

רקוויאם לקשר קיבוצי: על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על העובדים

הדרה בר-מור *

א. פתיח ב. ההסכם הקיבוצי - פרי פיתוח חברתי המצמיח תועלת כלכלית בעלת השלכות משפטיות 1. ההיסטוריה החברתית בשירות שכלולו של ההסכם הקיבוצי 2. תפיסת הצדק החוזי והיעילות המצרפית - מתקפה בינתחומית על קשר העסקה אישי לשם ביסוס הקשר הקיבוצי 3. האידיאולוגיה הקיינסיאנית - מצע אידיאולוגי לצמיחתו של ההסכם הקיבוצי 4. האידיאולוגיה הקיינסיאנית בדמותה הישראלית 5. האידיאולוגיה הקיינסיאנית בהתגלמותה השיפוטית **ג. הימין החדש ודחיית התפיסה של מדינת-הרווחה** 1. פתיח 2. הימין החדש, כלכלת-השוק ונפילתה של האידיאולוגיה הקיבוצית 3. רוחות הימין בישראל והשפעתן על משפט העבודה **ד. ההסדר המשפטי לביטול הסכם קיבוצי** 1. הוראות החוק 2. סייגים לתחולתן של הוראות הביטול 4. חוסר הסימטריה של הוראות הביטול בחוק ההסכמים הקיבוציים **ה. ההשלכות של ביטול ה"מונופול" הארגוני בעידן של יחסי עבודה משתנים** 1. כרסום יתרונותיו הכלכליים של הקשר הקיבוצי והשלכותיו על קבוצות עובדים שונות 2. התפתחותו המעשית של הליך הביטול של ההסכם הקיבוצי בישראל 3. גישת בתי-הדין לעבודה לביטולו של הסכם קיבוצי בעניין חיפה כימיקלים 4. תוצאתו של פסק-הדין בעניין חיפה כימיקלים על רקע חוסר האיזון של חוק ההסכמים הקיבוציים **ו. השלכות ביטולו של ההסכם הקיבוצי** 1. ביטול הסכם קיבוצי - זכויות אישיות של העובד 2. השפעת אופיין הדיספוזיטיבי של "הזכויות האישיות" על כושר המיקוח של הצדדים לחוזה העבודה **ז. זכות הקניינית של העובד לקשר עבודה מאורגן** 1. הגדרת הזכות הקניינית במקום העבודה 2. ההשתקפות של שינוי השיח הקנייני בתפיסות-היסוד של הפירמה כמרכז המקדם מטרות חברתיות 3. פיצוי בגין שלילת זכותו הקניינית של העובד כתוצאה מהפרת חוזה נגדו **ח. אינטרס ההסתמכות כמקור ליצירת זכות מוגנת** 1. הביטחון התעסוקתי ו"ההסתמכות" עליו 2. ההגנה על ההסתמכות - פיתוחה של הזכות החוזית שנוצרת בין צדדים לחוזה-יחס 3. הגנת ההסתמכות בזכות בעלת אופי חוקתי בינלאומי 4. מודל "הגמול הדחוי" כבסיס להוכחת הפרה של קשר חוזי 5. חשיבותו של הקשר הקיבוצי כמודל אולטימטיבי לקידום הפוטנציאל האישי של האדם העובד 6. יעילותו של ביטול ההסכם הקיבוצי כמכשיר להקצאת כוחות חדשה בפירמה **ט. זכותו של עובד לאגד הביטחון התעסוקתי מכוח כללי חוזה לטובת צד שלישי** **י. ביסוס הגינותה (תום-ליבה) של התביעה לפיצוי עובדים** **יא. פיצוי כתרופה אישית וכימותו** 1. סעדים חלופיים לפיצוי 2. הפיצוי כסעד 3. כימות הפיצוי **יב. סוף-דבר**

* מרצה בכירה, המכללה האקדמית נתניה.

א. פתיח

שני תהליכים רבי-עוצמה בעלי השפעה הדדית מטביעים את חותמם על מערכת יחסי העבודה. מצד אחד, הולכות ומתגבשות זכויות-יסוד שהיקף פרישתן משליך בהכרח על האדם כיצור עובד. מצד אחר, גיבושן של זכויות-היסוד מושפע מן ההשלכות הרפלקסיביות שיש למעבר המשק ממודל של יחסים קיבוציים למודל של יחסי עבודה אישיים. תהליכים אלה הינם תוצאה של קונפליקט רב-פנים, וכאשר ניישם זאת במערכת יחסי העבודה הקיבוציים, נמצא מתח משולש.

ראשית, המתח הקיים בין חקיקת עבודה של ראשית המדינה, המשקפת אידיאולוגיה קיבוצית-סוציאליסטית, לבין מציאות יחסי עבודה, שהינה בעלת מגמה קפיטליסטית-ליברלית הממירה את המודל הקיבוצי הקלסי במודל חוזה אישי, או לכל היותר במודל קיבוצי מעורב.¹ מתח כזה משתקף היטב בבג"צ עמית בו נידונה בקשתה של עמותה לקבל הכרה כארגון עובדים אף-על-פי שחלק מחבריה לא היו עובדים שכירים. שנית, המתח הנוצר בין חקיקת-היסוד המשקפת אידיאולוגיה אינדיווידואליסטית, שמעמידה את הפרט וקניינו במרכז, לבין ערכי-יסוד וחירויות-יסוד שנקלטו אל תוך פסיקת העבודה.² מתח כזה מתבטא, למשל, בבג"צ בזק,³ בו התעוררה שאלת ההיקף של זכות שביתה המופנית כלפי הריבון בעניין המשפיע על תנאי העבודה של העובדים.

שלישית, המתח שנוצר בין הצורך להגן על זכויות-היסוד של הפרט לבין השאיפה להגן על הפרט העובד מפני זכויות-היסוד של המעסיק בעל הקניין.⁴ המתח הראשון שהצבעתי עליו רלוונטי לשיח זכויות-היסוד כאן רק בהקשר בו הוא מוליך אותנו אל הקונפליקט שנוצר כתוצאה מהדילמה המשקפת את המתח השני בעניין הגדרת ערכי-היסוד וחירויות-יסוד. השופט זמיר, בבג"צ עמית, מתאר אפשרות לפיה יהיה ניתן לשנות את התפיסה הקיבוצית של חוקי העבודה לכיוון אינדיווידואליסטי-ליברלי בהשפעת השינוי במרקם החברתי או במערכת הפוליטית באמצעות רפורמה יסודית בחוקי העבודה. והנה, למעשה, ניצניו של שינוי כזה כבר משתקפים בחוק העסקת עובדים על ידי חברות כוח אדם, תשנ"ו-1996,⁵ המקבל

¹ ראו בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם) (להלן: בג"צ עמית).

² שם, סעיף 25 לפסק-הדין.

³ בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה ובזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485.

⁴ ראו בג"צ 450/97 תנופה שירותי כח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי, שר העבודה והרווחה, (טרם פורסם).

⁵ ס"ח 1578, ע' 201.

כעובדה מוגמרת העסקה קבועה של עובדים באמצעות חברות השמה, ומרמז על השלמת המחקק עם אינדיווידואליזציה של מערכת יחסי העבודה. אם כזו היא המציאות הסטטוטורית, הרי ברוח הוראתו של השופט זמיר, שומה על בתי-המשפט ובתי-הדין לקלוט מגמה זו אל תוך "ערכי היסוד", וליישם אותה בעת פרשנות מושגי-יסוד מתחום משפט העבודה הקולקטיבי.

פרשנות כזו מזמינה את המתח השלישי המעמדת בין זכויות-היסוד של הפרט-המעביד-המנהל, כגון זכות הקניין ופררוגטיבת הניהול, לבין זכויות הפרט-העובד לביטחון תעסוקתי ולביסוס כושר המיקוח הקיבוצי. אולם זכות זו של

כושר מיקוח קיבוצי שייכת לצד הקיבוצי של זכויות עובדים, ואינה מעוגנת עדיין בחוק בעל ערך נורמטיבי חוקתי. הזכות המשלימה אותה - זכות השביתה - הוגדרה על-ידי פרופסור אהרון ברק כזכות אדם הלכתית, והוא היה מוכן להכיר בה כזכות אישית במסגרת הקולקטיב.⁶ הכרה זו נעשית באמצעות טכניקת "הגזרה", מכוחה זכות האדם מתפשטת ו"לוכדת" בגדרה גם זכויות שאינן מפורשות-מפורטות בחוק-היסוד, אך נטועות היטב בהשקפת-העולם של השופטים-הפרשנים. השופט ברק מאפיין אותן כ"זכויות מסגרת בעלות פריסה פתוחה".⁷

חלק מהשופטים שואפים ליצוק אל תוך המיכל של זכויות המסגרת תכנים ההולמים את תפיסתם-הם באשר לעקרונות-היסוד של החברה הישראלית. חלק אחר של השופטים מביטים דווקא מבעד לפריזמה צרה יותר על גזרת זכויות-היסוד, ונרתעים מלגזור מגזרות (שלדעת חלק מהציבור הן גזרות) מבלי להיעזר במספריים הקונסטיטוציוניים של המחקק.⁸

במרכזה של מערבולת רבת-מתחים זו ניצב ההסכם הקיבוצי כמוסד, כערך, כמטרה. ההסכם הקיבוצי מגלם את הקונסנזוס החברתי-המשפטי באשר ליתרונו של יחסי העבודה הקיבוציים. ניתן להגדיר את ההסכם הקיבוצי כנקודת האיזון בין ציפיותיו של המעביד מקשר של העסקה לבין ציפיותיו של העובד מיחסי עבודה. ההסכם הקיבוצי משקף את הסכמתם המשותפת של המעסיק והעובדים כי תלותם ההדדית תפיק לכל אחד מהם תועלת רבה יותר. ביטולו של ההסכם הקיבוצי פירושו, אם-כך, זעזוע ביחסי העבודה הקיבוציים. משמעותו עלולה להיות שינוי בתשתית הבסיסית של קשר העבודה הקיים.

⁶ א' ברק פרשנות במשפט. כרך שלישי: פרשנות חוקתית (ירושלים, 1994) 431.

⁷ שם, בע' 258.

⁸ ראו השופט זמיר בבג"צ 454/94, 453 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; ודעה שונה במקצת: השופט דורנר בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132-131; תיאור מפורט של פרישת הדעות מצוי במאמרו של הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 265.

על ביטול ההסכם הקיבוצי ומשמעויותיו, על זכויותיהם החוקתיות של הצדדים ועל ההשלכות החברתיות והכלכליות מביטול זה ככוונתי לדון במאמר זה.

טענתי היא כי לצורך ניתוח מהותו של אקט ביטול ההסכם הקיבוצי יש להשקיף על ההסכם הקיבוצי לא רק כעל מוסד המשקף רעיון חברתי, אלא לראות בו מוסד בעל ריבוי משמעויות. הראשונה היסטורית-אידיאולוגית, לפיה הוא מוסד המבסס איזון בין כוחות המיקוח של שני הצדדים ליחסי עבודה, שאלמלא שכלולו, היו סובלים מחד-צדדיות.

באידיאולוגיה זו כלולה גם התפיסה הסוציאליסטית-הקולקטיביסטית של ביטול הפרט מפני הקולקטיב. מכוחה של תפיסה זו הועדף חופש החוזים הקולקטיבי על חופש החוזים האינדיווידואלי כדי להבטיח את העלאת רמת החיים של כלל ציבור העובדים. מהיבט זה, ההסכם הקיבוצי הוא מוסד שדואג למצרך ופונה אל המועסק הממוצע יותר מאשר משמר את מעמדו של העובד האינדיווידואלי שהעדפותיו שונות משל חבריו. בד בבד ההסכם הקיבוצי מסמל את המשמעות השנייה, שהינה פרגמטית-כלכלית, לפיה הוא מכשיר לקידום האינטרסים של המעסיק, מחד גיסא, והפרט-העובד, מאידך גיסא. בהקשר זה יש לתאר את מעמדו של ההסכם הקיבוצי ככלי לביטוי העדפותיהם של כל הצדדים להסכם, ובכללן את האוטונומיה של העובד כפרט המפיק הנאות מעצם קיומו של ההסכם כמו גם מהוראותיו.⁹ בשיטה הישראלית, שאין בה חובה סטטוטורית לקיים משא-ומתן קיבוצי ויחסי עבודה מאורגנים, חזקה על כל מפעל שכבר נמצא במסגרת זו כי בחר בה מרצונו החופשי, מתוך העדפתו של הסדר זה.

לפיכך, הכרזה על ביטולו של הסכם קיבוצי היא אקט בעל השפעה דרמטית על קשר העבודה המפעלי. כל עוד אקט הביטול הוא רק ביטוי לאי-שביעות-רצונו של אחד הצדדים מן ההסכם הקיים, ניתן לומר שהוא משמש שלב-ביניים במאבק להשגת הסכם קיבוצי בתנאים טובים יותר. אולם ביטול ההסכם קיבוצי הכרוך בסיום הדפוס של יחסי העבודה הקיבוציים הוא פעולה המסמנת השגת יעד כלכלי באמצעות שינוי אידיאולוגי: "הפרטת" יחסי עבודה באמצעות שינוי תשתיתם - מקיבוצית לאינדיווידואלית. הזכות למשא-ומתן קיבוצי הינה צלע אחת במשולש הזכויות המהוות את חופש ההתאגדות.¹⁰ משמעות ביטולו של הסכם קיבוצי היא למעשה שלילת זכותו של הארגון לממש את זכותו למשא-ומתן קיבוצי. במעשה

⁹ על התאמתו של מכשיר זה לררישותיהם של המשתמשים תעיד ההפרדה בין ההסכם הקיבוצי הכללי לבין ההסכם הקיבוצי המיוחד, כך שייחודיותה של יחידת המיקוח המפעלית תוכל להתבטא במסגרת מיוחדת לגביה.

¹⁰ הזכויות הן: זכות ההתאגדות, זכות למשא-ומתן קיבוצי וזכות השביתה. ראו על כך, למשל: Prof. N. Valticos & Prof. G. von Potobsky *International Labour Law* (2nd ed 1995) 94-100.

כזה יש כדי לפגוע בזכויותיו החוקתיות של הארגון ולהאיר את אקט הביטול בזרקורי השיח החוקתי.

אך לפני שנרחיק לעלות במעלה הסולם החוקתי-הציבורי, אני מציעה לדון באקט של ביטול ההסכם הקיבוצי בכלים היומיומיים "הקונוונציונליים" של הפרת הסכם ונטילת קניין. ביטול קשר קיבוצי הוא שינוי קיצוני ביחסי העבודה, הוא מערער את כל ההבנות וההסכמות עליהן הסתמכו הצדדים לקשר העבודה ויש בו הפרה טוטלית של בסיס היחסים הקודמים.

לשיטתי, העסקה במסגרת מאורגנת היא זכות רב-ממדית. ממד אחד נוגע בזכויותיהם הקיבוציות של הצדדים להסכם הקיבוצי, שהזכרתיו לעיל ולא אעסוק בו כאן. ממד אחר נוגע בזכויותיהם האישיות של הצדדים להסכם הקיבוצי. עיקר ענייני במאמר זה הוא המימד האישי (והאנושי) של זכויות העובדים - כפרטים, כיחידים, כיצורים בעלי מאוויים וציפיות, אך גם כישויות משפטיות בעלי זכויות מכוח הדין. מהותן והיקפן של זכויות כאלה, הדבקות בעובדים בזכות היותן עצמאיות נוסף על הווייתן ההסכמית-הנורמטיבית, ייבדקו לשם ביסוס הטענה כי ההשפעות האישיות של ביטול קשר קיבוצי שאינו כרוך בפיטורים גוררות פגיעה כלכלית ומשפטית. אבהיר את כוונתי: סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים מקנה לעובד כפרט זכות בעלת משמעות יחסית בעת פקיעת תוקפו של ההסכם הקיבוצי. מכוחו, כל עובד זכאי ליהנות מהמשך תוקפן המרשה של זכויותיו האישיות. במצב זה המעסיק מנוע, כמאמרו של השופט ברק בבג"צ מילפלדר¹¹ מלבטל חד-צדדית תניה כלשהי בחוזה האישי, למעט חריגים מספר. כך העובד מוגן מפני שרירות חד-צדדית של המעסיק. על-פי המצב הקיים, מעסיק החפץ לשנות הוראה כלשהי בחוזה אישי יכול לנקוט באחת הדרכים הבאות: להגיע להסכמה עם העובד לגבי שינוי ההוראה, או לבטל את החוזה האישי הקודם ולפתוח במשא-ומתן לחתימה על חוזה חדש שמסגרתו ותוכנו יותאמו לדרישות החדשות של הצדדים. כללים אלה מסדירים את אופן ביצועם של שינויים בהוראות החוזה האישי בעלות מעמד נורמטיבי שמוצאן בהסכם קיבוצי או בחוזה אישי בעל ייחוס קיבוצי קודם פגום. כללים אלה עוסקים בפרטי ההסדרה של המשך הקשר האישי מתוך תפיסה כוללת של השארת ההסדר הקיים והגנת העובד מפני שינוי חד-צדדי שרירותי.

אולם כללים אלה אינם מטפלים בבידוד ערכו הייחודי והשפעתו של הקשר הקיבוצי על יחסי העבודה; כללים אלה אינם נוגעים בהשפעת המסגרת שיש לקשר הקיבוצי על החוזה האישי בכללותו; הם אינם נוגעים בהשלכות משקלו הסגולי של הקשר הקיבוצי על חוזהו האישי של העובד. כוונתי היא לביטחון התעסוקתי כערך שאינו מתבטא בהוראות הנורמטיביות של ההסכם הקיבוצי, ולכן אינו נקלט אל תוך חוזה העבודה האישי. דווקא ההוראות ברמה האובליגטורית, מסוג של שיתוף הוועד

¹¹ בג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210.

בהליכי קידום, תקנים ופיטורים, אינן נכנסות למסגרת הוראות נורמטיביות, ולכן סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים אינו חל עליהן.

במאמרי זה אני שואפת לטפל במהות ההשלכות הכלכליות-החברתיות של ההסכם הקיבוצי על קשר ההעסקה ברמה האישית ובנוק שנגרם לקשר זה בעת ביטול הקשר הקיבוצי. לקשר הקיבוצי יש ערך כלכלי המשתקף בחוזה האישי. ערך זה מתבטא, לטענתי, בזכויות משפטיות הנובעות מהקשר המשולש שנוצר בין העובד למעסיק, מחד גיסא, ובין העובד למקום עבודתו, מאידך גיסא. במילים אחרות, קשר העבודה הקיבוצי לא רק שהוא מפיק זכויות במישור האובליגטורי ובמישור הנורמטיבי, אלא הוא כשלעצמו זכות בעלת ערך נורמטיבי שניתן להגדירה במונחים משפטיים ולהמירה לערכים כלכליים. מנקודת-מבטי, קשר זה הוא בעל היבטים חוזיים וקנייניים. לעובד כפרט זכות מוקנית ליחסי עבודה מאורגנים אם היו כאלה כאשר החל לעבוד במפעל או אם נוצרו כאלה במהלך עבודתו.

הקשר קיבוצי מעניק לעובד סל של זכויות המיתרגמות הן לרמה קיבוצית והן לרמה אישית. לפיכך, ביטול הקשר הקיבוצי לא רק שיש בו כדי לבטל חלק מהזכויות הקיבוציות, אלא שהוא גם בעל השפעה על איכות חלק אחר של הזכויות. פגיעה איכותית זו בזכויות היא הבסיס לטענתי בדבר זכותם של העובדים הנשארים במקום העבודה לפיצוי. את המקור לפגיעה כזו יש לחפש בנימוקים משפטיים בעלי אופי קנייני וחוזי כדלקמן:

ראשית, הקשר הקיבוצי הוא בעל ערך קנייני. העסקה במסגרת מאורגנת היא זכות רכושית, ולפיכך פגיעה בה דומה לפגיעה בזכויות קנייניות אחרות. צד המפר איוון זה חייב לפצות את הצדדים האחרים להתקשרות. הטעם לכך נעוץ בשיטה המשפטית עצמה. בדיני העבודה בישראל אין, מצד אחד, חובת ניהול משא-ומתן קיבוצי, בעוד שמהצד האחר קיימת אפשרות לביטול הסכם קיבוצי. יש לאזן אסימטריה זו באמצעות הגדרת הערך העצמאי של יחסי העבודה הקיבוציים. את הקשר הרכושי של האדם למקום עבודתו ניתן לבסס הן על תפיסה חדשה של הזכות הקניינית והן על דוגמות מתוך חקיקת העבודה עצמה. לפיכך, המסקנה הישירה העולה מתיאוריה זו היא כי ביטולם המוחלט של היחסים הקיבוציים חייב לבוא רק בהסכמת שני הצדדים; והסכמה זו ניתן "לרכוש" באמצעים שונים, כגון פיצוי הצד הנפגע.

שנית, לקשר הקיבוצי יש היבטים בעלי מאפיינים חוזיים כלפי העובד כפרט. כל אחד מהמאפיינים החוזיים מבסס יריבות אישית בין המעסיק לעובד, ומקנה לעובד זכות לתבוע פיצוי בגין הפרתו. עם מאפיינים אלה נמנים הביטחון התעסוקתי והזכות לאכיפתו במישור הקיבוצי, וההסתמכות על הקשר הקיבוצי כעל חלק מהאינטרס החוזי של העובד.

כדי לבסס את טענותי אלה אתאר בפרקים הראשונים את משמעותו של ההסכם הקיבוצי בהיבט הכלכלי שלו, על-מנת לעגן את ערכו החברתי-האידיאולוגי ואת חשיבותו הכלכלית לעובדים. לאחר-מכן אתאר את ביטול ההסכם הקיבוצי כחלק

מהמציאות הנוהגת בארץ ובעולם של מעבר מתשתית קיבוצית לתשתית של יחסים אישיים, ובתוך כך אשלב את עניין **חיפה כימיקלים** כחלק ממצייאות זו. פסק-דין זה מובא רק כדוגמה למקרה קונקרטי של ביטול הסכם קיבוצי מתוך מטרה להמשיכו. הוא משרת אותי לצורך הצגת הבעיות ברמה האישית הנובעות מביטול ההסכם הקיבוצי. לעומת זאת, איני דנה באופן ממצה בסוגיה של ביטול הסכם קיבוצי כאקט משפטי של ביטול הסכם, שהיא נושא בעל היבטים חוזיים שיש לטפל בו באופן נפרד.

לבסוף אציע דרך להתמודד עם מציאת האיזון בין זכויותיו של המעביד לבין ההיבטים הקנייניים והחוזיים של זכויות העובדים באמצעות תשלום פיצויים לעובדים שנותרו כאשר פחות מחצי תאורתם בידם. על הפיצוי כתרופה בסיטואציית הביטול ועל כימותו אדון בפירוט בסעיף האחרון של המאמר.

ב. ההסכם הקיבוצי - פרי פיתוח חברתי המצמיח תועלת לכלית בעלת השלכות משפטיות

1. ההיסטוריה החברתית בשירות שכלולו של ההסכם הקיבוצי

התפתחותם של הסכמים קיבוציים כמנגנון להסדרת יחסי עבודה נטועה היטב בהיסטוריה החברתית הן ביבשת אירופה והן בארצות-הברית. עובדים התאגדו כדי להשוות את תנאי עבודתם של מועסקים בעלי מקצוע זהה.¹² אולם בצורתם המשוכללת יותר היוו ההסכמים הקיבוציים דרך לשיפור שכרם ותנאי עבודתם של העובדים. ניתוח כלכלי של ההסכם הקיבוצי הראה כי תנאי הכרחי לגיבושו ככלי יעיל הוא התערבות המחוקק. התערבות כזו נעשתה משני אגפים. מצד אחד, לשם שימור כוחו ומעמדו של ההסכם הקיבוצי עצמו, ננקטו אמצעי הגנה על זכות ההתאגדות ועל זכות השביתה. מצד אחר פותחו חוקי מגן ברמת הפרט כדי שישמשו נורמות בסיס למשא-ומתן קיבוצי מתקדם.

מנגנון השוק כשלעצמו לא השכיל לשכלל את התנאים לעיצובו הרצוני של מסמך קיבוצי לשם הפעלתו. עד לשכלולו של מכשיר כזה פעל השוק בחוסר איזון מבחינת קשר העבודה. הכרה בחוסר איזון כזה מדווחת לא רק באירופה ובאי הבריטי, אלא גם בארצות-הברית, שמעסיקיה עשו הכל כדי לטרפד אימוצו של הסדר משפטי בו ייאלצו, כמציעי עבודה, לנהל משא-ומתן עם גוף שאינו מספק להם ישירות את העבודה נשוא ההסכם.

¹² ראו, למשל, ד' בן-מאיר **ההסדרות** (כרטא, 1978) 12-33; ג' קולקא **חירויות הפרט והמבנה החוקי בדמוקרטיה פדרלית** (האוניברסיטה הפתוחה, תל-אביב) 493-494.

כלומר, בכל מקום בו אומץ ההסכם הקיבוצי כמוסד המחליף את ניהול המשא-ומתן בין עובד למעסיקו כדו-שיח אישי, היתה זו המערכת החברתית שכפתה על המערכת הכלכלית שידוד מערכות ערכי. ההסכם הקיבוצי כעסקה כלכלית הרי אינו משקף מצב טבעי; התופעה "הטבעית" היא זו בה המעסיק והמועסק מתקשרים ביניהם ישירות, ולא באמצעות גורם מתווך, ליצירת חוזה-יחס. בחוזה כזה צד אחד מתחייב לספק עבודה בשכר קבוע בתמורה

להתחייבות נגדית של הצד האחר לבצע עבודה בשכר קבוע. כל זאת בלי להתחשב במצבו של שוק העבודה או של שוק המוצרים. גם אם יהיו שינויים בשוק המוצרים ויקטן הביקוש למוצרים שהמעסיק מייצר, הוא מתחייב כלפי העובד להמשיך לשלם לו מחיר קבוע, ובכך גם לספק ביטוח מפני חוסר עבודה. לעומת זאת, העובד מתחייב לעבוד במחיר קבוע גם בתקופה בה יהיה ביקוש לעובדים, ובכך לספק למעסיקו ביטוח מפני מחסור בעובדים ומפני הצורך לגייס עובדים במחיר גבוה. ההסדר החוזי הזה מבוסס אם-כן על שיתוף-פעולה¹³ שנובע מהסכמה המושגת בעקבות משא-ומתן חופשי.

אך למרות טבעיותה של התופעה, הגיעה החברה למסקנה כי הצדדים המעורבים בה אינם יוצאים מנקודת-מוצא של שוויון. כדי שחוזה יפיק תוצאות רצויות לשני הצדדים, עליהם לבוא אליו מעמדה זהה. בדרך-כלל, מעמדם של העוסק והמועסק אינו באותה רמה. המעסיק מייצג פירמה שמרכזת הון, כלומר, היא תאגיד שמהווה קיבוץ של משאבים כלכליים, לעומת העובד, המציע רק את משאבו הפרטי - הונו האנושי. מצב זה מזמין חוסר שוויון אינהרנטי למרות שתי ההנחות הבסיסיות שאתאר להלן.

הנחה אחת היא שהאדם הוא יצור רציונלי האמור להתקשר רק בהסכמים שישיאו את עושרו האישי, והנחה אחרת היא כי האדם פועל רק לקידום האינטרס העצמי שלו תוך התעלמות מצירכי זולתו, ומנגנון השוק החופשי מסדיר את אנוכיותם של הפרטים המתקשרים, שהתחרות מרסנת אותם מפני שרירותיות. בסיס זיהויו של חופש החוזה עם יעילות כלכלית היא האמונה שחופש חוזי הוא חלק מהאידיאולוגיה לפיה חופש החוזים הוא חזות הכל, ולכן אין להתערב בו.

2. תפיסת הצדק החוזי והיעילות המצרפית - מתקפה בינתחומית על קשר העסק אישי לשם ביסוס הקשר הקיבוצי

בד בבד ובמקביל לתפיסת הליברטריאניות החוזית התפתחה גישת הצדק החוזי המבוססת על הרעיון של הגינות תנאי החוזה. באמצעותה התפתחה תורת "התמורה

¹³ ד' פרידמן, נ' כהן חוים (כרך א, תל-אביב, 1991) 6 (להלן: פרידמן וכהן).

ההוגנת", שדרכה נומקה ההתערבות בחופש החוזה.¹⁴ זאת מאחר שבאידיאל של אוטונומיית הרצון כבסיס לפעילות כלכלית יעילה נבעו בקיעים. בעוד התיאוריה של חופש החוזה מניחה מגוון רחב של אפשרויות בחירה והיצע של מקומות עבודה, היתה המציאות שונה לחלוטין. בעולם של חוזי עבודה אישיים ונטול הסכמים קיבוציים, כוחו של הפרט מחפש העבודה מול המעסיק מחפש העובדים לא עמד לו להשגת תנאים הוגנים בעבור עבודתו. יתרונה של תפיסת המתירנות החוזית התברר כתקף ביחס למעסיקים, אך לא ביחס לעובדים. כך נפגעה גם יעילותה המצרפית של הגישה הדוגלת בשיטה כזו. הסיבות מנויות להלן:

ראשית, במצב של חיפוש עובדים חסרי התמחות מעמדו של המעביד איתן יותר. מה לו שמעון ומה לו שרית אם מה שחשוב לו הוא ביצוע פעילות נטולת איפיון מקצועי.

שנית, גם כאשר המעסיק מחפש עובדים מקצועיים, ההון שגייס המעסיק הוא כשלעצמו מצבור של עוצמה שמפר את האיזון בינו לבין עובד יחיד.¹⁵ **שלישית**, חוזה העבודה הוא למעשה הסכם לניצול מונופוליסטי. בניתוח תיאורטי ניתן לאפיין את הבעיה כ"מבוי סתום" (Lock-In). התופעה מתרחשת כאשר העובד המנוצל מתחיל להרגיש ביטחון ועליונות כלפי המעביד-המנוצל, אולם בשלב מאוחר יותר יתברר כי אין לתחושה על מה לסמוך; זאת, אף-על-פי שבעת ההתקשרות היו לעובד המנוצל אפשרויות בחירה אחדות, והמנוצל התמודד על שירותי המנוצל עם מתחרים אחרים. תופעה כזו מתרחשת בהתקיים שני מצבים. האחד, כאשר יצירת קשר העבודה כרוכה בהשקעה אישית מהותית של העובד,¹⁶ ואשר לא יהיה אפשר לקבל את ערכה המלא בחזרה בעת ניתוק הקשר. האחר, הקשר עתיד להתמשך על פני תקופה ארוכה, להיות בעל אופי בלתי-צפוי וסבוך, כך

¹⁴ אומנם, במשפט האנגלו-אמריקאי וגם במשפט הישראלי לא הספיקה גישה זו להצדקת פגיעה באוטונומיה של הצדדים, אולם כשלעצמה, היא זעזעה את גישת החופש החוזי המוחלט. ראו על כך פרידמן וכהן, **שם**, בע' 21.

¹⁵ ראו על כך: Paul Davies and Mark Freedland *Labour Legislation and Public Policy* (Oxford, 1993), (להלן: פרידלנד ודייוויס) בהם מסתמכים גם על: B. Bercusson "Workers, Corporate Enterprise and the Law". (*Labour Law in Britain*, R. Lewis, ed., Oxford, 1986) 134-137.

¹⁶ לשון הכתוב כאן ולכל אורך המאמר היא זכר, ולא נקבה, למרות הנוהג המקובל כיום. ולא בכדי. הטעם לכך הוא כדלקמן: מאחר שאני מדברת כאן על עובד מנוצל, אני מעדיפה לנקוט בלשון זכר, שכן אשה עובדת חשופה במעמדה כמועסקת לפגיעות נוספות על אלה של עובד זכר. יתר על-כן, מאחר שנושא המאמר מתייחס למצב ניטרלי מבחינת השפעתו על העובדת והעובד, החלטתי להשתמש בלשון זכר כדי להימנע מן ההשלכות המיוחדות שיש לכל פעולה בתחום העבודה על העובדת כבת למעמד שהוכר כמופלה.

שהיבטים מהותיים בו אינם ניתנים לצפייה ולהסכמה מראש אלא תלויים בנסיבות המיוחדות באותו זמן. בהתרחש שני אלה הולך ומתברר לעובד מצבו המאולץ: הוא צפוי לאבד את ברירת ההגנה של ניתוק הקשר בעלות אפסית לגביו אם יפעיל המעסיק-המנצל את תכסיו.

תהליך זה ניתן לתיאור כדלקמן: לפני עובד מקצועי צעיר בעל כשירויות אחדות, שזה עתה רכש כישורים בעת לימודיו בהתאם לצורכי השוק, עומדות כמה אפשרויות תעסוקה. בשלב זה יוכל עדיין לתמרן בנקל בין מקומות עבודה שונים כדי לשפר את תנאיו, שכן בטווח של שנים מספר יהיה מקצועו מבוקש. המעסיק יכול כמובן ליהנות מהיצע העובדים בתחום המבוקש, ולכן החלפת העובד תיעשה בעלות נמוכה יחסית. אולם בשלב מסוים, כאשר העובד מתביית אצל מעביד מסוים, ניידותו פוחתת עם השנים מסיבות אחדות. סיבה ראשונה: העובד ביצע השקעת הון ספציפית במפעל שהוא מועסק בו. הוא התאים את כישוריו לדרישותיו המיוחדות של מקום עבודתו. הוא הסכים לקבל שכר נמוך מזה שהוצע לו במקומות אחרים, מתוך ציפייה שכאשר יוכיח עצמו כמוכשר, יצרני ונאמן, הוא יתוגמל באמצעות קידום ותנאי שכר העולים על אלה שבשוק. עובד כזה יימנע מלעזוב את מקום עבודתו מאחר שיפסיד את הגמול על השקעתו. סיבה שנייה: עובדים רוכשים במהלך השנים השתלמות מקצועית ספציפית מאוד הקשורה במיוחד למקום העבודה. ידע זה מיטיב עם המעסיק, אך מקטין את ניידותם של העובדים. סיבה שלישית: לעיתים קרובות העובד בונה את כל חייו סביב מקום העבודה ומשקיע בו השקעה אישית בעלת היבטים פרטיים.¹⁷ זוגתו מצאה מקום עבודה באותה סביבה וילדיו לומדים באותו בית-ספר. בהצטבר כל אלה, המעסיק נמצא בעמדה עדיפה, בה הוא יכול להכתיב לעובד את שכרו ולהעמידו על מדרגה גבוהה דיה למנוע אותו מלעזוב, אך נמוכה במידה שיש בה כדי לנצל לרעה את השקעתו הראשונית והמתמשכת.

בהיות החוזה בין העובד למעסיק חוזה מתמשך לקבלת שירות, הערכת ביצועיו של העובד תלויה תמיד במעסיק, ומאחר שלעובד¹⁸ רק עקומת תפוקה אחת, המגיעה לשיא וממנה הוא רק יורד, הרי שבשלב מסוים העובד מפסיק להיות בעל ערך בלתי-ניתן להמרה, והמעסיק מזדרז לנצל מצב זה לטובתו.

מנגד ניתן להצביע גם על חד-צדדיות יחסית כלפי מעסיקים. ראשית, תופעת "המבוי הסתום" עלולה להניע עובדים לתבוע שכר התחלתי גבוה יותר כדי לפצותם על הסיכון של פיטורים חד-צדדיים בשלב בלתי-ידוע בעתיד. שנית, לאחר שיתקבלו לעבודה, יהיה להם תמריץ שלילי להשקיע השקעות הון אישיות ראשוניות מחשש שלא יוכלו להשיבן. שלישית, העדפותיו של העובד השולי (arginal employee)

¹⁷ H. Hansmann *The Ownership of the Enterprise* (1996) 71

¹⁸ ר"ע נו/ 4-15 מועצת פועלי רחובות - מכון וייצמן למדע, פד"ע ל 163, 188.

שונות במקרים רבים מאלה של העובד הממוצע. אם ייאלץ המעסיק להשביע את רצונו המוחלט של כל עובד, יהיה עליו לבצע התאמות בלתי-פוסקות בעלות עלות לגביו.

למניעת תופעות חד-צדדיות כאלה שוכלל ההסכם הקיבוצי כמסמך המאזן בין שני כוחות בלתי-שווים אלה. חוסר השוויון מובהק יותר אצל העובדים. אומנם, על-פי התיאוריה של השוק החופשי, פעולתו של האדם לקידום האינטרס האישי שלו מועילה לכלל, כי היא תורמת ליעילות ולגידול סך כל התפוקה. אולם הקושי אינו בחלוקת התפוקה, אלא ביעילות החברתית של חלוקתה. מנגנון השוק החופשי קובע כי על כל פרט להסתפק רק במה שיש בידו להשיג בתנאי שוק. אולם ראשית, וכפי שהבהרתי קודם, מאחר שעמדת המעסיק עדיפה על זו של המועסק, קשה לדבר על ברירה חופשית של העובד. שנית, וכתוצאה מכך, אם חלוקת התפוקה תתבצע רק על-פי תנאיו של השוק החופשי, רוב העושר יעבור לשכבות מסוימות, להוותן של שכבות אחרות שייקלעו לדלות כלכלית. זו תשליך על סיכוייהן ליצור תפוקה טובה יותר. כך, בסופו של דבר, תיגרע התפוקה המצרפית ויווצר אי-שקט חברתי.

לפיכך הגיעה החברה למסקנה כי הדאגה לפרט מיטיבה עימה בסופו של דבר באופן כללי. הדאגה לפרט נעשתה בדרכים שונות. דרך אחת היא התערבות חקיקתית בחופש החוזים בתחום העבודה. דרך אחרת היא פיתוח ושכלול ההסכם הקיבוצי כבסיס ליחסי עבודה, שתוצאותיו, כך הוברר, יביאו לידי שיפור תועלתו של הפרט, ובהמשך גם לשיפור תועלתו של הכלל. כלומר, ההסכם הקיבוצי אינו רק מכשיר לקידום הכלל; בהכרח, הוא דואג גם לקידום עניינו של הפרט. ההכרה ביעילותו ובצדקתו של הקשר החוזי הקולקטיבי החליפה את ההכרה ביעילותו ובצדקתו של הקשר החוזי האינדיווידואלי. אם קודם-לכן היתה ההנחה הבסיסית כי פעולתו של פרט לקידום עניינו האישי תתרום לכלל בכך שתקדם יעילות ותפוקה מצרפיות, התנפצה הנחה זו מול המציאות הלא-שוויונית. סירוב לקבל עבודה שאינה על-פי כישוריו של הפרט מותירו אומנם עדיין במסגרת הפעלת אוטונומיה אישית של סירוב חוזי, אולם חופש החוזה במובנו הנגטיבי, שהוא סירוב לקבל עבודה, אינו חופש החוזים במובנו המהותי. אכן, ניתן להעמיד-פנים ולהציג את האופציה של סירוב לקבל תנאי עבודה נחותים כ"שימוש בזכות"; ייתכן גם שמבחינה משפטית טהורה ניתנת לפרט-מחפש-העבודה זכות בחירה;¹⁹ אולם דווקא

¹⁹ על ההיבט הדרויניסטי של חוזה העבודה ראו למשל:

Richard Epstein "In Defense of Employment at Will" 51 *Chi. L.R.* (1984) 947;
Jonathan R. Macey "Externalities, Firm-specific Capital Investments, and the Legal Treatment of Fundamental Corporate Change" (1989) *Duke L.J.* 173, 194-195.

מן ההיבט הכלכלי ניווכח כי הצטברות של ברירות שליליות תפגע בשוק, ולא תיטיב עימו. פרט שאינו מועסק כלל, או המועסק בעיסוק תת-אופטימלי מבחינת כישוריו, מספק לשוק פחות משהיה יכול לספק אילו עבד בתחום בו הוכשר, ובכך ההנאה משירותיו נגרעת מהכלל. ההכרה כי העבודה אינה מצרך, ולכן אין לנהוג בה בדומה למוצר עובר לסוחר, כבר זכתה בהגדרה מפורשת בהצהרת פילדלפיה משנת 1944.²⁰ תפיסת השונות של "העבודה" ככלי כלכלי לעומת מוצרים עבירים אחרים שייכת כמובן לצד השמאלי של המפה האידיאולוגית.²¹

הכרה כזו הובילה לשכלולו של ההסכם הקיבוצי ככלי המחזיר לשוק את איזונו. אולם השימוש בכוחו של ארגון העובדים באמצעות ההסכם הקיבוצי היה למעשה פעולה "מתערבת", מלאכותית, שדרשה את התערבותו של המשפט כדי לשלבה אל תוך המערכת הכלכלית.

בגרמניה כתב זינצהיימר עוד בראשית המאה כי זכותו של המועסק להתאגד ולנהל משא-ומתן קיבוצי היא זכות חוקתית "טבעית",²² ובכך הפך את המשא-ומתן הקיבוצי לזכות חוקתית אוטונומית. בבריטניה הליברלית, שהיה בה חשש כי לא יהיה אפשר להגן על כוחו של ארגון העובדים מפני הדוקטרינות הקשיחות של המשפט המקובל, נחקקו חוקים שהפקיעו את תחולתן של דוקטרינות אלה מתחום יחסי העבודה הקיבוציים.²³ המלומד האנגלי אוטו-קאן פרוינד כתב כי מאחר שלא היה לפרט כוח מיקוח כלכלי, היה נחוץ להבטיח את הבסיס הקיבוצי של המשא-

²⁰ ראו על כך, למשל: Valticos and von Potobsky, *supra* note 10, at p. 19.

²¹ על ייחודה הכלכלי של העבודה להבדיל ממוצרים אחרים ראו, למשל: Claus Offe *Disorganized Capitalism* (Cambridge MA, M.I.T. Press 1985) 56-57. לשיטתו: העבודה היא למעשה מוצר פיקטיבי. ראשית, ההחלטה לייצרו אינה נקבעת במפעל המונחה על-ידי שיקולי שוק, אלא במסגרות חברתיות כגון משפחה, המונעות על-ידי שיקולים שונים לחלוטין מאלה של אפשרויות שיווק. שנית, תנאי חוזה העבודה מתייחסים רק לשאלת השכר, בעוד שפירוט תפקידיו של העובד נותרים בלתי-מוגדרים. פער זה נסגר במפעל באמצעות הפרונוגטיבה הניהולית. שלישית, אין אפשרות להפריד את כוח העבודה מבעליו. כל רוכש של כוח עבודה נשען על נוכחותו של העובד, מאחר שמן הצד האחד אין הרוכש יכול לשלוט בעצמו בכוח העבודה, דוגמת שליטתו במוצרים אחרים, ומן הצד האחר, הפעלת כוח העבודה תלויה באופן בלעדי בשיתוף-פעולה מצידו של כוח העבודה. העובד חייב לרצות לעבוד.

²² H. Sinzheimer *Arbeitsrecht und Arbeiterbewegung* (Holzarbeiter-Verband, 1927) 7. כפי שאזכר ב: Spiro Simitis "The Rediscovery of the Individual in Labour Law" *Reflexive Labour Law* (Ralf Rogowski and Ton Wilthagen eds., 1994) 183.

²³ למשל, ה- Trade Disputes Act, 1906 קבע כי העוולות של קשירת קשר, התערבות במסחר וגרם הפרת חוזה עבודה לא יחולו על סכסוכים קיבוציים.

ומתן על תנאי העבודה. אלמלא כן, טען, לא היו המוסדות החברתיים של יחסי העבודה מגיעים לכדי מיצויים היעיל.²⁴ וכך, גם בבריטניה, בה שרר laissez-faire קיבוצי, פעלה הממשלה הן בתחום החקיקה המגינה והן בתחום עיגון של זכויות קיבוציות.²⁵

הכללתו של ההסכם הקיבוצי כחלק מיחסי העבודה הקיבוציים נעשתה אומנם במדינות רבות, למעט בריטניה, באמצעות החוק, אולם היו דרושים קונסנזוס חברתי והכרה ביעילותו הכלכלית כדי שהתחיקה המשפטית המתערבת תצדיק את עצמה. פרופסור ספירו סימיטיס²⁶ אכן כותב כי משפט העבודה הקיבוצי פותח בתגובה על ליקויה של שיטת תקינה משפטית שנהגתה ביסודה כדי לערוב לתקפותם של חוזי עבודה אישיים. מאחר שבסופו של דבר התחוויר כי לא היה לעובד להציע אלא את כוחו ומיומנות ידיו, הסתבר כי תלותו של העובד גדולה בהרבה מהאמנסיפציה שייחסו לו. למעשה, הצורך ביציבות חברתית הוא שכפה על המחוקק להמיר את חופש החוזים האישי במשטר של יחסי עבודה קיבוציים לטובת הפרט.²⁷

אכן, המטרה הראשונית של האיגוד המקצועי היא לשלוט בהספקת העבודה, כך שהמעסיק לא יוכל לסמוך עוד על התחרות בין עובדים על מקום העבודה כדי שזו תוריד את גובה שכר העבודה. ההסכם הקיבוצי הוא תוצר מעמדו המונופוליסטי הלגיטימי של ארגון העובדים שנעזר בכוחו של הריבון-המתערב. המונופול הזה שימש בעבר תירוץ להוצאתם של ארגוני העובדים האמריקאיים אל מחוץ לחוקי ההגבלים העסקיים. אם רואים בעבודה מצרך, בוודאי שהשימוש בכוחו של הארגון מול המעסיק מציב מכשול לפני מדיניות המעמידה את התחרות כאידיאולוגיה כלכלית. בעיה כזו עמדה לפני המחוקק האמריקאי בהוציאו אל מחוץ לחוק פעולות שנועדו להקטין תחרותיות באמצעות חוקי ההגבלים העסקיים.²⁸ לכן, כדי להתגבר

²⁴ Kahn-Freund's *Labour and the Law* (3rd. ed., London, 1983) 17.

²⁵ פרידלנד ודייוויס, **לעיל** הערה 15, בע' 35; על ההכרה בזכות ההתאגדות כזכות מגן משלימה, בע' 655.

²⁶ Simitis, supra note 22, at p. 185.

²⁷ בשנים שלאחר המלחמה היתה אנגליה, כמובן, יוצא מן הכלל. מדיניות המחוקק הנמנע מהתערבות נשענה על מסורת של שיתוף-פעולה בין האיגוד המקצועי למעסיקים. יתר על-כן, האיגודים התנגדו בשעתם להתערבות חקיקתית מחשש לפגיעה באוטונומיה שלהם. ראו על כך: פרידלנד ודייוויס, **לעיל** הערה 15, בע' 100. מעניין שחששות כאלה גררו את ההסתדרות בישראל להתנגד להקמתו של בית-דין לעבודה.

²⁸ R.G. Ehrenberg & R.S. Smith *Modern Labor Economics, Theory and Public Policy* (4th ed.) 444-447.

על בעיה זו, נחקק חוק מיוחד²⁹ שהצהיר כי העבודה אינה מצרך, והאיגוד המקצועי שנאבק למען משכורות קבועות ותנאי עבודה מוגדרים אף הוצא אל מחוץ לתחולתו של חוק ההגבלים העסקיים. בית-המשפט האמריקאי פירש בצמצום את החסינות שהקנה חוק זה, והעניק לה תוקף חוקי רק כל עוד המאמצים לייצב את דפוסי ההעסקה מיועדים לשרת את המטרות והאינטרסים של העובדים. אולם כאשר נעשה שימוש בקביעת דפוסי עבודה להגבלת התחרות או לאכיפת תנאי העבודה גם על מעסיקים שאינם נוטלים חלק במשא-ומתן הקיבוצי, הוחלט כי תוסר החסינות כדי לא לפגוע באידיאולוגיה האמריקאית הליברלית של שוק תחרותי.³⁰

עיגון סטטוטורי של המשא-ומתן הקיבוצי וההסכם הקיבוצי אכן משקף את תמיכת המדינה בהתערבות ביחסי העבודה לטובת מבקש העבודה באמצעות גיבוי של כוח הארגון. אך עיגון כזה אין בו די לביסוס כוחו של הקולקטיב באכיפת הסכם קיבוצי. הגיבוי החוקי ליחסים קיבוציים עשוי לשמש מכשיר בידי מדיניות כלכלית ממשלתית הקובעת לה כהעדפה אידיאולוגית תמיכה בתעסוקה מלאה על-ידי הסדרת הביקוש המצרפי לעבודה באמצעות מדיניות מחירים מכוונת. אך כהמשך וכחזוק למדיניות כזו, נדרש לעגן גם את הזכויות הקיבוציות, כגון זכות ההתארגנות. חזוק כזה אינו מתמחה בהקמת מנגנון לשיפור מתמיד של תנאי העובד ולהבטחת מקום עבודתו במערכת היחסים בינו לבין מעסיקו. אידיאולוגיה קיבוצית אמורה לבוא לידי ביטוי גם בנושאים אחרים של מפגש/מתקל בין העובדים למעסיקים. ניתן להביא את הדוגמות הבאות כמקרים פרטיים שיש בהם כדי לבטא בפועל את מימושה של אידיאולוגיה זו: הכרה סטטוטורית בזכות השביתה; הקניית מעמד לארגון עובדים בהליכי חקיקה; תמיכה במנגנוני המשא-ומתן הקיבוציים, כגון אכיפת המשא-ומתן הקיבוצי; הימנעות מהתערבות תחיקתית מיותרת והעברת מרכז הכובד אל קשרי העבודה, כגון הטלת חובה של היוועצות עם ארגון העובדים, או טיפוח הדמוקרטיה התעשייתית באמצעות יצירת מנגנוני חובה של שיתוף עובדים.³¹

הבאתי את כל אלה כדי להוכיח את עוצמתו של הביטחון התעסוקתי שההסכם הקיבוצי מקנה ככלי כלכלי לשיפור איכות חייהם של העובדים.

²⁹ Clayton Act, 1914. ראו: A.L. Goldman *Labor and Employment Law in the United States* (Kluwer, 1996) 258.

³⁰ *United Mines Workers v. Pennington* 381 U.S. 657, 665-666 (1965).

³¹ חובה זו של שיתוף עובדים כלולה ב- Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, [COM (89)248] Arts 17-18. על צורות שונות של שיתוף עובדים באירופה ראו, למשל: C. Barnard *EC Employment Law* (John Wiley Rvd ed., 1996) 408.

לסיכום, ההסכם הקיבוצי הוא מסמך חוזי ייחודי שנועד לקדם יעילות כלכלית המבוססת על אידיאולוגיה חברתית סוציאליסטית. אידיאולוגיה זו שימשה גם מצע להתפתחות של משפט העבודה הקיבוצי בישראל.

3. האידיאולוגיה הקיינסיאנית - מצע אידיאולוגי לצמיחתו של ההסכם הקיבוצי

האידיאולוגיה המערבית שרווחה בשנים שלאחר מלחמת-העולם השנייה הוגדרה כ"קונסנזוס הבתר-מלחמתי" (post-war consensus), והתאפיינה בתפיסה על-פיה הסדר החברתי הפוליטי והכלכלי החדש של העולם שלאחר המלחמה צריך להתבסס על שלושה עקרונות, כדלקמן: (1) מדיניות כלכלית קיינסיאנית,³² שתמכה בתעסוקה מלאה ובגידול כלכלי באמצעות התערבות פעילה של הממשלה על-פי דפוסיו של שוק בינלאומי קפיטליסטי ליברלי; (2) מדינת-רווחה "ממוסדת", שאמורה לטפל בליקויים תפקודיים של כלכלת-שוק; (3) הסכמה רחבה בין הימין והשמאל על שילובה של תפיסת מדינת-הרווחה אל תוך כלכלת-השוק והסדרת האינטרסים המנוגדים שלהן באמצעות משא-ומתן ברמה ארצית בתיווכה של הממשלה כמנהלת מדינת-הרווחה. המסר האידיאולוגי שנשב היה הבטחת צמיחה כלכלית במטרה לחלק מחדש (redistribute) את פירותיה, להסדיר את השפעותיה החברתיות ולפצות את אלה שנפגעו כתוצאה מכך. הדאגה לזיכיות השוק באמצעות התערבות ממשלתית מאורגנת עלתה בקנה אחד עם תפיסת הקולקטיביזם שקידשה את המסגרת הקבוצתית כתבנית החברתית המתווה ומכוונת את ההתפתחות ההיסטורית.

על-פי האידיאולוגיה הקולקטיביסטית היחיד היווה חלק מהקבוצה, מהחברה, מהאומה, ותקשר עם חבריו בתוך מסגרת מושגית של שוויוניות, הדדיות, עזרה הדדית, שיתוף והכפפת רצונו למרות הכלל. מרותו זו של הקולקטיב וסמכותו נתפסו כתנאי לקיומו של רצון הפרט, ולא כגורם לביטולו.³³

4. האידיאולוגיה הקיינסיאנית בדמותה הישראלית

³² על-פי קיינס, גם אם יסירו את "המכשולים" המונעים את תנועת השכר והמחירים כלפי מטה (כגון התנגדות האיגודים המקצועיים להפחתת שכר העובדים), לא יהיה בכך כדי להבטיח שכוחות השוק ישיגו תעסוקה מלאה. לפיכך, שומה על הממשלה למנוע אבטלה באמצעות הספקת תעסוקה יזומה. זו תאפשר לעובדים להגביר את הצריכה, וכך יורחבו הייצור והתעסוקה. במקום השאיפה המרקסיסטית להלאמת אמצעי הייצור, הושם הדגש אצל קיינס בשליטה באמצעי הייצור ובהלאמת הצריכה. M. Keynes *The General Theory of Employment (Interest and Money)* (London, Macmillan, 1973).

³³ א' מרגלית *האיגוד המקצועי בישראל - עבר והווה* (תל-אביב, 1994) 21.

במדינת-ישראל בשנות החמישים והשישים ובראשית שנות השבעים באו לביטוי הן האידיאולוגיה הסוציאליסטית-הקולקטיביסטית והן התמיכה בה במישור הפוליטי ובמישור התחיקתי. המבנה הפוליטי של יחסי העבודה וחקיקת העבודה מצביעים על כך במפורש.

מהיבט המבנה הפוליטי של יחסי העבודה, הדומיננטיות של מפלגת העבודה הן בממשלה והן בהסתדרות השפיעה באופן מכריע על תפיסת יחסי העבודה במשק הישראלי. השפעה זו התחזקה לנוכח השניות שהיתה טבועה במבנה ההסתדרותי כאיגוד מקצועי ומעסיק. כך הובטחו להסתדרות ולאידאולוגיה של ראשיה מעמד של שותף בקביעת המדיניות הכללית של יחסי העבודה. גם גידולו של המגזר הציבורי כצד ליחסי העבודה, שהעצים את מעמדה של הממשלה בעלת האידיאולוגיה הסוציאליסטית, העמיק את ההכרה וההזדהות עם האידיאולוגיה הקיינסיאנית של קולקטיביזם ואדריכלות חברתית.³⁴ מעמדה של ההסתדרות כאיגוד מקצועי כוללני השפיע על הבנת יחסי העבודה כקשר המבוסס על הסכם קיבוצי כללי, וולונטרי. הסכם כזה נחתם במקביל בשני מגזרי המשק: במגזר הציבורי-בין ההסתדרות והאיגודים לבין הממשלה וגופים ציבוריים שונים אחרים, כמעסיקים; ובמגזר הפרטי-בין ההסתדרות והאיגודים המקצועיים שבתוכה לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים בכל המגזרים של המשק ובכל ענפי הייצור והשירותים הפרטיים. שני הסכמים כלליים אלה, שהורחבו בצווי הרחבה, היוו התחייבות הדדית של ארגון העובדים והמעסיקים להעניק תנאי עבודה וביטחון תעסוקתי מול התחייבות לספק עבודה על-פי כללי התנהגות ומשמעת. המשא-ומתן הקיבוצי-הריכוזי וההסכם הקיבוצי הכללי היו אמורים להוביל להסכמה חברתית ולפשרה בין הצדדים, אך גם להכרה במגבלותיו של הקניין הפרטי במסגרת מערכת יחסי העבודה. המשא-ומתן הקיבוצי הכללי וההרחבה המתמדת של זכויות העובדים מיקמו את ההסכם הקיבוצי כמוסד המשקף הכרה בזכותם השווה של העובדים באמצעות נציגיהם לקבוע תנאי עבודה.³⁵

חקיקת העבודה בשנים הללו והפסיקה שפירשה אותה תאמו את המיקום הפוליטי של האידיאולוגיה הקולקטיביסטית כבסיס מרכזי שהמשטר דאז היה מבוסס עליו. חוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז 1957-, וחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז 1957-, מבטאים את התפיסה הקיבוצית לפיה תנאי העבודה צריכים להיקבע

³⁴ ראו על כך מרגלית, שם, בע' 21, 94, 198.

³⁵ מרגלית, שם, בע' 184. בצרפת, לעומת זאת, השפיעה חולשתה של תנועת העבודה, שלא השכילה מעולם להקים מפלגת עבודה, על מהותם ואיכותם של יחסי העבודה הקיבוציים, שהתקיימו בדרך-כלל ברמה המפעלית, או לכל היותר הענפית, ומעט מאוד ברמה הארצית. ראו: Jacques Rojot, *Relations in France, 76 (The Impact of EMU on EMU and Industrial Relations in European Union, Timo Kauppinen ed. Helsinki, 1998)*.

בעיקר במישור הקיבוצי כדי לאזן ולייצב את אי-השוויון הבסיסי (על-פי גישה זו) בין העובד למעביד. חקיקת העבודה התבססה, כפי שרות בן-ישראל מגדירה, על התפיסה הערכית שדגלה בסולידריות חברתית קולקטיבית,³⁶ וביטוייה המעשיים היו ההסכמים הקיבוציים.

5. האידיאולוגיה הקיינסיאנית בהתגלמותה השיפוטית

ברוח אותה תפיסה של קולקטיביזם ושאיפה לחלוקה שוויונית של הכנסות, פירש השופט זמיר, בבג"צ עמית,³⁷ את כל המערכת של חקיקת העבודה. הוא ראה בו קודקס המבוסס על תשתית אידיאולוגית קיבוצית המקדשת את המשא-ומתן הקיבוצי ואת ארגוני העובדים ככוח המאזן את כוח הקניין של המעסיק. לשיטתו, התפיסה הקיבוצית של יחסי העבודה הזינה את הסביבה הרעיונית בה נוצרו וגובשו חוקי העבודה הישראליים. לפיה, יש לחתור להשוואת כוחם של העובדים ולהגן עליהם מול המעסיקים בעלי ההון באמצעות ריכוז כוחות וביסוס הביטחון התעסוקתי במסמך אחד שיבטא קונסנזוס כלכלי של שני הצדדים לקשר. תפיסה זו גם עלתה בקנה אחד עם המטרה הלאומית של הנהגת תנועת העבודה, לפיה יש לאחד את השכירים על בסיס קולקטיביסטי במסגרת חברה של עובדים שתגשים את פיקוח הכלל על הפרט למען האינטרס הלאומי.³⁸ השופט זמיר מפרש את תפיסת הקיבוציות הבאה לגשר על הפער התמידי בין העובד כפרט למעסיקו כגרסה לגיטימית של צדק קיבוצי. כל זאת, כדבריה של פרופסור פרנסס רדאי, בדרך של הקטנת כפיפותו האישית של הפרט לכוחו של המעסיק.³⁹

מפסק-דין זה נובעים לקחים משפטיים שאשתמש בחלקם כדי לבסס את הרקע האידיאולוגי של חקיקת העבודה והשלכותיה המשפטיות על נושא מאמר זה. לקח אחד עוסק בדילמת הפרשנות של חקיקת העבודה. לצורך מלאכת הפרשנות של חקיקת העבודה נקבע כי אין נפקות לשוני בין המציאות הכלכלית והפוליטית ומטרותיו של המחוקק בעת חקיקת החוק לבין תפיסה אידיאולוגית אחרת ומציאות שונה בעת יישום הוראותיו. לקח אחר נוגע בהשלכה המעשית של פרשנות כזו על מערכת יחסי העבודה. את הלקחים הללו, שהם בעלי השלכה כללית, יש ליישם בסוגיה של השלכות ביטולו של ההסכם הקיבוצי. מאחר שבג"צ עמית ניתן בתקופה בה שיקפה המציאות הסוציו-פוליטית הכלכלית מצב שונה מהרקע הסוציו-פוליטי

³⁶ רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט

העבודה ד (תשנ"ד) 27, 32.

³⁷ בג"צ עמית, לעיל הערה 1, בע' 497.

³⁸ על אידיאולוגיה זו ראו זאב שטרנהל **בנין אומה או תיקון חברה?** (תל-אביב, 1995) 155. בפרק זה העובד מתואר כנושא מפעל התחייה הלאומית מן ההיבט הסוציו-פוליטי.

³⁹ פרנסס רדאי "אנטומיה של התאגדות מקצועית" משפטים כו (תשנ"ו) 585, 617.

ששרר בעת חקיקתם של חוק ההסכמים הקיבוציים וחוק יישוב סכסוכי עבודה ומהכלל המשפטי שהכתיבו, ראה בג"צ חובה להשתמש ברקע הרעיוני של החקיקה כדי להגיע לתוצאה שתאמה רקע זה, ואשר, לשיטתו של בג"צ, שימש תשתית לכל פסיקת העבודה. כך גם התווה בג"צ את התחולה הנורמטיבית של התפיסה הקיבוצית על כל מערך יחסי העבודה. חשיבותה של התוויה כזו היא בתוכן הקונסטטוטיובי והקונסטטוטיוני שהיא מעניקה לקשר הקיבוצי והפיכתו למקור עצמאי של זכויות פרטיות לעובדים. משמעותה של מסקנה זו מובנת מאליה: כל אימת שיעשה ניסיון לפגוע במקור זה, יזכה הנפגע בפיצוי בגין שלילת זכויותיו. מסקנה זו מובילה כבר בשלב זה להצהרה הבלתי-נמנעת לפיה ההסכם הקיבוצי אינו רק מנהרת-מעבר של זכויות נורמטיביות פרטניות שנקלטות אל תוך חוזה העבודה האישי על-פי מצוותו של סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים, אלא יש לראות בו כשלעצמו מקור המקנה זכויות במישור האינדיווידואלי. זכויות אלה הן זכויות המסגרת הממוינות משפטית כזכות חוקתית, חוזית, קניינית. כלומר, משמעותה של החתימה על מסמך קיבוצי היא הסכמת הצדדים להפיכת הקשר הקיבוצי למקור הסתמכות שזכויות שונות הניתנות למיון משפטי נובעות ממנו. משכך הוגדר הקשר הקיבוצי, כבר אין הוא מסמך שנבדק רק ברמת הצדדים החתומים; ממועד חתימתו, ההסכם הקיבוצי נהפך למסמך בעל נפקות חוקתית ל"נהנים", הלא הם העובדים.

כאן בניתי כבר את התשתית לשינוי תפיסתו של ההסכם הקיבוצי ממסמך דו-ממדי למסמך רב-ממדי. המימד הראשון הוא הקשר האובליגטורי; המימד השני הוא היותו של ההסכם הקיבוצי מסמך בעל קיום עצמאי המגדיר את אופי מעמדן של הזכויות המוענקות לעובדים ברמה האישית. מימד זה מוביל אותנו אל המימד השלישי במסגרתו ההסכם הקיבוצי משמש צינור-מעבר לזכויות נורמטיביות לחוזה האישי. למעשה, המימד השלישי של ההסכם הקיבוצי יונק את קיומו מן המימד השני, אך זה האחרון יש לו חיים, הוויה ונוכחות משל עצמו. הוויה זו כוללת בתוכה את המסגרת המשפטית של מיון הזכויות שנשלחות אל תוך החוזה האישי. מסגרת משפטית זו כוללת את סוגי הזכויות הבאים: זכות קניינית במקום העבודה; הסתמכות על קשר קיבוצי; זכות חוזית לקיום קשר קיבוצי; זכות חוקתית חברתית לקשר עבודה מאורגן אם היה כזה בעת שהחל העובד את עבודתו, או שבמהלך קשר העבודה נוצר קשר מאורגן; לשיטתי, זכויות אלה, אם יופרו, יזכו את נושאיהן בפיצוי.

לסיכום, בפרק זה דיברתי על-אודות האידיאולוגיה הקיינסיאנית ותרוממה הסוציו-משפטי הישראלי. המסקנה האופרטיבית מדיון זה היא פיתוחן של זכויות אישיות שנצמדות לכל עובד, כדי שיהוו בסיס לגיטימי להסתמכות עליהן. בפרק הבא אראה כיצד זכויות אלה ישמשו לעובדים עוגן בעת שינוי אידיאולוגי עולמי המשליך על העובד.

ג. הימין החדש ודחיית התפיסה של מדינת-הרווחה

1. פתיח

התיאוריה הקיינסיאנית ותרגומה המשפטי, כפי שהם באו לידי ביטוי בחקיקת העבודה הישראלית בשלושת העשורים הראשונים לקיומה, החלו מתנגשים עם הרווחות החדשות שמנשבות בחברה, בכלכלה ובפוליטיקה העולמיות. אי-הצלחתה של האידיאולוגיה הקיינסיאנית לרפא חוליים חברתיים וכלכליים, מחד גיסא, והנוחות היחסית שהשיגו מדינות אירופה וארצות-הברית שלאחר מלחמת-העולם השנייה, מאידך גיסא, שימשו קרקע פורייה לצמיחתן של תיאוריות ימין חדשות שנתמכו בגישה קפטליסטית הדוגלת בכלכלת-שוק. חברתית, תורגמו תיאוריות אלה לנפילת קרנו של הקולקטיביזם כאידיאולוגיה מנחה, ואת מקומו תפסה הגישה האינדיווידואליסטית הבלדנית התומכת בהגשמת האני העצמי ומיצוי החירות האישית על-חשבון סיפוק חלומו של הקולקטיב.

גישת הבידוד של הפרט מכונה במדעי החברה פוסט-מודרניזם, שהוא אחד המחוללים היעילים ביותר של פירוק מדינת-הרווחה. הפוליטיקה שאימצה גישה זו על-מנת לסגת מן התפיסה של מדינת-הרווחה שייכת לצד הימני של המפה, והיא הצליחה במשימתה גם משום שהיה באידיאולוגיה זו כדי לשרת את שכבת-הביניים השבעה, ששאפה לקדם את עצמה ואת אושרה האישי, וגם משום שהיא איפשרה לכלכלה להגביר את התחרותיות. הכלכלה תרגמה אידיאולוגיה זו להפרטת המפעלים, שהובילה גם לאינדיווידואליזציה של קשרי העבודה.

2. הימין החדש, כלכלת-השוק ונפילתה של האידיאולוגיה הקיבוצית

ההתנגדות למדינת-הרווחה מצידו של הימין החדש, שצמיחתו החלה בשנות השבעים והתחזקה בשנות השמונים, התבססה על התפיסה לפיה הסוציאל-דמוקרטיה ומדינת-הרווחה אינן עולות בקנה אחד עם חופש כלכלי פוליטי וחברתי שקפיטליזם ליברלי יכול להבטיח. פירסון מסכם את התובנות של קיני ההתנגדות לתפיסת המדינה המתערבת כמבוססות על היסודות הבאים:

ראשית, השיטות הביורוקרטיות והמינהליות של הקצאת משאבים נחותות מאלה של השוק החופשי. שנית, החלוקה המאורגנת של שירותי הרווחה מעוררת רתיעה מוסרית הן מצד הספקים של שירותי הרווחה והן מצד צרכניהם. שלישית, חלוקה מאורגנת כזאת שוללת מהצרכנים של שירותי הרווחה אפשרות לבחירה אמיתית, וכופה עליהם הזיקקות לשירותי המדינה. רביעית, למרות המשאבים האדירים שגוייסו לטובת חיסול העוני ואי-שוויון ההזדמנויות, הם נכשלו במשימתם. במילים

אחרות, הכישלון אינו טמון בשווקים, אלא בהתערבות בפעולתם, שבוצעה בעידודה של התפיסה הקיינסיאנית.⁴⁰ משמעותה שחרור של הכלכלה מכבליה של תפיסת הרווחה היתה חזרה לאידיאולוגיה הסמיתיאנית של שוק חופשי.⁴¹ ביקורתו של אדם סמית על המדינה המתערבת וקריאתו להגבלת סמכויותיה של הממשלה מצאו קרקע פורייה אצל הניאו-ליברלים שתמכו בכלכלת-שוק כאמצעי האידיאלי להבטחת הרווחה האישית והחברתית וכערוכה הבטוחה ביותר לחירויות הפרט. אף-על-פי שסמית עצמו תמך בהתארגנות של עובדים⁴² בנסיבות מסוימות, הרי שלשיטתו ייתרו כוחות השוק התארגנויות אלה באמצעות שגשוג שיגביר את הביקוש לעובדים ויעלה כך את שכרם. ממשיכי דרכו של אדם סמית במאה העשרים, כגון מילטון פרידמן או פרידריך הייק, הדגישו את היעדר המחויבות של המדינה להגנת הפרט. לשיטתו של מילטון פרידמן, על המדינה לעודד שווקים תחרותיים ולהיזהר מלהפריע ליוזמה הפרטית.⁴³ על-פי פרידריך הייק, מבשר השמרנות החדשה, "היד הנעלמה", שאדם סמית תמך בה כמובן, אמורה לקדם את האושר האישי.⁴⁴ לשם כך, תפקידה של המדינה מתמצה בשימור החוק והסדר באמצעות יישום העקרונות הכלליים של קניין וחופש חוזי. ההשלכות של תפיסות אלה על משפט העבודה הינן ברורות: נסיגה ממדיניות התמיכה הפוליטית בארגוני העובדים ככוח מאזן בעת המשא-ומתן הקיבוצי. בפועל התבטאה מדיניות זו בריכוך ההתנגדות לחוזים אישיים ובמעבר הדרגתי של המשקים המערביים לרפואי העסקה המבוססים על חוזים אישיים. אומנם, מדיניות הימין החדש אינה הסיבה הישירה לירידת כוחם של ארגוני העובדים, אולם היא בהחלט אחד הגורמים המרכזיים לשינוי המדיניות הכלכלית והחברתית שהשפיעה על מגמת ההפרטה ועל מעמדם של האיגודים המקצועיים.⁴⁵

⁴⁰ Pierson Christopher *Beyond the Welfare State* (United Kingdom, 1991) 41

⁴¹ א, סמית **עושר העמים** (האוניברסיטה הפתוחה, 1996) 70.

⁴² סמית, **שם**, בע' 139.

⁴³ Friedman Milton *Capitalism and Freedom* (Chicago University of Chicago, Press, 1966) 200.

⁴⁴ Hayek Friedrich *Law Legislation and Liberty* (London, 1982) vol. 1, p. 55

⁴⁵ על הסיבות לירידת כוחם של ארגוני עובדים נכתבו אין-ספור מאמרים. למשל, בספר על-אודות יחסי

העבודה המשתנים באירופה, הפרק העוסק בבריטניה מדגיש את הניאו-ליברליזם כאחד הגורמים לעוינות כלפי האיגודים המקצועיים. Anthony Ferner & Richard Hyman *Changing Industrial Relations in Europe* (Oxford, 1998) 35 השפיעה המדיניות השמרנית, אף אם לא באותה מידה כמו בבריטניה, על מדיניות הדרגולציה וההגמשה של זכות המעביד לקבוע את תנאי העבודה, **שם**, בע' 192.

3. רוחות הימין בישראל והשפעתן על משפט העבודה

רוחות הימין החלו נושבות גם בישראל בשנות השמונים, ועימן החלה מגמה של הקטנת התמיכה בארגוני העובדים ובקשר הקיבוצי כדפוס עבודה מועדף. שינוי זה בא לידי ביטוי במישור החקיקתי בחוקי-היסוד הראשונים, המקדשים את הקניין הפרטי.⁴⁶ רות בן-ישראל הדגישה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה מעמד חוקתי של זכויות-יסוד לפרווגטיבות של המעביד שהוכרו ככאלה רק בפסיקה. המרת מעמדן של זכויות-היסוד של המעביד מבלי להציב מולן זכויות עובדים בעלות מעמד חוקתי מפירה, לדעתה, את האיזון העדין של מערכת יחסי העבודה. כך, הזכויות החברתיות האמורות לספק הגנה ציבורית-ממלכתית מפני הפרתן טרם זכו בשריון חוקתי, ונגזר גורלן "להיגזר" מכבוד האדם ככל ועד כמה שגזירה כזו תתקבל על דעתם של שופטי בית-המשפט העליון.⁴⁷

בתחום יחסי העבודה, המעבר מקיבוציות לאינדיווידואליזם בא לידי ביטוי בגידול בדפוס ההעסקה האישי ובהקטנת מספר ההסכמים הקיבוציים. מגמה זו בולטת במיוחד על רקע תנופת ההפרטה - אסטרטגיה כלכלית ליברלית - שאחת מתוצאותיה היא ביטול ההסכם הקיבוצי.⁴⁸ השתקפות אחרת של מגמת האינדיווידואליזציה היא הניסיון, החד-פעמי עד עתה, להקים ארגון עובדים חדש, ששם לו למטרה סיוע לעובדים ברמת הפרט. ניסיון זה נגדע על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק בהתבססו על רוחו הקיבוצית של דין העבודה בישראל.⁴⁹

כך או כך, מגמה זו של אינדיווידואליזציה החלה מתדפקת על דלתותיו של בית-הדין לעבודה. התמודדות עם שינוי כזה הוא אתגר לדידו של בית-הדין, האמור, לאור חוק הסכמים קיבוציים, לייצג גישה קיבוצית התומכת בהסכם קיבוצי. בפסק-הדין בעניין **הארץ**,⁵⁰ שניתן לפני יותר מעשר שנים, הוכרה זכותו של מעסיק החתום על הסכם קיבוצי להתקשר עם עובדים בחוזים אישיים במפעל הכפוף למשטר קיבוצי. התקשרות כזו, כך נקבע, אינה נוגדת את חופש ההתארגנות

⁴⁶ בן-ישראל, **לעיל** הערה 36, בע' 35.

⁴⁷ על הבעייתיות של טכניקת הגזירה לעומת הדעות האחרות הקיימות בבית-המשפט העליון בהקשר מעמדן של הזכויות שאינן מפורשות ראו **לעיל**, הטקסט להערה 7.

⁴⁸ ד"ר י' כ"ץ **הפרטה בישראל ובעולם** (ישראל, 1997) 175. כאן ראוי להזכיר את פסק-דין **רמת"א**, העוסק בשאלת מעמדם של עובדים במפעל שהופרט, דב"ע נד/ 4-1, נד/ 4-3 **ההסתדרות הכללית - התעשייה האווירית לישראל בע"מ ורמת"א בע"מ**, פד"ע כט 601. ראוי לציין כי עניין זה הובא לדין בבג"צ.

⁴⁹ פרנסס רדאי תקפה ניסיון זה עוד בטרם הגיע לדין בבג"צ. לשיטתה, מתן לגיטימציה לאיגודים כאלה נוגד את רוחו של משפט העבודה הקיבוצי הישראלי. רדאי, **לעיל** הערה 39, בע' 617.

⁵⁰ דב"ע מט/ 4-16 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ - האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל**, פד"ע כ 198.

בהעניקה גמישות למעסיק. ההחלטה בעניין זה שימשה תמרור שהגדיר את עמדתו החדשה של בית-הדין לעבודה כלפי הסכם אישי במפעל של הסכמים קיבוציים.⁵¹ עימות על רקע העדפת קשר אישי על קשר קיבוצי נוצר בין בית-הדין האזורי לבין בית-הדין הארצי בעניין **חיפה כימיקלים**,⁵² ואדון בו מייד לאחר שאציג את ההסדר המשפטי בעניין ביטול ההסכם הקיבוצי.

ד. ההסדר המשפטי לביטול הסכם קיבוצי

1. הוראות החוק

איתור זכויות העובד כפרט והגדרתן בעת ביטול הסכם קיבוצי מצריכים בירור ההסדר המשפטי לביטול ההסכם הקיבוצי. להלן אבדוק את הוראות החוק העוסקות בנושא.

חוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז-1957 (להלן: חוק ההסכמים הקיבוציים), מקנה זכות קוגנטית לביטולו של הסכם קיבוצי. על זכות כזו אין להתנות. אולם ברוח החקיקה החוזית היעילה שאמורה לחסוך עלויות לצדדים מתקשרים, הוא מגיש לנו שתי הוראות דיספוזיטיביות לביטולם של הסכמים קיבוציים משני סוגים. האחת עוסקת בביטולו של הסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת. האחרת עוסקת ב"גמר תוקפו" של הסכם קיבוצי שנחתם לתקופה קצובה ותוקפו הוארך.

(א) אתחיל בהסדר לביטולו של הסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת שחל גם על אופן ביטולו של הסכם לתקופה מסוימת שתוקפו הוארך. על-פי סעיף 14 לחוק, כל צד להסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת רשאי לבטלו במתן הודעה מוקדמת על כך לצד האחר במועד הקבוע לכך בהסכם, ואם אין קביעה בהסכם, חודשיים לפחות לפני יום הביטול, ובתנאי שהסכם קיבוצי שנעשה מלכתחילה לתקופה בלתי-מסוימת תוקפו הוא שנה אחת לפחות.

ביטולו של הסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת צריך להיעשות באמצעות מילויים של שלושה תנאים מצטברים:⁵³ **הראשון**, על הצד להסכם הקיבוצי החפץ

⁵¹ רק כעבור שנים, בעניין דב"ע נ/ו 4-4 **ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - מוריה תל-אביב בע"מ**, תקדין ארצי 96(4) תשנ"ז, הביע בית-הדין לעבודה את עמדתו המעדיפה מודל של הסכם קיבוצי המשלב מודל של דוגמת חוזה אישי על מודל של מפעל הקשור בקשר קיבוצי המוציא עובדים מתחולתו באמצעות חתימה על חוזה אישי אינדיווידואלי עם כל עובד כזה.

⁵² דב"ע נ/ו 4-44 **חיפה כימיקלים בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה, ההסתדרות החדשה במרחב חיפה**, פד"ע ל 216, 236 (להלן: עניין **חיפה כימיקלים**). ההתייחסות לעניין **חיפה כימיקלים** היא רק דוגמה למקרה שדן בביטול הסכם קיבוצי. סוגיית הביטול עצמה לא תידון במאמר זה היות ששאלה זו, לנוכח מרכזיותה, מצריכה דיון במאמר נפרד.

⁵³ רות בן-ישראל **ההסכם הקיבוצי** (תשל"ז) 138.

לבטלו לתת לצד האחר הודעה מוקדמת; *השני*, ההודעה צריכה להינתן במועד מוגדר, שיכול שייקבע בהסכם הקיבוצי. אם לא הגדירו הצדדים מועד כזה, נקבעה בחוק הוראה דיספוזיטיבית של חודשיים מראש, כפוף למגבלה של תקופת השנה של הסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת; *השלישי*, הגשה לרישום של כתב הביטול היא תנאי לכניסתו לתוקף של הביטול על-פי סעיף 10 לחוק ההסכמים הקיבוציים.⁵⁴

(ב) סעיף 13 לחוק ההסכמים הקיבוציים עוסק בהסכם קיבוצי לתקופה מסוימת שתמה תקופת תוקפו. השוני המהותי בין הסכם לתקופה מסוימת לבין הסכם לתקופה לא-מסוימת הוא שתאריך סיומו של הסכם לתקופה מסוימת קבוע מראש, ולפיכך שאלת ביטולו אינה צריכה להתעורר. אולם מכוח העיקרון החברתי שהנחה אותו, ראה המחוקק לנכון לספק לצדדים תבנית חקיקתית המסדירה יחסי עבודה במצב של אי-בהירות שעלול להיווצר כתוצאה מקשר עבודה קיבוצי שתוקפו החוזי הסתיים, אך המשכו לא הוסדר על-ידי הצדדים. לפיכך טרח המחוקק והפיק הסדר דיספוזיטיבי כדלקמן:

על-פי סעיף 13 לחוק ההסכמים הקיבוציים, הסכם קיבוצי לתקופה מסוימת אינו פג עם תום התקופה אם לא הודיע אחד הצדדים לצד האחר במועד הנכון ובכתב על גמר תוקפו, אלא נהפך להסכם לתקופה בלתי-מסוימת. או אז נהפך המסמך להסכם לתקופה בלתי-מסוימת, ועל-מנת לסיימו דרושה פעולה פוזיטיבית של הצד המבקש לשנותו.

מטרתה של ההודעה המוקדמת לביטול החוזה היא לאפשר לצדדים לקיים, תוך פרק-הזמן שעד הביטול, משא-ומתן ענייני, על-מנת ליישב את המחלוקות שביניהם ולחדש את ההסכם הקיבוצי תוך הכנסת שינויים מוסכמים.⁵⁵

אם התגלה פגם בהודעה המכריזה על גמר תוקפו של החוזה, או כאשר אין היא ממלאה אחר התנאים הנקובים בחוק, נהפך ההסכם הקיבוצי למסמך לתקופה בלתי-מסוימת, ותקופת תוקפו אינה נפסקת. במקרה זה, הדרך היחידה לסיימו היא באמצעות הודעת ביטול.

2. סייגים לתחולתן של הוראות הביטול

יש לסייג את הוראות הביטול הללו בשני סייגים:

הסייג האחד מתייחס לכלליות של ביטול ההסכם. בית-הדין קבע שכאשר מדברים על ביטול הסכם קיבוצי, הכוונה היא לביטול ההסכם כולו, ואין אפשרות

⁵⁴ דב"ע נד/ 27-4 צים, חברת השיט הישראלית בע"מ - ההסתדרות הכללית (טרם פורסם).

⁵⁵ עניין חיפה כימיקלים, לעיל הערה 52, בע' 236.

לבטל סעיף זה או אחר ולהותיר את ההסכם על כנו.⁵⁶ הניסיון להעניק לצד החפץ לבטל הסכם קיבוצי את האפשרות להשתמש בשיטת "העיפרון הכחול" נדחה על-ידי בית-הדין הארצי לעבודה. לכן, בין שמדובר בהסכם קיבוצי לתקופה מסוימת ובין שמדובר בהסכם קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת, על הצד החפץ לבטל הסכם קיבוצי לפעול על-פי הוראותיהם של סעיפים 13 ו-14 לחוק הסכמים קיבוציים, אלא אם נקבעה בהסכם הקיבוצי דרך אחרת לביטול ההסכם.

בעניין **דיוור לעולה**, בו התבררה סוגיית ביטולו של "זכרון דברים" שנכלל מאוחר יותר בתוך הסכם קיבוצי והיה לחלק ממנו, נאסר על הצדדים להפריד בין שני אלה ולנסות לברור מתוך ההסכם הקיבוצי המורחב פרקים שהם חפצים לבטלם לעומת פרקים שהם חפצים לשנותם.⁵⁷ ברוח העקרונות של יחסי עבודה קיבוציים, לא איפשר בית-הדין לאחד הצדדים ליהנות מזכות ביטולה של הוראה בהסכם קיבוצי בלא ליטול על עצמו את סיכון ביטולו של ההסכם כולו ופתיחת כל קשר העבודה המאורגן למשא-ומתן חדש.

הסייג האחר מתייחס לדרך הביטול. מכוח עקרון האוטונומיה של הצדדים להסכם קיבוצי, היה המחוקק מוכן לאפשר לצדדים לקבוע דרכים אחרות לביטול הסכם קיבוצי, ובלבד שלא תישלל כליל האפשרות לבטל הסכם לתקופה בלתי-מסוימת. סייג זה גם עולה בקנה אחד עם האוטונומיה החוזית של צדדים לקשר רצוני.⁵⁸

למעט סייגים אלה, הוראות החוק העוסקות בביטול ההסכם הקיבוצי מהוות ראייה כי המחוקק, ששאף להעניק לצדדים ערכה דיספוזיטיבית להתקשרות קיבוצית, צפה למעשה אפשרות של ביטול הסכם כחלק טבעי מיחסי העבודה.

3. חוסר הסימטריה של הוראות הביטול בחוק ההסכמים הקיבוציים

אם נמשיך ונמקם הוראות אלה בתוך המסגרת הכללית של החקיקה הקיבוצית, נגלה כי לאחר שסיפק המחוקק כלל משפטי לצד החפץ לבטל הסכם, הוא עצר ולא המשיך בעיצוב כלל משפטי נוסף שיחזיר את האיזון בין שני הצדדים הבלתי-שווים.

⁵⁶ דב"ע מר/4-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - "דיוור לעולה" בע"מ, פד"ע טו 240, 246 (להלן: עניין דיוור לעולה), וכן עניין חיפה כימיקלים, שם, בע' 232.

⁵⁷ עיקרון זה הנחה גם את בית-המשפט הגבוה לצדק כאשר הוא דן בסוגיית ביטולה החד-צדדי של תניה בהסדר קיבוצי מבלי לבטל את החוזה כולו: בג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, לעיל הערה 11.

⁵⁸ בעניין מילפלדר, שם, היה השופט ברק מוכן לאפשר סטייה מהאיסור של שינוי תניות בהסדר קיבוצי מבלי לבטל את המסמך כולו, בתנאי שהצדדים כללו במפורש או במשמע אפשרות כזאת בחוזה עצמו. שם, בע' 216. ובאשר לדרכים לביטולו של הסכם קיבוצי: ראו עניין דיוור לעולה, לעיל הערה

בעוד הוא דואג לנסח כללים דיספוזיטיביים למצבים של ביטול הסכם, ולמרות האידיאולוגיה הקולקטיביסטית ששימשה רקע לחקיקת חוק ההסכמים הקיבוציים, לא דאג המחוקק להמשיך ולאכוף את קשר העבודה הקיבוצי שהחל. ראשית, החוק הישראלי אינו כולל הוראה, אף לא כזו האמריקאית,⁵⁹ הכופה קיומו של משא-ומתן-קיבוצי במצבים של רוב מאורגן של עובדים במפעל. שנית, המחוקק גם לא כפה חידוש המשא-ומתן הקיבוצי במציאות בה בוטל הסכם קיבוצי על-ידי אחד הצדדים. וכך, למרות הרקע האידיאולוגי שעמד בבסיס חוק ההסכמים הקיבוציים, לפיו⁶⁰ "תנאי העבודה צריכים להיקבע בעיקר במישור הקיבוצי, באמצעות מוסדות וכלים המיוחדים למישור זה", לא נחקקו הוראות ביטחון לשריון הקשר הקיבוצי.

המסקנה הבלתי-נמנעת העולה מהצבת ההוראות הקיימות מול ההוראות החסרות היא שהמחוקק מתיר לא רק את ביטולו של הסכם קיבוצי כשלב במאבק המקצועי, אלא גם את ביטולו של ההסכם הקיבוצי כהליך במסגרת ביטולם הכללי של יחסי העבודה הקיבוציים במפעל.

אכן, בנושא ביטולו של ההסכם הקיבוצי, חוק ההסכמים הקיבוציים מבטא, למרבה הפלא, עמדה חד-צדדית ובלתי-מתערבת ביחסי העבודה. החוק, שנחקק בשנת 1969 ואמור לשקף את ערכי העבודה המאורגנת, נוקט דווקא בגישה מתירנית בכל הנוגע בסוגיית ביטולו של ההסכם הקיבוצי.

גישתו הלא-מתערבת והלא-כופה של החוק מייצגת למעשה את התפיסה החזונית הניאו-קלסית של הפירמה, שקנתה לה אחיזה כתיאוריה השלטת המגדירה כראוי את

⁵⁹ סעיף 8(d) של ה-National Labor Relations Act מחייב מעסיקים לנהל בתום-לב משא-ומתן קיבוצי עם הארגון היציג בעניינים מוגדרים, כגון שכר, שעות עבודה ותנאי עבודה אחרים. מאחר שהחוק קובע כי אין בכוונתו לכפות על הצדדים להסכים להצעה של הצד שכנגד או לוותר, הפרשנות העולה ממנו היא כי עיקר החובה היא להיפגש ולהיוועץ. ראה על כך: *A. Goldman Labor and Employment Law in the United States* (Kluwer, 1996), 261. בעיה זו של אי-אכיפותו של המשא-ומתן הקיבוצי התעוררה בדב"ע ש/מ/ 4-18 **ההסתדרות הכללית של העובדים - עירית תל-אביב**, פר"ע יב 52 (להלן: **עניין הכבאים**), שם בית-הדין מציין באופן די מעורפל כי אין לדבר על היעדר "זכות" של ארגוני העובדים למשא-ומתן קיבוצי, בעיקר מאחר שהמשא-ומתן הקיבוצי וההסכם הקיבוצי מהווים פועל יוצא של חופש ההתאגדות. במשפט הבינלאומי הוכרה הזכות למשא-ומתן קיבוצי כחלק מחופש ההתאגדות: *The European Social Charter 1961*; כעבור שנים, בשנת 1989, נחתם על-ידי הקהילייה האירופית צ'רטר חברתי הכולל אף הוא את הזכות להתאגד ולחתום על הסכם קיבוצי. בית-הדין אף קובע בעניין **הכבאים** כי מוטלת על המדינה חובה לעודד משא-ומתן קיבוצי ולהימנע מכל פעולה שיש בה כדי להכביד על משא-ומתן קיבוצי.

⁶⁰ עניין **עמית**, לעיל הערה 1, בע' 496.

אופי התאגיד. על-פי גישה זו, הפירמה היא רק פיקציה משפטית המשמשת ליצירת קשרים חוזיים בין גורמי ייצור פרטיים.⁶¹ מהיבט יחסי העבודה, כל קשר חוזי שנכרת בין ספקי ההון האנושי - העובדים, לבין צרכניו של הון זה - המעסיקים, הוא תוצאה רצונית של משא-ומתן בין שני צדדים שווים. במילים אחרות, ההסכמים הקיבוציים הם למעשה חוזי שיווי-משקל ששחקנים כלכליים רציונליים כורתים מתוך בחירה חופשית. מאחר שההנחה היא כי פרטים מסוגלים להגיע להתקשרות חוזית יעילה יותר מאשר פקידים ממשלתיים שמנסחים חוקים, אין טעם להתערב במהות ובתנאים של ההתקשרות. לפיכך, כל עוד הצדדים קשורים בקשר קיבוצי, יתרונותיו עולים על חסרונותיו לשני הצדדים. יתר על-כן, יתרונות אלה חשובים כנראה גם לצד השלישי - לעובד כפרט, אחרת לא היה תומך בארגון.

ובהתאמה, הכרזה על ביטולו של ההסכם מלמדת כי אחד הצדדים כבר אינו רואה בהסכם הקיבוצי חוזה יעיל, או שאינו משקיף על הקשר הקיבוצי כעל קשר מועיל. ובהמשך לגישה זו, ניתן לומר כי המסר הנורמטיבי של המסגרת החוזית-הקיבוצית הוא שביטול הסכם קיבוצי אינו אלא צעד צפוי שהצדדים היו אמורים לצפות מראש, כאשר שיווי-המשקל בין העלות והתועלת יתערער. ההסכם הקיבוצי משרת את ייעודו כל עוד החסרונות למעביד מהגבלת זכותו לחפש עובדים בעלות נמוכה יותר נסוגים מפני היתרונות מקיום קשר עבודה עם גוף המבטיח הספקת עבודה סדירה במחיר נתון במשך תקופה נתונה. ובהתאמה: ההסכם הקיבוצי ישמש את הארגון כל עוד הוא סבור כי השביתה, כמכשיר כלכלי עליו ויתר, נחותה בערכה מהתמורה הכוללת שחברי הארגון מקבלים באמצעות ההסכם הקיבוצי. ההסכם הקיבוצי יפסיק לשמש את הארגון כאשר הארגון יחשוב כי במאבק מקצועי ישיג יותר תמורת העבודה שחבריו מספקים.

על-פי גישה ניאו-קלסית זו, התנאים שהצליחו הצדדים לקשר העבודה להשיג הם תוצאה רצונית של שני צדדים חופשיים, שההתקשרות ביניהם היתה רצונית ושוויונית. לפיכך, העובדה שאחד הצדדים לא הצליח להבטיח לעצמו את המשך הקשר הקיבוצי בכל מחיר מלמדת כי לא הצליח לגמול לצד האחר בדרך כדאית. לכן, גם החוק אינו צריך לסייע לצד המפסיד ולפצותו על שלא השכיל לשפר את

⁶¹ תיאוריית ה"מארג החוזי" המסבירה את הפירמה פותחה על בסיס התיאוריה הכלכלית של הפירמה של רונלד קואז, שהסביר עוד בשנות הארבעים כי פירמות ושוקים הם דרכים חלופיות להתקשרות, ועלויות העסקה יכריעו ביניהן. Ronald H. Coase "The Nature of the Firm" 4. *Economica* (1937) 386, 390-394. נקודת-המפנה היתה בשנת 1976, כאשר ינסן ומקלינג "פירוק" (deconstructed) את הפירמה המסחרית כישות כוללנית, והכריזו עליה כעל מבנה המסמל לא יותר מקובץ של חוזים יעילים. Michael C. Jensen and William H. Meckling "The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" 3 *J. Fin. Econ.* (1976) 305, 311.

הצעתו ולשכנע את הצד האחר להמשיך את הקשר הקיבוצי. תוצאה זו, שמייצגת תפיסה דרוויניסטית, מובילה לכך שכל צד חייב לשאת בעלות נחיתותו, מחדליו או חוסר כשרונותיו.⁶²

הטעם ההיסטורי להכללתו של סעיף חד-צדדי כזה היה, כנראה, בטחונה של ההסתדרות כי חוזקה ועוצמתה די בהם להבטיח את קיבוציות יחסי העבודה, ואין היא זקוקה להגנה סטטוטורית. אולם לימים התברר כי שאננותו של ארגון העובדים הגדול ביותר בעבר עלתה לארגוני העובדים בהווה בפגיעה בזכות חקוקה למשא-ומתן קיבוצי. בעקבות זאת, ההגנה על העובדים במפעל עוברת מהמישור הקיבוצי למישור האישי.

בפרק הבא אדון בתופעה של ביטול ההסכם הקיבוצי והשלכותיה על רקע ההסדר המשפטי הקיים.

ה. ההשלכות של ביטול ה"מונופול" הארגוני בעידן של יחסי עבודה משתנים

השוני ביחסי העבודה מתבטא בכמה מהפכות שקטות בשוק העבודה. הראשונה - שינוי האידיאולוגיה הכלכלית, מעבר לכלכלת-שוק, סימון הפרטה כיעד לאומי ונסיגה ממחויבותו של השלטון המרכזי לתעסוקה מלאה. השנייה - מציאות תעשייתית חדשה ששיטות הייצור משתנות בה, ובהכרח משתנה גם מעמדו של העובד בתוך העולם הטכנולוגי המשתנה. עוצמתו של העובד הבודד המומחה התחזקה לעומת נחיתותו היחידנית בעולם של אתמול. במקביל, קטנה האטקרקטיביות של ארגוני עובדים כמרכז מסורתי של סולידריות ואחדות המאגד ומטפח קולקטיב של עובדים. המפעל וההון הפיננסי כבר אינם אמצעי הייצור היחידים, והידע והמומחיות של העובד הוגדרו אף הם כמשתייכים לקטיגוריה זו. השלישית - הגדלת חלקו של המגזר המספק שירותים לעומת חלקו של המגזר היצרני. הרביעית - גלובליזציה ופתיחת השווקים המקומיים לתחרות עולמית, המכתיבות למפעלים סדר עדיפויות חדש. החמישית - שינוי במעמדה של ההסתדרות כארגון כוללני, שהושפע כמובן מחקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. מארגון עובדים מרכזי בעל שליטה ברוב המוחלט של מקומות העבודה

⁶² על השתקפות העיקרון הדרוויניסטי כפועל יוצא מהתפיסה החוזית עמדה Van Wezel Stone. לשיטתה, הגישה לפיה במצבים של שינויים מבניים בחברה על העובדים לשאת בעלות השינוי משקפת עולם דרוויניסטי שרק לחזקים יש סיכוי לשרוד בו: Katherine Van Wezel Stone, "Policing Employment Contracts within the nexus-of-contracts firm" 43 U. of Toronto L.J. (1993) 353,354.

בארץ, הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי, נהפכה ההסתדרות לארגון ב"כינוס נכסים", שמחפש חברים ומתאמץ לאסוף דמי-חבר שיסייעו לו לממן חלק מהוצאותיו. הנפילה והחבטות שחוותה "הסתדרות העובדים החדשה" (בשמה החדש) משליכות גם על מעמדם של עובדים הנזקקים לשירותי האיגוד המקצועי שלה. מפעלים פרטיים שזוהו בעבר כמעוזה של ההתקשרות הקיבוצית מזורזים לנצל את השינויים הללו ומכריזים על ביטולו של ההסכם הקיבוצי, על כל הכרוך בכך לעובדים. אכן, המגמה של ביטול ההסכמים הקיבוציים חזקה יותר במגזר הפרטי ואינה מורגשת במישרין במגזר הציבורי, שהשינויים בדפוסי העבודה בו מתבטאים במעבר של ההעסקה לשוק העבודה השניוני.

על-מנת לבדוק את השלכותיו של חוסר האיזון בהוראות החוק, אתקדם להלן בדרך הבאה: ראשית, אתאר את יתרונותיה וחסרונותיה הכלכליים של העבודה המאורגנת. לאחר-מכן אביא את הניסיון שהצטבר במהלך השנים בבית-הדין לעבודה בהקשר של תופעת ביטולו של ההסכם הקיבוצי, ואצביע על שינוי המגמה שחל.

1. כרסום יתרונותיו הכלכליים של הקשר הקיבוצי והשלכותיו על קבוצות עובדים שונות

יתרונותיה של העבודה המאורגנת אמורות להפיק תועלות הן למעסיק והן לעובדים. אולם אראה להלן כי בתהליך יישומו של הקשר הקיבוצי חל כרסום בכדאיותו הכלכלית, ולכן הנטייה לסגת ולהימנע מן השימוש בו גוברת.

העבודה המאורגנת אמורה להעלות את שכרם של העובדים, לשפר את סביבת העסקתם ולהבטיח להם ביטחון תעסוקתי. האומנם? לצורך הבדיקה יש להבחין בין עובדים מסוגים שונים. יש להפריד בין עובדי הצווארון הכחול לבין עובדי הצווארון הלבן. לגבי חלוקה אחרונה זו יש להבחין בין עובדים בכירים לעובדים זוטרים ובינוניים, ובין עובדים צעירים לעובדים מבוגרים.

את עובדי הצווארון הכחול יש למיין על-פי-גילם: עובדים צעירים ועובדים ותיקים. עובדים אלה, המועסקים ברובם בגזר הפרטי, הינם בעלי כישורים ברמה כזו שההיצע שלהם על הביקוש, ולפיכך לא יתקשה המעסיק להחליפם באחרים בכל רגע נתון בעלות נמוכה יחסית. אצל הצעירים מביניהם, האינטרס להחליף עבודה זהה או אפילו גבוה יותר מעניינו של המעסיק להחליפם באחרים. הם יעדיפו משכורת גבוהה יותר בהווה תמורת ויתור על ביטחון תעסוקתי בעתיד, תוך תקווה כי ישפרו במשך הזמן את כישוריהם ובכך גם את סיכויי קידומם לעיסוק מכניס יותר. לכן, חלק מעובדים אלה יהיו אדישים לשאלת הביטחון התעסוקתי. המעסיק ישלם להם לפחות שכר מינימום. כל תמורה גבוהה מזו תהיה תלויה בגורמים אובייקטיביים שיכתיבו כוחות השוק, כגון: מצב שוק העבודה, כישוריו הנוספים של העובד, מיקומו של המפעל.

לעומת זאת, ככל שגילם של עובדי הצווארון הכחול עולה, כן עולה עלות העסקתם במסגרת הסכם קיבוצי - תשלומי ותק וההטבות הסוציאליות הקשורות בו הם חלק מהתמורה של ההסכם הקיבוצי. אך תפוקתם - המבוססת בדרך-כלל על כוח פיסי - פוחתת עם הגיל, ולכן גם הכדאיות להחלפתם גוברת. עובדים אלה הם בעלי תמריץ חזק מאוד להתאגד. ההסכם הקיבוצי המספק להם ביטחון תעסוקתי כולל בדרך-כלל גם מנגנון פיזיו נדיב לעובדים הפורשים פרישה מוקדמת. מפעל ותיק, עתיר עובדים מבוגרים, עלול לכרוע תחת הנטל של עלויות כוח-האדם ולהפסיד בהתמודדות עם מפעל נטול התחייבויות כאלה.

את עובדי הצווארון הלבן יש לחלק לכמה קבוצות:

הקבוצה הראשונה של עובדי הצווארון הלבן מורכבת מצעירים וזוטרים בעלי ניידות גבוהה. הם טרם סיגלו עצמם לצרכיו של המפעל המסוים, והם בעלי סיכויים להיקלט במפעל אחר. משכורתם נמוכה הן במפעל מאורגן והן במפעל לא-מאורגן, ולפיכך הם אדישים לאופי הקשר במפעל. יתר על-כן, מפעל לא-מאורגן עשוי להציע להם משכורת גבוהה יותר תמורת ויתורם על ההתארגנות ועל הביטחון התעסוקתי. מבחינתם, גיל הפרישה הוא תאריך עלום ורחוק, והם מעדיפים משכורת גבוהה בהווה על ביטוח מפני סיכוני זיקנה לעתיד הרחוק מאוד. לגבי רובם, אין להתאגדות יתרון כלכלי, ולפיכך לא יבחרו בה, ויעדיפו לחסוך את תשלום דמי-החבר.

הקבוצה השנייה של עובדי הצווארון הלבן היא קבוצת הוותיקים. מצבם שונה. הם "הימרו" על המפעל כהשקעת חייהם: התאימו את כישוריהם לצורכי המפעל, התיישבו בקרבת מקום עם משפחותיהם, הגיעו כבר למעמד מסוים כתוצאה מוותק ופריזון. לגבי עובדים אלה ערכם של ביטחון תעסוקתי וחיסכון לעת זיקנה עולה על ערכה של תוספת ישירה לשכר. הם יעדיפו את הבטחת עתידם על הגדלת המזומנים במשכורתם. לאלה יש דווקא תמריץ חזק להתאגד ולתמוך בקשר עבודה קיבוצי, שבאמצעותו ארגון העובדים משיג בשבילם הן שכר גבוה והן תנאים סוציאליים בעלי ערך שולי גבוה. לעומת זאת, לגבי המעסיק, הם הקבוצה הבעייתית ביותר. השקעתם המיוחדת במפעל הופכת אותם אומנם לבעלי ערך גבוה מבחינת המפעל, אולם ערך זה מתקזז בירידה מתמדת בתפוקתם החל בגיל מסוים. כושר התמודדותם

של עובדים אלה עם החידושים הטכנולוגיים החדשים הולך וקטן ככל שגילם הולך ועולה.⁶³

הקבוצה שלישית היא זו של העובדים הבכירים ביותר. יש להם בדרך-כלל חוזה אישי, ואין הם נזקקים להסכם קיבוצי, מאחר שתנאיהם עולים על אלה שההסכם הקיבוצי מספק.

עולה מכל אלה כי העובדים בעלי התמריץ הגבוה ביותר לעידוד קשר העבודה הקיבוצי הם דווקא אלה שעלות החזקתם למעסיק גבוהה מן התמורה שהם עשויים להפיק בשבילם.

לעומת זאת, עובדים אלה מהווים לגבי המעסיק נטל של כוח-אדם מאורגן בעל זכויות משוריינות קיבוצית עם ביטחון תעסוקתי. כאמור, קבוצת עובדים זו מתבגרת, ולכן פריון חבריה הולך וקטן עם הגיל, כמו גם כושר התאמתם לחידושים הטכנולוגיים או האחרים. כתוצאה מכך, המעסיק מעדיף להעביר את כל העובדים במפעל לחוזים אישיים. כך יוכל לתגמל ישירות את העובדים הראויים בעיניו, ואילו את העובדים הפחות ראויים יוכל לדחוק לתפקידים פחות תובעניים בתמורה נמוכה יותר.

ברמת המקרו, קובלים הכלכלנים הניאו-ליברליים, ההסכם הקיבוצי הוא גורם אינפלציוני. הוא מייקר את השכר כתוצאה ממחויבותו של המעסיק לרמת שכר מינימלית ולשכר גבוה יותר מדי שנה. את העלויות הללו המעסיק מעמיס על הצרכן באמצעות מחירים גבוהים יותר, ויוצר בכך אינפלציה.⁶⁴

טיעון נוסף הוא שההסכם הקיבוצי מקטין למעשה את הפריון מאחר שהוא מגן על העובדים הבכירים בעלי הוותק הגדול יותר באמצעות הביטחון התעסוקתי ומנגנוני בורות פנים-מפעליים.⁶⁵ לדוגמה, מנגנון הפיטורים מטעמי צמצום מבוסס לעיתים על עקרון הנאי"ר (נכנס אחרון יוצא ראשון - last in first out), ולכן מבטיח את העובדים הוותיקים בעלי התמריץ הגבוה יותר להתאגד על-מנת שלא להימנות עם המפוטרים.

⁶³ רות בן-ישראל "שוויון הזדמנויות בעבודה" **אפליה מטעמי גיל** (תל-אביב) 1061 : פרופסור בן-ישראל מביאה את שוודיה כדוגמה לעלותו היקרה של העובד המתבגר מבחינת המעביד.

⁶⁴ Stephen W. Smith *Labour Economics* (London, 1994) 134. תיאוריה זו נבדקה אמפירית בבריטניה והוכח כי איגוד מקצועי אינו גורם לאינפלציה, אך יכול לתרום להמשכתה.

⁶⁵ Richard Posner *Economic Analysis of Law* (5th ed., 1998) 357. פוזנר אף מביא אסמכתאות ממחקרים אמפיריים המוכיחים את השפעתו השלילית של האיגוד המקצועי על הפריון, **שם**, הערה 2, לדוגמה: Barry T. Hirsch *Labor Unions and the Economic Performance of Firms* (1991). לעומת זאת, סמית מביא בספרו מחקרים המוכיחים דווקא שאין כל קשר תיאורטי או אמפירי שעשוי לתמוך בדעה כי האיגוד המקצועי מחבל בפריון. Smith, *ibid.*, at p. 134.

ברמת המעסיק הפרטי, הטיעונים של הפרק הזה מהווים תמריץ שלילי להמשך הקשר הקיבוצי. ברמת המדיניות הכלכלית, יש בטיעונים אלה כדי לתמוך במדיניות ממשלתית ששמה לה למטרה לבצר מדיניות של כלכלת-שוק ליברלית, המעדיפה את תכתיבו של מנגנון מחירים עצמאי שישמש סמן ימני לרמת מחירים ולרמת תעסוקה משתנה.

היעדר יעילותו של ההסכם הקיבוצי ברמת המעסיק הפרטי והמדיניות התומכת בכלכלת-שוק תחרותית חברו יחדיו לעידוד המגמה של ביטול הסכמים קיבוציים גם בישראל.

2. התפתחותו המעשית של הליך הביטול של ההסכם הקיבוצי בישראל

בעידן של יחסי עבודה משתנים, ביטולו של הסכם קיבוצי אינו אלא אירוע צפוי. הדרמה שאירעה בצפון הארץ במפעל כימיקלים לישראל סיפקה דוגמה חיה להתעוררותו של דיון חדש בשאלת ביטולו של ההסכם הקיבוצי. מאז אנו עדים לתופעה הולכת וגוברת של ביטול הסכמים קיבוציים.

ביטולו של הסכם קיבוצי הוא מעשה בעל מטרות שונות. אפשרות אחת היא ביטול הסכם קיבוצי לשם השגת מטרה נקודתית, שתכליתה להוות שלב-ביניים עד לחתימה על הסכם קיבוצי חדש. תוצאתו של מעשה כזה היא תקופה של אי-יציבות המשליכה על המרקם העתידי של יחסי העבודה. אפשרות אחרת היא ביטול ההסכם הקיבוצי לשם השגת מטרה כוללנית-קיצונית, שתכליתה היא ביטול הדפוס של יחסי העבודה הקיבוציים. משמעותו היא שינוי בתשתית הבסיסית של הקשר הקודם של יחסי העבודה. אופציה זו היא הנפוצה יותר בתקופה זו, והיא אף עולה בקנה אחד עם מגמת ההפרטה והתפיסה הפוסט-מודרניסטית האחראית לפירוקה של מדינת-הרווחה.

אכן, עד לראשית שנות התשעים היתה התופעה של ביטול הסכמים קיבוציים נדירה ביותר. לבית-הדין היתה ידיעה שיפוטית על כך שלפי הנהוג במערכת יחסי העבודה, צדדים להסכמים קיבוציים לא ביטלו בדרך-כלל הסכמים קודמים בעת החתימה על הסכמים חדשים, ונשמרו המשכיות ורציפות בין ההסכמים הקיבוציים. כך גם קבע בית-הדין בעניין **קרן היסוד - הסתדרות האקדמאים**.⁶⁶ רק לעיתים נדירות אירע שנידון ביטולו של הסכם קיבוצי.

החוק מאפשר ביטולו של הסכם קיבוצי כדרך פעולה הולמת למקרים הבאים: **מקרה ראשון** - ביטול הסכם קיבוצי כתגובת-נגד על הפרתו, כאשר הצד המבטל מעוניין להמשיך בקשר הקיבוצי. במסגרת זו ניתן לחשוב על שני מצבים נפרדים. **מצב אחד** בו ארגון העובדים מכריז על ביטול הסכם קיבוצי כתגובה על הפרתו בידי

⁶⁶ דב"ע תשנ/ 4-11 קרן היסוד - המגבית המאוחדת לישראל - הסתדרות האקדמאים, פד"ע כב 111,

המעסיק. ההסכם הקיבוצי, כמסמך מחייב, מורכב משני רכיבים: רכיב חוזי ורכיב סטטוטורי. החלק החוזי של המסמך מכפיף אותו לכאורה למשטרו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א 1970-, המעמיד לרשות הצד הנפגע אופציה של ביטול במקרה של הפרה. לפיכך, אם מעסיק נוקט בצעדים החורגים מהמוסכם, ארגון העובדים עשוי לשקול צעדים של ביטול ההסכם כתגובה. אולם בית-הדין לעבודה הבהיר בראשית דרכו את רתיעתו משימוש באופציה כזו, וביסס אותה על שני עקרונות. האחד פרשני, ולפיו חוק ההסכמים הקיבוציים הוא בבחינת חוק מיוחד (*lex specialis*), המוציא את תחולתם של דיני החוזים הכלליים,⁶⁷ ובכללם ברירת הביטול. האחר, מהותי - ייחודו של ההסכם הקיבוצי כמסמך קבוצתי, לעומת חוק החוזים העוסק בהתקשרויות אישיות, מבטל למעשה את האפשרות של שימוש בתרופת הביטול ביחסים קיבוציים. מאוחר יותר, כאשר דן בית-הדין בדרך ניהולו של משא-ומתן קיבוצי בין צדדים להסכם קיבוצי שהגיעו לידי סכסוך עבודה והשבתת-מגן, הדגיש בית-הדין את האופי המיוחד של קשר העבודה. השימוש במילים "take it or leave it", שמשמעותן הרחבה היא איום בביטול ההסכם, אמר בית-הדין, טוב ליחסי מסחר בהם לכל אחד משני הצדדים יכול שיימצא מוכר אחר או ספק אחר. לא כן ביחסי העבודה הקיבוציים. "למפעלי ים המלח אין הסתדרות אחרת שתנהל אתה משא-ומתן כנציגת העובדים ולהסתדרות אין מפעלי ים המלח אחרים שבהם יעבדו חבריה. אין כללי משא-ומתן בין סוחרים בענף אחד זהים לכללי משא-ומתן בענף אחר."⁶⁸ כל-כך מושרשת היתה ההכרה בכוחם של היחסים הקיבוציים, שבית-הדין לא ראה כל אפשרות אחרת. לכן, האפשרות שחזה אז בית-הדין היתה רק הפעלתה של ברירת האכיפה למרות ההפרה.⁶⁹

מצב אחר, בו המעסיק מאיים בביטול ההסכם הקיבוצי ככלי של מאבק כלכלי במסגרת משא-ומתן לחידוש ההסכם הקיבוצי. האמת ניתנת להיאמר כי ההכרזה על ביטול הסכם קיבוצי כשירה לשמש כלי נשק כלכלי לקראת כריתת הסכם טוב יותר באמצעות לחץ הביטול על הצד האחר. יש לזכור כי לביטולו של ההסכם הקיבוצי יש השלכות הן ברמת העובד כפרט והן ברמת הארגון. ברמת הפרט, העובד מאבד את גיבוי הארגון ואת כושר המיקוח שלו. ברמת הארגון, ביטול ההסכם הקיבוצי משפיע על מעמדו של ארגון העובדים, המאבד את כוחו כצד המשפיע על תנאי עבודתו של העובד כפרט, ולכן גם על מצבו הכלכלי של ארגון העובדים. תמריץ העובדים להמשיך להשתייך לארגון שאיבד את כושר המיקוח שלו הולך ופוחת. ביטול הסכם קיבוצי גם יפסיק את הגבייה המרוכזת של דמי-החבר או דמי-הטיפול

⁶⁷ דב"ע לב/ 4-6 ועד עובדי תחזוקה ישירה - אל על בע"מ, פד"ע ג 393, 412.

⁶⁸ דב"ע מא/ 4-18 ההסתדרות הכללית ומועצת פועלי באר שבע - מפעלי ים המלח בע"מ, פד"ע יד 243, 225.

⁶⁹ עניין ועד עובדי תחזוקה ישירה, לעיל הערה 67, בע' 413.

הארגוני-המקצועי שארגון העובדים גובה במסגרת הסכם קיבוצי. לפיכך, איום כלכלי כזה ישפיע בהכרח על שיקוליו של ארגון העובדים בעת ניהול המשא-ומתן. **מקרה שני** - בו ההכרזה על ביטול ההסכם הקיבוצי נעשית על-ידי המעסיק, ומטרתה לסיים את עידן היחסים הקיבוציים במפעל. בהיעדר הוראת-חוק האוכפת יחסים כאלה, אין מנוס מהמסקנה כי מצב כזה הוא תרחיש שהחוק עצמו התיר. בתקופה בה שלטה האידיאולוגיה של מדינת-הרווחה והריבון המתערב, לא הובאה כנראה אפשרות כזאת בחשבון כלל. האופציה היחידה שנשקלה היתה שימוש באיום הביטול ככלי נשק. מצב כזה אירע כאשר ארגון העובדים - ההסתדרות הרפואית - השתמש בשוט הביטול באופן לגיטימי כדי ללחוץ באמצעותו על המעסיק.⁷⁰ במקרה ההוא אף לא עלתה על הדעת אפשרות של ביטול יחסי העבודה הקיבוציים. אולם השינוי באקלים האידיאולוגי ובתפיסה הכלכלית העלו שוב אל סדר-היום המשפטי את ביטול ההסכם הקיבוצי כאופציה בת-מימוש. הרוחות של "כלכלת-השוק" פרצו בעוצמה את מעוזיהם הלא-אטומים של האיגודים המקצועיים במפעלים השונים, והובילו למגמה של חיקוי דפוסי ההעסקה האישיים האמריקאיים והבריטיים. שביעות-הרצון הבריטית מהמעבר לשוק מופרט ואינדיווידואלי וההישגים המתמשכים של הכלכלה האמריקאית הבנויה ברובה המוחלט על יחסי עבודה אישיים,⁷¹ בתוספת למגמת הגלובליזציה העולמית שהכניסה לישראל תעשיות המבוססות על קשר אישי בלבד, זירזו את תהליך "ההפרטה" של יחסי העבודה בישראל.

אך בניגוד לשינויים באידיאולוגיה ובכלכלה הפוליטית, המשפט אינו מתעדכן כמדד המחירים לצרכן ואף אינו מתיימר לעשות כן. כאשר האידיאולוגיה הפוליטית תאמה את רוח החוקים שנחקקו, לא שימש ניסוחם החסר⁷² או המתון כחרב מתהפכת; אולם עם שינוי הייעוד החברתי, החל מתהווה קושי בהתאמת המציאות לחוק. או אולי להיפך? ! דוגמה אחת שימש בג'צ עמית בו דנתי כבר לעיל ובו הראיתי כיצד סירב בית-המשפט הגבוה לצדק להיכנע לתכתיבי המציאות בעת

⁷⁰ דב"ע מז/ 4-17 מדינת ישראל - ההסתדרות הרפואית בישראל, פד"ע יט 312.

⁷¹ אסמכתא אחת לעובדות ידועות אלה: Anthony Ferner, Richard Hyman "Introduction: Towards European Industrial Relations?" *Changing Industrial Relations in Janice*, Europe (Anthony Ferner, Richard Hyman eds., 2nd ed., 1998) xi R. Bellace "Labor Law for the Post-Industrial Workplace: Breaking the New Deal Model in the USA" *Labour Law at the Crossroads: Changing Employment Relationships* (J.R. Bellace and M.G. Rood eds., Kluwer, 1997) 11.

⁷² במקרה שלנו הכוונה להיעדר הוראה הכופה המשך קשר קיבוצי על מפעל שהחל בו, לפחות לגבי התנאים הבסיסיים, כגון שכר עבודה וזכויות פנסיוניות.

פירוש הגדרה פסיקתית שעיצבה אמות-מידה של ארגון עובדים. בענייננו, המצב שונה. כפי שהראיתי לעיל, ביטול הסכם קיבוצי הוא פעולה שהחוק דווקא מטפל בה טיפול ליברטריאני. ניתן כמעט לומר כי סעיפים 13 ו-14 לחוק ההסכמים הקיבוציים הם שמורה בעלת אוריינטציה אינדיווידואליסטית בחוק בעל צביון קולקטיביסטי. וכך, גישתו הליברלית של חוק ההסכמים הקיבוציים, על-פיה אין אפשרות לאכוף יחסי עבודה קיבוציים, מקבלת תפנית פוסט-מודרניסטית שמרנית ומונעת מהמערכת המשפטית התערבות לטובת שימור ערכי הסולידריות החברתית הקולקטיביסטית. בשנים האחרונות אנו עדים לשורת ביטולים של הסכמים קיבוציים על-ידי מעסיקים המונעים על-ידי השאיפה להשליט יחסי עבודה אישיים. חלקם הגיעו למסקנה כי הקשר הקיבוצי הוא דרך פחות יעילה להשאת רווחים. למשל, בחברת הביטוח "מגדל" בוטל ההסכם הקיבוצי מתוך כוונה לעבור לדפוס העסקה אישי. בית-הדין האזורי, מפי השופטת ורדה וירט-ליבנה, נתן תוקף לביטול זה למרות הכרתו של המעסיק כי כוונתו היא לא לקיים מערכת חיים קיבוציים בהיעדרו של חוסר תום-לב קיצוני.⁷³ חלק מהמעסיקים אף עושים זאת בדרכם להכנת המפעל לשם הנפקתו בבורסה האמריקאית הסוגדת לתרבות האינדיווידואליזם בקשרי עבודה.⁷⁴ חלק אחר של המעסיקים משתמשים בכלי הביטול כדי לבצע רה-ארגון במערכת יחסי העבודה במפעל. לדוגמה, הנהלת חברת "דלק" הודיעה לממונה הראשי על יחסי עבודה⁷⁵ על החלטתה לבטל את ההסכם הקיבוצי הקיים ולהעסיק את כל העובדים בהסכמים אישיים.⁷⁶ בחברה זו הועסקו חלק מהעובדים בהסכם קיבוצי וחלק אחר בחוזים אישיים. התוצאה היא כי החל בראשית שנת 1999 בוטלו

⁷³ ת"ע נ/ו 4-36 הסתדרות העובדים החדשה, הסתדרות הפקידים עובדי המינהל והשירותים - מגדל חברה לבטוח בע"מ (לא פורסם). מגבלת תום-הלב המוגבר כאמת-מידה לאישור ביטולו של הסכם קיבוצי נשאבת מפסק-דינה של השופטת ברק בעניין חיפה כימיקלים, שם אמרה בדעת יחיד כי על הצד המבטל הסכם קיבוצי מוטלת חובה מוגברת של תום-לב. עניין חיפה כימיקלים, לעיל הערה 52, בע' 247.

⁷⁴ לדוגמה, הנהלת חברת "דלק" הודיעה בראשית חודש נובמבר על החלטתה לבטל את ההסכם הקיבוצי בחברה ולהעסיק את כל העובדים על-פי חוזים אישיים. (ידיעה בעיתון הארץ מיום 2.11.98, בה נמסר כי חברי הוועד הביעו את החשש כי משמעות ביטולו של ההסכם הקיבוצי היא פיטורי עובדים, שיחלו כנראה סמוך להנפקת מניות החברה בבורסה בניו-יורק.)

⁷⁵ חיים ביאור, ידיעה בעיתון הארץ מיום 2.11.98.

⁷⁶ דוד חיון, בידיעה בעיתון גלובס מיום 23.11.98, הודיעה החברה כי הגיעה להסדר עם עובדיה על-פיו יעברו כולם לעבוד במסגרת חוזים אישיים. כתוצאה מן ההסדר שהושג אף ביטלה ההסתדרות את השביתה שנועדה לשבש את פעילות החברה. על-פי הדיווח העיתונאי, הסכם המעבר לדפוס יחסי עבודה אישיים הוא לשביעות-רצונם של כל הצדדים. במקביל לביטולו של ההסכם הקיבוצי, נידונו פיטורי הצמצום בחברת "דלק" בבתי-הדין לעבודה. לאחר ביצוע רה-ארגון, החליטה חברת "דלק" כי

יחסי העבודה הקיבוציים במפעל, בין היתר משום שההנהלה החדשה התרשמה לרעה, לדבריה, מהתנהגותו של ארגון העובדים. בכך הלכה חברה "דלק" בעקבות חברת "פז", שאף היא ביטלה את כל ההסכמים הקיבוציים בחברה, ועברה לחוזים אישיים. אפשרות אחרת היא שהמעסיק יפרוש מארגון המעבידים על-מנת לחמוק מקשר העבודה הקיבוצי. כך נהפכה אפשרות זו של סיום הקשר הקיבוצי מברירה תיאורטית למציאות מתממשת.

3. גישת בתי-הדין לעבודה לביטולו של הסכם קיבוצי בעניין חיפה כימיקלים

מקרה אחד - עניין חיפה כימיקלים - ישמש אותי כדוגמה לפיתוח התיאוריה שאני טוענת לה בעניין הגנת זכויות העובדים כפרטים במסגרת הליך של ביטול קשר קיבוצי. בית-הדין לעבודה בחיפה התבקש לבטל את ביטולו של הסכם קיבוצי ביוזמתו של המעסיק, חברת חיפה כימיקלים בע"מ, העוסקת בייצור חומרים כימיים. במפעלה עובדים כחמש מאות עובדים שרובם מפעילים את המתקנים השונים המייצרים את החומרים הכימיים. פעולת הביטול בוצעה על-ידי המעסיק בדרך הקבועה בחוק. לאחר משא-ומתן בין הצדדים לחידושו של ההסכם הקיבוצי, שלחה חברת חיפה כימיקלים הודעה על ביטול כל ההסכמים הקיבוציים המיוחדים שחלים על הצדדים, לרבות כל הנספחים וכל מכתבי-הלוואי הקשורים לקשר הקיבוצי החל בראשית שנת 1997.

טענתה המרכזית של ההסתדרות, שהתנגדה לצעד זה, היתה כי הודעת הביטול ניתנה בחוסר תום-לב קיבוצי, ולא בדרך מקובלת, בניגוד להוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973-, ודינה להיות מוכרזת כבטלה. עוד נטען מטעם ההסתדרות כי הודעת הביטול ניתנה בלא כל התראה, דווקא לאחר משא-ומתן בנוגע לנושאים אחדים בהם נחלקו הצדדים ואף על-פי שהצעד שהתבקש היה התאמתם של הסכמי העבודה לאשר סוכם או יסוכם בין הצדדים, ולא ביטול ההסכמים באורח מפתיע.

חברת חיפה כימיקלים בע"מ הגישה תצהיר תשובה שסקר את המצב העסקי הקשה אליו נקלעה בגין ירידת חלקה בשוק העולמי והגידול בעלות העבודה במפעלה. החברה טענה בתצהירה כי היא ניסתה לנהל משא-ומתן עם נציגות העובדים במגמה להגיע להסכמה על הקטנת עלויות העבודה, אך הנסיונות לא צלחו בגלל דרישות כספיות גבוהות שהציגה נציגות העובדים, להן לא היתה חברת חיפה כימיקלים יכולה להסכים. לפיכך, עם חרפת מצבה העסקי, לא נותר לה, לדבריה,

אין לה עניין להמשיך בהליכים המשפטיים, וביטלה את הערעור. אולם ההסתדרות הכללית חפצה להמשיך לקיים את הדיון בשאלת הצמצום בכוח-האדם וזכאותה למידע הנוגע בצמצומים. בית-הדין הארצי המשיך לפיכך לדון, ונתן את החלטתו בדב"ע 98 / 4-10 4-11 "דלק" - חברת הדלק הישראלית בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה-האגף לאיגוד מקצועי. (טרם פורסם).

אלא לעשות שימוש בברירת הביטול של ההסכם הקיבוצי הקבועה בו, לפיה כל צד רשאי לבטל את ההסכם הקיבוצי בהודעה מראש לצד האחר בתוך תשעים יום לפני תום תוקפו.

במסגרת סכסוך העבודה הוגשו לבית-הדין בקשות שונות, ביניהן: בקשה למתן פסק-דין הקובע שפיטוריהם של עובדים במפעל בטלים; תביעה נגד חברי ועד העובדים במפעל להוצאת צו המורה על פינוים מהמפעל בגלל הנזקים שגרמו לו במהלך סכסוך העבודה; תביעה לביטול ביטולו של ההסכם הקיבוצי. התביעות הראשונה והשנייה, החשובות כשלעצמן, אינן מעניינות, ובמאמר זה אדון רק בתביעה השלישית, הנוגעת ישירות בנשוא הסכסוך: הצהרה על אי-תקפותה של ההודעה בדבר ביטולו של ההסכם הקיבוצי.

בהליך העיקרי של התביעה לביטול ביטולו של ההסכם הקיבוצי ניתן סעד-ביניים של עיכוב כניסתה לתוקף של ההודעה על ביטול ההסכם. בהחלטה שניתנה בדיון העיקרי בבית-הדין האזורי לעבודה בחיפה, בראשותו של השופט מייבלום, נקבע כי ההודעה על ביטול ההסכם הקיבוצי ששלחה חיפה כימיקלים דינה להתבטל. השופט מייבלום והמותב שאיתו ביססו את החלטתם על משטר יחסי העבודה הקיבוציים השורר במדינה כנימוק המרכזי להתערבות באוטונומיה של הרצון הפרטי של המעביד ובפררוגטיבה הניהולית שלו. השופט מייבלום שם כנר לרגליו את חוסר השוויון ההתחלתי בין העובדים לבין המעביד, כדי שישמש בסיס שממנו נובע הצורך להפעיל נוסחות איזון על מערכת היחסים בין הצדדים.

לאחר ששקל את מצבו המיוחד של המפעל, הציב בית-הדין האזורי את המערכת העובדתית הבאה לשם עריכת איזון צודק: מחד גיסא, כחמש מאות עובדים במפעל, רובם ותיקים, העלולים למצוא עצמם, בעקבות ביטול ההסכם, לאחר שנים רבות של עמל, בלא גיבוי קיבוצי לזכויותיהם באורח העשוי לפגוע בהם קשה. מנגד, מפעל המצוי בקשיים כלכליים החפץ לבטל הסכם קיבוצי באמצעות הפעלה לגיטימית של סעיף שנקבע בהסכם קיבוצי שנחתם על-ידי שני הצדדים ואיפשר ברירת ביטול. השימוש בברירה זו מיישם למעשה את הבשורה המשתמעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואי-כיבודו פוגע בזכויות מוקנות של המעסיק כבעלים של רכוש.

באיזון בין שני אלה הגיע בית-הדין האזורי למסקנה כי למרות המעמד החוקתי של הזכויות הקנייניות של המעסיק, הסיכון הקיצוני שנשקף לציבור העובדים הרחב אינו עומד בשום יחס לסכנה הכלכלית הרובצת לפתחו של המעביד, ולכן השימוש בזכות הנ"ל יוצר נחיתות בלתי-סבירה של העובד כלפי מעסיקו.

לעומת זאת, בדעת רוב ואף בדעת יחיד, לא קיבל בית-הדין הארצי לעבודה את הבקשה לבטל את ביטול ההסכם הקיבוצי מן הטעם שלא מצא חוסר תום-לב, וגם

לא חוסר תום-לב מוגבר, בהתנהגותה של חיפה כימיקלים. החברה הבהירה למועצת הפועלים, קבע בית-הדין, חודשים רבים לפני הודעת הביטול על כוונתה להכניס שינויים, וכך עשתה. הודעת הביטול באה אם-כן לאפשר את המשך המשא-ומתן להכנסת שינויים בקשר הקיבוצי.

בית-הדין הצהיר על האוטונומיה של הצדדים לבטל הסכם קיבוצי כחלק מהוראות החוק הקוגנטיות של חוק ההסכמים הקיבוציים, וגם הכפפתה של זכות זו לחובת תום-הלב אינה מבטלת את עוצמתה של הזכות עצמה.⁷⁷ אומנם, חובת תום-הלב במהלך ביטול הסכם קיבוצי כוללת, למשל, את חובת ההיוועצות וניהול המשא-ומתן עם ארגון העובדים,⁷⁸ אך לא היה בה, לשיטתו של בית-הדין הארצי, כדי לעמעם או לערער את תוקפה של זכות הביטול.

4. תוצאתו של פסק-הדין בעניין חיפה כימיקלים על רקע חוסר האיזון של חוק ההסכמים הקיבוציים

ההיגיון שביסוד הקוגנטיות של הזכות לבטל הסכם קיבוצי הוא זכותם של הצדדים לנוע בחופשיות בחלל יחסי העבודה מבלי להתחייב מראש באופן בלתי-הדיר על דרך אחת של קשר. מאחר שחוק ההסכמים הקיבוציים נחקק בתקופה בה נראה קשר קיבוצי כבירר-מחדל, לא נצפתה בחוק אפשרות אחרת. אכן, זכות הביטול היא דו-כיוונית; היא שייכת לשני הצדדים - למעסיק ולארגון העובדים; כל אחד מהם רשאי להשתמש בה בתום-לב; אך עד לשינוי האידיאולוגיה הכלכלית החברתית, ביטול הסכם קיבוצי נעשה רק על-מנת לשמש כלי במאבק בין הצדדים. רק במספר זעום מאוד של פעמים בוטל בארץ הסכם קיבוצי בעשורים הקודמים, ובמקרים שנעשה הדבר לא היתה כוונה לבטל את הקשר הקיבוצי כולו. בכל אותם מקרים שימש כלי הביטול, כפי כוונתו המקורית של מחוקק חוק ההסכמים הקיבוציים, אמצעי מיקוח בידי הצדדים לקשר הקיבוצי, ובאף אחד מהמקרים לא דווח על הרהורי "כפירה" באשר לכדאיותו או לתקפותו של הקשר הקיבוצי.

בעניין דיוור לעולה ביטלה החברה הסכם קיבוצי שהיה קיים בהיותו הסכם שקדם להסכם קיים אחר, ולכן לא עסקו שם כלל בביטול קשר קיבוצי. בעניין תה"ל⁷⁹ בוטל

⁷⁷ עניין חיפה כימיקלים, לעיל הערה 52, בע' 245.

⁷⁸ על חובת תום-הלב ביחסי העבודה הקיבוציים ראו, למשל, דב"ע לט-7/2 עובדי שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ - חברת שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ, פד"ע יא 57, 68. וכן מ' גולדברג "תום-לב במשפט העבודה" ספר בר-ניב (תשמ"ז) 139. על חובת ההיוועצות כחלק מחובת תום-הלב הקיבוצית ראו דב"ע נב/ 4-2, נב/ 5-4 חברת תרכובות ברום בע"מ - ההסתדרות הכללית, פד"ע כג 456, 464; וכן דב"ע 7/98-3 מנשה מוערים - משרד הביטחון-מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 12 לפסק-הדין.

ההסכם הקיבוצי על-ידי החברה מטעמים של קשיים כלכליים בעת שהיה קיים במפעל הסכם קיבוצי שהסדיר את הבראת המפעל. רק במקרה אחד, בעניין **ההסתדרות הרפואית**,⁸⁰ היתה היוזמה של ביטול ההסכם יוזמתו של ארגון העובדים, שנקט בצעד זה מטעמי פוליטיקה מפעלית.

היסטוריה זו של ביטול ההסכמים מלמדת על אופי הצרכנים של כלי הביטול. למעט מקרה **ההסתדרות הרפואית**, היתה ההנהלה יוזמת הביטול בכל המקרים האחרים, והיא פעלה כך מבלי לחפוץ בביטולו של הקשר הקיבוצי כולו.

אולם השינוי באידיאולוגיה הכלכלית השלטת השפיע על המציאות המשפטית, והוא מתבטא היטב בהחלטותיהם של השופטים בעניין **חיפה כימיקלים**. בית-הדין הארצי לעבודה, בדעת רוב, מדגיש כי למרות הערך הטמון ברצון העובדים לשמר את מערכת היחסים הקיבוציים, התערבות שיפוטית באפשרות של ביטול הסכם קיבוצי עשויה לפגוע פגיעה קשה בעצם הנכונות של שני הצדדים. שאם לא תאמר כן - סבור בית-הדין - מעבידים רבים, שיחששו כי במרוצת השנים יורע מצבם הכלכלי עד כי לא יוכלו לעמוד בתנאים שהעניקו לעובדיהם ולא יוכלו לבטל את ההסכם, יעשו כל מאמץ על-מנת להימנע מחתימתו.⁸¹

בדעת יחיד, לעומת זאת, השופטת אלישבע ברק מסתייגת מהכוח הבלתי-מוגבל שבית-הדין נותן לשני הצדדים לבטל את ההסכם. לשיטתה, זכות הצדדים לבטל הסכם קיבוצי צריכה לעבור גם את מסגרת תום-הלב. במקרים חריגים של חוסר תום-לב יהיה בית-הדין רשאי לבטל את אקט הביטול. לשיטתה, ערכאה משפטית רשאית להתערב בזכות הביטול כאשר נעשה בה שימוש שלא בתום-לב; שכן, כשמדובר ביחסים קיבוציים, רמתה של חובה זו עולה ומתגברת. הטעם שהשופטת ברק נותנת לכך נטוע באופי המגוון של הקשר הקיבוצי, שביטולו מחליש הן את עמדת המיקוח של ארגון העובדים היציג והן את מעמדם של העובדים הבודדים בהיעדר ההגנה של ארגון העובדים. השופטת ממליצה לבחון את תום-ליבם של הצדדים על-פי עקרונות המשפט המינהלי, בהיות הסכם קיבוצי מסמך בעל היבט ציבורי המשליך על זכויותיו של ציבור שלם. בחינה כזו מכתובה לשיטתה אימוץ קנה-מידה של תום-לב מוגבר בעת ביטולו של ההסכם הקיבוצי.

⁷⁹ דב"ע נא/ 4-21 **ההסתדרות הכללית - תה"ל**, פד"ע כג 3.

⁸⁰ דב"ע מז/ 4-17 **מדינת ישראל - ההסתדרות הרפואית בישראל**, פד"ע יט 312; עתירה לבג"צ נדחתה:

בג"צ 193/88 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' בית-הדין הארצי, מדינת ישראל**, פ"ד מג(4) 577.

⁸¹ עניין **חיפה כימיקלים**, לעיל הערה 52, בע' 238.

ו. השלכות ביטולו של ההסכם הקיבוצי

מאחר שיש לביטולו של ההסכם קיבוצי השלכות הן על הפרט והן על הארגון, כל אחד מ"הנפגעים" הפוטנציאליים זכאי לאמצעי תגובה. מאבקו של הארגון הוא מאבק "מקדים תרופה למכה", בעוד שמיימוש זכויותיו של העובד הינו רק אמצעי "שלאחר מעשה", בהיעדר אמצעים אפקטיביים אחרים. בפרקים הבאים אדון בסל זכויותיו של העובד כפרט בעקבות הביטול. בסעדים במישור הארגוני אטפל בהזדמנות אחרת.

1. ביטול ההסכם קיבוצי - זכויות אישיות של העובד

אם המעסיק מצליח במשימתו לשנות את התשתית התעסוקתית במפעל ולעבירה לדפוס של התקשרות אישית, העובדים נותרים חשופים ונתונים לחסדי הממונים עליהם, וגורלם נחרץ על-פי האינטרסים המידיים של בעלי השליטה הנוכחיים בפירמה בעלת המפעל. מעמדם ניזק, והשאלה הבאה הנשאלת היא: מהן זכויותיו של העובד במישור האישי?

התרופה האולטימטיבית המיידית היא הוראות סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים. על-פיו, ההוראות הנורמטיביות של ההסכם הקיבוצי ממשיכות לעמוד בתוקפן גם לאחר שפג תוקפו של ההסכם הקיבוצי, ובכך נקבע עיקרון ההמשכיות. אך האופי הנורמטיבי של ההוראות האישיות משתנה בשלב זה. בזמן חלותו של ההסכם הקיבוצי, היה לנורמטיביות אופי כופה, שמכוחו לא היה אפשר לוותר על הזכויות שהוא מקנה. לאחר שפג תוקפו של ההסכם הקיבוצי, הנורמטיביות מקבלת צביון מרשה, ואז העובד רשאי לוותר על זכויות שמקורן בהוראות האישיות של אותו ההסכם. הזכות לויתור כזה היא בעלת שני פנים. העובד "זכאי" אומנם לוותר על זכות, אולם הוא גם רשאי לא לעשות זאת. למעסיק ניתנת הברירה להוביל את העובד למצב בו הוא עלול להיאלץ לוותר על זכויות על-מנת לשמור על מקום עבודתו. זאת מכיוון שעל-פי סעיף 19 לחוק, הנורמטיביות של ההוראות ההסכמיות נמשכת כפוף לשני תנאים: הראשון, כל עוד לא שונה תוכן של ההוראות האישיות בהסכם קיבוצי חדש או בחוזה אישי חדש; השני, כל עוד לא בוטל חוזה העבודה האישי כדן.⁸² הוראות אלה נועדו כמובן לחזק את מעמדו של ההסכם הקיבוצי ולשכנע את הצדדים להמשיך להסדיר את קשר העבודה כקשר קיבוצי. אף ייתכן כי המחוקק לא צפה כלל אפשרות של קשר עבודה אישי, ולכן הגדיר הוראות כאלה כחלק מתהליך המשא-ומתן לקראת חתימתו של ההסכם קיבוצי אחר. אולם

⁸² ראו על כך, למשל, מ' גולדברג דיני עבודה (ערכון 1999) 24 - 4.

אחת מתוצאותיו של צירוף הסעיפים 13, 14 ו-19 - לחוק עלולה להיות נסיגה מהסדר הקודם בו אורגן המפעל תחת משטר קיבוצי. למעשה, הוראות סעיף 19 מעניקות למעסיק גמישות תעסוקתית באמצעות התרת ביטולו של החוזה האישי על-פי בחירתו של כל אחד מהצדדים. במילים אחרות, סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים מקנה אומנם לעובד כפרט זכות יחסית לאחר ביטולו של ההסכם הקיבוצי, מכוחה כל עובד זכאי ליהנות מהמשך תוקפן המרשה של זכויותו האישיות. המעסיק, כמאמרו של השופט ברק בבג"צ **מילפלדר**,⁸³ מנוע אומנם מלפעול באופן חד-צדדי ולבטל תניה כלשהי בחוזה האישי, למעט חריגים מספר, אולם הוא רשאי בהחלט לבטל כליל את החוזה האישי ולהפר את בטחונו התעסוקתי של העובד.

2. השפעת אופיין הדיספוזיטיבי של "הזכויות האישיות" על כושר המיקוח של הצדדים לחוזה העבודה

אופיין המרשה של ההוראות הנורמטיביות מסמן איפוא נסיגה במעמדו האישי של העובד, המאבד את התוכן הנורמטיבי של הזכויות האובליגטוריות. אבהיר את דברי: ההוראות האובליגטוריות בהסכם הקיבוצי מעניקות זכויות ברמת הצדדים החתומים להסכם שמטרתן היא לבצר את זכויותיו של העובד כפרט. זכויות אלה כוללות את השתתפותו של הוועד בהליכי קידום, בקביעת תקנים, בדיונים משמעותיים ובהליכי פיטורים (להלן: אגד הביטחון התעסוקתי). גיבוי קיבוצי זה הוא עיקר מהותו של הביטחון התעסוקתי. הזכויות האובליגטוריות לא נועדו לבדל את ארגון העובדים ולקדש את מעמדו. מטרתן היא הענקת גיבוי לעובד היחיד באמצעות הכוח המאורגן. ארגון העובדים הוא יצור שהקמתו נועדה לשרת את יחידיו, והוא מוקם על-ידי עובדים לתועלת העובדים. פועלו מניב ליחידיו פירות ברמה האישית הנקלטים ישירות אל תוך חוזה העבודה האישי ומוגדרים כזכויות נורמטיביות. אולם פועלו של הארגון מניב גם זכויות אובליגטוריות לצדדים להסכם הקיבוצי, שתוקפן נשען על היתרונות הנורמטיביים שהם מקנים ליחידיו של הארגון. ההיבט הנורמטיבי הזה של הזכויות האובליגטוריות (אגד הביטחון התעסוקתי), המוחל מכוח סעיפים 15 ו-16 - לחוק ההסכמים הקיבוציים,⁸⁴ אינו נקלט במסגרת ההוראות הנורמטיביות שסעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים עוסק בהן, ולכן הוא אובד עם ביטולה של המסגרת הקיבוצית.

⁸³ בג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, לעיל הערה 11.

⁸⁴ ראו בג"צ 289/79 רשות הנמלים בישראל נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(2) 141, 157, שם השופט ברק מציין כי כוחו של הקיבוץ לחייב ולזכות את הפרט אינו בדיני השליחות, אלא בחוק ההסכמים הקיבוציים. חוק זה מכיר בכוחו של הקיבוץ לחייב ולזכות את היחיד. לדוגמה, ההסכם הקיבוצי החל על העובדים הכלולים בהסכם והוראותיו דבר תנאי עבודה מזכים כל עובד ועובד מכוח סעיפים 15, 16 ו-19 לחוק ההסכמים הקיבוציים.

הגמישות ההעסקתית שמוענקת למעסיק בעקבות אקט הביטול ואובדן הביטחון התעסוקתי של העובד נוגדת את המטרה המוצהרת של חוק ההסכמים הקיבוציים ואת האידיאולוגיה הסוציאליסטית שהן מייצגות. ההגנה היחסית שסעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים מספק, לפיה המעסיק מנוע מלבטל באופן חד-צדדי תניה כלשהי בחוזה העבודה, מתקזזת הן מול "זכותו" של העובד לוותר על זכויותיו הכלולות בחוזה העבודה האישי שלו והן מול אובדן הגיבוי הקיבוצי.

המסקנה העולה עד כאן היא כי בעוד מצבו של המעסיק משתפר לאין ערוך בעת ביטול ההסכם הקיבוצי, מצבו של העובד מתערער. לפני המעסיק פתוחה עתה ברירת קיומו של החוזה האישי, אך גם ביטולו - זכות שלא היתה לו קודם-לכן. נוסף על כך ובמקביל, ניתנת למעסיק אפשרות לשנות לטובתו תניות בחוזה האישי. העובד, לעומתו, יורד ברמת בטחונו התעסוקתי, ואף עלול לרדת באיכות תנאי העסקתו, כל זאת במסגרתו של חוק בעל אוריינטציה סוציאליסטית-חברתית.

אכן, להוראותיו של חוק ההסכמים הקיבוציים יש משמעות רחבה גם מעבר לפירוט הנקודתי הצר של זכויותיו האישיות של העובד לאחר ביטול ההסכם הקיבוצי. משמעות זו יונקת מאופיו של חוק ההסכמים הקיבוציים כפי שהוגדר בבג"צ **עמית**, ומהסביבה האידיאולוגית בתקופה בה נחקק, שאף זכתה בהרחבה בפסק-דין **השקמיות**.⁸⁵ במסגרת הקשר הקיבוצי, העובד "מוותר" על החופש לעצב את תוכנם של יחסי העבודה שלו לטובת חופש ההתקשרות הקולקטיבי בו היחיד פועל במסגרת הכלל.⁸⁶ הגבלה זו על החופש החוזי שהעובד נוטל על עצמו היא מודעת ורצונית, ו"מתקזזת" מול הזכות שמוענקת לו להשתייך לקיבוץ המיוצג על-ידי ארגון עובדים שמופקד על קידום ענייני העובדים. זכות זו נשללת מן העובד בעת ביטולו של ההסכם הקיבוצי.

את הסוג הזה של הזכויות אני ממיינת כקטיגוריה נפרדת, שלקיומה אני טוענת במאמר זה. לטענתי, מעשה ביטולו של ההסכם הקיבוצי מהווה כשלעצמו הפרה של זכויות המזכה בפיצויים. את מיקומן המשפטי של זכויות אלה של העובד ניתן למצוא הן בדיני הקניין והן בדיני החוזים. הביטחון התעסוקתי המוענק לעובד באמצעות הקשר הקיבוצי הינו בעל ערך רכושי-קנייני לגביו, המשתרע מעבר לזכות החוזית האדוורסרית הכלולה בחוזה האישי. ביטולה של זכות כזו פוגע בעובד ומעניק לו, כמו לכל צד חוזי, זכות לפיצוי באופן שיושב ערכה לעובד.

⁸⁵ דב"ע 3-7/98 **מנשה מועדים - משרד הביטחון-מדינת ישראל** (טרם פורסם), ניתן ביום 2.12.98 (להלן עניין **השקמיות**).

⁸⁶ בג"צ 289/79, **לעיל** הערה 84, בע' 158.

ז. זכותו הקניינית של העובד לקשר עבודה מאורגן

1. הגדרת הזכות הקניינית במקום העבודה

טענתי העיקרית היא כי הביטחון התעסוקתי המוקנה לכל עובד המועסק במפעל ששוררים בו יחסי עבודה מאורגנים הוא זכות רכושית, מאחר שהיא מעניקה יתרונות חומריים. ההגנה הקיבוצית מקנה לעובד גיבוי קולקטיבי מאורגן ומרוכז ביחסיו מול המעסיק. אקט החתימה על הקשר הקיבוצי מסמל את ויתורו המודע של העובד על החופש החוזי לטובת **קניית** זכות להגנה קיבוצית. אקט החתימה על הקשר הקיבוצי מציין גם את ויתורו המודע של המעסיק על החופש החוזי שלו לטובת **הקניית** זכות להגנה קיבוצית לעובדים. תוצאתו של מאזן הזכויות והחובות של כל אחד מהזוכים והחייבים במסגרת הקשר הקיבוצי מובילה בהכרח למסקנה שקיימת זכות מוקנית ליחסי עבודה מאורגנים ולקביעות בעבודה. שלילת זכות זו היא גזילת זכות קניינית המזכה בפיצוי בדין הישראלי.

אכן, אנו מורגלים לראות בקניין זכות בעלת משמעות מוחשית או לפחות זכות בעלת השלכות מוחשיות. במקום עבודה, למשל, ניתן לדבר על זכויות קנייניות של המעסיק, וזכות כזו גם קיבלה גושפנקה חוקית. מקור אחד לזכות כזו הוא כמובן בעלותו של המעסיק על מפעלו, והיא מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוחו הוגדרה זיקתו של המעביד למפעלו, בין מכוח בעלותו ובין מכוח חזקה כזכות-יסוד קניינית.⁸⁷

אחת הזכויות הנגזרות ממנה היא הפררוגטיבה של המעביד לנהל את מפעלו, שמכוחה המעסיק מוסמך לפטר עובד המועסק לתקופה בלתי-קצובה מבלי לנמק ואף מבלי לתת סיבה מספקת. זהו ביטוייה המוחשי של זכות הבעלות במקום העבודה, והיא משקפת את הגישה הקלסית לזכות הקניין ולהיבטי היציבות שהיא מקרינה. משמעותה של בעלות היא שליטה בנכס, על כל הכרוך בה בעת שימוש בנכס והעברתו.⁸⁸

נאמנים לתפיסה גורפת כזו של הקניין, אך טבעי שאחת מהשלכותיה של מוחלטות זו בהפעלת הזכות הקניינית תהיה ביטול זכותו הנגדית של העובד לפתח ציפיות רכושיות כלשהן כלפי אותו מרכז סובייקטיבי המהווה נכס לגבי המעסיק. שניים אינם יכולים, כך סברו פעם, לאחוז באותה טלית.

⁸⁷ דב"ע נב/ 4-17 מדינת ישראל - ההסתדרות הכללית (לא פורסם, ניתן ביום 31.10.93, סעיף 17 לפסק-הדין). צוטט בעניין השקמיות, סעיף 9 לפסק-הדין.

⁸⁸ על התפיסה הקלסית של הבעלות בנכס ראו: William Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (Univ. of Chic. ed., 1979) vol. 2, 2; וכן: Joseph William Singer "No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property" 90 *NW U.L. Rev.* (1996) 1283, 1453.

הנטייה האינטואיטיבית היתה לראות בעובד אדם המנותק מכל זיקה רכושית למקום העבודה, בהיות המעסיק הן הבעלים והמחזיק במקרקעין והן השולט בפירמה המעסיקה. ביטוי מובהק לעומקה של תפיסה זו מצוי בדברי השופט חשין, לפיו: "זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים."⁸⁹

אולם תפיסה זו הולכת ומשתנה בשנים האחרונות. הקניין נהפך מזכות מוחלטת לזכות יחסית ומוגבלת. למשל, זכות קניינית במקרקעין לא שימשה צידוק מספיק לגרימת נזק או אי-נוחות לאחר.⁹⁰ בהמשך למגמה זו, הוחל בשיח קנייני במסגרתו הוגדרו מחדש אינטרסים מוגנים כמשאבים. משאב הוגדר⁹¹ ככל אמצעי להפקת יתרונות כלכליים או לסיפוק צרכים או מימוש רצונות. משאב אינו בהכרח קניין, אך מהותו כמשאב מקנה לו הגנה מפני נטילה.⁹² אופי ההגנה על "משאבים" אלה, כך טוען חנוך דגן, נקבע על-פי סוג הזיקה בין האדם לבין סוג המשאב הנמצא בבעלותו. קיומו של מימד אישי בקשר שבין אדם לבין משאבו הוא הפרופוזיציה הבסיסית שהתיזה של איכות הקשר בין האדם למשאב לבין אופי ההגנה המוענקת לו בנויה עליה. לפי תיזה זו, כאשר משאב מסוים קשור לעצמיותו של האדם במידה רבה עד כדי כך שהוא נהפך לחלק מעצמיותו, שלילתו של המשאב תיתפס גם כהפרה של גבולות האני.⁹³ הדגשת ההתקשרות של בני-האדם למשאביהם הנחתה את מרגרט רדין לטעון כי משאבינו משמשים תזכורת לזהותנו העצמית, והם משקפים למעשה את זהותנו.⁹⁴ ההגדרה האישית של הקניין, המדגישה את הגדרתו האובייקטיבית על-פי היבטיו הסובייקטיביים, האישיים, האינטיימיים, הניעה את חנוך דגן לטעון כי אנשים חשים פגיעה אישית, ולא רק גירעון חומרי, כאשר

⁸⁹ רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 567.

⁹⁰ המקור לאיסור הוא סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 - האוסר שימוש לרעה בזכות במקרקעין. אולם לאחר-מכן הוסיפו לאיסור זה גם את המגבלה של תום-לב בשימוש בזכות מכוח סעיפים 39 ו-61 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973. על כך, לדוגמה, ראו ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737.

⁹¹ חנוך דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 601, 630.

⁹² על הגנת משאבים שונים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו: Daniel Friedmann "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property of the Commission of a Wrong" *80 Colum. L. Rev.* (1980) 504, 506, 509.

⁹³ דגן, לעיל הערה 91, בע' 641.

⁹⁴ Margaret Jane Radin "Property and Personhood" *34 Stan. L. Rev.* (1982) 957, 959, 977;

משאבים המשקפים את זהותם ניטלים מהם.⁹⁵ משאבים כאלה פרושים, לשיטתו, על גבי רצף/מדרג המשתנה על-פי הנסיבות, ובמיוחד על-פי היחס הטיפוסי בין האני לבין המשאב. המדרג הזה נובע מתהליכים חברתיים המנחים אותנו באילו משאבים כדאי להשקיע את זהותנו.

שינוי השיח הקנייני ממוחלט ליחסי ומאובייקטיבי לסובייקטיבי והשתקפותו מבעד להעדפות חברתיות תואמים את המגמה שהתפתחה במשפט העבודה על-פיה מקום העבודה נתפס לא רק כנשוא של בעלות, אלא גם כנשוא של זכויות.⁹⁶ זאת בהמשך לפרשנות הכללית של משפט העבודה, לפיה יש לראות במקום העבודה, בתור שכזה, מקור לזכויות מתמשכות המוקנות לעובדים בו. על ערכה של עבודה לגבי האדם העובד יעידו ההכרזה לכל באי-עולם בדבר זכויות האדם, משנת 1948, וסעיף 6 לאמנה החברתית, שהכירו בזכותו של אדם לעבודה.⁹⁷ הקשר המיוחד של האדם לעבודתו קיבל גם צביון מוסרי אנושי בינלאומי בהכרזת פילדלפיה משנת 1944, שאומצה בשנת 1946 במבוא לחוקה של ארגון העבודה הבינלאומי, בה נקבע כי העבודה אינה מצרך. קשר זה בין האדם-עבודתו-כבודו זכה בגיבוי במסגרת הגדרת זכויות אדם חברתיות שעניינן עבודה. לכן, גם חקיקת המגן המבטיחה לעובד תנאי עבודה מינימליים, שלא ניתן לגרוע מהם, מהווה מימוש היבטה הקנייני המיוחד של העבודה לגבי העובד.⁹⁸ ביטוי לזכויותיו הקנייניות של העובד במקום עבודתו קיבל דגש מיוחד בכמה חוקים, ביניהם: חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, סעיף 1;⁹⁹ חוק ההסכמים הקיבוציים, התשי"ז-1957, סעיף 18,¹⁰⁰ המצביע על זיקת העובד למפעלו באמצעות שריון זכותו להמשך תחולתו של ההסכם הקיבוצי במפעל בעת חילופי מעבידים.

⁹⁵ דגן, **לעיל** הערה 91, בע' 643. דגן מפנה לספרו של אנדרו ריב: *Andrew Reeve Property* (Atlantic Highlands, 1986) 142.

⁹⁶ דב"ע שמ/ 3-67 **נוסבאום - עיריית גבעתיים**, פד"ע יב 194, 198.

⁹⁷ סעיף כג(1) להכרזה קובע: כל אדם זכאי לעבודה, לבחירה חופשית של עבודתו, לתנאי עבודה צודקים והוגנים ולהגנה מפני אבטלה.

⁹⁸ Ruth Ben-Israel "From Aspirations to Rights - Work-related Socio-Economic Rights in Israel: Myth or Reality?" מאמר שנכתב במסגרת הכנס הבינלאומי הישראלי-הקנדי שהתקיים בישראל במאי 1998.

⁹⁹ סעיף זה קובע את זיקת העובדים הן למעסיק והן למקום העבודה, ומכוחו המעסיק חייב לפצות עובדים שפוטרו, לרבות עובדים המפוטרים במסגרת פיטורי צמצום. ראו על כך עניין **השקמיות**, הערה 85 **לעיל** פסקה 10 לפסק-הדין. הנשיא אדלר קובע לאמור בפסקה 9 לפסק-הדין: "מול זכות זו [זכות הקניין של המעסיק - ה'ב'] ניצבות זכויות העובדים במקום עבודתם, כפי שבאו לידי ביטוי בזכויות יסוד, בחקיקה, בהסכמים קיבוציים ובחוזה העבודה האישי."

¹⁰⁰ סעיף זה קובע את המשך תחולתו של ההסכם הקיבוצי בעת העברת הבעלות על המפעל.

אכן, קנייניות העבודה כמשאב רב-ערכי היא המסגרת הכללית להכרה בהשלכות שיש לתוכן הרב-ממדי שהוענק לעבודה. ההכרה בקנייניות העבודה מעבירה אותה ממושג דו-ממדי, שנמדד במערכת יחסים בינאישית, למושג בעל תוכן רב-ממדי, התקף כלפי כל העולם, בבחינת זכות in-rem. ההכרה בחשיבותה של העבודה והעלאתה למדרגת משאב רכושי הובילו לפיתוחן של זכויות מוחשיות בעלות הגנה טובה גם בכל הנוגע בהיבטים הקשורים למהלך יחסי העבודה. לדוגמה, עוד בשנותיו הראשונות של בית-הדין לעבודה התבססה ההבנה כי אופי זכותו של העובד במקום עבודתו פורץ מן התחום הדו-ממדי הצר של הסכם בינו לבין מעסיקו, ומתפשט לעבר תחום הזכויות הקנייניות. מוקדם מאוד לאחר הקמתו נוכח בית-הדין לעבודה כי ביצור מעמדו של העובד יוכל להיעשות על-ידי החדרת יסודות קנייניים לסל זכויותיו. אכן, כבר בראשית שנות השבעים פיתח בית-הדין את תיאוריית הזכויות המוקנות, לפיה, משנקבעו זכויות אישיות על-ידי הארגונים שהם צד להסכם, הן נהפכות ל"זכות מוקנית" לכל פרט שההסכם חל עליו, ואין התחייבויות שאינן חלק מן ההסכם יכולות לשנות זכויות אלה.¹⁰¹

ההכרה בזכותו של העובד לקשר עבודה מאורגן היא רק שלב המשכי למגמה של ביסוס זכותו הקניינית לעבודה, לזכויות מוקנות במקום עבודתו ולשימור ההגנה על זכויותיו באמצעות שימור הקשר הקיבוצי.

2. ההשתקפות של שינוי השיח הקנייני בתפיסות-היסוד של הפירמה כמרכז המקדם מטרות חברתיות

השינוי בשיח הקנייני משתקף גם בשינוי התפיסה הקלסית המסורתית של הפירמה. על-פי התפיסה הקודמת, גילמה הפירמה את רכושם הפרטי של בעלי מניותיה, ומטרתה היתה לקדם את האינטרסים של משקיעיה, שהיו השאת התשואה על ההשקעה. לדוגמה, במקרה המפורסם בו הגיבו האחים דודג', בעלי מניות בחברת "פורד", על החלטתו של הנרי פורד לעכב כל תשלום נוסף של דיווידנד בהגשת תביעה נגד החברה שלו. פורד צוטט כמי שאמר כי מטרת החברה היא לייצר סחורה במחיר נמוך ככל האפשר ולספק תעסוקה. כלומר, הוא השקיף על עשיית רווח כעל מטרה צדדית להספקת תעסוקה. אמר על כך בית-המשפט העליון של מישיגן: "חברה עסקית מוקמת ומנוהלת בראש ובראשונה לשם הפקת רווח לבעלי מניותיה. כוחותיהם של הדירקטורים רתומים להשגת מטרה זו. שיקול דעתם חייב להיות מופעל לשם בחירת האמצעים להשגת המטרה, ואינו כולל סמכות לשינוי

¹⁰¹ ד"ב ע' לא/2-4 ועד מנהלי עבודה שינוע נמל אשדוד נ' רשות הנמלים ישראל, פד"ע ג 63.

המטרה עצמה, או לקבלת החלטה להפחתת רווחים, או לאי-חלוקת רווחים על-מנת לייעד אותם למטרות אחרות.¹⁰² גישה כזו באה לביטוי גם בפסיקה אנגלית של שנות השישים בעניין *Parke v. Daily News*¹⁰³ באותו עניין נקבע שכאשר הביאו הדירקטורים בחשבון, במסגרת תהליכי מכירה של עיתון כושל, את האינטרסים של העובדים שאיבדו את משרותיהם, הם חרגו מסמכותם, מאחר שהחברה הפסיקה להוות עסק חי.¹⁰⁴

אולם מאז חלו שינויים בתפיסת התפקיד של הפירמה בחברה המודרנית. המגמה החלה בגישה לפיה חברות ציבוריות מתנהלות לא רק לשם קידום מטרה יחידה של השאת רווחים לבעלי מניותיהן. החלה מגמה להרחיב את אחריותה החברתית של הפירמה.¹⁰⁵ בהמשך התפתחה גישה חלופית להגדרת הפירמה, המציעה לראות בה מוסד חברתי שחב את היווצרותו וקיומו למדינה.¹⁰⁶ לפיכך, מטרותיה של הפירמה חייבות לכלול גם את שיפור הרווחה החברתית כאחד היעדים להשגה. תפקידם של

¹⁰² *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 NW 688 (Mich 1919) 684. גישה זו משתקפת היטב גם בספרות המשפטית, ודוגמה קלסית היא מאמרו של ברלי: A. Berle "Corporate Powers as Powers" in *Trust* 44 *Harvard L. Rev.* (1931) 1049 [1962] Ch. 927.

¹⁰⁴ תפיסה זו משתקפת באוסטרליה, למשל, בחובת הדירקטורים לפעול לטובת החברה בכללותה כמשקפת את טובת בעלי מניותיה בלבד, H.A.J. Ford and R.P. Austin *Ford and Austin's Principles of Corporations*. Law (7th ed., 1995) 262 Andrew Mitchell "Industrial Democracy: Reconciling Theories of the Firm and State" 14 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (1998) 3, 32.

¹⁰⁵ על גישה זו ראו, למשל, בארצות-הברית: Rodewald "The Corporate Social Responsibility Debate: Unanswered Questions about the Consequences of Moral Reform" 25 *Am. Bus. L.J.* (1987) 443. על-פי העמדה המוצגת שם, אחריותה של החברה צריכה ללווה גישה של "שליח החברה" (agent of society), על-פיה מינהלי החברה צריכים להרחיק מעבר לשיקולים של רווח, חוקיות ומוסריות של שוק, ולהביא בחשבון את כל התוצאות האנושיות, החברתיות והסביבתיות של החלטותיהם העסקיות. עליהם להשתדל לעשות כל שביכולתם כדי להשתמש בכוחות שבידיהם באופן לא-מזיק ומועיל לחברה בכללותה.

¹⁰⁶ W.T. Allen "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation" 14 *Cardozo Law Rev.* 261, 265-266 (1992). ראו גם: Lord Wedderburn "The Social Responsibility of Companies" 15 *Melbourne University L.Rev.* (1985) 4; Lord Wedderburn "Trust, Corporation and the Worker" (1985) 234 *Osgoode Hall L.J.* 203.

הדירקטורים אינו רק לספק לבעלי המניות החזר תמורת השקעתם, אלא להביא בחשבון גם את קידום מטרותיהם של כל בעלי העניין בפירמה, כולל עובדיה.¹⁰⁷ תרומתה של גישה זו לענייננו היא ניתוח המיתוס של בידוד הפירמה כמעוז קנייני של בעליה. הכנסתם של קבוצות בעלי העניין (stakeholders) אל תוך מסגרת השיקולים הרלוונטיים מקדמת אותי לכיוון ביסוס המסקנה לפיה זכותם של העובדים במקום עבודתם בכלל, וזכותם לקביעות במקום עבודתם כהתגלמות הישגיו של הקשר הקיבוצי בפרט, הם חלק מאגד הזכויות המוקנות ששילתן מזכה את העובדים בפיצוי.

3. פיצוי בגין שלילת זכותו הקניינית של העובד כתוצאה מהפרת חוזה נגדו

אחד הנימוקים החזקים להענקת זכות פיצוי לעובדים על ביטול קשר קיבוצי הוא העיקרון לפיו ההסכם הקיבוצי כשלעצמו, על אגד הביטחון התעסוקתי שבו, הוא זכות קניינית של העובדים כערך כלכלי חברתי, ושילתו מקימה זכות לפיצוי. לאחר שהראיתי כיצד עובד קונה זכות קניינית במקום עבודתו, לרבות זכות לקביעות בו, השלב הבא הוא לבנות על זכות זו את הטיעון של פיצוי על בסיס ההפרה החוזית של הזכות, שאף אותה אני מגדירה כזכות קניינית. את הטיעון הזה אני מבססת על הלכת אדרס¹⁰⁸ המפורסמת, שטרפה את קלפי הקלסיקה המשפטית המבחינה בין תחומי משפט שונים, כגון חוזים ועשיית עושר או חוזים וקניין. בדעת הרוב קבע בית-המשפט העליון: "גם זכות חוזית היא חלק מרכושו של אדם, ועל כן חלק מ'חשבונו', באופן שפגיעה בה עשויה להביא להתעשרות על חשבונו."¹⁰⁹ כל הזכות לקביעות במקום העבודה הוקנתה לעובדים בהסכם קיבוצי. אומנם, כל הסכם קיבוצי כולל הוראות פיטורים המאפשרות למעסיק לסיים את קשר העבודה עם העובדים. לפיכך ניתן לטעון לכאורה שאין בקשר הקיבוצי זכות יציבה ובלתי-מעורערת מסוג הזכויות הקנייניות, אלא זוהי רק זכות חוזית יחסית הנתונה לשיקול-דעתו של המעביד. האומנם? טענה כזאת אינה מחזיקה אלא את חלקה

¹⁰⁷ צעדים תחיקתיים בכיוון לכך נעשו הן באנגליה, ב-1985 s. 719, Companies Act, בו ניתנה אפשרות להביא בחשבון אינטרסים של עובדים במצב של חילופי מעבידים אף-על-פי שהתנהגות כזו לא תהיה לטובת החברה; הן בארצות-הברית, ב- ABA Principles of Corporate Governance \$2.01 בו ניתנה אפשרות להביא בחשבון שיקולים אתיים ככל שהם הולמים התנהגות אחראית של חברה, וכן להקדיש סכום מסוים מכספי החברה למטרות הומניטריות, חינוכיות ופילנתרופיות; והן בישראל, בחוק החברות, תשנ"ט 1999-, סעיף 11(א), בו נקבע כי מותר לחברה להביא בחשבון אינטרסים של עובדיה.

¹⁰⁸ ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221.

¹⁰⁹ שם, בע' 274-276 (השופט ברק). וכן ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 321.

האחד, הבסיסי בלבד, של מהות הפררוגטיבה של המעביד. זכות-יתר זו של המעביד מצטמקת ומצטמצמת באמצעות הסכמים קיבוציים המגבילים את זכותו לפטר.¹¹⁰ הביטחון התעסוקתי שההסכם הקיבוצי מעניק הוא המעוז והמבצר החזקים ביותר שהשיגו העובדים במאבקם, ועל כך כבר דיברתי לעיל. ביטחון תעסוקתי זה הוא הזכות החוזית שהוקנתה לעובדים, והיא נהפכת לזכותו של הפרט שההסכם חל עליו. אמר בית-הדין לעבודה: "הוראה בהסכם קיבוצי שממנה עולה כי עובד לא יפוטר אלא בהתקיים תנאים מסויימים היא מההוראות שבהסכם קיבוצי בדבר סיום עבודה, ועל כן היא מההוראות האישיות, היינו חלק מתווה העבודה האינדיבידואלי."¹¹¹

הוראות ההגנה מפני פיטורים נהפכות איפוא לחלק מסל הזכויות המוקנות של העובד, שעם ביטולן, ההתחייבות כלפיו מופרת.

הפרופסורים דניאל פרידמן ונילי כהן משקיפים על הזכות החוזית כעל רכוש¹¹² הזוכה בהגנה לא רק במסגרת דיני חוזים, אלא אף במסגרת דינים אחרים המגינים על הרכוש, לרבות דיני עשיית עושר. לשיטתם, "נטילת" הזכות שהובטחה כמזה, בנסיבות מסוימות, כ"נטילת רכוש" העלולה לגרור התעשרות על חשבון בעל הזכות. נטילה כזו עשויה להקנות סעד בדיני עשיית עושר בגין הרווח שהופק עקב פעולה זו.

אולם דיני עשיית עושר היו שלב-ביניים בדרך להכרה בזכות החוזית כבקניין. בהצגה חדשה של הדברים כותב חנוך דגן¹¹³ כי לא רק שאין קושי בשיבוץ מקרה של הפרת חוזה בפרדיגמת הנטילה,¹¹⁴ אלא שאין להתייחס לרשימת המשאבים המהווים נשוא לזכות להגנה בפרדיגמת הנטילה כאל רשימה סגורה. הקושי היחיד שהוא מצביע עליו בתיאוריה זו הוא כי לשיטתו, לא בכל מקום יש להקנות לנפגע את רווחי ההפרה על בסיס של השבת רווח, ויש להבחין בין סוגי המשאבים הנגזלים. דירוג של רצף המשאבים ועוצמת ההגנה עליהם שייכים כבר לנקודת-ההשקפה על איכות הזכויות הקנייניות. הדיון על-אודות איכותה של הזכות הנפגעת נע בדרך-כלל בין זכות במקרקעין, שהיא הקשיחה ביותר, לבין זכות חוזית, שהיא בעלת ההגנה הקניינית הפחותה ביותר. או במילים אחרות, ככל שמידת השקעתנו והתקשרותנו

¹¹⁰ למשל ר' בן-ישראל דיני עבודה בישראל (האוניברסיטה הפתוחה, 1989) 415.

¹¹¹ דב"ע לו/ 3-33 פרוץ וינשטיין נ' אל-על בע"מ, פד"ע ח 44; דב"ע שם/ 4-2 הסתדרות עובדי המדינה נ' מדינת ישראל, פד"ע יב 182.

¹¹² פרידמן וכהן, לעיל הערה 13, בע' 99.

¹¹³ דגן, לעיל הערה 91, בע' 630.

¹¹⁴ פרדיגמת הנטילה עוסקת במצבים בהם הנתבע (א) נוטל אינטרס של הניטל (ב) ביחס למשאב של הניטל מבלי שהנוטל קיבל הסכמה על כך, מפורשת או משתמעת. הנוטל מפיק רווח באמצעות נטילה זו, והניטל מבקש סעד כספי נגד רווחיו של א, שהופקו שלא על-פי זכות שבדין.

במשאב הנפגע רבה יותר, כן גדל הצידוק להגנתו. אולם עצם התפיסה של תרגום רוחניות הקשר בין האדם לעבודתו כקשר בעל משמעות כלכלית שהפרתה גוררת פיצוי היא החידוש שברצוני להדגיש.

הביטחון התעסוקתי כזכות חוזית הוא משאב המגלם את מבטחו של העובד במקום עבודתו. על מרכזיות העבודה בחיי האדם פותחו גישות רבות. חלק מהן מערער על בלעדיותה של העבודה כמעצבת אישיותו של האדם, אולם אף אחת אינה מטילה ספק בחשיבותה של העבודה כביטוי לתהליכים המנטליים של הפרט.¹¹⁵ לא בכדי פותח, למשל, מדע שלם על-אודות טכניקות למיתון פגיעת הפיטורים באדם העובד ולריכוך המשבר הנפשי האישי, זאת כראיה להשקעה האדירה שהעובדים משקיעים בעבודתם. למעשה, על רצף של דירוג המשאבים, חשיבות העבודה לעובדים חסרי מקרקעין אינה נופלת מערכם של מקרקעין לבעליהם. ערכם של הקביעות בעבודה והביטחון התעסוקתי שההסכם הקיבוצי מקנה נגזר מערכה של העבודה ומהווה אחד מביטוייה.

אכן, הטמעת ערכה של קנייניות הזכות לביטחון תעסוקתי היא השלב הקריטי בהפיכתה לזכות בעלת משמעות יישומית. זה גם הרעיון הבסיסי הנמתח לאורך כל מאמרי זה, ואיתו אני מסכמת כל פרק בו. מהות קיומו של ההסכם הקיבוצי אינה רק בהפקת זכויות חוזיות בעלות אופי אישי (in personam), אלא היא נהפכת ליחידה רכושית עצמאית, בבחינת הכמות נהפכת לאיכות.

לפיכך, שלילתה של זכות זו היא גזלת קניין, המזכה, כמקובל במצב זה, בתרופות שהדין מספק בגין גזל כזה. על סוג הפיצוי אדבר להלן.

ח. אינטרס ההסתמכות כמקור ליצירת זכות מוגנת

1. הביטחון התעסוקתי ו"ההסתמכות"¹¹⁶ עליו

כתימוכין לתיאוריה המשקיפה על הזכות לביטחון תעסוקתי כעל קניין אגייס בסעיף זה את אינטרס ההסתמכות, שעניינו בנזק הנגרם לאדם כתוצאה ממעשה ההסתמכות על התנהגותו של הצד לחוזה. ההגנה על ההסתמכות כעל מקור ליצירת זכות קניינית היא תופעה משפטית חדשה בדיני הקניין. יצירתה נעשתה בידי תיאורטיקן בעל דעות סוציאליסטיות, שפיתח את התיאוריה החדשה שלו כדי ליצור

¹¹⁵ א' בר-חיים ניהול משאבי אנוש (האוניברסיטה הפתוחה), יחידה 3: מרכזיות העבודה) 140.

¹¹⁶ לדין נרחב מאוד על הגנת ההסתמכות, ראו ד' ברק-ארזי "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי"

משפטים כז' (תשנ"ז) 17, 27.

ערך להשקעה אנושית שטרם זכתה בהכרה משפטית ממשית.¹¹⁷ פיתוח זה מושתת על האדנים של דוקטרינת ההסתמכות שצמחה בדיני החוזים, השתכללה לכדי מקור חוזי ליצירת זכויות משפטיות ופותחה במאמרם של Fuller & Perdue.¹¹⁸ אחד הטעמים להגנה על ההסתמכות הוא עידוד השימוש בחוזה ככלי יעיל להתקשרויות.¹¹⁹

הנכונות "להסתמך" במסגרת חוזית תגבר עם שיפור ההגנה עליה. ההגנה על ההסתמכות נקשרה עם ההגנה על הציפייה¹²⁰ לקיום החוזה,¹²¹ ושתייהן מהוות נושא מרכזי לדיון בתחום דיני החוזים המודרניים. ההכרה בהגנה על הציפייה לרווח בעסקות מעודדת הסתמכות על עסקות כאלה. אכן, הגנת ההסתמכות התבררה כדוקטרינה המטפחת את הזכות החוזית כערך מוגן הפורץ מעבר למסגרת החוזית המצומצמת בעלת היריבות המוגדרת אל דיסציפלינות בעלות יריבות רב-ממדית. ככל שהגנת המשפט על ההסתמכות גוברת, שכן הנכונות להסתמך גדלה והביטחון במערכת תקינה משפטית גובר. התביעה לתיקונם של נזקי ההסתמכות מויינה כסוג של צדק מתקן, ולא חלף זמן רב עד אשר שכפלו תחומי משפט אחרים את הצלחתה של הדוקטרינה החוזית בהגינה על ההסתמכות ואימצו אותה. לדוגמה, גם דיני הנזיקין והמשפט הציבורי, שעניינם בדיקת קשרים לא-רצוניים בין בני-אדם, שכללו את הגנת ההסתמכות והתאימו אותה למטרותיהם המיוחדות. דפנה ברק-ארז מונה את הצידיקים לתמיכה בהגנת ההסתמכות במסגרת המשפט הציבורי, וביניהם: הגשמת יעדיה של ההתערבות המינהלית ומניעת בזבוז משאבים, תיקון הצדק

¹¹⁷ J.W. Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan.L.Rev.* (1988) 611

במאמר זה מבסס זינגר על אינטרס ההסתמכות הגנה על זכויותיהם של עובדים שחפצו לרכוש מפעל שנסגר.

¹¹⁸ L.L. Fuller & W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46

Yale L.J. (1936-7) 52, 373

Ibid., at p. 61

¹²⁰ ד' פרידמן ונ' כהן סבורים כי המינוח "אינטרס ציפייה" אינו ראוי, והם מעדיפים עליו את המונח

"אינטרס הקיום". זאת מאחר שפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה כאמור בסעיף 10 לחוק החוזים

(תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 - משקפים את אינטרס הקיום של החוזה. פרידמן וכהן, **לעיל**

הערה 13, בע' 102. ד' ברק-ארז מצביעה על חוסר ההבדל בין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס

הציפייה, מאחר שגם מניעתו של רווח צפוי היא סוג של נזק ההסתמכות, משום שההסתמכות מתבטאת

גם בהימנעות מפעולות חלופיות מהן היה רווח דומה יכול לנבוע. ברק-ארז, **לעיל** הערה 116, בע' 19.

¹²¹ על כך, למשל, ברק-ארז, **שם**, בע' 23-24. היא מתארת את תמיכת Fuller & Perdue בהגנתם של

דיני החוזים על אינטרס הציפייה לשירות הגנת ההסתמכות כתמיכה אינסטרומנטלית. זאת מאחר

שההסתמכות כוללת גם הפסד קשה להוכחה של עסקות חלופיות שהגנת הציפייה והקיום מחליפה

אותו.

באמצעות החזרת הנפגע למצב שהיה בו עובר לנזק שנגרם, השתתפות שוויונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית והגנה על חירויות הפרט. הקשר בין ההסתמכות לבין חירויות הפרט מובהר באמצעות הדגשת חיוניותה של ההגנה על טובות-הנאה שניתנות על-ידי השלטון¹²² לשם הבטחת חירותו האישית של הפרט ושחרורו מתלות.¹²³ החשש מפני ניצול של עמדת שררה לפגיעה בזכויות האזרח מנחה את דפנה ברק-ארו לתמוך בהגנת ההסתמכות כבמקור עצמאי להגנה על זכויות¹²⁴ גם בהקשרים של המשפט הפרטי, דוגמת תחום יחסי העבודה.

על חוסר השוויון בין מעמדו של העובד הבודד לבין המעסיק אכן מעיד משפט העבודה הקיבוצי, שהעמיד במרכזו את ההסכם הקיבוצי. אחד מעיקרה של ההתקשרות הקיבוצית הוא אגד הביטחון התעסוקתי שהעובד מסתמך עליו כאשר הוא בורר לעצמו את מקום העבודה האולטימטיבי.

מבחינתו של האדם העובד, ערכו של הביטחון התעסוקתי כמשאב מתבטא בהסתמכותו על העבודה כעל מרכז לקיום כלכלי-מוסרי. עובד המחפש עבודה וניצב לפני מבחר אפשרויות ישקול את האפשרות להעדיף קשר עבודה קיבוצי כברירה חוזית המקנה לו יתרונות תמורתן הוא מוכן לוותר על פרמיית סיכון הגלומה בהסכם אישי. הביטחון התעסוקתי אובחן עוד בראשית המאה על-ידי זליג פרלמן, אחד החשובים בהיסטוריוני העבודה האמריקאיים, כנושא בעל העוצמה הרבה ביותר בכל ההיסטוריה האמריקאית בתחום העבודה. הוא מנתח היסטוריה זו כמאבק מאוחד להשגת ביטחון תעסוקתי באמצעות התארגנות קיבוצית.¹²⁵

האופי המיוחד של הגנת ההסתמכות בדיני העבודה נעוץ בייחודיותו של קשר העבודה כקשר מתמשך, ההופך כל הסכם עבודה, אישי או קיבוצי, לחוזה-יחס. משמעות הדבר היא שקשר העבודה הרצוף והמתמשך שההסכם הקיבוצי מסדיר חייב להשפיע על אופי הזכויות המוגנות בו; זאת לעומת חוזה המבוסס על מכירה חד-פעמית של נכס או שירות בו.

שני הבדלים עיקריים קיימים בין הסכם עבודה לבין חוזה מסחרי:

ראשית, עובדת היותו של הסכם העבודה חוזה-יחס מתמשך מעידה כי ניתן לצפות במהלך קשר העבודה לשיבושים בקיומו של ההסכם, ושיבושים צפויים אלה הם בבחינת "הפרה צפויה" שאין בה כדי להשפיע השפעה טוטלית על תוקפה של מסגרת קשר העבודה. הצדדים לקשר העבודה מודעים לגמישות היחסית של הסכם

¹²² דוגמת רשיונות, זכויות, חוזים, קצבאות.

¹²³ ד' ברק-ארו, לעיל הערה 116, בע' 35.

¹²⁴ על הצורך בהגנת הפרט מפני ניצול עמדת שררה במערכות שקיים בהן חוסר שוויון של ממש בין הצדדים הצביעה פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" **משפטים** כג (תשנ"ד) 21, ובה נתמכת דעתה של ברק-ארו, **שם**, בע' 36.

¹²⁵ Selig Perlman *A Theory of the Labor Movement* (1949 ed.) 252-253.

המסגרת שלהם, שעלול לסבול מתקלות במהלך יישומו ועדיין ישמור על תוקפו. לדוגמה, למרות ביטולו של ההסכם הקיבוצי, קשר העבודה ממשיך להתקיים, ולכן ההגנה על ההסתמכות עשויה ללוש צורה שונה מזו של ההסתמכות על זכות העולה מחוזה בעל אופי חד-פעמי, זאת משום שהפרת חוזה בעל אופי חד-פעמי עלולה להוות אירוע קריטי להמשכו של הקשר החוזי.

שנית, קשר עבודה מקיים פעמים רבות מערכת יחסים של חוסר שוויון ממשי בין הצדדים, לעומת חוזה מסחרי שקיים בו שוויון בסיסי בין הצדדים. לפיכך, ההגנה על ההסתמכות בקשר העבודה יכולה ללוש אופי חוקתי,¹²⁶ לעומת האופי החוזי-הכלכלי של הגנת ההסתמכות על צדדים לחוזה מסחרי רגיל. ההגנה על ההסתמכות בדיני העבודה הישראליים היא נושא של הסעיף הבא.

2. ההגנה על ההסתמכות - פיתוחה של הזכות החוזית שנוצרת בין צדדים לחוזה-יחס

ההגנה על ההסתמכות בדיני העבודה בישראל צברה תאוצה בפסק-הדין החדש בעניין **השקמיות**.¹²⁷ שם שכלל השופט אדלר את טענת ההסתמכות והתאים אותה לאופיו של חוזה העבודה כחוזה-יחס. לשיטתו, העובדים פועלים במשך השנים תוך הסתמכות על היחסים הקיבוציים והאישיים שנקבעו בינם לבין מעסיקם. המדובר בחוזה-יחס לתקופה ארוכה. בעניין **השקמיות** התבטאה ההסתמכות זו על היחסים ששררו בין הצדדים, שכללו תנאי שאינו כתוב, לפיו השקם ומשרד הביטחון מקבלים על עצמם התחייבות לדאוג לפרנסתם של עובדי השקם לטווח ארוך. יתר על-כן, תנאי עבודתם של עובדי שקם קשורים לתנאים של עובדי ציבור. התנאים הללו השפיעו על תנאי עבודתם של עובדי השקם. מכאן, תנאי ההעסקה של עובדי השקם הקנו להם יציבות מסוימת, בדומה לתנאי העבודה של עובדי ציבור. כמו-כן, כעובדי חברה ממשלתית, היו לעובדי השקם ציפיות לקבל הטבות הנובעות מהסכמים שונים שנחתמו באשר לעובדי המגזר הציבורי ושאינם חלים על עובדים במגזר הפרטי.

ההגנה על ההסתמכות בדיני העבודה הושוותה רעיונית, על-ידי השופט אדלר, לתורת ההסתמכות במשפט המינהלי על-פיה פעולת ההסתמכות היא חלק בלתי-נפרד מן ההתנהגות האנושית.¹²⁸ תכנון של פעולות עתידיות נעשה בהסתמך על עובדות,

¹²⁶ ברק-ארוז, **לעיל** הערה 611, בע' 36.

¹²⁷ **לעיל** הערה 97.

¹²⁸ השופט אדלר מסתמך כאן על מאמרה של דפנה ברק-ארוז, **לעיל** הערה 116, בע' 19. החלתם של דיני המשפט הציבורי על קשר העבודה אינו חדש, והוא נעשה תכופות על-ידי בית-הדין לעבודה. לדוגמה, גם בעניין **חיפה כימיקלים** שאבה השופטת ברק מהמשפט הציבורי את מבחן תום-הלב המוגבר כדי למרוד את תקפות ביטולו של ההסכם הקיבוצי.

ועובדות אלה כוללות גם התנהגויות אנושיות אחרות, ובכללן הסתמכות אנשים על התנהגות זולתם. על השאלה אם ההכרה בהתנהגות מסתמכת זו צריכה להשפיע על המערכת הנורמטיבית הוא עונה בחיוב, תוך שהוא מוסיף ושואב את רעיון ההגנה על ההסתמכות גם מתחום המשפט הפרטי. כפי שיש תחולה לתורת ההסתמכות במשפט המינהלי, בדיני חוזים ובדיני נזיקין, כך ניתן ליישם אותה גם במשפט העבודה.

הנה כי-כן, בית-הדין לעבודה השתמש באינטרס ההסתמכות כדי לעגן זכויות קנייניות של עובדים במקום העבודה, כביטוי להשקעתם בקידום העסק ובפיתוחו. הכרה בקשר שבין הגנת ההסתמכות לרכושיות זכויותיו של העובד במקום העבודה משפרת ומחזקת את איכות סל-הזכויות שבידי העובד.

3. הגנת ההסתמכות כזכות בעלת אופי חוקתי בינלאומי

הגדרתי לעיל את הגנת ההסתמכות כזכות שנבעה ממקור חוזי, אך הוסיפה והתפתחה לכיוונים חוקתיים, בפרט בתחום ההגנה על האזרח מפני שרירות השלטון. התפתחות דומה ניתנת לאיתור גם בתחום משפט העבודה, ובית-הדין מצביע עליה בעניין *השקמיות*.

הבטחת הזכויות במקום העבודה, נוסף על זכות לעבודה, היא עיקר ערכה של הגנת ההסתמכות בדיני העבודה. גיבוי לכך ניתן למצוא, לשיטתו של בית-הדין, בהצהרת ארגון העבודה הבינלאומי על זכויות-היסוד במקום העבודה, מחודש יוני 1998.¹²⁹ על-פי ההצהרה, חשיבותה של הבטחת זכויות-היסוד של האדם העובד לקידום הזיקה בין התפתחות חברתית לגידול כלכלי היא בהעניקה זכות שווה וחופשית לכל העובדים לתבוע את חלקם בעושר שעזרו להשיאו ולהגשים את הפוטנציאל האישי שלהם. ישראל, כחברה בארגון, קיבלה על עוצמה את עקרונות

¹²⁹ הצהרה זו קושרת בין התפתחות הסוציולוגית לבין הגידול הכלכלי כרקע להבטחת זכויות העובדים במקום העבודה. למעשה, נושבת ממנה רוח ליברטריאנית, בהדגישה יותר את זכותו של הפרט העובד לעומת קידום זכותו של הפרט העובד כחלק מן הכלל. הדגשה זו של ההיבטים האישיים של העובדים נחוצה כנראה כדי לשמר את זכויותיהם בעידן הדקונסטרוקטיביסטי של הקשר הקיבוצי:

"Whereas, in seeking to maintain the link between social progress and economic growth, the guarantee of fundamental principles and rights at work is of particular significance in that it enables the persons concerned to claim them freely and on the basis of equality of opportunity their fair share of the wealth which they have helped to generate, and to achieve fully their human potential." ILO Declaration on fundamental principles and rights at work, 86th session of the General Conference of the ILO, June 1998: [Http://www.ilo.org/public/english/10ilc/ilc86/com-dtxt.htm](http://www.ilo.org/public/english/10ilc/ilc86/com-dtxt.htm).

הארגון. לכן, אומר בית-הדין, יש להתחשב בהם ככלי פרשנות וכשיקול של מדיניות בעת קביעת האיזונים בין הזכויות השונות של הצדדים.

אגד הזכויות במקום העבודה שארגון העבודה הבינלאומי מצהיר עליו נושא לכאורה אופי אינדיווידואלי, ואינו מזכיר את זכותו הקיבוצית של העובד. ההצהרה מטפחת דווקא את עיקרון השוויון ומרוממת את הגשמת אושרו הפרטי של העובד ואת הפוטנציאל האישי שלו. במובן זה, ההצהרה מחזקת את ההכרה בזכותם האישית של העובדים לעומת זכותם הקיבוצית, ומהווה, לטעמי, נסיגה מעקרונות הקיבוציות והסולידריות. יש בכך אימננס השלמה עם מציאות מתהווה ברוח הניאו-ליברליזם,¹³⁰ המקדם את האושר הפרטי.

יחד עם זאת, ההצהרה עושה איזון כלשהו לטובת ערכי הסוציאליזם של אמצע המאה כאשר היא מקנה לעובד זכות לתבוע שוויון ביחס בגין תרומתו לייצור העושר במקום העבודה. עידוד הזיקה בין קידום הצמיחה הכלכלית וההתפתחות החברתית מתבצע באמצעות שכלול זכויות-היסוד של האדם העובד וטיפוחן. משמעותה של זיקה כזו כפולה: ראשית, היא מעניקה לכל עובד זכות לתבוע את חלקו ב"עושר" המפעל, אותו "עושר" שהעובד עזר להשיא. זכות כזו הופכת את מעמדו של העובד מתובע בעל זכות אדוורסרית לבעל-דין בעל זכות ריאלית (in rem), מאחר שהיא מקנה לגיטימציה להכרה בחלקו הרכושי של העובד במפעל. שנית, היא מעודדת את מימוש הפוטנציאל האישי של האדם העובד ומעניקה לו לגיטימציה באמצעות הגשמת זכויותיו היסודיות. בכך העושר שהעובדים היו שותפים להשאתו נהפך למושא לגיטימי לתביעות העובדים למימוש אושרם האישי.

משמעותו המשפטית של הפיכת מקום העבודה למושא לזכויות עובדים היא "הפרטת" זכויותיהם הקיבוציות של העובדים והענקת לגיטימציה לתביעה לביטחון תעסוקתי. חלקו הרכושי של העובד במפעל מתבטא, בין היתר, בחוקיות הסתמכותו על הקשר הקיבוצי וציפייתו להמשך הקשר שבאמצעותו יקדם את הפוטנציאל האישי שלו. משום כך יש להקפיד לשמר אותו כחלק מאגד זכויותו האישיות של העובד. השימור ייעשה או באמצעות הקפדה על טיפוח הקשר הקיבוצי או באמצעות פיצוי על אובדנו. את ערכו החוזי של הקשר הקיבוצי אוכיח בסעיף הבא באמצעות מודל "הגמול הדחוי".

¹³⁰ על הליברליזם ראו: John Stuart Mill *On Liberty* (Stefan Collini ed., 221, 260-279); על הניאו-ליברליזם והגנת רווחתו של הפרט ראו, למשל: Robery Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, 1974) 57-73.

4. מודל "הגמול הדחוי" כבסיס להוכחת הפרה של קשר חוזי

בשנות השבעים איבחנה קבוצה של כלכלני עבודה את תופעת שוק העבודה הפנימי (internal labor market) בפירמה. בשוק זה נקבעים תגמולים שונים, כגון העלאת שכר, בונוסים והעלאה בדרגה, על-פי שיקולים של פרויקט בעבודה, מוסר ותמריצים, לצד שיקולים כשיעורי שכר נפוצים ויעילות טכנולוגית.

מאז פותח מודל של מסלולי שכר עבודה כדי להסביר את מבנה השכר בשוק העבודה הפנימי. גמול קריירה במסגרת שוק העבודה הפנימי מתאר את פונקציית הגמול לעובדים באמצעות שלבים שונים בהעסקתם. תיאור זה מדגיש את פגיעותם של העובדים כאשר קיימת התערבות חיצונית במסלול זה. מודל זה מכונה: תיאוריית ההשתכרות במהלך של מעגל חיי העבודה (life cycle earnings).¹³¹ על-פי תיאוריה זו הן, הפירמה והן העובדים משקיעים ברכישת כישורים וידע לשם ביצוע התפקיד - כישורים וידע שהינם הכרחיים כדי לתפקד באופן פורה ויעיל. חלק מהשקעה זו בהון אנושי הוא כללי ומעניק לעובדים נכס שהם יכולים למוכרו בשוק העבודה החיצוני. אולם חלק מהשקעה זו מותאם אך ורק למקום העבודה המעסיק (firm-specific), כך שהידע הנרכש מכוון לתרום במיוחד רק למעסיק. העובדים יוכלו ליהנות מרכישת הידע המתאים במיוחד רק למפעלם, שניתן להגדירו כ"הון מותאם לפירמה" (firm-specific capital), אם ורק אם הפירמה תגמול להם על כך.

מאחר שחלק מן ההשקעה ברכישת "הון מותאם לפירמה" נעשה במהלך השתלמות מקצועית, ערכו של העובד למעסיקו עולה עם הזמן, שהרי הוא רוכש "ידע מותאם-פירמה", בעוד שערכו כלפי מעסיקים אחרים אינו עולה בהתאם. מושג נוסף שיש להבהירו לשם הסברת מודל זה הוא שכר ההזדמנות (opportunity wage), שהוא השכר שיוכל העובד לקבל אצל מעביד אחר אם יחפש עבודה בשוק.

תיאוריה זו מתארת ארבעה שלבי קשר בין העובד לבין המעסיק: בשלב הראשון, עובד חדש מקבל מהמפעל המעסיק שכר שווה לערך המוצר השולי שלו או אפילו גבוה מעט יותר ופחות משכר ההזדמנות שלו, שהוא השכר שהיה יכול לקבל בשוק החיצוני; זאת מאחר שהוא רוכש הון אנושי, ומאחר שהן הוא והן מעסיקו משקיעים ברכישתו. חלק מהון אנושי זה מיוחד למפעל המעסיק, וחלקו אינו כזה.

Katerine Van Wesel Stone "Policing Employment Contracts Within the Firm", 43 *U. of Toronto L.J.* (1993) 353 Nexus-of-Contracts. ¹³¹

בנקודה מסוימת כבר רכש העובד די הון על-מנת ליהפך ליעיל לגבי מעסיקו. כלומר, הערך של המוצר השולי שלו עולה. זה השלב השני. בשלב זה העובד מקבל פחות מערך המוצר השולי שהוא מפיק. אכן, כבר בשלב זה הפירמה מרוויחה מן ההשקעה המשותפת שלה ושל העובד, אולם בשלב השני העובד מקבל לא רק פחות מערך המוצר השולי שהוא מפיק, אלא אף פחות משכר ההזדמנות. מדוע אם-כן הוא מסכים לכך? הסיבה היא שבשלב זה העובד מפתח ציפייה שמשרתו תהיה קבועה ושכרו ימשיך לעלות במהלך עבודתו. בתמורה לציפייה זו הוא מוכן לעכב את תביעתו להגדלת השכר שהוא מקבל. "תמורה מעוכבת" (deferred compensation) זו וכן רכישת ההון האנושי הן שתי ההשקעות של השלב השני.

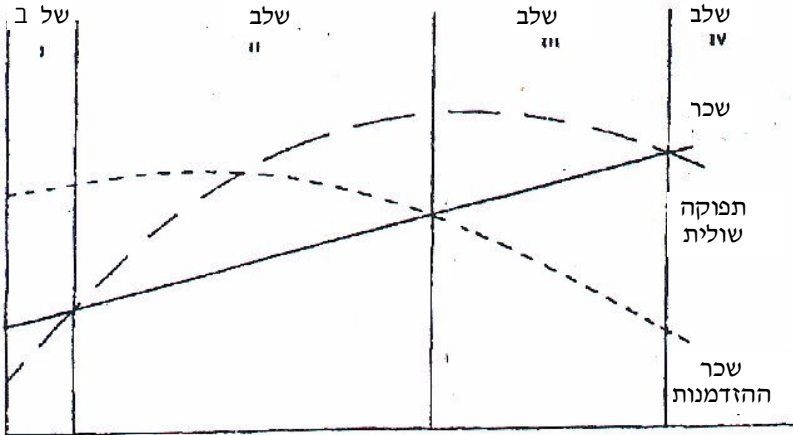
בשלב השלישי, משמעות אופיו "מותאם-הפירמה" של ההון האנושי שרכש העובד היא שהוא שווה יותר למעבידו מאשר למעבידים אחרים. מכאן שערך המוצר השולי שהוא מפיק שווה יותר מאשר ערך המוצר השולי שיפיק למעבידים אחרים. בתקופה זו הוא מקבל במפעל יותר מאשר מחיר ההזדמנות, אך פחות מערך המוצר השולי שלו.

בשלב הרביעי, המייצג את שנותיו המאוחרות של העובד במקום העבודה בהתקרבו לגיל פרישה, הפיריון שלו מתחיל לרדת. אולם בעקבות תנאים בהסכם הקיבוצי, דוגמת הוראות ותק ושריון, שכרו אינו יורד. תחת זאת, רמת שכרו ממשיכה לעלות או נותרת גבוהה. מכל מקום, בתקופה זו הוא מקבל יותר מאשר ערך המוצר השולי שהוא מייצר ויותר מאשר שכר ההזדמנות. זה שלב הפיצוי בו העובד מתוגמל על השקעתו ב"הון מותאם-פירמה" ובעבור הסכמתו לעיכוב הגמול.¹³²

מודל זה מתואר בגרף, ועל-פיו, במהלך שתי התקופות האמצעיות, העובדים לא תוגמלו עדיין על ההשקעה שהשקיעו בפירמה ושכגינה הם מצפים לגמול אותו הסכימו לעכב לזמן-מה. ככל שהם מתקרבים לסופו של השלב השלישי ולראשיתו של השלב הרביעי, כן פגיעותם מהפסד לא-רצוני של מקום עבודתם הולכת וגדלה.

¹³² על-פי התיאוריה המקורית, הטעם להעלאות השכר הוא מנהג, נורמה, מדיניות או תוכניות תמרוץ. כבר בהברתי שאני מתאימה מודל זה למציאות הישראלית, בה יש להחליף את קבוצת ההתחייבויות העקיפות הללו בהסכם קיבוצי מפורש הבנוי על ותק ותמריצים מוסכמים.

THE ADEQUACY OF STAKEHOLDER CONTRACTUAL PROTECTION 365



אחת מהנחות-היסוד של מודל זה היא שההתקשרות של העובד עם מעסיקו נעשית על בסיס אישי, ועיכוב הגמול בהסכמת העובד נעשה במסגרת הסכם מכללא (implicit contract) בינו לבין המעסיק. הקושי שיוצרו האמריקאיים של המודל מצביעים עליו הוא יכולתם הנמוכה של העובדים הבודדים לאכוף את זכותם הנובעת מאותו הסכם מכללא שנוצר בינם לבין מעסיקיהם. הפתרון שמציעים כלכלנים ומשפטנים אמריקאיים כדי להתמודד עם האיום של אובדן ההשקעה של העובדים הוא יחסי עבודה מאורגנים ומשא-ומתן קיבוצי.¹³³ באמצעותם, כך נטען, יוכל הארגון לספק לעובדים הגנה מפני אובדן השקעתם באמצעות פיקוח על מימושן של הבטחות המעסיק להעניק את הגמול בשלבים המאוחרים של עבודתם. מעמד הנחות של כללי המשא-ומתן הקיבוצי בארצות-הברית דרבן את קת'רין ואן ווזל סטון להציע להתקין בתקנה מודל של משא-ומתן קיבוצי שיחזק את זכותו של

¹³³ ראו אוליבר וויליאמסון, בספרו המוסדות הכלכליים של הקפיטליזם, הטוען כי כנגד בעיה זו של פגיעות העובד בשלבים המאוחרים של התעסוקה, פיתחו העובדים מנגנון חלופי של משטר הדדי, קרי, משא-ומתן קיבוצי. Oliver Williamson *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, and Relational Contracting* (New York, 1985) 250-252 כנגדו טוענת קת'רין ואן ווזל סטון כי מעמד החלש של הכללים המשפטיים המתייחסים למשא-ומתן קיבוצי בארצות-הברית מקשה על תפקודם של האיגודים המקצועיים כפקחי ההסכמות אליהן הגיעו העובדים והמעסיקים. לעיל הערה 117, בע' 375.

האיגוד המקצועי ליטול חלק בקבלת החלטות אסטרטגיות במפעל. כל אלה רק מחזקים את הטיעון בדבר חולשתו של העובד הבודד כנגד המעסיק. מטרתו הכלכלית של ההסכם הקיבוצי היא אם-כך להפוך עובדים בודדים לגוף מונופוליסטי שיתמודד עם המעסיק ויטיב את מצב העובדים. לפיכך, במצב של ביטול ההסכם הקיבוצי נגזלים מן העובד כל מנגנוני הפיקוח המומלצים על-ידי המלומדים האמריקאיים לשם הגנה על השקעתו. התוצאה תהיה לא רק חשש לאובדן הביטחון התעסוקתי, אלא הפסד השקעתם ונטילת זכותם לפיקוח על קיומם של תנאי ההסכם.

האם, כתוצאה מהצגת מודל זה, העובדים הזכאים לפיצוי הם רק אלה שעברו את השלב השני?

לכאורה, התשובה חיובית, שכן עובדים הנמצאים עדיין בשלב השני, בו הם משקיעים הון אנושי, אינם ניזוקים עדיין כתוצאה מביטול הקשר הקיבוצי, מכיוון ששכר ההזדמנות שלהם גבוה יותר עדיין מהשכר שהם מרוויחים במפעל. יתר על-כן, על-פי התיאוריה הניאו-קלסית של "הגדרת שכר על-פי התפוקה השולית", גובה שכר העבודה של עובד יהיה שווה-ערך לתוצר השולי שיפיק. ערכו של התוצר השולי הזה ייטה להשתוות בין כל הפירמות, כך שייווצר בעצם שיעור אחיד של שכר תחרותי לכל סוג של עבודה.¹³⁴ לפיכך, שער החליפין של העסקה "עבודה תמורת שכר" יהיה תחרותי בכל רגע, ולכן אף צד לא ייהפך לנושה של רעהו. במילים אחרות, הסכם העבודה הוא עסקה חוזית רצונית שהתנאים נקבעים בה על-פי כוחות שוק חיצוניים קשיחים, וכל צד, בהיכנסו לקשר העבודה, עשוי ליהנות ממנו. לכן אף לא יהיה לכאורה מקום לפיצוי על אובדן קשר עבודה קיבוצי, מאחר שקשר העבודה האישי יתגמל את העובד בהתאם להשקעתו השולית האישית. אולם עיקרון זה של שכר על-פי תפוקה שולית הותקף פעמים רבות מפני שהוא מתעלם מתופעות של שוק לא-משוכלל ששוק העבודה סובל מהן, וביניהן: מידע חסר, סולמות שכר נוקשים, הפליה בעבודה וחוסר איוון בין כוחו של המעסיק לכוחו של העובד. על-פי מודל שפיתחו הפרופסורים באולס וג'ינטיס,¹³⁵ בשינוי-משקל תחרותי עובדים מקבלים שכר גבוה יותר מהשכר ההתחלתי בו ניתן לשכור אותם, ובתמורה הם מספקים עבודה ברמה גבוהה יותר מן המינימום הנדרש

¹³⁴ Lloyd G. Reynolds, Stone, *supra* note 131, at p. 360. היא מצטטת מספרם של: Stanley H. Masters and Colletta H. Mose "Simple labor Market Models" in *Labor Economics and Labor Relations* (10th ed., Englewood Ch NJ, 1991) 14-36.

¹³⁵ Samuel Bowles and Herbert Gintis "Contested Exchange: New Microfoundations for the Political Economy of Capitalism" 18 *Pol. & Soc.* (1990) 165-222.

כדי למנוע פיטורים בגין ביצועים נחותים. אולם כתוצאה מאילווצים, שוק העבודה אינו שוק תחרותי משוכלל: תמיד יימצאו עובדים רבים בעלי פוטנציאל דומה שיהיו מוכנים ומסוגלים לבוא במקומו של העובד המועסק אם ישאף המעסיק להחליפו משום שביצועיו אינם מספקים. עובדה זו מקנה למעסיק כוח ויתרון לעומת העובד שהוא הצד האחר לקשר.

בגלל חוסר השוויון הזה בעמדת-המוצא, מצד אחד, וכתוצאה מהסתמכות העובדים על קשר העבודה, מן הצד האחר,¹³⁶ יש לראות בביטול ההסכם הקיבוצי פגיעה בהסתמכות. מאחר שמטרתו של המשפט הישראלי, כפי ששבו והגדירוהו בבג"צ עמית, היא לקדם את הקשר הקיבוצי, ביטול חד-צדדי של קשר קיבוצי פוגע בסיכויי ההסתמכות על קשר כזה בעתיד ומייקר את עלותו. לפיכך יש לפצות את כל העובדים הקשורים בקשר קיבוצי, יהיו שלב תעסוקתם וסוג עבודתם אשר יהיו, על-מנת לעודד את המשך כינון ההסכמים הקיבוציים כתבנית העסקה יעילה המגשימה את מטרותיו של המחוקק הישראלי.

סטון¹³⁷ מדגישה את ההכרה בחשיבות הביטחון התעסוקתי באמצעות דוגמות בהן אכף בית-המשפט האמריקאי הבטחות להענקתו גם כהבטחות מכללא בהסכם אישי. למשל, כאשר הבטחה לביטחון תעסוקתי שניתנה בתקנון עבודה נאכפה בנימוק שהמעסיק נהנה, כתוצאה מהבטחה זו, מכוח-אדם מסודר, משתף-פעולה ונאמן.¹³⁸ בהזדמנות אחרת היה בית-המשפט מוכן אף לאכוף הבטחה מעורפלת של ביטחון תעסוקתי¹³⁹ על-מנת להגן על העובד הנפגע. באחת הפעמים נימק בית-המשפט את החלטת האכיפה בציפיותיהם הסבירות של העובדים.¹⁴⁰ סטון טוענת אומנם כי יש להרחיב את רעיון החוזה מכללא הגלום בקשר ה"עבודה תמורת שכר" על-מנת לבסס באמצעותו זכות לפיצוי בעת הפרה, אולם פסיקה זו תומכת דווקא בחיזוק הקשר בין ההגנה על אינטרס ההסתמכות לבין הזכות הקניינית של העובדים שפיתח זינגר עוד בסוף שנות השמונים¹⁴¹ והתקדם לעבר תחום המשפט הציבורי.

¹³⁶ על חוסר שוויון ועל גורם ההסתמכות בקשר העבודה ראו: Jack Beerman and Joseph Singer "Baseline Questions in Legal Reasoning: The Example of Property in Jobs" 23 *Georgia L.R.* (1989)911

¹³⁷ *Supra* note 131, at p.369

¹³⁸ *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Mich.* 408 Mich 579, 613 (1980)

¹³⁹ *Pugh v. See's Candies, Inc.* 116 Cal. App. 3d. 311 (1981)

¹⁴⁰ *Woolley v. Hoffman-LaRoch* 99 NJ 284, 297-8 (1985) mdf'd 101 NJ 10 (1985).

¹⁴¹ *Supra* note 117 הוא היה הראשון שפיתח את התיאוריה על-פיה אינטרס ההסתמכות עשוי לשמש מקור משפטי ליצירת זכות קניינית לעובדים שביקשו לרכוש מפעל שנסגר.

לשיטתי, הגדרתה של הזכות לביטחון תעסוקתי, עליה הסתמכו העובדים כזכות רכושית, מבוססת גם על הגנת ההסתמכות. זינגר ראה בהסתמכות מקור להכרה בזכויות קנייניות שלא היו זוכות בהכרה ובהגנה אלמלא אותה הסתמכות. את מאמרו, שהיווה מאז מגדלור להתוויית ההכרה במשאבים לא-מוחשיים כבקניין, הוא בונה סביב הרעיון כי מערכות יחסים נמשכות, כגון יחסי עבודה, הן יסוד להכרה בזכויות קנייניות.¹⁴² מושא ההסתמכות שיש להגן עליו בהקשר נושאו של מאמר זה הוא הקשר הקיבוצי שהביטחון התעסוקתי נשאב ממנו. על יתרונותיו של הקשר הקיבוצי דיברתי לעיל.¹⁴³ בסעיף הבא אתאר את חשיבותו של הקשר הקיבוצי כמכשיר לקידום הפוטנציאל האישי של העובד במסגרת הצדק הקיבוצי.

1. חשיבותו של הקשר הקיבוצי כמודל אולטימטיבי לקידום הפוטנציאל האישי של האדם העובד

אחד המאפיינים של משפט העבודה הקיבוצי הוא ההכרה בכוחו של הקיבוץ הפועל באמצעות נציגיו לחייב את הפרט לזכותו.¹⁴⁴ הבסיס המשפטי הפורמלי של כוח זה מעוגן בהוראותיו המפורשות של הדין המכיר בכוחו של הקיבוץ לחייב את היחיד ולזכותו. לכן, בגבולות המוכרים בדין, הוגבל גם חופש העובד לעצב את תוכנם של יחסי העבודה שלו, מאחר שעל-פי הדין בישראל, חופש ההתקשרות הקולקטיבי, בו היחיד פועל במסגרת הכלל, תופס את מקומו של חופש ההתקשרות האינדיווידואלי.¹⁴⁵ משמעות הדבר היא כי המחוקק העדיף את החופש הקולקטיבי כמסגרת אידיאלית ליחסי עבודה קיבוציים. הקשר הקיבוצי הוא אכן וולונטרי ותלוי ברצונם של שני הצדדים המיידיים לקשר. אך ניתוח המסה של חקיקת העבודה, שנעשה בבג"צ עמית על-ידי השופט זמיר, מצביע בכיורור על עמדתו התומכת של המחוקק בקשר הקיבוצי.¹⁴⁶ כמסגרת אולטימטיבית להגשמת הרווחה החברתית. פרופסור רות בן-ישראל מדגישה את חשיבותו של הקשר הקיבוצי¹⁴⁷ בהבחינה בין צדק קיבוצי לבין צדק אישי. אף אם שני המודלים אמורים לקדם את קיומם

¹⁴² לעיל הערה 88, בע' 631.

¹⁴³ לעיל פרק ב.

¹⁴⁴ בג"צ 289/79 רשות הנמלים בישראל נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(2) 141, 157.

¹⁴⁵ שם, בע' 158.

¹⁴⁶ לעיל הערה 2.

¹⁴⁷ Ruth Ben-Israel "From Collective Justice to Individual Justice: Changing Employment Relationship in Israel" *Labour Law at the Crossroads: Changing Employment Relationships* (J.R. Bellace and M.G. Rood eds., Kluwer, 1997) 27, 29.

בכבוד של העובדים ומשפחותיהם ואת הגשמת אישיותם, קיים הבדל במהות המטרה הסופית המושגת.

מודל של הצדק האישי מדגיש את אופציית הברירה האישית ודוחה כל התערבות חיצונית בקשרים חוזיים, גם אם היא תשפר את מצבם הכללי של כל העובדים. כלומר, הפרט אינו מוכן לוותר על שום תועלת שולית שהוא יכול להשיג לטובת תועלת שולית של עובדים אחרים, שיוכלו להשיג זאת באמצעות הצטרפותו הוא, כטוב יותר, לקבוצה.

לעומת זאת, על-פי מודל הצדק הקיבוצי, המטרה הסופית היא להבטיח לכל העובדים קיום בכבוד. אין זה קיומה של החברה בכללותה, אלא המעמד האישי של כל עובד. מודל הצדק הקיבוצי אינו מסיג את הפרט מפני הקהילה, ואינו מעמיד את הקהילה מעל הפרט, כפי שנטען. הפרט נותר עליון ביחס לקהילה אפילו על-פי המודל הקיבוצי. אולם על-פי מודל זה מתחוויר כי מאחר שעל-פי המודל האישי ניתן לקבל רק חופש חוזי פורמלי, השגת היעד של רווחה לכל עובד הינה בלתי-אפשרית. לפיכך, ההסכם הקיבוצי מתקבל כאמצעי הולם על-מנת להבטיח לכל העובדים קיום בכבוד. על-פי נסיבות אלה, כדי להשיג מטרה זו במסגרת המודל הקיבוצי יש להשתמש באמצעים נוספים לתיקונו של חוסר השוויון שנוצר כתוצאה מחופש הבחירה הפורמלי שמודל הצדק האישי מעניק. לדוגמה, נדרשת התערבות המדינה לשם תיקון חוסר השוויון, והיא מבוססת על עקרונות הסולידריות.

יתרונו המובהק של הצדק הקיבוצי כמכשיר להגשמת אושרם האישי והמשפחתי של העובדים הוא בהקניית הזכות החוזית לקביעות בעבודה. ביטול הקשר הקיבוצי מבטל יתרון זה ופוגע בהכרח בצדק הקיבוצי.

קביעה כזו מטמיעה כבר החלטה באשר ליעילות ביטולו של הקשר קיבוצי לשם קידום התועלת החברתית; זאת על-סמך ההנחה שהצדק הקיבוצי הוגדר אומנם על-ידי המחוקק הישראלי כאמצעי ראוי להשגת רווחה חברתית, אך השפעתו סוייגה באמצעות הזכות החד-צדדית לבטלו. בסעיף הבא אדון בשאלה עד כמה יש בביטול קשר קיבוצי כזה כדי לקדם רווחה חברתית לאור ההנחה כי המחוקק הישראלי שאף לעודד רווחה כזו על בסיס אידיאולוגיה התומכת בקשר קיבוצי.

6. יעילותו של ביטול ההסכם הקיבוצי כמכשיר להקצאת כוחות חדשה בפירמה

נשאלת השאלה: כיצד תוכל אופציית ביטולו של קשר קיבוצי לקדם רווחה חברתית מצרפית, והאם יש בקשר האישי כדי להוות תחליף ראוי שיקדם את כבודם של העובדים? האם ביטולו של ההסכם קיבוצי - מוסד שגדודי עובדים לאורכו של כדור-הארץ ודורות של הוגי-דעות לרוחבו טענו ליתרונו - אכן מקרב את החברה להגשמת אושרם האישי של פרטיה?

אני מציבה שאלה זו בסעיף זה כאשר שני עקרונות ינחוני בדיון: האחד, הנורמטיביות המרשה של ההוראות האישיות לאחר סיומו של הקשר הקיבוצי;

האחר, היעדר הוראה האוכפת קשר קיבוצי מעמיד את חוק ההסכמים הקיבוציים במצב של חוסר איזון כלפי הצד המקיים את הקשר.

נהוג לבצע מדידת יעילות של הקצאת משאבים מחודשת על-פי כמה אמות-מידה מוכרות.

האחת היא יעילות פרטו על-פיה תהיה החלוקה המחודשת של המשאבים יעילה אם ורק אם תשפר את מצבו של האחד אך לא תפגע באחר.¹⁴⁸

לכאורה, ניתן לטעון כי ביטול ההסכם הקיבוצי אינו פוגע בעובד, מאחר שעל פני הדברים, מצב העובדים אינו משתנה, שכן מכוח סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים, ההוראות האישיות ממשיכות לחול. לכן, הקצאה חדשה זו של הכוחות במקום העבודה תשפר את מצב כולם על-חשבונו של אף אחד.

בית-הדין אף קבע לא-פעם כי הוראות בהסכם קיבוצי בדבר פיטורי עובדים הן הוראות בדבר סיום עבודה, ועל-כן הן מסוג ההוראות האישיות הנקלטות נורמטיבית אל תוך החוזה האישי.¹⁴⁹ לכן, גם לכאורה אין מקום לדון בפיחות במעמדם של עובדים במפעל שאופי יחסי העבודה שלו השתנה, מאחר שזכויות העובדים ממשיכות להיות מובטחות.

אולם אליה וקוץ בה. בעוד שבעת קיומו של ההסכם הקיבוצי תוקפן של ההוראות הנורמטיביות הינו כופה, ואין להתנות עליהן או לוותר עליהן, המצב שונה כאשר ההסכם הקיבוצי מתבטל. כבר הבהרתי לעיל כי החל במועד ביטולו של ההסכם הקיבוצי, תוקפן של ההוראות הנורמטיביות נהפך למרשה, וניתן להתנות עליהן ואף לכפות על העובד או על הארגון לוותר עליהן או לנהל משא-ומתן על נטילתן. משכאלה הם פני הדברים, ניתן לתאר שני תרחישים:

האחד מתאר מצב על-פיו המעביד שביטל את הוראות ההסכם הקיבוצי יפטר את העובד למרות ההוראות האישיות על-פיהן יש לפטרו רק בהתקיים תנאים מסוימים. פיטורים כאלה הם ללא ספק הפרת חוזה העבודה, המזכה בפיצויים.

האחר מתאר מצב בו המעביד רוצה לכפות על העובד להגמיש את תנאי סיום העבודה, ומשמעותה הכלכלית של הגשמה כזו היא אובדן הביטחון התעסוקתי. במובן זה ניתן אומנם לדבר על "הסכמת" העובד לשינוי, אולם זו הסכמה מאולצת, ורב המרחק בינה לבין הסכמה רצונית.

למעשה, תיאור ביטולו של הקשר הקיבוצי כצעד יעיל כמוהו כהתעלמות מיתרונו של הצדק הקיבוצי כפי שפרופסור רות בן-ישראל מגדירה אותו. קשה על-כן לתאר את ביטול ההסכם הקיבוצי במונחים של יעילות פרטו.

¹⁴⁸ על מדד יעילות פרטו קיימת ספרות ענפה. ניתן להביא כדוגמה את הסברו של פוזנר: Richard Posner *The Economics of Justice* (Harvard, 1981, 6th printing, 1996) 88

¹⁴⁹ דב"ע לו/ 3-33 פרוץ וינשטיין נ' אל-על בע"מ, פד"ע ח 44; דב"ע שם/ 4-2 הסתדרות עובדי המדינה נ' מדינת ישראל, פד"ע יב 182.

לשיטתי, ניתן לנסות למדוד את ביטול הקשר הקיבוצי במונחים של אמות-המידה של קלדור-היקס (המכונה לעיתים יעילות פרטו פוטנציאלית). זה מודל יומרני פחות, אך גם אופטימי פחות, למדידת כשירותם של מוסדות חברתיים להשיא עושר (wealth-maximization), ולפיו, כל שינוי משפטי יהיה יעיל אם התועלת המצרפית שתצמח ממנו תעלה על עלותו. ולענייננו, השינוי הכוחני בפירמה בדמות ביטול הקשר הקיבוצי יהיה יעיל אם התועלת המצרפית שניבי השינוי תעלה על עלות הוצאתו לפועל; הווה אומר, אם החלוקה המחודשת של יחסי הכוחות בחברה וביטול הקשר הקיבוצי ישפרו את יכולתו של המעסיק להגדיל את תפוקתו לעומת העלות ששינוי כזה מטיל על העובדים, יהיה אפשר להצדיק אותם.¹⁵⁰

חוק ההסכמים הקיבוציים הכריע כבר בשאלה זו לטובת ביטול ההסכם הקיבוצי, כפי שציינתי. החוק מאפשר מעבר חד-צדדי ממודל קיבוצי למודל אישי בלא הסכמת הצד האחר ובלא התייעצות עימו, אך אינו אומר דבר על שאלת הפיצוי. הכרעה כזו של החוק, אם היתה מודעת,¹⁵¹ אינה פותרת עדיין את שאלת יעילותו של מהלך כזה. על-פי כלל "הצדק הקיבוצי", ברור כי לפחות חלק מן העובדים יינזקו מביטול ההסכם, ולפיכך, במובן זה אין לדבר על יעילות פרטו. העובדים הנמצאים בשלבים השלישי והרביעי של עבודתם אינם זוכים בתמורה שהובטחה להם, ומבחינתם, ביטול קשר קיבוצי וחשיפה לפיטורים לפני מועד פרישתם הינם נזק שפיצויי פיטורים רגילים לא יפצו אותם עליו. יש לראות מעבר כזה ממודל קיבוצי למודל אישי בפריזמה של אמת-המידה של קלדור-היקס, ולטעון ליעילותו רק בתנאי שהצד הניזוק יקבל על כך פיצוי. במילים אחרות, אם ורק אם יוכלו העובדים לקבל פיצוי בגין השינוי החד-צדדי שנעשה, יוכל המעסיק לממש את הפרורוגטיבה של ביטול ההסכם הקיבוצי מבלי לקבל את הסכמת הצד האחר. טענתו של פוזנר¹⁵² היא כי ניתן ליישב בין מודל פרטו למודל קלדור-היקס בדרכם להגשמת יעילות חברתית באמצעות הגדרת מודל קלדור-היקס כמודל הכולל הסכמה מראש לנזק שנגרם. ובאנלוגיה למקרה שלנו, ניתן לטעון לכאורה כי מאחר שהעובדים ידעו מראש כי ניתן לבטל הסכם קיבוצי, הם כבר כללו בהסכם הקיבוצי פרמיית סיכון מראש, ולכן אין להם על מה להלין בדיעבד.

¹⁵⁰ על מודל קלדור-היקס ראו, למשל, Posner, *supra* note 148, at p. 91. פוזנר מתריע מפני הביקורת הרבה על מודל זה, אולם מדגיש כי למעשה, גם כאשר מתייחסים למודל פרטו, מתכוונים למעשה למודל קלדור-היקס.

¹⁵¹ טענתי לעיל כי המחוקק, כאשר חוקק את חוק ההסכמים הקיבוציים, היה משוכנע בקיומו של הקשר הקיבוצי עד כדי כך שלא כלל הוראות התגוננות מפני תופעה כזו.
¹⁵² *Supra* note 148.

אולם מודל הגמול הדחוי מערער הנחה זו.¹⁵³ ביטול הסכם קיבוצי אינו מפנים הסכמה מראש של העובדים לביטול הקשר הקיבוצי, ואינו כולל פרמיית סיכון בגין אפשרות הביטול. נהפוך הוא, דווקא בשלביו הראשונים של הקשר העובדים מוכנים לקבל פחות מערך תרומתם כדי להגדיל את סיכוייהם בעתיד. לפיכך אין לדבר על יעילות קלדור-היקס במצב בו עובדים אינם יודעים מראש על זכותם לפיצוי בדיעבד על אובדן הקשר הקיבוצי.

ביטול ההסכם הקיבוצי הוא מגמה חדשה יחסית, שהעובדים לא כללו בסל הציפיות שלהם. לכן, לא ניתן לומר כי ביטול הקשר הקיבוצי היה אפשרות סבירה, שהצדדים היו אמורים לצפותה מראש. ממש כפי שחוק ההסכמים הקיבוציים לא התמודד איתה במישרין, כך גם עובדים שהחלו לעבוד במקום מאורגן לא חזו מראש תופעה זו, ובוודאי שלא ניהלו בגינה משא-ומתן מוקדם כדי לקבל בעבורה פיצוי מוסכם.

ט. זכותו של עובד לאגד הביטחון התעסוקתי מכוח כללי חוזה לטובת צד שלישי

עד כאן הצגתי את הקשר הקיבוצי כמשאב קנייני או כזכות חוזית השייכת לאגד הקנייני של העובדים, שגזלתו מזכה בפיצוי. בסעיף זה אטען כי בכל מקרה, קשר קיבוצי הוא זכות חוזית שביטולה מהווה הפרה חד-צדדית המזכה את הצד הנפגע בפיצוי.

בית-הדין כבר קבע שקשר העבודה מבוסס על חוזה-יחס,¹⁵⁴ ומשמעות הדבר היא כי מדובר בקשר משפטי בעל התחייבויות ארוכות-טווח. ברם, קשר העבודה משנה את טיבו ומקבל תפנית רחבה כאשר כלל העובדים מתקבצים ויוצרים ארגון שמייצג את הקיבוץ ואשר תפקידו לחייב את היחידים ולזכותם. הארגון אינו שלוחם של העובדים, ועם חתימת ההסכם הקיבוצי, אין ארגון העובדים "יוצא מהתמונה" כמצוותו של סעיף 2 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965. ההסכם הקיבוצי אינו יוצר יחס ישיר בין העובדים לבין המעסיק/ארגון המעסיקים החתום על ההסכם, כך שהעובד היחיד אינו צד להסכם. העובד כפרט נהנה מן ההסכם ושואב ממנו זכויות נורמטיביות מכוחם של סעיפים 15, 16 ו-19 לחוק ההסכמים הקיבוציים. משום כך יש לתאר את ההסכם הקיבוצי כסוג של הסכם לטובת צד שלישי במובנו של סעיף

¹⁵³ על מודל הגמול הדחוי ראו: Posner, *supra* note 148, at p. 96, פוזנר מסביר שגם אם דרישת ההסכמה מראש היא תיאורטית, ניתן להסבירה על-יסוד תיאוריית ההסכמה מכללא, שהיה ניתן להסיקה אילו היו הצדדים, בהיעדר עלויות עסקה, מסכימים לקיומו של מוסד כזה. ולענייננו: לקיומו של מנגנון חד-צדדי לביטולו של הסכם קיבוצי תהיה התשובה, סביר להניח: רק בתנאי שיפוצו.

¹⁵⁴ שם.

34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973 - המקנה למוטב זכות לתבוע את מימוש של החוזה. הזכויות המוקנות לעובד המוטב כוללות הן את אגד הזכויות הנורמטיביות והן את אגד הביטחון התעסוקתי שהתייחסתי אליו לעיל. השוני בין מוטב חוזי רגיל לבין העובד הוא שהעובד שואב את זכותו לא רק מן החוזה עצמו ומכוונת הצדדים בו, אלא גם מחוק ההסכמים הקיבוציים.¹⁵⁵ פגיעה בתשתית הקיבוצית של הקשר שוללת מן המוטב את זכויות האגד התעסוקתי והופכת את הנפגע לבעל זכות תביעה. זכות העובד כנפגע אינה גמישה. זכות התביעה של העובד כצד שלישי, הנוגעת באגד הביטחון התעסוקתי, אינה יכולה לכלול אכיפה, מאחר שמשמעות הדבר היא אכיפה מכלל של ההסכם הקיבוצי. תביעה כזאת אינה ניתנת למימוש במישור האישי מאחר שסעיפים 13 ו-14 לחוק ההסכמים הקיבוציים הופכים את ביטולו של ההסכם הקיבוצי לזכות קוגנטית, ולכן גם העובד כפרט לא יוכל לדרוש את החלתו של אגד זכויות הביטחון התעסוקתי.¹⁵⁶ לפיכך, האופציה היחידה היא פיצויים, ואדון בה להלן.

י. ביסוס הגינותה (תום-ליבה) של התביעה לפיצוי העובדים

החיפוש אחר הגינותה של התביעה לפיצוי בדיעבד חייב הסבר. לכאורה, הזכות הסטטוטורית לביטול ההסכם הקיבוצי, המוקנית לכל אחד מהצדדים, שומטת את בסיס התביעה בגין עצם הביטול. כל אחד מהצדדים לקשר הקיבוצי - ארגון עובדים, מעסיק, ארגון מעסיקים - מודעים לזכות הביטול, והיו אמורים להפנימה בתנאים שנקבעו בהסכם. צד שלא השכיל או לא הצליח לכלול את אפשרות הביטול כחלק מעלות ההתקשרות יספוג את סיכון הביטול. עד כאן העיקרון הליברלי שהנחה את המחוקק ושהתבסס על החשש שכבילה בלתי-הדירה של צדדים לקשר קיבוצי תעלה לחברה (society) בהימנעות המעסיק מבחירה בו.¹⁵⁷

¹⁵⁵ בג"צ 289/79, לעיל הערה 144, בע' 157. השופט ברק מגדיר את כוחו של הקיבוץ לחייב את היחיד ולזכותו כמבוסס על הוראותיו המפורשות של חוק ההסכמים הקיבוציים.

¹⁵⁶ ראו רע"א 556/88 רסקו חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' DESDOC LIMITED (PROPRIETARY), פ"ד מב(4) 402, 405, לפיו הזכות לתביעה מכוחו של חוזה לטובת אדם שלישי תלויה בכוונת הצדדים כפי שהיא מובעת בחוזה עצמו.

¹⁵⁷ בעניין חיפה כימיקלים בית-הדין לעבודה רומז על כך בדעת הרוב (בע' 238): "החופש אשר לכל אחד מהצדדים לבטל הסכם קיבוצי לקראת סיום תוקפו מהווה את אחד התמריצים החיוביים לרצון להתקשר בהסכמים קיבוציים, שאם לא תאמר כך מעבידים רבים, שיחששו כי במרוצת השנים יורע

אולם להבדיל מחוזה רגיל, ההסכם הקיבוצי מקיים מערכת כפולה של יחסים: קשר קיבוצי וקשר אישי, הנסמך אומנם על הקשר הקיבוצי, אך הוא בעל זכות קיום עצמאית. ביטול הקשר הקיבוצי אינו מסיים לחלוטין את הקשר בין הצדדים, ולכן אין להשוותו לביטולו של חוזה רגיל. לפיכך, הצורך להצדיק את תום-ליבם של דורשי הפיצוי נובע ממהותו של הדיון כאן, המופנה לבדיקת מהותו של ביטול ההסכם הקיבוצי ברמת הפרט. הבדיקה נעשית על-יסוד השוואת הקשר בין נורמת תום-הלב כבסיס להתנהגות ראויה לבין התיאוריות הבוחנות כלל משפטי על-פי סגולותיו היחסיות למקסם עושר ורווחה חברתית מצרפית.¹⁵⁸

בעוד הקשר החוזי המסחרי הינו חד-פעמי או נטוע במרחב דיני התחרות, דיני העבודה מבוססים על חוזי-יחס ארוכי-טווח שעיקרם הוא המשכת קשר העבודה. במובן זה ניתן לראות בקשר העבודה הסכם בעל אופי אמוני, המטפח ציפיות אצל שני הצדדים. קשר כזה מעצים במקום בו הלכו הצדדים במודע להתקשרות קיבוצית בעלת השלכות רחבות-טווח. לפיכך, סוג זה של קשר כשיר לפרשנות "האלטרואיזם הממוסד" של תום-הלב ולפרשנות המבוססת על תפיסה קומוניטרית של דיני חוזים. יש לפרש את הקשר החוזי, כותב מנחם מאוטנר, כמבוסס על תום-לב בעל מהות "אלטרואיסטית ממוסדת", אשר משמעותו פעילות להגנת אינטרס של הצד האחר מעבר לקבוע בנורמה המסדירה את יחסו עם אותו צד.¹⁵⁹ חנוך דגן¹⁶⁰ מפרש הבנה זו של חובת תום-הלב כמשקפת קשר חוזי הנתפס לא רק כתחרות או כאמצעי להקצאת סיכונים ולהפקת עושר חסרת רגשות. המסגרת החוזית מובנת גם כאתר של שיתוף-פעולה והרמוניה, שהצדדים לו מחויבים להגן זה על זה ולדאוג זה לזה, ושחובותיהם ההדדיות נובעות מהסולידריות ומהאמון ההדדי שראוי כי ישררו ביניהם. תפיסה כזו של הקשר החוזי מציבה בליבם של דיני החוזים את הערך של דאגה לזולת, אשר אינו תואם את הגישה האינדיווידואליסטית, אך עולה בקנה אחד ומשתלב יפה עם התפיסה הקולקטיביסטית של הקשר הקיבוצי. תפיסה כזו מצדיקה את המסקנות הנגזרות מהטלת החובה לדאוג לבן-הזוג לחוזה. משמעותן היא שיתופו ביתרונות הבלתי-צפויים והשתתפות עימו בקשיים הבלתי-צפויים שמתגלים במהלך חייו של הקשר החוזי איתו.¹⁶¹

מצבם הכלכלי עד כי לא יוכלו לעמוד בתנאים שהעניקו לעובדים, ולא יוכלו לבטל ההסכם - יעשו כל מאמץ להימנע מחתימתו."

¹⁵⁸ על ההבחנה בין הכללים הללו ראו למשל: *Supra* note 148, at p. 48 et sic.

¹⁵⁹ מנחם מאוטנר *יידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993) 58 - 59.

¹⁶⁰ דגן, *לעיל* הערה 91, בע' 664.

¹⁶¹ הבנה כזו של הקשר החוזי גררה מחלוקת בהקשרו של ד"ר 20/82, *לעיל* הערה 108, באשר למהות הפיצוי הראוי. היו שגרסו כי הבנה כזו של תום-הלב מצדיקה בירור בטרם הפרה באמצעות משא-ומתן על הסדר שישביע את רצון שני הצדדים באשר לגובה הפיצוי שישולם לנפגע, שאמור לכלול גם את

גישת "הדאגה לזולת" הולמת את תפיסתו האידיאולוגית של המשפט הקיבוצי כפי שהגדרתי אותה בראשית המאמר. קידום עניינו של הפרט באמצעות צדק קיבוצי עומד ביסודה של התפיסה המעדיפה ומטפחת את כוחו המאורגן של הכלל כמכשיר באמצעותו תושג מטרה כזו. ערעור המסגרת המעצימה את מעמדו של הקיבוץ הניזום על-ידי המעסיק אינו נתפס כשלעצמו כלא-ראוי, אלא כהמשך לזכותו לפעול על רצף מערכת הזכויות שמוקנות לו מכוח מעמדו כבעלים של משאב המספק עבודה. הדאגה לעתיד העובדים - שותפיו לקשר הקיבוצי-שייכת לאותו רצף זכויות שהוענקו לו כבעלים. שילובה של תפיסת הקניין היחסי עם תפיסת תום-הלב כערך בעל היבטים כלל-חברתיים מוביל לשכלולו של ההצדק להעברת הנטל של ביטול הקשר הקיבוצי אל הצד המבטל אותו.

תביעה לפיצוי על אובדן הקשר הקיבוצי אינה אלא מימוש הפן הקומוניטרי-הסוציאלי של קשר חוזי קיבוצי. מערכת היחסים ההדדיים שנוצרת במסגרת קשר העבודה בין המעסיק למועסקים היא שמבססת תשתית להבנת יחס התלות שנוצר בין שני הצדדים. בהמשך לתפיסה כזו, המעסיק מועמס בחובה לדאוג לעתידו של העובד שקשר העבודה שלו משתנה לחלוטין. מעמדם של

העובדים יהיה תלוי מעתה במשקלו הסגולי של הונם האנושי האישי ובמערכת קשריהם עם המעסיק. כך, למשל, אם תועבר השליטה במפעלו של המעסיק לבעלים אחר שלא יהיה מחויב יותר למערכת הקשרים שנוצרו עם המעסיק הקודם, יעמדו העובדים לפני מצב חדש של חוסר ודאות. האפשרות לגלם סיכון כזה בשכרם היא קלושה, מאחר שבמסגרת ההסכם המשותף הם אמורים לוותר על מקצת מפרמיות הסיכון לטובת הביטחון בהמשך הקשר.

תפיסה כזו אינה זרה למשפט העבודה. למסקנה דומה הגיע בית-הדין לעבודה כאשר העניק פיצויי פטורים לעובדים שלא הסכימו לעבור לבעלים החדש במפעל רמת"א שהופרט אף-על-פי שניתוק הקשר לא נעשה ביוזמת המעסיק. בית-הדין לעבודה בעניין רמת"א היה מוכן להרחיב את הכלל המשפטי המקנה לעובדים זכות לפיצויים במצבים של התפטרות מחמת "נסיבות אחרות שביחסי עבודה" גם לעבר חילופי מעבידים,¹⁶² לא רק בנסיבות מסוימות, אלא בדרך-כלל. הרחבה זו קוראת למעשה אל תוך הכלל המשפטי פרשנות המקדמת את הרווחה החברתית המצרפית על-פי קלדור-היקס בהיותה מיטיבה עם הזוכה יותר מאשר פוגעת בניזוקים, מאחר

העורך שעתיד המפר להפיק מן ההפרה. אחרים סבורים דווקא שכלל כזה מקנה לנפגע כוח מיקוח מול המפר החפץ להשתחרר מהחווה על-מנת לנצל את ההזדמנות שאיתר (דגן, שם, בע' 666-667). פרשנות כזו אמורה גם לדחות את תביעת הפיצוי במקרה של ביטול קשר חוזי בהיותה קובעת מחיר לקשר ואפשרות לשאת-ולתת בגינו.

¹⁶² דב"ע נד/ 4-1, נד/ 4-3 - ההסתדרות הכללית - התעשייה האווירית לישראל בע"מ ורמת"א בע"מ, לעיל הערה 48, בע' 624.

שהיא מפצה את הניזוקים-העובדים ביודעם מראש את גובה הפיצוי. בדעת המיעוט בעניין רמת"א הרחיב בית-הדין, מפי השופטת ברק, את פרשנותו של סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. לשיטתה של שופטת המיעוט, סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים נותן ביטוי לתפיסה לפיה אין המעביד רשאי לשנות באופן לא-סביר, חד-צדדית, את תנאי ההסכם, ושינוי כזה יש בו משום הפרת הסכם העבודה בהיותו פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי של העובדים ושל ארגון העובדים.¹⁶³ רק ידיעה מראש על אפשרות של פיצוי בדיעבד מחזירה את חוסר האיזון אל כנו.

יתר על-כן, נוהג מקובל עשתה לעצמה הממשלה בכל הליכי ההפרטה, להעניק חבילת מניות ואופציות לעובדים החותמים על הסכם העברה למפעל המופרט. הענקה זו אמורה לפצות אותם על הסיכון של אובדן הביטחון התעסוקתי או על השינויים בעסק. לדוגמה, בעניין השקמיות¹⁶⁴ נחתם הסכם קיבוצי מיוחד שהעניק לעובדי השקם פיצוי על השינויים בעסק וכן פיצוי אם יאלצו לפרוש בעקבותיהם. ההשלכה לענייננו מתבקשת מאליה. פיצוי בגין ביטול קשר קיבוצי, אובדן קביעות וביטחון תעסוקתי; חסינות מפני כפיית הוראות אחרות בחוזה אישי; וגיבוי ארגוני - אלה הם עלותו של השינוי אם חפצים לתארו במונחים של יעילות על-פי קלדור-היקס.

פתרון כזה יעיל מאוד גם למעסיק, ביודעו את מחירו של הביטול, ולכן גם יוכל לשאת-ולתת עליו כראוי. דווקא המעסיק עשוי להיות מעוניין בפתרון כזה, בהיותו מסדיר כלכלית קשר שמעורבים בו היבטים בלתי-מוגדרים, כגון "משאבים" בעלי השקעה והגשמה.

יא. פיצוי כתרופה אישית וכימותו

כל השורות התחתונות של סעיפי המאמר הסתיימו בפסקה המסנגרת על תשלום פיצוי במקרה של ביטול הסכם קיבוצי. הפיצוי, כפי שהראיתי, הוא הדרך היחידה לאזן את חוסר השוויון בין הוראות החוק הקוגנטיות, המאפשרות ביטול חד-צדדי של ההסכם הקיבוצי, לבין עמדתם החלשה של העובדים, שנשלל מהם הביטחון התעסוקתי, באמצעות ההגנה הארגונית. ניתן לומר בפשטנות כי התכשורת לנזק הנגרם כתוצאה מביטול הסכם קיבוצי כמוה כמחיקת המאבק הארגוני של כל המאה הנוכחית. האחת כמו האחרת אינם מתקבלים על הדעת. אופציית הפיצוי היא בררה המשדרת הצבעת אי-אמון בכוח הקיבוצי להבטיח את המשך הביטחון התעסוקתי גם בסביבה של קשר אישי. אך לפני שאציע את הפיצוי כסעד אולטימטיבי, אבדוק סעדים חלופיים לפיצוי.

¹⁶³ שם, בע' 636.

¹⁶⁴ דב"ע 3-7/98 מנשה מועדים נ' משרד הביטחון-מדינת ישראל (טרם פורסם), סעיף 15 לפסק-הדין.

1. סעדים חלופיים לפיצוי

סטון, ביודעה את חולשת הכללים המשפטיים האמריקאיים הנוגעים בקשר הקיבוצי ובאיגודים המקצועיים, מציעה להנהיג מודל שתפני של ארגון העובדים בהנהלה כדי להתמודד עם בעיית האכיפה של החוזה שנעשה בין העובדים להנהלה. לדעתה, שיתוף ארגון העובדים בהנהלה עולה בקנה אחד עם תיאוריית המארג החוזי של הפירמה, המתמקדת בכוחן של קבוצות בעלי העניין במסגרת הפירמה. מאחר שעל-פי תיאוריה זו אין לאף קבוצה יתרון על האחרת, כל אחת מהקבוצות האלה תנסה להשתמש בכל הכוחות והאמצעים שבידה על-מנת להשיג את העסקה הטובה ביותר.¹⁶⁵ אולם גם סטון ערה לכך כי הצעתה לשתפנות צריכה להיתמך בכללים משפטיים שיאפשרו שימוש בכלים הכלכליים. איגודים מקצועיים יוכלו לקדם את האינטרסים של שולחיהם במסגרת הדירקטוריון רק אם יתמוך המשפט בכוחם הקיבוצי. אולם עובדתית, קיימת בעולם ירידה בהתארגנות,¹⁶⁶ וחלק ניכר מסיבותיה אינו קשור לאופן תפקודו של הארגון עצמו.

תמונת ההתארגנות בארץ אינה שונה בהרבה. הסיבות לירידה בכוח המאורגן בישראל שונות ומגוונות, ולא כאן המקום להתייחס אליהן; חלקן אינן קשורות לתפקודי הארגונים וחלקן קשורות לתפקידיהם אלה.¹⁶⁷ מכל מקום, מודל כזה שמציעה סטון אינו פותר בעיות בסיסיות של הגנת העובדים. תכליתה של חברה מסחרית היא בראש ובראשונה להשיא את רווחיה.¹⁶⁸ ענייניהם של העובדים, שאף אם ניתן להביאם בחשבון במסגרת הגשמת מטרה זו, לא יוכלו לשמש נושא שיהיה שומה לאזן בגינה את שיקוליה העסקיים של החברה. אם יוכיחו מנהלי החברה כי התייעלותה תקודם באמצעות ביטולו של הקשר הקיבוצי, לא יוכלו נציגי העובדים בדירקטוריון לעשות דבר על-מנת לשנות את ההחלטה, מאחר שיפרו את חובתם לפעול בזהירות ובנאמנות כלפי החברה. בטחונו התעסוקתי של העובד ייסוג מפני טובת החברה כפי שהוגדרה על-ידי בעליה. האידיאולוגיה הקיבוצית כיעד אינה עומדת בראש מעייניהם של בעלים חדורי הניעה קפיטליסטית, בעיקר מאחר

¹⁶⁵ Stone, *supra* note 131, at p. 376.

¹⁶⁶ קיימת ספרות ענפה על הטעמים להיחלשות ההתארגנות. כמה מהסיבות המובילות הן שינוי בשיטת העבודה הפורדיסטית; הביזור והדרגולציה; הגלובליזציה; מיקור החוץ של ההון האנושי; השינוי בשיטות הניהול של משאבי-אנוש; השינוי בדפוסי העבודה מהייצור לשירותים. ראו על כך, למשל: Kirsten S. Wever "Unions Adding Value: Addressing Market and Social Failures in the Advanced Industrialized Countries" 136 *Int'l Labour Rev.* (1997) 449, 451.

¹⁶⁷ ראו על כך, למשל, בן-ישראל, לעיל הערה 116, בע' 51.

¹⁶⁸ סעיף 11 לחוק החברות, תשנ"ט - 1999.

שטיפוח מעמדו של הארגון עומד בניגוד לערכי-היסוד של כלכלת-השוק. הדאגה לבטחונם התעסוקתי של עובדים חסרי הסכם בעל כוח קולקטיבי אינה יכולה לשמש שיקול כנגד נימוקים כלכליים כבדי-משקל שמוכיחים את חסרונו. יתרונו של ההסכם הקיבוצי חייב להתבטא גם בתוצאות העסקיות, ואם לא כן, המעסיק זכאי להסיק את המסקנות המתאימות. כעיקרון, המעסיק אינו פורום להושטת סעד לעובדים; מטרתו היא הפקת רווח¹⁶⁹ וייעול הפעילות הניהולית.

לפיכך אין להותיר את ההגנה על זכותו של העובד רק בידי האיגוד המקצועי, שכוחו נסדק בלאו הכי. יתר על-כן, הקוגנטיות של הזכות לבטל את ההסכם הקיבוצי אף בלא צורך להיוועץ בארגון אינה מותירה ספק באשר למעמדו העדיף של המעסיק.

כעיקרון, הצד המבטל הסכם קיבוצי חב בחובת היוועצות עם הצד האחר לפני הביטול מכוח חובת תום-הלב. כך אמר, למשל, בית-הדין בעניין **השקמיות** כאשר נדרש לחובות המעסיק למסור מידע: "מעסיק החתום על הסכם קיבוצי מתחייב במפורש או מכללא, שלא לעשות שינויים מרחיקי לכת מבלי לאפשר לארגון היציג להביע את עמדתו ואף לנהל עימו משא-ומתן בדבר הגנה על זכויות העובדים."¹⁷⁰ אולם אין שום דבר שעשוי לכפות על מעסיק להמשיך קשר קיבוצי אם אינו חפץ בו. לכן, אם קשר העבודה חדל להיות מבוסס על הסכם קיבוצי, ההגנה שארגון העובדים יכול לספק לפרט הולך וקטן. במצב כזה, גם לעובדים יש תמריץ קטן יותר להמשיך לשלם דמי-חבר או להמשיך להיות חברים בארגון. לפיכך, עיקר הדגש ראוי שיושם בזכותו של העובד כפרט לקבל תמורה בעבור הסיכון שלפניו יעמוד.

2. הפיצוי כסעד

פיצוי כסעד הוא למעשה הגורם המאזן בין הפררוגטיבה של המעסיק להחליט על ביטול ההסכם הקיבוצי לבין כפיפותם של העובדים להחלטה כזו. זכות הפיצוי כמשקולת המאזנת את עוצמת זכותו הקניינית של המעסיק היא מחיר סביר ששני הצדדים יהיו חייבים לשאת-ולתת עליה על-מנת לאפשר המשך של קשר עבודה תקין. ללא הפיצוי, מאזני הצדק אינם מעוינים, ומותרים צד משקיע אחד (העובדים) בחסר לעומת צד משקיע אחר (המעסיק). מאחר ששני הצדדים השקיעו במפעל, ראוי להעניק לשני הצדדים זכות שווה לשאוב ממנו את המירב בכל שלב משלבי

¹⁶⁹ הגדרה כזו נכונה בין שהמעסיק הוא חברה מסחרית שתכליתה היא השאת רווחיה וחלוקתם בין המשקיעים ובין שהוא גוף ציבורי או מלכ"רי שאינו מחלק את רווחיו. גם במקרה השני, הרווח נותר כיעד מועדף.

¹⁷⁰ לעיל הערה 135, סעיף 12. וכן דב"ע נב/ 4-2 נב/ 4-5 **חברת תרכובות ברום בע"מ - ההסתדרות הכללית**, פד"ע כג 456, 464.

הקשר ביניהם. שיטת המשא-ומתן הקיבוצי היא למעשה מנגנון להגנה על ההשקעה האנושית הספציפית של כל עובד ועובד במפעל. הריק שייצור בקשר ההדדי בין המעסיק לארגון לאחר ביטול ההסכם הקיבוצי מסמל את אובדנם של היחסים המשותפים. קודם ניתוקו, ידעו שני הצדדים לקשר כי שיאו של המשא-ומתן יהיה בחתימה על מסמך משותף שישקף את ההבנות שהגיעו אליהן. ביטולה של המסגרת הקיבוצית המשותפת שנתחמה על-ידי החוק והוסדרה על-פיו מעביר את קשר העבודה ממישור של קשר קיבוצי מאורגן המבוסס על הבנה ונוהג של חוזי יחס, למישור של קשר אדוורסרי, בו כל צד חופשי לפעול על-פי הכלים והכללים החוזיים הנוהגים במערכת הסכמית חד-פעמית. המעבר הפתאומי והחד הזה עלול להכאיב לעובדים שהמשך מסלול העסקתם יאלץ עתה לעמוד במבחן כישוריהם האישיים להתמודד אישית עם המעסיק. על הפער הזה בין אובדן המנגנון הפלורליסטי של המשא-ומתן הקיבוצי שנלקח מהם לבין המנגנון המתעמת שצפוי להם הם זכאים לפיצוי.

אי-הענקת הפיצוי פוגעת שלא כדין במנגנון המגונן שהשיגו העובדים במאמצים ובמאבקים קשים. יש בפיצוי כדי לגמול לעובדים על חלק מהביטחון שהם מאבדים ועל מקצת מההישגיהם. לעומת מצבים בהם כימות הנזק קשה להערכה, הפיצוי כאן עשוי להוכיח עצמו כמנגנון אפקטיבי להשבת זכויות שאבדו. המעבר ממודל יחסי עבודה שתפניים למודל אישי תחרותי ניתן להערכה כספית. למעשה, כבר נעשה שימוש בפיצוי ככלי שמיתן את עוצמת השינוי במעמדם של העובדים במצב של שינוי מבני והפרטה של מפעל ממשלתי. בעניין **השקמיות**, למשל, זכו העובדים בפיצויים בעקבות שינוי הבעלות אף-על-פי שקשר העבודה נמשך גם לאחר התמורות הקנייניות שנעשו.¹⁷¹ הפיצויים המיוחדים שהם זכו בהם היו כדלקמן: ראשית, אופציה לרכישת מניות של המפעל המופרט במחיר מוזל. שנית, הקמת קרן נאמנות מיוחדת שנועדה להשלים פיצויי פיטורים לעובדים שיפרשו בעקבות "הפרטת" החברה.

3. כימות הפיצוי

נושא מאמרי זה הוא תוצאת ביטולם של יחסי העבודה הקיבוציים. לשם בדיקת גובה הנזק שנגרם לעובדים בעקבות פעולה זו, ניתן להשוותה לרה-ארגון או שינוי מבנה.

הפיצוי שיינתן יכול ללבוש צורות אחדות, וראוי להציג לארגון העובדים ברירה בין אפשרויות אחדות: החלה הענקת אופציות לעובדים אם מדובר בחברה שניירות-הערך שלה יוצעו או מוצעים לציבור, המשך בבדיקת עלות הפיצוי שהוענק לעובדים במהלך הקשר המאורגן תוך התחייבות אישית להעניק פיצוי דומה לעובדים שקשר

¹⁷¹ ראו לדוגמה עניין **השקמיות**, לעיל הערה 85.

העבודה שלהם ינותק בשלב כלשהו בעתיד, וכלה בהענקת פיצוי מראש על ניתוק אפשרי של קשר העבודה.

אם תיבחר האפשרות השלישית, הצעתי היא להעניק לכל עובד סכום פיצויים בסך של עד חמישים אחוז מסכום פיצויי הפיטורים שהיו מגיעים לו אילו פוטר במועד ביטולו של ההסכם הקיבוצי. הטעמים לקביעת אמת-מידה זו הם כלדקמן:

ראשית, פיצויי הפיטורים הם מדד נוח לכימות גובה הנזק שנגרם, מאחר שהם סכום יחסי שתלוי בשנות עבודתו של העובד. לפיכך, ככל שקשר העבודה ארוך יותר וסיכוייו של העובד להיות מפוטר גדלים, כן פיצויו גדל, ולהיפך. אכן, שום מעסיק אינו מודיע מראש, בעת ביטול הקשר הקיבוצי, על כוונתו לפטר עובדים, אולם למעשה זו אחת הסיבות לביצוע שינוי זה. ללא האיגוד המקצועי, מימושה של פררוגטיבת הניהול שלו קלה יותר, ובדרך-כלל הוא זקוק לה על-מנת לבצע שינויים ארגוניים במפעל, שמשמעותם פיטורים.

שנית, הגדרת פיצויי הפיטורים כמדד בסיסי תקל על המעסיק לחשב את "עלות" הביטול. המחיר שיצטרך לשלם יוכל להתפרש על תקופה מסוימת, והוא יוכל גם להפריש בגינו לקרן מיוחדת שתוקם במיוחד לצורך זה.

שלישית, מדד כזה שומר על מידתיות גם בהקשר היחס שבין סכום הפיצוי הכללי שיוטל על המעסיק לבין מספר העובדים המועסקים, ולכן לא יגרור הטלת נטל בלתי-סביר על המעסיק.

רשותם של הצדדים לברור להם אחת מהאופציות האלה או לשכלל דרך אחרת לפיצוי בגין אובדן הקשר הקיבוצי, ובלבד שלניתוק הקשר הקיבוצי יקדם הסכם בדבר הסדרת אופן הפיצוי.

סוף-דבר

התחלתי את מאמרי בפירוט השיח החוקתי החדש וחלחולו אל דיני העבודה. אני מסיימת אותו בהפקת לקחים מבדיקת האיזון בין זכויות הקניין של המעסיק לבין פיתוחן של זכויות העובדים. השינוי האידיאולוגי של קשר העבודה בסוף המאה הוביל לצורך לבצע בדיקת-בית יסודי בכללים המשפטיים ששוכללו בעידן אחר - עידן הקשר הקיבוצי, בו היתה הסוגיה של ביטול קשר קיבוצי רק אפיזודה אחת על רצף של יחסים מאורגנים.

כאשר שינוי העיתים גורר שינוי בשימוש המעשי שנעשה בכלי הביטול, יש להשיב את האיזון אל כנו באמצעות תרופת הפיצוי, על אפשרויותיה השונות.