

אוניברסיטת תל-אביב

הפקולטה למשפטים

הצעת מחקר לתואר דוקטור במשפטים

**מ י מ ד ה כ ו ח**

**ב ד י נ י ה ע ב ו ד ה**

**ה י ש ר א ל י י ם**

מגיש : טל גולן, ת.ז. 032122640

מנחה : פרופ' גיא מונדלק

דצמבר 2007

## מִימַד הַכּוּחַ

### בְּדִינֵי הָעֵבוּדָה הַיִּשְׂרָאֵלִיִּים

#### א. מבוא - הגדרת הנושא

מהו מיקומו ומעמדו של מימד הכוח בפסיקת בתי הדין לעבודה? כיצד בתי הדין לעבודה בישראל מגדירים ובוחנים את מימד הכוח, ומהם שיקוליהם בעשותם כן? מתי עובד הינו "חלש" ומתי הוא "חזק"? וכיצד בכלל מודדים כוח במסגרת של יחסי עבודה? שאלות אלו הן העומדות בבסיס המחקר שלפנינו, אשר יידון בשתי שאלות עיקריות: בחינה תיאורית-ביקורתית של פסקי דין בתחום העבודה הדנים ומפרשים את המונח "כוח" (ומופעיו השונים), וכן הדגמה כיצד תפיסות שונות של כוח מעצבות מטרות שונות לדיני עבודה.

התהליכים השונים, אשר ייסקרו להלן בחלקיו השונים של המחקר, ובין היתר: הרחבת המונחים 'עובד', 'מעביד' ו-'עבודה'; פרשנות "תניית גדרון" וחוק שעות עבודה ומנוחה; מבחני אישיות ותביעות על חוסר ייצוג הוגן, יאפשרו לראות כיצד בית הדין לעבודה בוחן ומסתכל על מימד הכוח, תוך עיון בדפוסי כוח שהינם שונים מזה מזה. המחקר יבחן ארבעה הקשרים נפרדים (אך משתלבים) של כוח, אשר יודגמו בפסיקת בתי הדין לעבודה. במקביל, יבחן המחקר כיצד הפסיקות הדנות בהקשרים אלו משפיעות ומושפעות ממטרות היסוד של דיני עבודה, הליכים המתרחשים בחברה ובכלכלה הישראלית וכו'.

#### ב. ראשי פרקים ודיון בנושא המחקר

##### פרק ראשון - התשתית התיאורטית למחקר

#### **א.1. מימד הכוח – גישות וזרמים**

ההגדרות השונות ל"כוח" מאפשרות לראות את המימדים הנרחבים שיש למונח זה, ובתחומים השונים של פסיכולוגיה, מדע המדינה, סוציולוגיה ועוד.<sup>1</sup> כך, בעוד שחוקרים אחדים, כמו ברטראנד ראסל, מדגישים את העובדה שכוח צריך להיות מופעל בכוונה תחילה (מצידו של זה אשר מפעיל את

<sup>1</sup> גלברייט מעיר בהקשר זה, כי "Few words are used so frequently with so little seeming need to reflect on their meaning as power, and so it has been for all the ages of man": J.K. Galbraith, *The Anatomy of Power*, pp. 1 (1984).

הכוח), מדגישים חוקרים אחרים, כמו מקס וובר, את ההתנגדות מהצד השני להפעלתו של הכוח, ואת היכולת של הצד שמפעיל את הכוח להשיג את מטרותיו.<sup>2</sup> רוברט דאהל מדגיש גם הוא, כי כוח משמעותו היכולת לשנות את התנהגותו של האחר.<sup>3</sup> גישות אלה מודדות את מימד הכוח בצורה היררכית, אשר נמדד תמיד כמוואה מעין-מתמטית של גורמים הניצבים משני צדי המתרס. גישות אחרות, של חנה ארנדט וטלקוט פרסונס, מדגישות לעומת זאת את המימד הקולקטיבי של כוח, ואת השימוש בו להשגת מטרות חברתיות.<sup>4</sup> ניקוס פולאנטאס מטעמו מדגיש אף יותר את ההיבט החברתי של כוח, ורואה במעמד החברתי והכלכלי כמרכיב המכונן של כוח.<sup>5</sup>

**ההוגים והגישות העיקריים של מימד הכוח בהן יידון המחקר** – היות ששדה המחקר של מימד הכוח הינו רחב ביותר, ומשתרע על גבי הוגים וגישות שונים ורבים, המחקר שלפנינו יתמקד בעיקר בגישות ובמחקרים מסוימים בלבד, ובמיוחד כאלה היכולים לשפוך אור על תהליכים ומגמות בדיני ויחסי עבודה. תחילה, המחקר ישתמש במחקריו של לוקס לגבי מימד הכוח, אשר הניח תשתית תיאורטית כללית לבחינת מימד הכוח. לאחר מכן, המחקר יבקש להתמקד במחקרים נוספים לגבי מימד הכוח. על כן, המחקר יתמקד ראשית בתפיסתה של ארנדט לגבי המימד הקבוצתי והשיתופי של מימד הכוח. לאחר מכן יידון המחקר בתפיסתו של פוקו לגבי האלמנט הכופה, המארגן והמשליט של מימד הכוח.<sup>6</sup>

**מימד הכוח לפי לוקס** – מזה למעלה לשלושים שנה מקובלת אבחנתו של לוקס בין שלושת מימדי הכוח, כאשר כל המימדים מנסים לתאר ולענות על שתי שאלות: (1) איך ניתן לזהות מצבים שבהם מופעלת עוצמה; (2) איך מתחלקת העוצמה בחברה, ומיהם בעלי העוצמה בחברה. המימד הראשון, שהינו המימד הנראה לעין, דן בהבדלים בעוצמה שבין גורמים המסבירים את היכולת של החזק לכפות את עמדתו על החלש. גישה זו נקראת גם הגישה החד-מימדית, אשר מקורה בתפיסתו ההיסטורית של מקס וובר על הכוח, אשר הגדיר כאמור את המונח "כוח" ביכולת לכפות על רצון האחר למרות התנגדותו. מחקרים ברוח הפרספקטיבה החד-מימדית התמקדו בשאלה מי בסופו של דבר מחליט החלטות, ושולט בשותפות של קבלת החלטות.

<sup>2</sup> וובר הגדיר כוח כך: "the chance of a man or a number of men to realize their own will even against the resistance of others who are participating in the action" – *Power*, Edited by Steven Lukes, pp. 2 (1986).

<sup>3</sup> Robert Dahl, Power as the Control of Behavior, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, 37-59 (1986).

<sup>4</sup> Talcott Parsons, Power and the social system, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, 94-143 (1986); Hannah Arendt, Communicative Power, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, 59-74 (1986).

<sup>5</sup> Nicos Poulantzas, Class Power, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, 144-155 (1986).

<sup>6</sup> יובהר שוב, כי אין בבחירה להתמקד בהגותם של חוקרים מסוימים משום שלילה לגבי מחקריהם של חוקרים אחרים, אלא כאמור, לאור הרצון לעסוק בהגות הרלוונטית ביותר לסוגיות של יחסי ודיני עבודה, הנידונות במחקר זה.

המימד השני, שהינו המימד הסלקטיבי, מתעסק בכוח שלא להחליט (Non-Decision Making) המאפשר לבעל העוצמה לנפות אלטרנטיבות לא רצויות ולתעל את הגורמים השונים לבחירה באפשרות המתאימה לו יותר. אי-החלטה מנטרלת או מפחיתה כל איום סמוי או גלוי לגבי אינטרס אישי של בעלי הכוח, ואינה בהכרח מכריזה על עצמה בהתנהגות גלויה. בראייה זו, השימוש בכוח אינו מבוסס בהכרח על עימות גלוי, אלא יכול לנבוע מעימות סמוי, למרות שהוא עקרונית ניתן להבחנה.

המימד השלישי, שהינו מימד התודעה, דן ביכולת לעצב רצונות של פרטים או מאוויים חברתיים בכיוון המועדף על בעל העצמה הפוליטית, היכולת לקבוע את גבולות השיח הציבורי ולהשיג מעמד עדיף מבחינה ערכית-רעיונית.<sup>7</sup> הגישה התלת מימדית חוקרת את התרבות ואת האופן שבו נוצרים סולמות של עדיפויות על ידי המבנה החברתי, ומבוססת על הטיעון שהדרך הרציונאלית שלכאורה אנו פועלים במסגרתה הינה מוגבלת מראש. גישה זו מבוססת לפיכך על ההנחה, שיש לגנוז את המחשבה לפיה הפרט הינו אוטונומי ורציונאלי, קרי – חופשי ומודע לאינטרסים שלו. שליטה נוצרת דרך תודעה כוזבת, המבוססת גם על רעיון ההגמוניה (שבו דן גם גרמשי): המאוויים מלכתחילה מצומצמים, שכן החברה עיצבה את התודעה שלנו ואנו מזהים בטעות את הצרכים שלה כצורך האישי.

**המימד הכופה והמארגן של כוח לפי מישל פוקו** – לוקס יצר כאמור תשתית תיאורטית כללית להתדיינות במימד הכוח. בדומה להוגים וחוקרים רבים, לוקס התמקד, בעיקר במימד הראשון, במימד הכוח ככזה שיוצא בעיקר ממקור מרכזי אחד, ולכל היותר – כמה מקורות מרכזיים. בניגוד לכך, פוקו חקר את מימד הכוח כתוצר חברתי מבוזר ומופרט, המופעל על ידי שחקנים חברתיים רבים. כך, ובעוד שחוקרים אחרים מיקדו את עיקר הדיון במימד הכוח במדינה, כמוציאה והמביאה העיקרית של כוח, המופעל על ידי יישות מרכזית ודומיננטית, חקר פוקו אתרים אחרים – בתי הספר, המרפאות והכנסיות, כאתרי המיקרו שבהם מפוענחים יחסי כוחות. פוקו איפוא חיפש את יחסי הכוח (בלשון רבים), להבדיל מיחס הכוח העוצמתי – אך הפרטני והממוקד – של הגוף המדינתי, שבו התמקדו חוקרים אחרים.<sup>8</sup>

פוקו עסק בעיקר בצורת כוח שהינה לא-מדינתית בהכרח, הבנויה על העיקרון של "ניהול חיים" ולא לקיחתם. זו צורת כוח הבנויה על עיקרון ה"נירמול" של בני אדם, קרי: ניתובם ואימונם להפנים טכניקות של שליטה עצמית המקרבות אותם לנורמה כלשהי. עיקרון הענישה מוחלף בעיקרון

<sup>7</sup> Steven Lukes, *Power: A Radical View* (1974).

<sup>8</sup> מישל פוקו, *סדר השיח* (בבל, 2005); Michel Foucault, *Truth and Power*, In: *Power/Knowledge* (Harvester ; Press, 1980), 109-133.

המשמוע. במודל זה, טענתו של פוקו היא כי המדובר בתהליך הסטה לפיו הכוח המנרמל/ממשמע משמעותי יותר ויותר ונוכח יותר בחיים החברתיים. ביחסי כוח אלה, דפוס המשמוע הינו משמעותי בכושר פעולתו ועומק חדירתו. בין אם זו משמעת בבית הספר, שם מלמדים את הילדים לקבל ולהיכנע למשמעת "תקנית", בתי סוהר, מקומות עבודה, צבא, ועד לאוניברסיטה. הציבור הפנים את כללי המשמעת בחלקים הללו של החיים, עד שאיננו שואלים יותר יצירת אילו מוסדות גרמו למשמעת זו. ארגון המרחב בו אנו נעים, בבתי ספר, בתי כלא ומקומות עבודה, כולם בחלל אחד גדול, ושאר המקומות שנמנו כבר, גורמים לתחושת מעקב תמידית. לזאת ניתן להוסיף את ההתקדמות הטכנולוגית בת ימינו, שעוקבת ומפקחת.

**המימד הקיבוצי של כוח לפי חנה ארנדט** – המיקוד הייחודי והרלוונטי בהגותה של חנה ארנדט לגבי מימד הכוח, הוא בתוצר החיובי שיש לקבוצה על מימד הכוח, נתון שממנו התעלמו הוגים רבים אשר דנו וחקרו את מימד הכוח. ארנדט התמקדה במימד הקבוצתי של הכוח, ובשאלה כיצד "כוח" הינו תוצר של יחסים חברתיים הנובעים מפעילות משותפת, במטרה לשכנע או להכריח גורמים אחרים (להבדיל מהמימד האישי של הכוח, אותו מכנה ארנדט "*strength*"). התיאוריה של ארנדט מתייחדת ביחס למימד הכוח, בכך שהכוח עצמו מותנה בעצם הקיום יחד, בקיומה של צוותא אנושית, ובשייכות לקבוצה. מימד הכוח הנ"ל אף מתקיים רק כל עוד הקבוצה נשארת יחד, וכשהקבוצה חדלה להתקיים גם הכוח נעלם.<sup>9</sup> ובמילותיה של ארנדט עצמה, ולפיה "כוח": "*springs up between men when they act together and vanishes the moment they disperse*"<sup>10</sup> מהאמור לעיל עולה, כי עבור ארנדט עצם ההתאחדות של הפרטים כקבוצה הוא המהותי למרכיב הכוח, להבדיל דווקא מהמטרות אליהן חותרת הקבוצה להשיג.

ארנדט אף לא התמקדה במחקרה בשאלות שהוגים אחרים בתחום הכוח דנו בהן – כגון מי אוכף את דעתו על מי וכיצד. בניגוד לגישות אחרות ביחס למימד הכוח – כגון זו למשל של ובר, אין כאן הכרח לפעול כנגד האינטרס של מישהו אחר, אלא הדגש הוא על עבודה יחדיו ועל שכנוע רציונאלי

<sup>9</sup> עדי אופיר, "רשות רבים ושאלת השלטון: על המחשבה הפוליטית של ארנדט", בתוך: חנה ארנדט, חצי מאה של פולמוס, עדית זרטל ומשה צוקרמן (עורכים) (הקיבוץ המאוחד, 2004), 171-198, בעמ' 179. ר' גם Hannah Arendt, *On Violence* (New York 1969). בדומה, Allen מסבירה כי "For Arendt, action always takes place within a web of relationships with other actors, and it serves to establish and maintain that web of relationships. Arendt's agent is always ...subject with the capacity to act by the web of social relationships within which one must act": Amy Allen, Power, Subjectivity, and Agency: Between Arendt and Foucault, *International Journal of Philosophical Studies* 10:2 (May 2002), 131-149, pp. 137.

<sup>10</sup> Hannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958), p. 200.

(להבדיל ממטרות שמושגות דרך כפייה – "violence"). המטרה המשותפת מושגת דרך תקשורת בין חברי הקבוצה, ועל כן הברמאס מכנה את גישתה של ארדנט בשם "*Communications Concept of Power*"<sup>11</sup>.

**כוח בשוק הכלכלי** – עד כה הוצגו מספר גישות תיאורטיות כלליות הדנות במימד הכוח, אולם בהקשר של יחסי כוח ועוצמה, יש להתייחס גם למיקומו וחשיבותו של כוח במישור הכלכלי.<sup>12</sup> כך למשל, החלטות המתקבלות על ידי צדדים למערכת יחסי עבודה, ובכלל זה – העובדים והמעבידים, אינן יכולות להיות מנותקות מהנעשה בשוק העבודה. חוקרים מרקסיסטיים של מימד הכוח מנתחים את המתרחש בחברה כמאבק מעמדי, וכבר במאה ה-19 עמד מרקס על המאבק האינהרנטי ביחסי עבודה בין העובד (שמייצג את מימד העבודה) לבין המעביד (שמייצג את מימד ההון).<sup>13</sup> גם תרבורן, בדומה למרקס, הדגיש את האופי המנצל של יחסי עבודה, ואת הכוח המכפיף של המעביד.<sup>14</sup> פולאנטאס, כהוגה מרקסיסטי-סטרוקטורליסטי, הדגיש בהקשר זה את מעמדה של המדינה כמנוע העיקרי של הבדלי המעמדות. המדינה, לדידו של פולאנטאס, אינה נפרדת מהמעמד השולט מבחינה כלכלית, אלא הינה חלק אינטגרלי ממנו (בעוד שיחסים בין אישיים דווקא אינם המקור לפערי כוחות בין צדדים).<sup>15</sup>

לעומת זאת, גישות אחרות, כגון משפט וכלכלה, מתעלמות במידת-מה מההיבטים של כוח. גישות אלה אינן בוחנות את כוחו (או חולשתו) של עובד, ולמעשה רק בוחנות את מצבו של השוק. כאן איפוא מקבל המושג "כוח" משמעות הנמדדת בשוק, שהוא מוקד הדיון העיקרי. השוק מתנהל בדרך-כלל בצורה חופשית ופתוחה (למעט כשלי שוק – כגון מונופולים וכי<sup>16</sup>), כאשר ניתן למדוד את מימד הכוח

<sup>11</sup> Jürgen Habermas, Hannah Arendt's Communications Concept of Power, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, 75-93 (1986).

<sup>12</sup> לא כדרך ניתוח שונה של מימד הכוח, אלא כאתר מרכזי שבו ניתן למקם כל אחת מהקטגוריות של מימד הכוח שצוינו עד כה.

<sup>13</sup> ור' בהקשר זה גם את דבריו של קלאוס אופה: "... the market interaction between workers and capitalism is a relationship of power": Claus Offe, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*, pp. 2 (1985).

<sup>14</sup> Göran Therborn, What Does The Ruling Class Do When It Rules? Some Reflections On Different Approaches To The Study Of Power In Society, *Critical Sociology*, Volume 25 (2-3), July 1999.

<sup>15</sup> Nicos Poulantzas, *Political Power and Social Classes*, London: NLB, 1973; Nicos Poulantzas, *State, Power, Socialism*, London: NLB, 1978.

<sup>16</sup> יש להעיר כי כשלי כוח, וביניהם מונופול, תורמים בפני עצמם להיווצרות כוח ניכר ביותר. דוגמא רלוונטית לכך הוא המונופסון (מצב בשוק בו קיים רק קונה אחד למוצר, או לשירות). בהקשר של שוק העבודה ניתן להביא את הדוגמה בו ישנו מעסיק אחד בלבד במקום יישוב מבודד, כאשר מעסיק זה הינו הקונה היחיד לעבודתם של אנשי היישוב, ובעל יכולת להקטין את שכרם של העובדים בהשוואה למצב שבו יש מספר מעסיקים ביישוב.

של שחקנים שונים בשוק בהתאם לערך השוק שלהם.<sup>17</sup> בהתאם, קובע איפוא Palermo: *capitalism* "altogether is a 'system of power'"<sup>18</sup> בסיכומו של דבר, הדיון בגישה זו כלפי מימד הכוח אין בו תרומה ממשית לענייננו, שכן במידה וניתן לכמת ולהעריך את מימד הכוח רק על פי השוק (או כוח הנצבר כתוצאה מכשל שוק), אנו ניצבים בפני בחינה תוצאתית, שהינה כמותית וטכנית באופייה, שמנסה לאיין את מימד הכוח כמושג שניתן לפענח אותו. כוח לפי הגישה של משפט וכלכלה הינו לפיכך מושג חסר עניין כשלעצמו, אשר משקף את כוחות השוק והתנודות השונות בדבר היצע וביקוש, הא ותו לא, והדיון במונח "כוח" זר למערכת המונחים של גישה זו, הבוחנת כיצד השוק עובד.

## א.2. מימד הכוח בדיני עבודה

הסוגיה של מימד הכוח באה לידי ביטוי במיוחד בדיני עבודה,<sup>19</sup> ודומה שבאופן יותר שכיח משטחי משפט אחרים.<sup>20</sup> זאת, כהמשך לרקע ההיסטורי מקדמת דגן של יחסי עבודה – יחסי עבד ובעליו אשר היו נהוגים עוד ביוון וברומי העתיקה.<sup>21</sup> מאז ועד היום עוסק משפט העבודה בסוגיית הכוח, בכל מימדיו ובאופן חוזר ונשנה. הדיון במימד הכוח הפך להיות מרכזי בשיח האקדמאי של דיני עבודה, ובין היתר תרם לכך הניכור שיצרו יחסי העבודה המודרניים בין העובד למעביד.

בהתאם, נקבע גם בפרשת עמית בבית הדין הארצי לעבודה: "משפט העבודה הינו תחום המשפט הנוגע לזכויות המקנות כוח (power) למעבידים ולעובדים, ואשר קובע זכויות מוקנות על-פיהן תחוקק המדינה את חוקיה, תוך עשיית איזון נאות בין כוחו החלש של העובד הבודד לבין כוחו החזק של

<sup>17</sup> Eric Schutz, Markets and Power, *Journal of Economic Issues*, Vol. 29, 1995.

<sup>18</sup> Giulio Palermo, The Ontology of Economic Power in Capitalism: Mainstream Economics and Marx, *Cambridge Journal of Economics* (2007).

<sup>19</sup> ור' בהקשר זה את דבריו של מונדלק המעיד על מרכזיותו של המונח 'כוח' ביחסי עבודה: "... [T]he centrality of power is not a clear prescription. It is a conceptual framework and discourse that constitutes the industrial relations system and from which the players derive their ideas and plans of action": Guy Mundlak, Industrial Citizenship, Social Citizenship, Corporate Citizenship: I Just Want My Wages, 8 *Theoretical Inq. L.* 719, pp. 729 (2007).

<sup>20</sup> ר' למשל טענתו של Kahn-Freund: "The main object of labour law has been, and I venture to say will always be, to be a countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship": *Labour and the Law*, Hamlyn Lectures, Stevens, 1972, pp. 7. כן ר' טענתו של קלייר: "In traditional labour law thinking; employment is presumed to be a power-relation domination and subordination": K. Klare, The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, in: *Labour Law in an Era of Globalization*, J. Conaghan, R. M. Fischl and K. Klare (eds.) (Oxford University Press, Oxford), 2002, pp. 13. ר' גם טענתו של Hepple, הטוען כי "The starting point of any ideology of labour law, other than one of the market, is the inequality of the supplier and purchaser of labour power": Bob Hepple, The Future of Labour Law, 17 *Comp. Lab. L.* 626, Summer 1996.

<sup>21</sup> William James Booth, *Households: on the Moral Architecture of the Economy* (Ithaca: Cornell University Press).

המעביד".<sup>22</sup> בפרשת מור נטען בדומה,<sup>23</sup> כי אחת מהמטרות הבסיסיות ביותר של דיני עבודה היא לאזן את פערי הכוחות בין עובד, אשר נתפס באופן מסורתי כחלש יותר מהמעביד, בעיה אשר הינה מובנית באופן אינהרנטי לתוך יחסי העבודה.<sup>24</sup> פרופ' גיא מונדלק אף טוען בהקשר זה כי: "Law counterbalances the immediate interests and inclinations of the strong factions in society and serves as a protective device for the weaker ones. It seeks to inhibit the reproduction of social domination in order to provide social stability. According to this view, law is a power-breaking institution for it aims to break the accumulation of power by the stronger party"<sup>25</sup> מציטוטים אלו ומהאמור לעיל עולה, כי דיני עבודה עוסקים במימד הכוח בראש ובראשונה כמערכת של איזונים בין גופים שונים, השונים בעוצמתם, והכל כדי להשיג מטרות חברתיות (הקבועות בין היתר אף בדין).

הדיון במימד הכוח בדיני עבודה מתרכז לרוב בניתוח מערכת היחסים בין העובד מחד למעביד מנגד, אשר כוללת הסכמה של העובד להכפיף את עצמו לכוח של המעביד. אך פרופ' אורלי לובל מציינת לעניין זה, כי ניתן למצוא סוגים שונים של יחסי כוח בתוך המערכת של עובדים ומעבידים. מימד הכוח האינטואיטיבי ביותר, העולה לדיון, הוא מקום העבודה ככולל יחסים א-סימטריים בין עובד ומעביד.<sup>26</sup> לובל מוסיפה, כי ניתן למצוא סוגי כוחות נוספים המופעלים, מלבד הכוח הורטיקלי המצוין לעיל, המופעל מלמעלה למטה (מהמעביד לעובד). כך למשל, ניתן לציין את הכוח האופקי, המופעל במסגרת יחסי עבודה מודרניים בעל מבנה היררכי, שטוח יחסית. ניתן למצוא כוח זה במיוחד במסגרות של ניהול עצמי על ידי עובדים, כאשר הכוח המופעל במקרה שכזה הינו כוח פנימי, בין העובדים עצמם. כוח שלישי, אותו היא מציינת, הוא כוח פנימי, התורם לבניית אתוס – ערכים ומחויבות פנימית של העובדים כלפי מקום העבודה.<sup>27</sup> בנקודה זו הניתוח של לובל אף מתקשר מחד

<sup>22</sup> דיון נה/4-30 "עמית" – הסתדרות עובדים מכבי נ' ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע כט 61.

<sup>23</sup> בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 628.

<sup>24</sup> ר' גם Claus Offe, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics* (Cambridge, 1985).

<sup>25</sup> Guy Mundlak, Power-Breaking Or Power-Entrenching Law? The Regulation Of Palestinian Workers In Israel, 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 569 (1999).

<sup>26</sup> Hugh Baxter, Review Essay: Bringing Foucault into Law and Law into Foucault: Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance (By Alan Hunt and Gary Wickham), 48 *Stan. L. Rev.* 449, January 1996, in note 255: "The law, in other words, is an important element in the workplace power relation – important both to the exercise of power and to the possibility of resistance".

<sup>27</sup> Orly Lobel, Agency and Coercion in Labor and Employment Relations: Four Dimensions of Power in Shifting Patterns of Work, 4 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 121 (2001). See also Mark Barenberg,

להיבט חברתי של הכוח, כפי שדנו בו ארנדט ופרסונס. בנוסף, הניתוח של לובל מתקשר לניתוח של פוקו ליחסי כוח מרובדים, שאינם בהכרח נובעים מגורם מרכזי אחד.

**מטרות יסוד בדיני העבודה ועל התכלית של דיני עבודה** – לדיני עבודה יש מספר תכליות, ובין היתר:<sup>28</sup> יצירת שוויון בין עובדים לבין מעבידים והשגת צדק חברתי, תוך כדי הגנה על קיומו הכלכלי וכבודו האנושי של העובד;<sup>29</sup> קידום ההידברות בין עובדים והסדרת יחסי עבודה (the auxiliary function); קביעת זכויות וחובות של עובדים ומעבידים (the regulatory function) וקביעת "כללי-משחק" בתחום יחסי העבודה (the restrictive function).<sup>30</sup> תכליות אלו מבוססות על הצדקות שונות, ובין היתר על התפיסה כי "*Labour Is Not a Commodity*",<sup>31</sup> ועל תפיסה של דמוקרטיה תעשייתית (שיתוף של ההון וכוח העבודה) שבתוכה פועל העובד ככפוף למיזם הקפיטליסטי.<sup>32</sup>

המחקר יטען וימחיש, כי בכל פעם שבית הדין בוחן את מטרות היסוד של דיני עבודה, הוא נותן משקל לשאלת הכוח, אם כי מתייחס ומפרש את מימד הכוח בצורה שונה. כך, ביחס לתכלית של יצירת השוויון בין עובדים לבין מעבידים והשגת צדק חברתי, מימד הכוח הינו כלי פרשני מדרגה ראשונה לקביעה מיהו עובד חלש הנוזקק להגנה של בית הדין. גם ביחס לתכלית של קביעת זכויות וחובות של עובדים ומעבידים, משמש מימד הכוח ככלי פרשני לקביעת אלו זכויות ראויות להענקה. כך הוא הנכון לגבי התכלית של קביעת 'כללי-משחק' בתחום יחסי העבודה, שבו משמש מימד הכוח כגורם מאזן בידי בית הדין, המסייע לצדדים במערכת יחסי העבודה להגיע יחדיו למטרות משותפות.

המונח "כוח" יאפשר לפיכך לתאר ולבאר יחסי עוצמה בין-אישיים בין צדדים במערכת יחסי עבודה (ולמשל – בין עובד למעביד), ואת הזכויות הנובעות ממהלך זה (ולמשל – תניית גדרון, אשר

---

Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production, 94 *Colum. L. Rev.* 753, 894-96 (1994).

<sup>28</sup> Robert M. Solow, *The Labor Market as a Social Institution* (1990), 1-27; H. Collins, Labour Law as a Vocation, *Law Quarterly Review* (1989); K. Klare, The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, in: *Labour Law in an Era of Globalization*, J. Conaghan, R. M. Fischl and K. Klare (eds.) (Oxford University Press, Oxford), 2002; Alan Hyde, What is Labour Law?, in: Guy Davidov & Brian Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart (2006).

<sup>29</sup> Elisheva Barak, The Principle of Good Faith in Labour Law, in: *Labour Law, Human Rights and Social Justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, Kluwer (2002), pp. 228.

<sup>30</sup> O. Kahn-Freund, Industrial Relations and the Law - Retrospect and Prospect, 7 *BJIR* 301, pp. 302 (1969).

<sup>31</sup> הגדרה שאומצה על ידי ארגון העבודה הבינלאומי (ILO) בשנת 1944 בהצהרת פילדלפיה.

<sup>32</sup> Simon Deakin & Gillian S. Morris, *Labour Law* (third edition, Butterworths), pp. 1.

תידון בהמשכה של ההצעה), אך בנוסף לבאר כיצד בית הדין מנסה ליישם את מטרות היסוד של דיני עבודה, וכיצד תפיסות שונות של כוח מעצבות מטרות שונות לדיני עבודה. המונח "כוח", כמושג-מפתח במחקר, ימלא איפוא תפקיד של מושא ונושא יחדיו – גורם ותכלית בפני עצמו, אך גם כלי להשגת מטרות אחרות. כלומר, לעתים "כוח" יהיה מטרה בפני עצמה בפסיקתו של בית הדין (בין היתר, צוין כאמור כי אחת המטרות של דיני עבודה הן לאזן את פערי הכוחות של עובדים למול אלה של המעבידים), ולעתים כלי בדרך להגשמת תכליות אחרות שמונחות בבסיס דיני העבודה.

### א.3. הסבר למיקוד המחקר של מימד הכוח בפסיקה

המחקר שלפנינו ידון בפסיקת בתי המשפט, ובראש ובראשונה בפסיקת בתי הדין לעבודה. מישורים משפטיים אחרים, כגון הדרך שבה מובנית ונחקקת החקיקה בדיני עבודה ובהקשר למימד הכוח, לא יידונו במחקר (לפחות לא בעיקרו של המחקר). בחירה זו אינה ברורה מאליה ודורשת הסבר.

הבחירה להתמקד בפסקי דין כאובייקט מחקרי, מבוססת על ההכרה בחשיבותם של פסקי דין, ויותר מכך – ההבנה כי פסיקה הינה הזירה המרכזית שבה המשפט מפוענח ומקבל משמעות רב-גונית, מעבר למילה היבשה (גם אם לכאורה) של החוק. בהתאם, תיאוריות משפטיות שונות בוחרות איפוא להתמקד בקרש ובראשונה בניתוח פסקי דין. כך למשל, התיאוריה של הריאליזם השיפוטי טוענת כי השופטים לא מגלים את המשפט – הם יוצרים אותו. הריאליזם השיפוטי טוען, כי תוכן המשפט שיוצר בית המשפט מושפע מנסיבות חברתיות, כלכליות, פוליטיות והיסטוריות, אשר משפיעות על השופטים ברמה ההכרתית והתת-הכרתית. אשר על כן, פסיקת בית המשפט מהווה תוצר של החברה והנסיבות החברתיות שבה חיים השופטים, ואף שיקוף שלה. הריאליזם מכיר בכך שהשופט והמשפט אינם מנותקים מהחברה בה הם חיים, וכי המשפט איננו אובייקטיבי ולא מנותק.<sup>33</sup> הגישה של ה-CLS מציגה עמדה זו בצורה מוקצנת יותר, ולפיה המשפט הינו שיקוף של יחסי הכוח והריבוד החברתיים, בין אם על בסיס כלכלי, מגדרי או גזעי. המשפט לא רק משקף יחסים אלו, אלא אף מסייע

<sup>33</sup> Brian Leiter, Legal Realism, in: *A Companion to Philosophy of Law*, D. Patterson ed., pp. 261-279; Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton: Princeton University Press, 1949, pp. 683-684; Karl Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed, in: *American Legal Realism*, W. Fisher ed. pp. 228-231.

לשעתק אותם, תוך הסוואת פעולתו כעשיית צדק ניטראלית. המשפט הינו לשיטתם כלי יוצר בידי המעמדות החזקים להשלטת כוחם ומעמדם.<sup>34</sup>

הזווית הישראלית של הפרויקט הריאליסטי באה לידי ביטוי גם במחקריו של פרופ' מני מאוטנר, אשר הציג את השינוי בתפיסה של בתי המשפט (ובעיקר – בית המשפט העליון) בשנות ה-80 של המאה הקודמת, ובכלל זה מהנמקה פורמליסטית להנמקה ערכית. מעבר לתפקיד המסורתי של פיתרון בסכסוכים, בית המשפט הולך ותופס מקום של מחנך ומשפיע על ערכי החברה, תוך ניסיון לקידום נורמות ראויות, ותוך איזון בין עקרונות המתחרים על זכות הבכורה. זוהי גישה לא פורמליסטית, ולאור העובדה שבתי המשפט מזהים ערכים ועקרונות שיש לשקול ולהכריע ביניהם.<sup>35</sup> מחקרים אלו באו לידי ביטוי גם בהגותו של פרופ' אהרון ברק, שופט ונשיא בית המשפט העליון במשך שנים ארוכות.<sup>36</sup> ברק, הוגה הגישה התכליתית לפרשנות המשפט, קידם תפיסה ולפיה בית המשפט הינו שותף לקביעת ואיזון מדיניות, ולא רק טכנאי המיישם אוסף של כללים. עולם הנורמות המשפטיות, אליבא דברק, גודל ומקבל רובד של אינטרסים ועקרונות שנכנסים כחלק מהשפה המשפטית.

גם שכל הגישות שהוצגו לעיל מגיעות למסקנות אחרות ושונות, והכל על בסיס ניתוח של פסקי דין, החשוב לענייננו הוא עצם העובדה שכל התיאוריות הנ"ל, על אף השונות הניכרת ביניהן, בוחרות כאמור לראות את פסק הדין כמוקד המחקר העיקרי שלהן, בדומה למיקוד המחקרי שלפנינו. הנה כי כן, דווקא העובדה שיש כמה וכמה גישות – השונות האחת מהשנייה במסקנות שלהן – אשר דנות בפסיקה כמוקד מחקרי, היא המבססת את הטיעון שבנדון – ולפיו המיקוד המחקרי בפסיקה הינו ראוי ונכון. לסיכום ומכל מהאמור לעיל עולה, כי ניתוח וקריאה ביקורתית של פסקי דין בתחום העבודה, ובעיקר של בתי הדין לעבודה, העוסקים במימד הכוח והמתפרשים על סוגיות רחבות במשפט העבודה, יכול ללמד אותנו רבות. כך ובין היתר, נוכל ללמוד על התפיסה הערכית של בית הדין לגבי מימד הכוח וכיצד בית הדין מעניק ויוצק משמעות למונח זה.

<sup>34</sup> Jay M. Feinman, Practical Legal Studies and Critical Legal Studies, *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 3 (Dec. 1988), pp. 724-731; Alan Hunt, The Theory of Critical Legal Studies, *Oxford J Legal Studies* 6, 1986, 1-45.

<sup>35</sup> מנחם מאוטנר, *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (תשנ"ג).

<sup>36</sup> אהרון ברק, *פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית* (תשנ"ג) כרך ב', 396-403.

## פרק שני - התשתית התיאורית למחקר

הפרק השני הוא עיקר המחקר שלפנינו. הפרק יידון במספר רב של מופעים של מימד הכוח בדיני העבודה הישראליים, וכפי שהם מיושמים ומפורשים על ידי בתי הדין לעבודה. תוך כדי דיון בשלל תופעות וסוגיות משפטיות, ובכלל זה תניית גדרון, הזכות לגמול שעות נוספות, אירועים תאונתיים בהשתלמויות ונופשים כתאונות עבודה ועוד, יבחן המחקר את ההתממשויות השונות למימד הכוח. הפרק אף יחולק לארבעה חלקים, כאשר כל חלק של המסגרת התיאורית יתמקד בסוגיה אחרת של משפט העבודה, שבה מימד הכוח יעלה לדיון. בחלק הראשון של הפרק, המחקר יידון במימד הכוח והגדרת מרכיבי היסוד של דיני עבודה. כאן יעסוק המחקר ב'מרכיבי-היסוד' של דיני עבודה, ובין היתר 'עובד', 'מעביד' ו-'עבודה', ובבחינה כיצד ההגדרה שלהם מושפעת מתפיסות שונות של כוח; בחלק השני של הפרק, המחקר יידון במימד הכוח במסגרת מערכת יחסי עובד-מעביד. כאן המחקר יידון במערכת היחסים שבין עובדים למעבידים, ולאחר שזו כבר הוגדרה ככזו שמושגת על דיני עבודה (ולעתים אף בחינתה בדיעבד, ובעת הליך משפטי); החלק השלישי של הפרק יידון במימד הכוח במסגרת במערכת יחסי עובד-מעביד (יחסי כוח רב-כיווניים), ובכלל זה בפרקטיקות שליטה והכוונה הקיימות במערכת יחסי עבודה, יחסי כוח אופקיים וכו'; החלק הרביעי של הפרק יידון במימד הכוח במסגרת הקולקטיבית והקבוצתית של יחסי עבודה. החלקים השונים אף ימחישו, כל אחד, כיצד בית הדין דן ומפרש את המונח "כוח" (ומופעי השונים), וכן הדגמה כיצד תפיסות שונות של כוח מעצבות את מטרות היסוד של דיני עבודה. כלומר, כל חלק יידון במוקד מחקרי שונה של דיני עבודה, ואף ימחיש שימוש אחר למימד הכוח במסגרת של דיני עבודה.

### 1.ב. מימד הכוח והגדרת מרכיבי היסוד של דיני עבודה

#### 1.ב.א. מימד הכוח ופרשנות המונח 'עובד' ו-'מעביד'

השאלה מיהו 'עובד' הינה שאלת-מפתח בדיני עבודה, וחשיבותו של מבחן זה הינה רלוונטית ומרכזית עד מאוד בדיני עבודה,<sup>37</sup> ומהווה את ה'מפתח' להיכנס בגדרי הדיון בפני ערכאות בתי-הדין לעבודה – הן כהחלה מהותית של הדין והן כשאלה של סמכות בית הדין. זאת, שכן מי שאינו 'עובד', כלל אינו זכאי לתבוע בבית הדין לעבודה. במרכז דיני העבודה, ובתוכם משפט העבודה המגן

<sup>37</sup>Guy Davidov, The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: Employee as a Viable (Though Overly-Used) Legal Concept, in: *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov & Brian Langille (eds.), Hart, 2006; Guy Davidov, Who is a Worker?, *Industrial Law Journal* 34, 57 (2005); Guy Davidov, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations* 42, 72 (2005); Simon Deakin, The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law, *Industrial Law Journal*, Volume 30, Number 1, 72; Samuel Engblom, Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers, in: *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Ann Numhauser-Henning (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 2001, 297.

והתחיקה הסוציאלית, עומד לפיכך היעובד, שהינו "... ביטוי שהגדרתו משתנה לפי ההקשר שבו הוא מופיע. זהו מושג משפטי, החולש על ענף בסיסי של המשפט ועל מערכת שיפוטית המפקדת עליו".<sup>38</sup> פרק זה של המחקר יטען, כי בשנים האחרונות חל שינוי מהותי במבחן לזיהויו של 'עובד' (כמו גם של מונח מקביל – 'מעביד'), אשר הורחב כדי לקלוט קבוצות שונות של תובעים, אשר בעבר לא היו נכנסים בשעריו. המחקר יטען, כי שאלת הכוח באה לידי ביטוי בשאיפה של בתי הדין להגדיל את המספר של אלו שהינם מוכרים כ'עובדים' וכ'מעבידים', וכהמשך ישיר לתפיסה שרואה בכוח ובמרכיביו כמכניזם להשגת מטרות חברתיות.

בעוד שבעבר, הקיף המונח 'עובד' את כלל המשמעויות הנובעות מן הדין<sup>39</sup> – קרי, המונח 'עובד' היה זהה לגבי כל חוק וחוק – הרי שכיום נקבע כי אדם יכול להיות מוכר כ'עובד' לצורך חוק אחד, ולא להיות מוכר ככזה לצורך חוק שני. השינוי המשמעותי בנושא זה במשפט הישראלי החל בפרשות מור (1996) ו-סרוסי (1999), אשר נידונו בבית המשפט העליון.<sup>40</sup> בפרשות אלו נקבע, כי פרשנות המושג 'עובד' הינה תלויה הקשר חקיקתי ויכולה להיות שונה מחוק לחוק, ובמיוחד לאור התפתחותו של מונח זה לאור הדינמיות של משפט העבודה. בנוסף, בפרשת צדקא, אשר נידונה בבית הדין הארצי לעבודה, נקבע כי גם מי שאיננו עובד (כי אם 'משתתף חופשי'), יכול לקבל זכויות במשפט העבודה, והכל לפי תכליתו של החוק בו אנו דנים.<sup>41</sup>

הפרק יבחן כיצד בתי הדין ביארו ופיענחו את המונח 'עובד', תוך דיון בסעדים המוקנים מתוקף מעמד זה. המחקר יבחן גם קבוצות שונות, הנידונות במשפט העבודה הישראלי, ואשר עניינן עלה ביחס לפרשנות המונח 'עובד', ובין היתר את הקבוצות הבאות: נושאי משרה בתאגיד,<sup>42</sup> חברי אגודות

<sup>38</sup> השופטת דורנר בדנג"ץ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד (4) 628. ר' גם קביעות דומות: "The distinction between employees and independent contractors has been described as the 'cornerstone' of labour and employment laws": Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 *University of Toronto Law Journal* 357, Fall 2002; "Defining an employee is perhaps the most fundamental question in labour law": Paul Benjamin, *Who Needs Labour Law? Defining the Scope of Labour Protection*, in: *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl and Karl Klare eds., Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>39</sup> ר' למשל דב"ע לו/8-2 חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח 471, 474.

<sup>40</sup> דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4), 817.

<sup>41</sup> ע"ע 300274/96 צדקא נ' מדינת ישראל. ראוי להעיר עוד, כי המונח 'עובד' אינו תמיד נתון לפרשנות הפסיקה. כך למשל, מהלך ההרחבה של המונח 'עובד' בדרום-אפריקה נעשה בחקיקה, ולשר העבודה ניתנה הסמכות, באישורה של המועצה לתנאי עבודה, לקבוע כי חקיקת עבודה מסוימת תחול על סקטור מסוים. Benjamin מעיר (הע"ש 38 לעיל), כי "This method avoids the pitfalls and uncertainties of relying exclusively on judicial interpretations in individual cases to determine the scope of the employment relationship".

<sup>42</sup> עב"ל 20182/97 גרוסקופף נ' המוסד לביטוח לאומי; עב"ל 1324/00 שמואל פלקס נ' המוסד לביטוח לאומי.

שיתופיות,<sup>43</sup> מתלמידים,<sup>44</sup> מתנדבים,<sup>45</sup> נבחרי ציבור,<sup>46</sup> אסירים,<sup>47</sup> אנשים עם מוגבלות,<sup>48</sup> עובדים בבית ועובדים מכוח סטטוס שבחוק (חיילים, שוטרים, סוהרים ועוד) וכן קבוצות נוספות. המחקר יטען כאמור, כי ביחס לכל אחת ואחת מהקבוצות הנ"ל, הרחיבו עליהן בתי-הדין את היקף חלות משפט העבודה, ובמיוחד ביחס למבחן קיום יחסי עובד-מעביד. במקביל, הרחיבו פסיקות אחרות את ההגנה של דיני עבודה ואת הגדרת המונח 'עובד' לגבי נערת ליווי שהועסקה בכפייה,<sup>49</sup> בעלי מוגבלות קשה<sup>50</sup> ועוד.<sup>51</sup> לתהליך הרחבה זה יש כאמור קשר הדוק לשאלת הכוח, כפי שיוסבר להלן בהרחבה.

יוער, כי השאלה מיהו 'עובד', דורשת במקביל תשובה גם על השאלה מיהו ה'מעביד'. גם בשאלה זו נקטו בתי הדין גישה שהלכה והתרחבה במהלך השנים, ואשר נועדה מענה למקומות בהם המעביד "המקורי", אשר דרכו הועסקו העובדים, לא יכול היה להעניק לעובדים את זכויותיהם.<sup>52</sup> בפרשת שמואלוב אף הכיר בית הדין, במנקה כעובדת של בנק רק לצורך חקיקת מגן, הגם שעל פי המבחנים המסורתיים לא ניתן היה לזהות את התובעת כעובדת הבנק, וקבע כי יש להכיר בבנק כמעסיק במשותף של התובעת רק לצורך הוראות בסיסיות בחוקי המגן ובצווי ההרחבה הקובעות את זכותה של התובעת לשכר ולזכויות סוציאליות מינימאליות – חוק הגנת השכר, חוק חופשה שנתית וצו

<sup>43</sup> ע"ע 1501/04 אמיר בונה נ' פלסים אביזרים בע"מ.

<sup>44</sup> עב' (חי) 3244/02 הלן הלון נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות.

<sup>45</sup> עב"ל 1083/04 המוסד לביטוח לאומי נ' כרמלה דבש; עב' (בי"ש) 3187/04 מאיר פלדמן נ' יוסף וולף בע"מ.

<sup>46</sup> ע"ע 1010/02 מדינת ישראל נ' יעקב רסמי, פד"ע מ 156; עב' (חי) 674/01 ודיע עאסי נ' מ.מ. פסוטה; ד"מ (נצ') 2023/01 נאגיי נאסר נ' מ.מ. טורעאן; ד"מ (נצ') 2009/01 סלאמה סלמאן נ' מ.מ. טורעאן; עב' (חי) 2221/01 יוסף קבלאן מ.מ. בית-גין; עב' (נצ') 1804/01 סלימאן אבו ליל נ' מ.מ. עין מאהל; עב' (בי"ש) 1033/02 מיכאל פרץ נ' המועצה הדתית ירוחם. ר' תוצאה דומה ביחס לגימלאי של צה"ל בעב' (תי"א) 601468/98 יוסף אברהם נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל.

<sup>47</sup> בג"ץ 1163/98 עופר שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817. בפסק הדין נקבע כי אסיר השוהה בכלא ובמסגרת מאסרו עובד בעבודות שונות אינו 'עובד' במשמעות משפט העבודה.

<sup>48</sup> ר' למשל עב' (חי) 3327/01 יעקב רוט נ' רם מבנים בע"מ; עב' (חי) 2451/00 שמעון בלומנטל נ' עזבון המנוח יהודה לב ז"ל; עב' (תי"א) 10973/04 גליה סמו גולשטיין נ' נעמ"ת. לתוצאה שונה השוו עב' (חי) 1039/01 חאתם קאסם נ' מ.מ. ראמה.

<sup>49</sup> עב' (בי"ש) 4634/03 ויקטוריה מולדובנובה נ' יורי סלסרבסקי ואח'; עב' (י"ם) 2852/05 פלונית נ' אלמוני. לתוצאה שונה ר' עב' (תי"א) 5307/04 רארו אולסיה נ' קוצייק סופיה.

<sup>50</sup> עב' (חי) 3327/01 יעקב רוט נ' רם מבנים בע"מ.

<sup>51</sup> אומנם, חלק מהמקרים אשר תוארו לעיל הינם ייחודיים, ואינם מייצגים בהכרח מקרים נפוצים, אולם יש בהם כדי להצביע על היקף תהליך הרחבת משפט העבודה לקבוצות שונות, ועל השיקולים שיוכלים לעלות במהלך תהליך זה. בלשון אחר: למקרי הקיצון ישנה חשיבות, ולאור העובדה שהם יכולים לחדד עבורנו את התשובה לשאלה 'מיהו עובד', קרי – מקרי קיצון אלה יכולים לסמן את גבולות ההכרה ב'עובד'. ר' גם Craig Becker, Symposium: The Changing Workplace: Labor Law Outside the Employment Relation, 74 Tex. L. Rev. 1527 (June 1996).

<sup>52</sup> ר' דב"ע נב/142-3 חסן אלהרינאת – כפר רות ואח', פד"ע כד 535; דב"ע נד/96-3 מ.ב. מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – חליל עבד אל רחמן עאבד, פד"ע כט 151; דב"א נא/82-3 אריה אולברג – בית הגפן ואח', דב"ע כג 255; ע"ע Xue Bin 1218/02 ואח' – א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, פד"ע לח 650.

ההרחבה בנוגע לדמי הבראה.<sup>53</sup> גם בפרשת *שוואב*, קבע בית הדין הארצי כי מקבל שירותים מחויב למלא בעצמו אחר ההתחייבויות לעובדים ככל שחברת כוח האדם אינה מסוגלת לעשות זאת, כאשר ייחשב – בסיטואציה זו בלבד – כמעסיק במשותף.<sup>54</sup>

המחקר יטען כאמור, כי שאלת הכוח באה לידי ביטוי בשאיפה של בתי הדין להגדיל את המספר של אלו שהינם מוכרים כ'עובדים' וכ'מעבידים', וכהמשך ישיר לתפיסה שרואה בכוח ובמרכיביו כמכניזם להשגת מטרות חברתיות. המחקר יבחן כיצד פירשו בתי הדין את המונחים 'עובד' ו'מעביד' במהלך השנים, תוך ניסיון להראות כיצד השתלבה הרחבת מונחים אלה בתמורות ותהליכים חברתיים אשר התרחשו בישראל, הקשורים למימד הכוח. הפרק יטען עוד, כי אחת הסיבות העיקריות במהפך שאירע במשמעות המונח 'עובד' ו'מעביד', היתה כדי להתמודד עם עלייתן של תבניות העסקה לא שגרתיות, וכדי ולהגן על זכויות של קבוצות עובדים מוחלשות וכדי להתמודד עם ירידת כוחה של העבודה המאורגנת והנטייה לאידיאולוגיה ניאו-ליברלית בשוק העבודה הישראלי. קרי – קבוצות שנתפסו על ידי בית הדין כחלשות/לא חזקות ולמציאות כלכלית בעייתית שבה נוצלו עובדים רבים.<sup>55</sup>

תפיסה זו של בית הדין הינה בעקבות מספר תהליכים שהתרחשו, וביניהם השלמת המהפך בכלכלה ובחברה הישראלית. מהפך זה התבטא במעבר ממדיניות כלכלית סוציאל-דמוקרטית למדיניות ניאו-ליברלית ומעבר ממודל הגמוני "קיינסיאני-פורדיסטי" למודל "ניאו-ליברלי/פוסט-פורדיסטי".<sup>56</sup> בשוק העבודה באה לידי מגמה זו בגידול במספר המועסקים במשרות חלקיות, העסקת עובדים באמצעות קבלני משנה וחוזים אישיים ועוד. מעבר להיבט הישראלי, קיימות בהיבט הגלובלי סיבות נוספות לתהליך ההרחבה למבחן 'מיהו עובד', התלויות גם בתהליכי גלובליזציה ובהתפתחותם של תאגידי ענק, השולטים על מספר רב של עובדים ברחבי העולם בשיטות ניהול המשנות את עולם

<sup>53</sup> עבי (ת"א) 3054/04 איילת (נטליה) שמואלוב נ' משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ. ר' גם רות בן ישראל, "מיקור חוץ – מתמקרים" החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת", *שנתון משפט העבודה* ז' 5; J. Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour*; S. Deakin, *The Changing Protection*, in: *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart 2006) 295; S. Deakin, *The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law*, *Industrial Law Journal* 30, 72, 83-84 (2001).

<sup>54</sup> ע"ע 273/03 דברת שוואב נ' מדינת ישראל ואח'.

<sup>55</sup> Stephen J. Adler, *Expanding the Scope of Employment Law*, in: *Labour Law, Human Rights and Social Justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, Kluwer (2002), pp. 42.

<sup>56</sup> דני פילק, "ישראל מודל 2000: פוסט פורדיזם ניאו-ליברלי", בתוך: שלטון ההון: החברה הישראלית בעידן הגלובלי, דני פילק ואורי רם (עורכים), תל אביב: מכון ואן ליר והוצאת הקבוץ המאוחד (2004).

העבודה.<sup>57</sup> כן קיים תהליך משברי שמתרחש בדיסציפלינה של דיני העבודה ברחבי העולם, כאשר בין היתר נערך דיון נרחב על מי וכיצד מיועדים דיני העבודה להגן.<sup>58</sup>

כפי שכבר צוין לעיל, הדגישו מספר חוקרים מרכזיסטיים – וביניהם בין היתר פולאנטאס ותרבורן, את המימד החברתי והמעמדי של כוח, ואת היותו של המעמד בחברה כמרכיב המכונן של כוח.<sup>59</sup> שאלת הכוח באה איפוא כאמור לידי ביטוי בשאיפה של בתי הדין להגדיל את המספר של אלו שיוכרו כ'עובדים' וכ'מעבידים', וכהמשך ישיר לתפיסה שרואה בכוח ובמרכיביו כמכניזם להשגת מטרות חברתיות. השופט סטיב אדלר, נשיא בית הדין הארצי לעבודה, אף קובע בהקשר זה כי "מגמת בתי הדין היתה ועודנה, לדאוג לכך שגבולות הגדרת 'עובד' ישתלבו בתמורות שחלו בשוק העבודה ויעודדו צדק חברתי".<sup>60</sup> בית הדין ביקש על כן להגדיל את המספר של אלו המוכרים כעובדים, וכדי להגן על מציאות חברתית-כלכלית של ניצול בשוק העבודה הישראלי, ומימד הכוח שימש על כן כמבחן חשוב ביותר ביחס לשער הכניסה להחלת דיני העבודה, ולקביעת הסטטוס של 'עובד' ו'מעביד'.

המחקר ינתח את תהליך איזון הכוחות, אותו מבצעים בתי הדין לעבודה במהלך פרשנות המונח 'עובד' ו'מעביד'. ניתוח זה ייעשה באמצעות המימד הראשון של לוקס (המימד הגלוי והנראה), אשר יכול להסביר את תהליך ההרחבה, והשיקולים בהם התחשבו בתי הדין בתהליך זה. הפרק יבחן באיזה קבוצה חל תהליך ההרחבה הניכר ביותר, ואיזו קבוצה זכתה מנגד לפרשנות מצומצמת יותר של הגדרת המונח 'עובד' ו'מעביד', ותוך התייחסות למימדים הייחודיים והספציפיים שניתן יהיה לייחס לכל קבוצה (שכר; ארגון קולקטיבי; יכולת בחירה בסטטוס כזה או אחר; שליטה כלכלית של מעסיק בעובד ועוד).

<sup>57</sup> J. Rubery, F.L. Cooke, J. Earnshaw, and M. Marchington, Interorganizational Relations and Employment in a Multi-Employer Environment, *British Journal of Industrial Relations* 41(2): 265-289 (2003).

<sup>58</sup> ר' למשל: Massimo D'Antona, Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis?, in: *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl and Karl Klare (eds.) (Oxford, Oxford University Press), 2001; Keith Ewing, The Death Of Labour Law?, *Oxford J Legal Studies*, 1988; 8: 293-300; Marion Crain & Ken Matheny, Labor's Identity Crisis, *Cal. L. Rev.* 89 1767 (2001); Bob Hepple, The Future of Labour Law, *Comp. Lab. L.* 17, 626, Summer, 1996.

<sup>59</sup> "The concept of power cannot be applied to 'inter-individual' relations whose constitution in given circumstances is presented as independent of their place in the process of production, i.e. in societies divided into classes, as independent of the class struggle": Nicos Poulantzas, *Class Power*, In: *Power*, Edited by Steven Lukes, pp. 145 (1986).

<sup>60</sup> סטיב אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", ספר *מנחם גולדברג*, הוצאת סדן, התשס"ב-2001, בעמ' 20.

### ב.1.ב. מימד הכוח ופרשנות המונח 'עבודה'

בנוסף לתהליך ההרחבה שחל בשנים האחרונות במונחים 'עובד' ו-'מעביד', חל תהליך דומה למונח 'עבודה', שהינו מרכיב יסוד נוסף בדיני עבודה, כאשר גם הגדרת המונח 'עבודה' ותהליך הרחבתו, תלויים במימד הכוח. המחקר ימחיש טיעון זה באמצעות בחינת הפסיקה של בתי הדין לגבי המונח 'תאונת עבודה', קרי – תאונה שהתרחשה וקשורה לעבודה. המחקר יטען, כי התשובה לשאלה מהי 'תאונת עבודה' תלויה בתפיסה לגבי ההגדרה מהם 'דיני עבודה'.<sup>61</sup> המחקר יטען עוד, כי ישנו קשר הדוק ובלתי אמצעי בין הפרשנות של המונח 'עבודה' (וכתוצאה מכך של המונח 'תאונת עבודה') לבין התפיסה של מיהו 'עובד'.<sup>62</sup> יחד עם זאת, בשונה ביחס לתהליך שאירע ביחס להרחבת המונחים 'עובד' ו-'מעביד', ואשר תואר לעיל, תהליך השינוי וההרחבה ביחס למונח 'תאונת עבודה' התרחש דווקא אצל עובדים שהינם חזקים, בעוד שהליך השינוי שאירע ביחס למונחים 'עובד' ו-'מעביד' היה אצל עובדים שסומנו על ידי בית הדין כעובדים חלשים.

השאלה אם ובאלו נסיבות יש לראות פגיעה בעת פעילות ספורט, נופש או השתלמות כתאונת עבודה, תלויה בתשובה לשאלה האם הפעילות אשר עשה העובד בעת התאונה קשורה לעבודה אם לאו. אף כי גם בעבר היה נכונים בתי הדין להכיר בפעילויות שונות מחוץ לתחומי וכותלי העבודה כפגיעה ב'עבודה',<sup>63</sup> הרי שהפרשנות ברובה היתה דווקא שמרנית ומצומצמת.<sup>64</sup> דומה כי השינוי המשמעותי ביחס לתאונות עבודה במהלך פעילויות נופש וספורט החל בפרשת אילוז משנת 2002, שם הכיר בית הדין הארצי לעבודה בתאונה שאירעה לעובד במהלך השתלמות ובעודו רוכב על סירת בננה.<sup>65</sup> כך למעשה, הכיר בית הדין בפעילות שהיא פעילות נופש טהורה, בלי כל זיקה לעבודה, כ"פעילות נלווית" לעבודה, וזאת – אם מתברר שלמעביד היה עניין בקיומה. זאת, אף שהמונח "עניין של המעביד בקיום הפעילות" לא הוברר די צורכו, ואף עד היום.

<sup>61</sup> אחת מיני הגדרות רבות למונח 'עבודה' ניתנת על ידי Klare: *"For labour law purposes, 'work' means paid work typically occurring outside the home and done by someone holding a job"*: K. Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, in: *Labour Law in an Era of Globalization*, in: J. Conaghan, R. M. Fischl and K. Klare (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 10.

<sup>62</sup> ר' למשל הדברים הבאים: *"the safeguarding of the Welfare of workers is, to say the least of it, an important pre-occupation of employment law, which many would see as its main or central purpose"*: Paul Davies and Mark Freedland, *Employed or Self-employed? The Role and the Content of the Legal Distinction: Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 21, 231, pp. 231-232.

<sup>63</sup> ר' למשל דב"ע לב/69 סימני – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ג 386, נדון עניינה של מבוטחת אשר נחבלה בעת משחק בכדור שנעשה במהלך הפסקת צהריים, מחוץ לחצרי המפעל. בית הדין הארצי לעבודה, עוד בשנת 1972, קבע כי מדובר בתאונת עבודה.

<sup>64</sup> ר' למשל דב"ע מה/17-0 כהן – המוסד לביטוח לאומי; דב"ע מו/85-0 המוסד לביטוח לאומי – זילברמן, פד"ע יח 281; דב"ע נד/290-0 המוסד לביטוח לאומי – זינתי.

<sup>65</sup> עב"ל 91/99 אלברט אילוז נ' המוסד לביטוח לאומי.

המחקר יטען, כי בשנים האחרונות, ועם השינוי שחל בתפיסה של החברה לגבי השאלה מהי 'עבודה' וביחס להגדרת המונח "סביבת עבודה", הסכימו בתי הדין יותר ויותר להכיר בפעולה נלווית לעבודה כאירוע הבא "תוך כדי העבודה". הסכמה זו ניתנה בהסתמך על הקביעה כי הפעולה שנעשתה באותו זמן והמצב שבו נתון העובד באותו זמן הם נלווים במידה סבירה לעבודה.<sup>66</sup> סקירת הפסיקה המתאימה לביטוח תאונות עבודה במסגרת חוק הביטוח הלאומי, מראה כי בתי הדין הרחיבו בצורה ניכרת את ההגדרה של "אירוע תאונתי" המתרחש תוך כדי ועקב עבודה של מאן-דהו וכפעילות נלוות לעבודה, קרי בבחינת פגיעה "תוך כדי העבודה". סוגיית התאונות בעת פעילות נלווית לעבודה זכתה לפירוש דינמי של בית הדין לעבודה, ומסגרת הפעולות הנלוות הוכרה ככוללת פעילויות שונות, כגון פעילות חברתית, פעילות ספורט והשתלמויות מקצועיות.

התפתחות המחשבה הסוציאלית והפסיקה הביאו לפיכך להגמשה רבה במושג 'תוך כדי עבודה' ופעילויות של ספורט ונופש הוכרו כפעולות אינצידנטליות לעבודה, המתבצעות במסגרת העבודה. בתי הדין החלו להכיר במגוון פעילויות שלא הוכרו בעבר כרלוונטיות, וראו אותן כחלק מהמסגרת הרחבה של יחסי עבודה.<sup>67</sup> בית הדין פירש על כן את המונח 'תאונת עבודה' לאור הגישה "הרואה את היחס שבין העובד לבין העבודה לא כיחס שבין מכונה ומוצר, אלא כיחס שבין אדם חי ובין פעילותו הקשורה בעבודה",<sup>68</sup> ומשום ש"מפעל בימינו אינו רק מכונות, חומר גלם ובני אדם המשרתים את המכונות".<sup>69</sup>

יחד עם זאת, התהליך שתואר לעיל יוצר פערים בין קבוצות שונות של עובדים. בעוד שעובדים חזקים יחסית זכו להגנה ראויה, שהינה נרחבת ואף מחוץ למסגרת המובהקת של עבודה, זכו עובדים

<sup>66</sup> ר' גם שאול קובובי, רמ"ח וש"ס סוגיות בתאונות עבודה (ההוצאה לאור של לשכת עוה"ד, תשס"ד) בעמ' 113-116 והאסמכתאות הנזכרות שם.

<sup>67</sup> כך למשל, בעניין שוורץ הוכרה תאונה שאירעה לעובד במהלך ריצה במרוץ ביום שבת ובמסגרת חוג ריצה של התעשייה האווירית (אשר הופעל על ידי ארגון העובדים) כאירוע הקשור לעבודה (ב"ל ת"א) 5131/03 סימה שוורץ נ' המוסד לביטוח לאומי). בעניין חזן הוכרה פגיעה בעובדת אשר היתה במהלך יום האישה (עב"ל 468/03 תקווה חזן נ' המוסד לביטוח לאומי) (לתוצאה דומה ר' גם ב"ל ת"א) 4706/05 כרמלה חנין נ' המוסד לביטוח לאומי – פגיעה במסגרת יום כיף). בעניין שרתוק הוכרה פגיעה שהיתה לעובדת במסגרת טיול ביום שבת שנערך במסגרת השתלמות (עב"ל 1006/01 ירדנה שרתוק נ' המוסד לביטוח לאומי). מנגד, לא הוכרו פגיעות במסגרת צעדת הגלבוץ ביום שבת, ומהטעם שהמדובר בפעילות שבעיקרה הינה הסדר רווחה שמוענק לעובד, ולא פעילות שקשורה לעבודה (עב"ל 1149/02 המוסד לביטוח לאומי נ' לאה אבישר; עב"ל 1370/00 מירי סחייק נ' המוסד לביטוח לאומי). הרחבת המונח 'עבודה' אירעה גם לגבי תאונות שאירעו בבית, וזאת החל מפרשת ברדה, שם הוכרה פגיעה של עצמאי שביקש לתקן תקלה בתריסים בביתו וכדי לעבוד (עב"ל 99/104 גבריאל ברדה נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד לח, 241). כך למשל, הוכרה החלקה של עובדת שכירה על שלולית מיץ בביתה ובעת שעבדה ביום שבת (עב"ל 376/03 יפה אלגריסי נ' המוסד לביטוח לאומי), וכן הוכרו פגיעות של עובדים עצמאיים בביתם (ב"ל (ב"ש) 3313/05 אורנה לבבי נ' המוסד לביטוח לאומי; ב"ל (חי) 2977/04 מרדכי קלמר נ' המוסד לביטוח לאומי). ר' להבדיל ב"ל (ת"א) 7637/04 איתן חבה נ' המוסד לביטוח לאומי, שם נדחתה פגיעה שאירעה לעצמאי בביתו, ולאחר שטיפס על סולם בכדי להרוג חרק אשר לטענתו הפריע לו לעבודתו.

<sup>68</sup> דב"ע לב/0-27 חוסין מחמוד נימר – המוסד לביטוח לאומי ואח', פד"ע ג 330, 334.

<sup>69</sup> דב"ע לד/0-281 מיכה ליבנה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ו 85, 90.

אחרים, חלשים יותר, להגנה פחותה. לעובדים חלשים חסרים לפיכך את הכוח לעצב את חיי העבודה. המבחן שהובא בהקשר זה על ידי בית הדין בפרשת אילוז, ולפיו יש לבחון את העניין שיש למעביד בקיומו של האירוע כאירוע נופש ובתרומתו של אירוע הנופש ככזה לחיי העבודה במפעל,<sup>70</sup> הינו בעייתי. זאת, שכן במקומות עבודה מאורגנים, בהם ישנו ועד בעל כוח ארגוני חזק, למעביד יש פעמים רבות אינטרס ליצור תנאי רווחה מקיפים, אף ללא קשר ישיר לעבודה עצמה. המדובר אם כן בהמחשה לפערים במימד הכוח בין עובדים חזקים, אשר יש בידם אף את היכולת להתאגד בארגון עובדים, ובין עובדים חלשים, אשר אף אינם מאוגדים.<sup>71</sup>

העבודה תשתמש בחלק זה של העבודה בניתוח של פולאנטאס ותרבורן לגבי מימד הכוח. כזכור, הוגים אלו הדגישו את ההיבט הכלכלי של כוח, וראו במעמד חברתי וכלכלי כמרכיב המכונן של כוח. המחקר יטען כי ההגדרה של המונח 'עבודה' מושפעת ומשקפת היררכיות חברתיות של מעמדות שונים של עובדים בחברה הישראלית, אך במקביל – אף משפיעה ומכווניה על היררכיות אלה. קרי – ההגדרה של המונח 'תאונת עבודה' הן הושפעה מההיררכיה הקיימת של עובדים בשוק העבודה הישראלי, אך במקביל ובאותה עת, תרמה לביסוסה והעמקתה של ההיררכיה הנ"ל. ניתן על כן לראות את מימד הכוח כגורם משפיע ומושפע יחדיו, תוך אינטראקציה בין כוח קבוצתי (של קבוצות עובדים אשר מתארגנים יחדיו לשיפור תנאי העבודה) לכוח אישי (של עובדים חזקים). יוער, בניגוד המתואר בחלק הקודם של המחקר – הרחבת המונחים 'עובד' ו-'מעביד', הרחבה זו אינה מוכוונת וניזומה כאמור על ידי עובדים חלשים, אלא על ידי עובדים חזקים דווקא. הנה כי כן, מימד הכוח הינו מונח וכלי ורסטילי וגמיש בידיו של בית הדין, אשר יכול להביא לתוצאות שונות במקרים שונים.

## **ב.2. מימד הכוח במסגרת מערכת יחסי עובד-מעביד**

### **ב.2.א. כוח ופרשנות תניית "גדרון"**

דיני עבודה מבוססים על תפיסה, ולפיה מערכת המשפט מגנה על העובד על-ידי חקיקת חוקי מגן. חוקים אלה מבוססים על זכויות קוגנטיות שאין להתנות עליהן, קרי – על זכויות אלו העובד אינו יכול

<sup>70</sup> וראו גם המבחן לגבי האינטרס של המעביד: "האינטרס הישיר של המעביד צריך למצוא ביטוי בפועלו ותרומתו של לאותו אירוע למען האינטרס שיש לו בו" (עב"ל 1448/04 בני חיון נ' המוסד לביטוח לאומי; ר' עב"ל 648/05 המוסד לביטוח לאומי נ' דורית בן גיגל).

<sup>71</sup> מסקנה דומה תעלה גם מהדיון באחד מהחלקים הבאים להלן של המחקר, ובו תידון השאלה לגבי זכאותם של עובדי סיעוד לגמול שעות נוספות. הוראת סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, מתייחסת למונח "שעות עבודה", בדומה לניתוח בפרק זה, המתייחס למונח "תאונת עבודה". ההגדרה קובעת, כי "שעות עבודה" פירושו "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה, לרבות הפסקות קצרות ומוסקמות הניתנות לעובד להחלפת כת באויר חוץ מהפסקות עפ"י סעיף 20". הפסיקה קובעת, כי שעות העבודה הן השעות שבהן עומד העובד לרשות העבודה, דהיינו השעות שבהן לא היה חופשי לעשות כרצונו. התשובה לשאלה האם שעות מסוימות הן שעות עבודה תלויה בשאלה אם העובד חופשי לעשות לעצמו באותן שעות. הפרק שלהלן יידון בסוגיה זו, ויראה בדומה למסקנה העולה מפרק זה, כי לעובדי סיעוד כקבוצה חלשה יש פחות כוח במסגרת עבודתם ובהגדרת המונח "עבודה".

לוותר, או לקבל פחות מהן – גם אם ברצונו לעשות כן, וזאת מתוקף הסטטוס שלו כעובד. פסיקת בתי הדין לעבודה אף קבעה מאז ומתמיד, כי ההכרה בעובד הינה סטטוס, אשר מאן-דהו אינו יכול לוותר עליו ואשר אינו מותנה בהסכמה חוזית. תפיסה זו באה מתוך הכרה כי העובד נחות לעומת המעביד בשלב המשא-ומתן, וכי ישנן זכויות שנלוות לסטטוס זה ולא ניתן לוותר עליהן. הגישה החוזית, הרואה בהסכמה בין עובד למעביד חזות הכול, אינה מקובלת איפוא במשפט העבודה, ונתפסת כלא ראויה מבחינה חברתית. באופן זה הכתיבו לתוך חוזה העבודה תנאים סוציאליים מינימליים, שהיה אסור להפחית מהם בחוזה אישי או קיבוצי. מכאן נובעת הקונספציה שיש לראות בעובד כבעל סטטוס באופן שהוא אינו חופשי לבחור לעצמו את תנאי החוזה, וכי הוא כפוף לסטנדרטים שהחברה קבעה עבורו.<sup>72</sup>

יחד עם זאת, הגם שלא ניתן לוותר על הסטטוס של עובד, הרי שפעמים רבות ומסיבות שונות, בוחרים עובד ומעביד להגדיר את מערכת היחסים ביניהם ככזו שאינה מבוססת על דיני עבודה. לעתים גם, בסופה של מערכת היחסים, מבקש ה'עובד' לאתגר הגדרה זו, ולקבוע כי הגם שבמשך כל חי החוזה הוא לא היה נחשב כ'עובד', עתה יש לבחון את עניינו כך. מצידו של הצד השני, הצד הנתבע (המעביד), עולה טענה נגדית, כי הגם שלא ניתן להתנות על המעמד של 'עובד', עדיין אין משמעות הדבר כי התובע זכאי לכל הסעדים הממוניים המבוקשים על ידו (להבדיל מהסטטוס שמבקש לעצמו העובד בתחום משפט העבודה). זאת, בהינתן העובדה שהלכה למעשה התובע קיבל במהלך מערכת היחסים סכומים ניכרים, העולים על אלו שהיה מקבל לו היה נחשב כעובד. בהתאם, עולה השאלה הבאה: האם וכיצד ניתן להגדיר בדיעבד מערכת יחסים שהובנתה, לעתים מזה זמן רב, בין אם במפורש ובין אם במשתמע, כבעלת אופי אחר. בתי הדין נתנו לשאלה זו תשובות שונות, ובהתחשב בעובדה שהמעמד של 'עובד' אינו יכול כאמור להיקבע בין הצדדים, אלא הוא סטטוס שלא ניתן להתנות עליו, גם בהינתן הסכמה חוזית של העובד,<sup>73</sup> ולאור העובדה שחוזי עבודה מושפעים ומוגבלים עד מאוד מגורמים חיצוניים כגון חוקי מגן והסכמים קיבוציים.<sup>74</sup> החלק שלהלן ימחיש, כי כאשר בית

<sup>72</sup> דברי סגנית הנשיא א. ברק בדב"ע נה/3-145 מדינת ישראל-משרד השיכון נ' בוכריס, פד"ע לו 1.

<sup>73</sup> F. Raday, Status and Contract in the Employment Relationship, 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 77, 95–96.

<sup>74</sup> ר' למשל דבריו של מונדלק: *"In this process it will be possible to test which of the two hypotheses posed here is more valid. If the courts are trying to use the objective method to empower weak workers, we are likely to see a growing reliance on objective interpretation. The law of contract will gradually substitute, to a limited extent, collective bargaining. However, if courts are applying the objective method merely because it reflects the parties' mutual intent, then a growing disparity and variance in contractual arrangements will entail a move towards the subjective end of the continuum"*: Guy Mundlak, Generic or Sui-Generis Law of Employment Contracts? 16 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 309 (2000)

הדין בוחן שאלה זו, הוא נותן משקל מהותי ליחסי הכוח שבין הצדדים (התובע, הטוען שהוא עובד, לבין הנתבע, הנטען שהוא מעביד).

**כוח ותום-לב בדיני עבודה** – הדיון בהגדרת סטטוס של עובד בדיעבד קשור לעיקרון תום הלב, ולעתים – אף חופף לו. עיקרון תום הלב קבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ומוחל על שטחי משפט נוספים מכוח סעיף 61(ב) לחוק הנ"ל. העיקרון תואר בפסיקה כ"מלכותי" ובעל מרכזיות רבה במשפט הישראלי,<sup>75</sup> ואף כמשמעותי ביותר בדיני עבודה.<sup>76</sup> טענת תום הלב עולה לדיון בדיני עבודה, כאשר נטען שעובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיביות. במקרים נדירים כאלה ובמקרה שהעובד יבקש, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות על השכר הכולל שקיבל וזאת בחוסר תום לב משווע, יגבר חוסר תום לבו של העובד על דרישת הקוגנטיביות.<sup>77</sup>

**הגדרת מעמדו של עובד בדיעבד וקיומו זכויות ממוניות** – המחקר יטען, כי בחינת הדרך שבה בתי הדין הגדירו את מעמדו של עובד בדיעבד, וקבעו האם יש להעניק לו זכויות ממוניות כלשהן, התחשבה פעמים רבות בהכרעה לגבי כוחו של התובע-העובד. קרי, בית הדין בחר לבחון האם העובד היה צד חלש להסכם, או שמא המדובר בצד חזק אשר היה מודע לזכויותיו כגורם חזק במערכת היחסים ואשר היה בידו הכוח לעצב את מערכת היחסים בינו לבין המעביד-בדיעבד.

בין היתר, הסוגיה לגבי קביעת זכויות ממוניות בדיעבד מבוססת על הלכת גדרון משנות ה-80, שבה נקבע כי סכומים שקיבל העובד ביתר במהלך ההתקשרות ולאור הגדרת מעמדו כמי שאינו עובד, יקוזזו מהסכומים המוענקים לו כעובד.<sup>78</sup> ברבות השנים אף חלו תמורות בהלכה זו, ופסקי דין אשר פירשו אותה קבעו לה סייגים ותנאים שונים.<sup>79</sup> לעתים, תניית גדרון שהיתה קבועה במפורש בהסכם בין הצדדים נדחתה על ידי בית הדין, היות שבית הדין הגיע למסקנה שלתובע לא היתה כל ברירה אלא לחתום על חוזה שקיפח את זכויותיו כעובד. קרי – העובד-התובע נקבע כמי שהיה צד חלש

<sup>75</sup> בג"ץ 1683/03 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702 (1993).

<sup>76</sup> מנחם גולדברג, "תום לב במשפט העבודה", ספר בר ניב, 187 (1987); אלישבע ברק, "עיקרון תום הלב במשפט העבודה", ספר ברנזון חלק שני, 499 (2000).

<sup>77</sup> דב"ע נה/3-145 מדינת ישראל-משרד השיכון נגד יעקב בוכריס, פד"ע לו 1.

<sup>78</sup> דב"ע מו/3-128 ד"ר בנימין גדרון נ' מדינת ישראל.

<sup>79</sup> ר' למשל ע"ע 256/98 אורי אייזיק – תה"ל; פד"ע ל"ו 817; ע"ע 133/99 מרגיה אליאס רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ; ע"ע 99/06 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן נ' חנה יפהר.

במערכת היחסים, ולעומת המעביד, אשר הפעיל כלפיו יחסי עוצמה.<sup>80</sup> במקרים הפוכים תניית גדרון לא היתה כתובה בהסכם שבין הצדדים, אך המעביד הנתבע העלה אותה כטענת קיזוז, ואף כתביעה שכנגד, ובית הדין קיבל את הטענה.<sup>81</sup> כך, הגיע לעתים בית הדין למסקנה כי: "הגדרתו של התובע כקבלן בהסכם עימו היתה על פי בחירתו והעדפתו. התובע החל התקשרותו עם הנתבע כאשר מדובר היה בהתקשרות הנובעת מיחסי כוחות שוויוניים ומתוך בחירה רצונית. התובע לא דרש בפועל, עד 2001, להיקלט כעובד ולא הליון על תנאי העסקתו ולהיפך, הוא זכה לתמורה העולה על זו של עובד וכן זכה ביתרונות כלכליים מדרך העסקתו כאמור. התובע היה רשום ברשויות השונות כעצמאי ומעולם לא דרש כל זכות מעבר לאמור בהסכם ההעסקה. מכל האמור לעיל עולה, כי עד שנת 2001 לא התקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים".<sup>82</sup>

חלק זה של המחקר יבחן מתי וכיצד מגיע בית הדין למסקנה כי עובד הינו בעל יכולת לבחור ולהגדיר את מערכת היחסים בינו לבין המעביד, ויבחן את המימדים השונים שעל פיהם בוחן בית הדין את חוזקו – או חולשתו – של העובד, וזאת למול המעביד. קרי – המטרה בחלק זה של המחקר תהיה לבאר מהם המקרים שבהם הכיר בית הדין במצב שבו עובד הפעיל כוח ביחסיו עם המעביד. ייבחנו מקרים שבהם בית הדין הגיע למסקנה כי עובד היה בעל עוצמה ויכולת לשלוט בתהליך של קבלת החלטות בענייניו (ראו בהקשר זה את הגדרתם של שולצה, וכן של ארליך ודה-אנטוניו לכוח), ובמיוחד בהגדרתו כמי שאינו עובד. כך למשל, יבחן תחום העיסוק של העובד; האם יש לו מומחיות ספציפית בתחום הנדרש; המשא-ומתן שנערך בין העובד לבין המעביד וכו'. מימד נוסף יינתן לעובדה שמערכת היחסים נבחנת, כמעט תמיד, בדיעבד ולאחר סיום מערכת היחסים בין הצדדים (ex-post), ומשכך יש לראות כי הנחות יסוד שעמדו בבסיס ההתקשרות – כגון חוזקו של העובד, יכולות להשתנות במהלך מערכת היחסים.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> ר' דוגמאות למקרים בהם בית הדין דחה את החלטה של תניית גדרון, הגם שזו היתה כתובה ומצוינת במפורש בהסכם בין הצדדים: עבי' (ח"י) 1984/04 שרה בר לבב נ' המכללה לביטוח ע"ש יעקב שריר; עבי' (ת"א) 304445/97 שלמה בק נ' ניביט תקשורת ומחשבים 1989 בע"מ; עבי' (בי"ש) 2629/01 אפרים דויד נ' הפועל באר שבע.

<sup>81</sup> ר' ע"ע 283/99 ברק נ' כל הקריות בע"מ ואח', פד"ע לה 641, שם נקבע כי הלכת גדרון חלה על נסיבות המקרה גם בהעדר תנייה מפורשת בחוזה.

<sup>82</sup> עבי' 6810/01 אמציה תבואה נ' מנהל מקרקעי ישראל.

<sup>83</sup> חני אופק, "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", משפטים לז(1), 63. אופק קובעת, כי "מיומנות היא נסיבה משתנה. כך למשל, המידע שבידי אותם עובדים עשוי להתיישן או להתחלף בטכנולוגיה חדישה ולא מוכרת. כמו כן, השוק עלול להיות מוצף בעובדים מיומנים חדשים וצעירים, המוכנים לעבוד שעות רבות יותר עבור תמורה נמוכה יותר, ועוד כהנה וכהנה נסיבות העלויות להשתנות ולהוריד את העובד המיומן "מגדולתו". הנה כי כן, גם כוחם של העובדים המיומנים הוא בעל אופי זמני ותלוי נסיבות" (ר' בעמ' 75 למאמר).

המחקר יטען כאמור, כי השינויים בדיון לגבי תניית גדרון, משקפים את התמורות בתפיסת בתי הדין לגבי מימד הכוח בדיני עבודה. ניתן לראות כי מימד הכוח עולה לדיון בעיקר כאשר התובע מסומן על ידי בית הדין כמי שנהנה מתנאי העסקה גבוהים באופן משמעותי. מימד הכוח גם עולה לדיון, היות והעובד, ולפי תיאורו של המימד הראשון של לוקס (העוסק בראש ובראשונה בפן ההתנהגותי), נתפס על ידי בית הדין כמי שהינו לכאורה בעל עוצמה בעיצוב הקשר עם המעביד, ודווקא בגלל הפאסיביות שלו (קרי – ההסכמה בשתיקה וקבלת התנאים בפועל במהלך השנים). כזכור, לוקס הצביע על כך שפאסיביות גם היא יכולה להצביע על עוצמה, היות ובעלי העוצמה מניחים כי האינטרסים שלהם יילקחו בחשבון, גם אם לא יהיו אקטיביים.<sup>84</sup>

מנגד, יש לזכור, כי עמדה זו הופכת את חוקי המגן לחוקים המיועדים לכאורה לעובדים חלשים בלבד, תוך שלילת האוניברסאליות של חוקים אלה. יש לשאול על כן, האם בחירה פאסיבית (מתוך הסכמה בשתיקה לתנאי עבודה שיש בהם פגיעה במימד הקוגניטיבי של דיני עבודה) או מודעת (קרי – חתימה על הסכם וכו') הינה תמיד מתוך עמדה של כוח, או שמא דווקא מתוך עמדת מוצא של חולשה. בהקשר זה יש לציין את המימד השלישי ביחסי כוח, אשר אותו דן ותיאר לוקס, המתייחס לחוסר האוטונומיה בקבלת ההחלטות, אשר מוצגת בצורה כוזבת כיכולת שליטה. גם קלאוס אופה הדגיש את מימד השליטה הקיים בחברות קפיטליסטיות מתקדמות, ואת ההתרחבות הבלתי מבוקרת של הקפיטליזם. אופה טוען בהקשר זה, כי העובדים נמצאים עוד יותר בנחיתות בעת המודרנית.<sup>85</sup> הנה כי כן, ייתכן שלעובד אין כל ברירה, אלא להיכנס למערכת יחסים שאינה מוגדרת מראש כיחסי עבודה. כן יש להדגיש את גישתו של פולאנטאס, אשר הדגיש את ההיבט הכלכלי של כוח, וראה במעמד חברתי וכלכלי כמרכיב המכונן של כוח. על כן, ייתכן שבמציאות כלכלית בעייתית ומנצלת, חוסר הברירה של עובדים להיכנס למערכת יחסים, שאינה מבוססת על יחסי עבודה, היא בלתי כל ברירה אחרת.

החשוב לענייננו, היא הטענה שמימד הכוח, הינו כלי שמאפשר הן להגדיר את מערכת יחסי העבודה הספציפית שנמצאת לפני בית הדין, אך באותה העת – גם לעשות הערכה מחדש של יחסי הכוחות בין

<sup>84</sup> בהקשר דומה יש לציין את הוראת בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, הקובע כי "התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לעניין חוק זה כפיטורים". פסיקות שונות שפירשו מונח זה התקשו להחליט האם שתיקה של עובד להרעה מוחשית בתנאי עבודתו, תוך כדי הישארות במקום העבודה גם לאחר הרעת התנאים, הינה בגדר הסכמה מודעת להרעה זו אשר יכולה לשלול את פיצויי הפיטורים. בהתאם, יש לשאול האם שתיקה שכזו הינה בגדר הסכמה שניתנה כהחלטה מודעת של עובד חזק, או שמא דווקא כהחלטה של חוסר ברירה של עובד חלש. קרי – האם יש לפרש שתיקה כאקט של חוזק או חולשה.

<sup>85</sup> Claus Offe, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics* (Cambridge, 1985).

המעביד לעובד, ובכך לעשות איזון כוחות, כנדרש לפי אחת המטרות הבסיסיות של דיני עבודה. כלומר, בית הדין אף מודה וכותב במפורש כי פסק הדין ממלא בכך את אחת מהמטרות הבסיסיות של דיני עבודה. האמור לעיל נכון במיוחד עת אנו דנים בעובד מוחלש דווקא, אשר המעביד ניסה להוציא מחוץ להגנה של דיני עבודה, ובית הדין "מחזירו פנימה". מערכת יחסים זאת מביאה איפוא לאינטראקציה בין כוח קבוצתי לכוח אישי, ולבין כוח המבנה בשיטה לבין כוח שהצדדים מייצרים זה כלפי זה (בהתאמה – המימד השלישי והראשון של לוקס).

ביחס לעיקרון תום הלב, יידון המחקר בחלק זה ביחס שבין מימד הכוח לתום הלב של הצדדים ביחסי עבודה, ובמיוחד בהקשר של תניית גדרון. המחקר יבדוק, האם יכול להיות שצד חלש, אשר עומד על זכויותיו, הינו חסר תום לב. גם ביחס לשאלה זו הובעו עמדות שונות בפסיקה, והעמדה המקובלת היא שעמידה על זכויות קוגנטיות המוקנות על פי חוק, אינה בבחינת התנהגות שהינה חסרת תום לב.<sup>86</sup> המחקר יטען כי הפסיקה אינה תמיד מבדילה בין מימד הכוח לעיקרון תום הלב, ואף יוצרת זהות בין שני מונחים אלה,<sup>87</sup> אף שלמעשה ישנו לעתים הבדל בין המונחים. כך, שכן ברי כי צד חזק במערכת יחסי עבודה יכול להיות תם לב, ויתרה מכך – גם צד חלש במערכת יחסי עבודה יכול לנהוג בחוסר תום לב.

### **2.2.3. כוח ופרשנות חוק שעות עבודה ומנוחה**

חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 הינו חוק מגן, וככלל – הזכויות הקבועות בו אינן ניתנות לויתור. יחד עם זאת, המחוקק הכיר בסוגי עובדים שאין מקום להחיל עליהם את הוראות החוק. לפיכך, חוק שעות עבודה ומנוחה חל על כל עובד, באשר הוא, אלא אם העובד הוצא מתחולתו על ידי סעיף 30(א) לחוק. סעיף 30(א)(5) קובע כי החוק לא יחול על "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידי הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי". כדי להוכיח את התקיימותו של חריג זה (ובמיוחד את החריג המצוין ברישא של הסעיף), על המעביד, אשר נתבע בתביעה לגמול שעות נוספות, להוכיח כי

<sup>86</sup> כך למשל, בפרשת קאזיס, שם נידון עניינו של מתמחה במשפטים אשר עבד בשכר הנמוך משכר המינימום במהלך תקופת ההתמחות, ואשר תבע לאחריה זכויות שונות, הביעה השופטת ארד את עמדתה, כי במצב שבו פערי הכוחות מובנים בין הצדדים, הצד החלש אינו יכול להימצא במצב של חוסר תום לב. ר' דבריה כי: "מעצם מהות היחסים שבין מאמן למתמחה, תהא ידו של המתמחה על התחנתו. מלכתחילה, מדובר במערכת יחסים בלתי שוויונית, במהלכה בא המתמחה בפני מאמנו, כתלמיד בפני רבו, כאשר המאמן מופקד על תלמודו של המתמחה, על הנחייתו ועל מתן האישור שיפתח בפניו את דלתות לשכת עורכי הדין. במצב דברים זה, בו אין כפות המאזניים מעוינות, הרי שגם אם נתן המתמחה הסכמתו לשמש בפני המאמן בלא תשלום, או בתשלום חלקי, יש לראות בכך ניצול מצוקתו של החלש ולא התנהגות חסרת תום לב מצידו של המתמחה" (ע"ע 1182/02 עו"ד חיים קאזיס נ' תאופיק ארייט). הנשיא אדלר הסתייג בעמדתו מאמירה זו. ר' דבריו כי: "לדידי גם אדם במצב של חולשה יחסית יכול לפעול בחוסר תום לב. מצב של העדר שוויונות אינו מצדיק התנהגות חסרת תום לב".

<sup>87</sup> ר' למשל ע"ע 1002/01 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' נתיב קרן הפנסיה של פועלי ועובדי משק ההסתדרות בע"מ, שם קבע בית הדין הארצי כי "חובת תום לב מוגברת חלה במקרים בהם קיימים פערים משמעותיים ביחסי הכוחות בין הצדדים ובסוגי יחסים קרובים אשר מעצם טיבם מחייבים את הצדדים לחובת נאמנות ותום לב מוגברת...".

בעצם התובע היה עובד בתפקיד בכיר. קרי – בעל סמכויות, חופש פעולה ועצמאות. ברי גם, כי עובד בתפקיד ניהול נתפס בדרך-כלל כעובד חזק.<sup>88</sup>

הפסיקה קבעה, כי למונח "מנהל", המופיע בחוק, ישנם סממנים אחדים, כגון: מתן סמכויות לארגן את פעולות המפעל, כולל הוראות לעובדים אחרים ופיקוח על עבודתם; תפקיד המקנה חופש פעולה ועצמאות; מעמד בכיר במבנה החברה; שכר של מנהל ולא של עובד. סממן נוסף הינו תשלום של משכורת גבוהה.<sup>89</sup> במילים אחרות, "מנהל הוא מי שקובע את מדיניות הנהלת המפעל, מיישם את החלטות הנהלה ומביאן לכלל ביצוע, ויש לו שיקול דעת עצמאי בביצוע מדיניות הנהלה ובהתאמתה למציאות המשתנה... תפקיד ניהול אינו כולל עובד המבצע את מדיניות הנהלת המפעל תוך קבלת החלטות וביצוע פעולות הנובעות מאותה מדיניות, אם אלה אינן מחייבות שיקול דעת עצמאי ואינן נעשות מחוץ למסגרת המדיניות הקבועה".<sup>90</sup> פשוטו כמשמעו, המנהל, לפי הפרספקטיבה החד-מימדית (הראשונה) של לוקס, הוא זה אשר מחליט החלטות, וברוב מוחלט של הפעמים – תוך הפגנת עצמאות. הנה כי כן, גם ביחס לשאלת גמול שעות נוספות יש למימד הכוח חשיבות מכרעת.

סעיף נוסף בחוק – סעיף 30(א)(6), קובע בנוסף, כי החוק לא יחול גם על "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם". בניגוד לחריג הקבוע בסעיף 30(א)(5), כאן העובד לא חייב להיות בתפקיד ניהולי דווקא, וכדי להוכיח את התקיימותו של חריג זה, על המעביד להוכיח כי התובע היה בעל חופש פעולה מרבי בתפקידו. חופש הפעולה הנ"ל ניתן מתוך הכרה שהעובד ראוי לכך וזקוק לכך כדי לבצע את התפקיד בצורה נאותה, ופירושו עצמאות רבה מאוד בקבלת החלטות, בביצוען, באחריות לנעשה, וכל אלה מצריכים פרקי זמן בלתי מבוקרים ובלתי מוגדרים, הן לצורך העבודה והן לצורך המנוחה.<sup>91</sup> כאמור, חופש ועצמאות בביצוע העבודה נתפסים על ידי המחוקק ככוח מצידו של העובד בעיצוב חיי העבודה.

בתביעות שבהן מתבררת טענתו של המעביד לאי-חלותו של חוק שעות עבודה ומנוחה, מנסה העובד להוכיח שהוא היה עובד זוטר, בעל סמכויות מועטות, אשר היה נתון לפיקוח תדיר של המעביד.

<sup>88</sup> "התכלית לאי החלת החוק בתפקידי הנהלה היא, שעובדים בתפקידים אלה אחראים לעובדים אחרים וניהול תקין של היחידה, עליה הם ממונים. משכך עובדים אלו אינם עובדים, ולא מצפים מהם לעבוד, בשעות מסוימות אלא במסגרת אחריותם על עובדים אחרים ועל הפעילות במפעל עליהם להימצא בעבודה בכל שעה שהדבר דרוש" (תבי"ע מט/3-438 מיכאל לאב נ' Decision Systems Israel בע"מ).

<sup>89</sup> בג"ץ 327/63 מזרחי נ' שר העבודה פ"ד יח(1) 434. ר' מסקנה דומה בעב' (י"ס) 1107/02 לואיס גורדון נ' גיי 3 אסוסיאטס בע"מ.

<sup>90</sup> דב"ע מט/2-7 מישל רבות נ' הורמן שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא 117.

<sup>91</sup> תבי"ע (י"ס) לא/2-66 אהרון וקסנברג נ' מלון הולילנד בע"מ, פד"ע ג, לח.

המעביד מנסה להוכיח מנגד, כי העובד נשא בתפקיד ניהולי ו/או בעל יכולת לעצב את אופן עבודתו. לשון אחר: בעוד שהעובד מנסה להוכיח כי הוא היה עובד חלש, מנסה המעביד להוכיח כי התובע היה דווקא עובד חזק. תביעות אלה מתבררות בצד הפרסומים, ולפיהם במשק הישראלי רווחת התופעה של אי תשלום שעות נוספות, כנדרש לפי חוק שעות עבודה ומנוחה.<sup>92</sup>

ברוב גדול של המקרים דחה בית הדין את טענת ההגנה בדבר התקיימותם של החריגים הנ"ל, תוך קביעה כי יש לפרש את החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה בצמצום, כך שפחות עובדים יוצאו מתחולתו של החוק ויותר עובדים ייהנו מההגנות שהחוק מעניק.<sup>93</sup> יחד עם האמור לעיל, היו מקרים שבהם דחה בית הדין את התביעה לגמול שעות נוספות. במיוחד מעניין לראות ביחס לכך תביעות לגמול שעות נוספות של עובדים בחברות היי-טק, אשר על פניו נתפסים כעובדים חזקים יחסית. כך למשל, בפרשת טמיר דחה בית הדין תביעה של תכנת אשר הועסק על ידי חברת היי-טק, והועסק בחצריה של חברה אחרת. אין חולק כי התובע עבד במשך שעות ממושכות ומעבר למסגרת העסקה רגילה, אך בית הדין בסופו של יום דחה את התביעה לגמול שעות נוספות, תוך שהוא מציין כי "התובע אמנם לא היה בתפקיד הנהלה, אולם יש לקבוע כי תפקידו חייב מידה מיוחדת של אמון אישי... לפי העדויות עולה שהפרויקט היה בעל אופי מיוחד ואף הצריך גם עבודה לילית... נראה כי אופי העבודה בנתבעת בכלל ובפרויקט בחברת "ברק" בפרט, הצריך מידה מיוחדת של אמון אישי, כך שחל לגבי הסייג של סעיף 30(א)(5) לחוק".<sup>94</sup>

<sup>92</sup> ר' למשל כתבתה של רותי סיני בעיתון "הארץ" – "לא משלמים שעות נוספות" (28.8.05). סיני קובעת, כי אי-תשלום גמול שעות נוספות נפוץ בכל ענפי המשק הישראלי, ואף בקרב חברות גדולות, וכי "אי תשלום גמול שעות נוספות הוא אחת העבירות הנפוצות ביותר על חוקי העבודה בישראל. לא רק שמאות אלפי עובדים אינם מקבלים את מלוא השכר שמגיע להם, אלא שמעסיקים אינם צריכים לחשוש מכך שהם עוברים על החוק מהסיבה הפשוטה, שהמדינה אינה אוכפת אותו". אישור נוסף לממצא זה ניתן למצוא בפסיקה. בתיק שבו נתבעה חברת טכנולוגיה לגמול שעות נוספות, נטען על ידה כי הנוהג המקובל בענף ההיי-טק הינו שלא לשלם את הגמול שבנדון, ובמיוחד לאור העובדה ששכרם של העובדים הינו גבוה יחסית למשק הישראלי. בית הדין דחה טיעון זה, וקבע כי "אין בעובדה כי הנורמה המקובלת בענף ההייטק היא של תשלום שכר גלובלי, ללא תשלום גמול בעד עבודה בשעות נוספות לפי החוק, כדי להביא למסקנה כי תביעתו של העובד נגועה בחוסר תום לב. ההיפך הוא הנכון. לנוכח העובדה כי מדובר בנורמה המקובלת בענף ההייטק, התוצאה היא שלעובד בענף זה אין למעשה כוח מיקוח מול המעביד בעניין תשלום תמורה בעד עבודה בשעות נוספות, ולמעשה נכפית עליו ההסכמה לעבוד בשכר גלובלי, בניגוד להוראת סעיף 5 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958. משמעותה המשפטית של טענת החברה היא למעשה הרחבת החריגים שבסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, גם לאותם מקרים בהם "מקובל" שלא לשלם גמול שעות נוספות. הרחבה כזו היא בניגוד לחוק, ומנוגדת לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, לפיה יש לפרש את החריגים לתחולת החוק בצמצום" (עב' 911943/99 אלון ציגלר נ' נקסוס מערכות טלוקיישן בע"מ).

<sup>93</sup> ע"ע 300271/98 טפקו ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ נ' מנחם טל.

<sup>94</sup> עב' (תי"א) 1206/02 יוסי טמיר נ' פבליקום ישראל בע"מ. ראוי להעיר עוד, כי בית הדין קיבל את טענות הנתבעת לגבי המאפיינים הייחודיים של ענף ההיי-טק, ובכלל זה: העסקת העובדים הינה על בסיס שכר גלובלי; אופי העבודה המשתנה מפרויקט לפרויקט; שעות עבודה משתנות וגמישות, הן בהתאם להתקדמות בשלבי הפרויקט, והן בתקופות השפל בין פרויקט לפרויקט; העבודה בדרך כלל בחצרי הלקוח; מידת האמון האישי והעצמאות הנדרשים מן העובדים ללא אבחנה בדרג.

**עובדי סיעוד** – קבוצה נוספת, אשר ביחס לזכאותה לגמול שעות נוספות התקיימו דיונים רבים בפסיקה, הינה זו של עובדי סיעוד בבית המטופל. בפרשת *טודוראנגיאן* נקבע בדעת רוב,<sup>95</sup> כי עובדת שטיפלה בילדה נכה, אינה זכאית לגמול שעות נוספות, ובהסתמך על החרג בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה. בית הדין קבע כי המטפלת זכאית לקבלת אחוז מסוים מעל שכר מינימום, כשכר כולל, וכי יש לקחת בחשבון שהמטפלת קיבלה דיור וכלכלה. בנסיבות המקרה, בית הדין קבע כי שכר סביר יהא שכר בגובה שכר מינימום בתוספת 30% מעל שכר המינימום. קביעה דומה ניתנה בפרשת *זכריה*, שם קבע בית הדין הארצי כי מטפלת אשר היתה קשורה למנוחה במשך כל שעות היום, ושעבדה בטיפול, סיעוד וליווי אישי ובנוסף בעבודות משק הבית, זכאית לתוספת של 40% מעבר לשכר מינימום והדיור וכלכלה שקיבלה.<sup>96</sup> במקרה אחר – פרשת *לאמאטו*, סברו השופטים כי חוק שעות עבודה דווקא כן חל, וכי יש לפסוק גמול שעות נוספות בהתאם לשעות העבודה בפועל, בהתאם למתכונת שהוכחה.<sup>97</sup>

קביעה נוספת ניתנה בפרשת *גלוטן*, שם קבע בית הדין הארצי בדעת רוב, כי שאלת חלות חוק שעות עבודה ומנוחה, תלויה בעקרון במצבו הסעודי של המטופל ובעזרה הניתנת לו על ידי בני ביתו והמטפל בו וכי אין לקבוע מראש לעניין זה הלכה כללית של חלות החוק. במקרה שנדון בפסק הדין, דובר במטופלת בת 80 שחיה בגפה בביתה עם המטפלת בה, ושהיתה מחוברת למכשיר הנשמה ותלויה לחלוטין בהשגחתה הצמודה של המטפלת בכל שעות היממה. בית הדין פסק בדעת רוב, כי המטפלת אינה זכאית לגמול בגין עבודה בשעות נוספות עבור תקופת עבודתה אצל מעבידתה, שכן המטופלת אינה מסוגלת לפקח על שעות העבודה והמנוחה של המטפלת ובנוסף, בנסיבות האמורות נדרשת מידה מיוחדת של אמון, שאולי אין למעלה ממנו, של המטופלת במטפלת.<sup>98</sup>

הדוגמאות אשר הובאו לעיל ממחישות, כי באופן פרדוכסלי, דווקא עובדים שמייחסים להם כוח הם בסופו של יום עובדים מוחלשים. שהרי, עצמאותם של תובעים לגמול שעות נוספות, והיכולת הרבה שלהם לעצב את מסגרת תנאי העבודה, הפכו אותם ובמידה מסוימת לעובדים שהינם מוחלשים, אשר אינם זוכים לגמול שעות נוספות. קרי, חוזק מהותי כעובד יכול להוביל בסופו של יום דווקא לפגיעה בעובד, ובהקשר של הזכות לשעות נוספות. מימד הכוח אף עוזר לעובדים חלשים

<sup>95</sup> ע"ע 1113/02 יוהאנה טודוראנגיאן נ' מעיין משה, פד"ע לט 409; ר' גם ע"ע 1333/04 בילו טרסיה נ' יוסף לוגסי ורות אלה לוגסי.

<sup>96</sup> ע"ע 1267/04 אלנה זכריה נ' עיזבון המנוחה ליזה קימלמן ואח'.

<sup>97</sup> ע"ע 1511/02 ארמילנדה לאחאטו נ' עזבון המנוחה ויקטוריה בן-בנימין ז"ל.

<sup>98</sup> ע"ע 157/03 יולנדה גלוטן נ' לאה יעקב.

ומוחלשים, ובמטרה להשגת מטרות היסוד של דיני העבודה, אך באותה העת הוא יכול לפגוע בעובדים שנתפסים לכאורה כעובדים חזקים, בעוד שלמעשה לא תמיד ניתן לאפיין אותם כך. כזכור, לוקס, כמו גם גרמשי, הצביעו על היכולת של בעל הכוח השליטה לעצב את התודעה, וליצור מניפולציה להשגת המטרות הרצויות. האמור לעיל ממחיש כי המעסיקים הצליחו בעיצוב התודעה, ובעיקר של בתי הדין (אך גם של הציבור – שכן המדובר בנורמה בכלל המשק הישראלי), ולפיה עובדים אלה הם חזקים, ומשכך אינם זכאים לגמול שעות נוספות, בעוד שלמעשה הם חלשים.

טיעון זה מומחש בעיקר בעת בחינת הפסיקה הנוגעת לזכותם של עובדי סיעוד לגמול שעות נוספות. פסיקה זו הינה דוגמא ליכולת של מימד הכוח להיות כלי מסייע לעובדים, אך בנוסף – נתון שיכול להיות פוגעני במקרים מסוימים. במקרה שלפנינו, עובדי הסיעוד, על אף שהינם לרוב עובדים זרים – מבין האוכלוסיות המוחלשות ביותר בשוק העבודה הישראלי, נתפסים כעובדים "חזקים". פסקי הדין אשר נידונו לעיל מחריגים באופן גורף את עובדי הסיעוד מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, תוך פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות של עובדים אלה על פי משפט העבודה המגן.<sup>99</sup> הדיון בעובדי הסיעוד, כהמשך ישיר לדיון בעובדי תעשיית ההיי-טק, מלמד שכאשר בית הדין מבצע ניתוח לפי מימד הכוח, הוא "לוכד ברשתו" גם עובדים שהינם לכאורה חלשים, ומחיל עליהם חריגים שהינם רלוונטיים לעובדים חזקים, בעוד שהם עובדים חלשים במיוחד, ועל פי כל פרמטר שבו ניתן לבחון את מצבם הכלכלי והחברתי.

המחקר טען כאמור, כי לא כל עובדי תעשיית ההיי-טק הינם חזקים באותה המידה, ובמקביל – לעתים החוזק שלהם גורם להם לפגיעות בבית הדין. מסקנה זו הינה בודאי נכונה לגבי עובדות הסיעוד. מימד הכוח, על אף היותו כלי אינטואיטיבי ונוח, שבו בית הדין משתמש פעמים רבות כדי להגיע להכרעה צודקת, הינו כלי פרשני מעט חמקמק. קרי, זהו כלי פרשני שפעמים רבות מוביל לתוצאות בעייתיות, והלכה למעשה – מביא לעתים להחלשת העובדים, במקום לחזקם. עובד חזק יכול איפוא להתפס כחלש, וההיפך. מונח הכוח הינו לפיכך כזה שיכול לספוג פרשנויות שונות ולהביא לתוצאות מנוגדות, כמונח שאינו ברור ומפוענח עד תום בפסיקת בתי הדין לעבודה.

<sup>99</sup> כך אף טענה עמותת "קו לעובד" בעתירה לבג"צ שהגישה כנגד פסק הדין בפרשת גלוטן (בג"ץ 1678/07 יולנדה גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה ואחי) (עותק מצוי בידי המחבר).

### 3.3. מימד הכוח במסגרת מערכת יחסי עובד-מעביד (יחסי כוח רב-כיווניים)

חלק זה של המחקר יתמקד במימד הכוח במובנו הכופה, ובטכניקות שליטה והסדרה הנהוגות בדיני עבודה. לשם האמור לעיל, המחקר ישתמש בניתוח של פוקו לגבי מימד הכוח, תוך התייחסות לפרקטיקות הנוגעות לפרטיותו של העובד, ובכלל זה מבחני אישיות וכו'. המחקר יחקור את התקיימותו של המרחב הפוקויאני ביחסי העבודה, ואת התקיימותו של תהליך המשמוע המתואר לעיל ביחסי עבודה. לשם בדיקת והמחשת האמור לעיל, המחקר יתמקד במנגנוני הכפייה הפועלים בדיני עבודה, מתוך ובתוך הרשת של יחסי העבודה. השאלה שתעלה לדיון היא עד כמה בתי הדין עוזרים להתקיימותו של מרחב השליטה והידע של המעביד על העובד, וזאת למול זכותו של העובד לפרטיות ולעיצוב המרחב האישי בתוך יחסי העבודה.

כך למשל, זכותו של עובד לפרטיות – סוגיה מהותית בתוך מערכת יחסי העבודה בין עובדים למעבידים, יכולה ללמד אותנו כיצד מימד הכוח בהיבט הכופה והמארגן הינו חלק עיקרי מתוך מערך הכוח ביחסי העבודה. הנשיא (בד') גולדברג קובע, כי תחילה, דומה כי התשובה לשאלה מה מייחד את פרטיותו של 'עובד' הינה פשוטה, שכן "לכאורה, כל מה שאינו נוגע ישירות בעבודה נופל בגדר "פרטיות", כשם שכל הנעשה במקום העבודה ובמהלכה אינו נחשב לכוזה". אך למעשה, התשובה לשאלה הינה מורכבת בהרבה, שכן "עניינים לא מעטים "מעורבים" למעשה, ואף כי אינם קשורים למקום העבודה, יש להם השפעה ניכרת, ולעתים מכרעת, על מקום העבודה ועל יכולתו של העובד לעסוק בה ולבצעה".<sup>100</sup>

אחד מעניינים אלה הן בדיקות פוליגרף. פעמים רבות מתבקשים עובדים על ידי מעבידיהם לעבור בדיקת פוליגרף, בין אם כאמצעי שוטף של בדיקה שגרתית ותקופתית,<sup>101</sup> בין אם כאמצעי שהצורך בו מתעורר לאחר גניבה או אי סדרים אצל המעביד. השאלות שעלו בפני בית הדין במקרים הללו היו: מה דינה של עזיבתו של עובד את מקום העבודה, עקב סירובו לדרישה לעבור בדיקת פוליגרף? והאם תוצאה של בדיקת הפוליגרף, המצביעה על סימני שקר, אמינה וניתן לפטר בעטייה?

אף על פי שהתייחסות בתי הדין לבדיקות הפוליגרף הינה חשדנית, דרישותיו של המעביד לחייב עובדים לעבור בדיקת פוליגרף הוכרו בפסיקה. בתי הדין לעבודה קבעו בהקשר זה, כי מעביד המסרב לאפשר לעובד לחזור לעבודה עד שייבדק בפוליגרף, איננו נחשב כמי שפיטר את העובד ולכן אינו חייב

<sup>100</sup> מ' גולדברג, "הגנת הפרטיות של העובד וחובת הגילוי שלו כלפי מעבידו", עבודה חברה ומשפט ט (תשס"ב) 85, בעמ' 88 למאמר.

<sup>101</sup> תב"ע (ת"א) נב/15-2582 יעקב מזרחי נ' צעזועי נמרוד.

בתשלום פיצויי פיטורים.<sup>102</sup> כך למשל, בפרשת *סלמאן עמאר* קבע בית הדין בהקשר זה, כי למרות שסוגיית הפוליגרף אינה ברורה די הצורך, מחובתו של עובד, כאשר מתעוררים נגדו חשדות סבירים, לעשות ככל יכולתו על מנת להפריך חשדות אלו. בית הדין קבע עוד, כי משלא עשה העובד כן, יכול הדבר לפעול שלא לטובתו. זאת, דווקא בשל חובת הנאמנות המיוחדת וחובת תום הלב המוגברת החלה ביחסי עובד מעביד, בהם יש חובה להפריך חשד זה, ולאפשר המשך קיום הקשר בין הצדדים (קשר שתלוי ומבוסס כאמור על נאמנות מוגברת). בית הדין סיכם, כי כתנאי מכללא יש לקרוא לחוזה העבודה את החובה להיבדק כדי להפריך חשדות במקרים שבהם עולה חשד סביר כנגד עובד, והקביל חובה זו לחובתו של העובד לעבור בדיקות רפואיות ואחרות במקרים מתאימים.<sup>103</sup> קביעות דומות ניתנו גם לגבי הזכות של המעביד לשלוח מועד לעבודה לבדיקה גרפולוגית.<sup>104</sup>

שאלה נוספת המתייחסת לזכות הפרטיות, היא עד היכן מגיעה זכותו של המעביד לדרוש מעובד לעבור בחינות חיצוניות שונות, רפואיות, פסיכולוגיות ומקצועיות במהלך תקופת עבודתו. בפסק הדין בעניין *אוניברסיטת ת"א* קבע בית הדין הארצי, כי סמכותה של ההנהלה להעמיד עובד במבחני התאמה נובעת מסמכותו של המעסיק לנהל את ענייני כוח האדם בתחומו, וכי הנהלת האוניברסיטה, כמו כל מעסיק אחר, רשאית להיעזר בשיטות חדישות על מנת להעמיד לפני ועדת המכרזים את מרבית המידע האובייקטיבי על המועמדים.<sup>105</sup> יחד עם האמור לעיל, בית הדין היה מודע לבעייתיות בחדירת המעביד לפרטיותו של העובד, וציין כי ההסכמה של העובד למבחני התאמה אינה ניתנת מרצונו החופשי. עוד הוסיף בית הדין, כי יחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווי כוחות, וכי מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק. לכן, החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ"רצונו החופשי". למרות דברים אלה, בית הדין לא הבהיר מה יהיה דינו של מעביד שפוסל מועמדותו של עובד שלא הסכים לעבור מבחני התאמה, והאם סירובו של העובד יכול להיתפס כסירוב שהינו ראוי.

<sup>102</sup> תב"ע (י"ם) מט/3-542 מוניק נחמני נ' חמדה גלעד. ר' גם עב' (ב"ש) 1839/99 סמי אלקשעלה נ' הגביע- מוצרי וופלים בע"מ.

<sup>103</sup> עב (י"ם) 1886/98 סלמאן עמאר נ' חברת מלונות יהודה בע"מ. ראוי להעיר, כי חרף דברים אלו, לא שלל בית הדין בפסק הדין פיצויי פיטורים מעובד שנחשד בגניבה, ואשר פוטר מיידית, ובשל המסקנה כי המעביד לא הוכיח את הגניבה, למרות הסירוב של העובד להיבדק בפוליגרף.

<sup>104</sup> דעת הנשיא גולדברג בדב"ע נו/129-3 פלוטקין ואח' - אחים איזנברג בע"מ. עמדה מסתייגת הובעה באותה פרשה על ידי סגנית הנשיא ברק.

<sup>105</sup> דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת ת"א נ' ההסתדרות הכללית. לתוצאה דומה ר' עסי"ק 1020/01 אגודת העיתונאים ואח' נ' רשות השידור; עב' (ת"א) 1006/00 מוטי לקסמן נ' המועצה האזורית גדרות.

סוגיה נוספת בהקשר זה היא היקף המידע שצריך להינתן למעביד על ידי מועמד לעבודה. כך למשל, בפרשת ארביב קבע בית הדין, כי מועמדת לעבודה אינה צריכה לספר על היריונה,<sup>106</sup> ואילו בפרשת בן יעקב קבע בית הדין כי מעסיק אינו רשאי לשאול מועמד לעבודה על הפרופיל הצבאי שלו.<sup>107</sup> שתי הקביעות התבססו על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. קביעות אלו מנוגדות במידת-מה לקביעה שניתנה לאחרונה בפרשת איסקוב, שם התיר בית הדין למעביד לעיין בדואר אלקטרוני של עובדת.<sup>108</sup> זאת, על אף שבית הדין הסכים, כי עיון בהתכתבויות פרטיות של העובד יהווה בגדר פגיעה חריפה במיוחד בפרטיותו, ועל אף שהוא הוסיף כי המעקב אחר הודעות הדואר האלקטרוני הוא בהכרח סמוי ועל כן אינו ידוע לעובד. הניגוד העיקרי בין שתי קביעות אלה, הוא בכך שבדרך כלל בתי הדין דווקא מעניקים לעובד מרחב פרטיות רחב מזה הניתן למועמד לעבודה.

מכל המפורט לעיל, נראה כי המרחב האינטימי שמספק בית הדין לעובד, לעומת כמות ורמת החדירה למרחב זה על ידי המעביד, אינם ברורים. ברי כי בתי הדין מודעים לכך שמידע אישי הניתן למעביד על העובד, הינו בגדר פגיעה וחדירה לפרטיותו. בתי הדין אף מודעים לכך שמידע זה מושג על ידי הפעלת פרקטיקות חודרניות, הנובעות מפער הכוחות העדיף שיש למעביד על העובד (בהקשר זה עולה אמירתו של פוקו כי "אין זה אפשרי שהכוח יופעל ללא ידע, אין זה אפשרי שהידע לא יוליד כוח"<sup>109</sup>). אך הפסיקות השונות שתוארו לעיל מראות כי גבולותיו של מרחב זה הינם עדיין מטושטשים ואינם ברורים עד תום. מטרתו של חלק זה של המחקר תהיה על כן למפות מרחב זה, אך במקביל – להציע קריאה ביקורתית לשאלה כיצד מפרש בית הדין מרחב זה, ואף לגבולות הראויים שלו.

#### **ב.4. מימד הכוח במסגרת הקולקטיבית של יחסי עבודה (המימד המבנה של מימד הכוח)**

השלבים הקודמים של המחקר התמקדו באופי הכופה של הכוח, המופעל באופן חד-צדדי כדי להכריח יחיד או קבוצה לפעול בדרך מסוימת, או להימנע מפעולה בדרך אחרת, בדרך כלל על ידי נקיטת סנקציות שונות או על ידי איום להשתמש בהן. אך כפי שכבר צוין, כוח אינו תמיד מופעל בצורה היררכית, מהמעביד לעובד. זאת ועוד, דיני עבודה, בעיקר במישור הקיבוצי, מובנים גם על מאמץ קיבוצי מאוחד של עובדים ומעבידים, ובמטרה להשיג מטרות משותפות. בהקשר זה, צוין מחקרה של לובל, אשר בחן מימדי כוח שונים, מלבד הכוח ההיררכי (ולמשל – כוח אופקי וכו'). חלק

<sup>106</sup> עבי (ת"א) 3662/05 שרונה ארביב נ' פואמיס בע"מ.

<sup>107</sup> עבי 9931/04 יובל בן יעקב נ' אסם תעשיות מזון בע"מ.

<sup>108</sup> החלטה בעבי (ת"א) 10121/06 טלי איסקוב ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים, מיום 15.7.07 (בקשת רשות ערעור הוגשה לבית הדין הארצי לעבודה, וטרם הוכרעה נכון ליום כתיבת שורות אלה, הגם שהמעביד-הנתבע הסכים, בהליך בפני בית הדין הארצי, לחזור מהבקשה להציג את הראיה שבמחלוקת).

<sup>109</sup> Haannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958), p. 200.

זה של המחקר יתמקד על כן בהיבט הקיבוצי, השיתופי והאופקי של מימד הכוח. לשם המחשת האמור לעיל, המחקר ישתמש בניתוח של ארנדט לגבי מימד הכוח.

כדי לבחון כיצד בתי הדין מתייחסים למימד הכוח במובנו השיתופי/קיבוצי ביחסי עבודה, המחקר יבחן מספר דוגמאות. סוגיה ראשונה בה המחקר יידון, מתייחסת לתביעות לגבי ייצוג הוגן, המועלות על ידי עובדים כנגד ארגון העובדים היציג. הדיון בסוגיה יאפשר להמחיש כיצד בית הדין מתייחס להפעלת כוח בידיו של ארגון העובדים, וכיצד מופעל כוח קבוצתי בצורה חיובית להשגת מטרות קולקטיביות. חובת הייצוג ההולם פותחה במשפט האמריקאי כ-Duty of Fair Representation. פרופ' מוטי מירוני מציין, כי החובה הוגדרה בצורה כללית בלבד, וכי בתי המשפט האמריקאים התירו תחום רחב של שיקול דעת ודרגות חופש לארגון העובדים בביצוע תפקידיו.<sup>110</sup> עילת חובת הייצוג ההוגן הוכרה גם בפסיקה הישראלית של בתי הדין כ"חובת נאמנות של ארגון לציבור עובדיו", כלומר – על ארגון העובדים היציג מוטלת חובה לייצג את ציבור העובדים, היינו כלל העובדים ב"מפעל", בנאמנות, בתום לב ובהגינות.<sup>111</sup> בפרשת חרות בית הדין הארצי סיכם בעניין זה, כי ארגון עובדים וארגון מעבידים חייבים לייצג נאמנה את האינטרס שהוא מופקד עליו: האחד – את אינטרס העובדים, והשני – את אינטרס המעבידים, וכי "חובה זאת אינה כלפי כל פרט ופרט, אלא כלפי הקיבוץ – ה-"group".<sup>112</sup>

יחד עם האמור לעיל, הפרשנות של בית הדין לעילה של הפרת חובת הייצוג ההוגן פורשה בפסיקה בצמצום רב. כך למשל, הנשיא אדלר הביע את דעתו כי יש לצמצם את הפעלת העילה, על מנת לא לפגוע בארגוני העובדים ובפעילותם בהגנה על ציבור העובדים.<sup>113</sup> בית הדין קבע כי יש ליתן אוטונומיה רבה לארגון העובדים בעת קבלת החלטותיו, והתערב רק במקרים חריגים. יצוין, כי אלו מקרים שארגון העובדים פעל בניגוד לחקיקה או נורמות יסוד (למשל – במקום בו דובר בהוראה שנגדה את תקנת הציבור,<sup>114</sup> במקרה שהעובד הופלה בשל הלאום שלו, מינו, אזרחותו או תושבותו<sup>115</sup>). קרי –

<sup>110</sup> מרדכי מירוני, "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים", עיני משפט, כרך ח' חוברת 1, אפריל 1981, בעמ' 183. ר' גם שלומית ברנע פרגו, "חובת הנאמנות ומילוי השליחות של נושאי משרה ונבחר ציבור בארגוני עובדים ומעבידים", שנתון משפט העבודה ז', תשנ"ט-1999, 221.

<sup>111</sup> דב"ע נב/4-12-הסתדרות הכללית ואח' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3, 30; ע"ע 300205/98 אבני - הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואחרים (פד"ע לד 361, 367).

<sup>112</sup> דב"ע לו/4-9-אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ ואח' - חרות ואח', פד"ע ח 197.

<sup>113</sup> ע"ע 1143/01 דב וינקלר - הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח', פד"ע לט, 153; ע"ע 300205/98 שלמה אבני - הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לד 361; דב"ע עע 1081/00 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - אליהו לוי, פד"ע לה 260; דב"ע נג/3-4-הסתדרות הכללית - הסתדרות הפקידים - גיא זיגמונד ואח'.

<sup>114</sup> דב"ע לג/25-ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' עדנה חזין ואח', פד"ע די 365.

בידי ארגון העובדים נותרה אוטונומיה רבה עד מאוד לעצב את מדיניותו, כל עוד לא פעל בניגוד לנורמות חוקתיות, שהינן חיצוניות ליחסי עבודה. כן נקבע, כי על העובד למצות את ההליכים הארגוניים בינו לבין ארגון העובדים, לרבות ההליכים שנקבעו בתקנון הארגון והמתייחסים לפנייה לערכאות בירור פנימיות, כגון רשות השיפוט.<sup>116</sup>

על אף שהפסיקה קובעת מסגרת של שיקולים שעל ארגון העובדים להתחשב בהם (בין היתר – החשיבות שיש לייחס לקיום הסכמים והסדרים שנחתמו בין ארגון העובדים לבין הנהלת ה"מפעל"; האינטרסים של קבוצות שונות מבין עובדי המפעל (לפי גיל, מקצוע, ותק, וכו'); טובת ה"מפעל" המספק מקומות עבודה לעובדיו וכו'), הרי שבפועל בית הדין נוטה לקבל ברוב מוחלט של המקרים את עמדת ארגון העובדים. ניתן על כן לראות, כי התפיסה הקיבוצית שמפותחת בבתי המשפט מבקשת להגן על המעמד והעוצמה של ארגון עובדים.<sup>117</sup>

העובדה שבית הדין רואה בארגון העובדים כקולקטיב המייצג את כלל העובדים, ולא דווקא את עמדתו של עובדים בודדים, מתבטאת גם בסוגיות משפטיות אחרות. וכך למשל, בהלכות המתייחסות לכללי הסיווג בין תביעות פרטניות לתביעה קיבוצית. פעמים מסוימות, כאשר תביעה פרטנית הוגשה על ידי ארגון העובדים במסלול של תובענה קיבוצית, בוחר בית הדין לסלק על הסף את התביעה ולהעבירה למסלול האינדיווידואלי. כך סוכמו הדברים בפרשת קרן היסוד: "בדרך כלל סכסוך שנושאו הוא הוראות נורמטיביות שבהסכם קיבוצי יכול להיות סכסוך קיבוצי, אם יש לארגון העובדים עניין בו, בשים לב לאופיו, להיקפו ולמידת חשיבותו התקדימית, העקרונית והפרשנית של הסכסוך, ואם הוא נוגע לכלל העובדים או שהוא עניינה של קבוצה מבין העובדים".<sup>118</sup> קביעה דומה ניתנה בפרשת פוגל, שם סיכם בית הדין וקבע כי "סכסוך קיבוצי אינו מצבור של סכסוכים אינדיבידואליים".<sup>119</sup>

<sup>115</sup> ע"ע 1143/01 דב וינקלר - הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח', פד"ע לט, 153 (המדובר בקביעה עקרונית, כאשר בנסיבותיו של מקרה זה לא נמצאה פגיעה בעקרונות אלה).

<sup>116</sup> לעניין זה ר' ע"ע 1586/04 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' תמרה זסלנסקי; ע"ע 305/03 חנית קודמן - הסתדרות הפקידים עובדי המנהל והשירותים; דב"ע מט 3-46 משה שני נ' ועד עובדי מערך הניסויים - רפא"ל, פד"ע כ 404.

<sup>117</sup> ר' גם בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא(2) 63.

<sup>118</sup> דב"ע תשנ"א/11, 10-4 קרן היסוד - הסתדרות האקדמאים במדעי החברה והרוח ואח', פד"ע כב 111, 118. ר' גם דב"ע שן/4-10 קרן היסוד, המגבית המאוחדת לישראל - הסתדרות האקדמאים במדעי החברה והרוח, פד"ע כב 111; דב"ע מח/4-2 הסתדרות המהנדסים - כור תעשיות בע"מ, פד"ע יט 275, 281-280.

<sup>119</sup> דב"ע נז/4-68 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון ובמשרד ראש הממשלה נ' מדינת ישראל. ר' קביעות דומות בס"ק 231/06 הסתדרות המעוף ואח' נ' עיריית רמלה ואח'; בש"א (חי) 4559/05 גאולה מנציל נ' התאטרון העירוני חיפה; ס"ק (תי"א) 1053/02 הסתדרות הכללית החדשה נ' עיריית רחובות; ס"ק (י"ם) 1025/01 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' המרכז הרפואי שערי צדק.

דוגמא שלישית לכך מתמצית בהעדפה של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 להסדרה קבוצתית ביחסי העבודה דרך הסכמים קיבוציים, וזאת על פני הכרה בתביעות כתביעות ייצוגיות. פרשנותו של בית הדין לעבודה, וגם בעקבות ההוראות שבדין,<sup>120</sup> מצמצמות מאוד את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית בבית הדין. בהתאם, קבע הנשיא אדלר, כי כאשר בית הדין נדרש לאשר בקשה להגשת תובענה ייצוגית בעניינו של מקום עבודה מאורגן, יש ליתן משקל רב לכך שקיים במקום העבודה ארגון עובדים הפועל לטובת העובדים. לדעת הנשיא, יעיל ונוח יותר לנהל דיון במסגרת סכסוך קיבוצי ניהול תביעה בדרך של תובענה ייצוגית. יתר על כן. עצם קיומה של נציגות עובדים במקום העבודה המאורגן, שומט את הבסיס מהצורך בהכרה במוסד התובענות הייצוגיות ככל שעוסקים ביחסי עבודה מאורגנים.<sup>121</sup>

לבסוף, המחשה נוספת ורביעית במספר להעדפה של בתי הדין לשימור הכוח הקבוצתי, באשר הוא, על פני פיצולו לגורמים וחלקים שונים, הינו בכללי הייצוגיות שנקבעו במשפט העבודה. בהתאם לכללים אלו, ארגון העובדים היציג במפעל מייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח וההסכם הקיבוצי עליו חתום הארגון היציג חל על כלל חברי יחידת המיקוח. פיצול יחידת המיקוח מתאפשר רק במקרים יוצאים מן הכלל ומקום בו קיימת לכך הצדקה עניינית.<sup>122</sup>

מכל האמור והמפורט לעיל עולה, כי בית הדין רואה פעמים רבות בארגון העובדים כקולקטיב המייצג את כלל העובדים, ולא דווקא את עמדתו של עובד כזה או אחר. תופעה זו לעתים אף מקיפה את כלל העובדים באשר הם, ואף הבכירים שבהם, ולעתים אף באופן ייחודי לישראל.<sup>123</sup> קביעות אלה

<sup>120</sup> סעיף 10(2) ו-3(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 קובע את עילות התביעה האפשריות בבית הדין לעבודה לפי החוק, אך ממשיך ומצמצם כי "תביעה" – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי".

<sup>121</sup> ע"ע 1210/02 ביברינג נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ פד"ע לח' 115. הנשיא אדלר קובע, כי "אין צורך בתובענה ייצוגית המנוהלת על ידי עובד או מספר עובדים כאשר קיים ארגון עובדים המייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח. יתרה מזו, תובענה ייצוגית המוגשת על ידי עובד בודד פוגעת בכוחו של ארגון עובדים להשיג הטבות לכלל העובדים, ובמקרים המתאימים אף לוותר על תביעות כלכליות או תביעות משפטיות הניתנות להגשה בדרך של סכסוך קיבוצי. כאמור לעיל, על הארגון לשקול בעיקר את טובת הכלל ולפעול לטובתו, גם אם אין בכך תמיד כדי לסייע לעובד הבודד. עם זאת, הארגון אינו רשאי לוותר על תביעה אישית של עובד פלוני, והעובד רשאי להגיש בעצמו לבית הדין לעבודה".

<sup>122</sup> על השיקולים לקביעת יחידת המיקוח ועל האפשרות להוציא סוגי עובדים שונים מתחולת ההסכם הקיבוצי החל על יחידת המיקוח ר' דב"ע 96-41/97 תדיראן קשר בע"מ ואח' נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח', פד"ע לב 306; דב"ע נה/4-28 ארגון סגל המחקר במערכת הבטחון - הסתדרות הכללית; דב"ע מב/5-2 הסתדרות הכללית - אגודת העובדים הבכירים בפז ואח', פד"ע י"ד 367. ר' גם ספרה של פרופ' רות בן ישראל, דיני עבודה כרך ג' בעמ' 1158-1172. על תחולתו של ההסכם הקיבוצי ר' גם סטיב אדלר, "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום", ספר בר-ניב, 17.

<sup>123</sup> בעב' 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול - הסתדרות העובדים הכללית החדשה העיד הנשיא אדלר כי "אנו המקום היחיד בעולם בו ארגון העובדים הקים מפעלים כדי לספק עבודה לחבריו ולבסס משק ל"מדינה שברדך". על רקע זה מנהלים בכירים אף היו חברים בהסתדרות והועסקו מכוח הסכם קיבוצי. עד היום קיימים מקומות מאורגנים בהם ההסכם הקיבוצי חל על כל עובדי המפעל, לרבות מנהליו. בענף הבנקאות, לדוגמה, המנהלים המורשים הם חברי הארגון היציג" (סעיף 13 לפסק הדין).

ניתנות במציאות שבה הכוח הקיבוצי הולך ונחלש, ובמקביל לירידת ההתאגדות בארגוני עובדים בעולם המערבי. לצד עמדות שקראו לביזור הכוח המשותף של העובדים ולתחרות בין ארגוני עובדים,<sup>124</sup> ניתנו הכרעות שביצרו את מעמדם של ארגוני העובדים הקיימים וניסו להבטיח את לכידותם, ובראש ובראשונה הסתדרות העובדים הכללית.<sup>125</sup>

אולם ברי כי ארגון העובדים אינו זהה לקולקטיב העובדים, ומכאן שיש לו לעתים אינטרסים שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרס של קולקטיב העובדים. הדיון שלפנינו מדגיש איפוא את המתח בין הקבוצה ובין תתי קבוצות ופרטים שבתוכה. על כן, יש לבחון האם כל מהלך שמטרתו הינה לחזק את הקבוצה על פני הפרט, אכן מוצדק על פי התפישה הקבוצתית והחיובית לעוצמה של ארנדט. מנגד, ניתן לטעון כי נוצר מתח עם הכוח האופקי (ההדדי), המצוין על ידי לובל, ובו קבוצת עובדים יכולה לפגוע בפרטים, או במקרה שקבוצת עובדים אחת מנסה להשיג הישגים על חשבון קבוצת עובדים אחרת. אך מתח זה אינו מוכר פעמים רבות על ידי בית הדין. יש לשאול לפיכך, האם ההנחה של בית הדין, ולפיה תפישה קולקטיבית של עוצמה מחייבת לקדם את האינטרס הקבוצתי על פני זה הפרטי, הינה אכן מוצדקת. המחקר יבקש איפוא לחקור את הדרך שבה בית הדין מפרש את הכוח הקיבוצי, הפעלתו ומימדיו השונים, ולבחון האם הפרשנות העכשווית למימד זה הינה מחויבת המציאות.

### **פרק שלישי - לקראת תיאוריה כוללת של מימד הכוח בדיני עבודה**

חלק זה של המחקר, תוך שימוש בחלק התיאורטי והתיאורי-ביקורתי, ינסה לפתח מסגרת נורמטיבית כוללת למימד הכוח בדיני העבודה, תוך קריאה לאימוץ תיאוריה עקיבה ואחידה, ולאור העובדה שהפסיקה שדנה במימד הכוח אינה מתואמת. בין היתר, יבחנו השאלות הבאות: על אלו פרמטרים צריך להסתכל בית הדין כאשר הוא בוחן את מימד הכוח וביחס לשחקנים העיקריים ביחסי העבודה (עובד, מעביד וכו') או פרקטיקות בחיי העבודה; כיצד צריך בית הדין לבחון את מימד הכוח ובהתבסס על אלו מהתיאוריות והגישות מאלו שנסקרו במחקר; האם ועד כמה מבחינה נורמטיבית אמור מימד הכוח להיות שיקול שאמור להנחות את בית הדין בקביעותו והאם מימד הכוח הינו כלי להשגת מטרות היסוד של דיני עבודה, או שמא מטרה בפני עצמה וכו'.

<sup>124</sup> גיא מונדלק, "ייחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל", שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 219.

<sup>125</sup> בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא(2) 63.

כך למשל, ניתן להמחיש את השאלות והשיקולים שעל בית הדין לבחון בעת תהליך הרחבת המונח 'עובד' וביחס למימד הכוח, אשר נידון באחד מחלקי המחקר. תהליך זה מעלה כמה וכמה שאלות נורמטיביות. בין היתר עולות השאלות הבאות: על מי מיועד משפט העבודה הישראלי להגן ומדוע? האם יש אוכלוסיות שעליהן משפט העבודה אינו צריך להגן, היות שלאור הניתוח של מימד הכוח עולה שהן "חזקות"? האם משפט העבודה יכול וראוי לדון בכל קבוצה שהיא, והאם יש הצדקה – בין אם משפטית, סוציולוגית או אחרת – להגן במיוחד על קבוצה מסוימת, או מנגד דווקא להפחית הגנה מקבוצה אחרת? ועוד – האם תהליכים אלו צריכים ויכולים להשתקף בתמורות המהותיות שחלו בתחום הכלכלה והחברה הישראלית, קרי – האם בעת מתן תשובה לשאלה מיהו 'עובד', עלינו להתחשב במציאות כלכלית כזו או אחרת? באלו שיקולים על בית הדין להתחשב בעשותו כן?

כך למשל, האם דן בית הדין, או היה צריך לדון, בעת קביעתו כי נבחר ציבור הינו בגדר 'עובד' לצורך חוק הגנת השכר,<sup>126</sup> כי המדובר לכאורה בקבוצה חזקה יחסית, הנהנית מהסדרי שכר סבירים ואף למעלה מכך? או שמא יש לטעון ההיפך מכך – האם בית הדין התייחס, במהלך הרחבת הפרשנות הפסיקתית לגבי קבוצה זו, בכך שהיא נתקלת כיום בקשיים מהותיים, ובכלל זה תהליך קריסת הרשויות המקומיות.<sup>127</sup>

שאלה נוספת שתיבחן היא האם ועד כמה ניתן לאמץ מודל עקיב למימד הכוח. כך למשל, האם תפיסת הכוח שמאמץ בית הדין לגבי השאלה מיהו 'עובד', יכולה וצריכה להיות זהה לתפיסת הכוח של בית הדין לגבי פרטיות, או לגבי יציגותו של ארגון העובדים? האם ניתן למזג תיאוריות שונות לגבי מימד הכוח, ואת ההגות של ארדנט, פוקו, ובר, פולאנטאס ו-לוקס, לתיאוריה כוללת ואחידה? האם על בית הדין לייבא שיקולים מתחום דיון אחד של מימד הכוח לתחום אחר, או שמא יש להשאיר את המובנים השונים של הכוח נפרדים זה מזה? בהקשר זה, ייתכן שמימדים שונים של כוח ישלימו האחד את השני, כדי להשלים לתפיסה כוללת של מימד הכוח. ייתכן מנגד, שמימדים אלו יסתרו האחד את

<sup>126</sup> ע"ע 1010/02 מדינת ישראל נ' יעקוב רסמי.

<sup>127</sup> כך למשל, בפרשת עאסי (ר' הע"ש 46 לעיל), סירב תחילה בית הדין (הרשמת ע. איצקוביץ) לדון בעניינו של נבחר ציבור אשר דרש זכויות מתחום העבודה, תוך שהוא מצייץ כי "... בלי צורך בהגנה לצד החלש בהתקשרות אין צורך במשפט העבודה ואין הצדקה להיפרדותו מהמשפט האזרחי הרגיל ונופלת כל הפירמידה שנבנתה מסביב "זכויות העובד".... התביעה במקרה שבפני מבוססת על חוק הגנת השכר התשי"ח-1958 – חוק עבודת מגן, שמטרתו להבטיח את זכויותיהם של הצדדים החלשים בהסכם העבודה... השיקולים הני"ל של ההגנה לצד החלש של ההתקשרות אינם קיימים במקרה של ראש המועצה בתביעתו לגימלה שהוכרה לו לאחר כהונתו... בשל האמור לעיל, הנני סבורה כי אין להרחיב את הפרשנות של המושגים 'עובד' ו'יחסי עובד מעביד' על מנת שיכללו מקרה כמו של התובע" (ר' עבי (חי') 674/01 ודיע עאסי נ' מ.מ. פסוטה). קביעה זו בוטלה בערעור על ההחלטה, בפסק-דינה של סגנית השופט הראשי א. קציר. ייתכן שזוהי גם הסיבה מדוע תהליך פריצת האוניברסליות ביחס להרחבת המונח 'עובד', וביחס לנבחר ציבור, החלה דווקא בפסק-דינו של בית המשפט העליון בפרשת סרוסי, בעוד שבית הדין לעבודה סירב לראות בו ככזה.

השני, כך שהדיון של מימד הכוח יישאר בסוף של יום מהותי וחשוב לפסיקת בית הדין, אך אינצידנטאלי ותלוי עד מאוד במקרה הספציפי ובסוגיה המשפטית שנידונה באותה עת.

### ג. תרומת המחקר המוצע לשיח המשפטי

**מצב המחקר בתחום המחקר המוצע** – השיח המחקרי בדיני עבודה בכלל ובנושאים הנידונים בהצעה הינו רב יחסית. האמור לעיל הינו נכון במיוחד לאור ההתפתחויות השונות שתוארו בהצעה, כגן הליכי גלובליזציה וירידת כוח העבודה המאורגן, אשר מביאות לכתיבה אקדמאית מרובה בניסיון להתמודד עם השינויים. זאת ועוד, קיימת כתיבה מקיפה ורחבה ביחס לחלק מן התהליכים המתוארים לגבי פסיקת בתי הדין לעבודה. כך למשל, לגבי השאלה מיהו 'עובד', פורסמו בהקשר זה בארץ מספר רב של מחקרים בנושא זה.<sup>128</sup> מטבע הדברים, בחו"ל קיימת כתיבה רבה עוד יותר. חלק מהמחקרים דנים בראש ובראשונה במימד הדסקרפטיבי, וחלק דנים בעיקרם במימד הנורמטיבי. יחד עם האמור לעיל, חלק מן התהליכים הנידונים בחלק התיאורי-ביקורתי, כגון הרחבת המונח 'עובד' ו/או 'עבודה', לא נידונו עד היום בהרחבה בספרות המשפטית הישראלית.

כמו כן, קיימת כתיבה רבה עד מאוד בדיסציפלינות של סוציולוגיה, מדע המדינה ועוד לגבי מימד הכוח, אשר חלק ממנה נידון בהרחבה בהצעה זו. חלק מכתביה זו מתייחס גם למימד הכוח בדיני עבודה. יחד עם זאת, ולגבי כל האמור לעיל, טרם נערך מחקר אקדמאי משפטי בארץ (ולמיטב ידיעתי, גם לא בחו"ל), בנושאים המתוארים בעבודה, ובוודאי שלא מחקר מקיף וכולל. קרי, טרם נערך מחקר מקיף המתמקד מחד במימד הכוח בדיני עבודה, ובהתייחס לתיאור התהליכים והשינויים הנידונים במחקר מנגד. על כן, המחקר שלפנינו הינו ייחודי ביכולתו להביט במגוון מרכיבי משפט העבודה מנקודת מבט אחת ומרכזית – של כוח.

**תרומתו המשוערת של המחקר** – כפי שכבר פורט לעיל, הנושאים הנידונים בהצעת המחקר עומדים על סדר היום הציבורי בישראל בכלל ובמערכת המשפט בפרט. כן הוא עומד לדיון על סדר יומן של מערכות משפטיות בחו"ל. לעריכת המחקר יכולה להיות תרומה בראש ובראשונה בהבהרת המצב המשפטי הקיים ומעמדן של הקטגוריות המשפטיות הקיימות. האמור לעיל יכול לסייע להביא לשינוי בשיח המשפטי כלפי מעמדו ותוקפו של מימד הכוח ובמסגרת פסיקת בתי הדין לעבודה. יובהר שוב,

<sup>128</sup> לפירוט ר' גם את הרשימה הביבליוגרפית שלהלן.

וכפי שכבר צוין קודם לכן, כי אין בנמצא עדיין ניתוח שיטתי ועקבי של כלל הסוגיות העומדות לדיון בהצעת המחקר, ובמיוחד לא יחדיו.

### ביבליוגרפיה (ראשונית)

- אופיר עדי, "רשות רבים ושאלת השלטון: על המחשבה הפוליטית של ארנדט", בתוך: חנה ארנדט, חצי מאה של פולמוס (עדיית זרטל ומשה צוקרמן עורכים)(הקיבוץ המאוחד, 2004): 171-198.
- אופק חני, "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", משפטים לז(1), 63.
- אדלר סטיב, "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום", ספר בר-ניב (תשמ"ז-1987), 17-54.
- אדלר סטיב, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", ספר מנחם גולדברג (א. ברק, ס. אדלר, ר. בן-ישראל ונ. פינברג עורכים)(הוצאת סדן, 2001), 17-54.
- ברק אהרון, פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ג) כרך ב'.
- ברק אלישבע, "עיקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון חלק שני (2000), 499-560.
- בן ישראל רות, "מיקור חוץ – מתמקרים" החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת", שנתון משפט העבודה ז' 5-42.
- ברנע פרגו שלומית, "חובת הנאמנות ומילוי השליחות של נושאי משרה ונבחרי ציבור בארגוני עובדים ומעבידים", שנתון משפט העבודה ז', תשנ"ט-1999, 221.
- גולדברג מנחם, "תום לב במשפט העבודה", ספר בר ניב (תשמ"ז-1987), 139-151.
- גולדברג מנחם, "הגנת הפרטיות של העובד וחובת הגילוי שלו כלפי מעבידו", עבודה חברה ומשפט ט (תשס"ב), 85-111.
- מאוטנר מנחם, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (הוצ' מעגלי דעת, התשנ"ד, 1993).
- מונדלק גיא, "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל", שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו), 219-285.
- מירוני מרדכי, "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים", עיוני משפט, כרך ח(1), 1981, 183.
- פוקו מישל, סדר השיח (בבל, 2005).
- פילק דני, "ישראל מודל 2000: פוסט פורדיזם ניאו-ליברלי", בתוך: שלטון ההון: החברה הישראלית בעידן הגלובלי, (דני פילק ואורי רם עורכים), תל אביב: מכון ואן ליר והוצאת הקבוץ המאוחד (2004), 34-56.
- קובובי שאול, רמ"ח ושס"ה סוגיות בתאונות עבודה (ההוצאה לאור של לשכת עוה"ד, תשס"ד).

- J. Adler Stephen, Expanding the Scope of Employment Law, in: *Labour Law, Human Rights and Social Justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, Kluwer (2002).
- Allen Amy, Power, Subjectivity, and Agency: Between Arendt and Foucault, *International Journal of Philosophical Studies* 10:2 (May 2002): 131-149.
- Arendt Hannah, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958).
- Arendt Hannah, *On Violence* (New York 1969).
- Barak Elisheva, The Principle of Good Faith in Labour Law, in: *Labour Law, Human Rights and Social Justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, Kluwer (2002).
- Barenberg Mark, Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production, 94 *Colum. L. Rev.* 753, 894-96 (1994).
- Baxter Hugh, Review Essay: Bringing Foucault into Law and Law into Foucault: Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance (By Alan Hunt and Gary Wickham), 48 *Stan. L. Rev.* 449, January 1996.
- Becker Craig, Symposium: The Changing Workplace: Labor Law Outside the Employment Relation, 74 *Tex. L. Rev.* 1527 (June 1996).
- Benjamin Paul, Who Needs Labour Law? Defining the Scope of Labour Protection, in: *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl and Karl Klare eds., Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Booth William James, *Households: on the Moral Architecture of the Economy* (Ithaca: Cornell University Press).
- Collins H., Labour Law as a Vocation, *Law Quarterly Review* (1989).
- Crain Marion & Matheny Ken, Labor's Identity Crisis, *Cal. L. Rev.* 89 1767 (2001).
- D'Antona Massimo, Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis?, in: *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl and Karl Klare (eds.) (Oxford, Oxford University Press), 2001.
- Davidov Guy, The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection, 52 *University of Toronto Law Journal* 357, Fall 2002.
- Davidov Guy, Who is a Worker?, *Industrial Law Journal* 34, 57 (2005).

- Davidov Guy, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships *British Journal of Industrial Relations* 42, 72 (2005)
- Davidov Guy, The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: Employee as a Viable (Though Overly-Used) Legal Concept, in: *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov & Brian Langille (eds.), Hart, 2006.
- Davies Paul and Freedland Mark, Employed or Self-employed? The Role and the Content of the Legal Distinction: Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*21, 231.
- Deakin Simon & Gillian S. Morris, *Labour Law* (third edition, Butterworths).
- Deakin Simon, The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law, *Industrial Law Journal*, Volume 30, Number 1, 72.
- Ewing Keith, The Death Of Labour Law?, *Oxford J Legal Studies*, 1988, 8: 293-300.
- Feinman Jay M., Practical Legal Studies and Critical Legal Studies, *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 3 (Dec. 1988).
- Fudge J., The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, in: *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart 2006) 295.
- Galbraith J.K., *The Anatomy of Power* (1984).
- Hepple Bob, The Future of Labour Law, *17 Comp. Lab. L.* 626, Summer (1996).
- Hunt Alan, The Theory of Critical Legal Studies, *Oxford J Legal Studies* 6, 1986, 1-45.
- Hyde Alan, What is Labour Law?, in: Guy Davidov & Brian Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart (2006).
- Engblom Samuel, Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers, in: *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Ann Numhauser-Henning (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 2001, 297.
- Frank Jerome, *Courts on Trial*, Princeton: Princeton University Press, 1949.
- Foucault Michel, Truth and Power, In: *Power/Knowledge* (Harvester Press, 1980).
- Kahn-Freund O., Industrial Relations and the Law - Retrospect and Prospect, *7 BJIR* 301 (1969).
- Kahn-Freund O., *Labour and the Law*, Hamlyn Lectures, Stevens, 1972.

- Klare Karl, The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, in: *Labour Law in an Era of Globalization*, J. Conaghan, R. M. Fischl and K. Klare (eds.)(Oxford University Press, Oxford), 2002.
- Leiter Brian, Legal Realism, in: *A Companion to Philosophy of Law*, D. Patterson ed..
- Llewellyn Karl, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed, in: *American Legal Realism*, W. Fisher ed..
- Lobel Orly, Agency and Coercion in Labor and Employment Relations: Four Dimensions of Power in Shifting Patterns of Work, 4 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 121 (2001).
- Lukes Steven (Ed.), *Power*: Oxford, Blackwell, 1986.
- Lukes Steven, *Power: A Radical View* (1974).
- Mundlak Guy, Power-Breaking Or Power-Entrenching Law? The Regulation Of Palestinian Workers In Israel, 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 569 (1999).
- Mundlak Guy, Generic or Sui-Generis Law of Employment Contracts? 16 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 309 (2000).
- Mundlak Guy, Industrial Citizenship, Social Citizenship, Corporate Citizenship: I Just Want My Wages, 8 *Theoretical Inq. L.* 719 (2007).
- Offe Claus, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics* (Cambridge, 1985).
- Palermo Giulio, The Ontology of Economic Power in Capitalism: Mainstream Economics and Marx, *Cambridge Journal of Economics* 31(4):539-561 (2007).
- Poulantzas Nicos, *Political Power and Social Classes*, London: NLB, 1973.
- Poulantzas Nicos, *State, Power, Socialism*, London: NLB, 1978.
- Raday F., Status and Contract in the Employment Relationship, 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 77.
- Rubery J., F.L. Cooke, J. Earnshaw, and M. Marchington, Interorganizational Relations and Employment in a Multi-Employer Environment, *British Journal of Industrial Relations*, 41(2): 265-289 (2003).
- Therborn Göran , What Does The Ruling Class Do When It Rules? Some Reflections On Different Approaches To The Study Of Power In Society, *Critical Sociology*, Volume 25 (2-3), July 1999.

- Schutz Eric, Markets and Power, *Journal of Economic Issues*, Vol. 29, 1995.
- Solow Robert M., *The Labor Market as a Social Institution* (1990), 1-27.