



עוגה, עוגה, עוגה, במעגל נחוגה: תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי סיעוד מפרספקטיבת הגישה הכלכלית למשפט

עידו באום*

א. מבוא. ב. חלוקת העבודה. ג. בג"ץ כמכשיר לחץ. ד. מרבה התדיינות מרבה דאגה.

א. מבוא

אין אונים. שופטי הרוב בפרשת יולנדה גלוטן¹ מבקשים בזה אחר זה לשכנע את הקוראים כי קצרה ידם מלהחיל את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 ("החוק" או "חוק שעות עבודה ומנוחה") על עובדי סיעוד המטפלים במטופלים סיעודיים,² ובמיוחד לא על העותרת, העובדת הסיעודית יולנדה גלוטן, שממילא נותק עמה הקשר לאחר שחזרה לביתה אי שם בפיליפינים עקב פטירת המטופלת אותה סעדה.³ משמע, היא בוודאי אינה רוצה לשמוע עוד על מערכת המשפט הישראלית ואנו – די לנו בצרות שלנו, הניחו לנו.

למעשה, אף שופטות המיעוט הסבורות שיש לפרש את הדין באופן המחיל את החוק על עובדי הסיעוד מודות כי הפתרון שהן מציעות הוא סיעוד ביניים ולא תרופה למחלה. אף הן קוראות למחוקק להתערב. הניתוח הנדרש עמוק ומורכב מכישוריו הכירורגיים של בג"ץ, כך מתבקשים הקוראים להאמין.

פרשת גלוטן עניינה דיון נוסף בפסק הדין הראשון בעניינה של יולנדה גלוטן, שניתן בשנת 2009.⁴ פסק הדין הראשון, ניתן על ידי המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין בהסכמת השופטים איילה פרוקצ'יה וחנן מלצר ובו נקבע כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד. שלילת תחולתו של החוק, הנמנה על חקיקת המגן בתחום דיני העבודה, פוגעת בעובדי הסיעוד שרובם נדרשים להתגורר בבית המטופל ולסעוד אותו רוב שעות היממה, בשכר זעום. השאלה שהועמדה לדיון נוסף בהוראת הנשיאה דאז דורית ביניש הייתה, שוב, אם חל החוק על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד. התשובה שניתנה בדיון הנוסף היא לאו. הדרך לתשובה רצופה הסברים מוסדיים, כלכליים, תועלתניים, וגם כוונות טובות.

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל. אני מודה לטל מימרן על הערותיו ולאור סדן על הערותיו ועל עריכה מצוינת. הטעויות הן כרגיל שלי בלבד. baumi@colman.ac.il

1 דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013) (להלן: "הלכת גלוטן" או "פרשת גלוטן").
2 לצורכי נוחות בלבד אכנה את אוכלוסיית העובדים מושא הלכת גלוטן "עובדי סיעוד" אך יודגש כי במציאות מדובר בקבוצה שרובה המכריע הוא נשים.

3 ראו פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.
4 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009).



בהארת פסיקה זו אתייחס להלכת גלוטן במשקפי הגישה הכלכלית למשפט. השימוש בכלי זה מתבקש, נוכח אפיונה של הדילמה על ידי בית המשפט כדילמה כלכלית-חלוקתית וכן נוכח שיקולי עלות-תועלת וטיעונים מתחום הכלכלה המוסדית (Institutional economics) אשר גם עליהם נסמך בית המשפט בבואו לדחות את העותרים.

אבקש לבחון שלושה היבטים של פסק הדין. ההיבט הראשון הוא הטענה החוזרת ונשנית לאורכה ולרוחבה של הלכת גלוטן כי הסוגיה מחייבת חלוקה של עוגה אחת בין שתי קבוצות אוכלוסייה חלשות. השלכותיה של השאלה הכלכלית האמתית רחבות ומורכבות יותר, ונדמה כי גם בית המשפט מכיר בכך. עם זאת, אטען כי דווקא באופן שבו מצויר בית המשפט את המחלוקת כמשחק סכום-אפס בין שתי קבוצות ניתן היה להביאה לפתרון פשוט יחסית. שנית, אעמוד על הדיאלוג בין השופטים בשאלה כיצד ניתן להניע את המחוקק לפעול להסדרת הסוגיה. בהקשר זה מהדהדת מתוך פסק הדין תאוריית קבוצות האינטרס הפוליטיות של הכלכלן זוכה פרס נובל גארי בקר,⁵ אך אטען כי יישומה של תאוריה זו צריך להוביל גם למחשבה המטרידה כי המחוקק עלול לפתור את דילמת עובדי הסיעוד באופן שאינו הוגן. לסיום אתייחס להנמקה המוסדית לפיה החשש מפני עומס על מערכת המשפט וריבוי התדיינויות מצדיק את ההכרעה שניתנה ואת גלגול הכדור למחוקק.

ב. חלוקת העוגה

המוטיב החוזר בהלכת גלוטן הוא המיקוח בין שתי אוכלוסיות מוחלשות. כל שופטי הדיון המורחב, רוב ומיעוט גם יחד, מתייחסים לסוגיה שעל הפרק כעימות על חלוקת עוגת משאבים מוגבלת בין שתי קבוצות חלשות – עובדי סיעוד זרים מצד אחד ונזקקים לסיעוד שרובם קשישים וחלקם נזקק לתמיכה כלכלית לצורך מימון הטיפול הסיעודי, מהצד האחר.

הביטוי המובהק לכך הוא בדברי הנשיא גרוניס: "מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק. בהכרעה לכאן או לכאן טמונה, מטבע העניין, פגיעה באחת מהקבוצות הללו". הוא מוסיף כי התוצאה של פסק הדין היא "קשה" אך "למרבה הצער, דומה שאין מנוס מכך, נוכח היכולת המוגבלת של בית המשפט לגבש פתרון לבעיה אשר עומדת בבסיסו של הליך זה".⁶

לפי נרטיב זה, תחולת החוק על עובדי הסיעוד תגרור בהכרח את הגדלת שכרם של האחרונים וזו תבוא לפיכך על חשבון משאביהם הכלכליים המוגבלים של המטופלים. לכאורה נהיר לכל כי בהינתן כללי שוק חופשי, ביקוש

⁵ ראו בעניין זה: Gary S. Becker, *A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence*, 98 Q. ECON. J. 371 (1983).

⁶ ראו פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס, פסקה יד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין ואף בקרב שופטות המיעוט, ראו פס' 38 לחוות דעתה של השופט ארבל.



והיצע, ומשאבים מוגבלים, משמעותו של גידול בשכרם של עובדי הסיעוד הוא כי חלק מהנזקקים לשירותי הסיעוד לא יוכלו להרשות לעצמם לרכוש את השירותים הללו. מצב זה הוא מצב שאותו אין שופטי הרוב מוכנים לקבל.⁷

לדעת שופטי הרוב, המצב הראשוני בעניינם של עובדי הסיעוד הזרים – הסטטוס קוו – הוא מצב שבו אין תחולה לחוק שעות עבודה ומנוחה. שופטי הרוב טוענים כי אין בהחלטה לדחות את העתירה משום שינוי כלשהו של הסטטוס קוו, וכי את השינוי נדרש המחוקק ליזום עקב הקושי להתאים את החוק לסוג העסקה הנדון.⁸ כלומר, הנרטיב שבו מתבקשים הקוראים להאמין הוא כי מאליה התפתחה לה יש מאין צורת העסקה חדשה, כזו שלא ניתנה עליה הדעת בעת גיבושו של החוק והחריגים לו, ועל כן החוק אינו מתאים לצורת העסקה זו וממילא אינו חל עליה. באופן מפתיע, מיטיבה צורת העסקה זו עם המעסיקים, חלשים ככל שיהיו, על חשבון העובדים הזרים.⁹

נרטיב חלוקת העוגה בין שתי קבוצות חלשות מתחייב מהרצון להעביר את ההכרעה למחוקק. בשפת הגישה הכלכלית למשפט מבקשים השופטים לטעון כי אין בסמכותם ליישם הכרעה שיש בה שינוי מסוג קלדור-היקס, אם כי מוסכם על כולם כי זוהי ההחלטה הראויה בנסיבות העניין.

נסביר: הגישה הכלכלית למשפט חותרת לפתור דילמות משפטיות באופן המשיא את הרווחה החברתית המצרפית. רווחה זו מושגת באמצעות הכרעות יעילות של חלוקת משאבים ואימוץ כללים יעילים המתמרכים שחקנים רציונליים לפעול בדרך המשיאה את הרווחה הפרטית שלהם. בהכרעות שתוצאתן חלוקת משאבים מקובל למדוד את התוצאה במונחי יעילות פארטו (Pareto) או במונחי יעילות קלדור-היקס (Kaldor-Hicks).¹⁰ ניתן לומר בהכללה כי מצב הוא יעיל פארטו אם כל סטייה ממנו תפגע באושרו (או בעושרו, תלוי מה אנו מבקשים להשיא) של אדם אחד או קבוצה אחת. לעומת זאת, שינוי ייחשב יעיל מבחינת קלדור-היקס גם אם אדם או קבוצה ייפגעו ממנו ובלבד שהקבוצה שתהנה מהשינוי תתמוך בו גם אם יהיה עליה לשלם לניזוקים בגין הפגיעה בהם (אין הכרח שהתשלום יתקיים בעולם המעשי, כי אחרת נשוב ליעילות פארטו).

⁷ ראו למשל שם, פס' יד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין המשתף במצוקת ההכרעה, כי "שוב ושוב הגעתי לכלל מסקנה כי התיחסות גורפת עלולה לגרום עוול למטופלים, שגם כך חייהם עמוסי סבל ולא אחת קשיים כלכליים, ולכך לא אוכל ליתן יד".

⁸ ולעומת זאת ראו שם, פס' 11 לחוות דעתה של השופטת ארבל, הטוענת כי יש בעמדת שופטי הרוב משום "בחירת צד" על אף הניסיון להציגה כהכרעה שאין בה התערבות.

⁹ אין סיבה להיות מופתעים, כמובן. דיני העבודה מניחים כי יחסי הכוחות בין עובדים למעסיקים אינם שווים ועל כן נדרשת חקיקת מגן המאזנת את יחסי הכוחות הללו. ראו בהקשר זה שם, פס' 8 לחוות דעתו של השופט מלצר והאסמכתאות המובאות שם. מכוחה של הנחה יסודית זו ניתן גם לשער כי ככל שיתפתחו בעתיד דפוסי העסקה חדשים שלא נכללו בחקיקת מגן קיימת, ייטו דפוסי העסקה אלה לשכפל את מערך יחסי הכוחות האינהרנטי בשוק העבודה ולפיכך יתאפיינו בהטיה לטובת המעסיקים. לדיון ביקורתית מנקודת מבט כלכלית על ההצדקה להתערבות ביחסי העבודה שהם יחסים חוזיים מטבעם ראו: לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן "דיני עבודה" **הגישה הכלכלית למשפט** 477, 483 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: "הגישה הכלכלית למשפט").

¹⁰ ראו בכלליות **הגישה הכלכלית למשפט**, שם, אבי שמחון "הקדמה כללית" 39, 44 ואילך.



הכרעה משפטית היוצרת שינוי פארטו היא הכרעה שקל יותר לקבלה מהטעם הפשוט שהיא אינה גורעת דבר מאיש ועל כן החשש מפני התנגדות לקבלתה הוא נמוך יחסית. במונחי המשפט העברי מדובר בכלל המוכר, "זה נהנה וזה אינו חסר". דא עקא, קשה מאוד לחולל במציאות שיפור פארטו.¹¹ לעומת זאת, שינוי חברתי, פוליטי, ומשפטי מסוג קלדור-היקס קל יותר לחולל במציאות אך זהו שינוי מורכב יותר מטבעו, ביצועו דורש צעדי שכנוע אינטלקטואלי מאומצים יותר ועל כן הכרעה משפטית מסוג זה תחייב מאמץ רב יותר במישור השיפוטי וגם אומץ רב יותר. שני האחרונים נעדרים מהכרעת הרוב בהלכת גלוטן.

אין לכחד כי האתגר שעמד בפני בג"ץ היה קשה. קיים קושי לשכנע כי הכרעה שמכרסמת במשאביהם של מטופלים סיעודיים מגלמת בתוכה הבטחה לעתיד טוב יותר. למנהיג הסיני דנג שיאופינג מיוחסת ההבטחה הגלומה בשינויים חקיקתיים מסוג קלדור-היקס באומרו לבני עמו כי "כולם יהיו עשירים, אך לשם כך נדרש כי חלק יהיו עשירים קודם".¹² דהיינו, חלוקת עוגה מחדש נועדה להשיג צמיחה אשר תאפשר בעתיד לכולם ליהנות מרווחה גדולה יותר. בסוגיית הסיעוד נראה לכאורה כי הבטחתו של שיאופינג אינה ישימה. היש צמיחה והגדלה של עוגת המשאבים באמצעות שינוי והגדלה של עלויות הסיעוד? היכול תחום הסיעוד לשמש מנוע צמיחה להגדלת עוגת משאבי המשק? אם לפוט על פי האחיזה העזה בנרטיב העימות, שופטי בג"ץ מאמינים כי התשובה לכך שלילית וכי עניין לנו אך ורק במשחק סכום אפס בין שתי אוכלוסיות. בנסיבות אלה בחרו שופטי בג"ץ לשמר את הסטטוס קוו הכלכלי באמצעות הקביעה כי החוק אינו חל על עובדי הסיעוד.

אמחיש תחילה מקצת מהיבטיה הרחבים יותר של סוגיית תחולת החוק על עובדי הסיעוד. לטעמי, למרות שהיבטים אלה אינם מצויים בהישג ידו המידי של בית המשפט, לא מן הנמנע שניתן היה לעמוד עליהם נוכח התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך. בהמשך אטען כי גם בחינת הסוגיה בפרספקטיבה המצומצמת שהוצגה על ידי בית המשפט אינה מונעת את האפשרות להציע פתרון יעיל.

1. **מבט רחב.** ראשית כל, יש גם יש להכרעה השיפוטית השפעה על רווחת המשק הישראלי וצמיחתו בעתיד. שמירה על עלויות סיעוד נמוכות משמעה כי מטופלים יכולים להפנות בצעירותם נתח גדול יותר של הכנסתם לצריכה בלא לדאוג כי לא ייוותר בידם ממון מספיק לכיסוי העלות של טיפול סיעודי אם יזדקקו לו באחרית ימיהם. המשאבים שיופנו לצריכה יביאו לצמיחה כלכלית ולהגדלת הרווחה החברתית, הלא היא "העוגה". יש אם כך הצדקה כלכלית לשמירת עלויות הסיעוד המופחתות. בעקיפין, הגדלת עוגת הרווחה החברתית עשויה להוביל בעתיד גם להעלאת שכרם של עובדי הסיעוד ועל כן אף הם עשויים ליהנות ממנה, אם כי אין הכרח

שם, 46. 11
ראו (1997) INTERNATIONAL SOCIALIST REVIEW (1997) 1 Ahmed Shawki, *China: From Mao to Deng*, www.isreview.org/issues/01/mao_to_deng_1.shtml 12



שאכן כך יהיה (שהרי שיפור קלדור-היקס אינו מחייב את קיומה של חלוקה צודקת של פירות הרווחה החברתית בעתיד).

מנגד, הגדלת עלויות הסיעוד על ידי הכרה בתחולת החוק על עובדי הסיעוד יכולה גם היא להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית. שכרם של עובדי הסיעוד משמש בחלקו לצריכה המופנית לשוק המקומי וצריכה זו תורמת לצמיחתו של המשק. עם זאת, יש להניח כי לפחות חלק משכרם של עובדי הסיעוד מופנה לחסכון או מועבר למשפחות במדינות המוצא ועל כן תרומתה למשק של הכרעה לטובת עובדי הסיעוד פחותה מתרומתה של ההכרעה לרעתם.

גישה כלכלית זו יכולה לפיכך להצדיק את התוצאה הפוגענית בנוגע לתנאי העסקתם של עובדי הסיעוד. ואולם, טמונה בגישה זו החצנה שלילית של עלויות צמיחת המשק בישראל למדינות המתפתחות, העניות. החצנה שלילית היא כשל שוק: שירות נצרך מבלי שהצרכן נושא במלוא העלויות הכרוכות במתן השירות. במקרה כזה, הביקוש לשירות עולה על הביקוש שהיה נוצר בשיווי משקל בשוק תחרותי ללא החצנה שלילית. הבה לא נכבס את משמעותה של הלכת גלוטן במונחים כלכליים – מדובר בפסק דין שהותרו על כנו משמעה ניצול, פשוטו כמשמעו, המזכיר את השימוש בסדנאות יזע במדינות המזרח הרחוק לצורך ייצור בגדים זולים.¹³ ישראל היא מדינה מפותחת המושכת אליה עובדי סיעוד ממדינות מתפתחות, אשר משתמשים בהכנסתם בישראל למימון משפחותיהם במדינות המתפתחות ולהנעת כלכלתן של מדינות אלה. תוצאת הלכת גלוטן היא כי ההון שיוזרם מעבודתם של העובדים הזרים בסיעוד למשפחותיהם ולכלכלת מדינתם יהיה קטן בהשוואה להון שייותר בידי תושבי מדינת ישראל. לפיכך בעקיפין מהווה פסק הדין מנגנון לניצול מדינות המתפתחות על ידי מדינות מפותחות. גם אם הלכת גלוטן מקדמת את הרווחה במשק הישראלי, יש חשש שהיא פוגעת ברווחה החברתית הגלובלית.

היבט כלכלי אחר שזוכה להתייחסות שולית במסגרת הדיון המשפטי הוא האפשרות כי שיפור תנאי השכר או התעסוקה של עובדי הסיעוד ימריץ עובדים ישראלים לפנות לתחום עבודה זה. ניתן לשער כי יהיה לכך אפקט כפול. ראשית כל, כניסת העובדים הישראלים תקטין את הביקוש לעובדים זרים וכך תקטין גם את זליגת ההון למדינות המוצא של עובדי הסיעוד. שנית, פניית עובדים ישראלים לתחום תשפר את מצב התעסוקה ותפחית את הכספים המוקצבים לדמי אבטלה באופן שיאפשר לשחרר תקציב ממשלתי למימון הגמלאות לנזקקי סיעוד שאינם יכולים לשאת בעלות הסיעוד בעצמם.

פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, בפס' 37 לחוות דעתה מציינת השופטת ארבל כי מדינת ישראל התחייבה במסגרת אמנות בין-לאומיות לא להפלות בין עובדים מקומיים לעובדים זרים. ניתן לראות באמנות בין-לאומיות אלה אמצעי שנועד למנוע החצנה שלילית של בין מדינות בדרך של ייבוא כוח עבודה זול.



אכן, הלכת גלוטן מעוררת דילמות כלכליות מורכבות מעבר למסגרת היחסים בין העובד הסיעודי למטופל, אך גם אם נקבל את ההנמקה של שופטי הרוב כי בידי הרשות המבצעת כלים מתאימים יותר לבחינת היבטי רוחב לעומת הכלים המצויים בידי בית המשפט, קשה להבין מדוע נמנע בית המשפט מלקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, בא כוח הרשות המבצעת, שביקש להחיל על עובדות הסיעוד את החוק.¹⁴

2. **מבט ממוקד.** אף אם נמקד את הדיון בנטל הכלכלי שבמוקד המחלוקת ונטען כי בית המשפט מוסמך להכריע בחלוקתו בין שתי הקבוצות בהן מתמקד פסק הדין בלבד, קיימת דרך פשוטה להכריע בסוגיה מנקודת מבט כלכלית. עלינו להטיל את העלות על הקבוצה אשר ביכולתה לספוג או לפזר את העלות בצורה היעילה ביותר. במקרה הנדון, נראה כי קבוצת המטופלים הסיעודיים היא הקבוצה המתאימה לכך. ראשית כל, משום שביכולתם של המטופלים הסיעודיים לבטח עלות זו מראש באמצעות ביטוח סיעודי,¹⁵ דבר שעובדי הסיעוד אינם יכולים לעשות. שנית, משום שחלק מהמטופלים כלל אינם זקוקים לביטוח סיעודי אלא מסוגלים לממן לעצמם מכספם או באמצעות בני משפחותיהם את הטיפול הסיעודי. שלישית, משום שקבוצת המטופלים אשר אינה יכולה להרשות לעצמה את הטיפול הסיעודי נסמכת על גמלת סיעוד של הביטוח הלאומי,¹⁶ שהיא מנגנון ביטוחי הממומן על ידי המדינה שאף היא גורם המסוגל לפזר את העלות בצורה יעילה יותר מהעובדים הסיעודיים. יש להניח כי המדינה תוכל להגדיל את גמלת הסיעוד (או לסבסד את השירות) בהתאם לשינויים בעלויות הסיעוד שייגרמו עקב הכרה בתחולת החוק על עובדי הסיעוד.

בתנאי שוק תחרותי וגמישות בניהול המשא ומתן החוזי בין עובדי הסיעוד למעסיקיהם אמורה התוצאה הכלכלית של הלכת גלוטן להיות זהה לזו שהייתה מושגת אילו התקבלה דעת המיעוט והחוק היה מוחל על עובדי הסיעוד.¹⁷ אסביר: בתנאי שוק תחרותיים היו עובדי הסיעוד דורשים מיד העלאה בשכרם השעתי הרגיל כפיצוי על העדר תשלום בגין עבודה בשעות חריגות.¹⁸ בעקבות זאת הייתה מתייקרת ממילא עלות הסיעוד ושוב היו חלק מהנזקקים נתקלים בקושי לממן את השירות. יש לשער כי כשלים ורגולציה מוגברת בשוק הסיעוד מונעים מעובדי סיעוד להתנהל בדרך זו אך דיון מעמיק בתחרותיות וברגולציה בשוק עובדי הסיעוד נפקד מפסק הדין. השופט ג'ובראן הוא

שם, פס' 18 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

14 יותר ממחצית אוכלוסיית המדינה מבוטחת בביטוח סיעודי. מנתוני משרד האוצר עולה כי עד גיל 75 רק שישה אחוזים מהאוכלוסייה נזקקת לסיעוד ואילו מעל גיל 80 עומד שיעור הנזקקים לסיעוד על 32%. ראו באתר האינטרנט של משרד האוצר: ozar.mof.gov.il/hon/2001/insurance/siudi1.asp. המפקח על הביטוח מחייב את קופות החולים להציע ביטוח סיעודי זהה כדי להקל על המבוטחים ברכישת הביטוח, להימנע מהטעייתם ולאפשר להם מעבר בין הקופות ללא חשש של אבדן הביטוח. ראו מירב ארלוזורוב, "מהפכה בביטוח הסיעוד של קופות החולים: ימכרו ביטוח זהה" **זה מרקר** 22.11.2012 www.themarker.com/consumer/health/1.1871172

15 פרשת **גלוטן**, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לחוות דעתה של השופטת ארבל.

17 ראו בעניין זה לוריא, ליבל ופלדמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 492.

18 ניכר כי השופטים סבורים שתוצאתה של הלכת גלוטן במתכונתה הנוכחית מהווה פגיעה בשכרם של עובדי הסיעוד. ראו למשל פרשת **גלוטן**, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לחוות דעתה של השופטת ארבל.



היחיד העומד על הכשלים הללו ומסיק כי קיומם מחייב לפיכך התערבות רגולטורית ממשלתית לצורך תיקון השוק.¹⁹

ג. בג"ץ כמכשיר לחץ

מרגע שהתחזור לשופטי בג"ץ כי התוצאה המשפטית הסופית (והבלתי נמנעת בעיניהם) מחייבת להותיר את הסדרת הסוגיה למחוקק, קיבל הדיון תפנית הנובעת מתחושת כל השופטים כי הסטטוס קוו אינו פתרון צודק. הדיון נסב מנקודה זו ואילך על השאלה כיצד ניתן להמריץ את המחוקק לטפל בסוגיה בדחיפות.²⁰ במילים אחרות, שופטי בג"ץ גלשו מדיון בשאלה מהו הפתרון הנכון מבחינה משפטית לשאלה מהו הפתרון אשר יניע את המחוקק לפעול. לא עוד הכרעה משפטית טהורה כי אם ההכרעה שיפוטית אסטרטגית.

המייצגת הבולטת של הקו שלפיו על בג"ץ למצוא פתרון שיש בו כדי להפעיל לחץ על המחוקק היא השופטת ארבל,²¹ המציעה שינוי הלכה שמטרתו, במשתמע, לגרום למחוקק לפעול למציאת האיזון המתאים. השופטת ארבל מסכימה לעמדת הרוב כי האיזון הקיים בחוק אינו הולם,²² אבל היא מציעה לגייס את פסק הדין להפעלת לחץ על המחוקק.

במישור המעשי, הצדק עם השופטת ארבל. הסיכוי שהמחוקק ישית ליבו לקריאותיהם הנואשות של השופטים לשינוי החקיקה ("המחוקק, עורה!")²³, כדברי השופט רובינשטיין) ויאזן את פעמיו – קטן למדי.²³ הסיבה

¹⁹ השופט ג'ובראן הוא היחיד שעומד על כך שהתערבות המדינה בשוק עובדי הסיעוד גרמה לעיוותים בתחרות החופשית ובחופש המשא ומתן החוזי באופן המחייב התערבות נוספת של המדינה גם בסוגיה שעל הפרק. ראו שם, פס' 24–25 לחוות דעתו. כדוגמה מציין השופט ג'ובראן את השימוש של המדינה במנגנון של היתרי עבודה. מנגנון זה עשוי ליצור מחסור בעובדים ולגרום לעליית שכר העבודה הנדרש בעבור עבודה זו. כאשר המטופלים אינם יכולים לעמוד בשכר זה מתחייבת בהמשך התערבות הרגולטור על ידי קביעת מחיר מקסימום, פיקוח שימנע יצירת שוק שחור, ומגנון להקצאת העובדים בין המטופלים בגלל ביקוש העולה על ההיצע. השופט ג'ובראן עומד על מערכת הקשרים החוזיים המיוחדת והמורכבת בהעסקת עובדי סיעוד שכוללת מתווכים ומעסיקי ביניים. ראו שם, פס' 1 לחוות דעתו. השופטת ארבל מעירה כי עובדים זרים מועסקים בישראל בתנאים קשים, הם נאלצים לשלם סכומים גבוהים על מנת להגיע לישראל (מדוע? לא נאמר) ועובדים קשה כדי להחזיר סכומים אלו (למי?). ראו שם, פס' 36 לחוות דעתה. נראה אם כך ששוק עובדי הסיעוד אינו שוק תחרותי בלשון המעטה ואף חופש החוזים אינו שורר בו במלוא מובן המילה.

²⁰ מפסק הדין עולה כי המחוקק נדרש לסוגיה אך טרם נמצא פתרון חקיקתי למרות חלוף זמן רב. ראו שם, פס' 13 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס, פס' יד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין ובמיוחד פס' 11 לחוות דעתה של השופטת ארבל.

²¹ שם, פס' 11 לחוות דעתה של השופטת ארבל.

²² שם, פס' 13 לחוות דעתה של השופטת ארבל. שם קוראת השופטת ארבל למחוקק להידרש לסוגיה.

²³ לגישה ספקנית זו מצטרף גם גיא דוידוב "דנג"ץ גלוטן – פס"ד לוכנר בישראל" בלוג המרצים למשפטים של האוניברסיטה העברית 20.3.2013 <http://hebrewu-law.blogspot.co.il/2013/03/blog-post.html>



לכך נעוצה לא רק בעובדה שהעובדים הזרים אינם קבוצת אינטרס אפקטיבית,²⁴ אלא גם משום שהמחוקק אינו נוהג להסכיח לבית המשפט בכל הקשור להמלצות על שינויי חקיקה.²⁵

בפרק הקודם הצבעתי על הקושי העומד בפני בג"ץ בבואו לקבל החלטות חלוקתיות מסוג קלדור-היקס. לא יהיה זה נכון לטעון כי בתי המשפט נמנעים לחלוטין מהכרעות פרשניות כאלה. כך למשל, ההכרעה בהרכב מורחב בערעורו של פקיד שומה גוש דן נגד ההכרה העקרונית בהוצאות השגחה על ילדים להורים עובדים היא החלטה הגורעת מעוגת המשאבים הכללית של תושבי המדינה לטובת עוגת המשאבים העומדת לרשותם של הורים עובדים.²⁶ על אף השוני בנסיבות, דוגמה זו ממחישה גם כי שינוי שיפוטי שיש בו חלוקה מחדש של העוגה מניע גם שינוי חקיקתי מהיר כאשר הכרעת בג"ץ משנה את הסטטוס-קוו ואת חלוקת המשאבים שנקבעה על ידי הרשות המבצעת.²⁷

במישור העקרוני, ההנחה של השופטת ארבל לפיה המרצת המחוקק להניע חקיקה תביא בהכרח לאיזון צודק בין זכויות העובדים הסיעודיים לזכויות המטופלים הסיעודיים מפוקפקת. אם וכאשר תונח הסוגיה על שולחן המחוקק, אין סיבה להניח שקבוצות האינטרס המעורבות בה ויחסי הכוחות ביניהן ישתנו. במקרה כזה, עובדי הסיעוד הזרים יוסיפו להיות קבוצת לחץ חלשה, לא מאורגנת, נטולת יכולת השפעה כלכלית או אלקטורלית. כפי שאין בכוחם של עובדי הסיעוד הזרים היום להניע את המחוקק לשנות את החוק באופן שיכיר בזכויותיהם, כך ספק אם יהיה בכוחם בעתיד להניע את המחוקק לאזן לטובתם את יחסי הכוחות מול המטופלים.²⁸ יש חשש כי ההסדר החוקי שיגובש יהיה מוטה לטובת קבוצות הלחץ החזקות או האטרקטיביות יותר, בין אם אלה המעסיקים או חברות העסקת העובדים הזרים.

²⁴ פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, משורות חוות דעתה של השופטת ארבל מהדהדת התאוריה של קבוצות הלחץ שפותחה על ידי הכלכלן זוכה פרס נובל גארי בקר. ראו Becker, לעיל ה"ש 5.

²⁵ הכנסת נוטה להתעלם מקריאות בית המשפט העליון לתיקוני חקיקה. ראו מחקרם האמפירי של ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקה בית המשפט העליון" **עיוני משפט** לד' 437 (2011).

²⁶ ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (פורסם בנבו, 30.4.2009). עם זאת, ההכרעה בפרשת ורד פרי שונה מענייננו שכן במקרה ורד פרי לא דובר על שתי קבוצות אוכלוסייה מוחלשות אלא על חלוקה מחדש של העוגה בין כלל הציבור לקבוצה אחת (הורים לילדים) הזוכה ככלל לאהדה ציבורית. בהלכת גלוטן עמדה על הפרק הכרעה משפטית בעלת תוצאות חלוקתיות הפוכות, שכן הקבוצה הנפגעת לכאורה מהכרה בתחולת החוק על עובדי הסיעוד תהיה קבוצת המטופלים הסיעודיים הזוכה לסימפטיה ציבורית גדולה, וככל הנראה גדולה יותר מזו של העובדים הזרים.

²⁷ רשות המסים פעלה עוד באותה שנה לביטול פסיקתו של בית המשפט העליון בחקיקה והסדירה את ההטבה להורים לילדים באמצעות הגדלת נקודות הזיכוי הניתנות להורים. ראו: חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 170 והוראת שעה), התשס"ט-2009, ס"ח 2202. מיום 16 ביולי 2009.

²⁸ על איזונים ביחסי העבודה בין עובדי סיעוד זרים למטופלים וביטויים בחקיקה ראו למשל פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, פס' ט לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (אי כבילה למעסיק כהגנה על העובדים מצד אחד, חובת הודעה מראש בהתפטרות כדי למנוע נטישה של מטופלים מצד שני).



לעומת זאת, החוק הקיים הוא פרי של איזון חברתי בין קבוצות לחץ שוות כוחות משני צדי מתרס שוק העבודה – עובדים ומעסיקים. ההסדר המגולם בחוק הקיים קובע חובה לשלם שכר מיוחד עבור שעות עבודה נוספות מעבר לשעות העבודה הרגילות. בעת חקיקת החוק הקיים היו קבוצות עובדים שפרי המשא ומתן החברתי על איזוני החוק הביא להחרגתן ולגביהן נקבעו חריגים בחוק. ניתן היה לפרש את העובדה שהמחוקק בחר שלא להסדיר מנגנון עתידי להוספת חריגים כאימוץ גישה לפיה דפוסי העסקה עתידיים יהיו כפופים לכלל הרגיל, שכן העובדה שדפוסי העבודה משתנים לאורך דברי הימים לא נעלמה בוודאי מהמחוקק גם בעת חקיקתו של החוק.²⁹ דהיינו, סביר להניח שדווקא החלת החוק הקיים על עובדי הסיעוד ולא הסדר חוקי חדש, הייתה משקפת איזון הוגן המנטרל קבוצות לחץ חזקות במיוחד ומבטא את זכויותיה של קבוצת האינטרס המוחלשת של העובדים הזרים.

ד. מרבה התדיינויות מרבה דאגה

שיקולי היעילות מקבלים בשנים האחרונות משקל משמעותי בפסיקת בית המשפט העליון.³⁰ על רקע זה אין זה מפתיע כי החשש מפני ריבוי התדיינויות הוא אחד השיקולים שהועלו על ידי שופטי הרוב כנימוק להחלת החוק על עובדי הסיעוד והותרת יישומו ערכאות הדיוניות של בית הדין לעבודה.³¹

השופט ארבל מציינת נכון בתשובתה לעמדת הרוב כי ריבוי התדיינויות אינו צפוי להימשך לאורך זמן שכן עד מהרה יגובשו כללים ברורים בפסיקה והעומס על מערכת המשפט ירד. גישה זו נכונה, אך גם היא אינה צודקת.³² בענייננו כזכור מדובר בשתי קבוצות אוכלוסייה חלשות והטלת עלויות גיבוש הכללים הפרטניים על גבם של יחידים בעלי יכולות כלכליות מוגבלות ממילא אינה פתרון ראוי בנסיבות העניין.³³

²⁹ השופט הנדל מביע את הדעה כי הסיבה להוצאת העובדים הסיעודיים מתחולת החוק אינה כלכלית אלא נובעת מאי התאמתו של החוק לתנאי העסקה בתחום הסיעוד. ראו שם, פס' 3 לחוות דעתו. מנגד, בפס' 4 לחוות דעתו מצטט השופט הנדל פסיקה התומכת בעמדה לפיה אין בכוונת החוק למנוע תבניות העסקה בלתי שגרתיות ואף מביא מדברי ההסבר לחוק מובאות המסבירות כי החוק התכוון לפרוש את כנפיו מעל כל העובדים במשק. אם כך, לא ברור מדוע לא יחול החוק על תבניות העסקה בלתי שגרתיות אלה כל עוד לא הוחרגו ממנו.

³⁰ לדוגמה מהעת האחרונה השוו לאימוצם של שיקולי יעילות על ידי הנשיא גרוניס, בדרך של חקיקה שיפוטית, בסוגיית רכישת סמכות בין-לאומית בסדר הדין האזרחי במאמרי: עידו באום "חופשה בטורקיה, תביעה בישראל: על שיקולים ציבוריים בדוקטרינת פורום לא נאות" **משפטים** מב 353 (2012).

³¹ פרשת **גלוטן**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס. מנגד, בפסקאות 7–8 לחוות דעתו מסתייג השופט ג'ובראן משימוש בנימוק של ריבוי התדיינויות ודוחה אותו במקרה הנדון.

³² שם, פס' 33 לחוות דעתה של השופטת ארבל.

³³ לדיון בהיבטים הנוגעים להטלת עלויות דינויות על אוכלוסיות מוחלשות ראו: אסף טבקה ועידו באום "להשיב עטרה ליושנה: על מקומה הראוי של הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי" **עלי משפט** ט 175 (2011).



ריבוי התדיינות הוא במידה רבה תולדה של הימנעות בית המשפט העליון מכניסה לעובדי הקורה בסוגיות המובאות בפניו והשקעת מאמץ רב יותר בגיבוש הסדרים פרטניים (rules), לעומת התוויית עקרונות כלליים (standards) שיישומם אכן דורש התדיינות רבות.³⁴

קביעת הסדר מפורט וברור על ידי בית המשפט הייתה יכולה למנוע ריבוי התדיינות. יתר על כן, מי יתקע כף לידי שופטי הרוב כי המחוקק לא יגבש בסופו של יום הסדר חקיקתי עקרוני באופיו שיחייב אף הוא התדיינות רבות לצורך היישום?

בג"ץ היה מטיב לעשות לו קבע כלל חלוקתי ברור לפתרון סוגיית תגמול העובדים הסיעודיים בצורה הצודקת ביותר בעיניו. בהקשר זה יש לציין לשבח את חוות דעתו של השופט הנדל, שבחר להציע בחקיקה שיפוטית פתרון מעשי, אחיד ופשוט ליישום של תוספת בגובה 20% לשכרם של העובדים הסיעודיים.³⁵ פתרון כזה היה מונע ריבוי התדיינות, מרכז את התוצאה הבלתי צודקת אליבא דכל השופטים, חוסך את הפגיעה הנגרמת עקב משך הזמן שיחלוף עד למציאת פתרון חקיקתי (אם וכאשר יתעורר המחוקק) ואף ממזער קמעא את הסיכון מפני הכרעה לא מאוזנת של המחוקק בהסדרת הסוגיה בעתיד עקב פעילותן של קבוצות לחץ.

³⁴ יש לציין בהקשר זה את הניסיון הכן של השופטת ארבל, בפרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, בפס' 31 לחוות דעתה, להציע הסדרים מעשיים לפתרון המצוקה שעלולה להיווצר עקב הכרה בתחולת החוק על עובדי סיעוד. יש לציין כי מקריאה מדוקדקת של ההסדרים המוצעים עולה כי השופטת ארבל מניחה הנחה סמויה כי לנזקקים יש תמיד בני משפחה שיוכלו לסעוד אותם בשעות שבהן לא ניתן להעסיק את עובד הסיעוד. יצוין כי גם המדינה מניחה הנחה זו. ראו באתר האינטרנט של משרד האוצר שבו נקבע כי "האחריות העיקרית על הטיפול בחולה הסיעודי מוטלת על בני המשפחה של החולה":

[.insurance/siudi1.asp/2001/hon/ozar.mof.gov.il](https://www.insurance/siudi1.asp/2001/hon/ozar.mof.gov.il)

פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לחוות דעתו של השופט הנדל.

³⁵