיות במובן הצר. לבסוף קבע הנשיא ברק כי הטענה הנוספת של אל-על, שלפיה התפקיד מחייב כוח פיזי, אומנם רלוונטית, אבל ניתן להתמודד עימה באמצעים פוגעים פחות מאשר הוצאה אוטומטית לגמלאות – למשל, באמצעות הנהגת מבחני כושר אישיים.<sup>108</sup> משמע, למעשה, שלגבי דרישה זו לא מתקיים מבחן האמצעי המינימלי.

הקביעה כי הוצאה לגמלאות בגיל מוקדם מהרגיל אינה מידתית כאשר היא נעשית באופן גורף – ללא מבדקים אישיים – יושמה מאז גם במקרים נוספים,<sup>109</sup> אולם השימוש המפורש במבחני המידתיות בהקשר של שוויון הזדמנויות עודנו בחיתוליו. עם זאת, גם בהקשר זה ניתן להבין פסיקה קודמת, אשר אינה מאזכרת את עקרון המידתיות במפורש, כמיישמת אותו הלכה למעשה. הרי דרך הניתוח בעניין רקנט אינה שונה מהותית מזו שמקובלת בידי השוויון בישראל זה שנים.<sup>110</sup> יצוין עוד כי בכמה מדינות נוספות ניתן למצוא שימוש מפורש במבחני המידתיות בהקשר זה. כך, למשל, פסק בית-המשפט העליון בקנדה, על בסיס מבחני המידתיות, כי דרישה שנקבעה לכבאים במבחני כושר, אשר הביאה לידי פסילת מספר רב יותר של נשים, לא הייתה מוצדקת.<sup>111</sup> בדומה לכך פסק לאחרונה בית-המשפט לערעורים בבריטניה כי סירוב של המעביד לאפשר לאישה שחזרה מחופשת-לידה להקטין

106 שם, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

107 שם.

108 שם, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

109 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004); ע"ע (ארצי) 1414/01 מפעלי ים המלח בע"מ – ניסים, פד"ע מ 193 (2004).

110 ראו, למשל, בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוובין, פ"ד מח(5) 749 (1994) (נטייה מינית אינה נתון רלוונטי להבחנה בין עובדים בהקשר של הטבה שניתנת לבני-זוג, כלומר, למעשה אין תכלית לגיטימית בשלילת ההטבה מבני-זוג מאתו מין, וממילא לא מתקיימת דרישת הקשר הרציונלי); דב"ע (ארצי) נא/3-8 מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65 (1992) (צורך בהרמת משאות במשקל של 50 ק"ג אינו מצדיק פתיחה של התפקיד למועמדים גברים בלבד, גם אם סביר מבחינה סטטיסטית שהעבודה מתאימה יותר לגברים); למעשה, נקבע במשתמע כי האמצעי שפגיעתו מינימלית הוא בדיקת כל מועמד באופן יחידני).

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, 111 [1999] 3 S.C.R. 3, par. 54.

את היקף משרתה היווה אפליה על בסיס מין, שכן השיקולים העסקיים שהציג המעביד לסירובו לא עמדו במבחני המידתיות.<sup>112</sup>

#### 4. ענישה משמעתית ושליטת פיצויי פיטורים

עובד במגזר הציבורי שעובר עבירה משמעת מועמד לדין משמעת. כיצד נקבע העונש לעובד שנמצא אשם? במידה רבה לפי עקרון המידתיות. אכן, לעיתים ניתן למצוא בפסיקה אזכור מפורש לעקרון המידתיות בהקשר זה, אם כי באופן נדיר למדי.<sup>113</sup> אולם גם בהעדר אזכור כזה, דומה כי בית-המשפט מיישם, הלכה למעשה, את מבחני המידתיות השני והשלישי. בהתאם למבחן האמצעי המינימלי, יש לקבוע את העונש המינימלי (בפסיקה מעדיפים את המונח "הולם") שיוכל להשיג את מטרות הענישה (שמירת טוהר השירות הציבורי, הרתעה וכיוצא בזה).<sup>114</sup> בהתאם למבחן המידתיות במובן הצר, יש לאזן בין חשיבותן של המטרות לבין הנזק שייגרם לעובד המסוים, כלומר, יש להביא בחשבון את נסיבותיו האישיות-המשפחתיות, את סיכוייו למצוא עבודה חלופית וכיוצא בזה.<sup>115</sup> מבחנים דומים מיושמים הלכה למעשה גם בהחלטות הנוגעות בהשעיה.<sup>116</sup> כך בהליכים פורמליים שמתנהלים במגזר הציבורי, אולם גם במגזר הפרטי הלא-מאורגן

- 112 Hardys & Hansons Plc v. Lax, [2005] EWCA Civ 846 (7 July 2005). לשימוש במבחני המידתיות במדינות נוספות ראו: Evelyn Ellis, *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 165 (Evelyn Ellis ed., 1999); JEFF KENNER, EU EMPLOYMENT LAW: FROM ROME TO AMSTERDAM AND BEYOND 413 (2003). ראו גם שימוש במבחן של מידתיות בארצות-הברית בהקשר של שוויון לאנשים עם מוגבלויות: Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin., 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995) (Judge Posner). לדיון בפסק-דין זה ראו: Cass R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms*, U. CHIC. L. REV. (forthcoming), available at [ssrn.com/abstract=959712](http://ssrn.com/abstract=959712).
- 113 ראו עש"מ 7641/98 נוימן נ' מדינת ישראל, פס' 4 (לא פורסם, 7.2.1999); ער"מ 6494/00 חזי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נד(5) 101, 109 (2000).
- 114 ראו, למשל, שם, בעמ' 106 (דיון בתכליתם של דיני המשמעת בשירות הציבורי) וכן בעמ' 109 (קביעת העונש תוך התייחסות לאותה תכלית); עש"מ 7778/00 ועקנין נ' נציב שירות המדינה (לא פורסם, 5.12.2000).
- 115 לעריכת איוון מעין זה הלכה למעשה ראו, למשל, עש"מ 309/01 זרזור נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נה(2) 830 (2001); עש"מ 10250/01 מוכתרי נ' נציבות שירות המדינה (טרם פורסם, 10.2.2002). על האופן שבו מעסיקים במגזר המאורגן עורכים בעצמם איוון דומה ראו מרדכי מירוני "הענישה כאמצעי לאכיפת משמעת בעבודה" שנתון משפט העבודה ג 111 (1992).
- 116 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) לג-32-3 יכין - מדינת ישראל, פד"ע ד 428, פס' 6-7 (1973); דב"ע (ארצי) נא-4-23 מועצת פועלי ירושלים - מדינת ישראל, פד"ע כג 158 (1991).



עשויה לחול מערכת דינים דומה. הדיון בהפרות משמעת מתעורר בדרך-כלל כאשר עובד שפוטר תובע פיצויי פיטורים, ואילו המעביד טוען לנסיבות שבהן הייתה הצדקה לשלילת הפיצויים. חוק פיצויי פיטורים מתיר שלילת פיצויים (באופן מלא או חלקי) כאשר הסכם קיבוצי שחל על העובד או שקיים באותו ענף מאפשר זאת, ובהעדר הסכם כזה – על-פי שיקול-דעתו של בית-הדין, אשר מנחה את עצמו על-פי ההסכם הקיבוצי העיקרי במשק.<sup>117</sup> הקביעה איזו התנהגות הינה בלתי-ראויה עד כדי כך שהיא מצדיקה לא רק פיטורים אלא גם שלילת פיצויי פיטורים הינה מטבע הדברים קביעה שפתוחה לשיקול-דעת רחב. לא תמיד הצליחו בתי-הדין לקבוע קווים מנחים ברורים ועקביים מספיק לעניין זה, ועל כך נמתחה עליהם ביקורת.<sup>118</sup> אולם דומה כי גם בהקשר זה יש ניצנים לשימוש בעקרון המידתיות; לאחרונה אוזכר העיקרון בהקשר של שלילת פיצויי פיטורים.<sup>119</sup> גם במדינות אחרות ניתן למצוא פנייה לעקרון המידתיות לצורך ביקורת על המעביד בענייני ענישה משמעתית ושליילת פיצויים.<sup>120</sup> עם זאת, בשלב זה טרם נעשה בהקשר זה יישום אמיתי של מבחני המידתיות בפסיקתם של בתי-הדין לעבודה, מעבר לאזכור חולף שדומה כי לא היה בו כדי להשפיע על דרך הניתוח או על התוצאה.

## 5. פרטיות במקום העבודה

טענות מצד עובדים על פגיעה בפרטיותם מתעוררות – או עשויות להתעורר – בכמה הקשרים. הפרטיות עשויה להיפגע בראש ובראשונה עקב פעולות מצד המעביד שנועדו לפיקוח על העבודה. אם בעבר מפקח מטעם המעביד נכח בדרך-כלל במקום העבודה, והפיקוח היה גלוי, כיום אמצעים טכנולוגיים מאפשרים פיקוח עקיף וסמוי יותר. מצלמות במקום העבודה, הקלטת שיחות טלפון, בדיקת תכתובת דואר אלקטרוני או מעקב אלקטרוני אחר כל פעילות של העובד במחשב – כל אלה מספקים כיום למעבידים אפשרויות מגוונות לפיקוח, אשר עשויות להניב מידע לא רק על העבודה גרידא.<sup>121</sup> ניתן אומנם לטעון כי

117 ס' 16 ו-17 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.

118 ראו, למשל, דפנה שמואלביץ' "הגונב ממעביד – פטור?" המשפט ג 207 (1996).

119 ד"מ (אזורי ב"ש) 1034/02 קארין – לקסן ישראל בע"מ (טרם פורסם, 15.6.2003). ראו גם, בהקשרים דומים, ע"ע (ארצי) 276/99 שולר – עיריית באר-שבע, פד"ע לו 193 (2002) (שם קבעה סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין כי החלטה בעניין שלילת הזכות לגמלה צריכה להיות מידתית); ע"ע (ארצי) 1271/02 דדון – מטבחי זיו תעשיות (1990) בע"מ (טרם פורסם, 26.2.2004) (ציטוט ללא התנגדות של פסק-הדין של בית-הדין האזורי שלפיו החלטה על השעיית עובד צריכה להיעשות במידתיות).

120 ראו: ALEXANDRE BERENSTEIN & PASCAL MAHON, LABOUR LAW IN SWITZERLAND 89–90 (2001) (שווייץ); McKinley v. BC Tel, [2001] 2 S.C.R. 161, par. 53 (קנדה).

121 לפירוט אמצעי פיקוח טכנולוגיים ראו תלמידי הסדנה הרב-תחומית במשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה פרטיות בסביבה הדיגיטלית 140 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2005). מן העבר האחר, יש גם פתח רחב בהרבה להשתמטות של

אין לעובד זכות לפרטיות בשטח השייך למעביד או בתחום הזמן שבו הוא מעמיד את עצמו (בהתאם לחוזה העבודה) לרשות המעביד. אולם טענה כזו, המבקשת להישען באופן דווקני על טיעונים מוחלטים מתחומי הקניין והחוזים, מתעלמת מהמציאות של יחסי עבודה. אי-אפשר לצפות מעובד, אשר נמצא רוב שעות היום במקום העבודה, לוותר כליל על זכותו לפרטיות במסגרת זו. אין צורך לומר כי עובד זכאי לגשת לשירותים בזמן העבודה<sup>122</sup> ולפרטיות בזמן שהייתו שם. גם אין זה סביר שעובד לא יוכל, לכל-הפחות, לשוחח במידת הצורך שיחה קצרה בטלפון עם בני משפחתו או לשוחח בפרטיות עם חבריו לעבודה בזמן ההפסקה. ניתן אף להניח שברוב מקומות העבודה, כחלק מההסכמה המשתמעת בין העובדים למעבידיהם, העובדים רשאים להשתמש בדואר האלקטרוני או באינטרנט לצרכים פרטיים, במידה סבירה. למעבידים, מצידם, יש אינטרס לגיטימי לפקח על העבודה. השאלה היא, על-כן, מהם גבולות הפיקוח כאשר הוא כרוך בפגיעה בפרטיות.<sup>123</sup>

עד כה לא הודמן כמעט לבתי-הדין להכריע בסוגיות מעין אלה. אולם לפחות במקרה אחד, שבו התעוררה במישרין ההתנגשות בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס של המעביד לפקח, יישם בית-הדין האזורי הלכה למעשה את מבחני המידתיות, גם אם ללא אזכור מפורש של העיקרון.<sup>124</sup> באותו מקרה השתמש המעביד במצלמות נסתרות כדי לפקח על העובדים בחנותו. נפסק כי "התקנת מצלמות בחנות כצעד מניעתי היא לדעתנו כלי ניהולי לגיטימי בתנאי שהיקף הצילומים ומשכם קשור להתנהלות העסק והעובד יודע מראש שהוא חשוף לצילום במקום עבודתו"<sup>125</sup>; משמע, למעשה, שהיה אפשר להשיג אותה מטרה ניהולית גם עם הודעה מוקדמת לעובדים, שהייתה מפחיתה את הפגיעה בפרטיות (מבחן האמצעי

עובדים. קשה יותר לפקח על עובד שמספק שירותים, כפרט באמצעות מחשב, בהשוואה לפועל במפעל ייצור. דומה שבויכוח הוותיק בין הכלכלנים הנאו-קלאסיים, הרואים כל עובד כמחכה להודמנות להשתמש (ראו, למשל: Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 Am. Econ. Rev. 777 (1972)), לבין מרקסיסטים, הסבורים כי הפיקוח על עובדים אינו אלא מכשיר להשגת כוח בעבור בעלי ההון (ראו, למשל: Stephen A. Marglin, *What Do Bosses Do? The Origins and Functions of Hierarchy in Capitalist Production*, 6(2) Rev. Radical Pol. Econ. 60 (1974)) – שני הצדדים יתחזקו בעמדותיהם. בעידן המקוון יש הודמנויות רבות יותר להתחמק מעבודה, וגם אפשרויות רבות יותר לפקח ולשלוט. המציאות, בעיניי, מורכבת יותר. בשתי הגישות טמון גרעין של אמת, ועם זאת שתיהן קיצוניות מדי בתפיסת המציאות.

122 הגשמת זכות זו אינה כה טריוויאלית. ראו: Marc Linder & Ingrid Nygaard, *Void Where Prohibited: Rest Breaks and the Right to Urinate on Company Time* (1998).

123 מבחינת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, השאלה היא אם הפגיעה נעשתה "לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע" (ס' 18(2)(ג) לחוק) או "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה... מקצועית לעשותה" (ס' 18(2)(ב) לחוק) או "תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל" (ס' 18(2)(ד) לחוק).

124 ד"מ (אזורי ת"א) 2734/00 אייזנר – ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ, פד"ע לט, נא (2001).

125 שם, בעמ' נג (ההדגשה שלי – ג' ד').

המינימלי). נוסף על כך עמד בית-הדין על הצורך לאזן בין זכותו של המעביד לשנות את דרך העבודה וצורתה לבין זכותם של העובדים לפרטיות (למעשה, מבחן המידתיות השלישי).

טענות על פגיעה בפרטיות עשויות להתעורר גם בהקשר של בדיקות או בחינות שמעביד מחייב את עובדו לעבור. כך במקרה של בדיקות רפואיות, כאשר יש חשש שמצבו הבריאותי של העובד אינו תקין באופן שפוגע באיכות עבודתו;<sup>126</sup> כך כאשר מעביד מבקש לערוך בדיקות שימוש בסמים או אלכוהול, כדי לוודא שהעובדים אינם משתמשים באלה באופן שפוגע בעבודה או בבטיחות;<sup>127</sup> וכך גם במקרה של מבדקים אישיים-פסיכולוגיים שעובד מתבקש לעבור כתנאי לקבלתו לעבודה או כתנאי לקידומו.<sup>128</sup> בהעדר הסדר חוקי כלשהו בישראל, בתי-הדין נדרשים למצוא גם בהקשר זה את הדרך לאזן בין הזכות לפרטיות לבין האינטרסים הלגיטימיים של המעביד. פסק-הדין בעניין אוניברסיטת תל-אביב<sup>129</sup> הוא פסק-הדין המרכזי שניתן עד כה בנושא זה. באותו עניין עמדו על הפרק מבחני התאמה שהונהגו באוניברסיטת תל-אביב, למגינת-ליבם של נציגי העובדים, במסגרת מכרזים פנימיים לתפקידים באוניברסיטה. הנשיא אדלר החיל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על האוניברסיטה במישרין, ובחן בהתאם אם ההסדר – אשר פוגע בזכות החוקתית לפרטיות<sup>130</sup> – עומד במבחני המידתיות. הוא הגיע למסקנה כי ניתן להשתמש במבחני התאמה, ובלבד שהם רלוונטיים לתפקיד ועומדים בתנאים של תקפות ומהימנות, ושהתוצאות ישמשו רק למטרה שלשמה יועדו ויישמרו בסודיות. בהליך-המשך, שבמסגרתו נבחנו הכללים המעודכנים שאימצה האוניברסיטה בעניין מבחני התאמה, עמדה סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין על שלושת מבחני המידתיות.<sup>131</sup> לגישתה, מבחנים אלה מתאימים לעריכת האזון בין האינטרס הלגיטימי של המעביד לבין הזכות לפרטיות, ומדבריה משתמע כי מבחנים אלה מתאימים גם במגזר הפרטי (כאשר חוק-היסוד אינו חל במישרין). למעשה, סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין היא היחידה שביקשה להחיל את עקרון המידתיות באופן

126 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/169-3 הסתדרות עובדי המדינה – מדינת ישראל, פד"ע כא 38 (1989). כן ראו מ' גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" עבודה, חברה ומשפט ט 85 (2002); ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר חלק ג 775 (אהרן ברק יו"ר המערכת, 2003).

127 במדינות אחדות הוסדר נושא אחרון זה בחקיקה, אשר קובעת את הנסיבות שבהן בדיקות מעין אלה מותרות. ראו, למשל: CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, POLICY ON ALCOHOL AND DRUG TESTING (2002), [www.chrc-ccdp.ca/pdf/poldrgalceng.pdf](http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/poldrgalceng.pdf), הדין במדינות לגבי אופן יישומו של ה-6 H Canadian Human Rights Act, 1985 R.S.C., ch. H-6 בהקשר זה.

128 עניין אוניברסיטת תל-אביב, לעיל ה"ש 39.

129 שם.

130 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

131 עס"ק (ארצי) 8/99 ההסתדרות הכללית החדשה – אוניברסיטת תל-אביב, פד"ע לט 791 (2004).

גורף בהקשר זה. שאר השופטים לא התייחסו כלל לאפשרות זו עד כה.<sup>132</sup> יצוין כי מבחני המידתיות משמשים לקביעת הגבולות של הפגיעה בפרטיות בעבודה ברבות ממדינות אירופה וכן במדינות נוספות,<sup>133</sup> ואף אומצו על-ידי ארגון העבודה הבין-לאומי.<sup>134</sup>

## 6. הפררוגטיבה של המעביד

המידתיות היא, כאמור, מכשיר משפטי המסייע בקביעת גבולות השימוש בכוח. לכאורה, על-כן, המידתיות רלוונטית במיוחד כאשר בית-הדין נדרש להציב גבולות לשימוש ב"פררוגטיבה של המעביד" – אותו מתחם של שיקול-דעת ניהולי, פרי פיתוחה של הפסיקה, אשר מאפשר עריכת שינויים הנוגעים בעובד מבלי שהדבר ייחשב להפרה של חוזה העבודה.<sup>135</sup> מבחינה עיונית יש להבין את הפררוגטיבה כ"סעיף-סל" משתמע בתוך חוזה העבודה, שעל-פיו העובדים מסכימים להכפיף את עצמם, בגבולות מסוימים, להוראות המעביד, לרבות קבלת שינויים במקום העבודה אשר מתחייבים מניהול העסק, לפי שיקול-דעתו של המעביד. מאחר שמדובר בחוזה יחס ארוך-טווח, ולנוכח הצרכים המשתנים של כל עסק, דומה כי קיומו של סעיף מעין זה הוא בלתי-נמנע.<sup>136</sup> אולם ברור

132 אולם ראו וירט-ליבנה, לעיל ה"ש 126, בעמ' 800, 816 (אשר תומכת לכאורה, אם כי לא במפורש, באותה עמדה).

133 Christophe Vigneau, *Information Technology and Workers' Privacy: Regulatory Techniques*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 505, 508–511 (2001); Catherine Delbar, Marinette Mormont & Marie Schots, *New Technology and Respect for Privacy at the Workplace*, EUR. INDUS. REL. OBSERVATORY (2003), [www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/07/study/tn0307101s.html](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/07/study/tn0307101s.html); Christophe Vigneau, *Information Technology and Workers' Privacy: The French Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 351 (2001); Salvador del Rey Guanter, *New Technologies and Labor Relations in Spain: Some General Issues*, 24 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 243 (2002); Taufan C.B. Homan, *The Netherlands*, in EMPLOYMENT PRIVACY LAW IN THE EUROPEAN UNION: SURVEILLANCE AND MONITORING 173, 188–189 (Frank Hendrickx ed., 2002).

134 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE GENEVA, PROTECTION OF WORKERS' PERSONAL DATA sec. 6.14 (1997), available at [www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/english](http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/english).

135 על הפררוגטיבה של המעביד ראו פרנסס רדאי "שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה – היתר, איסור, או שביל הזהב?" משפטים יט 47 (1989); רות בן-ישראל "זכות-היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבתר-תעשייתי" עיוני משפט כה 706 (2002); גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החושים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" (צפוי להתפרסם במשפטים).

136 Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L.J. 357 (2002).

כי כוח זה שניתן למעביד טומן בחובו גם פוטנציאל לניצול לרעה. שאלה מכרעת בידי העבודה היא על-כן מהם גבולותיה של אותה פררוגטיבה, שהרי שינוי אשר נכנס לגדרה מותר, והעובד חייב לקבלו, ואילו שינוי אשר חורג מגבולותיה אסור, ומהווה הפרה של החוזה המזכה את העובד בסעדים שונים (למשל, התפטרות בדין מפוטר). בעבר לא נקבעה כל שיטה ברורה לקביעת גבולותיה של הפררוגטיבה, ובתי-הדין הכריעו בסוגיה על בסיס של "כל מקרה לגופו". הנטייה אף הייתה להעניק למעבידים פתח רחב לשינויים. ייעול העסק נתפס כלגיטימי גם כאשר העובדים נאלצו לשאת במחיר ההתייעלות בדרך של פגיעה בתנאי העבודה.<sup>137</sup> אולם בשנים האחרונות מסתמנת מגמה של צמצום בהיקפה של הפררוגטיבה, במידה מסוימת באמצעות החלתו של עקרון המידתיות.

השופטת היחידה אשר החילה באופן ברור וחד-משמעי את עקרון המידתיות לקביעת גבולות הפררוגטיבה היא סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין. כך, למשל, בעניין נהרי,<sup>138</sup> שם נידונה העברתו של עובד ממשמרת לילה למשמרת יום בניגוד לרצונו, ציינה השופטת ברק-אוסוסקין (כאן בדעת מיעוט) כי "אין פררוגטיבה זו מוחלטת. זוהי זכות שיש לעשות בה שימוש בתום-לב... המבחן שלפיו ייקבע אם השינויים שעושה מנהל מפעל במפעלו הם בגדר הפררוגטיבה הניהולית או אם הם חורגים ממנה הוא מבחן הפרופורציונליות".<sup>139</sup> בהמשך היא אף פירטה את שלושת מבחני המידתיות הנוהגים במשפט הציבורי. בפועל לא יישמה השופטת את המבחנים בנפרד, אולם היא הגיעה למסקנה, בשים לב להסתמכותו של העובד על קבלת תוספת משמרת הלילה, כי השינוי חורג מגבולות הפררוגטיבה. גם בעניין בנימין,<sup>140</sup> שם נידונה העברתו של עובד מתפקיד נהגו האישי של נשיא המדינה, סברה השופטת ברק-אוסוסקין, בדעת מיעוט, כי העברת עובד מתפקידו פוגעת בזכויותיו וצריכה לעמוד במבחן המידתיות, וכי ההחלטה במקרה הקונקרטי אינה עומדת במבחן זה.<sup>141</sup> לא ברור באיזו מידה יתר שופטי בית-הדין הארצי מסכימים לרעיון של החלת עקרון המידתיות לקביעת גבולות הפררוגטיבה. בעניין לויין<sup>142</sup> הסכימו השופטים רבינוביץ וארד לפסק-דינה של השופטת ברק-אוסוסקין, שקבע חובת היוועצות של המעביד עם נציגי העובדים קודם לפיטורי-צמצום, על בסיס הצורך לאזן בין זכויות העובדים לבין אלה של המעביד, תוך הבהרה כי "קנה-המידה לאיזון הראוי הוא קנה-המידה של מידתיות".<sup>143</sup>

137 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/2-3 גנני – "אמירים", מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פד"ע יט 419 (1988).

138 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318 (2000).

139 שם, בעמ' 328.

140 ע"ע (ארצי) 701008/98 בנימין – שר האוצר, פד"ע לח 721 (2003).

141 שם, בעמ' 740. אף שבאותו עניין דובר ברשות ציבורית, מדברי השופטת ברק-אוסוסקין עלתה כוונה ברורה להחיל את העיקרון באופן כללי.

142 ע"ע (ארצי) 359/99 לויין – רשות השידור, פד"ע לו 400 (2001) (להלן: עניין לויין).

143 שם, בעמ' 408. ראו גם אלישבע ברק "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג 209 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסף ונחום פינברג עורכים, 2001). כן ראו בש"א (אזורי ב"ש) 1917/03 ועד

ובעניין כרמי,<sup>144</sup> שעסק בהעברתו של עובד מתפקיד ניהולי לתפקיד זוטר יותר, ציינה גם השופטת ארד כי "החלטה ניהולית לעולם תהא כפופה לדרישת הסבירות, המידתיות, תום הלב וההגינות".<sup>145</sup> אולם בשני המקרים דובר למעשה במעבידים ציבוריים, ובניגוד לשופטת ברק-אוסוסקין, אשר הבהירה חד-משמעית כי לגישתה עקרון המידתיות חל גם על מעבידים פרטיים, נמנעו יתר השופטים (עד כה לפחות) מלעשות כן. יצוין כי הסעיף בקוד העבודה הצרפתי הקובע את דרישת המידתיות פורש באופן שמגביל גם החלטות במסגרת הפררוגטיבה הניהולית.<sup>146</sup>

## 7. פיטורים

מבחינתו של העובד הממוצע, ההחלטה הגורלית ביותר שהמעביד יכול לקבל היא החלטה בדבר פיטוריו. עובד המאבד את מקום עבודתו מאבד בכך הן מקור פרנסה והן מקור מרכזי להגשמת צרכים אישיים (פסיכולוגיים וחברתיים) שונים. ברוב מדינות אירופה החוק קובע על-כן כי אי-אפשר לפטר עובד אלא מ"סיבה מספקת" (just cause), ושורה של מנגנונים באה להבטיח כי מעביד לא יפטר עובד באופן שרירותי, אך זאת מבלי לפגוע באפשרות לפטר מסיבות של אי-התאמה, הפרות משמעת או צמצומים.<sup>147</sup> בישראל, לעומת זאת, נקודת המוצא היא זו אשר מקובלת בארצות-הברית, ולפיה מעביד רשאי לפטר עובד מכל סיבה שהיא ("employment at will"), למעט סיבות שנאסרו במפורש בחוק, בהסכם או בפסיקה.<sup>148</sup>

- 
- העובדים של חברת שירותי תחבורה ציבוריים בבאר-שבע בע"מ – חברת שירותי תחבורה ציבוריים בבאר-שבע בע"מ (טרם פורסם, 10.9.2003).
- 144 ע"ע (ארצי) 1159/01 כרמי – מדינת ישראל, מינהל המחקר החקלאי (טרם פורסם, 5.11.2002).
- 145 שם, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארד. כן ראו עב' (אזורי ת"א) 7837/03 אמיגה – עיריית רמת השרון (טרם פורסם, 22.2.2004).
- 146 כך, למשל, בהקשר של העברת עובד ממקום למקום ובהקשר של קביעת קוד לבוש לעובדים. ראו: Pascal Lokiec, *The Framework of French Labour Law and Recent Trends in Regulation* (March 2004) (paper presented at the "Comparative Labour Law Seminar", Tokyo), [www.jil.go.jp/english/events\\_and\\_information/documents/clls04\\_lokiec1.pdf](http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_lokiec1.pdf).
- 147 ראו, למשל: Employment Rights Act, 1996, c. 18, §94 (Eng.). לסקירת החקיקה באירופה ראו: Klaus Schömann, Ralf Rogowski & Thomas Kruppe, *Labour Market Efficiency in the European Union: Employment Protection and Fixed-Term Contracts* ch. 3 (1998).
- 148 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) לו/33-3 וינשטיין – אל-על נתיבי אויר לישראל, פד"ע ה 44 (1976); בר"ע (ארצי) 164/99 סגל – רשות העתיקות, פד"ע לד 222 (1999). למקורו של הכלל בארצות-הברית ראו: Payne v. Western & Atlantic Railroad Co., 81 Tenn. 507.

בשנים האחרונות הרחיב בית-הדין הארצי את ההגבלות לגבי פיטורים מכוח הפסיקה,<sup>149</sup> אולם לא חל שינוי בכלל הבסיסי. סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין היא היחידה בבית-הדין הארצי אשר ביקשה לשנות את הכלל הבסיסי לכלל של פיטורים מ"סיבה מספקת" בלבד. לגישה, על בית-הדין למנוע פיטורים שרירותיים גם במגזר הפרטי.<sup>150</sup> במסגרת זו היא סבורה גם כי יש לבחון החלטות בדבר פיטורי עובדים מבעד למשקפיים של עקרון המידתיות. אומנם גם שאר השופטים הלכו כבדת-דרך מסוימת בכיוון זה. כך, בעניין לויין הסכימו השופטים רבינוביץ וארד לפסק-דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין, שלפיו מעקרון המידתיות נובעת (בין היתר) חובת היוועצות עם נציגי העובדים קודם לפיטורי-צמצום, וכי חובה זו מוחלת גם על מעבידים פרטיים.<sup>151</sup> במקביל ניכרת נכונות להחיל בקלות יחסית את כללי המשפט הציבורי (לרבות החובה לנהוג במידתיות בהחלטה על פיטורים) על מעבידים פרטיים לכאורה, שבית-הדין מגדיר כ"גופים דו-מהותיים".<sup>152</sup> אולם הנכונות להכפיף מעסיקים במגזר הפרטי לסטנדרט של מידתיות בהקשר של החלטות פיטורים הינה – או לפחות עודנה – דעת יחיד בלבד בבית-הדין הארצי.<sup>153</sup>

#### ד. עקרון המידתיות בדיני העבודה – הדין הראוי

עקרון המידתיות משמש אם כן את בתי-הדין, הלכה למעשה, לפתרון סוגיות בכמה הקשרים בדיני העבודה. האם זו התפתחות ראויה שניתן להצדיקה? ואם כן, האם יש מקום

- 
- (1884), 1884 WL 469 (Tenn.), par. 6 (an employer can terminate the contract "for good cause, for no cause or even for cause morally wrong"). מאז רוכך הכלל בהריגים שונים, אך לא השתנה מיסודו. גם בישראל רוכך הכלל בהדרגה, בין היתר באמצעות הכפפתו לחובת תום-הלב. ראו גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819, 823 (1999).
- 149 ראו, למשל, עניין הורן את ליבוביץ בע"מ, לעיל ה"ש 45 (איסור פיטורים הפוגעים בזכויות חוקתיות – במקרה זה חופש ההתאגדות).
- 150 ע"ע (ארצי) 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנרא (1997) בע"מ – ג'אבר, פד"ע לה 245 (2000); עניין ביבס, לעיל ה"ש 39; ברק, לעיל ה"ש 143.
- 151 עניין לויין, לעיל ה"ש 142. עם זאת, אי-אפשר לייחס להסכמה זו משקל רב, שכן שני השופטים האחרים בהרכב לא הביעו כל התייחסות לדבריה של סגנית הנשיא (אפילו לא "אני מסכים"), והחלת החובה על מעבידים פרטיים נעשתה אגב אורחא.
- 152 ראו לעיל ה"ש 39.
- 153 אך ראו ס"ק (אזורי ת"א) 1070/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, מרחב תל-אביב-יפו – מרכז הספורט הלאומי תל-אביב בע"מ, פד"ע לב, לו (2001) (החלת עקרון המידתיות על פיטורי עובדים בשל פעילות ארגונית; בית-הדין לא ציין כי מדובר בגוף "דו-מהותי", ולא ברור אם הוא הניח כך במשתמע או התכוון להחיל את עקרון המידתיות בלא קשר לכך).

להרחיב עוד יותר את היקף התפרשותם של מבחני המידתיות, כפי שהציעה השופטת ברק-אוסוסקין? תשובה על שאלות אלה מחייבת תחילה התייחסות לשאלת הגבול בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, ולשאלה מתי ניתן לדרוש סטנדרט התנהגות "מוגבר" (דוגמת החובה לנהוג במידתיות) בין פרטים. חלק 1 בפרק זה יוקדש לטיעון שלפיו לעיתים – וכך ביחסי עבודה – יש הצדקה לדרישת התנהגות "מוגברת", בדומה לדרישה המוטלת על רשויות ציבוריות, גם ביחסים בין פרטים. לאחר-מכן אפנה לדון בשאלה אם מבחני המידתיות הם מכשיר משפטי מתאים להסדרת סטנדרט התנהגות כזה ביחסי עבודה (להלן חלק 2), תוך התייחסות גם לחשש מפני פגיעה בזכויות ובאינטרסים לגיטימיים של המעבידים (להלן חלק 3). על בסיס תשתית זו אציע פתרון קונקרטי בדבר היקף תחולתו ואופן הפעלתו של עקרון המידתיות בדיני העבודה, תוך התייחסות נפרדת לכל אחד מההקשרים המשפטיים שאזכרו בפרק הקודם (להלן חלק 4). לבסוף אתייחס בנפרד לשאלה אם יש מקום להחיל את מבחני המידתיות גם לשם הגבלת כוחם של ארגוני העובדים בהקשר של שביתות (להלן חלק 5).

#### 1. הצדקה לסטנדרט התנהגות "מוגבר" ביחסי עבודה

לצורך בחינת השאלה מתי (אם בכלל) ניתן להצדיק דרישת התנהגות "מוגברת" ביחסים בין פרטים, ראוי לפנות תחילה לשאלה מהו הבסיס התיאורטי להטלת דרישה כזו על רשויות המנהל. על כך ניתן להשיב בשתי דרכים שונות. תשובה "צרה" תתמקד בהיותו של המנהל הציבורי "שליח"<sup>154</sup> או "נאמן"<sup>155</sup> של הציבור. אם הממשלה אינה אלא הזרוע הארוכה שלנו, הפועלת מטעמנו בהתאם לסמכויות שאנו (כחברה) קבענו לה, אך טבעי שנוכל לדרוש ממנה סטנדרט התנהגות גבוה. בדומה לכך, אם הממשלה חבה לנו חובת נאמנות, כלומר חייבת לפעול בהתאם לאינטרסים שלנו (כציבור שבחר בה באופן קולקטיבי), אך טבעי שנוכל לדרוש ממנה לא לפגוע בזכויותינו למעלה מן הנדרש. דומה כי די בכך לספק הצדקה חזקה להפעלת דרישת המידתיות במשפט הציבורי. עם זאת, ניתן גם להבין את עקרון המידתיות כנובע מתפיסה רחבה יותר – אשר גם לה ניתן ביטוי בפסיקה – שלפיה כוח יש להפעיל באחריות.<sup>156</sup> אכן, ככל שהתרחבו, במהלך המאה העשרים, תפקידי ותחומי התפרשותה של המדינה, הלך והתעצם כוחן של הרשויות, ובמקביל גבר הצורך בביקורת שיפוטית על הפעלתו של כוח זה.<sup>157</sup> אולם האם רק כוח שהוענק במישורין על-ידי הציבור (באמצעות המחוקק) צריך להיות מוכפף לדרישה כזו? לדעתי יש מקום להבין את הדרישה כדרישה כללית דווקא, משני טעמים עיקריים.

154 ראו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 51 (1996).

155 שם, בעמ' 35. ראו, למשל, בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 346 (1998) (הנשיא ברק).

156 ראו, למשל, בג"ץ 1065/89 גולני נ' הממונה על מחוז המרכז במשרד הפנים, פ"ד מה(1) 441, פס' 12 (1991); בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1995). ראו גם לעיל ה"ש 4.

157 ראו, למשל, Emiliou, לעיל ה"ש 6, פרק 1.



ראשית, כוח אינו נוצר בחלל ריק, הוא יכול לנבוע ישירות מדבר חקיקה או להתגבש בדרכי "השוק החופשי". אבל בכל מקרה הוא נסמך על מערכות המדינה. גם אדם שצבר כוח באמצעות עסקות כלכליות מסתמך על חוקי הקניין, חוקי התאגידים וכיוצא בזה, וכן על מערכות החוק השונות, דוגמת המשטרה, מערכת רישום המקרקעין ועוד.<sup>158</sup> ללא מערכות תומכות אלה לא יוכל כוחו להתקיים. לכן יש הצדקה מלאה להכפיף כוח זה לדרישות שונות בנוגע לדרך הפעלתו.<sup>159</sup>

שנית, גם ללא קשר למקור הכוח, לחברה יש אינטרס ברור להבטיח רמת התנהגות מסוימת של חבריה. התפיסה כי יש הבחנה חדה בין ה"ציבורי" ל"פרטי", כאשר בתחום הפרטי כל איש הישר בעיניו יעשה, כבר מוזמן אינה מקובלת.<sup>160</sup> הבחנה חדה כזו עלולה לשמש כסיוי והכשר להתנהגות שאינה ראויה בתחום ה"פרטי", ולשרת את בעלי הכוח, שנהנים למעשה מחסינות בתחום זה.<sup>161</sup> יש להיזהר על-כן מפני תפיסה דיכוטומית שלפיה בתחום הפרטי לא חלות דרישות התנהגות "מוגברות". ודוק: מובן כי אין משמעות הדבר שיש הצדקה לדרוש מכל פרט להתנהג באופן אלטרואיסטי, ולחייב זאת מבחינה משפטית. יש בהחלט היגיון מסוים בהבחנה (שאינה חדה) בין הפרטי לציבורי, ככל שהבחנה זו באה להצביע על כך שרמת ההתנהגות הנדרשת מרשויות ציבוריות היא גבוהה תמיד. הטענה היא רק שניתן לדרוש רמת התנהגות "מוגברת" גם במגזר הפרטי, בנסיבות ספציפיות שמצדיקות זאת, ואין בהבחנה בין הפרטי לציבורי כדי למנוע זאת.

אכן, כבר נפסק כי "העיקרון הכללי במשפטנו המזווג כוח עם אחריות... מוחל על כל ענפי המשפט",<sup>162</sup> לרבות המשפט הפרטי.<sup>163</sup> רמת התנהגות "מוגברת" ביחסים בין

158 ראו גיא דוידוב "נציגות עובדים במועצות מנהלים: מודל מוצע" ספר מנחם גולדברג (2001) (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001) והאסמכתות שם.

159 ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 56 (2005).

160 ראו, למשל, ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992) (השופט ברק, כתוארו אז); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995).

161 ראו, למשל: Karl E. Klare, *The Public/Private Distinction in Labor Law*, 130 U. Pa. L. Rev. 1358 (1982); Frances Olsen, *Constitutional Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction*, 10 CONST. COMMENT. 319 (1993).

162 עניין כהן, לעיל ה"ש 156, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא שמגר. ראו גם עניין מפעלי רכב אשדוד, לעיל ה"ש 59, בעמ' 195-196 ("כל כוח בלתי מבוקר סופו שימוש לרעה בזכות").

163 ראו, למשל, ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277-279 (1984) (הטלת אחריות על מנהלים בחברה על בסיס עקרון אֵמון שיש לו "תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו" (שם, פס' 48 לפסק-דינו של השופט ברק, כתוארו אז)). על זהות הערכים שביסוד המשפט הציבורי והמשפט הפרטי ראו: Dawn Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide* (1999).

פרטים כבר נדרשת לפי הדין הקיים בשורה ארוכה של נסיבות, שאף הולכת ומתרחבת.<sup>164</sup> כך, למשל, מוטלת חובה על צדדים לחוזה לנהוג בתום-לב זה עם זה;<sup>165</sup> מוטלת חובה על בעל מקרקעין לא לעשות בהם שימוש שיזיק לאחרים;<sup>166</sup> בשורה של נסיבות מוטלת חובת זהירות מיוחדת על פרטים לא לגרום נזק לאחרים;<sup>167</sup> מוטל איסור הפליה בכניסה למקומות המיועדים לשימוש הציבור (גם בבעלות פרטית) ובהספקת מוצרים ושירותים;<sup>168</sup> וכיוצא בזה. המשותף לכל אלה הוא קיומם של יחסי קרבה – רצוניים או כפויים – בין הפרטים. אין מדובר בפרטים שזרים זה לזה, שאז דרישות הדין מהם פחותות (ובצדק), אלא בסוגים שונים של קרבה (במידה כזו או אחרת) המחייבים רמת התנהגות גבוהה יותר.<sup>169</sup> חובת התנהגות "מוגברת" זו אף מוצאת לעיתים ביטוי קונקרטי בדרישות הדומות לדרישת המידתיות. כך, למשל, צו מניעה נגד התנהגות המהווה עוולה נזיקית ניתן על בסיס "מאזן הנוחות" – מבחן הדומה למבחן המידתיות במובן הצר;<sup>170</sup> ופגיעה בפרטיות לא תוכל ליהנות

164 "במשך השנים השתנתה התפיסה באשר ליחסים הראויים בין פרטים. התפתחה התפיסה כי אין זה ראוי, כי ביחסים בין פרטים ישרור העיקרון של 'יזהר הקונה'; אין זה ראוי לאפשר לכל פרט להגשים את רצונו שלו בלא להתחשב ברעהו, שעמו הוא בא במגע. הורגש הצורך להעלות את רף ההתנהגות הראויה בין פרטים ביחסיהם ההדדיים. במשפט הפרטי התפתחה תפיסה של סולידריות חברתית ושל צדק חברתי..." (עניין קונטרם בע"מ, לעיל ה"ש 155, בעמ' 348 (הנשיא ברק)).

165 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לדרישה זו יש מעמד על במשפט הישראלי. ראו, למשל, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (בעיקר פסק-דינו של הנשיא ברק); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 297, 289 (2002).

166 ס' 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. ראו גם עניין רוקר, שם.  
167 ראו, למשל, ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802 (1993) (חובתו של מורה כלפי תלמיד); ע"פ 214/69 אבן-צור נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 686 (1969) (חובתו של נהג כלפי הנוסעים ברכבו); ע"פ 180/61 אלפרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1416 (1962) (חובתו של רופא כלפי חולה); ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999) (חובתו של הורה כלפי ילדו).

168 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

169 יצוין עוד כי על-פי פסיקה חדשה יחסית מוטלת על בעל קניין החובה להשתמש בו תוך גילוי אחריות חברתית, דהיינו, מוטלות עליו חובות כלפי הציבור הרחב או החברה בכללותה ("לבעל הקניין מחויבות חברתית... לשרת את האינטרס של טובת הציבור" (ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 937 (2002) (הנשיא ברק)); אומץ בדעת הרוב בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004)). ראו גם דגן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 51-65. אולם אין בכך כדי ליצור רמת התנהגות "מוגברת" ביחסים בין פרטים זרים.

170 ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 616-617 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).

מהגנה אם נעשתה "במידה גדולה משהיתה נחוצה באופן סביר" לצורך ההגנה על עניין לגיטימי של הפוגע.<sup>171</sup>

אם כך בנסיבות שונות במסגרת המשפט הפרטי בכללותו, אזי בתחום דיני העבודה על אחת כמה וכמה. יחסי עבודה מהווים דוגמה פרדיגמטית ל"חוזה יחס".<sup>172</sup> הם אישיים, ארוכי-טווח, מורכבים, מערבים השקעות לטווח ארוך של שני הצדדים, מבוססים על אמון, חשובים לעובד מבחינה אישית וחברתית, ונוגעים בחלק משמעותי מחייו הן מבחינה כמותית והן מבחינה מהותית.<sup>173</sup> בגלל הקונפליקט הבסיסי בין העובד למעבידו – הן בנוגע לגובה השכר ושאר התנאים, הן בנוגע לאופן ביצוע העבודה והן בנוגע לחלוקת המשימות בין העובדים – מדובר ביחסים המתאפיינים במאבקי כוח תכופים. בדרך-כלל המעביד יכול להכריע במאבק לטובתו בזכות כוחו העדיף, שכן רוב העובדים סובלים מנחיתות מובנית ביחסים.<sup>174</sup> מדובר אם כן ביחסים שלחברה יש אינטרס מיוחד להסדיר. אופי היחסים יוצר פוטנציאל גבוה יחסית לשימוש לרעה בכוח, ושימוש לרעה כזה כרוך במחיר כבד במיוחד הן מבחינת הפרט והן מבחינת החברה בכללותה. בנסיבות אלה יש הצדקה מלאה לדרוש ממעבידים כי יפעילו את כוחם באחריות.

אם באופן כללי ניתן להצדיק דרישת התנהגות "מוגברת" ממעבידים כלפי עובדיהם, אזי באופן ספציפי יותר הצדקה זו מתחזקת כאשר מדובר בפגיעה בזכויות-יסוד חוקתיות. החלטות של מעביד עלולות לפגוע בכבוד האדם של העובד, בקניינו, בפרטיותו ובזכויות-

ראו גם את גישתו של השופט אנגלרד בקשר ליישומו של ס' 14 לחוק המקרקעין – גישה המגבילה את האפשרות לעשות שימוש בזכות במקרקעין כאשר מתקיים "חוסר איזון אובייקטיבי בין התועלת המופקת לבעל הזכות לבין הנוק הנגרם לזולת" (עניין רוקר, לעיל ה"ש 165, פס' 16 לפסק-דינו של השופט אנגלרד).

171 ס' 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

172 על חוזה יחס ראו: IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980). לאימוץ גישה זו בפסיקת בתי-הדין ראו עניין נהרי, לעיל ה"ש 138; ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי – בית התפוצות על שם נחום גולדמן, פד"ע לז 311 (2002); עניין גירית בע"מ, לעיל ה"ש 100, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת ארד. כן ראו: Guy Mundlak, *Generic or Sui-generis Law of Employment Contracts?* 16 INT'L J. (2000) 309; ROTH בן-ישראל דיני עבודה כרך ב 536 (2002). להתייחסות מיוחדת לחוזה יחס בפסיקה בהקשרים שמחוץ לדיני העבודה ראו, למשל, רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) (חוזה בין דיירת לבין בית-אבות כחוזה יחס, וביטול תניה מקפחת בו).

173 ראו גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

174 על אי-השוויון בכוח המיקוח ראו: Guy Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as a Viable (Though Over-Used) Legal Concept, in BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK* 133 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006).

יסוד אחרות. אומנם, לפי תפיסה שמרנית אין משמעות לזכויות אדם אלא אל מול המדינה. אולם, כאמור לעיל, כוח מצוי כיום במידה רבה בידי תאגידים פרטיים דווקא, ומוענק להם במידה כזו או אחרת על-ידי החברה. בהתאם מתחזקת בשנים האחרונות המגמה לתת משמעות לזכויות אדם גם בתחומי המשפט הפרטי.<sup>175</sup> מובן שלא הרי חובתה של המדינה כלפי אזרחיה, מבחינת כיבוד זכויות אדם, כחובתו של מעביד במגזר הפרטי כלפי עובדיו. אולם התפיסה המקובלת כיום בישראל היא כי זכויות חוקתיות "מחלחלות" למשפט הפרטי באמצעות מושגי-שסתום כגון "תום-לב". אהרן ברק החל לקדם תפיסה זו מייד לאחר "המהפכה החוקתית",<sup>176</sup> והצליח להביא לידי השרשתה בפסיקה.<sup>177</sup>

אומנם, תפיסה זו אינה חפה מביקורת. מכיוון אחד הביעה פרנסס רדאי חשש שהחדרת זכויות חוקתיות למשפט הפרטי תחזק דווקא את בעלי הקניין החזקים ממילא, והציעה

- 175 לקריאה להחלת עקרונות של משפט ציבורי על יחסי העבודה גם במגזר הפרטי, ראו: G. Ganz, *Public Law Principles Applicable to Dismissal from Employment*, 30 Mod. L. REV. 288 (1967); Clyde W. Summers, *The Privatization of Personal Freedoms and Enrichment of Democracy: Some Lessons from Labor Law*, 1986 U. ILL. L. REV. 689, 720. לתמיכה בהחלת מבחני המידתיות במשפט הפרטי ראו: Lorraine E. Weinrib & Ernest J. Weinrib, *Constitutional Values and Private Law in Canada*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 43, 54–61 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). יצוין כי המלומד הקנדי הבולט Hogg מתנגד להחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, בטענה שבתחום זה המחוקקים יכולים לפעול לטובת הצד החלש, ואילו החוקה נועדה למצבים שבהם הפרט זקוק להגנה מפני המחוקקים (PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* par. (34.2(h) (4th ed., 1997)). אולם קשה להשתכנע שקיים שוני עקרוני בין הצורך של הפרט בהגנה מפני מעשה של המחוקק לבין הצורך שלו בהגנה מפני מחדל (הימנעות מחקיקה), בפרט כאשר במידה מסוימת המחוקק הוא אשר מעניק (בצורות שונות) לגורמים במגזר הפרטי את כוחם – אותו כוח שהם עלולים לנצל לשם פגיעה בפרטים אחרים.
- 176 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 653–697 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993). לגרסה מעודכנת מעט של מאמר זה ראו: Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).
- 177 ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 160, בעמ' 530 (השופט ברק, כתוארו אז); עניין טועמה, לעיל ה"ש 97, בעמ' 239; עניין און, לעיל ה"ש 160; ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ (טרם פורסם, 5.9.2005). לגישה מצמצמת בעניין זה, אשר קיים ספק רב לגבי תוקפה כיום, ראו ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989) (דחיית הגישה שלפיה החובה לנהוג בשוויון חלה גם על מכרזים פרטיים, ברוב של שלושה שופטים (אלון, ש' לוי ומלץ) מול שניים (שמגר וברק)). ראו גם דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה' 95, 112 (1999).

"להחדיר" זכויות חוקתיות רק ביחסים המתאפיינים באי־שוויון ממוסד, ולטובת הצד החלש.<sup>178</sup> גישה זו תומכת כמובן בהטלת חובה על מעסיקים לכבד זכויות חוקתיות של עובדיהם. מכיוון אחר החשש הוא כי הכפפת גופים פרטיים לסטנדרטים ציבוריים תפגע באוטונומיה של הפרט וביעילות.<sup>179</sup> חשש זה אינו מופרך, ויש להביאו בחשבון. עם זאת, הוא קיים בכל מקרה של התערבות חקיקתית ו/או שיפוטית בחוזה העבודה, ולא רק כאשר מדובר בהגנה על זכויות חוקתיות. אכן, אתיחס לכך בנפרד להלן, ואציע איזונים שיצמצמו למינימום את הפגיעה בזכויות המעביד וביעילות. בשלב זה מטרתי היא רק להדגיש כי ההצדקה להטלת סטנדרט התנהגות "מוגבר" על המעביד מתחזקת כאשר זה האחרון נוקט צעדים אשר פוגעים בזכויות יסוד חוקתיות של עובדיו.

## 2. הצדקה לשימוש במידתיות כמכשיר להגבלת השימוש בכוח על-ידי המעביד

העובדה שניתן לדרוש ממעבידים להפעיל את כוחם באחריות ולכבד זכויות יסוד במקום העבודה אינה מצדיקה עדיין את הכפפתם למבחני המידתיות דווקא. מאותם טעמים שפורטו בחלק הקודם כבר נקבעה בחקיקה שורה ארוכה של הגבלות לגבי חוזה העבודה ויחסי העבודה. כך, למשל, בהתאם לחקיקת־מגן מפורשת, מעביד אינו רשאי לנצל את כוחו העדיף ולשלם שכר הנמוך משכר־מינימום;<sup>180</sup> הוא אינו רשאי להעסיק עובדים יותר ממספר שעות מרבי;<sup>181</sup> הוא אינו רשאי לפטר ללא הודעה מוקדמת וללא תשלום פיצויי פיטורים;<sup>182</sup> והוא חייב להבטיח שוויון הזדמנויות לכל עובד או מועמד לעבודה,<sup>183</sup> לשלם שכר שווה לנשים ולגברים,<sup>184</sup> להתאים את מקום העבודה לעובדים עם מוגבלויות<sup>185</sup> וכיוצא בזה. בכך קבע המחוקק גבולות לשימוש של מעבידים בכוח. האם אי־אפשר להסתפק בהגבלות שנקבעו כבר בחקיקה? מדוע להוסיף עליהן את דרישת המידתיות? תשובתי נובעת מהמאפיינים המייחדים את חוזה העבודה. החקיקה בתחום העבודה, אף שהיא רבה יחסית, אין בה כדי להסדיר את מלוא ההיבטים של היחסים, ובתנ־הדין נתקלים לעיתים קרובות בשאלות שאין להן תשובה ברורה, לא בחקיקת־המגן ולא בכללי־הרקע

- 178 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).
- 179 לדיון בהצדקות ובמגבלות של החלת סטנדרטים "ציבוריים" בתחומי המשפט הפרטי ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 176; משה כהן־אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003).
- 180 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.
- 181 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.
- 182 חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001; חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.
- 183 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- 184 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.
- 185 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

(דיני החוזים, דיני הקניין וכיוצא בזה).<sup>186</sup> מאחר שמדובר ביחסים ארוכי-טווח ומורכבים, תוכן החוזה משתנה עם הזמן, ויישום דיני החוזים כלשונם יוליד תוצאות שאינן רצויות ואינן סבירות. דיני החוזים גם אינם מתאימים תמיד ל"חוזה יחס".<sup>187</sup> הצורך בשינוי מזמן לזמן מחייב מתן גמישות למעביד, וזו טומנת בחובה פוטנציאל לשימוש לרעה בכוח, ולעיתים אף חשש לפגיעה בזכויות אדם. התוצאה היא שלבית-הדין אין בררה אלא לפתח את הדין ולהוסיף הסדרות שונות ליחסי העבודה בדרך של פסיקה. העוגן המשפטי לכך הוא בדרך-כלל חובת תום-הלב, אשר חלה על הצדדים מכוחו של חוק החוזים.<sup>188</sup> בעבר נפסק כי בשל ייחודיות היחסים, חלה בין הצדדים ליחסי העבודה חובת תום-לב "מוגברת".<sup>189</sup> במקביל נפסק כי עקרונות המשפט המנהלי מתאימים במקרים רבים ליחסי עבודה.<sup>190</sup> בשנים האחרונות נתן בית-הדין תוכן קונקרטי יותר לאמירות אלה. כך, למשל, נפסק כי כל מעביד – גם במגזר הפרטי – חייב לתת לעובד זכות שימוע קודם לפיטורים;<sup>191</sup> כי מעביד חייב להיוועץ עם נציגות העובדים קודם לעריכת שינויים במפעל שישליכו על תנאי העבודה,<sup>192</sup> ולעיתים אף חייב לנהל עימה משא-ומתן;<sup>193</sup> כי מעביד חייב לחשוף מידע על

- 186 ראו, למשל, בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 (1987) (שינוי חוזה עבודה); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004) (זכויות של עובדים בעת חילופי מעבידים).
- 187 David M. Beatty, *Labour is Not a Commodity*, in *STUDIES IN CONTRACT LAW* 313 (Barry J. Reiter & John Swan eds., 1980).
- 188 ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 189 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מב/74-3 ורדי – עיריית נתניה, פד"ע יד 59, 65-66 (1982). ראו גם מנחם גולדברג "תום לב במשפט העבודה" ספר בריניב 139 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים, 1987); אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 499, 505-507 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 190 ראו דב"ע (ארצי) שן/108-3 ליכט – אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פד"ע כב 201, פס' 12 (1990); עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 84, פסק-דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין. ראו גם גולדברג, לעיל ה"ש 38. לתמיכה תיאורטית ראו: Hugh Collins, *Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment*, 15 *INDUS. L.J.* 1 (1986) (הטוען כי יש להבחין בין חוזה העבודה לבין הקוד (code) של המעביד לגבי הניהול היומיומי של המפעל – למעשה הפררוגטיבה – וכי את הקוד הזה יש לבחון לפי מבחנים מהמשפט הציבורי).
- 191 ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ (טרם פורסם, 29.12.2002).
- 192 דב"ע (ארצי) נב/2-4 חברת תרכובות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית, מועצת פועלי באר-שבע, פד"ע כג 456 (1991).
- 193 עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות עובדי המדינה, הוועד הארצי של עובדי מינהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103 (2000) (להלן: עניין עובדי מנהל ומשק).

מצבו הכלכלי של המפעל לפני נציגות העובדים;<sup>194</sup> ועוד. באופן דומה ניתן גם להסביר את הפסיקה, אשר פורטה לעיל, שלפיה בהקשרים מסוימים על המעביד לנהוג במידתיות ביחסים עם עובדיו.

ודוקו: עקרונית ניתן לעגן גם את דרישת המידתיות עצמה בחקיקה. אכן, דרישה כזו ניתן למצוא, כאמור, בקוד העבודה הצרפתי. מן הסתם אף רצוי לעגן דרישה מעין זו בחקיקה, אם כי סבורני שאין מניעה לגזור אותה מחובת תום-הלב, כאמור לעיל. אולם מוקד טענתי לעיל אינו בסוגיה זו, אלא בשאלה אם ניתן להסתפק בחקיקה ספציפית שקובעת הגבלות לגבי הפעלת כוחו של המעביד בהקשרים קונקרטיים, או שמא יש מקום להוסיף (בין בפסיקה ובין בחקיקה) "סעיף-סל" שלפיו הפעלת כוח מצד המעביד תהיה כפופה להגבלות – למשל, באמצעות מבחני המידתיות – גם בתחומים שלא הוסדרו במפורש. הטענה היא שבגלל אופיים המיוחד של יחסי העבודה, כיחסים ארוכי-טווח ומורכבים אשר משתנים עם הזמן, וכן בשים לב לנחיתות היחסית של העובד, יש צורך במכשיר משפטי "פתוח" וכללי אשר יבטיח כי כוחו של המעביד יופעל מתוך אחריות והתחשבות.

כפי שבמשפט הציבורי ניתן להבין את מבחני המידתיות כקונקרטיזציה של מבחן הסבירות, כך בדיני העבודה ניתן להבין את המידתיות כקונקרטיזציה של דרישת תום-הלב. כמו הסבירות, גם חובת תום-הלב ספגה ביקורת דומה, שבמסגרתה הועלה החשש שהשופטים יאכפו סטנדרט התנהגות סובייקטיבי ובלתי-צפוי מראש.<sup>195</sup> אכן, כמו בהקשר של הסבירות, גם בהקשר של תום-הלב עדיף להשתמש ככל האפשר במבחנים קונקרטיים יותר, דוגמת מבחני המידתיות. בה-בעת, מבחן המידתיות הוא מבחן כללי יחסית; להבדיל מחובות קונקרטיות (בין חקוקות, דוגמת החובה לשלם שכר-מינימום, ובין הלכתיות, דוגמת חובת השימוע), אשר מטבע הדברים רלוונטיות רק במספר מוגבל של מצבים, חובת המידתיות קובעת סטנדרט התנהגות אשר רלוונטי למגוון רחב של נסיבות. יש בה כדי לסייע לשופטים בהתמודדות עם מגוון סוגיות שאינן מוסדרות בחקיקה, ואשר מוכנסות כיום תחת המטרייה של חובת תום-הלב. החלת מבחני המידתיות תהפוך אם כן את ההגבלות החלות על מעבידים לקונקרטיות וצפויות יותר. ודוקו: אין הכוונה כי בכל הקשר משפטי נובעת מחובת תום-הלב דרישה לנהוג במידתיות. הטיעון מתייחס להקשר של יחסי העבודה בלבד, שבהם חלה חובת תום-לב "מוגברת" מהטעמים שפורטו לעיל.

בהקשר זה חשוב להדגיש את ההבחנה בין שלושת מבחני המידתיות. שני המבחנים הראשונים אינם אמורים להפריע כלל למעביד להשיג את מטרותיו, שהרי אין בהם התערבות בתכליות, אלא רק התעקשות על שימוש באמצעים רציונליים (שיוכלו לקדם את המטרה) והעדפת האמצעי הפחות-פוגע מבין מגוון האמצעים שיוכלו להשיג אותה מטרה. במידת האפשר עדיף, על-כן, לבסס את הביקורת השיפוטית על מבחנים אלה, ולא על המבחן השלישי, אשר כרוך באיזון בין התועלת שבמטרה לבין המחיר הכרוך בהשגתה. יישום של מבחני המידתיות כסדרם יבטיח כי תחילה תיבדק הרציונליות של בחירת האמצעי, ואם

194 דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק", חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, אגף לאיגוד מקצועי, פד"ע לג 337 (1998).

195 ראו, למשל, ישראל וינבוים בדרך מקובלת ובתום לב 36-38 (2000).

איי-אפשר להשיג את המטרה המבוקשת באמצעים פוגעים פחות. רק כצעד אחרון, במקרים המתאימים, ייערך איזון בין האינטרסים המתנגשים. בכך ייהפך ההליך המשפטי לברור וצפוי יותר, שכן כיום השופטים פונים לעיתים קרובות ישירות לעריכת איזון אינטרסים כולל, שקשה לצפות את תוצאותיו.

חשוב לציין כי על-פי מחקרים אמפיריים, לעובדים חשוב במיוחד קיומו של "צדק פרוצדורלי" ביחסי העבודה.<sup>196</sup> זהו מרכיב מרכזי במה שמכונה על-ידי פסיכולוגים ארגוניים "החווה הפסיכולוגי" בין העובד למעביד – הציפיות ההדדיות (שאינן להן בהכרח תוקף משפטי) בין הצדדים. ציפייה מרכזית של העובדים היא כי ינהגו בהם בהגינות, ולעיתים קרובות הדגש הוא הליכי דווקא, יותר מאשר חלוקת. לשון אחר, אף יותר משיש לעובדים ציפייה לשכר גבוה יותר או לתנאים טובים יותר, יש להם ציפייה שקבלת ההחלטות בעניינם תתבסס על הליכים הוגנים. הפרת ציפייה זו גורמת לאובדן אמון בין הצדדים, ופוגעת בהניעה של העובדים וברמת התפקוד שלהם. בכך יש כדי לחזק את ההצדקה להחלת עקרון המידתיות בשני מובנים: ראשית, יש בכך כדי להעיד כי מבחני המידתיות – אשר מהווים במידה רבה הבטחה להליך הוגן (בפרט שני המבחנים הראשונים) – יקנו לעובדים הגנה, אשר עומדת בראש סדר העדיפויות שלהם; שנית, המחקרים מלמדים כי מבחני המידתיות עשויים לתקן למעשה "כשל שוק", שכן הם עשויים למנוע מעבידים מלשגות בקבלת החלטות לא-הוגנות, אשר יפרו את "החווה הפסיכולוגי" ויפגעו כתוצאה מכך ביעילות העסק.

### 3. החשש מפני פגיעה באוטונומיה של המעביד וביעילות

לכאורה ניתן אם כן להצדיק הכפפת מעבידים למבחני המידתיות, מנקודת-המבט של הצורך בהגנה על העובדים. אולם כלכלנים (ומעבידים) יעלו מן הסתם את החשש כי כפיית החובה לפעול במידתיות תפגע ביעילות העסק, ובכך תוביל אולי גם להגדלת האבטלה ולפגיעה במשק בכללותו. לעניין זה יש להבחין בין יעילות מצרפית (שמביאה בחשבון את ההשלכה על החברה בכללותה) לבין רווחיות העסק של המעביד עצמו, בין שני מבחני המידתיות הראשונים לבין זה האחרון, ובעיקר בין עצם קיומה של החובה לבין הביקורת השיפוטית על יישומה.<sup>197</sup> אתיחס תחילה לעצם קיומה של החובה לנהוג במידתיות (על

KATHERINE V.W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE 196  
CHANGING WORKPLACE ch. 5 (2004).

יצוין כי אינני רואה מקום לדון, בהקשר זה, בטענות שלפיהן חלוקה מחדש במסגרת המשפט הפרטי אינה יעילה (ראו, למשל: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. (1994) 667; יורם מרגליות "האם ניתן להקטין אי-שוויון בהכנסות באמצעות חקיקת מגן?" עבודה, חברה ומשפט ח 191 (2001); כנגד זה ראו: Chris William Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797 (2000). זאת, מכיוון שבדרישת המידתיות אין מדובר בחלוקה מחדש שניתן לערוך באמצעות מערכת המס, אלא בדרישה מהותית ליחס ראוי כלפי העובדים.



שלושת מבחני-המשנה שלה), ואילו העלויות הכרוכות בקיומה של ביקורת שיפוטית על יישומה של חובה זו יידונו להלן בנפרד.

שני מבחני המידתיות הראשונים – ככל שהם מיושמים כהלכה – אינם אמורים לפגוע ביעילות המצרפית כלל; להפך. למעשה גם לא צפויה פגיעה ברווחיות. מעביד שנוקט אמצעים שאינם מקדמים את מטרותיו, או שבוחר אמצעים אשר פוגעים בעובדים למעלה מן הצורך, אינו פועל באופן יעיל. מבחן המידתיות השלישי, לעומת זאת, מעורר קושי רב יותר. אומנם, הוא מחייב עריכת איוון של תועלת מול נזק (cost-benefit analysis), אשר אמור להבטיח את התוצאה היעילה ביותר. עם זאת, יש בו שינוי דרמטי לעומת מצב-הדברים הקיים: תועלתו של המעביד תועמד על מישור אחד עם הנזק לעובד, והמעביד ייאלץ, לטוב ולרע, להפנים את העלויות של צעדיו – את המחיר מבחינתו של העובד.<sup>198</sup> בטווח הקצר עלולה להיות בכך פגיעה ברווחיותו של המעביד, אולם בטווח הארוך הכפפת המעבידים לסטנדרט זה עשויה להוביל להפחתה מסוימת בשכר (או בתנאים אחרים), באופן שיבטל את הפגיעה ברווחיות (אם כי הפחתה מעין זו לא תהיה אפשרית תמיד, בשל חקיקה (דוגמת חוק שכר מינימום) או כשלי שוק). אם תיעשה הפחתת שכר כזו, תהיה בכך לכאורה פגיעה מסוימת ביעילות המצרפית, בשל העובדה שהבחירה של השוק באשר לאופי ה"חבילה" של שכר ותנאים אחרים תוחלף בבחירה שתוכתב לצדדים על-ידי הדין (ותחיל בהכרח את מרכיבי המידתיות על-חשבון מרכיבים אחרים). לשון אחר: מנקודת-מבט כלכלית יהיה זה יעיל יותר לתת לשוק (כלומר, לצדדים עצמם) לבחור אם לכלול בחוזה ביניהם סטנדרט התנהגות "מוגבר" של מידתיות אם לאו. ייתכן, למשל, שהעובד יעדיף לקבל תוספת שכר מאשר להתעקש על הכפפת המעביד לסטנדרט כזה. ברם, ניתן להניח שגם אם תהיה פגיעה כזו ביעילות, היא לא תהיה גבוהה במיוחד, משני טעמים עיקריים. ראשית, כשלי שוק מונעים לעיתים קרובות מהעובד את האפשרות לקבל את חבילת התנאים המועדפת עליו,<sup>199</sup> ולכן ספק רב אם עובד שמעוניין בחובת המידתיות דווקא יוכל לקבל זאת ללא התערבות הדין. למעשה, סביר להניח שעובדים רבים לא יהיו מודעים למשמעותה ולחשיבותה של חובת המידתיות, ולא ישקללו נכון את תועלתה. באותם מקרים כפיית אותה חובה על החוזה בין הצדדים עשויה לתקן את הכשל ולקדם את היעילות.<sup>200</sup> שנית, הדין הקיים (חוקי-המגן והרגולציה המשלימה אותם בפסיקה) כבר מתערב בחבילת התנאים שמגיעה לעובד במידה רבה עד כדי כך שהשפעת התוספת המוצעת צפויה להיות

198 השוו דוידוב, לעיל ה"ש 135.

199 לדיון בכשלי השוק ראו Davidov, לעיל ה"ש 174.

200 הסובלים העיקריים מבעיית "הרציונליות המוגבלת", אשר מונעת אפשרות מעשית "לתמחר" נכונה מספר רב של תניות, הם העובדים. המעבידים, לעומתם, הם בדרך-כלל "שחקנים חוזרים", אשר נהנים מהניסיון שבהתקשרות מול עובדים רבים. השוו: Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003) (אי-אפשר להניח שחוזים אחידים הם יעילים, שכן יש להניח כי הצד שמנסח את החוזה מצליח לבנות אותו באופן שמיטיב איתו עצמו; הפתרון הוא, בין היתר, שימוש נרחב בכפיית תנאים בחקיקה).

זניחה. בסופו של דבר, כאשר מעמידים את הפגיעה האפשרית (הנמוכה) ביעילות כתוצאה מהכתבת חובת המידתיות כחלק מחבילת התנאים אל מול הכלל הבסיסי שיחייב כל מעביד לפעול לפי מבחני עלות-תועלת, תוך הפנמת המחיר גם מבחינתם של העובדים, המסקנה ברורה: דרישה של הדין לפעול לפי מבחני המידתיות תקדם בחשבון כולל את היעילות המצרפית, ולא תפגע בה.

אם כן, ככל שמדובר בעצם קיומה של החובה, שני מבחני המידתיות הראשונים אינם יוצרים כל קושי, ואילו השלישי יביא ככל הנראה לידי קידום היעילות המצרפית, אך עלול לגרום עקב כך לפגיעה מסוימת ברווחיותו של המעביד, לפחות בטווח הקצר. אולם חשובה לא-פחות מהחובה עצמה לנהוג במידתיות היא העובדה שבתי-הדין יבקרו את יישומה. בדרך-כלל בתי-המשפט (ובתי-הדין בכלל זה) נוטים להימנע מהתערבות בשיקולים ניהוליים. אולם הכפפת מעבידים לחובת המידתיות תחשוף במידה מסוימת החלטות ניהוליות לביקורת שיפוטית. אכן, לביקורת זו עשויה להיות השלכה הן על הרווחיות והן על היעילות: טעויות שיפוטיות בהערכת קיומם של קשר רציונלי, אמצעים חלופיים או מידתיות במובן הצר עלולות להביא לידי פסילת החלטות אשר יתבררו בדיעבד כמידתיות. השאלה היא, אם כן, אם העברת הביקורת על עמידה בסטנדרט המידתיות מהשוך אל בתי-הדין לא תביא לידי פגיעה קשה מדי במעבידים ובמשק בכללותו.<sup>201</sup> על שאלה זו אי-אפשר להשיב ללא מחקר אמפירי, אשר יתבסס על ניסיון מעשי. מחקר מעין זה טרם נעשה. ניתן להניח כי צפויה בהחלט פגיעה ביעילות, אולם ככלל אין סיבה להניח שהטעויות השיפוטיות יהיו שכיחות במידה שתחולל פגיעה דרמטית. על-מנת לבחון טענה זו, יש לנסות, לדעתי, להבחין בין סוגיות והקשרים שונים בדיני העבודה. ייתכן שדווקא בהקשרים מסוימים תהיה לטעות שיפוטית (גם אם היא אינה שכיחה) עלות גבוהה במיוחד, או שהליטיגציה הנוספת תגרום לעלויות ניכרות ומיותרות.

לחשש מפני פגיעה ביעילות יש לצרף גם את העובדה שדרישת המידתיות תפגע באוטונומיה של מעבידים לקבל החלטות כרצונם. אכן, הכפפת כל החלטה של מעביד לביקורת שיפוטית, אשר תבחן את מידתיות ההחלטה, תהווה ללא ספק פגיעה באוטונומיה. אולם יש להביא בחשבון שהאוטונומיה של מעבידים מוגבלת ממילא – בכל הקשור ליחסים עם עובדים – על-ידי חוקי-המגן והפסיקה הקיימת. השאלה היא, על-כן, מתי הפגיעה באוטונומיה תהיה קשה במיוחד, באופן שחורג מהמידה הנהוגה כיום ו"גובר" על ההצדקות להחלת מבחני המידתיות שפורטו לעיל.

האם ניתן לצפות מראש מהם ההקשרים שבהם הפגיעה באוטונומיה של המעביד וביעילות תהיה קשה עד כדי כך שלא תהיה עוד הצדקה להכפפת המעביד למבחני המידתיות? דומני כי יש לבחון כל מקרה לגופו, ואי-אפשר לקבוע מראש רשימה סגורה. עם זאת, דוגמה בולטת היא החלטות בנושא פיטורים. להחלטה בדבר המשך העסקתו של עובד יש חשיבות מיוחדת מבחינת המעביד. להחלטה מעין זו יש השלכות לטווח ארוך וכן השפעה על שאר העובדים. כפיית המשכיות היחסים בניגוד לרצונו של המעביד – באמצעות מבחני

201 ודוקו: מול המקרים של פגיעה ביעילות יש מקום להעמיד את המקרים שבהם ההתערבות השיפוטית מתקנת כשלי שוק ודווקא מקדמת יעילות, כמפורט לעיל.

המידתיות – תהווה פגיעה קשה במיוחד הן באוטונומיה של המעביד והן ביעילות, לפחות כאשר מדובר במעבידים קטנים.<sup>202</sup> אין משמעות הדבר בהכרח שאין מקום להתערבות של הדין בהחלטות אלה, אולם לדעתי התערבות כזו צריכה להיעשות בחקיקה, שבה ייקבעו מנגנונים וחרגים שיצמצמו את הפגיעה באוטונומיה וביעילות למינימום ההכרחי. יש להכיר בכך שהכפפת החלטות בנושא פיטורים למבחני המידתיות תביא למעשה לידי מעבר מכלל של "employment at will" לכלל של "סיבה מספקת". מעביד שיצטרך להצביע על כך שהחלטתו לפטר עובד נדרשה בשל תכלית לגיטימית כלשהי, יצטרך למעשה להראות סיבה לגיטימית לפיטורים. כלומר, כבר מבחן המידתיות הראשון – דרישת הקשר הרציונלי – תומן בחובו את הדרישה שהפיטורים לא יהיו שרירותיים, בעוד כיום מעביד במגזר הפרטי אינו צריך להצדיק פיטורים, אלא אם כן הוא כפוף להסכם קיבוצי המחייב זאת.<sup>203</sup> אין פלא על-כן שהשופט ברק-אוסוסקין, השופטת היחידה שתמכה במעבר לכלל של "סיבה מספקת" בפסיקה, היא גם היחידה שקראה במפורש להחלת דרישת המידתיות על החלטות פיטורים של מעבידים במגזר הפרטי. אומנם, גם לדעתי ראוי לשנות את הכלל הבסיסי בנוגע לפיטורים לכלל של "סיבה מספקת", אך זאת בתנאי שכלל זה ייקבע בחקיקה, אשר תסדיר את הסיבות המספקות לפיטורים (בדומה למקובל באירופה) ותקבע מנגנונים מתאימים לביקורת על החלטת פיטורים.<sup>204</sup> הכוונה היא שמנגנונים אלה יאפשרו את מימוש הפיטורים – מקום שאכן יש סיבה מספקת לכך – באופן מהיר ויעיל (למשל, באמצעות אישור של גופים המורכבים מנציגי המעביד ומנציגי העובדים, עם מנגנון להכרעה בחילוקי-דעות באמצעות בוררות מהירה).<sup>205</sup> כמו-כן, מן הראוי שהסדר החוקי יפטור מגדר תחולתו מעבידים קטנים, כלומר, חלק מהמנגנון צריך לכלול גם חריגים מתחולתו של ההסדר. הסדרה מפורטת כזו הכרחית כדי שהסדר של "סיבה מספקת" יהיה מוצדק, ולא יפגע יתר על המידה ביעילות ובאוטונומיה של המעבידים. על-כן גישתי היא

202 להרחבה ראו: Guy Davidov, *In Defense of (Efficiently Administered) 'Just Cause' Dismissal Laws*, 23 INT'L. J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 117 (2007)

203 אומנם, הפיטורים בטלים כאשר העובד מראה כי הם מנוגדים להוראה מסוימת בדין – למשל, פיטורים של עובדת בהריון (ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954), פיטורים מסיבה מפלה (ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988) או פיטורים שבאים לפגוע בחופש ההתאגדות (ס' 33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996); עניין הורן את ליבוביץ בע"מ, לעיל ה"ש 45). אולם בהעדר סיבה "רעה" שנאסרה באופן קונקרטי, ובהנחה שהוא לא התחייב אחרת בהסכם, מעביד אינו נדרש כיום לספק סיבה לפיטורי עובד; הוא אינו נדרש להצדיקם.

204 ראו Davidov, לעיל ה"ש 202. להצעת-ביניים ראו מונדלק, לעיל ה"ש 148. יצוין כי כלל של "סיבה מספקת" הוצע בעבר – אם כי ללא מנגנונים נלווים – במסגרת ס' 11 להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985, ה"ח 129.

205 מנגנון אפשרי בהקשר זה הוא הקמת "מועצות מפעל" בחקיקה, כמקובל באירופה. לדיון במכשיר זה באופן כללי ראו פנינה אלון-שנקר "מועצות עובדים בישראל: לקראת מודל משולש לייצוג ושיתוף של עובדים" עיוני משפט ל 319 (2007).

שכלל של "סיבה מספקת" – אף שהינו ראוי – אינו עניין לחקיקה שיפוטית. החלת עקרון המידתיות על החלטות פיטורים תביא למעשה לידי אימוץ כלל כזה בפסיקה, מבלי שיוקמו המנגנונים הנלווים הנדרשים. תוצאה כזו נראית לי בלתי-ראויה.

#### 4. האיזון המוצע

עמדנו על ההצדקות להכפפת מעבידים למבחני המידתיות, וכנגד זה על כך שיש להישמר מפני פגיעה קשה מדי באוטונומיה וביעילות. על בסיס החשש מפני פגיעה זו, טענתי כי אין מקום להחיל את מבחני המידתיות בדרך של פסיקה על החלטות פיטורים. מה לגבי ההקשרים האחרים שנידונו בפרק הקודם? דעתי היא כי ככלל יש מקום להחלת מבחני המידתיות במלואם כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד של העובד, ובפרט חופש העיסוק, הזכות לשוויון, הזכות לפרטיות וזכות הקניין.<sup>206</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעה באינטרסים אחרים, יש להסתפק במבחן מידתיות "מרוכך", כפי שיובהר להלן. אעמוד על אופן יישומו של עקרון המידתיות בהקשרים השונים לפי סדרם.

בעניין הגבלת חופש העיסוק מבחני המידתיות מתאימים לחלוטין. החלתם במפורש, תוך הפרדה בין שלושת המבחנים, תהפוך את הדיון לעקבי וצפוי יותר, וזאת מבלי ליצור כל הגבלה חדשה על מעבידים או החמרה בהגבלות המוטלות עליהם (שהרי מבחינה מהותית מבחני המידתיות מוחלים כבר כיום).

גם בעניין שוויון הזדמנויות בעבודה, שימוש מפורש במבחני המידתיות לא ישנה מהותית את דיני השוויון, אלא רק ישפר את תהליך הבדיקה בפסיקה. בפרט, מבחני המידתיות מהווים מסגרת נוחה במיוחד לבחינת השאלה אם מדיניות של מעביד הנחזית כניטרלית לכאורה אך בפועל פוגעת יותר בקבוצה מסוימת – דהיינו, יוצרת אפליה תוצאתית – ניתנת להצדקה אם לאו. המעביד יידרש להצדיק את מדיניותו בשיקולים עסקיים לגיטימיים, ושיקולים אלה ניתן לעמת אל מול האמצעי שנבחר, ואל מול עוצמת הפגיעה בעובדים, באמצעות מבחני המידתיות. אכן, גם בהקשר זה בולטת התועלת של מבחני המידתיות בקביעת מסגרת נוחה וצפויה לדיון, אשר מאזנת בין האינטרסים של שני הצדדים תוך קביעת גבולות לשיקול-הדעת השיפוטי.

בדומה לכך, גם בהקשר של שלילת פיצויי פיטורים מבחני המידתיות מתאימים ויכולים לסייע. ראשית, יש מקום לבחון אם קיימת תכלית ראויה (לגיטימית) לסנקציה הכספית, מעבר לרצונו של המעביד לחסוך בעלויות או אי-שביעות רצון מתפקודו של העובד. נקודת המוצא היא כי כל עובד מפוטר זכאי לפיצויים, ועל המעביד להראות טעם רלוונטי לשלילת הפיצויים – במילים אחרות, קשר רציונלי בין האמצעי (הסנקציה הכספית) לבין מטרה לגיטימית כלשהי (כגון הרתעת עובדים אחרים). שנית, מן הראוי שהפגיעה בזכות העובד לפיצויים תהיה מינימלית, כלומר, במינימום הנדרש לשם השגת המטרה הלגיטימית.<sup>207</sup> דרישה זו עשויה לסייע בקביעת הסנקציה המתאימה, החל בפיטורים עם

206 לדידי יש להוסיף על כך גם את הזכות לעבוד – ראו דוידוב, לעיל ה"ש 173.

207 להתחשבות בשיקולים רלוונטיים לעניין זה ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 300075/96 אליה – בן ציון, פס' 7 (לא פורסם, 2.7.2001).

פיצויים, דרך שלילה חלקית של הפיצויים (בשיעורים שונים) ועד לשלילה מלאה. לבסוף, יש מקום לדרוש כי יישמר יחס ראוי בין ה"מחיר" לעובד כתוצאה מהסנקציה לבין התועלת המושגת מכך למעביד. במסגרת מבחן זה (המידתיות במובן הצר) יש להתחשב בנסיבות האישיות של העובד. אכן, יישום מבחני המידתיות כמוצע לעיל יוכל לסייע לבתי-הדין בהתמודדות עם הביקורת על הפסיקה בתחום זה, וליצור, גם כאן, מסגרת ברורה וצפויה יותר לניתוח.

בהקשר של פרטיות עמדנו בפרק הקודם על ההתנגשות בין האינטרסים של המעביד לבין הזכות לפרטיות של העובד. גם בהקשר זה מבחני המידתיות ראויים ומתאימים, ואינם יוצרים הכבדה מופרזת על האוטונומיה של המעביד או על היעילות העסקית. המעביד יידרש להראות, ראשית, כי הפגיעה בפרטיות משרתת תכלית עסקית אמיתית, ולא נועדה להתנכלות או למטרה לא-לגיטימית אחרת. כך, למשל, במקומות עבודה מסוימים יש הצדקה (לפחות ברמת הקשר הרציונלי) למעקב אחר תוכן התכתבויותיהם של עובדים בדואר האלקטרוני, ואילו במקומות עבודה אחרים אין הצדקה לכך. שנית, המעביד יצטרך להראות שהפגיעה בפרטיות היא מינימלית, כלומר, שאי-אפשר להשיג אותה מטרה (באופן מלא) באמצעים פוגעים פחות.<sup>208</sup> במסגרת זו יהיה מקום להבחין, כאשר מדובר באמצעי פיקוח או בדרישה לעריכת בדיקות, בין נסיבות שבהן קיים חשד ספציפי מבוסס נגד עובד לבין רצון של המעביד לקיים בדיקות אקראיות ללא חשד; בין בילוש אחר עצם קיומה של פעילות מסוימת (למשל, עריכת שיחות פרטיות בטלפון מעבר לסביר) לבין בילוש אחר תוכן הדברים (למשל, האזנה לתוכן השיחות הפרטיות); בין בדיקות המעוגנות בנוהל ידוע מראש שהוסכם עם נציגי העובדים לבין בדיקות מפתיעות; וכיוצא בזה. הבחנות מעין אלה יוכלו לסייע לבית-הדין בבואו לקבוע אם האמצעי שנבחר אכן היה הכרחי להשגת המטרה העסקית או שמא היה אפשר להסתפק באמצעי חלופי ופוגע פחות. לבסוף, המעביד יצטרך להראות כי התועלת הצומחת לו מהאמצעים שנקט אינה קטנה – ביחס לבתי-ראוי – מהנזק שאמצעים אלה גורמים לעובדים. בהקשר זה, כאשר מדובר בפגיעה בזכות-יסוד, דומני כי אין מקום להפחית את הסטנדרט הנדרש ממעבידים, גם אם מבחן המידתיות השלישי יהווה הכבדה מסוימת בהשוואה לסטנדרט הנהוג כיום.

האם ראוי להחיל את דרישת המידתיות באופן דומה גם בהתייחס להחלטות שהמעביד מקבל במסגרת "הפררוגטיבה הניהולית" שלו, כגישתה של השופטת ברק-אוסוסקין? בהקשר זה מתעורר קושי רב יותר. הפררוגטיבה היא, כאמור, בגדר תניה משתמעת בחוזה העבודה. השאלה אם שינוי כלשהו במקום העבודה אשר משפיע על העובדים נופל בגדר הפררוגטיבה אם לאו היא על-כן שאלה של פרשנות החוזה (החלק המשתמע שבו).<sup>209</sup> עם זאת, אין מניעה – ולדעתי אף הגיוני וראוי – לקרוא אותו חלק משתמע בחוזה העבודה באופן שכולל בחובו את עקרון המידתיות. זאת, בכפוף לכך שיש מקום להעדיף מבחן מקל

208 לשימוש במבחן האמצעי המינימלי בהקשר זה ראו גם ס' 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (פגיעה בידועין "במידה גדולה משהיתה נחוצה באופן סביר" יוצרת חזקה של חוסר תום-לב).

209 להרחבה ראו דוידוב, לעיל ה"ש 135.

(מוחלש) של מידתיות במובן הצר. מבחן זה (מבחן המידתיות השלישי) יחייב את המעביד לאזן בין שיקולי התועלת שלו לבין הנוק שייגרם לעובד. מאחר שמדובר במעביד פרטי, והיחסים בין הצדדים הם יחסים שנוצרו במסגרת השוק – דהיינו, בבסיסם יש לגיטימציה לכל צד לנסות למקסם את תועלתו – הוא – מבחן המידתיות במובן הצר נראה בעייתית. החלתו בנוסח הנוקשה עלולה להגביל יתר על המידה את חופש הפעולה של המעביד, ולפגוע באוטונומיה שלו וביעילות, בפרט לנוכח העובדה שהחלטות ניהוליות אינן פוגעות בהכרח בזכויות יסוד של העובד. ההצדקה להחלת מבחני המידתיות בנסיבות אלה חלשה יותר מלכתחילה. עם זאת, בשל הקרבה המיוחדת בין הצדדים, ולנוכח החשש הסביר לניצול לרעה של כוח מצד המעביד, יש מקום להחיל את שני מבחני המידתיות הראשונים, וכן את המבחן השלישי בנוסח מרוכך, בדומה למוציע בנסיבות מיוחדות גם במשפט החוקתי.<sup>210</sup> כדי להביא לידי התערבות שיפוטית על בסיס מבחן מרוכך כזה, הנטל צריך להיות על העובד, ועליו להראות כי השינוי שנעשה על ידי המעביד הינו בלתי-מידתי באופן קיצוני. כך נאזן בצורה הטובה ביותר, לדעתי, בין ההצדקה (גם אם מופחתת) להחלת מבחני המידתיות לבין הקשיים והפגיעה במעביד שינבעו מכך.<sup>211</sup>

כלומר, ניתן להבין את ההסכמה המשתמעת בין הצדדים בחוזה העבודה, שלפיה העובד מכפיף את עצמו להוראותיו של המעביד ולשינויים שיוכתבו על-ידיו לפי צורכי העסק, ככפופה לכך שהחלטות המעביד בעניין זה, ככל שהן פוגעות בעובד, יעמדו בדרישות של מבחני המידתיות ("מרוככים"), קרי: שכל פגיעה בעובד אכן תהיה רציונלית (נדרשת) והכרחית (מינימלית), וכן לא תהיה חסרת פרופורציה באופן קיצוני בהשוואה לתועלת שתצמח ממנה למעביד. משמע שעקרון המידתיות מסייע בקביעת גבולות הפררוגטיבה, ומגביל בכך את האפשרות לשימוש לרעה בכוח על-ידי המעביד. כך, למשל, העברת עובד מתפקיד לתפקיד – אשר נתפסת כיום באופן אוטומטי כמעט כמותרת בשל היותה חלק מהפררוגטיבה של המעביד<sup>212</sup> – תצטרך לעמוד בתנאי המידתיות. ודוק: אין מקום לחשש כי כל החלטה עסקית תוכפף לביקורת שיפוטית, וכי הכפפה כזו תגרום לפגיעה משמעותית ביעילות או ברווחיות. המעביד רשאי לקבל כל החלטה עסקית שימצא לנכון, אולם אסור לו לפגוע כתוצאה מכך בתנאי העבודה של העובדים או באינטרסים הלגיטימיים שלהם, אלא באופן מידתי. על-כן, החלטות שאינן משפיעות באופן ישיר או משמעותי על העובדים, כגון החלטה איזה מוצר לייצר או מה יהיה מחיר המוצר, אינן כפופות לביקורת

210 ראו לעיל פרק ב.

211 ודוק: לעיתים החלטה המתקבלת מכוח הפררוגטיבה הניהולית כורכת בחובה פגיעה שניתן להציגה כפגיעה בזכות יסוד. כך, למשל, הטלת איסור על עובדים לגדל זקן יכולה להיתפס כפגיעה בפרטיות, והחלטה על העברת עובד למקום מרוחק יותר מביתו יכולה להיתפס כפגיעה בזכות לחיי משפחה (ראו Lokiec, לעיל ה"ש 146, בעמ' 79). ייתכן – אם כי העניין מצדיק בחינה מעמיקה יותר – שבמקרים מעין אלה ראוי להחיל את מבחני המידתיות בנוסחם המחמיר.

212 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) נד/3-71 אילת – שרת העבודה ורווחה, פד"ע כז 169 (1993).

של בתי-הדין.<sup>213</sup> זאת ועוד, גם כאשר לשינוי יש השלכות משמעותיות על העובדים, פתוחה לפני המעביד האפשרות להפנים מיוזמתו את עלויות השינוי באופן שיאפשר את השינוי המבוקש תוך מניעת הפגיעה בעובדים.<sup>214</sup> לעומת זאת, החלטות אשר הנשיא אדלר מכנה "מעורבות"<sup>215</sup> – כאלה שיש להן השלכה משמעותית על עובדים – צריכות להתקבל במידתיות, ככל שהמעביד אינו נוטל על עצמו את ה"מחיר" שיש להן מבחינת העובדים. אם כן, החלת מבחני המידתיות באופן המוצע לעיל תשאיר בידי המעביד מרווח פעולה רחב. ראשית, ביכולתו לערוך כל שינוי שאינו משליך באופן מהותי על תנאי העבודה של העובדים, לפי שיקול-דעתו הבלעדי. שנית, כאשר מדובר בשינוי שיביא לידי פגיעה ממשית בעובד כלשהו, המעביד יכול להפנים את העלות ולמצוא דרך לפצות את העובד, כלומר, למנוע את הפגיעה. שלישית, המעביד יכול לערוך את השינוי, למרות הפגיעה, אם הוא עומד בתנאים של מבחני המידתיות. במקרה כזה אכן תהיה פגיעה מסוימת ביעילות מעצם הצורך להצדיק את השינוי לפני בית-הדין, ככל שהעניין יגיע לערכאות. אולם אין מדובר בפגיעה כה קשה. החובה לנהוג במידתיות אינה משתקת את הרשויות הציבוריות בפעילותן היומיומית, ולפיכך אין סיבה להניח כי חובה דומה תגביל יתר על המידה את פעילותם של מעבידים פרטיים. לעומת זאת, יש חשיבות רבה להנהגתו של כלל משפטי אשר יבטיח התנהגות ראויה. גם שינוי עסקי חיוני צריך להביא בחשבון את ההשלכות על העובדים. אם אפשר, למשל, להשיג אותן מטרות עסקיות בדרך שפוגעת פחות בעובדים, על המעביד להעדיף זאת.<sup>216</sup>

אם המידתיות נתפסת בהקשר זה כחלק מההסכמה המשתמעת בין הצדדים, האם ניתן להתנות עליה בהסכם מפורש? למעשה, השאלה היא אם ניתן לקבוע תניה מפורשת שלפיה העובד יציית לכל הנחיה של המעביד, ללא כל הגבלה שהיא. לדעתי, תניה כזו מנוגדת לתקנת הציבור, ואין לתת לה תוקף.<sup>217</sup> עובד אינו עבד. חייבת להיות הגבלה לגבי ההוראות שניתן לתת לו. בחוזה עבודה מעביד מבקש להימנע מקביעת מכלול ההסדרים בין הצדדים מראש. הוא מעדיף שההסכם יכלול "סעיף-סל" המאפשר לו לשנות מדי פעם הנחיות, דרישות והסדרים במקום העבודה. זהו מאפיין עיקרי של חוזה עבודה, אשר מבדיל אותו

213 ראו עניין עובדי מנהל ומשק, לעיל ה"ש 193, בעמ' 116–117. ראו גם רדאי, לעיל ה"ש 135; דוידוב, לעיל ה"ש 135.

214 ראו עניין נהרי, לעיל ה"ש 138; ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה – גרינשפן (טרם פורסם, 24.4.2006). לדיון ראו דוידוב, לעיל ה"ש 135.

215 עניין עובדי מנהל ומשק, לעיל ה"ש 193, בעמ' 120.

216 מובן שהפגיעה תהיה משמעותית יותר כאשר מדובר במעבידים קטנים. אכן, זה אחד הטעמים שבגינם סברתי, כאמור לעיל, כי אין להחיל את מבחני המידתיות על החלטות פיטורים. עם זאת, באיזון הכולל איני סבור כי יש לפטור מעבידים קטנים מחובת המידתיות גם בהקשרים אחרים. ייתכן שיש מקום להחיל את דרישת המידתיות ה"מרוככת" בהתייחס אליהם, אולם בשלב זה, כאשר אין עדיין ניסיון מספיק עם הפעלת מבחני המידתיות בידי העבודה, אבקש להשאיר נושא זה בצריך עיון.

217 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

מחווה מסחרי רגיל (לרבות התקשרות עם קבלן עצמאי).<sup>218</sup> אולם כוח זה חייב לבוא עם הגבלות. על כך אין בפסיקה מחלוקת, גם אם אין עדיין הסכמה על אופיין של אותן הגבלות, ואם הן צריכות לכלול את דרישת המידתיות אם לאו. לכן ניתן להניח כי תניה חוזית שתבקש להתחמק מהגבלות הדין לגבי הפררוגטיבה – יהיו אלה אשר יהיו – לא תקבל תוקף.

##### 5. הצדקה לשימוש במידתיות כמכשיר להגבלת שביתות והשבבות

עד כה התמקדתי בהצדקה להכפפת מעבידים לעקרון המידתיות. ראינו כי הצדקה זו קשורה לפערי הכוחות בין הצדדים ליחסי העבודה. אולם כפי שראינו בפרק הקודם, בתי-הדין נוהגים הלכה למעשה להכפיף גם ארגוני עובדים לעקרון המידתיות בעת קביעת הגבלות לגבי שביתות. האם ניתן להצדיק פרקטיקה זו?

התפיסה המקובלת היא כי התארגנות עובדים נועדה לאזן בין כוחם לבין כוחו של המעביד. הכוחות אומנם אינם מאוזנים בהכרח, אולם הנחת-המוצא של אי-שוויון בכוח המיקוח אינה קיימת כאשר עוסקים ביחסים קיבוציים (בין ארגון עובדים למעביד). עם זאת, בוודאי אי-אפשר להניח כי דווקא ארגון העובדים הוא שנהנה מכוח עדיף. אי-אפשר, אם כן, להצדיק הטלת חובת התנהגות "מוגברת" על הארגון בנימוק המתבסס על פערי כוח ביחסים. ברם, החוק והפסיקה נותנים לארגון העובדים אמצעי יוצא-דופן – כוח להכריז על שביתה. עובדים שובתים נהנים משורה של הגנות,<sup>219</sup> אשר מאפשרות להם להשיג הישגים באמצעות השביתה, ולגרום בתוך כך נזקים כבדים למעביד (לרבות פגיעה בזכות חוקתית – זכות הקניין) וכן לציבור בכללותו. מדובר אם כן בכוח ספציפי שהוענק לארגוני העובדים, אשר יש מקום לדרוש כי יופעל באחריות. אכן, אם בהתייחס למעביד ההכפפה לסטנדרט התנהגות מחמיר מוצדקת במיוחד בשל החשש מפני ניצול לרעה של כוח עדיף, בהקשר של שביתות ההצדקה קשורה לעוצמתו של ה"נשק" יוצא-הדופן שניתן לארגוני העובדים. לכן יש הצדקה מלאה להכפיף גם החלטות בנושא שביתה לסטנדרט "מוגבר". מאחר שהמחוקק לא קבע כמעט הגבלות לגבי שביתות, אלא העדיף להשאיר את הנושא לפיתוח הלכתי (כאמור בפרק הקודם), מבחני המידתיות מהווים מכשיר מתאים למטרה זו. אומנם, כשם שהטלת חובת המידתיות פוגעת באוטונומיה של המעביד, כך היא פוגעת גם ביכולתם של ארגוני העובדים להשיג את מטרותיהם. הכפיפות לביקורת שיפוטית משמעה שההחלטה הסופית בדבר דרך הפעולה הראויה עוברת לבתי-הדין, אשר עשויים לסכל – ולו בטעות – גם שביתות מוצדקות. יש לצפות שבתי-הדין יביאו זאת בחשבון, ויישמו את מבחני המידתיות בהקשר זה תוך מחשבה על התכליות של התאגדות העובדים<sup>220</sup>

218 Davidov, לעיל ה"ש 136.

219 ראו בעיקר ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; ס' 62(ב) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]; ס' 44 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; ס' 16 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.

220 Davidov, לעיל ה"ש 46.



ועל חשיבותה של השביתה. אולם אין בשיקול זה כדי להצדיק ויתור על דרישת המידתיות עצמה. האינטרס החברתי בהבטחת הפעלתו של "נשק" השביתה באחריות גובר, לדעתי, על החשש מפני פגיעה בכוחם של הארגונים.

אם כך לגבי הפעלת הכוח הקיבוצי של ארגוני העובדים, קל וחומר לגבי הפעלת כוח קיבוצי על-ידי המעביד. החלטה על השבתה שוללת את מקור ההכנסה מעובדים שלא בחרו מרצונם לשבות והיו מוכנים להמשיך לעבוד. הפגיעה בעובדים אלה קשה. גם כוח זה של המעביד ראוי שיופעל באחריות, ומבחינת המידתיות מתאימים ביותר להבטיח כי המעביד יוכל להשיג את מטרתו הלגיטימיות, אך תוך הגבלת הפגיעה בעובדים שאינם מעורבים ישירות בסכסוך למינימום ההכרחי.<sup>221</sup>

בפרק הקודם ראינו כי בתי-הדין משתמשים במבחני המידתיות לשם הגבלת שביתות והשבתות, אולם לא תמיד באופן מפורש ועקבי, ובדרך-כלל מבלי להבחין בין שלושת המבחנים. הפעלת מבחנים אלה באופן מפורש, תוך הבחנה ביניהם ותוך התייחסות מפורשת גם לתכלית שנציגי העובדים מבקשים להשיג (ובחינת הקשר בין האמצעים לבינה), תוכל לסייע לבתי-הדין בתהליך קבלת ההחלטה, ולצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים בהבנת ההגבלות המוטלות עליהם באופן מדויק וצפוי יותר.

## ה. סיכום

ראינו שמבחני המידתיות יכולים לסייע בקביעת גבולות השימוש בכוח על-ידי המעביד, כמו-גם על-ידי ארגון העובדים. כך בהקשרים של שביתה, השבתה, הגבלת חופש העיסוק, שוויון הזדמנויות בעבודה, ענישה משמעתית ושלילת פיצויי פיטורים, ופרטיות במקום העבודה. טענתי כי סטנדרט מעין זה עשוי להתאים גם בהקשר של פיטורים, אולם רק בצירוף הסדרים נלווים, אשר מחייבים חקיקה. לבסוף, בהקשר של הפררוגטיבה של המעביד, לנוכח החשש מפני פגיעה באוטונומיה של המעביד וביעילות, טענתי כי יש

221 לעומת זאת, ספק רב אם יש מקום להכפיף את ארגוני העובדים או את המעביד לעקרון המידתיות כאשר מדובר בהחלטות אחרות בתחום הקיבוצי, שאינן נוגעות בהפעלת כוח. בדב"ע (ארצי) נז/44-4 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, ההסתדרות החדשה במרחב חיפה, פד"ע ל 216 (1997), השאיר הנשיא גולדברג בצריך עיון את השאלה אם עקרון המידתיות חל בהקשר של החלטת המעבידה לבטל את ההסכם הקיבוצי עם ארגון העובדים היציג (פס' 23 לפסק-דינו). איני סבור כי יש מקום להגבלה כזו כאשר מעביד פועל על-פי זכות מפורשת המוקנית לו בחוק. ראו גם בש"א (ארצי) 1226/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות הפקידים – מרכז השלטון המקומי בישראל, פד"ע לו 418, 431 (2001), שם הביעה סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין את עמדתה שעקרון המידתיות צריך לשמש לבהינה אם הצדדים ניהלו משא-ומתן בתום-לב ובאופן הוגן. ספק אם ניתן ליישם את מבחן המידתיות בהקשר כזה.

הצדקה להחיל דרישת מידתיות "מופחתת" בלבד, במובן של צמצום ההתערבות השיפוטית על בסיס איוון של תועלת מול נזק (מבחן המידתיות במובן הצר).

ניתן לסכם את הצעתי בנוגע לתחולתו של עקרון המידתיות בדיני העבודה כך: ראשית, ביחסי עבודה קיבוציים, שבהם לכל הפעלה של כוח יש השלכה רחבת-היקף, שני הצדדים (ארגון העובדים, מחד גיסא, והמעביד או ארגון המעבידים, מאידך גיסא) צריכים להפעיל את כוחם במידתיות, כלומר, הפעלת הכוח צריכה להיות כפופה לביקורת שיפוטית על בסיס שלושת מבחני המידתיות. שנית, ביחסי עבודה אישיים, אשר מתאפיינים לרוב בנחיתות מובנית של העובד ובפוטנציאל לשימוש לרעה בכוח מצידו של המעביד, על המעביד להפעיל את כוחו במידתיות (בהתאם לשלושת המבחנים). זאת, בכפוף לשני סייגים: (א) אין מקום להפעיל ביקורת שיפוטית על בסיס מבחני המידתיות בהקשרים שבהם תהיה בכך פגיעה קשה מדי באוטונומיה של המעביד וביעילות (או "גמישות הניהולית") – למשל, בהקשר של החלטות פיטורים; (ב) כאשר החשש הנלווה להפעלת הכוח מצד המעביד הוא לפגיעה בזכויות של העובד שאינן זכויות יסוד, מן הראוי להפעיל סטנדרט ביקורת מופחת במידת-מה, כדי למזער את הפגיעה בגמישות הניהולית. לפי הסטנדרט המופחת שהוצע כאן, תוגבל ההתערבות השיפוטית לפי מבחן המידתיות במובן הצר למקרים שבהם יוכיח העובד כי הפעלת הכוח אינה מידתית באופן קיצוני. זאת, מבלי לפגוע בסטנדרט המחייב על-פי שני מבחני המידתיות הראשונים, אשר מאפשרים ביקורת שמרכיביה הסובייקטיביים פחותים בהרבה.

אכן, יש הצדקה להכיר בעקרון המידתיות כעיקרון מנחה של דיני העבודה באופן כללי – לא עקרון-על שתחולתו מוחלטת, אולם בהחלט עיקרון מנחה שחל בשורה של מקרים, ואשר אין מניעה להחילו גם בהקשרים נוספים שמתעורר בהם הצורך בביקורת שיפוטית על השימוש בכוח. עם זאת, מדובר בעיקרון שסייגיו בצידו. לפני החלתו בהקשרים חדשים, מן הראוי לבחון אם לא תהיה בכך פגיעה קשה מדי ובלתי-מוצדקת בגמישות הניהולית. אין להתעלם מכך שמדובר ביחסים בין פרטים, אשר התערבות בהם כרוכה בפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי; ואין להתעלם גם מחוסר היעילות שעלול להיגרם כתוצאה מביקורת שיפוטית רחבה מדי על פעילותו של המעביד. על-כן יש מקום להבחין, כמוצע לעיל, בין פגיעה בזכויות-יסוד של העובד לבין פגיעה באינטרסים כלכליים (או אחרים) בלבד. כמו-כן יש להבחין בין החלטות של מעביד אשר מתאימות לביקורת שיפוטית ישירה של בתי-הדין לבין החלטות שהחלטת עקרון המידתיות עליהן תהיה מעשית רק אם יוקמו מנגנונים אחרים מתאימים.

מבחינת דיני העבודה המצויים כיום בישראל, תחולתו של עקרון המידתיות צרה יותר. ההקשרים שבהם העיקרון מוזכר בדיני העבודה ספורים ומוגבלים למדי. גם אי-אפשר כמעט למצוא אזכור של שלושת מבחני המידתיות, לא כל שכן יישום נפרד שלהם. עם זאת, עקרון המידתיות מוזכר בפסיקה במספר הולך וגובר של מקרים והקשרים. העיקרון נהפך בשנים האחרונות לעיקרון מרכזי במשפט הציבורי, אשר כל פעולה של רשות ציבורית נבחנת לאורו, ופסיקת בית-המשפט העליון בתחום זה השפיעה רבות גם על בתי-הדין. עקרון המידתיות מיושם בהקשר של מעבידים ציבוריים, אשר המשפט המנהלי חל עליהם במישורין, ומשם תחולתו הולכת ומתרחבת בהדרגה גם למשפט הפרטי. אומנם, דעותיהם

של שופטי בית־הדין הארצי חלוקות בנוגע למידה שבה ראוי לדרוש ממעביד פרטי עמידה בסטנדרטים "ציבוריים" (או "מוגברים"): אצל סגנית הנשיא (בדימוס) ברק־אוסוסקין השוני בין המעביד הפרטי לבין המעביד הציבורי דק ביותר; ואילו אצל הנשיא אדלר ורוב השופטים האחרים דומה כי השוני משמעותי בהרבה. אולם כולם מסכימים כי לפחות בהקשרים מסוימים יש מקום להחלת עקרון המידתיות בדיני העבודה, ודומה כי מעמדו ומשקלו של העיקרון הולכים ומתחזקים בהדרגה.

אם תתקבל הצעת, יורחב היקף תחולתו והשפעתו של עקרון המידתיות בתחום העבודה. הציפייה היא כי שלושת מבחני המידתיות ייהפכו למרכזיים בפסיקתם של בתי־הדין לעבודה. יש להניח כי שינוי מעין זה יביא לידי החמרה מסוימת בהגבלות המוטלות על מעבידים, על־אף הסייגים שהצעתי, שנועדו לצמצם פגיעה באוטונומיה וביעילות. אך חשוב מכך: מבחני המידתיות יסייעו לבתי־הדין להכריע באופן מובנה יותר, מבוסס־עקרונות (principled) וצפוי מבעבר גם באותם מקרים שבהם התערבות שיפוטית כבר נעשתה כיום, בדרכים שונות ומשונות. בכך עשויה להיות תמונה תועלתם הגדולה מכל.

