

עבודת יתר: השלכות והצעות לפתרון

מאת

שרון אהרוני-גולדנברג*

העבודה בחברה המודרנית נפרסת על פני שעות רבות ולעתים אף למעלה מ-12 שעות ביממה. התשתית המחקרית-רפואית מורה שלעבודה בשעות נוספות, גם בעבודה משרדית, עלולות להיות השלכות קשות על בריאותו הגופנית והנפשית של העובד, במיוחד בעבודה הנמשכת מעל 12 שעות ביום. לעבודה בשעות נוספות יש גם השלכות שליליות על התפוקה, על איכות התוצר ועל שוק העבודה.

לכאורה העובד הבכיר מסכים לעבודה ממושכת ומקבל בתמורה משכורת גלובלית מפצה, אך מבחינת האוטונומיה של הפרט, תוקפה המשפטי של הסכמת העובד הבכיר לעבוד במשך שעות כה רבות מוטל בספק. חופשיות ההסכמה מוגבלת לאור יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים שבין העובד למעביד, אילוצי המשק, עומס העבודה הקיים, והלחץ החברתי להישאר בעבודה עד מאוחר. כך נפגעות חירויות אדם והזכויות החברתיות לחירות, למנוחה, לפנאי ולתנאי עבודה צודקים ובריאים.

לפיכך, ראשית, מוצע להגביל את תקרת שעות העבודה המותרת ל-12 שעות ביום. שנית, מוצע לחייב בתשלום גמול עבור עבודה בשעות נוספות גם לעובדים בתפקידי הנהלה ואמון. הכורח הכלכלי לשלם לכל העובדים עבור עבודה בשעות נוספות צפוי לסמן למעביד את חשיבות הגבלתן של שעות העבודה ולהוות זרז לצמצומן.

על פי סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 ניתן להעסיק עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי מעבר ל-12 שעות ביממה וללא גמול מיוחד. הדבר הוביל לכך שהנורמה השלטת במשק מתבטאת במשכורות גלובליות. לאחורונה החל בית הדין הארצי לעבודה לפרש את הסעיף בצמצום, כדי למנוע את ניצול העובד ואת שלילת חייו הפרטיים וחירותו. אכן, ראוי לפרש בצמצום את סעיף

* מרצה במכללה האקדמית נתניה. ברצוני להודות למי שקראו את הטיוטות הראשונות של מאמר זה והעירו את הערותיהם המועילות: לעוז'ד רינה חורי-כלפון על עזרתה הרבה והמאירה; לד"ר חגית ברסטל-גינת ולפרופ' יורם רבין, על הערותיהם בנוגע לגרסות הראשונות של מאמר זה; לשני לוי ולמתן קלימי על עזרתם במחקר ולאורי שלמי על ההגהות.

30(א)5 לחוק ולהחילו רק על מנהלים בכירים ביותר הנהנים מדרגות שכר גבוהות במיוחד ומהיותם אדונים לזמנם.

מבוא. חלק ראשון – השלכותיה הבריאותיות, הנפשיות והיצרניות של עבודה מרובה; 1. השלכותיה הרפואיות של עבודת יתר; 2. השלכותיה הכלכליות והחברתיות של עבודת יתר. חלק שני – הדין הקיים ואמנות בינלאומיות בנושא; 1. הכלל בדבר התמשכות יום העבודה והחריגים לו; 2. רישום השעות הנוספות; 3. סעיף 30(א)6 לחוק – עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים כל פיקוח על שעות העבודה; 4. סעיף 30(א)5 לחוק – תפקידי הנהלה או תפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי; 5. הפרשנות הרצויה של סעיף 30(א)5 לחוק שעות עבודה ומנוחה. חלק שלישי – דיון והגישה המוצעת; 1. השלכותיה החברתיות של עבודת היתר – ניתוח תועלתני; 2. השלכותיה ההומניסטיות של העבודה בשעות נוספות; 3. צידוקים אפשריים להחרגת עובדי משרות אמון מהגנת החוק; 4. זכות העובד לאוטונומיה – ניתוח הסכמתו של עובד האמון; 5. עבודת יתר – הגישה המוצעת. חלק רביעי – ביקורת אפשרית על ההסדר המוצע. סיכום.

מבוא

המהפכה התעשייתית שהחלה במאה ה־19 הובילה לתהליכי ייצור המוניים שהתאפיינו בניצול מעמד הפועלים; העובדים הועסקו במכרות ובבתי החרושת (sweatshops) בתנאי עבודה ירודים ונאלצו לעבוד בין 14 ל־16 שעות ביממה¹. בתחילת המאה ה־20 הגיע קצם של תנאי העסקה מחפירים אלה, הודות לאימוצן של אמנות בינלאומיות² שנועדו לשמור על

1 3. MARIO SOLDATI & COLOMBA RUSSO, LA GLORIA DELL' UOMO 66 (1974)
 2 Hours of Work (Industry) Convention, 1919; Convention Concerning the Regulation of Hours of Work in Commerce and Offices (1930); Convention Concerning the Application of the Weekly Rest in Industrial Undertakings (1930); Convention Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings to Eight in the Day and Forty-Eight in the Week (1930).

האמנה הראשונה שהתקבלה על ידי ארגון העבודה הבינלאומי היא האמנה בדבר שעות עבודה (תעשייה), 1919. ס' 1 לאמנה מחיל את האמנה לא רק על מפעלים תעשייתיים, כי אם גם על ענפי הבנייה, המכרות והתעבורה. האמנה אינה חלה על עובדים שתפקידם פיקוח או הנהלה ועל אנשים בתפקידי נאמנות. לאחר מכן נכרתה האמנה בדבר שעות עבודה (מסחר ומשרדים), 1930. אמנה זו חלה על העבדה במפעלים מסחריים, כולל שירותי דואר וטלגרף; במפעלים ובשירותים מנהליים, שהמועבדים בהם עובדים בעיקר בעבודת משרד; ובמפעלים מעורבים, מסחריים-תעשייתיים. האמנה אינה חלה על עובדים בבתי חולים, בבתי מלון, בתאטרות

בריאות העובדים³ באמצעות שיפור תנאי העסקתם והגבלת שעות עבודתם. בעקבות אמנות אלה נחקקה חקיקה מדינתית מתאימה במדינות רבות⁴, כך שבשנות מלחמת העולם הראשונה יום עבודה של 8 שעות כבר היווה נורמה מוכרת בחוקיהן של מספר מדינות באירופה⁵. הגבלת שעות העבודה של הפועלים במדינות רבות נבעה משני גורמים עיקריים: הראשון הוא התחזקות מעמדה של תנועת הפועלים בתחילת המאה ה-19⁶, והשני הוא הריאקציה של התעשיינים אל נוכח החמרת תנאי העבודה של הפועלים, אשר באנגליה למשל, הובילה להקמת ועדות "לקיצור יום העבודה" ולהצעות חוק לקיצור שעות העבודה⁷.

למרות הוראות סוציאליות אלה, העבודה תופסת נפח עצום בחייו של הפרט בחוגים נרחבים בחברה המערבית⁸, במיוחד של העובדים הבכירים אבל לא רק, והיא נפרשת על פני שעות רבות של היממה. כך למשל, לעתים קרובות עובדים עורכי דין, אנשי היי-טק (techno-slaves)⁹ ורופאים שעות נוספות רבות, באינטנסיביות ובלחץ של זמן. בהקשר זה חמורה יותר העבודה ב"משרות אקסטרים" הנמשכת יותר מ-12 שעות ביממה, ומתאפיינת בנפח עבודה מאוד אינטנסיבי¹⁰.

ובמקומות שעשוע ציבוריים. אמנות נוספות שנכרתו, אם כי על ידי מספר קטן יותר של מדינות, הן: אמנה בדבר מפעלי זכוכית שטוחה, 1934; אמנה בדבר שבוע עבודה של ארבעים שעות, 1935; ואמנה בדבר צמצום שעות עבודה (מפעלי בקבוקים מזכוכית), 1935. לתיאור התפתחות הליכי כריתתן של האמנות, ראו צבי בר-ניב העבודה במשפט העמים 146–147 (1969).

- 3 שם, בעמ' 145.
- 4 שם, בעמ' 146, מציין בר-ניב כי "העיקרון של הגבלת שעות העבודה מצא את ביטויו בחוזה ורסאי, בקטע המהווה את המבוא לחלק XIII, שהוא חוקת ארגון העבודה הבין-לאומי, עת הוכרו בין 'המטרות המידיות' של הארגון על 'קביעת יום עבודה של שמונה שעות או שבוע עבודה של ארבעים ושמונה שעות, כרמת תנאי-עבודה שיש לשאוף אליה במקומות שטרם הושגה'".
- 5 שם, בעמ' 145.
- 6 Seth D. Harris, *Conceptions of Fairness and the Fair Labor Standards Act*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 163 (2000). כן ראו בר-ניב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 34–35.
- 7 שם, בעמ' 19. בר-ניב מציין כי בראש תנועת הרפורמה בנושא עמד התעשיין האנגלי Charles Hindley.
- 8 Les Worrall & Cary L. Cooper, *Working Patterns and Working Hours: Their Impact on UK Managers*, 20 LEADERSHIP & ORG. DEV. J. 6 (1999); Shirley Lung, *Overwork and Overtime*, 39 IND. L. REV. 51, 53 (2005).
- 9 Johanna Shih, *Project Time in Silicon Valley*, 27 QUALITATIVE SOC. 223 (2004).
- 10 סילביה אן האולט וקרולין באק לוס "הצד האפל של משרות האקסטרים" *TheMarker* 38, 25.2.2005.

מטרת מאמר זה היא לענות על השאלות הבאות: מהן השלכותיה של עבודה בשעות נוספות הנמשכת מעבר ל-8 שעות ביום – שאותה אכנה להלן גם "עבודת יתר" – על רווחתו הבריאותית של העובד ועל תפוקתו? האם ראוי לתגמל גם עובדים בכירים עבור עבודה בשעות נוספות? האם ראוי לקבוע בחקיקה תקרת שעות עבודה? בניסיון לענות על שאלות אלה תובא בחלקו הראשון של המאמר תשתית מחקרית – רפואית וכלכלית – בנוגע להשלכות העבודה בשעות נוספות. בחלק השני של המאמר ייסקרו האמנות והדין הקיים בנושא בארץ. בחלק השלישי ייערך דיון תוך התמקדות בסוגיית האוטונומיה של העובד, ותוצע הגישה החקיקתית הראויה. בחלק הרביעי תעומת הגישה המוצעת עם ביקורת אפשרית, בעיקר בנוגע לפטרנליזם חקיקתי.

חלק ראשון – השלכותיה הבריאותיות, הנפשיות והיצרניות של עבודה מרובה

1. השלכותיה הרפואיות של עבודת יתר

מחקרים רפואיים מצביעים על כך שלעבודה הנפרשת על פני שעות רבות¹¹, בין אם עבודה פיזית ובין אם משרדית, עלולות להיות השלכות קשות על בריאות העובד¹²: הפרעות בשינה¹³, השמנת יתר¹⁴, עלייה בלחץ הדם של נשים¹⁵, כאבי גב תחתון אצל עובדים מול מחשב¹⁶, הפחתת סיכויי החלמה¹⁷ ואף אירועים לבביים¹⁸. לעבודה בשעות

-
- 11 המונח "שעות נוספות" משתנה ממדינה למדינה. רוב המאמרים שלהלן מתייחסים לעבודה הנמשכת מעבר ל-8 שעות ביום או ל-40 בשבוע.
- 12 Anne Spurgeon, J. Malcolm Harrington & Cary L. Cooper, *Health and Safety Problems Associated with Long Working Hours: A Review of the Current Position*, 54 OCCUPATIONAL & ENV'T MED. 367 (1997).
- 13 Renate Rau & Antje Triemer, *Overtime in Relation to Blood Pressure and Mood during Work, Leisure, and Night Time*, 67 SOC. INDICATORS RES. 51 (2004).
- 14 K. Nakamura, S. Shimai, S. Kikuchi, H. Takahashi, M. Tanaka, S. Nakano, Y. Motohashi, H. Nakadaira & M. Yamamoto, *Increases in Body Mass Index and Waist Circumference as Outcomes of Working Overtime*, 48 OCCUPATIONAL MED. 469 (1998).
- 15 Claire C. Caruso, Edward M. Hitchcock, Robert השור 13; אך השור 13; Rau & Triemer B. Dick, John M. Russo & Jennifer M. Schmit, *Overtime and Extended Work Shifts: Recent Findings on Illness, Injuries, and Health Behaviors*, www.humanics-es.com/overwork-workshifts-niosh.pdf (2004).
- 16 Linda Goldman & Joan Lewis, *A Strain on the Working Relationship*, 10 OCCUPATIONAL HEALTH (2005).

נוספות מרובות יש גם השלכות נפשיות שליליות, והיא מובילה למתח, לדיכאון, לכעס, לנלאות ולבלבול¹⁹. כמו כן נמצא כי עייפות וחוסר ערנות הנובעים מעבודה ממושכת של עובדי משמרות בבתי חולים, מעלים את הסיכון למעורבותם בתאונות דרכים²⁰. התופעות השליליות של עבודה אינטנסיבית יתר על המידה עלולות לבוא לידי ביטוי אף בחוסר היכולת לתת לגוף מרגוע במהלך חופשות. כך נמצא כי בקרב אנשים העובדים שעות ארוכות ובאינטנסיביות, שלושה אחוזים חשו ברע בסוף שבוע ובזמן חופשות²¹. לאור נתונים עגומים אלה, לא ייפלא שבמחקרים רבים נמצא קשר בין עבודה בשעות נוספות לבין עלייה בתמותה²². ביפן הגיעו הדברים לידי כך שלנפטרים כתוצאה מעבודת יתר (רובם עובדי צווארון לבן)²³ יש כינוי ייחודי – Karoshi²⁴.

-
- Allard E. Dembe, Rachel Delbos, J. Bianca Erickson & Steven M. Banks, *Association Between Employees' Work Schedules and the Vocational Consequences of Workplace Injuries*, 17 J. OCCUPATIONAL REHABILITATION 641 (2007);
 Monique Van Der Hulst & Sabine Geurts, *Associations between Overtime and Psychological Health in High and Low Reward Jobs*, 15 WORK & STRESS 227 (2001)
 Tetsunojo Uehata, *Long Working Hours and Occupational Stress-Related Cardiovascular Attacks among Middle-Aged Workers in Japan*, 20 J. HUM. ERGOL. 147 (1991)
 Margot Shields, *Long Working Hours and Health*, 11 HEALTH REP. 33, 48 (1999)
 צוין כי לעלייה בשעות העבודה של העובדים הקנדיים בשנים 1994–1995 משעות עבודה סטנדרטיות לממוצע של 41 שעות בשבוע, היו השלכות פיזיולוגיות ופסיכולוגיות שליליות, כגון דיכאון. כן ראו Susan P. Proctor, Roberta F. White, Thomas G. Robins, Diana Echeverria & Adrian Z. Rocskey, *Effect of Overtime Work on Cognitive Function in Automotive Workers*, 22 SCANDINAVIAN J. WORK, ENV'T & HEALTH, 124, 132 (1996)
 Giovanni Costa, Samantha Sartori & Trobhorn Åkerstedt, *Influence of Flexibility and Variability of Working Hours on Health and Well-Being*, 23 CHRONOBIOLOGY INT'L 1125 (2006)
 לעיל ה"ש 17.
 Laura K. Barger, Brian E. Cade, Najib T. Ayas, John W. Cronin, Bernard Rosner, Frank E. Speizer & Charles E. Czeisler, *Extended Work Shifts and the Risk of Motor Vehicle Crashes among Interns*, 352 NEW ENG. J. MED. 125 (2005)
 עידו סולומון "החופש עושה אותם חולים" הארץ Online 18.2.2009 www.haaretz.co.il/misc/1.1246403
 Caruso et al, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8.
 Paul A. Herbig & Fredrick A. Palumbo, *Karoshi: Salaryman Sudden Death Syndrome*, 9 J. MANAGERIAL PSYCHOL. 11 (1994)
 Christopher B. Meek, *The Dark Side of Japanese Management in the 1990s: Karoshi and Ijime in the Japanese Workplace*, 19 J. MANAGERIAL PSYCHOL. 312 (2004)

ראוי להסב את תשומת הלב לממצא החמור הנוגע לעבודה הנפרשת על למעלה מ-12 שעות ביממה (מעל 60 שעות חודשיות), וזאת בהשוואה לעבודה בשעות נוספות הנמשכת עד 60 שעות חודשיות. ואכן, נמצא שבמגזרי תעסוקה מגוונים, לרבות בעבודות משרדיות, לעבודה הנמשכת מעל 12 שעות ביום השלכות הנושאות אופי חמור יותר: היא מובילה לדכדוך, לעייפות כרונית, לעצבנות, ללחץ²⁵, לאירועים לבביים²⁶ ולהפחתת הסיכוי של מחלימים מפציעה לשוב לעבודה בת למעלה מ-12 שעות יומיות²⁷. ממצאים קשים לגבי השלכות עבודה האורכת למעלה מ-12 שעות ביום עולים גם ממחקרו של Uehata, אשר בחן למעלה מ-200 קורבנות Karoshi שסבלו מאירועים לבביים: שני שלישים מהנסקרים עבדו למעלה מ-60 שעות שבועיות²⁸. ממצא מחקרי נוסף מתייחס לכך שסיכוייהם של מחלימים מפציעה לשוב לעבודה בת יותר מ-12 שעות ביום – נמוכים מאלה של העובדים בשעות עבודה קונבנציונליות²⁹.

2. השלכותיה הכלכליות והחברתיות של עבודת יתר

לעבודה בשעות נוספות יש השפעות שליליות רבות המתבטאות גם בהיבטים כלכליים וחברתיים. ואכן, מחקרים מצביעים כי עבודה ממושכת מאוד פוגעת בתפוקת העבודה וכי הדבר עלול להתבטא באיבוד הריכוז, בפגיעה ביכולת התכנון ובירידת התפוקה. כך, מחקרם

-
- 25 Shouji Nagashima, Yasushi Suwazono, Yasushi Okubo, Mirei Uetani, Etsuko Kobayashi, Teruhiko Kido & Koji Nogawa, *Working Hours and Mental and Physical Fatigue in Japanese Workers*, 57 OCCUPATIONAL MED. 449 (2007), הטוענים כי על מנת למזער תסמיני עייפות בקרב עובדים גברים יש לקבוע תקרה של 260 שעות עבודה חודשיות.
- 26 Uehata, לעיל ה"ש 18, בעמ' 153; וכן Harris Allen & William Bunn, *How Risky is Overtime, Really?*, 85 HARV. BUS. REV. 23 (2007). מחקרם מראה כי בקרב העובדים מעל ל-60 שעות נוספות בשבוע ישנו שיעור גבוה יותר של תביעות פיצויים (בעיקר בקרב נשים), וכי שיעור גבוה יותר של פציעות ומחלות הקשורות בשלד ובשרירים נמצא בקרב המבוגרים שביניהם. בקרב אלה העובדים שיעור נמוך יותר של שעות נוספות בשבוע (41–59 שעות) לא נמצאה סבירות גבוהה יותר לפגיעה בבריאותם המנטלית והפיזית, לרמת תפקוד נמוכה או לפציעות הקשורות בעבודה, בהשוואה לאלה העובדים 40 שעות נוספות בשבוע.
- 27 Dembe et. al., לעיל ה"ש 17; Harris M. Allen, Jr., Thomas Slavin & William B. Bunn, *Do Long Workhours Impact Health, Safety, and Productivity at a Heavy Manufacturer?* 49 J. OCCUPATIONAL & ENV'T'L MED. 148 (2007). מחקר זה מצא כי העובדים שעות נוספות אינם חשופים יותר למחלות פיזיות או מנטליות, אינם נוטים להופיע יותר לעבודה בעודם חולים או לפתח נכויות, אולם בקרב העובדים יותר מ-60 שעות נוספות בחודש אירעו פציעות רבות יותר ואובחנו מחלות רבות יותר.
- 28 Uehata, לעיל ה"ש 18, בעמ' 147–153.
- 29 Dembe et. al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 641.

של Shepard ו־ Clifton המתבסס על נתונים ממספר רב של תעשיות ייצור בארצות־הברית שנאספו בשנים 1953–1991, מעלה כי עבודה בשעות נוספות מפחיתה את הייצור הממוצע של העובדים ברוב ענפי התעשייה שנסקרו. החוקרים מסבירים את הירידה בתוצרת בכך שהארכת שעות העבודה פוגעת במוטיבציה של העובדים וברווחתם הגופנית, מעלה את המתח שבו הם נמצאים, ומרבה את ההיעדרויות מהעבודה³⁰. בדומה, מחקר שנערך בקרב מאות עובדים בעבודות מגוונות העלה כי עבודה בשעות נוספות גוררת עייפות וירידה בריכוז ובמוטיבציה³¹. עוד הוכח שחוסר בשעות שינה פוגע בתפקוד העובדים ומוביל לתוצאות פגומות, לירידה בביצועים ולפגיעה בזיכרון³².

מלבד ירידה בביצועים והפחתת התפוקה, עבודת יתר עלולה לגרום גם השלכות חברתיות שליליות נוספות. O'Rourke מציין כי עבודה בשעות נוספות גוררת הוצאות חברתיות מרובות הנובעות מהירידה בתפוקה, מעלויות הטיפוליים הרפואיים ומהתאונות הקשורות לעבודה³³. אכן, פועל יוצא של עבודת יתר וירידה בביצועי העובדים הוא מוצרים ושירותים טובים פחות, היכולים לפגוע באנשים התלויים בהם. כך למשל, הציבור הרחב עלול להיפגע כתוצאה מרשלנות רפואית הנובעת מרופאים עייפים³⁴ או ממהנדסים שעייפותם פוגמת באיכות התכנון של גשרים פרי יצירתם. בעניין זה ראו דברי ההסבר לסעיף 2 בהצעת החוק ממשלתית לתיקון חוק שעות עבודה ומנוחה³⁵, שם נאמר כי "לתיחום שעות העבודה של עובד משמעויות בתחומי הבריאות, הבטיחות והגהות של

Edward Shepard & Thomas Clifton, *Are Longer Work Hours Reducing Productivity in Manufacturing?*, 21 J. INT'L MANPOWER 540 (2000) מאמר זה מביא ראיות סטטיסטיות להשפעות של שעות נוספות על הפרודוקטיביות של עובדים, תוך שימוש במאגר מידע מצרפי של 18 ענפי תעשייה בארצות־הברית. כן ראו Herbig & Plumbo, לעיל ה"ש 23. מאמר זה מביא ראיות סטטיסטיות להשפעות של שעות נוספות על הפרודוקטיביות של עובדים, תוך שימוש במאגר מידע מצרפי של 18 ענפי תעשייה בארצות־הברית.

Rau & Triemer, לעיל ה"ש 13. 31

Samantha M.W. Rajaratnam & Josephine Arendt, *Health in a 24-h Society*, 385 THE LANCET 999 (2001); Kate Sparks, Cary Cooper, Yitzhak Fried & Arie Shirom, *The effect of Hours of Work on Health: A Meta-Analytic Review*, 70 J. OCCUPATIONAL & ORGANIZATIONAL PSYCHOL. 391 (1997). 32

Morgan O'Rourke, *The Costs of Overtime*, 51 RISK MGMT. 44 (2004); Lynne Lamberg, *Impact of Long Working Hours Explored*, 292 J. AM. MED. ASS'N 25 (2004) 33

בנוגע להשלכות השליליות של שעות העבודה הממושכות של רופאים, דוגמת בעיות בריאות, אבחנות שגויות והתנהגות בלתי נאותה ראו Linda Goldman & Joan Lewis, *When the Doctor Becomes a Risk to Patients*, 57 OCCUPATIONAL HEALTH 8 (2005) 34

הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון מס' 14), התשע"א–2010, ה"ח 255 (להלן: הצעת החוק הממשלתית). 35

העובדים". נוסף על כך, המעביד עלול לשאת בנוזקים שגרם העובד ברשלנותו, שנבעה מחוסר בשעות שינה, וזאת מכוח עקרון האחראיות השילוחית בנויקין³⁶. גם במעגל התעסוקתי הרחב יותר יש לעבודה בשעות ממושכות השלכות רבות. מכיוון שהעבודה דורשת מאמץ ניכר, אזי מי שאינו מסוגל לעמוד בקצב העבודה המטורף נשלח אחר כבוד לביתו. ואכן, העובדים ב"עבודות אקסטרים" עוזבים לעתים קרובות³⁷. גם אנשים בני 55 ומעלה המחזיקים במשרות בכירות ואינם יכולים לעמוד בקצב עבודה "רצחני", נאלצים לפנות את מקומם ל"צעירים" ולהיות מחוסרי עבודה או להסתפק במשרות פחות בכירות, ובכך אינם מביאים לידי ביטוי את ניסיונם הניהולי והמקצועי. כך נוצר שוק עבודה "מת" של עובדים בכירים ונפגמת היציבות התעסוקתית. מעבר לכך, העסקת עובדים בשעות נוספות גוררת את צמצום התעסוקה, שכן ייתכן שהמעביד מעדיף העסקת עובד אחד בשעות נוספות (או בשכר גלובלי), על פני העסקת שני עובדים. ואכן, הפחתת שעות העבודה המקסימליות עשויה להבטיח יותר מקומות עבודה, כך שניתן להמשיך לחלוקת העוגה לפרוסות קטנות יותר כדי להבטיח אוכל ליותר אנשים. גם בנק ישראל מגיע למסקנה דומה בנוגע לפגיעה בשוק העבודה ובפריזון: "בהסתכלות משקית עלויות העבודה אמנם מצטמצמות, אך התעסוקה של אחרים עלולה להיפגע, ובטווח הארוך, עם השחיקה המתמשכת במקום העבודה, גם הפריזון לשעת עבודה ייצא נפסד, כך שעלות העבודה ליחידת תפוקה אולי דווקא תאמיר"³⁸. עולה שמהבחנה החברתית, לעבודה בשעות נוספות רבות השלכות שליליות על איכות התוצר, על התפוקה, על התעסוקה במשק ועל הרווחה הכללית.

חלק שני – הדין הקיים ואמנות בינלאומיות בנושא

נתונים סטטיסטיים מצביעים על כך שכ-8 אחוזים מכלל השכירים בני 25–54 בישראל עובדים למעלה מ-60 שעות בשבוע (קרי, למעלה מ-12 שעות ביום)³⁹, וכי שיעור השכירים המועסקים 60 שעות ויותר בשבוע בישראל עולה על השיעור במרבית מדינות ה-OECD⁴⁰.

-
- 36 Rajaratnam & Arendt, לעיל ה"ש 32.
- 37 36% מעובדי האקסטרים בני 25–34 טוענים כי סביר להניח שיעזבו את עבודתם בתוך שנה (האולט ובאק לוס, לעיל ה"ש 10).
- 38 "עובדים שעות ממושכות" (דו"ח בנק ישראל, 13.6.2008) www.bankisrael.gov.il/press/heb/080613/080613h.pdf
- 39 נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2006, כמובא בדוח בנק ישראל, שם.
- 40 SANGHEON LEE, DEIRDRE McCANN & JON C. MESSENGER, WORKING TIME AROUND THE WORLD: TRENDS IN WORKING HOURS, LAW AND POLITICS IN A GLOBAL COMPARATIVE

בחלק זה של המאמר ייבחן ההסדר החקיקתי הקיים בישראל המאפשר את העסקת היתר, למרות השלכותיה השליליות. אפתח בהתייחסות לכלל בדבר התמשכות יום העבודה ולאחר מכן אעבור לדיון בחובת רישום השעות הנוספות; בסעיף 30(א) לחוק; ובסעיף 30(א) לחוק, על המגמות הפסיקטיות השונות לגביו. לסיום אציע מטווה פרשני רצוי לסעיף 30(א) לחוק.

1. הכלל בדבר התמשכות יום העבודה והחריגים לו

בעקבות אשרורן של חלק מהאמנות הבינלאומיות בישראל⁴¹ נחקק חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.⁴² בסעיף 2(א) לחוק נקבע הכלל שלפיו "יום עבודה לא יעלה על שמונה שעות עבודה". בסעיף 3 לחוק, המתייחס לשבוע עבודה בן שישה ימים, נקבע כי "שבוע עבודה לא יעלה על ארבעים וחמש שעות עבודה". על פי צו הרחבה, שבוע עבודה בן שישה ימים עומד על 43 שעות שבועיות⁴³ סעיף 6 לחוק קובע כי "העבדת עובד בשעות נוספות אסורה". סעיף 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958,⁴⁴ שכותרתו: "איסור שכר כולל", קובע כי אם נקבע לעובד שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות, "רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד". כלומר, אין להסכים מראש על תשלום שכר הכולל בתוכו את השעות הנוספות, את העבודה בשבת או את דמי החופשה או פדיון החופשה, שכן הוראות בהסכם העבודה לגבי שכר גלובלי הן חסרות תוקף. עם זאת, סעיף 5 לחוק הגנת השכר מתייחס רק ל"עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, חל לגביו", כך שכמפורט להלן, הוא אינו רלוונטי לעובד הבא בגדר סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, אשר מוחרג מהגנת החוק.

לכלל שלפיו יום העבודה יימשך 8 שעות נקבעו שני סוגים של חריגים שאבחן להלן: קבוצת חריגים אחת מנויה בפרק הרביעי לחוק והיא נוגעת לרשימה ספציפית של מקרים שבהם ניתן לעבוד בשעות נוספות, אך רק תמורת גמול כספי מיוחד⁴⁵. בכך הכיר המחוקק

PERSPECTIVE (2007), available at www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf.

41 ס' 10 להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, התש"י-1950, ה"ח 157, והצעת חוק הגנת השכר, התשי"ז-1956, ה"ח 64.

42 ס"ח 204 (להלן: החוק).

43 י"פ התש"ס, 4002.

44 חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, ס"ח 86 (להלן: חוק הגנת השכר).

45 עיקר ההוראות הנוגעות לחריגים הספציפיים מנויות בס' 10 ו-11 לחוק. כך למשל, ס' 10 לחוק מונה רשימה סגורה של מצבים שבהם מותר להעסיק עובד בשעות נוספות בשיעורים מדודים על פי הצרכים והנסיבות. גם במקרים מיוחדים אלה, שבהם צורכי עבודה חריגים או בלתי

בצורך לפצות את העובדים הנמנים על קבוצת חריגים זו בגין אי-הנוחות הכרוכה בעבודה בשעות נוספות, וקבע כי עבודה בשעות הנוספות הראשונה והשנייה מזכה בשכר של 125%, ואילו עבודה בשעה הנוספת השלישית ואילך מזכה בשכר של 150%.⁴⁶ ניתן לראות בחובה לשלם באופן ספציפי על כל שעת עבודה נוספת וחריגה מעין סנקציה שמטרתה להזכיר למעביד באופן "המכאיב בכיס" את ההשלכות של העבודה בשעות נוספות.

עם זאת, יצוין כי בהצעת החוק הממשלתית⁴⁷ מוצע לאפשר לשר התעשייה לאשר הסכם קיבוצי שעליו לא יחולו הוראות סעיפים 2 ו-3 לחוק⁴⁸. אפשרות זו עלולה לסתום את הגולל על החובה לשלם גמול עבור עבודה בשעות נוספות ולפתוח פתח מסוכן להעבדה בלתי מבוקרת מבחינת משכה.

בחקיקה ישנה התייחסות מיוחדת לקצובת 12 שעות העבודה ביום. מכוח היתר כללי להעבדה בשעות נוספות במפעלים שבהם עובדים חמישה ימים בשבוע, הותרה העבדה ב-3.4 שעות נוספות ביום, כך שתקרת העבודה המקסימלית ליום עומדת על כ-12 שעות⁴⁹. בדומה, תקנה 168(א)(2) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1425, מגבילה את שעות הנהיגה ברכב ציבורי או מסחרי כבד ל-12 שעות ביממה.

קבוצת החריגים השנייה מנויה בפרק השביעי לחוק ועיקרה בסעיף 30 לחוק, המוציא מגדר תחולתו מספר נושאי משרה; העיקריים שביניהם מנויים בסעיף 30(א)(5) לחוק, המתייחס למנהלים ולעובדים במשרת אמן, ובסעיף 30(א)(6) לחוק המתייחס ל"עובדים שתנאי עבודתם אינם מאפשרים פיקוח". את אלה ניתן להעביד ללא הגבלת זמן וללא גמול עבור עבודתם בשעות נוספות. עיקר הדיון במאמר זה מתמקד בחריג המנוי בסעיף 30(א)(5) לחוק. עם זאת, לצורך השלמת התמונה אקדים ואבחן להלן גם שני "מפלטים" נוספים – את החובה לנהל פנקס של שעות העבודה ואת החריג הקבוע בסעיף 30(א)(6) לחוק.

צפויים מחייבים שעות עבודה נוספות, המחוקק לא התיר את הרסן אלא הגביל את מספר השעות הנוספות במידתיות הרצויה לפי צורכי העניין.

46 ס' 16-17 לחוק קובעים את הגמול המיוחד המגיע לעובדים שמועסקים בשעות נוספות או בימי מנוחה. ס' 16(א) לחוק (שכותרתו "גמול שעות נוספות"), קובע: "הועבד עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכן עבודה לא פחות מ-1/41 מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-1/21 מהשכר הרגיל".

47 לעיל, ה"ש 35.

48 ס' 4(א)(2) לחוק מתיר לשר העבודה להאריך את יום העבודה ולקבוע יום עבודה שתחומו יתר על הקבוע בס' 2 לחוק, לעבודות מסוימות.

49 י"פ התשמ"ט, 3349. קודם לכן, שר התעשייה נתן היתר כללי להעבדת כלל העובדים במשק במשך 4 שעות נוספות ליום, וההיתר אוסר העסקה הנמשכת בקירוב למעלה מ-12 שעות ביום (י"פ התשל"ד, 553).

2. רישום השעות הנוספות

עד לשנים האחרונות במגזרי תעסוקה רבים לא ניתן גמול לעובד עבור עבודתו בשעות נוספות, וזאת מסיבה טכנית לחלוטין – אי-רישום השעות הנוספות שבהן עבד העובד. להלן אבחן סוגיה זו, אשר לה השלכות משמעותיות על העסקת עובדים בשעות נוספות בישראל. על פי תקנות שעות עבודה ומנוחה, התשט"ו–1955, ק"ת 548, מעביד שהוא בעל עסק או משלח יד או שירות ציבורי, חייב לנהל פנקס פרטים שבו ירשום, בין היתר, את שעות עבודתו של העובד, ואי-ניהולו מהווה עבירה פלילית⁵⁰. אולם כוחה של הוראה חקיקתית זו נגרע משמעותית בהלכת פרוימוביץ, שבה נקבע שלמרות החובה לנהל פנקס נוכחות, עובד התובע גמול שעות נוספות הוא שצריך להוכיח את מספר השעות הנוספות שעבד⁵¹. כפועל יוצא, במקרים רבים תביעת העובד לתשלום עבור עבודה בשעות נוספות נדחתה בשל הצהרת המעסיק שלפיה הוא לא רשם את שעות העבודה הנוספות⁵². הואיל וה"סנקציה" הכלכלית – הכורח לשלם גמול גבוה יחסית על עבודה בשעות נוספות – כמעט שלא הופעלה, אזי בפועל ההגבלה הסוציאלית על מספר שעות ההעסקה כמעט שלא יושמה במקומות עבודה רבים.

בתחילת שנות ה-2000 החלה להסתמן מגמה פרשנית חדשה בבית הדין הארצי לעבודה, הנוטה להגמשת נטל הראייה החל על התובע גמול שעות נוספות, ונקבע כי די בכך שהעובד הוכיח את מתכונת העבודה בכללותה, וכי בהיעדר רישומים של המעביד בקשר לעבודתו של העובד כמתחייב בחוק, יועבר נטל ההוכחה למעביד⁵³. המשך למגמה זו בא לידי ביטוי בתיקון מספר 24 לחוק הגנת השכר⁵⁴ שנכנס לתוקף לאחרונה, ושעשוי לשים קץ לפגיעה בזכות העובדים לתשלום עבור שעות נוספות. בתיקון זה נקבע כי בתובענה של עובד לתשלום גמול שעות נוספות, על המעביד להציג רישומי נוכחות מתוך פנקס שעות העבודה, ואם לא יעשה כן תחול עליו החובה להוכיח כי העובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת⁵⁵. כך, אי-הצגת פנקס העבודה ובו דיווחי השעות

50 עד לפני שנתיים משרד התמ"ת כלל לא העמיד לדין מעסיקים שלא ניהלו דו"ח נוכחות או לא שילמו גמול שעות נוספות לעובדיהם (ערן גולן "העוול לעובדים מתוקן לאחר 40 שנה" *TheMarker* 25.6.2008, 16).

51 דיון (ארצי) לב/3-32 פרומוביץ – בר-אדון, פד"ע ד 39 (1972).

52 גולן, לעיל ה"ש 50.

53 ע"ע (ארצי) 212/06 ימית א. ביטחון (1988) בע"מ – אפרים (פורסם בנבו, 12.11.2008), כמו בעב' (אזורי י-ם) 2972/07 ריאבצ'ינסקי – ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 26.10.2009).

54 חוק הגנת השכר (תיקון מס' 24), התשס"ח–2008, ס"ח 18 (להלן: תיקון מס' 24 לחוק הגנת השכר).

55 ס' 26 לחוק הגנת השכר.

הנוספות על ידי המעביד תגרור דרישה אוטומטית לתשלום עבור עד 15 שעות נוספות בשבוע או 60 שעות נוספות בחודש לטובת העובד (סעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר)⁵⁶. עולה שהתיקון סיכל את האופציה של המעביד שלא לנהל פנקס עבודה מסודר כערוכה לאי-תשלום עבור שעות נוספות. מעבר לשאלה הראייתית הכללית יש לבחון גם את שתי נקודות המפלט המהותיות הקיימות בחוק – סעיפים 30(א)(6) ו-30(א)(5) לחוק.

3. סעיף 30(א)(6) לחוק – עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים כל פיקוח על שעות העבודה

אף שעיקר הדיון שלהלן יתמקד במפלט מתשלום גמול עבור עבודה בשעות נוספות שמספק במידה מסוימת סעיף 30(א)(5) לחוק, בדיון זה תינתן הדעת גם על סעיף 30(א)(6) לחוק, המהווה אף הוא "עיר מקלט" מחובת תשלום גמול עבור עבודה בשעות נוספות. סעיף 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה קובע כי החוק אינו חל על עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות עבודתם. בשנות ה-70 פירש בית הדין לעבודה בצמצום את חריג אי-היכולת לפקח על שעות העבודה והמנוחה של העובד. כך, פסק דין וקסברג⁵⁷ עסק במלצר שעבד בתורנות שאפשרה גמישות מסוימת בשעות עבודה, אך שהחלה בשעה קבועה. בית הדין קבע כי די בפרט זה בלבד כדי להכריע שהתאפשר פיקוח כלשהו על שעות העבודה של העובד, אם לא יותר מכך. גם בפרשת מכמורת נ' שורץ נקבע כי ניתן לפקח על שעות עבודתו ומנוחתו של טבח בבית מלון⁵⁸.

המגמה השנייה מקשרת באופן ישיר בין עבודה מחוץ לחצרים לבין תחולתו של סעיף 30(א)(6), על ידי אימוץ פרשנות מרחיבה דווקא של החריג לכלל. בפרשת הכהן – חב' יוסף כהן בע"מ⁵⁹ עיקר עבודתו של העובד, פקיד רישוי אצל סוכן מכס, התבטא בפעולות מחוץ למשרד ורק לאחר סיומה נהג להגיע למשרד כדי למסור דו"ח ולקבל הוראות. אף שלמעביד הייתה אפשרות לדעת את שעת תחילת עבודתו של העובד ולקיים עמו קשר טלפוני, נקבע שבעבודה מחוץ לחצרים של המפעל נשללת מהמעביד באופן ברור וחד-משמעי "כל אפשרות פיקוח על שעות עבודתו של העובד", אלא אם נקבעים סידורים

56 "[...] היתה התובענה לתשלום שכר עבודה בעד גמול שעות נוספות, תהא חובת ההוכחה על המעביד כאמור באותו סעיף קטן, רק בעד מספר שעות נוספות שאינו עולה על 15 שעות נוספות שבועיות או שאינו עולה על שישים שעות נוספות חודשיות", שם.

57 להלן ה"ש 87.

58 ע"א 268/68 מכמורת חברת פיתוח בתי-מלון בע"מ נ' שורץ, פ"ד כב(2) 703, 705 (1968).

59 דב"ע (ארצי) לב/10-2 הכהן – חב' יוסף כהן בע"מ, פד"ע ג(1) 478, 481 (1972).

מיוחדים להבטחת פיקוח כזה. בית הדין הוסיף כי אפילו ידע המעביד את שעת תחילת עבודתו של העובד ואת שעת הגיעו לבית המכס, ואפילו יכול היה לדעת את השעה שבה סיים את עבודתו שם, ואפילו יכול היה להתקשר טלפונית בכל עת ולברר אם נמצא העובד בנמלי התעופה לוד – לא הייתה לו כל אפשרות לפקח ולדעת אם בשעה מסוימת עסק בעבודתו או שמא ישב במזנון ושוחח, קרא, או סתם נח. בדומה, בפרשת סילברמן – פסקלוביץ דובר בתועמלנית מכירות שיצאה לביקורים אצל רופאים בבתי חולים כדי להציע שימוש במוצרי החברה, ושבה למשרדה עם תום המשימות. העובדת הגישה דו"ח חודשי על שעות ביקוריה. בית הדין קבע שמחומר הראיות עולה כי אכן לא הייתה לחברה כל אפשרות פיקוח על שעות העבודה של התובעת, וזאת למרות הדוח שהגישה⁶⁰. בעניין בן נון – אור שלום מתבטאת במלוא עוזה מגמה פרשנית זו המרחיבה את החריג. בפרשה זו דובר ב"הורי בית" בכפר נוער, שהתגוררו יחד עם הילדים המטופלים בבית פרטי שנשכר על ידי מעסיקם, ונקבע כי הואיל והפיקוח במקרה דנן בעייתי, החוק אינו חל על המערערים⁶¹. בעניין מסיעי ירושלים⁶² קבע בית הדין כי "עבודה מחוץ לחצרים" היא עבודה שבה הקשר הפיזי של העובד עם מקום העבודה הוא אקראי או שאינו קיים, וכי הואיל ולא ניתן לפקח על עבודה מסוג זה, היא אינה באה בגדר חוק שעות עבודה ומנוחה. בית הדין הדגים עבודה מחוץ לחצרים כעבודת נהג היוצא בבוקר מביתו לעבודתו, עוסק במשך היום בעבודה לפי סדרי עבודה שהוא קובע או לפי סדר יום שנקבע לו על ידי מעבידו, ומסיים את יום עבודתו תוך התחייבות להתייצב במקום העבודה לקבלת הוראות. עם זאת, הובהר כי עובדים היוצאים בכל פעם ממקום העבודה למשימות מוגדרות וחוזרים למקום העבודה ושוב יוצאים למשימה, כגון "נער שליח", לא יוגדרו כעובדים מחוץ לחצרים. בעניין אי.בי.סי. ניוז – מור קבע כבוד הנשיא (דאז) גולדברג, בדעת רוב, כי למעביד של צלם עיתונות לא הייתה אפשרות לפקח על שעות עבודתו⁶³. בפרשת גב ים – אבן דובר במפקח בנייה ברחבי הארץ ונקבע כי מדובר בעובד חוץ שהוא "אדון לעצמו" ושלא הייתה אפשרות לפקח על עבודתו⁶⁴. בפרשת גמליאל – הנגב דובר בנהג מיכלית חלב שיצא מביתו בבקרים עם המיכלית להעמיס חלב ממספר משקים, ומשם נסע לפרוק אותו בסניפי תנובה. לאחר הפריקה נהג לחזור עם המיכלית לביתו. על הנהג היה לדווח לסדרן על תחילת העבודה, על

60 דב"ע (ארצי) לו/3-37 סילברמן – ה' פסקלוביץ בע"מ (לא פורסם, 1976). עוד נקבע, שהמילים "מאפשרים" ו"כל" באות ללמד שדי בכך שפיקוח אפשרי אף אם לא הופעל בפועל, וכי צריך שתישלל כל אפשרות פיקוח. נוסף על כך, אם הנסיבות אינן מאפשרות פיקוח (מבחינה אובייקטיבית) אך בכל זאת הופעל פיקוח במקרה הספציפי, אזי המקרה לא ייפול לגדרי החריג.

61 דב"ע (ארצי) נד/125-3 בן-נון – אור שלום כפר ילדים ונוער בע"מ, פד"ע כח 334 (1995).
62 להלן ה"ש 84.

63 דב"ע (ארצי) נג/188-3 אי.בי.סי. ניוז אינטרקונטיננטל אינק. – מור, פד"ע כח 284 (1995).
64 ע"ע (ארצי) 300307/98 חב' גב ים לקרקעות בע"מ – אבן, פד"ע לח 149 (2002).

ביצועה ועל סיומה באמצעות מכשיר קשר. למרות מכשיר קשר, בית הדין קבע כי המקרה נכנס לגדרי סעיף 30(א)(6) לחוק, שכן לא הייתה אפשרות פיקוח של ממש⁶⁵. מגמה השלישית מצמצמת את החריג המנוי בסעיף 30(א)(6) לחוק ומדגישה את חשיבות המונח "כל אפשרות לפיקוח", גם שעה שמדובר בתפקיד הכולל יציאה מן החצרים. כך, בעניין רון – המועצה המקומית מצפה רמון⁶⁶ נאמר כי "בסעיף 30(א)(6) לחוק, מדובר במצב שבו אין "כל" אפשרות פיקוח. אף משברור שאין למצות את תכנה של המלה "כל", באשר פיקוח כלשהו אפשרי כמעט תמיד, ברור באותה מידה, ואולי אף במידה רבה יותר, שהחוק אינו מתנה את תחולתו בקיום פיקוח מוחלט, מלא ויעיל על כל דקה ודקה שביום העבודה". בעניין זה דובר בנהג אמבולנס שמעבידו ידע את פעולותיו מכוח הרישום שניהל הנהג על אודות נסיעותיו, אך שלא יכול היה לדעת את השעות שבהן עבד בפועל. נקבע שהמקרה אינו נכנס בגדרי סעיף 30(א)(6) לחוק, שכן לא רק שהייתה אפשרות פיקוח, אלא שהיה פיקוח בפועל. בדומה, בפרשת וייס – המועצה לייצור ושיווק ירקות נקבע כי החוק אינו מתנה את תחולתו בקיום פיקוח מוחלט, מלא ויעיל על כל דקה ודקה שביום העבודה, אלא מתייחס למצב שבו אין "כל" אפשרות פיקוח⁶⁷. עוד נקבע כי פיקוח כלשהו אפשרי כמעט תמיד, אף כשמדובר בעובד שעבודתו מתבצעת מחוץ לחצרים של המעביד, וכי הכול תלוי בתנאי העבודה ובנסיבותיה. לגופו של עניין נפסק שאין אפשרות לפקח על שעות העבודה של עובד שמקום עבודתו הוא בשטח ואשר למעבידו לא הייתה אפשרות לוודא היכן הוא נמצא בשעת השיחה עמו. גם בפרשת רוס – ג'נסון הושם הדגש על היעדר "אפשרות לקיים כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה", ונקבע כי לא היה כל קושי לקיים פיקוח מלא או כמעט מלא על שעות עבודתו ומנוחתו של עובד שמתוקף היותו אחראי לחנות, שהה הן בתוכה והן מחוצה לה⁶⁸. כן הודגש בעניין זה כי נטל ההוכחה לעניין התקיימות החריג מוטל על כתפי המעסיק, בבחינת "הטוען לחריג מן הכלל עליו הראיה". קפיצת מדרגה חשובה בנושא הפיקוח באה לידי ביטוי בפרשת טפקו – טל. בפרשה זו דובר במסגרתך מומחה, אשר ביצע עבודות אצל לקוחות מעסיקו ברחבי הארץ ונהג להחתים שעות נוכחות עם הגעתו למשרד, אך לא תמיד בחזרתו מלקוחותיו. הקשר עמו התנהל באמצעות הטלפון הנייד שברשותו או באמצעות תקשורת עם הלקוח כדי לוודא כי הוא נמצא שם, ואף בוצעו ביקורי פתע אצל הלקוחות כדי לאמת את דיווחי העובד⁶⁹. כבוד

65 דב"ע (ארצי) נד/152-3 גמליאל – הנגב – אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים להובלה בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.1995).

66 דב"ע (ארצי) לג/2-4 רון – המועצה המקומית מצפה רמון, פד"ע ד(1) 386, 390 (1973).

67 דב"ע (ארצי) לט/30-3 וייס – המועצה לייצור ושיווק של ירקות, פד"ע י(1) 281 (1979).

68 דב"ע (ארצי) מה/16-3 רוס – ג'ורג' ג'נסון ושות' (לא פורסם, 1985).

69 ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ – טל, פד"ע לה(1) 703 (2000).

הנשיא אדלר קבע כי סעיף 30(א)(6) לחוק אינו חל על המקרה דנן, שכן גם לגבי עבודתו מחוץ למפעל – אצל הלקוחות, עמדו לרשות המעביד אמצעי פיקוח אפשריים⁷⁰. בעניין נדיר מחצבים – פחימה עבד העובד במחצבה באזור ערד תחת פיקוח של מנהל ושל עוזר מנהל המחצבה. המעסיקה דאגה להגעתו לעבודה ולחזרתו ממנה, והעבודה בוצעה במסגרת קבועה ובמקום מוגדר שבו היה שעון נוכחות⁷¹. בית הדין קבע כי המקרה אינו נכנס לגדרי סעיף 30(א)(6) לחוק, הואיל והמעסיקה יכלה לפקח על רישום הנוכחות בעבודה, בין באמצעות רישום נוכחות ובין באמצעות הממונים או ביקורי פתע כאשר שעון הנוכחות לא פעל.

תיקון 24 לחוק מסייע במידה רבה להתמודד בעקיפין עם הבעיה הטמונה בפרשנות המרחיבה של בית המשפט, ולצדו אכן ניצבת הטכנולוגיה החדשה המאפשרת פיקוח טוב יותר על מקום הימצאם של עובדים⁷², אשר ראוי ליתן עליה את הדעת, תוך הגנה על פרטיות העובד.

4. סעיף 30(א)(5) לחוק – תפקידי הנהלה או תפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי

סעיף 30(א)(5) לחוק המוציא מגדר תחולתו עובדים "בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי", מהווה חריג מרכזי לכלל בדבר איסור התמשכות יום העבודה מעבר ל-8 שעות⁷³. מקורו של החריג בסייגים דומים הקיימים באמנות הבינלאומיות. כך, בהתאם להוראת Article 2(a) ל-Convention Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings, הגנת האמנה אינה חלה על עובדים בתפקידי פיקוח וניהול או על עובדים במשרות אמון: "The provisions of this Convention shall not apply to persons holding positions of supervision or management, nor to persons employed in a confidential capacity". בדומה, סעיף 1(3)(c) לאמנה בדבר שעות העבודה במפעלי מסחר ובמשרדים (1930), מאפשר למחוקק הלאומי להוציא מגדר הגנת החוק עובדים בתפקידי ניהול או אמון.

70 לעומתו, כבוד השופט פלוטמן סבר שס' 30(א)(6) חל על המקרה דווקא בשל העובדה שמעסיקו נהג לבצע ביקורי פתע במקומות העבודה של התובע אצל לקוחות שונים, על מנת לוודא כי הוא עובד כפי שדיווח (שם, בעמ' 711).

71 ע"ע (ארצי) 355/03 נדיר מחצבים (1991) בע"מ – פחימה (פורסם בנבו, 19.1.2005).

72 בדומה, בפרשת אי.בי.סי, לעיל ה"ש 63, דעת המיעוט הכירה בשימוש במכשור האלקטרוני כאמצעי פיקוח.

73 כן נקבע בסעיף שהוא אינו חל על: שוטרים ועובדי שירות בתי הסוהר, יורדי ים ועובדי דיג, אנשי צוות אוויר, ועובדי מדינה שתפקידם מחייבם לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות.

משמעותו של סעיף 30(א) (5) לחוק כבודת משקל – שעות עבודתם של עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידי הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי אינן מוגבלות וניתן להעבירם אף מעבר ל-12 שעות ביממה, וזאת למרות ההשלכות הבריאותיות והתפקודיות הנובעות מכך. נוסף על כך אין צורך לשלם להם גמול עבור שעות העבודה "הנוספות", שכן החוק אינו חל עליהם. ודוק, אחת הדרכים העיקריות לצמצם את שעות העבודה של העובדים היא באמצעים כלכליים: דרישת תשלום עבור עבודה בשעות נוספות מייקרת עבודה זו ודה-פקטו מצמצמת את שעות העבודה⁷⁴. משכך, ראוי לבחון מי בא בגדר החריג המגוי בסעיף 30(א) (5), המאפשר העבדה בלתי מוגבלת בזמן והימנעות מתשלום גמול שעות נוספות. עובדים "בתפקידי הנהלה או בתפקידי הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי" אינם שייכים לקבוצה הומוגנית ומוגדרת, אלא מדובר בעובדים במגזרים שונים שאופי תפקידם מקנה למעסיק את היכולת להשיל מעליהם את הגנת החוק. לשון סעיף 30(א) (5) לחוק מתייחסת לשני רכיבים עיקריים, האחד – "תפקיד הנהלה", והשני – "מידה מיוחדת של אמון אישי". לשני הרכיבים היבטים רב-משמעיים והפסיקה התלבטה רבות בניסיון ליתן להם פירוש ראוי⁷⁵. כך למשל נשאלת השאלה, מהו "תפקיד הנהלה"? מחד גיסא, תפקיד ניהולי יכול לכלול ראש צוות של שלושה עובדים בחברת ענק, ומאידך גיסא, הוא יכול להתייחס רק למי שיושב בקצה הפירמידה⁷⁶. כך גם לגבי הביטוי "יחסי אמון מיוחדים".

74 לעניין זה יפים דבריו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין הכהן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 481, שלפיהם מטרתו העיקרית של החוק היא לשלול את היתרון הכלכלי שבהעסקה בשעות נוספות: "בשל מקומו של חוק שעות עבודה ומנוחה במערכת חוקי העבודה ברור, שלאור מטרתו, עיקרו בסעיף 6 ובסעיף 9, האוסרים העבדת עובד בשעות נוספות ובמנוחה השבועית. החוק מחייב אמנם, בסעיף 16 ובסעיף 17, את המעביד לשלם גמול שעות נוספות וגמול עבודה במנוחה השבועית, אך אין בכך כדי לשנות ממהותו ועיקרו של החוק, ואין אלה באים לעודד עבודה בשעות נוספות ובמנוחה השבועית, אלא בעיקר לשלול את היתרון הכלכלי שבהעבדה בשעות נוספות ובמנוחה השבועית, עת אין בכך עבירה, ולמנוע בכך את הפיתוי שבהעבדה כאמור. ה"גמול" לעובד, בבחינת פיצוי בעד המאמץ המיוחד ובעד פגיעה בסדרי חיים רגילים, אינו אלא משני למטרתו של החוק, באשר לא שכר עבודה הוא עיקר עניינו". דברים ברוח דומה עולים מפרשת רון, לעיל ה"ש 66, בעמ' 390, שם נאמר בנוגע לתכליתו של החוק כי "עיקר מטרתו של החוק הוא למנוע עבודה בשעות נוספות, להבטיח מנוחה במסגרת יום העבודה, ולמנוע עבודה במנוחה השבועית".

75 בנוגע לשאלה אם מדובר ברכיבים מצטברים או חלופיים, ראו דיון להלן בסעיף 7.

76 כך למשל, בפרשת אלדר – ק.ש. אוטו סנטר באים לידי ביטוי חילוקי הדעות שבבית הדין לעבודה בנוגע לשאלה: מיהו מנהל? דעת הרוב, מפי כבוד השופט גליקסמן, סוברת כי מנהל סניף ברשת עונה להגדרת "מנהל". בדעה זו תומכת נציגת העובדים, גב' גלין, שלדעתה "מנהל" או "בעל תפקיד הנהלה" אינו דווקא מתווה מדיניות, בעל דרגה גבוהה בהיררכיה הניהולית, או בעל שכר גבוה, אלא מי שיש לו קשר עם לקוחות ועם עובדים; שמבצע איש

בתי הדין נדרשים תכופות לפרשנותה של אותה מידה מיוחדת של אמון הנדרשת כדי לצאת מגדר תחולת החוק. יחסי עובד-מעביד הם ביסודם יחסים של אמון ושל מהימנות, ולפיכך כל תפקיד דורש מידה מסוימת של אמון אישי⁷⁷, אך סעיף זה אינו מגדיר מהם תפקידים הדורשים מידה "מיוחדת" של אמון ולשונו מאפשרת מרחב לפרשנות ולתמרוני מעבידים כדי לחסות בצל הפטור מתחולת החוק.

עמימות זו אפשרה לבתי הדין לעבודה כר נרחב של פרשנות והובילה למחלוקת פסיקתית בשאלה אם יש לפרש את פסקה 30(א)(5) לחוק בצמצום או בהרחבה⁷⁸. ניתן לעמוד על שתי מגמות פרשניות בקרב בית הדין. המגמה הראשונה קבעה פרשנות מרחיבה לסעיף 30 לחוק והיא אפיינה במידה בלתי מבוטלת את פסיקת בתי הדין בשנות ה-80 וה-90. המגמה השנייה קבעה פרשנות מצמצמת והיא כוללת את מבחן חופש הפעולה, ובשנים האחרונות ניכרות בה הסתעפויות חשובות ביותר, אשר מחזירות לחסותו של חוק שעות עבודה ומנוחה עובדים ממגזרים רבים וגורמות למהפכה זוטא בכל הנוגע לתשלום גמול עבור שעות נוספות. להלן ייבחנו ציוני דרך עיקריים בפרשנות הסעיף על מגמותיה השונות⁷⁹.

של עובדים; ושמנהל משא ומתן מטעם החברה. לעומת זאת, כבוד השופט מור מחזיק בדעת מיעוט שלפיה הואיל והמערער לא היה שותף לקביעת מדיניות כוללת של המשיבה, להבדיל ממדיניות ניהול האתר (הסניף) שבאחריותו, אין הוא בא בגדר החריג לחוק (ע"ע (ארצי) 165/06 אדלר – ק.ש. אוטו סנטר בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2010)).

77 עניין רון, לעיל ה"ש 66.

לעניין זה יפים דברי כבוד הנשיא (דאז) אדלר, המציין כי התשובה תלויה במדיניות השיפוטית שתאומץ על ידי בית דין זה, היינו – אם יש לראות בחוק כנחוק להגנה על עובדים ואם זו הגנה רלוונטית לימינו אשר יש להמשיך ולהחילה כמדיניות ראויה, או אם החוק הוא שריד של התקופה הקולקטיביסטית ששררה בעת חקיקתו ומידת הרלוונטיות שלו פחתה, וכך גם יש לפרשו (פרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69).

78

בפסיקה ניתנה התייחסות מיוחדת לכל הקשור בהעסקת מטפלות ומטפלים לחולים סיעודיים, כפועל יוצא של מורכבות הסוגיה: מחד גיסא, יש לקחת בחשבון, בין היתר, את השלכותיה הבריאותיות והפסיכולוגיות של העבודה בביתו של מטופל על העובד, ומאידך גיסא, אין להתעלם מן הצורך הגדול בהגנה על החלשים ועל החולים בחברה ובעלות הכבדה הכרוכה בכך. סוגיה זו חורגת מעניינו של מאמר זה ובשל כך אסתפק רק בהפניה לחריגים שבנדון הקיימים באמנות השונות, שאת חלקן אישרה ישראל. כך למשל, ס' 1(2) לאמנה בדבר שעות העבודה במפעלי מסחר ובמשרדים, 1930 מוציא מגדר תחולתה של הגנת האמנה מטפלים באנשים חולים, נכים וחסרי תפקוד (a)2. בדומה, ס' 1(2) לאמנה בדבר שעות העבודה במפעלי מסחר ובמשרדים, 1930 מוציא מגדר תחולתה של הגנת האמנה מטפלים באנשים חולים, נכים וחסרי תפקוד (a)2) ועובדים בבתי מלון.

79

(א) המגמה הפרשנית המרחיבה והלשונית של סעיף 30(א) לחוק

בשנות השמונים ניכרה מגמה פרשנית מרחיבה של סעיף 30(א) לחוק, ובמידה רבה החריג הפך לכלל בכך שיום עבודה המוגבל ל-8 שעות הפך לחריג. גישה מרחיבה זו ניתן לכנות גם בשם "הגישה הלשונית", שכן היא מאופיינת בהיצמדות לפרשנות הלשונית של החוק בנוגע למונחים "מנהל"⁸⁰ ו"אמון", תוך התעלמות מתכלית החוק, מהקונטקסט ההיסטורי של האמנות וממטרתן. כך הודרו מהגנת החוק מגזרים רחבים של עובדים, בייחוד עובדי הצווארון הלבן, אך גם עובדים זוטרים יחסית ואף עובדי צווארון כחול. כפי שנראה להלן, מאחורי החלטות אלה מסתתרים שיקולי מדיניות הבאים להגן על המעסיקים דווקא מפני אישומים פליליים ומפני הכורח לשלם שכר גבוה לעובדיהם.

כך למשל, בעניין אי.בי.סי.⁸¹ הועסק המשיב כצלם חדשות, שכדי לעקוב אחר המתרחש בתקשורת היה עליו לשאת מכשירי תקשורת רבים. בית הדין לעבודה (כבוד הנשיא דאז גולדברג), בדעת רוב, הסיק מהפקדת אמצעי התקשורת בידי הצלם ומהאוטונומיה שלו להחליט אם אירוע מסוים ראוי לסיקור, כי המדובר בתפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי⁸². תפיסה דומה באה לאחרונה לידי ביטוי בעמדת המיעוט של כבוד השופט פלוטמן בפרשת טפקו – טל, אשר סבר שתפקידו של מסגרת, אף שאינו תפקיד הנהלה, חייב

80 ראוי לציין שדווקא ההגדרה המילונית של המונח "הנהלה" עולה בקנה אחד עם התפיסה שיש לפרש ביטוי זה כמתייחס דווקא למנהל בכיר מאוד, העומד בראש הפירמידה והוא אדון לזמנו. ואכן, מילון אבן שושן 541 (1985) מגדיר את הביטוי "הנהלה" כ"1. חבר המנהלים של מוסד: הנהלת בנק [...] 2. ניהול". גם המונח "מנהל" מוגדר שם בעמ' 1390 באופן דומה: "1. מי שעומד בראש מוסד או חברה או עסק וכדומה: מנהל בית חרושת [...] 2. מנהיג, מדריך". עניין אי.בי.סי, לעיל ה"ש 63.

82 עוד נקבע בעניין זה כי משכורת גבוהה מהווה אחד המבחנים החשובים לגבי תחולת החריג לחוק. בדומה, בפסק דין עזרן מתייחס בית הדין לחריג הנוגע לתפקידי הנהלה, וקובע כי המערער, שהועסק כקצין הביטחון של מספר בתי המלון של הרשת באילת, מהווה "מנהל" ולפיכך הגנת החוק אינה חלה עליו. בין היסודות שתמכו במסקנה זו היו העובדה שהוא כונה "מנהל" בהסכם ההעסקה, ושנאי העסקתו, לרבות שכרו, היו עדיפים על תנאי העסקתם של עובדים אחרים, כך שבעניין זה היווה גובה השכר פרמטר תומך למסקנה כי העובד החזיק בתפקיד ניהול. בעניין זה אימץ בית הדין הגדרה רחבה מאוד למונח "מנהל": "בעל סמכויות לארגן פעולות המפעל, כולל מתן הוראות לעובדים אחרים ופיקוח על עבודתם; תפקיד שבו חופש פעולה ועצמאות; מעמד בכיר במבנה החברה; שכר של מנהל ולא של עובד. במילים אחרות, מנהל הוא מי שקובע את מדיניות הנהלת המפעל, מיישם את החלטות הנהלה ומביאן לכלל ביצוע, וכן מי שיש לו שיקול דעת עצמאי בביצוע מדיניות הנהלה ובהתאמתה למציאות המשתנה" (ע"ע (ארצי) 1386/04 עזרן – אפדור בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2006)).

מידה מיוחדת של אמון אישי, בין היתר בשל אחריותו לצוות שעמו ובשל העסקתו עד סיום המשימה אצל הלקוח⁸³.

במידה רבה הגישה הפרשנית המרחיבה של סעיף 30 לחוק הפכה את חוק שעות עבודה ומנוחה מחוק סוציאלי המגן על מגזרי עובדים נרחבים, לאות מתה עלי ספר. פרשנותם של בתי הדין לגבי ההשתייכות לקבוצות עובדים אלה פתחה למעבידים את השער לעקיפת החוק והפכה את היוצרות: החריגים הפכו לנורמה הרווחת, ואילו יום עבודה המוגבל ל-8 שעות הפך לחריג. ואכן, במשך שנים המצב ששרר במשך היה כזה שמעבידים רבים העסיקו את עובדיהם בשעות נוספות כדבר שבשגרה, ולא רק במקרים המיוחדים המתוארים בפרק הרביעי לחוק. חברות ענק רבות שילמו לעובדיהן שכר גלובלי (שכר כולל) ללא גמול שעות נוספות. הלכה למעשה, עובדים רבים, וביניהם עובדים זוטרים כגון מזכירות ומהנדסים בדרג מנהלי ביניים, "זכו" לבוא בגדר סעיף 30(א)(5) לחוק ולקבל "משכורת גלובלית". בחברות היי־טק גדולות בארץ הועברו מרבית העובדים – לרבות הזוטרים שבהם, כגון הטכנאים – לשכר גלובלי שאינו מכיל רכיבי שעות נוספות.

נראה כי מאחורי מגמה פרשנית מרחיבה זו, המאיינת במידה רבה את הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, עומד שיקול רחב יותר הנוגע לאחריות הפלילית המוטלת על מעביד העובר על הוראות החוק. ואכן, בפסק דין מסיעי ירושלים⁸⁴ מסביר בית הדין כי בשעה שהוא מפרש את החוק, עליו לשים לנגד עיניו את העובדה שלחוק השלכות פליליות⁸⁵.

(ב) המגמה הפרשנית המצמצמת והתכליתית של סעיף 30(א)(5) לחוק

כאמור, עמדת בתי הדין בנוגע לפרשנות סעיף 30(א)(5) לחוק לא הייתה אחידה ולאורך השנים נשמעו גם קולות אחרים שבאו לידי ביטוי הן בדעות רוב והן בדעות חולקות. מגמה סותרת למגמה המרחיבה והלשונית שנסקרה לעיל היא המגמה הפרשנית המצמצמת והתכליתית. מגמה זו שבה וקנתה אחיזה בולטת דווקא בשנים האחרונות, והיא מאופיינת בהסתעפויות מהותיות המתבטאות במבחן הפיקוח וחופש הפעולה; במבחן ההיחשפות לסודות החברה; במבחן הסדר העסקה ונסיבות ביצוע התפקיד; ובמבחן החשוב ביותר – מבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה.

המגמה הפרשנית המצמצמת של סעיף 30(א)(5) לחוק מתבססת במידה רבה על פרשנות תכליתית של החוק; כדי ליתן תוכן ממשי לביטויים "תפקיד הנהלה" ו"מידה מיוחדת של

83 פרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69.

84 דב"ע (ארצי) נה/230-3 מסיעי ירושלים בע"מ – יעקב (לא פורסם, 1996).

85 בדומה, בפסק דין אי.בי.סי, לעיל ה"ש 63, כבוד הנשיא גולדברג, בדעת רוב, קובע כי קיומו של ספק סביר צריך לפעול לטובת המעביד, מאחר שמעביד ימצא אחראי בפלילים בשל העסקה בשעות נוספות של עובד שאינו נמנה עם החריגים לחוק.

אמון אישי", הם נבחנים לאורה של מטרת המחוקק המתבטאת במבחן הפיקוח וחופש הפעולה, שמטרתו לבדוק אם מדובר בנושא תפקיד הזוכה למידת פיקוח מצומצמת. כך, בעניין מכמורת אימץ בית המשפט העליון פרשנות מצמצמת לסעיף 30(א)(5) לחוק ושלל את תחולתו על טבח במלון, אף שעבד במשרת "אחראי" והשתכר משכורת גבוהה יחסית⁸⁶. בית המשפט קבע כי מידה מיוחדת של אמון אישי תיבחן בקנה מידה אובייקטיבי: האם התפקיד הוא כזה שאדם מן הישוב אינו יכול למלאו, אלא אם נתונה בו מידת אמון המאפשרת לו פעולה עצמאית ללא פיקוח שוטף, והתפקיד הוא תפקיד הנהלה? בית המשפט הבהיר כי משכורת גבוהה במיוחד יכולה להעיד, בין יתר הנסיבות, על אחריות ועצמאות מיוחדת ואולי אף על חריג תפקידי הנהלה, אולם גובה המשכורת לבדו לא יקבע את טיב התפקיד המוטל על העובד או את מידת האמון בו⁸⁷.

מבחן הפיקוח קנה אחיזה גם בכל הקשור לביטוי "תפקיד הנהלה" ובחלק מהפסיקה אומצה מגמה תכליתית שאינה מסתפקת בפרשנות מילולית של הביטוי "מנהל". כך, בפרשת רבוה – הורמן נקבע כי בין הסממנים של המונח "מנהל" מצויים סמכויות לארגן את

86 פרשת מכמורת נ' שורץ, לעיל ה"ש 58.

87 בדומה, בעניין וקסברג נקבע כי תפקידו של סגן-מלצר ראשי בחדר אוכל של בית מלון בהיקפו של מלון הוא תפקיד הדורש מידה מסוימת של אמון אישי מטעם המעביד (שהרי יש לסמוך על העובד שידע להפקיד על סידורים נאותים בהכנת השולחנות, בהגשת הארוחות וכדומה), אך כי קשה לומר שתפקיד מעין זה דורש מידה מיוחדת של אמון אישי. בית הדין הוסיף וקבע כי התפקידים שעליהם מדובר בס' 30(א)(5) לחוק הם כאלה שהמעביד נותן לנושא התפקיד חופש פעולה מרבי מתוך הכרה שהאיש ראוי לכך וזקוק לכך כדי לבצע את התפקיד בצורה נאותה. בית הדין הגדיר את חופש הפעולה כ"עצמאות רבה מאד בקבלת החלטות, בביצוען, באחריות לנעשה [...] המצריכים פרקי זמן בלתי-מבוקרים ובלתי-מוגדרים, הן לצורך העבודה והן למען המנוחה" (דב"ע (אזורי י-ם) לא/2-66 וקסברג – חברת מלון הולילנד בע"מ, פד"ע ג לח, לט-מ (1972)). בעניין רוס, לעיל ה"ש 68, נקבע לגבי הפרשנות של הדיבר "מידה מיוחדת של אמון אישי", שאין די באמון אישי גרידא (שהרי מכל עובד נדרשת מידת אמון כלפי מעבידו), אלא שיש צורך במידה מיוחדת של אותו אמון, דהיינו מידה חמורה מן המקובל לגבי עובד הממלא תפקיד כלשהו ויהא חשוב אשר יהא. בעניין זה דובר בעובד שהיה אחראי לאחת מחנויות המעסיקה, ונקבע שהואיל ושני הצדדים ראו בעובד מנהל, והוא אף זכה לעמלה ככל שעלה היקף המכירות וקבע את חופשותיו, הרי שחל עליו ס' 30(א)(5) לחוק. בדומה, בפרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69, דובר במסגרת-רתי, אשר ביצע עבודות אצל לקוחות מעסיקו ברחבי הארץ ונהג להחתים שעון נוכחות עם הגעתו למשרד, אך לא תמיד בחזרתו מלקוחותיו. דעת הרוב קבעה כי תפקידו היה לבצע עבודות ייצור ואחזקה וכי אין בכך כדי להפוך אותו ל"מנהל", אף לא זוטר. בנוגע ליסוד "מידה מיוחדת של אמון" נאמר כי תפקידו דרש אחריות וביצוע עבודה בהתאם להנחיות של הנהלת המפעל ולא מידה מיוחדת של אמון. עוד נקבע כי אין במסירתם של מפתחות המפעל לעובד כדי להוכיח מידה מיוחדת של אמון, וכי עצם ביצוע עבודה מחוץ למפעל אינו הופך עובד לבעל תפקיד הדורש מידה רבה של אמון.

פעולות המפעל, חופש פעולה ועצמאות, מעמד בכיר במבנה החברה, ושכר של מנהל ולא של עובד⁸⁸.

בשנים האחרונות אנו עדים להתפתחות ענפים נוספים במבחן הפיקוח והשליטה, ואחד מהם הוא מבחן ההיחשפות לסודות החברה⁸⁹. ביטוי ראשוני להסתעפות זו טמון בעמדת המיעוט בפסק דין אי.בי.סי, שם צוין כי הצלם לא נחשף לסודות שלהם נחשף בעל תפקיד בכיר ואף לא ניהל את סניף המעסיקה: "הצלם היה, סך הכל, צלם, ובלי לפגוע בחשיבות עבודתו, אין להגדיר את תפקידו כדורש מידה מיוחדת של אמון אישי"⁹⁰.

לכאורה בעניין בסט ביי ישנו המשך של מגמה מצמצמת זו, תוך התייחסות לכך שיש צורך בתפקיד ניהולי בכיר⁹¹. עם זאת, בפרשה זו מציין כבוד השופט צור כי על התפקיד להיות כזה שבו נדרש העובד לעמוד לרשות המעסיק בשעות בלתי שגרתיות או לעבוד ללא מסגרת קבועה של שעות עבודה⁹². דומתני כי תוספת זו מעוררת פן בעייתי שכן החוק צריך

88 דב"ע (ארצי) מט/7-2 רבוח – הורמן שירותי אחזקה (אילת) בע"מ (פורסם בנבו, 1989). עוד קודם לכן, בפרשת רוס, לעיל ה"ש 68, נקבע שאת הדיבר "בתפקיד הנהלה" יש לפרש פירוש תכליתי וכי לא כל מי שיוצמד לו תואר "מנהל" יוצא רק בשל כך ממסגרת החוק, אלא שיש צורך שהתפקיד יהיה תפקיד הנהלה במובן האובייקטיבי. בדומה, בעניין הנדימן קבע כבוד השופט צור כי מנהל הוא מי שקובע את מדיניות המפעל, מיישם את החלטות הנהלה ומביאן לידי ביצוע, ולו שיקול דעת עצמאי בביצוע מדיניות הנהלה. לגופו של עניין נקבע כי לא הוכח שמנהלת שירות לקוחות היא בתפקיד הנהלה (ע"פ (ארצי) 1003/00 הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ – מדינת ישראל, פד"ע לח 262 (2002)).

89 עמדת המיעוט בעניין אי.בי.סי, לעיל ה"ש 63. עוד נקבע שם כי מאחר שמדובר בחוק המגן על עובדים, הרי שיש לתת לחריג בחוק פירוש מצמצם. בדומה, בעניין רבוח – הורמן, לעיל ה"ש 88, המערער, רכז עבודות התחזוקה בבניין דירות נופש, ביצע את עבודת האחזקה לפי מדיניות קבועה וגלויה. בית הדין קבע כי הואיל והוא לא היה שותף לסודות המפעל ולא היה איש סודה של הנהלת המפעל, הוא אינו בא בגדר החריג לחוק. בפרשה זו נוסח הכלל שלפיו כל עובד חייב נאמנות למעבידו, ומכאן שכל תפקיד דורש מידה מסוימת של אמון אישי, אך כי ס' 30(א)(5) לחוק מתייחס למידה מיוחדת של אמון אישי.

91 בפרשה זו הוגדר באופן מצמצם ביותר סוג המשרות הדורשות מידה מיוחדת של אמון אישי, ונקבעה רשימה בלתי סגורה של מאפיינים הנוגעים למשמעות הביטויים "תפקיד הנהלה" ו"תפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי", שהחוק לא יחול על העסקתם: על התפקיד להיות "תפקיד הנהלה" על פי טיבו ומהותו ולא רק על פי כינויו, ועליו להיכלל בשכבת הנהלה הבכירה בהיררכיה הארגונית; על העובד להיות מעורב בהתוויית מדיניות החברה תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי; עליו ליהנות משכר ומתנאי העסקה מיוחדים וחריגים (ע"פ (ארצי) 16/08 מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתיירות – בסט ביי רשתות שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 4.1.2009)).

92 לגופו של עניין נפסק כי מסכת הראיות אינה מלמדת שמנהל אחד הסניפים של רשת השיווק היה במעמד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי, וזאת אף שהוא בעל תפקיד מרכזי בארגון ותחומי אחריותו רחבים ואף שבמילוי תפקידו הוא נדרש לפעול תוך גילוי של אמון כלפי

להגן דווקא על מי שנדרש לעמוד לרשות מעבידו בשעות בלתי שגרתיות, וזאת, בין היתר, כדי להגן על בריאותו.

הסתעפות נוספת של מבחן הפיקוח באה לידי ביטוי במבחן הסדר ההעסקה ונסיבות ביצוע התפקיד, המאפשר להביא בגדר חסות החוק עובדי צווארון לבן שיחסית למקום עבודתם, תנאי העסקתם ירודים. כך למשל, בעניין אגרון קבע בית הדין הארצי כי סעיפים 30(א)(5) ו-6 לחוק אינם מתייחסים למקצוע או לסוג עבודה, אלא להסדר ההעסקה ולנסיבות ביצוע התפקיד⁹³. בהחלטתו מנה בית הדין בין הסממנים העיקריים לבחינת מידה מיוחדת של אמון אישי, מאפיינים הקשורים לשעות העבודה ולשכר העובד: עובד בכיר, בעל מידע מיוחד, בעל אחריות מיוחדת שמקבל שכר גבוה התואם את האמון האישי המיוחד שלו הוא זוכה. בפרשה זו דובר בעורכת דין שכירה במשרד עורכי דין, ונקבע כי בנסיבות המקרה אין המדובר במשרה הדורשת מידה מיוחדת של אמון אישי, שכן עורכת הדין לא הייתה בכירה, שכרה לא היה גבוה, היא לא הייתה שותפה למידע רגיש במשרד, ולא הופקדה בידיה אחריות מיוחדת או אפשרות לקבל החלטות באופן עצמאי. לפיכך הוחל החוק על עורכת הדין הזוטרה. המשך למגמה זו בא לידי ביטוי בעניין ארפי⁹⁴, שם התייחס בית הדין האזורי לאוכלוסיית המתמחים כאל "אוכלוסייה חלשה".

למבחן הסדר ההעסקה נוסף בשנים האחרונות נדבך חשוב ביותר: מבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה, המקשר בין סמכות העובד לקבוע את שעות עבודתו לבין היותו

הממונים עליו. הסיבות לכך נעוצות, בין היתר, בעובדות שמנהל הסניף אינו שותף לסודות המעסיק; הוא החתים כרטיס נוכחות; סמכותו נגזרה מכללי המכירה הנקבעים על ידי הנהלת הרשת ומהמדיניות המוכתבת על ידיה; הוענק לו שיקול דעת מוגבל; והגורם החשוב מכל – אין למנהל הסניף כל זיקה אישית מיוחדת לגורמי ההנהלה באופן שתנאי עבודתו נגזרים מאלה שלהם (שכרו הבסיסי היה נמוך בהשוואה לרמות השכר של הדרג הבכיר בארגון). לפיכך נפסק כי הוא אינו עובד במשרת ניהול או אמון וכי חוק שעות עבודה ומנוחה חל עליו (ואין להעסיקו בשבת).

93 ע"ע (ארצי) 570/06 אגרון – כץ (פורסם בנבו, 14.10.2007).

94 עב' (אזורי י-ם) 1064/03 ארפי – מדינת ישראל, הנהלת בתי המשפט פסק דינו של כבוד השופט אברהמי (פורסם בנבו, 8.7.2008) (להלן: עניין ארפי (אזורי)), שם דובר בתביעתם של מתמחים בבית המשפט לקבלת תשלום עבור שעות נוספות. התביעה נתמכה בהודעה מטעם לשכת עורכי הדין, שלפיה מתמחה הוא עובד הזכאי לתשלום עבור שעות נוספות. בית הדין קיבל את התביעה בהסתמכו, בין היתר, על העובדה שמתמחים הם "אוכלוסייה חלשה" מבחינה תעסוקתית (העסקה המוגבלת לשנה בשכר נמוך) ומקצועית (מתלמדים). נקבע כי מתמחים אינם זוכים למידה מיוחדת של אמון אישי, שכן תפקידם אינו מאפשר להם חופש פעולה מרבי, עצמאות בקבלת החלטות ובביצוען ואחריות לנעשה, אלא הם נתונים לפיקוח של השופט המאמן ושל הנהלת בתי המשפט. על החלטה זו הוגש ערעור לביה"ד הארצי (ע"ע (ארצי) 508/08 מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט – ארפי (פורסם בנבו, 30.6.2010)), שבו לא הועמדה לדיון שאלת תחולתו של ס' 30(א)(5) לחוק על המקרה.

עובד במשרת אמן⁹⁵. בהקשר זה ראוי לציין באופן מיוחד את גישת בית הדין הארצי לעבודה בפרשת חנניה – כלל מוצרי בטון (2006), שם דובר במנהל מחלקת פלטות שהיה בסמכותו להחליט על היקף שעות עבודתו ושבחלק מן התקופה הסכים עם מעבידתו כי לא יחתים שעון נוכחות. בית הדין נחלק בעמדתו בין מתן משקל מוחלט למבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה, לבין התחשבות במבחן זה כמבחן עזר. כבוד השופטת וירט-ליבנה (בדעת רוב) הסיקה מחופש הפעולה בקביעת שעות העבודה, כי סעיף 30(א)(5) לחוק אינו חל על עובד זה⁹⁶. עמדה זו אף משתקפת בדבריו של כבוד השופט רבינוביץ: "מי שארזן לזמנו בעצם מכריז על עצמו, שחוק שעות עבודה ומנוחה לא חל עליו, אין עליו פיקוח, ולא צריך להיות עליו פיקוח לגבי מספר שעות עבודתו, שהרי הוא זה שקובע את מסגרת שעות העבודה וממלא את תוכנה"⁹⁷. לעומתם, כבוד הנשיא אדלר (בדעת מיעוט)⁹⁸ סבר שיש להתחשב בחופש הפעולה שניתן לעובד בקביעת שעות עבודתו, וציין כי פטור מהחתמת כרטיס נוכחות הוא סממן אפשרי לקביעה כי מדובר במנהל בכיר. עם זאת, הוא סייג את משקלו של מבחן זה, בציינו כי יש להתחשב בסממן זה כחלק ממכלול הסממנים הצריכים לעניין ובהתייחס לנסיבות המקרה, וביניהן – גובה משכורתו היחסי⁹⁹.

בפרשת וסילבסקי דומה שמבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה נתפס כחלק ממבחן הפיקוח הכללי, ולא כבעל משקל מוחלט¹⁰⁰. מאידך גיסא, נפתח בהחלטה זו פתח מסוכם

95 נטע לתפיסה זו, השמה דגש על חופש פעולה, ניתן למצוא אולי בפרשת רוס, לעיל ה"ש 68, שבה התייחסות ליכולת העובד לקבוע את עתותיו בכל הנוגע לחופשות. מבחן הפיקוח בא לידי ביטוי גם בכל הנוגע לעובדים סיעודיים. אף שהדיון בעניינם מצריך התייחסות נפרדת, ראוי להפנות את תשומת הלב למגמה זו. כך, בע"ע (ארצי) 1511/02 לאחאטו – עזבון בן-בנימין, פד"ע מ 371 (2005), התייחס בית הדין לכך שהעובדת לא הורשתה לעשות לעצמה בכל עת שחפצה בכך, אלא בימי חופש שנקבעו מראש. בדומה בע"ע (ארצי) 1333/04 Teresita – לוגסי (פורסם בנבו, 6.2.2006), הושם הדגש על כך שהעובדת הסיעודית לא הייתה גברת לזמנה.

96 ע"ע (ארצי) 528/05 חנניה – כלל מוצרי בטון בע"מ, סעיף ג.5. לפסק דינה השופטת וירט-ליבנה (פורסם בנבו, 31.10.2006).

97 שם, ס' 3 לפסק דינו של השופט רבינוביץ.

98 שם, פסק דינו של הנשיא אדלר.

99 אשר למסקנות, כבוד הנשיא אדלר חלק על כבוד השופטת וירט-ליבנה, בהצביעו על כך שרק במקרים נדירים ייחשב מנהל מחלקה כבעל תפקיד ניהולי בכיר, וכי אין להסיק מכך שהמעסיק מצפה מממלאי תפקידי ניהול זוטרים להפעיל את שיקול דעתם במתחם מצומצם שנקבע להם, כדי להפכם ממנהלים זוטרים למנהלים בכירים: "תפקידו של המערער היה של מנהל זוטור אשר המעסיק ציפה הימנו לכל היותר להישאר במקום העבודה לפי צורכי העבודה" (שם, ס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר).

100 בעניין זה קובעת כבוד השופטת וירט-ליבנה כי בבחינת כל מקרה ומקרה יש לתת את הדעת למהותו של כל תפקיד במסגרת העסקה נתונה, למאפייניו, לסמכויותיו, למיקומו בארגון

בכל הנוגע לצורך של העובד להתנגד להעסקתו במסגרת של משכורת גלובלית, שכן נקבע כי אין בעובדה שהמערערת הלינה בפני אנשי החברה על עומס העבודה החריג כדי להצביע על כך שהיא לא הסכימה למתכונת העסקתה בשכר גלובלי וללא שעות נוספות. מאחר שכל מהותה של חקיקה קוגנטית היא להגן דווקא על עובדים שאין בכוחם להלין על תנאי העסקתם, סבורתני כי כמפורט בסעיף 4 דלהלן, לרוב אין ליתן תוקף משפטי להסכמתם להעסקה במשכורת גלובלית, במיוחד לאור לשונו של סעיף 5 לחוק הגנת השכר (שכותרתו "איסור שכר כולל"), הקובע כי אם נקבע לעובד שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות, "רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד".

עיון בפסיקת בית הדין מעלה כי הנימוקים הניצבים בבסיסה של מגמת פרשנות מרחיבה זו מתייחסים לצורך להגן על זכויות העובד ועל צרכיו, ובכלל זה על הזכות לחירות ועל הצורך בחיים פרטיים, באיכות חיים ובזמן פנוי. כך, בפרשת רבוה – הורמן צוין כי יש לפרש את סעיף 30(א) לחוק לאור מטרות החוק, שהן להגן על העובד מפני העסקה בשעות רבות בצורה שתמנע ממנו לקיים חיים סדירים¹⁰¹. בפרשת פילוסוף ציין כבוד סגן הנשיא (כתוארו אז) אדלר, כי תכלית החוק היא למנוע ניצול העובד והעסקתו שעות רבות באופן השולל ממנו את חייו הפרטיים ואת חירותו¹⁰². על הסבר תכליתי דומה ניתן לעמוד מדברי כבוד השופט צור בפרשת הנדימן – מדינת ישראל, שלפיהם "חוק שעות עבודה ומנוחה הוא אחד מאבני היסוד של משפט העבודה המגן שלנו. יש בו [...] הוראות "סוציאליות" שמטרתן היחידה היא לקבוע סטנדרטים מחייבים ביחסי עבודה, על מנת להשיג לעובד רמה מינימלית של רווחה ואיכות חיים במהלך עבודתו"¹⁰³.

בפרשת טפקו – טל מוטעם כי פטור מתשלום גמול שעות נוספות יוריד את עלות העבודה בשעות נוספות, בעוד שתכלית החוק היא להעלות את עלות העבודה, כך שלמעסיק לא יהיה כדאי כלכלית להעסיק בשעות נוספות¹⁰⁴. עולה אם כן, שבית הדין מתייחס לצורך בתשלום שעות נוספות כמעין סנקציה כלכלית, שמטרתה להפחית ככל הניתן את העבודה בשעות נוספות. כן מציינ בית הדין שבשנים האחרונות חלה עלייה תלולה במספר העובדים

ולמאפיינים נוספים, כל זאת על רקע מטרת החוק ועל רקע המגמה לפרש את הסייגים שבו בצורה מצמצמת. לגופו של עניין נקבע כי התקיים בעניינה של המערערת החריג של "מידה מיוחדת של אמון אישי". בין היתר ניתן משקל לעובדה שהמערערת עבדה באופן עצמאי ובשעות בלתי שגרתיות ולעתים נאלצה לעבוד מהבית, בניגוד לעובדים אחרים בחברה (ע"ע (ארצי) 380/09 וסילבסקי – ריבירה ייצור ושיווק רהיטים בע"מ (פורסם בנבו, 17.10.2010)).

101 לעיל ה"ש 88.

102 דב"ע (ארצי) נו/97-3 פילוסוף – ב. שור ושות' מהנדסים ויועצים, פד"ע לג 49 (1997).

103 לעיל ה"ש 88.

104 לעיל ה"ש 69.

המועסקים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות, וכי אין זה נכון מבחינה חברתית להוציא עובדים אלה מתחולתו של החוק ובכך לשלול מהם את הזכות לאיכות החיים המקובלת, הכוללת זמן חופשי שבו יוכל העובד לעשות ככל העולה על רוחו.

5. הפרשנות הרצויה של סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה

לאור המגמות הפרשניות הסותרות בנוגע לסעיף 30(א)(5) לחוק, ונוכח ההשלכות הקשות של עבודה בשעות נוספות, נשאלת השאלה: מהי פרשנותו הראויה של סעיף 30(א)(5) לחוק? להלן יוצעו מספר כללים פרשניים:

בבואנו לנתח את החריג לכלל בדבר איסור עבודה בשעות נוספות, ראוי לבחון את תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה ולפרשו לאורה. ניתוח ההיסטוריה החקיקתית של החוק ולשונו, מעלה כי ניתן לעמוד על שלוש מטרות עיקריות לחוק, כמפורט להלן: התכלית האחת של החוק היא הרחבת מעגל העובדים בשוק. קרי, צמצום השעות הנוספות שבהן מועסק עובד אחד, יאפשר העסקת עובד נוסף. תכלית תעסוקתית זו משתמעת מסעיף 13 לחוק (שכותרתו "שעות נוספות והגברת תעסוקה") הקובע כי: "שר העבודה רשאי, בצו שפורסם ברשומות או בהודעה מיוחדת, לאסור או להגביל העבדת עובד בשעות נוספות [...] אם ראה צורך לעשות כן לשם הגברת התעסוקה"¹⁰⁵. ברי שתכלית זו רלוונטית גם לגבי עובדים בכירים יחסית.

התכלית השנייה והעיקרית של החוק נוגעת להגנה על בריאות העובדים. כאמור בסעיף 10 לדברי ההסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, החוק נוסח "תוך התחשבות מלאה" במספר אמנות, הפורשות חסותן על מגזרי עובדים שונים, ובין היתר, האמנה להגבלת שעות העבודה במפעלי תעשייה¹⁰⁶, המגבילה את יום העבודה ל-8 שעות ביום ו-48 שעות בשבוע¹⁰⁷; וכן על פי האמנה בדבר שעות העבודה במפעלי מסחר ובמשרדים, 1930, הפורשת רשת הגנה סוציאלית גם על עובדים המועסקים בעבודות מנהליות, במקומות מסחר ובשירותים מנהליים¹⁰⁸. לפיכך, את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, התוחם את שעות העבודה המותרות ל-8 שעות ביום, יש להבין בהקשר הסוציו-אקונומי שבו נכרתו

105 גם בית הדין הארצי לעבודה התייחס לכך בקובעו כי "אינטרס נוסף של הציבור הוא להבטיח תעסוקה לכלל האוכלוסייה, או לרובה המכריע. זאת אנו למדים מהוראת סעיף 13 לחוק [שעות עבודה ומנוחה – ש.א.ג.], המתיר לשר העבודה "בצו [...] או בהודעה מיוחדת, לאסור או להגביל העבדת עובד בשעות נוספות [...] אם ראה צורך לעשות כן לשם הגברת התעסוקה" (פרשת אי.בי.סי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 289).

106 ובשמה המלא, האמנה להגבלת שעות העבודה במפעלי תעשייה עד לשמונה ליום וארבעים ושמונה לשבוע, כ"א 11, 135 (נפתחה לחתימה ב-1919) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1951).

107 ס' 10 להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, ודברי ההסבר להצעת חוק הגנת השכר.

108 לעיל ה"ש 2, art. 1.

אמנות בינלאומיות אלה, ככזה שנועד למנוע עבודה בלתי מוקצבת בזמן וזאת כדי להגן על בריאות העובדים: "חוק שעות העבודה והמנוחה הוא חוק עבודה מגן, שנועד לשמור על בריאותו של העובד"¹⁰⁹. למסקנה זו ניתן להגיע גם מלשונו של סעיף 4(א) לחוק, המתיר לשר העבודה להתקין תקנות לגבי יום עבודה שתחמומו פחות מן הקבוע בסעיף 2 (היינו, פחות מ-8 שעות עבודה ביום) לעבודות מסוימות "אם ראה צורך בכך מטעמים שבבריאות העובד או שבנסיבות העבודה". סעיף 4(א) הוא בבחינת החריג המעיד על הכלל שלפיו הואיל ויש קשר בין עבודה בשעות נוספות לבין פגיעה בבריאותו של העובד, מן הראוי להימנע מעבודה בשעות נוספות. עולה אם כן, שבבואו לפרש את סעיף 30(א)(5) לחוק, ראוי שבית הדין לעבודה ישם את מטרת החוק והאמנות כנר לרגליו, ולאור ההשלכות הרפואיות הקשות הנובעות מעבודה בשעות נוספות ירחיב את גדר החוסים תחת כנפיו למגזרים רבים.

ניתן אולי להוסיף תכלית חקיקתית שלישית לחוק שעות עבודה ומנוחה והיא נוגעת לצורך במניעת השתעבדותו של הפרט לעבודתו ולצורך של העובד במנוחה ובשעות פנאי. מטרה זו נלמדת משם החוק, המדגיש לא רק את העבודה אלא גם את שעות המנוחה, והפועל היוצא הוא הגבלת שעות העבודה. לעניין זה יפים דברי כבוד הנשיא (דאז) אדלר, המציין שאת חוק שעות עבודה ומנוחה יש לפרש כחוק הנותן ביטוי למדיניות חברתית-סוציאלית ראויה. מדיניות זו קובעת מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק ומונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד¹¹⁰. דברים אלה אף מקבלים ביטוי בדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק הממשלתית¹¹¹, שם נאמר בין היתר כי "התכלית של חוק שעות עבודה ומנוחה היא [...] לתחום את שעות העבודה של העובד כדי להבטיח לו שעות פנאי לצרכיו האישיים, התרבותיים והמשפחתיים".

אם כן, מטרת המחוקק הייתה לצמצם את שעות העבודה כדי לאפשר לפרט להגן על בריאותו ולהבטיח לו שעות פנאי, ומנגד – להגדיל את מעגל העובדים במשק. לפיכך יש לראות בחיוב בתשלום עבור שעות נוספות מעין סנקציה כלכלית שנועדה להזכיר למעביד שלא הרי עבודה בשעות "רגילות" כעבודה בשעות נוספות. הכוונה לשלם יותר נועד להרתיע מהעבדת יתר¹¹².

109 רות בן-ישראל דיני עבודה בישראל 433 (1989).

110 פרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69.

111 לעיל ה"ש 35.

112 ראו בדומה את דברי בית הדין הארצי בפרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69, שם נאמר שתכלית החוק היא לייקר את עלות העבודה כך שלא יהיה כדאי כלכלית למעסיק להטיל על עובד עבודה בשעות נוספות.

לאור תכליתו של החוק ולאור הכלל הפרשני המקובל שלפיו יש לפרש בצמצום את החרג לכולל¹¹³, מן הראוי לאמץ שני היבטים פרשניים של סעיף 30(א)(5) לחוק: ראשית, ייתכן שראוי לראות ביסודותיו של סעיף 30(א)(5) יסודות מצטברים ולא חלופיים. קרי, כדי להפעיל את סעיף 30(א)(5) לחוק, על המעסיק להוכיח לא רק שמדובר במנהל, אלא גם שמדובר במנהל הנהנה ממידה מיוחדת של אמון¹¹⁴. אציין כי בנושא זה ניכרת מחלוקת בפסיקה¹¹⁵.

113 לעניין זה יפים דבריהם של דוד א' פרנקל ויצחק לובוצקי "ניהול זמן בסביבת-עבודה מודרנית" משפט ועסקים ז' 391, 407 (2007), שגרסו כי חוק שעות עבודה ומנוחה הוא חוק מגן שבא למנוע את ניצול העובד על ידי העבדתו שעות ארוכות ובלתי סבירות, וכי לפיכך, החרגים לחוק פורשו בצמצום כדי להביא לידי כך שעובדים רבים יותר ייהנו מהגנות החוק. גם בפרשת הנדימן, לעיל ה"ש 88, נאמר שחוק שעות עבודה ומנוחה הוא חוק סוציאלי והוראות חריגות שבו יש לפרש באופן מצמצם ודוקני. גם מההחלטה בעניין חנניה, לעיל ה"ש 96, משתקפת מגמה פרשנית מצמצמת של החרג המנוי בס' 30(א)(5) לחוק. כך למשל, כבוד השופט ורדה וירט-ליבנה סוברת שהכלל הוא כי יש להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על העובדים ואילו את סוגי העובדים שיש להוציא מתחולת החוק יש לפרש בצמצום. וכן ראו את דברי כבוד הנשיא (דאז) אדלר, שלפיהם המדיניות הראויה היא לצמצם את קבוצות העובדים המוצאים מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, שכן אף מנהלים זוטרים זקוקים להגנת חוק זה ובמקרים רבים אף יותר מעובדים רגילים. זאת מן הטעם שדווקא הם מתבקשים פעמים רבות לעבוד שעות נוספות כדי למלא את תפקידם הרגיל (שם, בעמ' 1390).

114 ייתכן אולי לאמץ גם פרשנות היסטורית של החרג לחוק ולטעון כי מקורה של ההחרגה המנויה בס' 30(א)(5) לחוק הוא בסייגים דומים הקיימים באמנות הבינלאומיות. כך, בהתאם להוראת art. 2(a) ל-Convention Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings, הגנת האמנה אינה חלה על עובדים בתפקידי פיקוח וניהול או על עובדים במשרות אמון: "The provisions of this Convention shall not apply to persons holding positions of supervision or management, nor to persons employed in a confidential capacity". על פי מילון Oxford, כאשר המונח nor בא אחרי המונח not, כמו במקרה זה, הרי שפירושו הוא "and not". לפיכך, אין מדובר ביסודות חלופיים אלא ביסודות מצטברים. ראו OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY 839 (1989).

115 כך למשל ניתן להבין שבעניין מכמורת – שורץ, לעיל ה"ש 58, בית המשפט העליון רואה את היסודות כמצטברים. בעניין רוס, לעיל ה"ש 68, בית הדין משאיר שאלה זו בצריך עיון. מאידך גיסא, ישנה פסיקה בולטת שממנה עולה שמדובר ביסודות חלופיים. כך, בפרשת אי.בי.סי., לעיל ה"ש 63, דעת הרוב סברה שמדובר ביסודות חלופיים ולא מצטברים, וכי "תפקידי הנהלה" לחוד, ו"תפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי" לחוד: "המחוקק נקט בדיבור או, שבא להבדיל ולא להקיש, וזאת על פי האמור בסעיף 7 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, אשר זו לשונו: "הכלל אינו מעין הפרט דוקא המלים 'או', 'אחר' או ביטוי דומה להן – להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש לו, וזולת אם יש עמן המלים 'דומה' או 'כיוצא בזה' או ביטוי אחר שמשמעו היקש". הוראה זו חלה אף על חיקוק שנחקק לפני חקיקתו של חוק הפרשנות, וזאת על פי האמור בס' 1 לאותו חוק. כן ראו ארפי (אזורי), לעיל ה"ש 94, בפס' 15.

שנית, יש לאמץ פרשנות מצמצמת של הביטויים "מנהל" ו"מידה מיוחדת של אמון", כפי שאלה מנויים בחריג לחוק בסעיף 30(א)(5) לחוק. סבורתני שאין לראות בכל מנהל – גם של צוות זוטר של עובדים – עובד "בתפקיד הנהלה", ושאינן לראות בכל מתן אמון בעובד "מידה מיוחדת של אמון". אל נוכח הכלים הפרשניים שהותוו, גישתי הפרשנית המוצעת היא מבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה בצירוף מבחן הפיקוח הכולל. את המבחן הנדון ראוי לבחון בקונטקסט נרחב, על פי תכלית החקיקה שמטרתה מניעת עבודה בשעות נוספות. לפיכך, השאלה המרכזית שצריכה להישאל בבואנו לבחון אם מדובר בעובד אמון היא: מהי מידת האוטונומיה הנתונה בידי העובד לקבוע את סדר יומו התעסוקתי מבחינת שעות העבודה? האם המדובר בעובד שנהנה ממידה כזו מיוחדת של אמון אישי, עד שהמעביד סמך עליו "בעיניים עצומות" שידע מתי לעבוד ומתי לאפשר לעצמו – לגופו ולמוחו – מגווח? האם המעביד סמך עליו שידע מתי לעבוד רק 7 שעות ביום ומתי יש צורך לשנס מותניים ולעבוד 10 שעות ביום?

גם את השאלה אם מדובר בתפקיד הנהלה יש לבחון בקונטקסט רחב על פי תכלית החקיקה, ואין להסתפק בפרשנות מילולית של השאלה אם מדובר בעובד המנהל אנשים אחרים. יש לבחון אם העובד בעל מעמד כה רם, עד כי הוא יכול להרשות לעצמו שלא להשלים מכסת עבודה של 8 שעות ביום עבודה מסוים. המענה על שאלה זו צריך להביא בחשבון כי לרוב, כמפורט בסעיף 4 להלן, גם לעובד הבכיר מאוד המקורב לקודקוד הפירמידה, אוטונומיה מוגבלת, וכך גם יכולת הבחירה שלו בנוגע לשאלה כמה שעות לעבוד, וזאת הן בשל אילוצי לחץ עבודה והן בשל אילוצים תעסוקתיים, פנים-ארגוניים¹¹⁶. ודוקו, ניתן לומר כי סביבת העבודה בישראל היא כזו שגם מנהלים זוטרים או בינוניים זוכים לשיחות נזיפה מאגף כוח האדם או מהמנהל הישיר, אם בימים מסוימים אינם משלימים מכסת עבודה בת 8 שעות, אף שבימים אחרים הם עובדים הרבה מעבר לכך. לסיום פרק הדין הקיים ניתן לומר כי שני שינויים עשויים להקרין באופן חיובי על המצב הקיים ולהביא להגבלת מספר שעות העבודה הרווחות במשק. האחד, התיקון לחוק הגנת השכר, המעביר למעבידים את הנטל לרישום השעות הנוספות¹¹⁷. השינוי השני נוגע לצמיחתו של מבחן הפיקוח על שעות העבודה, כחלק ממבחן הפיקוח הכולל¹¹⁸. מנגד, ראוי להתריע שכיום מסתמנת ריאקציה משמעותית בכל הנוגע לחקיקה הסוציאלית הבאה

116 אציין כי פרשנות אחרת, דווקאית, עלולה להוביל לכך שהחריג יהפוך לכלל והכלל לחריג. כל עובד האחראי למספר מצומצם של עובדים או שנותנים בידיו כלים יקרי ערך, כמו מחשב או את המפתח למקום העבודה, יבוא בגדר החריג.

117 ראו הדיון בפס' השלישית לס' 2 לעיל.

118 ראו דיון בסעיף 4(ב) לעיל.

למנוע עבודה בשעות נוספות. כך, בהצעת החוק הממשלתית¹¹⁹ מוצע לאפשר לשר התעשייה לאשר הסכם קיבוצי שעליו לא יחולו הוראות סעיפים 2 ו-3 לחוק¹²⁰. כך עלולה להיסלל דרך מלך, המאינת במידה רבה את סעיפים 2 ו-3 לחוק המתחמים את שעות העבודה, תוך עקיפת הפרשנות המצמצמת של החריגים המנויים בסעיף 30 לחוק¹²¹. נוכח המחקרים המלמדים כי גם בריאותם של עובדי צווארון לבן נפגעת כתוצאה מעבודה ממושכת, מתבקשות השאלות: האם החרגת עובדי משרות אמן והנהלה מהגנת החוק, מהווה גם פגיעה בלתי מוצדקת בעקרון השוויון (כעיקרון הנובע מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)? האם גם משיקול זה דין ההחרגה להיפסק כבלתי חוקתית? במילים אחרות, ההשלכות הקשות של החרגתם של עובדי משרות האמן מהגנת דיני העבודה בנוגע לשעות נוספות, וחולשת הצידוקים להחרגה זו (כמפורט בחלק השלישי דלהלן) מעוררות את השאלה אם מדובר בהבחנה מותרת המבוססת על שיקולים ענייניים או שמא באפליה פסולה. לעניין זה יפים דבריו של כבוד נשיא בית הדין הארצי לעבודה (דאז) אדלר, שלפיהם אין מקום להוציא חלק משמעותי מכוח העבודה במשק מתחולת ההגנה של חוק שעות עבודה ומנוחה, שכן הדבר ייצור קבוצת עובדים מסוג א' וקבוצת עובדים אחרת מסוג ב' ובכך יש אפליה וחוסר שוויון¹²². סוגיה זו, החרגת מהדין המוכר בדבר אפליית עובדים על בסיס עילות מוכרות כגון דת, מין, לאום וכיוצא באלה, ראויה לליבון מחקרי נפרד.

חלק שלישי – דיון והגישה המוצעת

במצב הקיים, החוק והאמנות מדירים מגדר מטריית ההגנה הסוציאלית מגזרים גדולים של עובדים, לרבות עובדי הנהלה והאמן, אינם מתגמלים אותם עבור עבודה בשעות נוספות, ואינם מגבילים את זמן עבודתם לתקרה כלשהי. כמפורט להלן, היעדר ההגנה על מנוחת העובד גורר פגיעה ביעדים חברתיים-תועלתניים, ופוגע בצורכי העובד ובזכויותיו, כך שבפועל ניתן לכנות את הדין הקיים בשם "חוק שעות עבודה (בלתי) מנוחה". אבחן להלן

119 לעיל, ה"ש 35.

120 כיום ס' 4(א)(2) לחוק מתיר לשר העבודה להאריך את יום העבודה ולקבוע יום עבודה שתחמו יתר על הקבוע בס' 2 לחוק, לעבודות מסוימות.

121 והדבר נעשה, כך נראה, בהסכמת הסתדרות העובדים הכללית. שיניב "לתשומת-לב העובדים: אפשר להאריך לכם את שעות העבודה" גלובס 27.8.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000577831.

122 עניין טפקו – טל, לעיל ה"ש 69.

את השלכותיה החברתיות וההומניסטיות של עבודת יתר, תוך ניסיון להתעמת עם נימוקים אפשריים להדרת העובדים במשרות ניהול ואמון מהגנת החוק.

1. השלכותיה החברתיות של עבודת היתר – ניתוח תועלתני

עבודת היתר הרווחת במשק פוגעת ביעדים החברתיים הנוגעים לפיתוח התרבות והכלכלה ולהשגת רווחה מצרפית לציבור העובדים, ופגיעה זו מתבטאת במספר מישורים¹²³. ראשית, כאמור בסיפא לסעיף 2 לעיל, העסקה בשעות נוספות מצמצמת את מספר המועסקים במשק, הן על ידי פגיעה בבריאותם והן על ידי צמצום מספר המשרות. שנית, כאמור, מהבחינה החברתית, עבודה הנפרשת על פני שעות רבות של היממה מובילה לירידה בפרודוקטיביות, פוגעת ברמת התוצר וכפועל יוצא גם באיכות השירות והמוצרים המיוצרים על ידי העובדים היגיעים. לאור הממצאים, עבודה בשעות נוספות רבות מפחיתה את הרווחה המצרפית של ציבור העובדים. בהקשר זה יש לקחת בחשבון שבמקרים רבים העובד נשאר עד מאוחר כדי להרשים את מנהלו, כך שהעבודה בשעות נוספות אינה עבודה מעשית, אלא רק שהייה בַּטְלָה במקום העבודה¹²⁴.

שלישית, כדי להניע את גלגלי החברה קדימה וכדי ליזום, לתכנן וליצור, הפרט, ובכלל זה העובד, זקוק לזמן פנוי לעצמו, לפורקן של לחצים ולחשיפה לתכנים מגוונים שאינם קשורים ישירות לעבודתו. זמן חופשי זה עשוי לאפשר לפרט לתכנן המצאות מועילות או מיזמים, כך שמדובר באינטרס חברתי מהמעלה הראשונה¹²⁵. כך, הרמח"ל מציין כי עבודה מאומצת פוגעת ביכולת לתכנן ולטקס עצה. הוא מטעים שהעבודה הקשה שהשית פרעה על בני ישראל נועדה למנוע מהם לחשוב ולתכנן תכניות: "מעין עצת פרעה הרשע שאמר (שמות ה' 9) 'תכבד העבודה על האנשים וגו'', שהיה מתכוין שלא להניח להם ריוח כלל לבלתי יתנו לב או ישימו עצה נגדו, אלא היה משתדל להפריע לבם מכל התבוננות בכח התמדת העבודה הבלתי מפסקת"¹²⁶. הניתוח התועלתני של הסוגיה יוצא מנקודת מבט חברתית נרחבת, ואינו מוגבל לתועלת הצרה שהמעביד עשוי להפיק מהעבודה בשעות נוספות. תפיסה זו אמנם פוגעת בפרודוקטיביות הניהולית של המעביד, וכאמור אף יש בה דוק

123 הניתוח התועלתני שבסעיף זה יוצא מנקודת הנחה חברתית, ולא דווקא מנקודת מבט התועלתנית הצרה של המעביד, שיתכן שיעדיף לספוג למשל ירידה מסוימת בפרודוקטיביות של העובד שלו, ובלבד שלא יאלץ להעסיק עובד נוסף.

124 Herbig & Palumbo, לעיל ה"ש 23.

125 לעניין זה פים דברי בית הדין הארצי לעבודה בפרשת אי.בי.סי., לעיל ה"ש 63, בעמ' 289, שלפיהם האינטרס של הציבור הוא שכלל יהיה לעובד מספר שעות קבוע, על מנת שיוכל לעשות בזמנו החופשי ככל העולה על רוחו.

126 משה חיים לוצאטו מסילת ישרים פרק ב.

של פטרנליזם, אך ייתכן שהיא נסמכת על מוגבלות הראייה של המעסיק שלעתים רואה רק את הטווח הקצר (למשל עמידה ביעדי סוף הרבעון), וקרוב לוודאי שאינו לוקח במניין שיקוליו את טובת הכלל ואולי אף את בריאות העובד.

2. השלכותיה ההומניסטיות של העבודה בשעות נוספות

עבודת יתר בשעות נוספות פוגעת אף בזכויות אדם בסיסיות לחירות, לעבודה בתנאים צודקים, הוגנים ובריאים, ולרמת בריאות נאותה. כך, סעיף 23 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 קובע כי לכל אדם יש זכות לתנאי עבודה צודקים והולמים (just and favourable conditions of work)¹²⁷. כמו כן, סעיף 24 לאמנה זו קובע כי כל אדם זכאי למנוחה ולפנאי, ובכלל זה להגבלת שעות העבודה במידה המתקבלת על הדעת. גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שאושרה בישראל בשנת 1991, מתייחסת לזכות לעבודה בתנאים המגנים על חירויות יסוד כלכליות ומדיניות (בסעיף 6(2)) ולזכות ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה (בסעיף 12 – "The right to – (the highest attainable standard of health)"¹²⁸. יצוין כי הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הממונה על יישום האמנה, פירשה את הזכות לבריאות ככוללת גם גורמים המשפיעים על הבריאות כגון תנאי עבודה בריאים, וכזכות הקשורה קשר הדוק לזכויות אדם אחרות המנויות ב-International Bill of Human Rights, 1948, וביניהן הזכות לעבודה¹²⁹. בישראל ניתן למקם ערכים אלה במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין"¹³⁰. אציין כי סעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות מתייחס לכך ש"לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה [...] ותנאי העבודה [...] ובתחומי הבריאות"¹³¹. כך שגם בישראל מתחילה מגמה הנותנת ביטוי להכרה בזכויות חברתיות הנוגעות לצורך בכבוד אנושי במסגרת סביבת העבודה ובתחום הבריאות. לפיכך, לאור הממצאים הברורים הנוגעים להשלכות הרפואיות של עבודה בשעות נוספות, ניתן לראות בהעסקה בשעות

127 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

128 כ"א 1037, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

129 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 14, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000) §§ 3, 11, www1.umn.edu/humanrts/gencomm/escgencom14.htm.

130 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. וראו בדומה ס' 1 להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשס"ב 214.

131 לסקירת האמנות בנושא העבודה ויחסה של מדינת ישראל אליהן ראו גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

נוספות מרובות ובלתי מוגבלות פגיעה בזכות לתנאי עבודה בריאים, וכפועל יוצא – פגיעה בזכות לבריאות.

ראוי אף להפנות את אור הזרקורים לצורך של העובד בזמן פנוי מעבודה – למנוחה, שהרי עבודת יתר מצמצמת את שעות המנוחה. כאמור, סעיף 24 להכרזה האוניברסלית על זכויות אדם קובע כי "Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours". בשנים האחרונות גוברת הכרת בתי הדין בצורך חברתי ואנושי זה. ואכן, כבוד הנשיא (דאז) אדלר עמד על חשיבותן של שעות הפנאי בקובעו כי מטרתו הראשונית של חוק שעות עבודה ומנוחה היא לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של עובד על ידי תחילת יום העבודה, ובכך למעשה מוגדרות גם שעות הפנאי¹³². לדעת המלומד וולטש, קיומו וגידולו של היחיד מצריכים מרכיבי מינימום, ובין היתר – "רמת חיים מסוימת של מזונות, של בית דירה, של הלבשה, של חירות התנועה, של תלמוד דעת, של שעות פנאי [...] וכיוצא בזה"¹³³. אכן, שעות פנאי הן תנאי בעל משקל לבריאותו הנפשית והפיזית של כל עובד, בין שהוא עוסק בעבודה מנהלית ובין בעבודת כפיים, בין שהוא בכיר ובין שהוא זוטור, ועל המשפט ליתן מענה חקיקתי לצורך זה. הנה כי כן, העובדה שישנם מגזרי עובדים שלמים, קרי עובדי משרות הנהלה ואמון, המודרים מההגנות הסוציאליות בדבר משך תעסוקתם, מעוררת קשיים רבים, שכן העסקת עובדים ללא קצבת זמן פוגעת באינטרסים חברתיים ובזכויות אדם.

3. צידוקים אפשריים להחרגת עובדי משרות אמון מהגנת החוק

לאור ההשלכות החברתיות והבריאותיות הקשות הנובעות מעבודה בשעות נוספות – הן על עובדי הצווארון הלבן העובדים במשרות אמון, והן על עובדי הצווארון הכחול העובדים בתעשייה וכדומה – מתבקשת השאלה: מה היה הרציונל שעמד בבסיס גריעתם של עובדי משרות האמון וההנהלה מגדר החוק? האם מדובר בהבחנה מוצדקת או שמה באי-שוויון שמקורו בסיבות פוליטיות, כגון כוח פוליטי יחסי של איגודי עובדים? החוק והאמנות אינם מתרצים את הצורך בפרישה הסלקטיבית של הגנה סוציאלית על עובדים בכל הנוגע לגמול שעות נוספות ואת ההבחנה בין מנהלים ועובדים בתפקידי אמון לבין עובדים זוטרים בתחומים שונים, ולפיכך להלן אנסה להתמודד עם ארבעה הסברים אפשריים:

ראשית, ניתן לטעון כי החרג המאפשר העסקת עובדי משרות ניהול ואמון ללא תשלום עבור שעות נוספות נובע מכך שעובדים בכירים אלה זקוקים לחופש פעולה מרבי וכי

132 פרשת טפקו – טל, לעיל ה"ש 69.

133 ברוך פליכס ולטש טבע, מוסר ומדיניות – רמת החיים ומלחמת נצח 155–156 (1950).

חישובי שעות נוספות וגמול מנוחה במקרה שלהם ייראו כ"דקדוקי עניות"¹³⁴. לדעתי ראוי לדחות טיעון זה, שכן חופש פעולה אינו עומד בסתירה לתשלום נוסף עבור שעות עבודה נוספות, ואף לא בניגוד לקביעת תקרה של שעות העבודה המותרות. הפגיעה הכה קשה בבריאות העובד, העלולה להגיע עד כדי מוות שלו (Karoshi), מלמדת שאין מדובר בדקדוקי עניות – מדובר בדברים שהם בנפשם של מספר רב של עובדים במשק.

שנית, ניתן לגרוס כי מלכתחילה ניתן לעובדים בכירים במשרות אמן וניהול פיצוי כספי עבור עבודתם בשעות נוספות, המגולם בתנאי עבודתם המשופרים ובמשכורתם הגבוהה. בהקשר זה אציין כי אכן, סטטיסטית נמצא כי במקרים רבים השכירים המועסקים לפחות 60 שעות עבודה בשבוע משתכרים שכר גבוה יחסית¹³⁵. בבואי להתייחס לטענה זו, אפתח בכך שהמשאבים הכלכליים בדמות תנאי העבודה המשופרים אינם חזות הכול; תשלום שכר, יהיה גבוה ככל שיהיה, אין בו כדי להחזיר את הגלגל אחורנית ולתקן את בריאות העובד שנתרופפה כתוצאה מעבודת יתר. אמנם ישנם מקרים שמעביד מפצה כלכלית עובד שנפצע במהלך עבודתו, לרוב בהתערבות משפטית, אך תשלום זה הוא תיקון בדיעבד של קלקול. הכלל הבסיסי שלפיו על המעביד להגן על עובדו מפני פגיעות, אם במסגרת דיני הנזיקין (עוולת הרשלנות למשל) ואם במסגרת חקיקה קוגנטית, נותר תקף. לפיכך, אין לראות בשכר, הגבוה או הנמוך, שמקבל העובד, מעין פרמיה ביטוחית שנועדה לפצות מלכתחילה בגין נזקים בריאותיים עתידיים.

ברומה, יש לשאול אם המשוואה של תשלום גבוה עבור עבודה בשעות נוספות, המגולם בתלוש משכורת גלובלית "שמן", אכן מצדיקה את השלכותיה החמורות של עבודה בשעות נוספות. לדעתי, תנאי השכר הגבוהים ניתנים עבור עבודה ברמה גבוהה, השכלה נרחבת ועבודה אחראית, בעוד שלתשלום גמול מיוחד עבור עבודה בשעות נוספות יש מטרה ייחודית. הגמול המתבטא בתשלום מיוחד עבור עבודה בשעות נוספות נועד לשמש מעין "סנקציה כלכלית" המכוונת כלפי המעביד, שמטרתה למנוע את ניצול עובדיו על ידי העסקה בלתי מוגבלת בזמן. הדרישה לתשלום נוסף ונפרד (שאינו חלק מהשכר הכולל) עבור עבודה בשעות נוספות נועדה לאותת למעביד שמדובר בהפעלת "משאב" אנושי יקר ופגיע, שאינו בלתי נדלה; לקשור בין ערכים כלכליים גבוהים לבין הקצאת משאבים; ולשמש מעין

134 עניין וקסברג, לעיל ה"ש 87, בעמ' 39–40.

135 מרוח בנק ישראל (לעיל ה"ש 38) עולה כי בקרב שכירים המועסקים לפחות 60 שעות בשבוע ומקבלים שכר גבוה יחסית, ניתן למצוא שיעור שווה יחסית של גברים יהודים משכילים העובדים בממוצע קרוב ל-64 שעות בשבוע והמרוויחים שכר גבוה, ושל אלה המרוויחים שכר נמוך ("שיעור המועסקים שעות ממושכות בשכר גבוה באוכלוסייה הנחקרת עמד בשנת 2006 על 4.9 אחוזים והם היוו 7.9 אחוזים מכלל המשתכרים מעל 30 ש"ח"). עם זאת מצוין בדוח כי "למעלה מ-9 אחוזים מהמשתכרים פחות מ-30 ש"ח לשעת עבודה עובדים 60 שעות ומעלה בשבוע, ממצא העשוי להעיד כי רבים נאלצים לעבוד בפרך כדי להתפרנס".

תזכורת כספית לכך שכל שעה נוספת עולה לעובד במחיר גופני, תפקודי, רוחני ותרבותי (היעדר שעות פנאי) יקר. לפיכך, אין בטיעון המשכורת הגלובלית הגבוהה כדי להצדיק את החרגת העובדים הבכירים מגדר הגנת חוקי שעות העבודה, מה גם שסעיף 5 לחוק הגנת השכר קובע כי אם נקבע לעובד שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות "רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד"¹³⁶.

שלישית, ניתן לטעון כי הרציונל המבסס את אפלייתם לרעה של עובדי משרות האמון וההנהלה טמון בסיבות פוליטיות וחברתיות, ופחות בטיעונים משפטיים וחברתיים ערטילאיים. כאמור, החוק נועד ליישם אמנות בינלאומיות המגבילות את שעות העבודה, על מנת לשפר את תנאי העבודה הקשים של עובדי הצווארון הכחול בעיקר, שעבדו שעות רבות. אמנות אלה ודומותיהן¹³⁷ נכרתו מלכתחילה כתוצאה מהתחזקותו ההיסטורית של מעמד הפועלים, שכאמור הובילה גם לאימוץ חקיקה סוציאלית במדינות רבות בעולם¹³⁸. ניתן לומר כי התאגידים המקצועיים דאגו לשימור זכויות הפועלים וכי לפיכך הם בעיקר יצאו נשכרים מהגבלת שעות העבודה בחקיקה. כך, העלייה בכוח המיקוח הפוליטי היחסי של העובדים ותומכיהם¹³⁹ הובילה לחקיקתו של ה-Fair Labor Standards Act of 1938 האמריקאי, הקובע תקרת שעות עבודה ומונע, גם הוא, מהעובדים הבכירים ובמיוחד מעובדי הצווארון הלבן את הגנת החוק¹⁴⁰. אולם אל נוכח העובדה שמחקרים אמפיריים מוכיחים שעבודה בשעות נוספות פוגעת גם בבריאותם של מי שאינם עוסקים בעבודה פיזית וגם בבריאותם של העובדים הבכירים, אין עוד הצדקה לאפליה זו שמקורה בשיקולים היסטוריים-פוליטיים ובלתי ענייניים. על כן, אין להמשיך וליתן הגנה בחוק שעות עבודה ומנוחה רק לבעלי כוח המיקוח הפוליטי ובכך לגרוע את הגנתו ממגזרים שלמים של עובדים, שחלקם (עובדי ההיי-טק למשל) אינם מיוצגים על ידי ארגוני העובדים. לפיכך, אל לו למחוקק להמתין להתחזקות כוחם הפוליטי של עובדי הצווארון הלבן, להתאגדויות

136 קיימת אמנם אפשרות לטעון שהאינטרס של העובדים הבכירים מאוד, כמו מנהלי חברות ציבוריות, קרוב לזה של בעלי ההון וכי הדבר עשוי להצדיק את החרגתם מגדר דרישת התשלום עבור השעות הנוספות. אך גם דינו של צידוק זה להידחות, שכן האינטרס הכלכלי שלכאורה מתקיים בעבודה רבה אינו יכול לשמש מגן לבריאות העובד, גם זה הבכיר.

137 לפירוט האמנות ראו לעיל ה"ש 2.

138 בר-ניב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27, מצביע על כך שבשנת 1889 הקיסר הגרמני נטה לאמץ אמנות בינלאומיות בדבר קיצור שעות העבודה וזאת מחד גיסא כדי למנוע הפסד של שוקי-חרוך, ומאידך גיסא כדי לשפר את מצבם של הפועלים הגרמנים. לתפיסה זו קדמו שביתה במכרות הפחם עקב דרישת הפועלים לקצר את יום העבודה והתנגשויות בין הצבא לפועלים.

139 Harris, לעיל ה"ש 6, בעמ' 163.

140 Scott D. Miller, *Symposium: The Fair Labor Standards Act: Work/Life Balance and the White-Collar Employee under the FLSA*, 7 EMPL. RTS. & EMPLOY. POL'Y J. 5 (2003).

ולשביטות, כדי להתערב ולשים קץ לחוסר השוויון הנובע מלשונו של חוק שעות עבודה ומנוחה¹⁴¹.

רביעית, ניתן לטעון שהאמנות מחריגות את עובד האמון מגדר הדרישה לגמול עבור עבודה בשעות נוספות, שכן לעובד הבכיר ישנה אוטונומיה להחליט מתי להפסיק לעבוד ומתי להמשיך, שהרי לכאורה עובד במשרת אמון אינו זקוק לאישור המעביד כדי להחליט שהגיעה העת להפסיק לעבוד ולחזור הביתה. על פי תפיסה זו, עובדים בכירים בעמדות ניהול או אמון הם אדונים לעצמם ולזמנם וביכולתם להחליט מתי יגיעו למקום העבודה ומתי יעזבוהו; מתי יעבדו ומתי לא. לפיכך, לכאורה, בשל האוטונומיה המאפיינת את עבודתם של עובדים בכירים אלה, אין מקום להגביל את שעות עבודתם בחוק. זהו טיעון חזק יחסית, שעמו אנסה להתמודד בסעיף 4 דלהלן, תוך ניתוח הזכות לאוטונומיה כפי שהיא באה לידי ביטוי בסביבת העבודה. אומר כבר כעת כי לדעתי מידת האוטונומיה של העובד הבכיר מוגבלת וזאת אל נוכח אילוצים פנים-ארגוניים הנובעים מלחץ עבודה, מפוליטיקה פנימית וכן לאור חוסר המודעות של העובדים לנזקיה הבריאותיים והתפקודיים של העבודה בשעות נוספות.

4. זכות העובד לאוטונומיה – ניתוח הסכמתו של עובד האמון

בסעיף זה אבחן אם ניתן להצדיק את גריעתו של עובד האמון מהגנת החוק הבינלאומי והמדניתי, ככל שזו נוגעת לחיוב המעביד לתשלום גמול עבור עבודה בשעות נוספות, בהתבסס על כך שלעובד האמון יש אוטונומיה להחליט מתי לעבוד בשעות נוספות ומתי לא. במסגרת דיון זה אף תיבחן שאלת האוטונומיה בבחירת מקצוע או תפקיד שאינו כולל עבודה בשעות נוספות רבות.

מלומדים וערכאות שונות של בתי המשפט קבעו כי לכל אדם זכות יסוד לאוטונומיה¹⁴². משמעותה הראשונית של הזכות לאוטונומיה היא זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ועל מאווייו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה, כלומר הזכות לבחור היא "His or her [...] independence, self reliance and self contained ability to decide"¹⁴³. על פי Raz, פירושה

141 אף שדומה כי כיום הגבלת שעות העבודה אינה נמצאת באופן מובהק על סדר יומם של ארגונים חברתיים משמעותיים בארצות-הברית, גם שם נשמעת הקריאה להתארגנות עובדים רב-תחומית כדי לזכות בזכות שלא לעבוד בשעות נוספות רבות: Lung, לעיל ה"ש 8, בעמ' 72.

142 לסקירת המקורות הספרותיים הדנים במהות הזכות לאוטונומיה וההסכמה במשפט הפלילי, ראו רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389 (1998).

143 Fran Carnerie, *Crisis and Informed Consent: Analysis of a Law-Medicine Malocclusion*, 143 12 Am. J.L. & Med. 55 (1986).

של הזכות לאוטונומיה היא האפשרות של הפרט לבחור, במידה מסוימת, את גורלו: "the ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives"¹⁴⁴. מהו מעמדה של הזכות לאוטונומיה בישראל? זכות זו היא אחת מזכויות היסוד המרכזיות של הפרט בישראל¹⁴⁵. המקור הנורמטיבי להכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה כרכיב בסיסי בשיטת המשפט הישראלי, הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴⁶. כך, בפרשת גאנם קבע כבוד הנשיא (דאז) ברק כי "אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסודי במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם"¹⁴⁷. בעניין ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל¹⁴⁸ נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא "[...] חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי" וכי בכך משתקפת התפיסה שלפיה "כל

144 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369 (1986).

145 בעניין ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999), עמד כבוד השופט אור על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה המודרנית ועל חשיבותה של זכות זו לחיים כפרט חושב ועצמאי. השופט קבע כי זכותו של הפרט לאוטונומיה היא חלק חיוני ובלתי נפרד מהאינטרס של אדם "בנפשו, בנוחותו ובאשרו".

146 הזכות מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145, 151 (רות גביון ומרדכי קרמניצר עורכים, 1987)); וראו גם קנאי, לעיל ה"ש 142. גם בפסיקה באה לידי ביטוי עמדה זו. על משמעותו של כבוד האדם בהקשר זה, עמד כבוד הנשיא שמגר (ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994): "כבוד האדם משתקף, בין היתר ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חפשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש [...]" גם בעניין דעקה, לעיל ה"ש 145, נגזרה הזכות לאוטונומיה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט במדינה דמוקרטית [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (כבוד השופט אור, בעמ' 596). וכך גם דרכה של כבוד השופט שטרסברג-כהן, באותו עניין, בעמ' 620: "הזכות לאוטונומיה מעוגנת בהכרח בערך האדם ובכבודו – ערכים שזכו לעיגון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". וראו גם בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 770, 749 (1993).

147 בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, פס' 14 לפסק הדין (1996).

148 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996).

אדם [...] הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה"¹⁴⁹. הזכות לאוטונומיה של הפרט הוכרה בפסיקה הישראלית בהקשרים רבים. כך למשל יושמה זכות זו בהקשר של כיבוד רצונו המשוער של הפרט בענייני ירושות וצוואות¹⁵⁰ ובהקשר של בחינת ההסכמה מדעת לטיפול רפואי¹⁵¹.

את הזכות לאוטונומיה, הנוגעת לרצונו החופשי של הפרט, ניתן ליישם בהקשר של סביבת העבודה, בכל הנוגע להסכמתו של עובד האמון להחליט כמה שעות נוספות, אם בכלל, ראוי לו לעבוד. אוטונומיה פירושה שלטון עצמי¹⁵². שלטון זה מתבטא ביכולת להחליט ולבחור, ובהקשר הנדון הזכות לאוטונומיה פירושה הזכות להחליט על מספר שעות העבודה של העובד הבכיר. לפי גישה זו, לכל עובד, ובמיוחד לעובד האמון שהוא בכיר יותר, ישנה הזכות הבסיסית לעצב את אורח חייו, להחליט על חלוקת יומו ועל סדרי העדיפויות שלו, ולקבוע לעצמו את שעות העבודה והפנאי כראות עיניו. בכלל זה יש לו את הזכות להסכים לעבוד בשעות נוספות, אף ללא גמול מיוחד. לפיכך ניתן לטעון כי הסכמתו

149 פסק הדין החלוצי בנושא הזכות לאוטונומיה ניתן בעניין דעקה (לעיל ה"ש 145). בעניין זה הגיע כבוד השופט אור למסקנה כי "אדם אינו חפץ. זכותו של כל אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים (רע"פ 6795/93 אגדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 705, פס" 7 לפסק הדין (1994)). הדבר מתחייב מן ההכרה בערך האדם ובהיותו של כל אדם בן חורין. ההפרה של זכות יסודית זו שלא על פי כוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר פיצוי בנזיקין". וכן ראו דבריה של כבוד השופטת שטרסברג-כהן באותו עניין (בעמ' 620): "הזכות לאוטונומיה מלמדת, כי קנויה לאדם החירות לגבש את רצונו כאוות נפשו, להתוות באופן רצוני ועצמאי את אורח חייו, לקבל החלטות בכל הקשור למעשיו ולשלוט במידה מסויימת בגורלו". וכן ראו עמדתו של כבוד השופט חשין, המציין כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו'-שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם. 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95-96 (1995)).

150 ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 726-727 (1994).

151 וראו לדוגמה בהקשר של טיפול רפואי: עניין דעקה, לעיל ה"ש 145. בפסק דין זה מדגיש בית המשפט את המשמעות של מושג האוטונומיה והאופן שבו הוא משפיע על תחומי משפט רבים. "[הזכות לאוטונומיה] שימשה [...] בסיס לגזירתן של זכויות ספציפיות רבות. כך למשל, נגזרה ממנה, זכותו של אדם לבחור את שם משפחתו [...] נגזרה ממנה זכותו של נאשם פלילי לא להיות נוכח במשפטו, אם אין הוא מעוניין בכך (עניין ברקי פטה המפריס הנ"ל). ניתן לה משקל במתן תשובה לשאלה, האם יש למנות לאדם אפוטרופוס [...] נגזרה ממנה זכותו היסודית של כל אדם לחופש תנועה בישראל [...] היא שמשה גם עוגן לזכותו של אדם לבחור לו כרצונו עורך דין אשר ייצגו בבית משפט [...] ניתן לה משקל רב גם במתן תשובה לשאלה, האם ועד כמה יש להכיר בתוקפו של אימוץ של אדם בגיר [...]]" (בעמ' 596 לפסק הדין).

152 מילון אבן שושן 35 (1985): "אוטונומיה (מיוונית: autos - עצמו + nomos - חוק) עצמאות, שלטון עצמי, סמכות לשטון עצמאי בתחום מסוים".

של העובד, ובמיוחד של העובד הבכיר, לעבוד בשעות נוספות מרובות וללא גמול ספציפי עבור זאת, מכשירה את הפגיעה בבריאותו ובחירותיו וכי אין מקום להתערבות המחוקק בחופש בחירה זה של העובד, ואין מקום להחיל עליו את הוראותיהם הקוגנטיות של האמנות ושל חוק שעות עבודה ומנוחה.

אף שלעובד השכיר יש חופש בחירה בנוגע למשך שעות עבודתו, והוא לכאורה הסכים לתנאי העסקתו בשעות נוספות, נראה כי במקרים רבים תוקפה של הסכמת העובד הבכיר לפגיעה כה משמעותית באינטרסים הפיזיולוגיים והפסיכולוגיים שלו מוטלת בספק; הסכמה זו לאו הסכמה היא, שכן לרוב אין היא עומדת בשני קריטריונים מהותיים שנקבעו בפסיקת בתי המשפט¹⁵³ ובכתבי המלומדים¹⁵⁴, שלפיהם עליה להיות חופשית ומדעת. בטרם אגש לנתח יסודות אלה אציין כי לפיכך, הואיל והזכות לאוטונומיה היא זכות יסוד מוכרת, ראוי ליתן לה משקל פרשני מעצים בבואנו לנתח את יסוד ההסכמה לעבודה בשעות נוספות מרובות. האלמנט הראשון הפוגע בתוקפה של הסכמתו הלכאורית של העובד לעבוד בשעות נוספות נוגע לכשל מידע. ואמנם, כדי ליתן תוקף משפטי להסכמה, עליה להיות מדעת. בפסק הדין דעקה נ' בית חולים "כרמל" נקבע כי זכותו של הפרט לאוטונומיה היא הבסיס העיקרי של תורת ההסכמה מדעת¹⁵⁵.

153 עניין דעקה, לעיל ה"ש 145, בעמ' 597: "זכותו זו לאוטונומיה היא גם הבסיס העיקרי של תורת ההסכמה מדעת, שלפיה, בכפוף לחריגים מסוימים שאינם רלוונטיים כאן, אין לבצע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם אם לא ניתנה לכך הסכמתו המודעת". וכן ראו ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509 (1993).

154 דוד קרצ'מר תקיפה וכליאת שווא 12-14, 16-17 (דיני הנזיקין – העוללות השונות, ג' טרסקי עורך, 1981): "הסכמה סתמית לנגיעה, מבלי ש"המסכים" יודע מה מהותה וטיבה של הנגיעה, איננה הסכמה מספקת לצורך תקיפה [...] אין משמעות להחלטת החולה אם היא מתבססת על מידע המאפשר לחולה לשקול את סיכוייו של הטיפול לשפר את מצבו כנגד סיכוניו. היות שהעדר מידע מלא על סיכוני הטיפול משמיט את הבסיס לקבלת החלטה כזו, ניתן לטעון כי אין לראות בהסכמה ללא מידע הסכמה אמיתית. מצד שני יש להודות כי מתן מידע מלא לכל חולה על סיכומי הטיפול המוצע איננו מעשי". לדעתו, ההסכמה צריכה להיות לנגיעה ספציפית ולכן על המסכים לדעת מה טיבה של אותה נגיעה, אך הסכמה יכולה להיות תקפה לצורך עוללת התקיפה גם אם לא התבססה על מידע מלא על אודות כל סיכומיה של אותה נגיעה. יש צורך במידע על "מהות הטיפול" – הסבר כללי על הטיפול ועל כל תוצאות לוואי ודאית של הטיפול וכן על כל טיפול אלטרנטיבי שהיה משפיע על החלטת חולה סביר להסכים לטיפול. וראו גם עפרה גולן "דרישת ההסכמה מדעת" כביטוי לכבוד האדם" שערי משפט ב 171 (2000). וכן קנאי, לעיל ה"ש 142.

155 הפסיקה הישראלית הרחיבה את היריעה בנוגע לסוגיית ההסכמה מדעת, במיוחד בכל הקשור להסכמת מטופלים לקבלת טיפול רפואי. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי חובתו של הרופא לקבל את הסכמתו של המטופל לטיפול – הסכמה מדעת, וכי חובה זו מקפלת בתוכה את הצורך למסור למטופל את המידע הדרוש לו, ובכלל זה מידע על מהות הטיפול, על

ייתכן שהעובדים אינם מודעים לקשר המובהק והמאומת מחקרית שבין עבודה בשעות נוספות לבין הפגיעה הבריאותית הכרוכה בכך. לפיכך, ייתכן שאילו העובדים (גם הבכירים) היו מודעים לנזקים הבריאותיים והתפקודיים החמורים שעלולים לנבוע כתוצאה מעבודת יתר, הרי שלא היו מסכימים לעבוד בשעות נוספות. כך שאי-הנעימות הכרוכה בעמידה על מכסת שעות עבודה מבוקרת ומוגבלת הייתה עשויה לסוג מפני הדאגה המהותית לפגיעה חמורה בבריאות – לו רק הייתה לכך מודעות. מכאן שלפנינו מצב שבו העובד "המסכים" לעבודה בשעות נוספות עושה כן בשל חוסר מודעות לסיכונים הכרוכים בכך. כשל מידע זה מבטל במידה רבה את תוקפה המשפטי של ההסכמה לעבודה ממושכת ופוגענית. האלמנט השני המטיל ספק בתוקפה של הסכמת העובד, גם זה הבכיר, לעבוד שעות נוספות רבות הוא חופשיות ההסכמה, וזאת נוכח העובדה שברוב המקרים היחסים שבין העובד למעביד אינם שקולים, ולמעביד יש כוח כפייה רב: "במשפט העבודה בישראל נקודת המוצא הינה הפערים ביחסי הכוחות בין העובד למעביד. מכיוון שכך נקבע כי הסכמת עובד לויתור על תנאים זכויות קוגנטיות מכוחם של חוקי המגן לאו הסכמה

הסיכונים הכרוכים בו ועל הסיכויים הטמונים בו. לפיכך, בכפוף לחריגים מסוימים, אין לבצע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם אם לא ניתנה לכך הסכמתו המודעת. מעניינת גם העמדה שהובעה בע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל נ' משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142 (1991), שם אמר כבוד השופט מ' בן-יאיר (בדעת מיעוט) כי: "לפי סעיף 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ניתוח בגופו של אדם יהווה תקיפה, אלא אם כן ניתנת לניתוח הסכמת המנותח [...] חוסר ידיעת התוצאות כמוה כחוסר ידיעת מהות המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזה לאו שמה הסכמה, לעניין עוולה זאת". בעניין ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997) עמד כבוד השופט מצא על חובת הרופא לספק למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה אם לבחור במסלול הרפואי המסוים תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך אם לאו. בע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997) נפסק כי "המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו אפוא הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. צרכים אלה נקבעים על-פי קנה-מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע". ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525 (1995) נקבע כי "מקום שהבחירה במסלול רפואי, או קבלת טיפול רפואי, כרוכים בסיכונים מהותיים, חלה על הרופאים חובה (הכפופה אמנם לחריגים) לספק למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה, אם לבחור במסלול הרפואי המסוים תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך אם לאו". המבחן למסירת המידע אינו טכני, כי אם מהותי: "החתמת המטופל על טופס ההסכמה אינה כשלעצמה תנאי מספיק לקיומה של 'הסכמה מדעת'" (עניין דעקה, לעיל ה"ש 145, בעמ' 526).
 וראו גם ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, פס' 15–16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.6.2005), ועניין רייבי נ' וייגל, לעיל ה"ש 153.

היא¹⁵⁶. לכאורה, שעה שמדובר במנהלים בכירים – עובדי משרות ניהול ואמון – יחסי הכוחות שוויוניים יותר¹⁵⁷ ולפיכך יש ליתן משקל רב יותר לאוטונומיה של עובד האמון להסכים לעבודה ממושכת. עם זאת, ראוי לציין שמבחינת יחסי הכוחות שבין המעסיק לבין העובדים, דווקא ידם של עובדי ניהול רבים על התחווה, שכן במגזרים רבים של עובדי צווארון לבן רוב העובדים אינם מאוגדים, ובראשם – עובדי ההיי-טק. לעניין זה יפים דבריו של אפרים זילוני, איש האיגוד המקצועי, שלפיהם בעולם שכולו תחרות והישגיות הולכות וגוברות, עם נידודת מסיבית של כספים, של עסקאות, של שירותים ושל טובין מארץ לארץ, אף העובדים המאורגנים נמצאים במצב של נחיתות מסוימת, לא כל שכן עובדים שאינם מאורגנים¹⁵⁸.

עוד ראוי לציין, שגם בתקופת המהפכה התעשייתית שבה עבדו ההמונים גם 14 או 16 שעות ביום, איש לא כיוון אקדח לראשם ואילצם לעבוד ללא הרף. היו אלה תנאי השוק והאילווצים הכלכליים שלא אפשרו להם לסרב לעבודות זו. בדומה, התנאים הכלכליים של השוק בימינו והלחץ החברתי הם שמעצבים במידה רבה את הסכמתו של העובד לעבוד בצורה אינטנסיבית¹⁵⁹. לעתים קרובות לעובד אין אלטרנטיבה אלא להסכים לעבוד, שכן במצב התעסוקתי הקיים העבודה זולגת לשעות נוספות רבות בענפים רבים במשק. ואכן, יישומה של הזכות לאוטונומיה דורש אלטרנטיבה מעשית: “[T]o be autonomous, a person must not only be given a choice, but he must be given an adequate range of choices”¹⁶⁰,

156 ס"ק (אזורי ת"א) 502/09 ארגון גנות חרדיות – רשת הגנים של אגודת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2009); דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385, 404, 411 (1998): "יחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווי כוחות; מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק". בעניין זה נקבע כי הסכמה לפגיעה בפרטיות צריכה להיות חופשית וכי הואיל ויחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווי כוחות, אזי "החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ"רצונו החופשי". וכן ראו ע"א (אזורי חי') 3802/07 אלסייבר – יורשי המנוחה ליבוביץ (פורסם בנבו, 24.6.2009): "אין להקל ראש בעובדה כי יחסי הכוחות בין עובד למעביד מדרך הטבע אינם מאוזנים. אין ספק שעובד הבא לתבוע זכויותיו מצוי במידה מסוימת בעמדת נחיתות הן מבחינת משאבים, הן בשל העובדה כי עובד התובע, עליו מוטל נטל הראיה להוכיח תביעתו ובמידה ולא יצליח להוכיחה, אף שבפועל קופח, לא יוכל לקבל זכויותיו".

157 ע"ע (ארצי) 356/07 י.ב.מ. ישראל בע"מ – פולק (פורסם בנבו, 26.5.2009): "המנהלים לא היו מצויים בעמדה נחותה מול י.ב.מ., אלא יחסי הכוחות נטו לטובת המנהלים [שכן] מדובר בעובדים בכירים".

158 אפרים זילוני "אתגרים וסיכויים ביחסי עבודה חדשים" משאבי אנוש 30, 28, 146 (2000).

159 Vicki Smith, *New Forms of Work Organization*, 23 ANN. REV. SOC. 315 (1997); Catherine Casey, *Corporate Transformations: Designer Culture, Designer Employees and 'Post-Occupational' Solidarity*, 3 ORG. 317 (1996).

160 RAZ, ה"ש 144, בעמ' 373.

ואילו במשק הישראלי והגלובלי נורמת העבודה דומה – עבודת יתר של עובדים בכירים. ניתן להסיק אם כן, שחופשיות ההסכמה לעבוד ללא גבולות מוטלת בספק נוכח היעדר אלטרנטיבה תעסוקתית, שבה ניתן לעבוד ללא שעות נוספות או בשעות נוספות מעטות. ניתן לטעון שלעובדי צווארון לבן המועסקים לרוב בתפקידי ניהול ואמון, יש אלטרנטיבה תעסוקתית רחבה יותר מזו של עובדי צווארון כחול, שכן מגוון התפקידים העומד לפניהם רחב יותר ומכאן הצידוק להחרגתם מהגנת החוק. כך למשל ניתן לטעון שלעובד במפעל בקר יש מתחם בחירה מצומצם לעומת זה של עובד בחברת היי-טק, אשר יכול למצוא תעסוקה שאינה דורשת עבודה מאומצת בשעות נוספות, כגון משרת הוראה או עבודה בבנק. על פי תפיסה זו, הגנת האמנות והחוק פורשת את כנפיה דווקא על עובד הצווארון הכחול ולא על עובד משרת האמון, הואיל ולפני הראשון עומד מגוון עבודות מצומצם יותר. ניתן להתמודד עם טענת האלטרנטיבה התעסוקתית באמצעות כלים הומניסטיים וגם בכלים תועלתניים, אולם אפתח דווקא בהתייחסות לחוק ולאמנה. יש לציין שהחוק אינו מחריג עובדי צווארון לבן כשלעצמם אלא עובדי ניהול, כך שיכול להיות עובד במפעל בקר, שהתקדם לתפקיד מנהל משמרת ושלפיכך חדל מקבלת תשלום עבור שעות נוספות. מהבחינה ההומניסטית, כדי להגשים את הזכות לאוטונומיה הלכה למעשה, עליה להיעשות מתוך מתחם רלוונטי, ובלשונו של Raz – מתוך מתחם הולם של אפשרויות¹⁶¹. תרגום של תפיסה רעיונית זאת לסביבה התעסוקתית יביא למסקנה שכדי ליישם את הזכות לאוטונומיה, על זו להיות ממומשת מתוך היצע מקצועי הקרוב לתחום התעסוקה של העובד ולהתבטא באפשרויות הקרובות ליכולותיו של העובד ולשאיפותיו המקצועיות. אמנם מהנדס יכול לעבור הסבה מקצועית ולעבוד כפקיד בנק, ולפיכך לכאורה מתחם האפשרויות שלו מגוון בהרבה מזה של עובד צווארון כחול, אך דרישה זו מנוגדת בתכלית הניגוד לדרך החיים המקצועית שבה הוא בחר. כך שלמעשה, אין אוטונומיה אמיתית שעה שמעמידים בפני העובד שתי אפשרויות מוקצנות: בחר בעבודה משעבדת מבחינת השעות בתחום עיסוקך, או עבור הסבה מקצועית לתחום תעסוקתי שונה בתכלית.

נראה כי גם ניתוח תועלתני של טענת האלטרנטיבה התעסוקתית הכוללת הסבה מקצועית מוביל לדחייתה. שהרי אם עובדים בכירים כגון מהנדסים, רופאים, עורכי דין וכדומה לא יעברו בתחומים חשובים אלה בשל הדרישות התובעניות מבחינת שעות העבודה, אזי המשק יספוג מכה כלכלית. כך למשל, אם אנשי היי-טק יצביעו ברגליים, יעברו הסבה מקצועית ויפנו לתעסוקה במקצועות פחות תובעניים מבחינת השעות הנוספות, המשק כולו יצא מופסד. מעבר לכך, לעתים קרובות קיימת דינאמיקה תעסוקתית המייחסת עבודה בשעות נוספות להשקעה ולנאמנות, ואזי חרב הפיטורים או אי-הקידום היא

שמובילה לעבודה ממושכת – גם של העובד הבכיר¹⁶². במקרים אלה, העובד נתון גם ללחץ חברתי סמוי לעבוד שעות רבות, והכורח להשתייך לכלל הוא שדוחף אותו לעבוד עד מאוחר “כמו כולם”: “My boss does not want to go home because his boss doesn't want to go home and I can't go home until my boss goes home”¹⁶³. נוסף על כך, לעתים היעדר האלטרנטיבה והאוטונומיה נובע מכורח המציאות – מהמשימות המתדפקות על הדלת, ממועדי הגשה דחופים, או מעניינים בוערים הדורשים את טיפולו של נושא התפקיד הבכיר. בנסיבות אלה דווקא הנושאים במשרות ניהול, בעלי העצמאות הרבה, נאלצים להמשיך לעבוד ללא גבול.

עולה שמבחינות רבות, הסכמת העובד לעבוד בשעות נוספות מרובות לאו הסכמה היא, שכן היא אינה חופשית ומדעת, ולעתים גם העובד הבכיר המחזיק במשרת אמון נעדר אוטונומיה לגבי ניהול שעות עבודתו ומנוחתו, ונגרר בעל-כורחו לעבודת יתר. עם זאת ייתכנו חריגים לתפיסה זו; מקרים שבהם העובד מהדרג הבינוני מחליט באופן מודע וחופשי לעבוד בשעות נוספות ללא קצבה, וזאת למרות ההשלכות הבריאותיות של הדבר. כמו כן, ניתן לומר כי לעובדים הבכירים ביותר האדונים לזמנם יש אינטרס מובהק בהשגה קצרת טווח של יעדי החברה, גם על חשבון בריאותם, וכי הסכמה זו בת תוקף משפטי. למשל מנכ"ל חברה ציבורית, המחזיק במניות רבות של החברה או המקבל בונוסים כבדי משקל על הצלחותיה, מסכים באופן אוטונומי וחופשי לעבודה בשעות נוספות רבות. ממילא ניתן לומר גם כי ממלא תפקיד כה בכיר זה הוא בעל שליטה על זמנו, והוא יכול להחליט מתי לבוא לעבודה ומתי ללכת; מתי להחסיר ממכסת השעות הקבועה ומתי לחרוג ממנה באמצעות עבודה בשעות נוספות וכדומה.

5. עבודת יתר – הגישה המוצעת

הניתוח העובדתי והמשפטי דלעיל מעלה שכדי להשיג רווחה פיזית ונפשית של ציבור המועסקים, כדי להוציא לפועל את ההכרה בהיות העובד בן-חורין הזכאי למנוחה, ואף כדי למקסם את הרווחה החברתית והכלכלית, נדרשת התערבות המחוקק וזאת באמצעות הסדרה קוגנטית של משך שעות העבודה והמנוחה. על חקיקה זו להתבטא במספר מישורים עיקריים:

ראשית, הואיל והמחקרים מוכיחים שעבודה בשעות נוספות (מעבר ל-8 שעות ביום או 40 שעות בשבוע) פוגעת בבריאות העובד וביעילותו, ראוי לחייב את המעביד במתן גמול עבור עבודה בשעות נוספות, הן לעובדים בתפקידי הנהלה ואמון, והן לעובדים בתפקידים

162 Herbig & Palumbo, לעיל ה"ש 23.

163 שם.

זוטרים. על כן, מוצע לבטל את החריג המנוי בסעיף 30(א)(5) לחוק ביחס לעובדי משרות ניהול ואמון. מטרתו של תשלום הגמול להניע את המעביד להכיר בצורך לצמצם העסקה חריגה זו; הכורח הכלכלי לשלם לכל העובדים עבור עבודה בשעות נוספות מסמן למעביד את חשיבות הגבלתן של שעות העבודה ומהווה זרז לצמצום שעות העבודה. כפועל יוצא, הגמול הכלכלי עבור עבודה בשעות נוספות ישמש אמצעי להשגת מספר יעדים – שמירת בריאות העובד, הגברת הפרודוקטיביות והרחבת שוק התעסוקה.

שנית, מן ראוי להתייחס באופן מיוחד לעבודה הנמשכת מעל 12 שעות ביממה. תפיסה זו נשאבת ממקורות מגוונים – רפואיים, היסטוריים, משפטיים והלכתיים. כאמור, ממצאים מחקרניים מצביעים על כך שמחבחינה הרפואית והנפשית, לעבודה הנמשכת מעל 12 שעות ביום (60 שעות חודשיות) השלכות הנושאות אופי חמור יותר, בהשוואה לעבודה הנמשכת עד 8 שעות ביום לערך. למשל Nagashima et al סוברים שמבחינה בריאותית ופסיכולוגית, על עובדים זכרים לעבוד פחות מ-12 שעות ביום כדי לצמצם את ההשלכות הבריאותיות השליליות של שעות עבודה מוגזמות¹⁶⁴. ניתן למצוא הד להתייחסות זו גם במקורות היסטוריים, משפטיים והלכתיים. כך למשל, החוק הראשון שאומץ בנושא הגבלת שעות העבודה התקבל באנגליה בשנת 1819 והוא הגביל את שעות העבודה בטווייט חוטים של ילדים שטרם הגיעו לגיל 16 ל-12 שעות ביום¹⁶⁵. בדומה, אחד מחוקי המגן הראשונים שהיה בו כדי ליתן הגנה מינימלית על הפועלים הוא חוק הוב-האוז משנת 1825, שהגביל את יום העבודה לפועלים שטרם הגיעו לגיל 16 ל-12 שעות ביום¹⁶⁶. כאמור, גם היתר שר התעשייה אוסר עבודה הנמשכת מעבר ל-12 שעות במקום עבודה שבו עובדים חמישה ימים בשבוע. במקורותינו, בצד הציווי לעבוד וההכרה בערך המלאכה, דומה שמשך העבודה מוגבל ל-12 שעות ביממה: "ששת ימים תעבוד ועשית כל מלאכתך" (שמות 8) – העבודה מוגבלת ליום ולא ללילה, וכפועל יוצא – לתקרה של 12 שעות¹⁶⁷. זאת ועוד, עבודה שאינה מוגבלת בזמן מוגדרת כעבודת פרך: "ואיזו היא עבודת פרך? – זו עבודה שאין לה קצבה [...]" (רמב"ם, הלכות עבדים א, 1).

לפיכך, הואיל וקו פרשת המים הוא 12 שעות עבודה ביום, הרי שיש להגביל את משך העסקת העובדים ל-12 שעות ביום ולאסור העסקה הנמשכת מעבר למכסת שעות זו. כך יושם מחסום לסך כל השעות המותרות להעסקת העובדים. תפיסה זו תיושם הן כשמדובר בעובדים שאין אפשרות פיקוח על שעות עבודתם, והן בנוגע לעובדים בתפקידי הנהלה

164 Nagashima et al., לעיל ה"ש 25.

165 הגבלה זו הייתה מהפכנית אל נוכח הקדושה שיוחסה לחופש החוזים (בר-ניב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 145).

166 שם, בעמ' 19.

167 וראו גם מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים א (מהדורת הורוביץ-רבין): "שכיר עובד ביום ואינו עובד בלילה".

ואמון; בין בקרב עובדי הצווארון הלבן ובין בקרב עובדי התעשייה¹⁶⁸; בין בשעות עבודה בתשלום ובין שלא. ככלל, ראוי ליישם תפיסה זו גם על מי שנמצא בקודקוד הפירמידה, למשל מנכ"ל חברה גדולה, שכן כמפורט בחלק הרביעי דלהלן, לעבודה המוגזמת השלכות חברתיות רחבות, הגוברות על זכותו האוטונומית של העובד הבכיר להסכים לעבודה שכזו. שלישית, כדי להביא ליישום אפקטיבי של האיסור על העסקת עובד מעבר ל-12 שעות ביממה, מוצע לקבוע גם עולה נזיקית שתשמש סנקציה כלכלית ותדרבן ציות להוראת חוקי העבודה, וזאת לצד האיסור הפלילי או המנהלי על העסקה מעבר ל-12 שעות ביום. היתרון שבסנקציה נזיקית נובע מכך שדווקא לעובד הנפגע יש מוטיבציה גבוהה לפעול לאכיפת החוק כדי לזכות בזכויותיו הכלכליות¹⁶⁹. כך תשמש הסנקציה הכלכלית-נזיקית גורם מרתיע.

חלק רביעי – ביקורת אפשרית על ההסדר המוצע

ההסדר המוצע, הכרוך בהגבלת מספר שעות העבודה המקסימלי ל-12 ובתשלום גמול עבור עבודה בשעות נוספות לבכירים – עובדי משרות האמון והניהול, עלול לגרור ביקורת בשני אספקטים מרכזיים שאנתח להלן: הראשון – פגיעה כלכלית במעסיקים ובמשק בכלל; והשני – חשש לפטרנליזם שלטוני על העובד ועל המעביד.

אפתח בבחינת הביקורת הראשונה, שלפיה ניתוח כלכלי של הגישה המוצעת מעלה שמדובר בהצעה בעלת השלכות כלכליות משמעותיות, שכן היא כרוכה בקיצוץ שעות העבודה בפועל ואף בתשלום שכר עבור שעות נוספות, וכי הדבר עלול להוביל לפגיעה באינטרסים הכלכליים של המעביד ושל החברה בכללותה. על פי ביקורת זו, הגישה המוצעת, הכרוכה בהשתתפות שלום שעות נוספות לכלל העובדים ובקיצור שעות העבודה, תוביל להוצאות כלכליות גבוהות של המעסיקים, ובשל כך להפסדים ואף לקריסתם, כך שהיא עלולה להיות בעלת השפעה רסנית על כלל המשק. הדברים יפים במיוחד בנוגע למעסיקים שלאורך שנים ניהלו את עסקיהם על סמך מערך עבודה המבוסס על שעות עבודה בלתי מוגבלות של עובדיהם.

ביקורת זו ראויה להידחות מסיבות עקרוניות ופרקטיות. ראשית, ברמת העיקרון, רווחה כלכלית מהווה רק אמצעי להשגת תכלית העל של כל חברה מתוקנת – הרווחה הפיזית

168 לקריאה להתארגנות עובדים ממגוון תחומים ומגזרים כדי לזכות בזכות שלא לעבוד בשעות נוספות רבות ראו Lung, לעיל ה"ש 8, בעמ' 72–73.

169 אך השוו לחוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט–2009, ס"ח 310, ולהצעת חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשס"ח–2008, ה"ח 376, המציעה אכיפה מנהלית של דיני העבודה.

והרגשית של הפרט בחברה, כך שהפגיעה הפיזית והנפשית בכריאותם של העובדים עלולה לשים לאל את יעדיה התועלתניים המרכזיים של כל חברה מתוקנת¹⁷⁰. לפיכך, יש לרווחה הפיזית של הציבור משקל יתר על פני רווחים כלכליים נוספים. שנית, כאמור בסעיף 2 לעיל, העסקתם של מגזרי עובדים שלמים בשעות נוספות רבות, תוך פגיעה בכריאותם, מובילה לירידה בפרודוקטיביות שלהם. ואכן, הוכח מחקרית שהפחתת מספר שעות העבודה בראשית המאה שעברה, מ-55 ל-40 שעות שבועיות הובילה דווקא לעלייה בייצור¹⁷¹, כך שתפוקה ויעילות אינן קשורות בהכרח לריבוי שעות עבודה. נוסף על כך, הפגיעה ברווחתם הבריאותית של העובדים עלולה לפגוע במקומות העבודה עצמם גם בשל היעדרויות הנובעות מהבעיות הרפואיות והנפשיות או מעייפות כרונית. לכן, ייתכן שדווקא עבודה בשעות מוגדרות ומוגבלות תגביר את התפוקה ואת הסיפוק, ובסופו של דבר תועלתה רבה מעבודה המשתרעת על שעות רבות ומבוצעת על ידי עובדים עייפים ושחוקים. עולה כי משתי בחינות אלה, הגישה המוצעת עשויה דווקא לתרום לכלכלת המשק בכללותו, אף שייתכן שבטווח הקרוב יחסית המעסיקים יאלצו לספוג קשיים כלכליים כתוצאה ממנה. אעבור לבחון את הביקורת השנייה העלולה לעלות בהקשר זה, שלפיה הגישה המוצעת נגועה בפטרנליזם, שכן בשם ההגנה על בריאות העובד היא כופה עליו את משך שעות עבודתו תוך הגבלת חירות הבחירה שלו, ואף תוך גריעה מההנאה ומהעניין שהוא עשוי להפיק מעבודתו. על פי ביקורת זו, אין זה רצוי לאפשר לריבון להכתיב לעובד את שעות עבודתו ובכך לשלול מהעובד את החירות הבסיסית של התוויית דרך חייו; אין זה סביר שעובד, המעוניין להגדיל את סיכויי קידומו בעבודה או לעמוד במטלות עבודתו, יוגבל על ידי כללים נוקשים שהמערכת המשפטית תכפה עליו. ניתן לבסס גישה זו על הגותו של ג'ון סטיוארט מיל, המתנגד לכל סוג של "שימוש בכוח הכפייה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, כנגד רצונו של אותו איש", אף אם מטרת החוק לעשותו מאושר יותר, וזאת בשל חשיבות חירות הפרט¹⁷². אף שטיעון זה אולי שובה לב ממבט ראשון, ניתן בכל זאת להצדיק פטרנליזם חקיקתי גם לשיטתו של מיל, משתי סיבות עיקריות:

ההצדקה האחת לפטרנליזם חקיקתי נובעת מכך שכאמור בסעיף 2 לעיל, העסקה ללא תשלום נפרד וללא קצבת זמן פוגעת בזכויות יסוד של העובד ובאינטרסים מובהקים שלו, ובכללם הזכות לתעסוקה, הנפגעת כתוצאה מצמצום מספר העובדים במשק ומצמצום מספר העובדים המסוגלים פיזית לעבוד ללא הקצבה; והזכות לבריאות ולעבודה בתנאים בריאים. למעשה, במקרים רבים העובד משולל יכולת ממשית לסרב לתעסוקה פוגענית זו, וזאת עקב

170 ניתן אף לטעון כי הגישה המוצעת פוגעת באוטונומיה של המעביד להעסיק את העובד כרצונו ולפי צרכיו – ומתוך כך גם בחופש העיסוק שלו ובחופש הקניין שלו. אלא שדין טענה זו להידחות, הואיל והעובד בן-ימינו אינו נכלל בגדר קניינו של המעביד.

171 Shepard & Clifton, לעיל ה"ש 30.

172 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 20 (מהדורה שנייה, אריה סימון מתרגם, 1966).

חוסר אלטרנטיבה ויחסי כוחות בלתי שקולים. הצדקה זו היא העומדת בבסיס רובם של דיני העבודה הקוגנטיים, הבאים לסייע לעובדים להגן על האינטרסים החברתיים שלהם תוך כפיית סטנדרטים ראויים של תעסוקה. כך שבהקשר זה הגישה המוצעת מהווה רק צעד נוסף בהגנה על אינטרסים חברתיים ראויים, שהרי באותה מידה ניתן לטעון שעובד בעבודת אמון אינו זכאי להגנת חוקי העבודה בכל הנוגע לימי החופשה, לשכר מינימום וכדומה.

ההצדקה השנייה לחקיקה קוגנטי נובעת מכך שמדובר בתופעה בעלת השלכות מזיקות על הכלל. ואכן, גם ג'ון סטיוארט מיל מצדיק חקיקה פטרנליסטית שמטרתה "למנוע היזק מאחרים"¹⁷³. על פי תפיסתו זו, כאשר הסכמתו של אדם להיפגע מפילה אותו למעמסה על כתפי הציבור, הפגיעה באינטרס הציבורי מצדיקה התערבות חקיקתית כפויה. כך למשל, ניתן לטעון כי הפגיעה בבריאותו של העובד, גם זה הבכיר, פוגעת בסופו של יום באינטרס הכלכלי-חברתי ומפילה את החולה ואת עלויות הטיפול הרפואי בו לעומס על כתפיו של משלם המסים. בדומה, לפגיעה בתפוקת העובד, גם זה הבכיר, השלכות חברתיות שליליות לטווח הארוך, הנובעות גם מהירידה באיכות עבודתו ומהשלכותיה על הכלל, למשל בכל הנוגע לתאונות הקשורות לעבודה רשלנית¹⁷⁴. ניתן להסיק מסקנה זו גם מסיפורו של אחד ה"עובדים" המקראיים המסורים ביותר – משה רבנו, אשר שימש כשופט בעת נדודי עם ישראל במדבר: "וישב משה לשפט את העם ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב"¹⁷⁵. יתרו, חותן משה, עמד על השלכותיה הקשות של עבודה מתמשכת זו ("מן הבוקר עד הערב"), באומרו: "מה הדבר הזה אשר אתה עושה לעם. מדוע אתה יושב לבדך וכל העם נצב עליך מן בקר עד ערב [...] לא טוב הדבר אשר אתה עשה. נבל תבל גם אתה, גם העם הזה אשר עמך, כי כבוד ממך הדבר"¹⁷⁶. עמדתו של יתרו מתמצתת את השלכותיה השליליות של עבודה מתמשכת, הן בממד האישי-פרטי של העובד – ובמיוחד בממד החברתי-ציבורי; עבודה שאינה מוקצבת בזמן פוגעת בעובד ועלולה להוביל לנבילתו האישית – לפגיעה פיזית, נפשית ותועלתנית-יצרנית בו. אך השלכותיה החברתיות של העבודה הבלתי מוגבלת קשות יותר; נבילתו של מי שעובד שעות רבות פוגעת גם בציבור הרחב התלוי בפועלו: "מה הדבר הזה אשר אתה עושה לעם". דוגמה זו ממחישה את המתח שבין הגישה ההומניסטית-אוטונומית לבין הגישה התועלתנית; הצורך למנוע את הפגיעה הקשה באינטרסים חברתיים הנובעים מעבודה שאינה מוגבלת בזמן, גובר על הסכמתו החופשית והאוטונומית של העובד, גם כשמדובר במי שעומד בראש הפירמידה, כדוגמת מנהיג, ראש ממשלה או מנכ"ל חברה.

173 שם. וראו גם H.L.A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY 32 (1963).

174 O'Rourke, לעיל ה"ש 33; Lamberg, לעיל ה"ש 33.

175 שמות יח 13.

176 שם, 14.

לפיכך, הואיל ועבודה בשעות נוספות ללא גמול נפרד וללא קצבת זמן פוגעת בזכויותיו הבסיסיות של העובד ואף גוררת השלכות חברתיות שליליות הנובעות מהירידה בתפוקה, הרי שיש מקום להגבילה באמצעות חוקי מגן, אשר יחולו גם על העומדים בראש הפירמידה התאגידית.

סיכום

עבודה ש"מפרכת את הגוף ומשברתו", כך מגדיר רש"י את המונח "עבודת פֶּךָךְ" ובתוך כך מותח קו ישר בין תנאי העבודה לבין פגיעה בבריאות העובד¹⁷⁷. עבודת הפרך המודרנית אינה נעשית בכפייה תחת עינם הפקוחה של נוגשים, אלא באצטלה של חופש חוזים; עבודת היתר בת זמננו אינה מתרחשת במפעלים אפלים וטחובים, אלא גם במשרדים ממוזגים; היא אינה מוגבלת לפועלים קשי"ים, כי אם פושה גם בקרב העובדים הבכירים.

למרות זאת, מחקרים מוכיחים כי עבודה בשעות נוספות, לרבות עבודה משרדית, גוררת בעיות בריאות קשות המתבטאות בעייפות, בחרדה ובקשיי החלמה ואף עלולה להוביל למוות. על רקע ממצאים רפואיים אלה, נקל להסיק שהעסקת עובדים ללא קצבת זמן פוגעת בזכויותיהם הבסיסיות לתנאי עבודה צודקים, לרמת בריאות נאותה ולחירות (ובתוך כך – אף למנוחה ולשעות פנאי).

לכאורה, העובד הבכיר שלרוב מקבל משכורת גבוהה וגלובלית מסכים לעבודה בשעות נוספות, ולפיכך אין עסקינן בהפרת זכויותיו, אלא ביישום חופש החוזים שלו. ואולם, ניתוח הזכות לאוטונומיה בסביבת העבודה מעלה שברוב המקרים להסכמה זו אין תוקף, שכן אין היא חופשית ומדעת, וזאת נוכח יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים שבין המעביד לעובד, היעדר האלטרנטיבה התעסוקתית, ולחץ המשימות המוטלות על העובד. מאידך גיסא, קרוב לוודאי שיש תוקף להסכמתו של העובד הבכיר מאוד, האדון לזמנו והניצב בראש הפירמידה התאגידית או בהנהלתה. למרות זאת, סבורתני כי שיקולים תועלתניים רחבים מצדיקים את אימוצה של חקיקת מגן קוגנטית, המתעלמת מהסכמת העובד – כל עובד – לעבודה בלתי קצובה בזמן. הצידוקים להתערבות חקיקתית כופה בשוק העבודה נעוצים בין היתר, בשיקולים תועלתניים הנובעים מהשלכותיה השליליות של עבודת היתר, המובילה לירידה באיכות התפוקה (תאונות עבודה) ובכמותה; העלולה להטיל את עלות הטיפול בעובדים החולים על כתפי החברה; והמצמצמת את מספר העובדים במשק.

לפיכך, מוצע לאמץ קו פרשני תכליתי ומצמצם של סעיף 30(א)(5) לחוק ולפרשו לאור מבחן הפיקוח בקביעת שעות העבודה, בצירוף מבחן הפיקוח הכולל. כך יוחל הסעיף רק על

177 רש"י, שמות א 13.

מנהלים בכירים ביותר שהם אדונים לזמנם. אשר לדין הרצוי, מוצע לפרוש את הגנת החוק גם על עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון. על פי גישה זו יוקצב משך העבודה בכל המגזרים ל-8 שעות עבודה ביום, אך תותר העסקה בשעות נוספות בכפוף לתשלום גמול עבורן – גם למנהלים בכירים מאוד ולעובדים במשרות אמון. דרישת תשלום גמול מיוחד ונפרד עבור עבודה בשעות נוספות, במקום הכרה גלובלית בעבודה זו, נועדה לכמה מטרות. ראשית – להגן על בריאות העובדים ולשדר למעסיק מסר כלכלי "מכאיב" שלפיו מדובר בהפעלת "משאב" אנושי יקר ופגיע, ולא בלתי נדלה; שנית – לקשור בין ערכים כלכליים גבוהים לבין הקצאת משאבים; ושלישית – לשמש מעין תזכורת כספית לכך שכל שעה נוספת עולה לעובד מחיר גופני, תפקודי, רוחני ותרבותי (היעדר שעות פנאי) יקר. נוסף על כך, על פי הגישה המוצעת לא תותר עבודה מעבר ל-12 שעות ביממה, וזאת בשל השלכותיה החמורות יותר של עבודה כה מתמשכת על בריאות העובד. בתוך כך, הצעת החוק הממשלתית המתייחסת לאפשרות העברתם של מגזרי עובדים שלמים למשטר עבודה גלובלי, שאינו קוצב את שעות העבודה ואינו מתגמל בנפרד את העבודה בשעות נוספות, עלולה להוות נסיגה חברתית והומניסטית לזמנים שקדמו לחוזה ורסאי שבו הוגבלו שעות העבודה.

לסיום, הגישה המוצעת מכירה בתלות ההדדית שבין העובד למעביד ולקהילה בכללותה, ובאה ליצור מאזן כוחות ראוי וצודק יותר בין הצדדים¹⁷⁸. אימוצה יממש הלכה למעשה, את זכויות העובד לכבוד, לעבודה ולבריאות תעסוקתית, ויאפשר לבטל את עבודת היתר המודרנית המשעבדת את העובד – גם זה הבכיר – לתעסוקתו.

178 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז' 56 (1999).