



הערות על עובדים זרים, שעות נוספות, חוקי מגן וריסון שיפוטי

מיכל שקד*

א. מבוא. ב. התיק. ג. גמול שעות נוספות לעובדי סיעוד. ד. משפט העבודה המגן. ה. אקטיביזם וריסון.

א. מבוא

שני פסקי הדין של בית המשפט העליון בפרשת גלוטן, בג"ץ ודנג"ץ, דחו תביעה של עובדת סיעוד זרה לקבל גמול שעות נוספות.¹ פסקי הדין מעוררים מחשבות בשלושה מישורים, זה על גבי זה. במישור הבסיסי, הנושא הוא גמול שעות נוספות לעובדי סיעוד זרים. במישור הביניים, הנושא הוא חקיקת המגן הקוגנטית. במישור השלישי מרחפות מחשבות על אקטיביזם שיפוטי וריסון שיפוטי.

ב. התיק

מלאכתה של גברת יולנדה גלוטן, עובדת סיעוד פיליפינית שטיפלה כשנה בגברת לאה יעקב, בבית המטופלת, הייתה לנקות, לכבס, ובעיקר להשגיח, מסביב לשעון, שהמטופלת לא תתנתק ממכונת הנשמה ולנקז את הריר שהצטבר בפיה. תביעתה בבית הדין לעבודה, לפי סעיף 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה,² הייתה לקבל מעיזבון מעבידתה שנפטרה גמול עבור ארבע שעות נוספות ביממה לכל תקופת עבודתה. בית הדין הארצי דחה את תביעתה ברוב של שלושה, בנימוק שהחוק לא חל עליה: סעיף 30 לחוק מחריג מתחולתו כמה סוגי עובדים – שוטרים, עובדי מדינה מסוימים, יורדי ים ועובדי דיג, אנשי צוות אוויר. וכן, בס"ק 30(5), "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי", ובס"ק 30(6), "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".³ בית הדין קבע שהתובעת נכנסה לגדר שני החריגים האחרונים. פסק הדין היה לגבי התובעת בלבד. לגישת רוב שופטי ההרכב, עובדי סיעוד זרים אינם ערימת אפונים, ויש להכריע בכל מקרה לגופו אם החוק חל אם לאו.

* ד"ר למשפטים. מומחית למשפט ציבורי (חוקתי ומנהלי) ודיני עבודה. מחברת הביוגרפיה של הנשיא משה לנדוי: מיכל שקד משה לנדוי, ספר (2012).

¹ בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009) (להלן: "בג"ץ גלוטן"); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013) (להלן: "פרשת גלוטן").

² ס' 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951. (להלן: "החוק" או "לחוק")

³ ס' 5–6 לחוק שעות עבודה ומנוחה.



התובעת עתרה לבג"ץ. השופט ריבלין כתב את פסק הדין ועמיתיו השופטים פרוקצ'יה ומלצר הסכימו. העתירה נדחתה בנימוק, שבין אם בית הדין הארצי טעה ובין אם לאו בפירוש החוק (ועל זה מודיע פסק הדין שאינו מחליט), הצדק אינו דורש התערבות של בג"ץ בפסיקתו. מדוע אינו דורש? מסיבה כלכלית ומסיבה משפטית.

הסיבה הכלכלית היא, שהמצב הנוכחי משרת טוב יותר את המעסיקים וגם את העובדים. הרבה אנשים זקנים שזקוקים לסיעוד לא יוכלו לעמוד בתשלום הגבוה של גמול שעות נוספות לעובד סיעוד, העומד לרוב לרשות המטופל-המעסיק 24/6. זקנים רבים יישארו ללא פתרון סיעודי. מצד שני, הביקוש לעובדי סיעוד יקטן מאד, וגם הם ייפגעו.

הסיבה המשפטית לכך שהצדק אינו דורש התערבות היא, שכל מתכונת ההעסקה של עובדי הסיעוד אינה מתאימה לחוק שעות עבודה ומנוחה, ללשונו ולמטרתו. עיקרו של החוק הוא איסור להעביד עובד מעל 12 שעות ביממה, איסור המלווה בסנקציה פלילית (סעיפים 2 ו-26 לחוק). אם החוק חל (גם בנושא זה השופט ריבלין מודיע שהוא אינו מחליט), ייתכן שכל מתכונת ההעסקה של עובדי הסיעוד היא פסולה.⁴ אי-אפשר, קובע פסק הדין, להתעלם מההוראה המרכזית בחוק ולאכוף הוראה משנית שלו. מצד שני, מתכונת ההעסקה הנוכחית של עובדי הסיעוד היא הפתרון הקיים בנושא הסיעוד של זקנים ונכים, ואיש אינו רוצה להפסיק אותו. "לשיטתי הייתי דוחה את העתירה מטעם אחר והוא שבית הדין לעבודה לא יכול היה להגיע לתוצאה אחרת, וזאת בשל הקושי שבעצם יישום החוק".⁵ הפתרון הוא חקיקה של הכנסת. פסק הדין ניתן בנובמבר 2009.

הנשיאה ביניש החליטה לקיים דיון נוסף ב"שאלת תחולתו של החוק על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד",⁶ ולאחר שכצפוי, הכנסת לא חוקקה חוק חדש, במרץ 2013 נדחתה העתירה שוב, הפעם ברוב של שישה שופטים בראשות הנשיא גרוניס (יחד עם השופטים רובינשטיין, ג'ובראן, מלצר, דנציגר והנדל) מול דעות מיעוט של שלוש שופטות (נאור, ארבל וחיות). הנשיא הצטרף לפסק דינו של השופט ריבלין, וקבע גם הוא, שחוק שעות עבודה ומנוחה אינו מתאים למתכונת ההעסקה של עובדי הסיעוד. השאלות מורכבות, קובע גרוניס, והפתרון אינו בידי בית המשפט אלא בזירה הפוליטית והציבורית. "הדיון בשאלות שעלו, כמו גם התווית ההסדר הראוי בעניינין [...] מעצם טיבן [...] אינן יכולות להתלבן כראוי בהליך שיפוטי. את הפתרונות המתאימים יש לגבש בצורה מושכלת בזירה הפוליטית והציבורית [...] לבית משפט זה אין אפשרות לגבש הסדר שיענה על מגוון הבעיות שמעוררים מקרים אלה, ולעמוד על מכלול ההשלכות שיהיו לפסיקתו, המיוחדת, מטיבה, לדיון כללי בסוגיה

4 ואז היא אולי חוזה בטל, ס' 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973.

5 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 1, ס' 25 לפסק דינו של השופט ריבלין.

6 פרשת גלוטן, שם, ס' 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.



העקרונית הבאה בפניו [...] הבעיה הקשה שבאה בפנינו בעתירה זו יכולה לבוא על פתרונה אך ורק במסגרת הסדר חקוק".⁷ מאחר שחזקה על הכנסת שהיא לא תחוקק, עובדי סיעוד ימשיכו לעבוד תמורת שכר מינימום, דמי כיס, וזכויות סוציאליות מסוימות.

ג. גמול שעות נוספות לעובדי סיעוד

בכל הסיבובים חשבו רוב השופטים שאין לשלם לעובדי סיעוד גמול שעות נוספות. מיעוטם, וכן כותבים בתחומי זכויות אדם ומשפט העבודה מבקרים את עמדתם. גיא מונדלק, במאמר שקדם לפסק הדין, מדגיש את חוסר הכוח של העובדים הזרים להשפיע על תנאי העסקתם.⁸ שרון רבין מרגליות, במאמר שנכתב בין הבג"ץ לדנג"ץ, מבקרת את ההסתמכות של השופט ריבלין על "שיקולי עלות-תועלת", וטוענת שאם מתכונת ההעסקה אינה מתאימה לחוק יש להפסיק את מתכונת ההעסקה.⁹ גיא דוידוב, בבלוג שכתב מיד לאחר הדיון הנוסף, אומר בחריפות: "במקום להוקיע את ההפרה [של איסור ההעסקה הבלתי מוגבלת בשעות] בא בית המשפט והשתמש בה כדי להצדיק פגיעה נוספת באותם עובדים. לא די שהם נדרשים לעבוד יותר מהמותר בחוק, אלא (מסיבה זו!) הם לא יקבלו את המגיע להם – גמול שעות נוספות – מכוח אותו חוק".¹⁰ מעניין, שהשופטת (דימ.) אלישבע ברק, הידועה כתומכת נלהבת בזכויות עובדים, מצטרפת לעמדת רוב השופטים: "אני סבורה כי יש לפסוק בצורה ריאלית העולה בקנה אחד עם המציאות".¹¹

לאמיתו של דבר, שאלת הדין הרצוי, אם צריך לשלם לעובדים סיעודיים גמול שעות נוספות, אינה באמת שאלה של גמול שעות נוספות אלא של שכר: האם יש להגדיל את שכרם בשבעים אחוזים לפחות (בהנחה שעובד סיעוד טיפוסי עומד לרשות המטופל לפחות 12 שעות ביממה). חילוקי הדעות מלמדים שזו שאלה קשה של השקפה על העולם ועל המציאות,¹² כמו רוב השאלות שמצמיחה נטישת מדינת הרווחה והפרטת השירותים החברתיים. היא מנותחת מכל צדדיה בפסקי הדין ובמאמרים. אני שמחה שלא הוטל עלי להחליט, איני יכולה לנקוט עמדה בשאלת המצב הרצוי.

7 שם, פס' 16–19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

8 גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל, "חווה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כו 423 (2003).

9 שרון רבין מרגליות "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו 341 (2011).

10 גיא דוידוב "דנג"ץ גלוטן – פס"ד לוכנר בישראל" בלוג המרצים למשפטים של האוניברסיטה העברית 20.3.2013.

hebrewu-law.blogspot.co.il/2013/03/blog-post.html

11 אלישבע ברק-אוסוסקין "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 59 (עורכים שונים, 2012) (להלן: ספר אליקה).

12 במציאות, ספק אם אנשים זקנים שמעסיקים עובדי סיעוד שייכים ל"אוכלוסייה מוחלשת" (כמו שקבע השופט ריבלין). גם היום, רק זקנים ונכים בעלי הכנסה סבירה או חסכונית יכולים לשאת בעלות של טיפול סיעודי מלא.



מבחינת הדין המצוי יש כמה גישות. על פי פרשנות שמרנית של החוק – על פי לשונו ועל פי היסטוריית החקיקה והתקדימים – החוק חל, יש לשלם גמול שעות נוספות, והשאלה היחידה היא איך לחשב ואיך להוכיח את מספר שעות העבודה. מי שמתנגדים לתשלום גמול שעות נוספות מציעים ארבעה פתרונות משפטיים:

פתרון מוצע אחד הוא לפרש את סעיפים 30(5) ו-30(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה כמחריגים עובדי סיעוד מסוימים מתחולת החוק (זו דרכם של שופטי הרוב בבית הדין הארצי).

פתרון שני, שנדון על ידי ריבלין (ולא הוכרע), הוא לפרש את סעיף 30(5) לחוק כמחריג את כל עובדי הסיעוד מתחולת החוק.

פתרון שלישי, אותו מציעה השופטת (דימ.) אלישבע ברק, הוא להכניס את עובדי הסיעוד לסעיף 30 לחוק על ידי "השלמת חסר" (השלמת לקונה פנימית מאוחרת), על פי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט.¹³ טענתה היא, שלפי תכליתו של הסעיף עובדי הסיעוד צריכים להיכלל בו, אלא שצורת ההעסקה שלהם פשוט לא הייתה קיימת כשהחוק נחקק, ועל כן יש להשלימו בדרך זו.¹⁴

כל הפתרונות לעיל הם פתרונות משפטיים קונבנציונליים, ומבחינה משפטית ניתן לתקוף כל אחד מהם ולהגן על כל אחד מהם.

הפתרון הרביעי של אלה המבקשים להחריג את עובדי הסיעוד מגדר חוק שעות עבודה ומנוחה הוא כבר הלכה פסוקה, אלה פסקי הדין בפרשה הנוכחית. "מכיוון שמתכונת העבודה בכללה סותרת את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה ואת רוחו, יש לקבוע כי הוא כלל איננו חל בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד".¹⁵ זה כבר אינו פתרון קונבנציונלי. על פי המושגים המשפטיים המוכרים צודקת רבין-מרגליות, "המסקנה [מכך שהעסקת עובדי הסיעוד סותרת את החוק] הייתה צריכה להיות שמתכונת ההעסקה הרצופה היא פוגענית ואין לאשרה".¹⁶ בקביעה שהחוק אינו חל משום שהמציאות (מציאות חיובית ואפילו רצויה) סותרת אותו, בית המשפט חידש חידוש משפטי גדול.

למיטב ידיעתי אין בשיטתנו המשפטית תקדים לקביעה כזו. בכמה שיטות משפט היה מקובל פעם עקרון ה-*desuetude*. בניסוח גס של העיקרון, חוק עשוי לאבד את תוקפו, באופן מלא או חלקי, כאשר הוא נהיה לא

¹³ ס' 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.
¹⁴ ספר אליקה, לעיל ה"ש 11, שם; אהרן ברק **פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית** 49 (1994). לתמיכה בטענתה ראה צבי ברניב **העבודה במשפט העמים** 145 (1969).
¹⁵ פרשת **גלוטן**, לעיל ה"ש 1, ס' 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
¹⁶ רבין מרגליות, לעיל ה"ש 9.



אפקטיבי.¹⁷ שיטות המשפט האנגלוסקסיות לא אימצו את הרעיון. דומני שראוי היה לא לקבוע הלכה כה חדשנית ללא בדיקה מעמיקה. מצד שני, הלכה עקרונית שלפיה חוק הסותר מציאות רצויה מתבטל עד שיחוקק אחר תחתיו פותחת פתח לאפשרויות מגוונות, מעניין לחכות ולראות אם יהיה לה המשך במקרים ובתחומים נוספים.

ד. משפט העבודה המגן

רבין מרגליות צודקת גם כאשר היא אומרת שפסק הדין של ריבלין, המסתמך על ניתוח כלכלי של עלות-תועלת, "חותר תחת כמה עקרונות יסוד של משפט העבודה", וכשהיא מזכירה, שהנימוק של ריבלין – אי-תשלום גמול שעות נוספות משרת את האינטרסים של העובדים כמו גם של המעסיקים – הוא טענתם הקבועה של כאלה שמבקשים לחזור ליחסי עבודה חוזיים של ביקוש והיצע, ומתנגדים לחקיקת מגן ("שכר מינימום יפגע בעובדים. המעבידים יעבירו את המפעל למדינה שבה שכר העבודה אינו מוגן ותהיה אבטלה").¹⁸ השופט ריבלין מבטא עמדה "ימנית" (במובן הכלכלי-חברתי) מובהקת, ומה שנותר לעומדים מצדו השני של המתרס – צד העובדים, הוא להצביע על כך שללא חקיקת מגן מצב העובדים הרבה יותר גרוע. צא וחשוב מה היה אי-השוויון אצלנו אלמלא חוק שכר מינימום.

הקוגנטיות של משפט העבודה המגן הולכת ונשחקת כבר תקופה ממושכת, ועל כך יש כתיבה רבה מאז שנות התשעים. במובן זה לא חידשה פרשת גלוטן. אך היא מיוחדת בשתי נקודות. ראשית, כנראה לראשונה נכתבה בפסק דין של בית המשפט העליון התבטאות גלויה נגד הקוגנטיות של חקיקת המגן, בלי לטרוח לשלם אפילו מס שפתיים לעקרון יסוד זה של משפט העבודה. אומר השופט ריבלין, "העמדה המקובלת ביחס לחוקי המגן היא כי מדובר בחוקים קוגנטיים [...] כשלעצמי, איני משוכנע שמדובר בעמדה אשר לעולם אין להרהר אחריה".¹⁹ שנית, דומני כי לראשונה מופיעה בפסיקת בית המשפט העליון הצטברות חשופה של פגיעה בעובדים חלשים ופגיעה בזכויות אדם של אנשים המוכרים כראויים להגנה. בעשורים האחרונים נוטים ארגוני עובדים, מוסדותיהם ומלומדי משפט העבודה להתמקד בזכויות אדם. ראוי להפנות את המבט גם לכיוון ההפוך, לכך שעל אלו שעוסקים בזכויות אדם לעסוק בזכויות עובדים. באין זכויות לעובדים, גם זכויות אדם לא תהיינה.

¹⁷ HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 119 (1945).

¹⁸ רבין מרגליות, לעיל ה"ש 9.

¹⁹ בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 1, ס' 25 לפסק דינו של השופט ריבלין. בפרשת גלוטן, הנשיא גרוניס הסתייג בעקיפין מאמירה.



ה. אקטיביזם וריסון

בעוד שהשופט ריבלין קבע שיש לדחות את העתירה על סמך כללי הביקורת השיפוטית של בג"ץ על בית הדין הארצי לעבודה (בקבעו כי גם אם הייתה טעות משפטית בפסק הדין של בית הדין הארצי, הצדק אינו דורש את תיקונה), פסק הדין בדיון הנוסף, בהנהגת הנשיא גרוניס, דחה את העתירה על סמך נימוק אחר, חוסר שפיטות מוסדית (כלומר, לא בית המשפט אלא הכנסת היא הפורום המתאים כדי לפתור את סוגיית השעות הנוספות של עובדי הסיעוד). מה היא משמעות ההסתמכות על חוסר שפיטות בפרשה הנוכחית?

מובן למדי מדוע בחר הנשיא גרוניס להסתמך על אי-שפיטות. השפיטות הייתה אחד ממוקדי הוויכוח לגבי האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק. בפסק דינו המנחה בעניין רסלר (פסק הדין הרביעי בעניין תלמידי הישיבות), השופט ברק קבע שיש להתייחס לחוסר שפיטות מוסדית "בזהירות", כדי לא לפגוע בשלטון החוק.²⁰ למיטב ידיעתי, בכל שנות הכהונה של השופט ברק לא נדחתה עתירה או תביעה בנימוק של חוסר שפיטות. השופט גרוניס, לעומת זאת, תומך בריסון שיפוטי.

אכן, חוסר שפיטות מוסדית הוא עילה מוכרת לדחיית עתירות בתחום המשפט הציבורי (פחות ברור אם זו עילה לדחיית תביעה אזרחית, וכזו הייתה כאן התביעה). ברור (גם) שהכנסת היא המחוקק, ולא בית המשפט. יתר על כן הנשיא גרוניס צודק כשהוא קובע, "לבית משפט זה אין אפשרות לגבש הסדר שיענה על מגוון הבעיות שמעוררים מקרים אלה, ולעמוד על מכלול ההשלכות שיהיו לפסקתו".²¹ אך כאן מתעוררות שתי קושיות: ראשית, מבחינה משפטית צרה. בית המשפט לא שאל את עצמו אם קיימת עילת חוסר שפיטות, כאשר התביעה או העתירה היא לאכיפת זכות מכוח חוק (בין במשפט הציבורי ובין במשפט הפרטי).

שנית וזה הוא העיקר, מבחינת יחסי בית המשפט ושאר הרשויות. דווקא במסורת הפוזיטיביסטית המתונה שאליה מבקש כנראה לחזור בית המשפט העליון תחת נשיאותו של גרוניס, תפקיד בית המשפט הוא לשפוט. לפרש את החוק. תפקידו לקבוע אם מבחינה משפטית החוק, כמו שהוא, חל או לא חל על עובדים סיעודיים. לא יותר אבל גם לא פחות. אולי לא היה על הנשיא גרוניס לשאול אם ביכולתו לפתור את השאלה הכלכלית, החברתית והאנושית המורכבת, מה מגיע לעובדי סיעוד ואיך לאזן בינם לבין הזקוקים להם. אולי היה עליו לשאול רק את השאלה המצומצמת, שתפקיד השופט הוא לענות עליה, מה הוא הדין החל עליהם לפי החוק הקיים. בהנמקתו לדחיית העתירה, שמשמעותה היא, "אין לי כלים לחוקק, ולכן לא אחוקק וגם לא אשפוט", עשה פסק דין הרוב מהלך לא

²⁰ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מד(2) 441 (1988). אגב, השופט ברק לא ביטל את חוסר השפיטות כמו שמייחסים לו.

²¹ פרשת גלוטן, לעיל ה"ש 1, ס' 16 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.



פחות אקטיביסטי מן המהלך האקטיביסטי הקודם, רק הפוך. במהלך הקודם (זו הייתה הטענה נגדו) בית המשפט לקח לעצמו את תפקידו של המחוקק. במהלך הנוכחי מעביר בית המשפט למחוקק את סמכויותיו שלו. בכך מציף פסק הדין שאלה רצינית נוספת, שלא זה המקום לדון בה, האם העשורים האחרונים הביאו לויתור על ההבחנה המסורתית בין פונקציית השפיטה לפונקציית החקיקה של בית המשפט העליון, ומהי משמעות הדבר.