

סיכום עבודת מחקר לתואר ד"ר במשפטים

"עובדים חלשים, עובדים חזקים" -

מימדי עוצמה בפסיקת בתי הדין לעבודה בישראל

אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים

מגיש: טל גולן, מנחה: פרופ' גיא מונדלק

דצמבר 2010, טבת תשע"א

מבוא - אחת מהנחות היסוד העיקריות בדיני עבודה, אם לא העיקרית שבהן, היא ההנחה ולפיה דיני עבודה מיועדים לאזן את הפער בעוצמה הקיים בין העובדים "החלשים" לבין המעסיקים "החזקים" – "משפט העבודה הוא משפט של 'אי-שוויון', שמגמתו לפצות חולשתם של העובדים מול המעבידים".¹ כפי שמחקר זה מראה בהרחבה, ההנחה לגבי פערי העוצמה בין עובדים למעבידים, כמו גם האבחנה בין סוגי עובדים שונים – ממנהל הבנק כעובד חזק ביותר ועד לשומר החלש בכניסה אליו – חוזרת ושונה בפסקי דין רבים אין-ספור של בתי הדין לעבודה, וגם בפסיקת בית המשפט העליון. המחקר מדגים, כי בתי הדין ממשיכים להיצמד להנחה של חלשים וחזקים, ועושים שימוש בהבחנות אלה בהקשרים מהקשרים שונים. הנחה זו אף מוסברת ומוצגת לא פעם על ידי בתי הדין כאמיתה ברורה מאליה.

הספרות האקדמית פיתחה במהלך השנים גישות חליפיות (אם כי לא בלתי קשורות), שבאות להמיר את הצורך בדיון על חלשים וחזקים, ולמשל – הצבת יחסי עבודה על בסיס מספר צירים העוסקים בנחיתות של העובד לעומת המעביד, המתבטאת בחסרים דמוקרטיים (כפיפות להחלטות של אחרים), וכן בתלות של העובד ביחסי העבודה (כלכלית, פסיכולוגית ועוד).² המחקר מבקש לבחון מה עומד מאחורי תפישת בית הדין לגבי מונחים אלה, ומה מעצב את הנחות בית הדין בהקשר זה. הניסיון של עבודה זו הוא לאו דווקא להמיר את הדיון של חלש-חזק במסגרות חליפיות, אלא לראות כיצד ניתן להעמיק את הדיון בתוך המסגרת של חלש-חזק, וזאת בשל כך שהדיון בבתי הדין ממשיך לדבוק בתפישה זו, ואינו ממחר להיפרד ממנה. המחקר בודק בצורה

¹ מתוך דב"ע (ארצי) שם/35-2 קוזלוביץ נ' "אורדן" בע"מ, פד"ע יב 200 (1981).

² Guy Davidov, *The (Changing?) Idea of Labour Law*, 146 *International Labour Review* 311 (2007).

נרחבת, באמצעות סוגיות משפטיות מגוונות, את מיקומו ומעמדו של מימד העוצמה בפסיקת בתי הדין לעבודה, וכיצד בתי הדין לעבודה מגדירים ובוחנים "עוצמה", תוך כדי התחשבות במשתני עוצמה חברתיים, כלכליים ועוד.

התשתית התיאורטית של ניתוח יחסי עוצמה וביטוייה השונים במחקר - המייחד מחקר זה
הוא הניסיון לדבוק בהנחת היסוד שליוותה את דיני העבודה במשך שנים לגבי עוצמה ביחסי עבודה, וגם כיום, אך להעמיק את מושג העוצמה ולצקת לו תוכן. אומנם, המדובר כאמור במושג מרכזי ביותר, החשוב להבנת יחסים בין-אישיים ובין-קבוצתיים בתחומי חיים רבים, אולם המחקר מפנה בחלק התיאורטי למספר תפישות, המתייחסות למושג העוצמה, והממקדות את תשומת הלב לתופעות חברתיות שונות היכולות לשפוך אור על תהליכים ומגמות בדיני ויחסי עבודה.

במסגרת זאת בוחן תחילה המחקר את התפיסה הרב-מימדית של לוקס. לוקס ביקש, באמצעות שלושת מימדי העוצמה, לתאר ולענות על שתי שאלות: ראשית, איך ניתן לזהות מצבים שבהם מופעלת עוצמה; ושנית, כיצד מתחלקת העוצמה בחברה, ומיהם בעלי העוצמה בחברה. שלושת מימדי העוצמה שתיאר לוקס מתייחסים לקשת רווחה של סוגים שבהם מופעלת עוצמה – המימד הראשון, הדין בעוצמה המופעלת בעימות ישיר וניתן לצפייה; המימד השני, הדין בעוצמה שלא להחליט והעוצמה למנוע החלטה (Non-Decision Making) – אמצעי ה"חונק" דרישות, הטבות ופריבילגיות; והמימד השלישי, הדין בעוצמה שבאה לידי ביטוי ביכולת לעצב רצונות של פרטים או מאויים חברתיים בכיוון המועדף על בעל העצמה הפוליטית, ולקבוע את גבולות השיח ולהשיג מעמד עדיף מבחינה ערכית-רעיונית.

המחקר בודק באמצעות הניתוח של לוקס ליחסי עוצמה, כיצד בית הדין מזהה מצב שבו עובד או מעביד הפעילו עוצמה, ואף מזהה מיהם בעלי העוצמה שהפעילו עוצמה זאת. המחקר גם מזהה מגוון של פרקטיקות המפוענחות על ידי בתי הדין, אשר מביאות לידי ביטוי את כל אחד משלושת המימדים הנ"ל. כך למשל, מבחן המרות והפיקוח, שהינו אחד מהמבחנים הנהוגים כדי לבדוק מיהו "עובד", מדגים את המימד הראשון של לוקס. המדובר בעוצמה נגלית לעין, שמפעיל המעביד

על העובד, בליוויית מתן הוראות והנחיות, סידור העבודה ועוד, ותוך כדי שעבוד לסמכות הלגיטימית של המעביד.

בית הדין מוצא, בתביעות שמתוארות בפרק, ובין היתר – של סטודנטית, פסיכולוג, משפחת אומנה, מפעיל זיכיון של מפעל הפיס ורופא, שלא הופעלה על התובעים כל מרות, וכתוצאה קובע כי לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד. מעבר לשלב קביעת הסטטוס, גם שלב הענקת הזכויות מדגים את המימד הראשון, ולמשל בהתייחס לתביעות לגמול שעות נוספות לפי סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, והאופן שבו מוגדרים תפקידי ניהול, שלגביהם אין להחיל את החוק. בית הדין מאבחן תובעים מסוימים כמנהלים, ובהתאם למימד הראשון של לוקס, ככאלה המקבלים החלטות תוך כדי הפגנת עצמאות ובעלי יכולת לעצב את המדיניות במקום העבודה. משכך, קובע כי הם אינם זכאים לגמול שעות נוספות.

הפרק הראשון של המחקר אף מדגים, כיצד לפי תיאורו של לוקס למימד השני, נתפס העובד על-ידי בית הדין כמי שהינו לכאורה בעל עוצמה בעיצוב הקשר עם המעביד, ולעתים גם בגלל הפאסיביות שלו, קרי – ההסכמה בשתיקה וקבלה בפועל של התנאים, כמי שאינו עובד, במהלך כל השנים. בית הדין מגיע למסקנה, כי בשל העובדה שהעובד 'ישב בשקט' וקיבל על עצמו את תנאי ההתקשרות של מי שאינו מוגדר כעובד, וזאת במשך זמן רב, יש לראותו כמי שהסכים לתנאי ההתקשרות, ובוחר בהם במודע. לעיתים רואה בכך בית הדין משום ביטוי של עוצמה מצדו של העובד, ולכן בוחר שלא להקנות לו את הזכויות המתחייבות מהיותו עובד. במקרים אחרים, מסרב בית הדין להכיר בשתיקה כביטוי של עוצמה, ומדגיש את המאפיינים של חולשת העובד באותם המקרים אשר העמידו אותו דווקא במצב של נחיתות.

לבסוף, המימד השלישי של לוקס מודגם אף הוא בדרכים שונות בפרק הראשון של המחקר, ובא בין היתר לידי ביטוי ביכולת של בעל העוצמה, הוא המעביד (ובמקרה זה, חברות היי-טק), לעצב את התודעה (בדומה לגרמשי), ולפיה עובדים בתעשיית ההיי-טק הינם בעלי עוצמה, ומשכך אינם זכאים לגמול שעות נוספות. הפרק מוצא כי בית הדין בגישתו מתמודד בדרכים מגוונות עם ההיסק לפיו, משקובעים שעובדים אלה הינם אומנם בעלי עוצמה בהקשרים מסוימים (עוצמה כלכלית), הם גם מחזיקים בעוצמה בכל הקשר שהוא. לעיתים בית הדין מקבל היסק זה, אך במקרים אחרים הוא בוחר דווקא להדגיש כי התפישה הארגונית המחזיקה מעובדים בתעשיית

ההי-טק כעובדים בעלי עוצמה, אינה חוסמת גם בחינה של חולשתם בהקשרים מסוימים של ההעסקה, ובעיקר היעדר היכולת של עובדים אלה לשלוט על היקף עבודתם ולבחור באיזון שבין זמן פנאי לזמן עבודה.

בהמשך, בוחן הפרק השני של המחקר את תפיסתו של פוקו לגבי עוצמה. לפי תפיסה זאת, העוצמה אינה נמצאת בידי השחקנים עצמם, אלא מצויה מחוץ להם, במערכות של מבני שיח וידע הפועלות על כלל השחקנים, גם אם במידות משתנות לפי מיקומם בשדה העוצמה. המחקר דן ביחס לכך באלמנט הכופה, המארגן והמשליט של עוצמה, כפי שהוא בא לידי ביטוי במקומות עבודה, ובפרקטיקות השונות של "נירמול" העובדים. בהקשר זה, מקום העבודה, כמו יתר האתרים שחקר פוקו, הינו אתר דיסציפלינרי, שבו מופעלת עוצמה מודרנית, מוסווית ומתוחכמת. במקום העבודה ישנה שליטה על העובדים על המרחב והזמן בהם הם נעים, בעזרת עיצוב המרחב הסביבתי, הטכנולוגיה, שיטות תגמול ועוד.

על מנת להדגים את משמעות העוצמה לפי גישת פוקו, בודק הפרק קשת רחבה של נושאים, תוך כדי התמקדות בפרטיות וזכויות היסוד של העובד, ובוחן כיצד מושגת השליטה בעובדים במקומות העבודה. מצד אחד הפרק מוצא, כי הפסיקה בנושאים אלה משקפת היטב את התגשמות עולם העבודה הפוקויאני, ומראה כי יחסי העבודה המודרניים, והמשפט בעקבותיהם, לא בהכרח שחררו את העובדים מהשליטה אותה תיאר פוקו, וכי שליטה זו קיימת גם כיום. יתירה מכך, השליטה אף קיימת ביתר שאת, והיא ניכרת יותר דווקא במקומות בהם העובדים לכאורה נהנים מחופש פעולה ניכר, כגון בחברות היי-טק העוסקות בטכנולוגיה עלילית ומעסיקות עובדים מיומנים ובעלי שווי שוק ניכר.

התוצאה הינה הסדרה כוללת על כל מרחב העבודה של העובד ועל חיי העבודה שלו, תוך כדי מחויבות הולכת וגוברת לארגון ולהגדרות המציאות שלו, המשולבת במתקפה שיטתית ועקבית על גבולות הפרטיות של העובדים. חיייהם של העובדים מנוטרים, מפוקחים ונשלטים בצורה הולכת וגוברת, תוך כדי "חינוך-מחדש" של העובד כדי לנסות ולעמוד בגבולות הקיימים. במקום ענישתו של העובד, עולה סוג של עוצמה דיסציפלינארית, אותה תיאר פוקו, המנהלת את חיי העובד תוך ניסיון "לנרמל" ולאמן אותו להפנים טכניקות של שליטה עצמית, המקרבות אותו לנורמה.

מהצד השני, בחינת פסקי הדין גם מאירה את העובדה, שבית הדין אינו תמיד ער למשמעות המצטברת של סביבת עבודה זו על תפישות העוצמה של העובד והמעסיק, או היעדרן. יש פער בין המסכת העובדתית שמציג בית הדין, אשר רוויה באפיון העוצמה השוררת במקום העבודה, ובין מערך האיזונים שהוא מציג, כאשר הדיון בעוצמה לא פעם נעדר ממנו. ההתייחסות של בית הדין לעוצמת הצדדים עולה אם כן בעיקר בהקשרים של עוצמה המופעלת על פי הניתוח של לוקס, עוצמה של צד אחד המופעלת על צד אחר, אך היא נעדרת מקום שאין מפעיל ברור של עוצמה.

לבסוף, התשתית התיאורטית מתמקדת גם בתפיסתה של חנה ארנדט לגבי עוצמה, אשר דנה בחשיבותו של המימד הקבוצתי של עוצמה, וכיצד "עוצמה" הינה תוצר של יחסים חברתיים הנובעים מפעילות משותפת ונועדו גם לקדם אותה, וזאת במטרה לשכנע ולהשפיע על גורמים אחרים להפנים את האינטרס של הקבוצה. התיאוריה של ארנדט מתייחדת ביחס לעוצמה וביחסי הגומלין בינה לבין המימד הקבוצתי. אצל ארנדט, לעוצמה ישנה השפעה מרכזית על הקבוצה, והינה מרכיב חשוב וחיוני, הן ביצירת ושימור המרחב הקבוצתי והן בהבטחת החופש האנושי. מיקוד ייחודי ורלוונטי נוסף בהגותה של ארנדט לגבי העוצמה הינו בתוצר החיובי שיש לעוצמה על הקבוצה ועל אלה אשר מתקבצים על מנת לקחת בה חלק, נתון שממנו התעלמו הוגים רבים אשר דנו וחקרו את המונח, תוך התמקדות באופן שבו עוצמה שוללת את הבחירה של פרטים.

המחקר מוצא, כי בדומה לתפישת העוצמה של פוקו, גם לתפישה החיובית של עוצמה יש ביטוי משמעותי במקרים בהם דן בית הדין לעבודה. אך בניגוד למקום השולי שניתוח העוצמה של פוקו מקבל בדיון הנורמטיבי של בית הדין, הדיון בכוח הטמון בחבירה ביחד, כן מקבל ביטוי בפסיקת בית הדין. עם זאת, עיון מדוקדק יותר מגלה, כי לא בכל מקום שבו בית הדין מדגיש את חשיבות הקבוצה בדיון העבודה, הדבר בהכרח תואם את גישתה של ארנדט. העוצמה הקיבוצית העיקרית שאותה מעודד ומבכר בית הדין, הינה עוצמה קיבוצית-ריכוזית, וזאת בשונה מארנדט. בדומה לניתוח שנערך בפרק הראשון של המחקר לגבי הפרשנות של לוקס לגבי עוצמה, מראה הפרק השלישי של המחקר, כי עוצמה קיבוצית-ריכוזית הינה עוצמה שלילית במידה רבה, ולא חיובית. עוצמה זו מכניעה ומסכלת קריאות תיגר, חבויות או מפורשות, על האינטרסים של ארגון העובדים העיקרי – ההסתדרות הכללית. המדובר על כן בעוצמה שלילית, בניגוד למרכיב החיובי של עוצמה אותו תיארה ארנדט.

בנוסף, בעוד שעבור ארנדט, עוצמה מובילה בראש ובראשונה לפעולה של אנשים, עוצמה קיבוצית-ריכוזית הינה לעיתים דכאנית במהותה, ומביאה לאי-הכרה בפעילות קיבוצית מלמטה (grassroots), ולמעשה – להפסקתה. מנגד, עוצמה קיבוצית נוספת שזוכה להכרה על ידי בתי הדין בשנים האחרונות – עוצמה קיבוצית-מתפרצת, אכן מעודדת את הניסיון לעודד את החבירה בין פרטים, במטרה להגדיר מטרות משותפות ולפעול במשותף, וזאת בדומה לאלמנט החיובי בעוצמה שעליו עמדה ארנדט, ולאזן דווקא על פני הדגשת הקונפליקט בין הצדדים. המדובר בעוצמה אשר צומחת מלמטה, מהעובדים המבקשים להתאחד יחדיו, ולא ממנגנון ריכוזי כזה או אחר.

התשתית התיאורטית הרחבה שנפרסת במחקר, מאפשרת לראות את הביטויים המגוונים של יחסי עוצמה, העולים מתוך פסיקת בית הדין לעבודה. בד בבד, פירוק מושג העוצמה מאפשר גם להבחין בין גישות שונות של בית הדין לעוצמה, כאשר בית הדין בוחר להתייחס לעוצמה בהקשרים מסוימים, בעוד שבאחרים הדיון בה דווקא מוצנע. הדרכים המגוונות שבהן ניתן להאיר מימדים שונים של עוצמה לעיתים משלימות זו את זו, לעיתים נוגדות זו את זו, ולעיתים מסיטות את נקודות המבט (מהפרט אל הקבוצה, מהפסיבי לאקטיבי, וכו'). ניתן להסיק על כן, שההנחה החוזרת ונשנית בפסקי הדין שהוצגו במחקר, ולפיה קיימים בהכרח עובדים "חזקים" ועובדים "חלשים", או "עובדים חלשים" מול "מעסיקים חזקים", ושניתן לאתר אותם בקלות יחסית, אינה תואמת את הבסיס התיאורטי העוסק במשמעות מונח העוצמה, אשר טורח דווקא להדגיש את המורכבות שיש למונח זה ותצורותיו השונות.

בחינת שיקולי בית הדין - בהמשך לתשתית התיאורטית, בוחן המחקר את האופן שבית הדין עושה שימוש בתפישות של עוצמה בפסיקתו. מעבר לעובדה שהניתוח התיאורטי מאפשר לזהות את הדרכים השונות שבהן ניתן לפענח יחסי עוצמה, הוא מאפשר גם לבחון את השיקולים והנימוקים לפסיקת בתי הדין, גם מקום שאלה לא נאמרו במפורש, או שהם אינם ברורים כאשר מניחים מספר פסקי דין זה בצד זה. הניתוח שנעשה במחקר אף מאפשר לקבץ ביחד תחת מסגרת מושגית אחת, אם כי מורכבת, פסיקה בתחומים שונים ומגוונים. בהקשר זה מתגלה, כי השיקולים של בית הדין לא פעם משתלבים זה בזה, גם כאשר מדובר בתחומי תוכן שונים אשר לכאורה אינם קשורים האחד לשני. אולם דווקא בכך טמון החידוש שאותו מציע המחקר, אשר טוען ומדגים, כי הייחוד של ניתוח יחסי עוצמה הינו בעיקר ביכולת לקרב נושאים שונים ורחוקים

מאוד האחד מן השני, ולנסות ולהציע דרך ניתוח אחידה לפענוח נושאים אלה, תוך מתן הסבר לפסיקה מאוד נרחבת של בית הדין, ותוך הבנה של השיקולים העומדים בבסיס פסיקתו של בית הדין.

כך למשל, הפרק הראשון של המחקר מזהה שני סוגים של פרשנות, הקיימים ביחס לניתוח יחסי עוצמה. שתי דרכי הפרשנות מתגלות כתואמות את ההבחנה בין שוק העבודה הראשוני והשניוני, כפי שהתפתחה על ידי פיורה, והודגמה בהקשר הישראלי על ידי לוי-אפשטיין ושטייר. הסוג הראשון הינו "פרשנות מבוססת-פרט" של עוצמה, כאשר בית הדין מבדיל בין סוגי עובדים שונים, ומפענח ומאתר מערכות יחסים בין עובד למעביד, ככאלה הנובעות מהפן ההסכמי והספציפי, כפי שנקבע ביניהם בכל מקרה ומקרה, והכל באמצעות ניתוח של יחסי עוצמה.

הפרק טוען עוד, כי בכל הנוגע לעובדים בשוק העבודה הראשוני, בית הדין מבצע "פרשנות מבוססת-פרט". כלומר, המדובר בפרשנות, באמצעות ניתוח המרכיב של עוצמה, המזהה את העובד הספציפי שעניינו נידון בפני בית הדין, כשייך לשוק העבודה הראשוני, ומשום כך בית הדין מתמקד בפרשנות מבוססת-פרט. בית הדין מניח בשלב זה, שכלל תנאי העסקה בשוק העבודה הראשוני הינם תקינים, ואינו שואל באופן כללי על תנאי העסקה בענף או בעיסוק, משום שאלה משתייכים לשוק הראשוני. במקום, בית הדין מתמקד במאפיינים האישיים של ההתקשרות והמתקשרים, תוך הדגשת שאלות כגון – האם העובדים בשוק זה רכשו ידע, מיומנות והכשרה, והינם בעלי סטטוס חברתי גבוה מבחינת מיצובם החברתי, הכשרתם ועוד. משעה שהתשובה לשאלות אלה הינה חיובית, בית הדין אינו סובר כי המדובר בעובד שבהכרח נוצל לרעה, או כי המדובר בכשל מבני ושיטתי בשוק העבודה.

לעומת זאת, החלק השני של הפרק הראשון של המחקר, מראה כיצד בית הדין בוחר, באמצעות "פרשנות מבוססת-שוק" של עוצמה, כאמצעי לאזן ולתקן פגמים בתצורות העסקה השכיחות בשוק העבודה השניוני וחסמים המונעים מעבר לדפוסי העסקה של שוק העבודה הראשוני, במקביל לפער ההולך וגדל בין העוצמה של עובדים לבין העוצמה של מעבידים. בית הדין נכון להגמיש מסגרות משפטיות לשם קידומה של מדיניות סוציאלית, ובכלל זה להכיר בקיומם של יחסי עובד-מעביד, וזאת כאשר המחלוקת לגבי המעמד של העובד מבוססת על ניסיון לשלול ממנו את זכויותיו, וכאשר הוא נתקל בתופעות פסולות, הרווחות בשוק העבודה והחברה

הישראלית, ואשר יש בהן כדי לפגוע באופן מהותי בפער ביחסי העוצמה בין עובדים למעבידים, פער המוליד פרקטיקות פוגעניות.

האמור לעיל נכון ביתר שאת לגבי עובדים שמזוהים על ידי בית הדין כפגיעים במיוחד, כמו עובדי קבלן, או מתמחים. כפי שהפרק סוקר בהרחבה, ביחס לקבוצות עובדים מסוימות, בית הדין משנה את דרך פסיקתו באופן מודע וברור. השינוי מתבטא במעבר מדיון המתייחס באופן ספציפי וממוקד בעניינו של כל מקרה ומקרה, ומדיון בתפיסת עוצמה פרטנית, לדיון המתבסס על ניתוח יחסי עוצמה בנושא חברתי בעל משמעות החורגת מהמקרה הספציפי. שינוי זה מתרחש בראש ובראשונה לגבי העובד והעובדת שבית הדין תופס אותם ככאלה הזקוקים להגנה מפאת מצבם הכלכלי והחברתי, הן כעובדים נעדרי עוצמה בפני עצמם, אך גם ביחס למעביד. שאלת העוצמה באה על כן לידי ביטוי בשאיפה של בתי הדין להגדיל את המספר של אלה שהינם מוכרים כ"עובדים" וכ"מעבידים", וכהמשך ישיר לתפיסה שרואה בעוצמה ובמרכיביו כמכניזם להשגת מטרות חברתיות.

מסקנה דומה עלתה בפרק השלישי של המחקר, שם אנו רואים כי התמיכה של בית הדין בפיתוחה של עוצמה קיבוצית-ראשונית, מתפתחת במידה רבה על רקע הפגיעה בעוצמתם של ארגוני העובדים, ובעיקר ההסתדרות הכללית. במקרים שבהם ההתארגנות הקיבוצית חסרה, ועוצמה קיבוצית-ריכוזית כלל אינה קיימת, מבקש בית הדין לעודד את קיומה של עוצמה קיבוצית-ראשונית, תוך כדי מציאת פתרונות משפטיים שיתנו מענה להתארגנויות ראשוניות של יחידות המיקוח והתאמה של השימוש במנגנונים המתקנים פערי עוצמה, כפי שאלה משתנים מעת לעת. בית הדין עובר לדון ממודל ריכוזי בעוצמה הקיבוצית, למודל המעודד גם ובנוסף עוצמה ראשונית, תוך כדי ניסיון לחזק התארגנויות עובדים ספונטניות ואת הצורך של עובדים לחבור ביחד ולפעול ביחד – העוצמה החיובית שארנדט מדברת עליה. לא בכדי מקשר זאת בית הדין הארצי, בפרשת אקרשטיין, לשינויים שעברו על שוק העבודה הישראלי ועל ארגוני העובדים.³ קידום ההתארגנות נועד לתקן יחסי עוצמה שלילית שאינם סימטריים, אך במקביל – תוך כדי זיהוי של חסר המתבטא בצורך של עובדים לפעול יחדיו למטרות משותפות. אולם בית הדין שם דגש גם על החבירה יחדיו לצורך הפעילות המשותפת, אך בעיקר על ההיבט של עוצמה שלילית

³ ע"ק (ארצי) 23/10 אקרשטיין תעשיות בע"מ נ' כח לעובדים-ארגון עובדים דמוקרטי (2010).

(תיקון א-סימטריה), כאשר החבירה יחדיו מקבלת תמיכה ובלבד שהיא אינסטרומנטלית לתיקון פערי העוצמה השליליים.

השופט גולדברג מציין בבג"צ מור, תוך כדי שימוש במשפט מעט טאוטולוגי, כי המגמה הסוציאלית שבבסיס משפט העבודה הינה "הגנה על טעוני ההגנה". בסופו של דבר אנו חוזרים על כן לשאלה הבסיסית, ואולי אף הבסיסית מכולן בדיני עבודה – מיהו טעון הגנה, ועל מי בית הדין אכן רוצה להגן, וכיצד ברצונו לעשות כן. כפי שמפורט במהלך המחקר, לדיני עבודה יש מספר תכליות יסוד, וביניהן יצירת שוויון בין עובדים לבין מעבידים והשגת צדק חברתי, תוך כדי הגנה על קיומו הכלכלי וכבודו האנושי של העובד. כיצד משתלבת בכך המטרה של "הגנה על טעוני ההגנה"? כדי לקדם את המטרה של יצירת שוויון בין עובדים לבין מעבידים והשגת צדק חברתי, בית הדין משתמש כאמור במימד העוצמה, ככלי עיקרי ומרכזי ביותר, כדי למצוא מיהו אכן נחוץ הגנה.

בית הדין, כפי שמפורט בהרחבה בפרק הראשון והשלישי במחקר, ממפה אוכלוסיות מסוימות – מתמחים, נבחרי ציבור, עובדים בתבנית העסקה משולשת, עובדים המבקשים להתארגן יחדיו בפריפריה ועוד, ומגיע למסקנה כי המדובר באוכלוסיות פגיעות, החשופות לניצול בשוק העבודה הישראלי. המדובר בגישה אקטיביסטית, הנובעת ממספר הולך וגדל של תביעות שמוגשות לבית הדין, המגלות מציאות של צורות העסקה פגומות ויחסי עבודה בעייתיים. אבחון ופענוח יחסי עוצמה משמש על כן ככלי פרשני ראשון במעלה להשגת המטרות הבסיסיות של דיני עבודה. כדי לפצות על חולשתם של העובדים מול המעבידים, ובהתייחס לקבוצות עובדים מסוימות, בית הדין יוצא מתוך נקודת מוצא של העובדים כקבוצה חלשה לכל דבר ועניין, אולם זאת לא בשל אינטואיציה ומתוך תחושת-בטן סתמית, אלא מתוך הבנה עמוקה של תהליכים המתרחשים בשוק העבודה ובכלכלה הישראלית, שאליהם מתייחסים בהרחבה בתי הדין, בפסקי הדין השונים.

מסקנה זו, לגבי האופן שבו בית הדין מספק את התיקונים הנדרשים שיש לערוך בשוק העבודה, נתמכת גם בסקירה הנרחבת שנעשת בפרק הראשון של המחקר, על אופיים ומהותם של שינויים שהתרחשו בחברה ובכלכלה בישראל, ובמיוחד לאור השפעתם על יחסי העוצמה במסגרת דיני העבודה. כאמור, הפרק הראשון והשלישי של המחקר טוענים, כי תהליכים אלו גורמים לשינוי בעוצמתם של כלל העובדים למול עוצמתם של כלל המעבידים, וכפי שמסכם קלנברג,

האיזון ביחסי העוצמה בין העובדים לבין המעבידים הופר, והחל להיות מוטה משמעותית כלפי המעבידים.⁴

כפי שמדגיש המחקר, לתהליך זה, ובכלל זה ההיחלשות של המסגרת הקיבוצית שמתוארת בהרחבה בפרק השלישי של המחקר, יש שני קצוות. מחד, גידול במספרם של עובדים השייכים לשוק העבודה הראשוני, ושנית הדין תופס אותם כמי שהינם בעלי עוצמה – מטריאלית, ארגונית ועוד, בעלי כושר ניידות בין מקומות עבודה (בארץ ולעתים אף בחו"ל), שהינם בעלי שווי-שוק ניכר. מנגד, הגידול הרב במספרם של העובדים שבית הדין תופס אותם כמי שהינם נעדרי עוצמה, ובמספרם של העובדים השייכים לשוק העבודה השניוני – המשני-פריפריאלי, שבו ישנה רמה גבוהה של ביקוש לעבודה, שוק לא יציב ותנאי אי-וודאות, ובו נמצאים עובדים בעלי סטטוס חברתי נמוך, ואף מיעוטים מוחלשים, כגון נשים, מהגרים ועוד.

מתוך השוואה של התהליכים שנחקרו בפרקים השונים של המחקר, ניתן גם להבין מדוע דווקא הדוגמאות בפרק הראשון והשלישי של המחקר, מראות את ההבנה של בית הדין לחשיבות של יחסי עוצמה בדיני עבודה. הפסיקה שנסקרת, מעידה על מודעות של בית הדין לחשיבותם הניכרת של יחסי עוצמה להבנת ולפענוח דיני העבודה, וביכולת של השימוש במונח זה, ובניתוח של מימדיו השונים, לערוך שינוי ממשי בדיני עבודה. האמור לעיל הינו נכון לגבי הפרק הראשון של המחקר ול"פרשנות מבוססת-שוק", שבה משתמש בית הדין, כאשר ניתן לכנות פרשנות זו כאקטיביסטית ויצירתית, ואף לגבי הפרק השלישי של המחקר, ולגבי עוצמה קיבוצית-ראשונית.

לעומת זאת, פרשנות בתי הדין לעוצמה קיבוצית, וכפי שהיא מתוארת בפרק השלישי של המחקר, דווקא נותרת על כנה בכל הקשור לעוצמה קיבוצית-ריכוזית, אולם זאת בעיקר בשל בחירה ערכית ברורה של בית הדין הארצי, המתגלה דרך בחינת ההעדפה של בית הדין לגישה אחת של עוצמה, על פני האחרת, וזאת במירב המקרים. כלומר, בית הדין בוחר להעדיף עוצמה קיבוצית-ריכוזית כעליונה ועדיפה על פני עוצמה קיבוצית-ראשונית, או על פני עוצמה קיבוצית-

Arne L. Kalleberg, *Precarious Work, Insecure Workers: Employment Relations in* ⁴
Transition, 74 **American Sociological Review** 1 (2009)

אכיפתית. מכל מקום, גם בפרק הראשון וגם בפרק השלישי של המחקר, המדובר בסוג של עוצמה גלויה, שבית הדין יכול לאתר ולנתח אותה.

ההבנה של בית הדין, שמאפיינת את פרשנות יחסי העוצמה, ואשר נסקרת בפרק הראשון והשלישי של המחקר, לא מאפיינת את הפרק השני של המחקר. הסיבה לכך הינה, שבעוד שהפרק הראשון והשלישי של המחקר עוסקים בכוח גלוי בעיקרו, המופעל בצורה כוחנית (לפי לוקס וחוקרים נוספים), עוסק הפרק השני של המחקר בתהליכים סמויים (לפי פוקו) המשתלטים על כלל העובדים, ובמיוחד דווקא על עובדים בעלי עוצמה. זאת גם הסיבה שבית הדין אינו מספיק מודע לתהליכים אלה, וטרם מבטא בפסיקתו את הגישה שמתגלית בפרק הראשון של המחקר ובחלק מהפרק השלישי. ברור כי לבית הדין קל יותר לזהות תהליכים כוחניים המופעלים על עובדים מוחלשים כמו מתמחים או עובדים בתבנית העסקה משולשת, או לגבי הצורך של עובדי בפריפריה, המנסים לחבור יחדיו ובאשר לחשיבותה של עוצמה קיבוצית מתפרצת. קשה לו יותר, מטבע הדברים, לזהות מהי בדיוק הסכנה בכוח הדיסציפלינרי המופעל על מתכנת בענף ההיי-טק, אשר מוקף בכל עבר בכוח ממשמע וממשטר. לא ניתן לדעת האם גישת בית הדין נובעת מחוסר מודעות, או שמא מחוסר רצון לטפל בנושאים אלה, או מתוך הנחה שהם אינם בעייתיים כמו אלה שעולים בפרק הראשון והשלישי של המחקר. אולם התוצאה אכן מדברת בעד עצמה.

האמור לעיל ממחיש ומסכם את מה שנאמר רבות במהלך המחקר – עוצמה פנים רבות לה, ושאיפה להבנה של מונח זה, חייבת להכיר מהיכן עוצמה נובעת, על מי היא מופעלת ובמיוחד מהי השפעתה על השחקנים השונים בדיני עבודה. בכך אנו חוזרים שוב לשאלה שהינה אולי הבסיסית מכולן בדיני עבודה – על מי אנחנו רוצים להגן בדיני עבודה, וכיצד ברצוננו לעשות כן. תפיסות שונות של עוצמה מעצבות על כן את מטרות דיני העבודה, אך באותה מידה – פרשנותן נועדה לשרת את האבחון של מיהו באמת "טעון ההגנה", ומפני מה ומדוע. לשם כך, ניתוח יחסי עוצמה מספק לעוסקים בתחום – צדדים ביחסי עבודה, עורכי דין ובתי הדין, דרך ניתוח משמעותית לניתוח והבנת הפסיקה, שיכולה להסביר סוגיות משפטיות מגוונות ושונות מאוד האחת מן השנייה.

"על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על עוצמה"?⁵ - הפירוק והניתוח של מושג העוצמה למרכיביו השונים, גם מאפשר לחשוף את המקום שקיבוץ של הנחות לגבי עוצמה, והפשטתן לכדי "עובדים חלשים" או "מעסיקים חזקים", מחטיאה מורכבות גדולה יותר, שבה מימדים שונים של עוצמה פועלים בדרכים שונות, בהקשרים שונים, על צדדים שונים וכו'. פסיקת בית הדין מאפשרת על כן לראות מנעד רחב יותר של התייחסויות לעוצמה וכוח. כפי שעולה מהמחקר, ובמובן מסוים – בניגוד לרטוריקה שלעיתים מנסה לפשט את הדבר, ולסווג את מכלול העובדים כ"חלשים" ומכלול המעסיקים כ"חזקים", בית הדין לא בהכרח תופש את העובדים כקבוצה "חלשה", ובוודאי גם לא כקבוצה "חזקה", אלא רואה לפניו מגוון של עובדים ומגוון של מעסיקים, כמו גם מגוון של סיטואציות, שבהן עולה ניתוח יחסי עוצמה.

כפי שעולה מהמחקר, בית הדין מנפק תשובות מורכבות, אשר גם אם הן חוסות תחת מונח העוצמה, אפשר להבחין ביניהן, ולראות שלמעשה בית הדין מסתכל על העוצמה כמסגרת מושגית, אשר מסבירה התרחקות מגישה פשטנית-יחסית, של פטרנליזם והגנה מול אוטונומיה וחופש חוזים. למעשה, הפירוק של מושג העוצמה שהמחקר מציע, יכול להיות בעל ערך מסייע אשר עוזר בבחינת ופירוק של מושגי העוצמה למימדים השונים, ולא להניח שאם עובד הוא "חזק" על פי מימד אחד, אזי הוא בודאי גם חזק על פי שאר המימדים. הבנה זו יכולה להיות בעלת ערך פרשני רב עבור דיני עבודה ולסייע להתרומם מעל הדיון של "חזק" מול "חלש". כך נפסק בפרשת סרוסי,⁶ בהשאלה, גם לגבי המונח "עובד". לכן, המחקר מנסה להמחיש, כי מימדים שונים של עוצמה פועלים בדרכים שונות, וכי עוצמה בהקשר אחד (למשל – ארגונית) אינה בהכרח מחייבת את מסקנת בית הדין אשר מניח עוצמה בהקשר אחר (למשל – כלכלית).

עובד בתעשיית ההיי-טק יכול להיות לפיכך חזק לפי מימד אחד – המימד הכלכלי, ולקבל משכורת גבוהה. אולם ניתן להחליש אותו בצורה ניכרת – עובד זה יכול למשל להיות חלש מבחינה ארגונית, ובעל יכולת מצומצמת ביותר לארגון את מסגרת העבודה שלו (כוח ארגוני), כפי שמתואר בפרק הראשון של המחקר. עובד זה גם יכול להיות כפוף לכל המימדים שנידונים בפרק השני – המימד הרעיוני-ניהולי (טשטוש בין חיי העבודה לחיים הפרטיים), השטחת פירמידת הניהול ויחסי עוצמה אופקיים), המימד הארגוני-הבירוקרטי, המימד הטכנולוגי, המימד הפיזי ו-המימד

⁵ בהשראת ספרו של ריימונד קארבר **על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על אהבה** (1974).

⁶ דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, תקדין עליון 98(3) 1154 (1998).

המשפטי. כתוצאה, עובד זה יכול להיות מוחלש בצורה מהותית למול העוצמה הדיסציפלינארית של המעביד, אשר שולט במידע רב עליו, מכריח אותו ללבוש בגדי עבודה אחידים, מונע ממנו מלהתבטא כרצונו וכו'. בכל הנוגע לפרק השלישי, עובד זה גם אינו יכול להסתייע בכוחו של ארגון עובדים, ונעדר את העוצמה החיובית לפעול ביחד עם עובדים אחרים בעולם שבו העבודה הינה אינדיבידואליסטית ומנוכרת. לסיכום, גם עובדים "חזקים" לכאורה יכולים להיות חלשים לפי מימדים רבים.

כפי שמובהר במהלך המחקר, לצד החשיבות של ניתוח יחסי עוצמה, נדמה כי הבנתו ופרשנותו של בית הדין למופעים השונים של יחסי עוצמה, מובילים לעתים לתוצאות סותרות ומנוגדות. אף כי לא ניתן לדעת מה בית הדין יודע ומה הוא לא יודע, מה הוא עושה במכוון ומה הוא עושה מתוך חוסר הבנה, ניכר בחלק מהמקרים שנידונו במהלך המחקר, כי בית הדין משתמש במונחים של "כוח" ו-"עוצמה", אולם לא ממש ברור מאופן הניתוח בפסק הדין למה הוא בדיוק מכוון בכך. בית הדין אף מתייחס לתצורות שונות של עוצמה (יכולת בחירה, ויתור מודע או משתמע על זכויות וכו'), אך מתכוון למעשה למונח "עובד חלש", או למונח "עובד חזק".

חלק מסוים מהעמימות נובע מכך ששדה המחקר של "עוצמה" הינו בעל גבולות רחבים ביותר. קאופמן וג'ובס מעירים בהקשר זה, כי ישנה עמימות לגבי המונח "עוצמה", המשווה לו אווירה מעין מיסטית. הם טוענים, כי אנחנו יודעים מהי "עוצמה", אך אנחנו נתקלים באין-סוף קשיים בניסיון להגדיר אותה. אנחנו יודעים להגיד מתי אדם, או קבוצת אנשים, הינם יותר חזקים מאחרים, אך עדיין איננו יכולים למדוד כוח ועוצמה.⁷ בהקשר זה, גם ברמס טוען כי "עוצמה" הינה אחד מהמושגים הסוררים, המבוססים על משמעויות והשפעות סותרות.⁸ בדומה, מעיד פרסונס כי ישנו חוסר הסכמה משמעותי, הן לגבי ההגדרה המדויקת של עוצמה, והן לגבי המאפיינים הרבים של מונח זה.⁹ לא בכדי מציינים קאופמן וג'ונס, כי "עוצמה" הינה "as abstract as time yet as real as a firing squad". מסקנה זו עולה גם בהקשר של דיני עבודה,

⁷ Herbert Kaufman and Victor Jones, *The Mystery of Power*, 14(3) **Public Administration** **Review** 205 (1954).

⁸ Steven J. Brams, **Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration** (1976)

⁹ Talcot Parsons, *On the Concept of Political Power*, 107 **Proceedings of the American Philosophical Society** 232 (1963)

ודיודב מעיד כי המושג יחסי כוח לא-שוויוניים הינו בעייתי, וסובל מעמימות מובנית, ובפני עצמו אינו מסוגל לספק תשובות לשאלות בדיני עבודה, כגון "מיהו עובד".

הפסיקה מודעת לבעייתיות זו, והשופט טל, בבג"צ מור המפורסם, אשר צוטט לעיל, מציין בהקשר דומה, כי בתי המשפט מנו כמה וכמה מבחנים רבים, ושונים ומעורבים, להבחין בין "עובד" לשאינו "עובד", אך "ישנה דעה שבסופו של דבר קובעת התחושה האינטואיטיבית של בית המשפט (וזוהו "מבחן הפיל", רוצה לומר, חיה שקשה להגדירה אך כל רואיה יכירוה). ויש הסבורים שהדבר הקובע הוא השקפתו החברתית של בית-משפט, שעל-פיה הוא בורר לו את המבחן הרצוי". ובהקשר לענייננו – לעתים ישנה תחושה דומה לגבי תפיסת העוצמה של בית הדין, וכי בית הדין "מבין" עוצמה, אך אינו יכול להמשיג אותה בצורה מדויקת או ברורה. ניתן גם לטעון, כי מונח שהינו בעל גבולות רחבים יחסית, כמו "עוצמה" (ונגזרותיו), חרף היותו כה שמיש ושגור בידי בית הדין, צריך להיות מסויג, וכי השימוש בו צריך להיות זהיר. ייתכן איפוא, שאין כל טעם להמשיך ולנתח בהתאם ובעזרת מושג זה, אלא לנסות ולאתר מסגרת מושגית אחרת שהינה ברורה יותר.

אולם דווקא בכך טמון החידוש שאותו מציע המחקר, הטוען כי "עוצמה" אינה בגדר תחושת הבטן של השופט, ואף אינה מונח חלול המשקף אינטואיציה גרידא של השופט, כי אם מושג עמוק בהרבה מכך. חידוד תיאורטי ומעשי של מונח העוצמה, ומופעיו השונים והמגוונים, כפי שמוצגים במחקר, יכול דווקא להסביר את מה שנתפש לכאורה כאינטואיציה של שופטים, תוך כדי יצירת אמצעי משמעותי להבהיר את השיטה והשיקולים העומדים מאחורי הבחירות והעמדה של בית הדין. כל זאת, תוך הבטחת קונקרטיזציה ואינדיבידואליזציה, והתאמת הדין למציאות, ויכולת לדון בצורה אחידה בסוגיות משפטיות בדיני עבודה, שהינן רחוקות מאוד האחת מן השנייה. על פי גישה זו, גמישות בניתוח יחסי עוצמה, ובפוטנציאל של השימושים הרבים שיש לניתוח זה, הינה דווקא יתרון, ולא חיסרון.

מיקוד המחקר - דסקרפטיבי, ולא נורמטיבי - לבסוף, יש להדגיש גם את מה שהדיון איננו מציע – וזאת המסקנה הנורמטיבית. יתרונו של הניתוח הוא בהצגה ביקורתית של האופן שבו ההבחנה בין חזק לחלש מטשטשת מערכות כוח ועוצמה, שהינן מורכבות הרבה יותר. אך אין להסיק מכך שהניתוח מציע לקחת את הגישות הלב-משפטיות של עוצמה, ולדרג ביניהן על מנת

להציע לבית הדין אלגוריתם לקביעת החזק והחלש. לפיכך, אין בפרשנות של יחסי עוצמה, כפי שהיא נעשית במחקר, כדי ללמד אותנו מבחינה נורמטיבית מה נכון ומה לאו, ומחקר זה אינו מתיימר לטעון כי בעזרת ניתוח יחסי עוצמה, בית הדין יכול לדעת האם פסיקתו הינה צודקת. המחקר גם אינו מתיימר להציע מסגרת חלופית, אשר יכולה להנחות את בית הדין מתי יש יחסי עוצמה א-סימטריים ומתי לא.

כך למשל, המחקר אינו מבקש להכריע איזה מבין הגישות של בית הדין, שמוצגות בפרק הראשון של המחקר – "פרשנות מבוססת-פרט" ו"פרשנות מבוססת-שוק" לניתוח יחסי עוצמה, הינה נכונה וראויה, אלא להצביע מהם שיקולי בית הדין במעבר בין שתי הפרשנויות. המחקר גם אינו מבקש להכריע האם פרשנות בית הדין לעוצמה הדיסציפלינארית והממשטרית, שמוצגת בפרק השני של המחקר, הינה נכונה, אלא רק להצביע על כך שבית הדין נמנע מלדון במשמעויות הכוללות של מהלך זה ובהשפעה הניכרת שיש לתהליך זה על העובדים. כמו כן, המחקר אינו מבקש להכריע לגבי הבחירה של בית הדין בעוצמה קיבוצית-ריכוזית, כעדיפה על פני עוצמה קיבוצית-מתפרצת, וכפי שמודגם בפרק השלישי של המחקר, אלא רק להצביע על השיקולים שעמדו מאחורי החלטת בית הדין לבחור כפי שבחר.

לבחירה זאת יש מספר סיבות: ראשית כל, השפע הרב של התשתית התיאורטית מלמד על הכיוונים השונים, ולעתים – שונים בתכלית, שבהם ניתן לנתח יחסי עוצמה. בהמשך, גם המורכבות האדירה שיש למונח זה ותצורותיו השונות ביחסי ודיני עבודה, כפי שבאו לידי ביטוי במחקר, מצביעה על כך, שהחוזק בניתוח יחסי עוצמה הינו דווקא ביכולת לקרב סוגיות משפטיות בדיני עבודה, שהינן רחוקות מאוד האחת מן השנייה, אך לא להציע ניתוח שיסביר מדוע פסיקות אלה שגויות או נכונות. במקום כך, מחקר זה מבקש לאמץ את התיאוריה של הריאליזם השיפוטי, הטוענת כי השופטים לא מגלים את המשפט – הם יוצרים אותו, וכי תוכן המשפט שיוצר בית המשפט מושפע מנסיבות חברתיות, כלכליות, פוליטיות והיסטוריות, אשר משפיעות בתורן על השופטים ברמה ההכרתית והתת-הכרתית. כמו כן, המחקר מבקש לאמץ גם את הגישה של אסכולת ה-CLS (Critical Legal Studies), אשר מציגה את העמדה הריאליסטית בצורה מוקצנת יותר, וטוענת כי המשפט הינו שיקוף של יחסי העוצמה והריבוד החברתיים, בין אם על בסיס כלכלי, מגדרי או גזעי. לפיכך, הגם שהדיון הביקורתי מספק קרקע פוריה לבחינה מחודשת

של מצבים מוכרים, הוא איננו מיועד להציע פתרון חובק כל לכולם, והיתרון של המחקר הינו כן ביכולת להסביר את שיקולי בית הדין ואת הרבדים שיכול מימד העוצמה להציע ככלי פרשני וביקורתי משמעותי לגבי פסיקת בתי הדין לעבודה.