

# “חופש החוזים” והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי

## ובחווה עבודה אישי

השופט מנחם גולדברג\*

### מבוא

סוגיית חופש החוזים אינה ייחודית למשפט העבודה. בענפי משפט רבים הוגבל חופש זה בחוקים שיוחדו לכך, ואחרים הוכרו כבטלים מכוח הוראה בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973 (להלן: חוק החוזים), בייחוד מן הטעם שנמצאו נוגדים את תקנת-הציבור או מהטעם שהאיוון בין חופש החוזים לחופשים אחרים הצדיק העדפתו של החופש האחר.

כמאמרנו זה נסקור את המיוחד בסוגייה, בכל הנוגע והמתייחס לחווה העבודה, האינדוידואלי והקיבוצי. כפי שנראה להלן, אין למעשה חולק שבתחום משפט העבודה האינדוידואלי, מוגבל החופש החוזי יותר מאשר בכל תחום אחר. תופעה זו אינה חדשה, ועמדתי עליה במאמר שפורסם בשלהי שנת 1972<sup>1</sup>, טרם חקיקתו של חוק החוזים. נראה לי כי פרק זמן של למעלה מ-20 שנה, אשר חלף מאז פירסומו של אותו מאמר, מצדיק סקירה ובחינה מחודשת של הנושא, לאור פסיקתם הענפה של בתי-הדין לעבודה בנושא זה, ופירסומים שונים שהתייחסו אליו. כן אבחן אם עדיין תקפה מסקנתי, אותה הבעתי שם:

“עולה, בי ‘חופש החוזים’ בכל הנוגע להסדר יחסי עבודה, בין על-ידי הסכמים קיבוציים ובין על-ידי חוזי עבודה אישיים, מוגבל ביותר – הגבלה המעוררת את השאלה, אם בכלל ניתן לדבר על ‘חופש ההתקשרות החוזית’, מקום בו מדובר בחווה עבודה”<sup>2</sup>.

### הדין החל על חווה עבודה

הוראות חוק החוזים חלות גם על חווה עבודה “כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הגדרתו”<sup>3</sup>. עד כה לא נחקק חוק חווה עבודה, אף כי על שולחן הכנסת הונחו,

\* נשיא בית-הדין הארצי לעבודה.

\*\* מבוסס על הרצאה שנישאה לזכרו של השופט דוד מורל ז"ל.

1 מ' גולדברג “חופש ההתקשרות החוזית במשפט-העבודה” עיוני משפט ב (תשל"ב) 672.

2 שם, בע' 682.

3 סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973, ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים); ראה גם

פעמיים, הצעות-חוק' בנושא זה. שתי ההצעות עברו בקריאה ראשונה, אך לא הובאו לקריאה שנייה ושלישית. בדברינו נתייחס להצעת-החוק השנייה, זו משנת התשמ"ה (להלן: הצעת-החוק). בהצעת-החוק הוראה מפורשת הקובעת: "הדין החל על חוזה יחול גם על חוזה עבודה, ככל שהדבר מתיישב עם חוק זה ועם מהות יחסי העבודה".<sup>5</sup>

### מעמדו של חופש החוזים

לחופש החוזים מעמד מיוחד ובכיר בשיטתנו המשפטית. הוא מעוגן בחוק חרות, הוא חוק החוזים, אשר סעיף 24 שבו קובע:

"תוכנו של חוזה שיכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".

בהצעת-החוק הוראה דומה:

"תוכנו של חוזה עבודה יהיה ככל אשר הסכימו הצדדים לחוזה".<sup>6</sup>

שעה שאנו משתמשים במטבע הלשון "חופש החוזים", אנו מתייחסים לשני שטחי פעולה: חופש ההתקשרות וחופש העיצוב.<sup>7</sup>

"חופש ההתקשרות הוא החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר בחוזה, ועם מי להתקשר. חופש העיצוב הוא החופש של כל צד לעצב את תנאי הבטחתו, בכפיפות להסכמת הצד האחר... במקרים רבים מתמזגים שני ההיבטים של חופש החוזים, וקשה להפריד ולהבחין בין סוג החוזה ובין תוכנו".<sup>8</sup>

אין ההוראה בחוק החוזים, שהובאה לעיל, משקפת בצורה מלאה את מעמדו של חופש החוזים בדין הישראלי.

חופש החוזים, על שני פניו, נמנה עם זכויות-היסוד במשפט הפרטי,<sup>9</sup> "הוא מעקרונות היסוד של תפיסתנו המשפטית והחברתית"<sup>10</sup>. רואים בו "זכות-יסוד חוקתית"<sup>11</sup> והוא

סעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א — 1970, ס"ח 610 [להלן: חוק החוזים (תרופות)].

4 הצעת-חוק חוזה עבודה, התשכ"ח — 1968 (ה"ח 791 התשכ"ח, 384); הצעת-חוק חוזה עבודה, התשמ"ה — 1985 (ה"ח 1718 התשמ"ה 128). (להלן: הצעת החוק).

5 סעיף 2 להצעת-החוק.

6 סעיף 3(א) להצעת-החוק.

7 ג' שלו דיני חוזים (דין 1991), 25.

8 שם, שם.

9 א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (מכון סאקר, התשנ"ג — 1993) 163, 165, 198.

10 רע"א 5248/90 אנטין ואח' ג' פרוקל, פ"ד מה(5) 139, 143.

11 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ ג' רביב בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 441, 470, 486; א' ברק פרשנות במשפט כרך שני (תשנ"ג) 468.

נחשב בעיני רבים ל"עיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל"<sup>12</sup>. אחדים אף הרחיקו לכת וקבעו כי יש לראות בו זכות בעלת מימד חוקתי:

"הזכות לעיצוב תוכן החווה — הנגזרת במישרין מהזכות החוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ובהעדר זכות חוקתית מפורשת כזו, בעיקרון כבוד-האדם וחירותו — קיבלה מעמד חוקתי"<sup>13</sup>.

שנים רבות, ולמעשה עד תחילת המאה הנוכחית, ראו בחופש החוזים "עקרון על" שהאינטרס הציבורי מחייב את שמירתו:

"...if there is one thing which more than another, public policy requires it is, that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts, when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice"<sup>14</sup>.

לאורה של דוקטרינה זו הלך אף בית-המשפט העליון בתקופת המנדט, ולאחר מכן, בשנותיה הראשונות של המדינה:

"כל פקודה המגבילה את חופש החוזים בין הבריות, יש לפרשה פירוש דווקני (strictly), ואם היא מתגלית לכמה פנים, יש לנקוט דרך הפירוש המצמצם את גבולה לאותו מעוות מיוחד שהיא באה לתקן..."<sup>15</sup>.

מספר שנים לאחר מכן, בהבחינו בין משפט פרטי לחווה רשות, אומר בית-המשפט העליון:

"אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן-חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחווה פלוני ועם מי ימאן..."

כיוצא בזה, אזרח פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני, ויהיו נימוקיו אשר יהיו..."

עינינו הרואות: בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולכור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית"<sup>16</sup>.

בעידן המודרני שאנו מצויים בו כיום, הולך ומאבד עיקרון חופש החוזים במובנו

12 ג' שלו, לעיל הערה 7, בע' 25.

13 א' ברק, לעיל הערה 9, בע' 197; א' ברק פרשנות במשפט כרך ראשון (תשנ"ב) 2-301.

14 Printing and Numerical Registering co V. Sampson (1874-5) L.R. 19 eq 462, 465.

15 ע"א 240/43 ולידו ג' ליפשיץ, (1943) א.ל.ר. 2, 699; פל"ר 10, 584, הובא בהסכמה בע"א

61/48 "זיבולון" אגודת יורדיים ג' מלך, פ"ד ב 464, 467.

16 בג"ץ 262/62 פרץ ג' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115-2114.

הקלאסי ממעמדו<sup>17</sup>, ויש הסבורים אף כי יש לראות בו אנאכרוניזם חברתי<sup>18</sup>. לי נראה, כי יהיה זה מוגזם לסתום את הגולל על חופש החוזים, למרות הכרסום הניכר שחל במעמדו. זאת ניתן ללמוד, בין היתר, מהעובדה שבחוקים לא מעטים בתחום התקיקה האזרחית אנו מוצאים הוראה המתירה לצדדים להתנות על הוראות אותו חוק או סעיפים מסעיפיר<sup>19</sup>. זאת ועוד — יש לזכור, כי עם היותו של חופש החוזים "עקרון יסודי", אין לראות בו "עקרון על", הגובר על עקרונות וערכים אחרים<sup>20</sup>, ו"ככל זכות-יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה"<sup>21</sup>.

הגישה המקובלת כיום בשיטתנו המשפטית, ולא רק בה, לאור החקיקה המגבילה את חופש החוזים בשטחים רבים, היא להמיר את עיקרון חופש החוזים בעיקרון של "צדק חוזי"<sup>22</sup>, או לקבוע שחופש החוזים קיים רק שעה שהצדדים לחוזה שווים כמוכּן חברתי וכלכלי, כלומר שעה שהחוזה נערך בין גופים גדולים, בינם לבין עצמם<sup>23</sup>. "הצדק החוזי", קרי הצורך להגן על החלש, מצא ביטוי בשטחי משפט רבים, בנוסף לחוקי העבודה. חוקים שונים מכילים הוראות קוגנטיות (דהיינו הוראות שאין לצדדים הכוח לסטות מהן או להתפשר בגינן). כך בתחומי הצרכנות<sup>24</sup>, הבנקאות<sup>25</sup>, הביטוח<sup>26</sup> ועוד. על חקיקה זו, הפוגעת בחופש ההתקשרות החוזית נאמר:

"לכאורה יש בחקיקה כזו משום פגיעה בחופש החוזים במוכּנו החיובי, כלומר בחופש לכרות חוזה בתנאים שנראים רצויים לצדדים. למעשה, יש הטוענים שאין ההתערבות פוגעת בחופש החוזים, אלא היא דווקא עוזרת לקיימו. הנחת החקיקה היא שבמקום שיש פער בין הצדדים, יש רק לאחד, לחזק, חופש לפעול לפי רצונו, וכיכולתו להכתיב לצד השני את תנאי החוזה. לעומתו לצד השני, החלש, אין כלל חופש, או שהוא מוגבל ביותר. מכאן שההתערבות השיפוטית או

17 כפי שיעיד שמו של ספרו של עטיה: P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford 1979).

18 א' לויין "חופש החוזים כאנאכרוניזם חברתי" הפרקליט כו (תשל"א) 228, 372.

19 ראה, למשל: חוק המכר, התשכ"ח — 1968 (סעיף 4(ב)), ס"ח 529; חוק השכירות והשאלה, התשל"א — 1971 (סעיף 2(ג)), ס"ח 633; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א — 1981, ס"ח 1005; הצעת-החוק (סעיף 17); פקורת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג — 1983 (סעיף 11-9), דמ"י, נוסח חדש 37, התשמ"ד, 761.

20 רע"א 5248/90, לעיל הערה 10, בע' 143.

21 ד"נ 22/82, לעיל הערה 11, בע' 486.

22 Zweigert and Kotz *An Introduction to Comparative Law* (North Holland, 1977) II 7,9.

23 שם, שם.

24 ראה למשל: חוק הגנת הצרכן, התשמ"א — 1981, ס"ח 1023; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות), התשל"ה — 1974, ס"ח 749; חוק השכירות והשאלה, התשל"א — 1971.

25 חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א — 1981, ס"ח 1023.

26 חוק חוזה הביטוח, התשמ"א — 1981.

החקיקתית בחופש החוזים מיועדת לשמור על חופש החוזים האמיתי, שהשתבש עקב הפער במעמד הצדדים<sup>27</sup>.

גישתו של המחוקק, המגבילה את החופש החוזי, מקובלת על המערכת המשפטית:

"והיא עולה בקנה אחד עם תפיסתנו החברתית של הגנה על החלש ועם תחושת הצדק והיושר, כגון באותם מקרים שאחד מהצדדים לחוזה נחות בכישוריו השכליים או במעמדו הכלכלי במידה כזו שקיים חשש שהוא יהיה צפוי לניצול, והמחוקק בא למסקנה, שמן הראוי ומן הצדק לפרוש את כנפי החוק עליו ולקבוע בחוק דרישות והנחות, שיש בהן כדי לתקן פגם ונחיתות אלה"<sup>28</sup>.

אולם גם מקום בו אין מצויה הגבלה מפורשת בחוק, אין רואים בחופש ההתקשרות חופש מוחלט. מתוך מודעות לכך שחופש ההתקשרות הוא "עיקרון יסוד של תפיסתנו המשפטית חברתית", אומר בית-המשפט העליון:

"חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות-יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה. הגינות, יושר, טוהר מידות, שוויון — כל אלה הם אינטרסים ראויים, העשויים, בתנאים מסוימים ובנסיבות מסוימות, לאזן את חופש החוזים"<sup>29</sup>.

כאמור, ההתערבות בחופש החווה נעשית כדי להבטיח ערכים ואינטרסים שראוי לכבדם והם, בעיקר, הדרישה מן הפרט, גם כאשר הוא פועל בענייניו, מידה של התחשבות בזולת ובערכיה היסודיים של החברה. עם זאת ברור, שלהתערבות זו יש מחיר:

"היא פוגעת בחופש החווה שאף הוא ערך שאין לזלזל בו, ומטבע הדברים היא גוררת צימצום באפשרויות הבחירה. כאשר נשלל מכוח הדין תוקפה של הוראה חוזית מסוימת, עשויה להישלל בעקבות זאת הבחירה בין חוזה הכולל הוראה כזו (במחיר אחד) לבין חוזה שההוראה איננה נכללת בו (במחיר אחר)"<sup>30</sup>.

גם בגוף חוק החוזים, אנו מוצאים (בסעיף 30), הוראה המבהירה כי חוזה יכול ויהיה פסול, ולכן בטל. זהו לשון הסעיף:

27 כהן "השוויון" מול חופש החוזים" המשפט א' (התשנ"ג) 131, 132.  
 28 דברי המשנה לנשיא מ' אלון (כתוארו אז) בד"נ 22/82, לעיל הערה 11, בע' 469.  
 29 דברי המשנה לנשיא א' ברק בד"נ 22/82, לעיל הערה 11, בע' 486; בע"א 1512/90 סופרנו בע"מ ג' סער, פ"ד מה(4) 405, 418. כל "זכות-יסוד", או "חירות" ניתן להגביל בחוק (בג"ץ 75/76 הילרון בע"מ ג' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד ל(3) 645, 650; בג"ץ 207/84 דותן ג' שר התחבורה, פ"ד לח(3) 95, 98 ועוד). כך הוזה, בענייננו, לעניין השוטרים, שהתארגנותם נאסרה מכוח חוק (סעיף 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א — 1971, דמ"י, נוסח חדש 17, התשל"א, ע' 390).

30 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (התשנ"א, כרך א) סעיף 3.18.

"חווה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת-הציבור — בטל".

חוק החוזים לא חידש הרבה בסוגייה זו, לעומת הדין שהיה קיים לפני חקיקתו<sup>31</sup>. בחוק החוזים נכללת הוראה המאפשרת לבטל רק את חלקו הפסול של החוזה, כאשר הוראותיו של החוזה ניתנות להפרדה (סעיף 19), ומכוחו הוטלה גם חובת השבה "של מה שקיבל" צד מכוח החוזה שבוטל (סעיף 21), אולם בד בבד עם הוראה זו הוסמכו בתי-המשפט, ובתי-הדין לעבודה בכלל זה, לפטור צד מאותה חובת השבה, כולה או חלקה (סעיף 31)<sup>32</sup>.

המושג "תקנת-הציבור" הוא מהמושגים "העמומים", אשר על בית-המשפט ליתן לו נפקות, ולקבוע "מהם הסטאנדארטים הראויים להתנהגות"<sup>33</sup>, וזאת "במושגי יסוד של צדק ומוסר ובצרכי המשטר החברתי והכלכלי המשתנים והולכים"<sup>34</sup>, תוך הימנעות מיישום דעתו האישית של השופט, החייב להיות נאמן "להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב"<sup>35</sup>.

מאז ומעולם לא היתה דעתם של בתי-המשפט נוחה, כשצד להסכם ביקש לפוסלו מטעמים של תקנת-הציבור, משום שהמבקש את הפסול אינו פועל מתוך מניעים טהורים, ויוצא חוטא נשכר, "ומכאן הספק בנכונות הכלל בכללותו ונטייתם של בית-המשפט [צ"ל — בתי-המשפט] היום לצמצם את תחולתו"<sup>36</sup>. "תקנתו של הציבור היא, בראש ובראשונה, שהצדדים יקימו את ההתחייבויות שנטלו על עצמם מרצונם החופשי והברור..."<sup>37</sup>. חרף גישה זו, עשו בתי-המשפט, ובתי-הדין לעבודה, לא פעם שימוש בהוראת חוק זו, ביחוד בסוגייה של הגבלת חופש העיסוק, ופסלו, במלואם או בחלקם, חוזים שהגבילו חופש זה<sup>38</sup>.

- 31 חוק הפרוצדורה האזרחי העותומני משנת 1879, שחייב, בסוגייה זו, עד לחקיקתו של חוק החוזים, קבע: 64. "כל מיני חוזים והתחייבויות שאין הם נחשבים לנמנעים בתוקף חוקים ותקנות מיוחדים, ושאינם פוגעים במוסר הציבורי ובסדר הכללי... נחשבים לנאותים ובני ערך ביחס לצדדים..." (תרגום לניאוד).
- 32 דב"צ נא/198-3 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ — זגורי, פד"ע כה 199, 206.
- 33 ע"א 207/79 רביב בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 555; בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין (טרם פורסם). דעה שונה: מ' עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן (תשמ"ד) 125.
- 34 בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג(2) 477, 520.
- 35 ע"א 461/62 צים בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; א' ברק "פרשנות ושפיטה יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (התשמ"ד-התשמ"ה) 467.
- 36 ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח', פ"ד יז 1009, 1027.
- 37 ע"א 148/77 רוט ואח' נ' ישופה בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 638.
- 38 מ' גולדברג "חופש העיסוק — מזכות-יסוד לחוק-יסוד" הפרקליט (כרפוס)
- 39 על תחולת הוראות ההסכם הקיבוצי על העובד והמעביד עליהם הוא חל — ראה להלן.

### ההסכם הקיבוצי, צו ההרחבה והחופש לקבוע את תנאיהם

הסכם קיבוצי הוא הסכם שהתמלאו בו כל הדרישות שבחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז — 1957<sup>39</sup>. לענייננו החשוב הוא מי הם הצדדים להסכם — מעביד מצד אחד, וארגון עובדים מהצד שכנגד, בהסכם קיבוצי מיוחד, וארגון עובדים מצד אחד, וארגון מעבידים<sup>40</sup> מהצד שכנגד בהסכם קיבוצי כללי. עינינו הרואות — מצד העובדים חותם על ההסכם, לשני סוגיו, ארגון עובדים ולא עובד בודד<sup>41</sup>.

מכאן, שכאשר נחתם הסכם עבודה קיבוצי, כוחו של המעביד עומד מול כוחו של ארגון עובדים, ולא מול העובד הבודד, ואז ניתן לומר כי יש להעניק לצדדים את החופש המלא לקבוע את תנאיו, מאחר שהוא נעשה בין שני גופים בעלי כוח כלכלי שווה<sup>42</sup>. כפי שנראה, לא זה הדין.

הגרסה המקובלת היא שההסכם הקיבוצי מבטא *laissez faire* קולקטיבי, המחליף את ה"*laissez faire* האינדוידואלי שביסוד המשפט הפרטי<sup>43</sup>. דעה זו אינה נחלת הכלל. קיימת דעה כי:

"...השימוש במושג חופש, בהקשר הקולקטיבי, מהווה דבר והיפוכו. הוא משמש, למעשה, צידוק לתהליך שמנקודת ראות הפרט מהווה שלילת החופש האישי. כאשר מתקבלת הכרעה ברוב דעות (בין בהקשר להסכם קיבוצי, כאשר חלק מן העובדים מתנגד להסכם, ובין בהקשרים אחרים), פירוש הדבר שלגבי אלה שאינם מסכימים לתוצאה, הופעל הליך כפייתי. אפשר להצדיק את ההליך בנימוקים שונים. חופש איננו נמנה עימם. במילים אחרות, כאשר נשלל החופש

40 ר' בן-ישראל "צדדים להסכם קיבוצי" עיוני משפט יב (התשמ"ז) 29. על מאפייני ארגון עובדים — ראה: דב"ע ג/7-4 אוניברסיטת תל-אביב — ארגון הסגל האקדמי באוניברסיטת תל-אביב, פר"ע ה' 85, 96; דב"ע לא/3-4 הסתדרות האחיות והאחים — מ"י, פר"ע ד' 85, 103; דב"ע מח/1-5 ארגון עובדי בנק המזרחי — ההסתדרות הכללית, פר"ע כא 283, 7-296; דב"ע מד/2-5 ההסתדרות הכללית — אגודת העובדים הבכירים בפז, פר"ע יד, 367, 382.

על מאפייני ארגון מעבידים ראה: דב"ע נב/31-4, נב/32-41 ארגון המורים בבתי-הספר העל יסודיים — מרכז ישיבות בני עקיבא, פר"ע כד 470; דב"ע מג/64-3 המועצה המקומית טירת הכרמל — וידר, פר"ע טז 291; מ' גולדברג מאפייני ארגון מעסיקים במשפט העבודה הפרקליט מ (תשנ"א) 372.

41 "הסכם קיבוצי הינו תוצאה של משא-ומתן קיבוצי, שכל מהותו ותכליתו הינה התמודדות של כוחות, העמדת כוח ארגונם של העובדים מול כוחו הכלכלי של המעביד"; ר' בן-ישראל ההסכם הקיבוצי (סדן, 1977) סעיף 131.

"ממהותם של יחסי עבודה קיבוציים היא התארגנות העובדים, שתוצאתה האחת היא ריכוז כוח, על-מנת להגן על ענייניהם קיבוץ ועל ענייניהם מפני המעביד..."; (דב"ע ג/7-4 אוניברסיטת תל-אביב ואח' — ארגון הסגל האקדמי באוניברסיטת תל-אביב, פר"ע ה' 85, 96.

42 Zweigert, לעיל הערה 22, בע' 8, 9.

43 ר' בן-ישראל מימד חדש להסכם הקיבוצי (1976) 81.

האישי בהליך קולקטיבי, מהווה המושג 'חופש קולקטיבי' אך דרך נאה לסבר את האוזן"<sup>44</sup>.

חرف העובדה שבהסכם קיבוצי מדובר, מצא המחוקק להגביל את כוחם של הצדדים להסכם הקיבוצי לקבוע, כי תנאי מתנאי עבודתו של עובד לא יפחת מזה שנקבע בחוק, אף אם יזכה העובד לתנאים טובים יותר בנושא אחר<sup>45</sup>. הוראה בנדון מצויה הן בחוק ההסכמים הקיבוציים והן בחוקי המגן. בחוק הסכמים קיבוציים [סעיף 21], אנו מוצאים:

"זכויות עובד הקבועות בחוק יכול הסכם קיבוצי להוסיף עליהן אך לא לגרוע מהן".

מכאן "כי כאשר קיימת סתירה בין הוראת חוק לבין הוראת הסכם קיבוצי גוברת הוראת החוק"<sup>46</sup>, מאחר ש"לא הוקנה להסכם קיבוצי מעמד עדיף על פני חוק..."<sup>47</sup>. בכל חוקי העבודה הנמנים עם "חוקי המגן"<sup>48</sup> אנו מוצאים הוראה כופה, ברובם בנוסח זה או דומים לו: "חוק זה אינו בא למעט מכל זכות הנתונה לעובד על-פי חוק, הסכם קיבוצי [לפני חקיקתו של חוק הסכמים קיבוציים — הסכם קולקטיבי], חוזה עבודה או נוהג"<sup>49</sup>, ובמקרה אחד, בנוסח חיובי וגורף: "חוק זה...בא להוסיף על זכותו של עובד מכוח דין, הסכם קיבוצי, הסדר קיבוצי או חוזה עבודה ולא לגרוע ממנה"<sup>50</sup> ובמקום אחר: "אין בחוק זה כדי לגרוע מזכות יתר המוענקת לעובדת לפי חיקוק, לפי הסכם קיבוצי או לפי חוזה עבודה..."<sup>51</sup>.

- 44 ד' פרידמן ונ' כהן, לעיל הערה 30, סעיף 3.3 (ראה: הערת שוליים 35).  
 האמור במבואה הנ"ל אינו מדוייק. ארגון העובדים רשאי לחתום על ההסכם הקיבוצי מבלי להביא את תוכנו להכרעת העובדים עליהם הוא חל, כך שייחכנו מצבים בהם מרבית העובדים לא יסכימו להסכם.  
 45 "אין מעריכים הסכם קיבוצי כמכלול ושואלים, אם השלמות 'מוסיפה' על 'הוראה' מסוימת בחוק, אלא, אם בנושא הקונקרטי המוסדר בחוק — 'ההוראה' שבהסכם הקיבוצי 'מוסיפה'" (דב"ע לט/24-3 בתי הדין לנפט — למפל, פד"ע י 421, 434).  
 "כל טובות הנאה שבעולם שהמעביד מעניק לעובדיו בעניינים אחרים, אינן יכולות לבוא במקום הזכות... המובטחת לעובד על-פי החוק..." (בג"צ 148/71 בתי הדין בחיפה בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד כו (1) 18, 26).  
 46 דב"ע מז/134-3 ד"ר משעל — עיריית ירושלים, פד"ע כ 34, 40.  
 47 דב"ע שם/22-4 ההסתדרות הכללית ואח' — א. אי. אל. ישראל בע"מ, פד"ע יב 239, 248.  
 48 למעט חוק דמי מחלה, התשל"ו — 1976, ס"ח 814.  
 49 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א — 1951 (סעיף 35), ס"ח 76; חוק חופשה שנתית, התשי"א — 1951 (סעיף 38), ס"ח 81; חוק איסור אפיית לילה, התשי"א — 1951 (סעיף 14), ס"ח 69; חוק עבודת נשים התשי"ד — 1954 (סעיף 23), ס"ח 160; חוק חיללים משוחררים (החזרה לעבודה), התשי"ט — 1949 (סעיף 43), ס"ח 6; חוק הגנת השכר, התשי"ח — 1958 (סעיף 34), ס"ח 247; חוק פיצויי-פיטורים, התשכ"ג — 1963 (סעיף 31), ס"ח 404; חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז — 1987 (נוסח מורחב, סעיף 4), ס"ח 1208.  
 50 חוק שכר מינימום, התשמ"ז — 1987 (סעיף 11), ס"ח 1211.  
 51 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח — 1988 (סעיף 3(ב)), ס"ח 1240.



בכך לא סגי. אין צדדים להסכם קיבוצי, או מי שחלים עליו הוראותיו מכוח הסכם קיבוצי כללי או צו הרחבה, רשאים, בהסכם קיבוצי, להפחית מזכות שהוענקה לעובד בהסכם קיבוצי אחר שבתוקף, וזאת מכוח הוראת סעיף 23 לחוק הסכמים קיבוציים, או מהוראות צו הרחבה על הסכם קיבוצי כללי, מכוח סעיף 30 לחוק. וזה לשונם של אותם סעיפים:

23. "היו חלים על עובד יותר מהסכם קיבוצי אחד, הולכים אחר הוראה שהיא לטובת העובד.

30. (א) ניתן צו הרחבה, יהיו הוראות ההסכם הקיבוצי שהורחבו בצו חלות על כל העובדים ועל כל המעבידים, שעליהם חל הצו, ויראו אותן כחלק מחווה עבודה שבין אותם עובדים לבין מעבידם.

(ב) אין הוראות סעיף קטן (א) גורעות מזכותו של עובד על-פי הוראה בחווה עבודה או בהסכם קיבוצי המעניקה תנאים טובים יותר".

אף במקרה זה אין בוחנים מכלול מול מכלול, אלא כל הוראה בפני עצמה<sup>52</sup>. המערכת השיפוטית התערבה, שלוש פעמים, בתוכנו של הסכם קיבוצי, ופסלה הוראה מהוראותיו.

המקרה האחד – הסכם קיבוצי בחברת אל-על בע"מ לא איפשר דיילות להגיע לתפקיד בכיר של "דייל כלכל", ואסר על דיילת-אם להמשיך בעבודתה. בית-הדין, תוך שהוא קובע ש"על כך, שאין להתערב בתוכנם של הסכמים קיבוציים אין עוררין"<sup>53</sup>, מצא לבטל את ההוראות האמורות בהיותן נוגדות "את הסדר הציבורי", "טובת הכלל" או "תיקון עולם"<sup>54</sup>.

במקרה השני – התבקש ביטולה של הוראה בהסכם קיבוצי הקובעת גיל פרישה שונה לעובדת ולעובד<sup>55</sup>. בית-הדין לעבודה לא מצא כי יש לבטל את ההוראה, משום שלא מצא בה "הפליה פסולה" לאור מבחנים שונים ומהטעם ש:

"בית-דין זה מייחס משקל רב לעובדה, שההוראה בדבר גיל פרישה שונה לנשים ולגברים הינה תולדה של משא-ומתן קיבוצי בין שני הארגונים המרכזיים ביחסי העבודה בארץ – ההסתדרות הכללית והתאחדות התעשיינים; ואף חוקת העבודה המחייבת את הסוכנות ועובדיה היא תוצאה של הסדר דו-צדדי, אשר ארגון העובדים הגדול במדינה צד לו"<sup>56</sup>.

52 ד"ע שס/22-4, לעיל הערה 47, בע' 246.

53 ד"ע גנ/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' – חזון ואח', פד"ע ד 365, 376.

54 שס, שס.

55 הכנסת חוקה, ששה שבועות לאחר שניתן פסק-דין של בית-הדין הארצי לעבודה חזמן רב טרם נתינתו של פסק-הדין בבג"צ, את חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז – 1987, ובו גיל פרישה אופציונלי לנשים.

56 ד"ע מו/73-3 ד"ר נבו – הסוכנות היהודית ואח', פד"ע יח 197, 222.

57 בג"צ 104/87 ד"ר נבו ג' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מר(4) 767, 749.

בית-המשפט העליון<sup>57</sup> סבר כי ההוראה האמורה בהסכם הקיבוצי סותרת את תקנת-הציבור, ולכן היא בטלה, וזאת מכיוון שהיא שוללת מהעותרת (העובדת) את "הזכויות הבסיסיות לשוויון וחופש תעסוקה"<sup>58</sup>.

במקרה השלישי – פסל בית-הדין הוראה בהסכם קיבוצי שחייבה השתייכות לארגון עובדים כתנאי לקבלת משרות מסוימות, בקובעו ש"חופש ההתארגנות" כולל אף את החופש שלא להצטרף לארגון עובדים<sup>59</sup>.

### חופש החוזים וחרזה העבודה האינדוידואלי

בתחום זה של התקשרות בחוזה עבודה אינדוידואלי, אנו עדים, כפי שצינו לעיל, להתערבות מרחיקת לכת ביותר של המחוקק.

הגישה, שהיתה משך שנים רבות מקובלת על בתי-הדין לעבודה בדבר מקומו של עיקרון חופש החוזים במשפט העבודה, נלמדת מתוך שתי מובאות מפסיקתו. הראשונה – מתחילת שנות השבעים:

"התפיסה, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אומנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם ה'חופשי' של המעביד והעובד, חרף העדר שוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה המסדיר, תדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של רצון הצדדים, ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת הוראות חוק והסכמים שתמרו לתקנת-הציבור, שכן הוראות אלה היו גם לתועלת המעבידים, שראו בביצוען ערובה להתחרות הוגנת בינם לבין עצמם, ומשק המדינה אף הוא יצא נשכר מקיום תנאי עבודה משופרים ומתוקנים יותר"<sup>60</sup>.

ההמובאה השנייה – שנים אחדות לאחר מכן:

"ומהו המיוחד לענייננו בשדה זה של המשפט? המיוחד הוא בכך שחופש ההתקשרות החוזית על כל הנגזר ממנו ושתי המסכתות של משפט העבודה – משפט העבודה המגן ומשפט העבודה הקיבוצי – הם תרתי דסתרי; משפט

58 על פסק-הדין בבג"צ נבו אומרת פרופ' נ' כהן:

"עיקרון השוויון הוכר כעיקרון הגובר על חופש החוזים במובנו הפוזיטיבי. בית-המשפט רוחה את העיקרון כי בחוזה, הצדק הוא מה שהצדדים הסכימו עליו. בית-המשפט קובע אמת מידה חיצונית של צדק, עדיפה על מה שקבעו הצדדים, המושתתת על איסור הפליה, על העיקרון של שוויון בין המינים" (נ' כהן, לעיל הערה 27, בע' 137).

59 דב"ע נב/12-4 ההסתדרות הכללית, האיגוד הארצי של קציני הים – צים חברת השיט הישראלית (טרם פורסם).

60 דב"ע לג/12-3 ציבורי – אברהם, פר"ע ד' 173, 177; דב"ע לח/59-3 סילשי – ארכיטקט אהרון דורון בע"מ, פר"ע י' 32, 43.

העבודה המגן ומשפט העבודה הקיבוצי, כל כולו של שני אלה היא הגבלת חופש החווה, ובמידה רבה – תחליף לחווה האינדוידואלי. תשתול בשני אלה מושגים וכלי עזר – ענייניים או דיוניים – השאולים מהמשפט הכללי ומדיני חוזים ללא התחשבות במיוחד, תקבל את אשר יקבל כל הנוטע שתיל בקרקע ובסביבה שלכתחילה אינן מיועדות לו"<sup>61</sup>.

גישה קיצונית זו צומצמה בשנים האחרונות:

"מערכת חוקי העבודה, בתחום המשפט המגן, הגבילה בצורה משמעותית את חופש ההתקשרות החוזית ... כל זאת מתוך מודעות לכך שחופש ההתקשרות החוזית הינו מאבני היסוד של דיני החוזים (סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973). אין כל סיבה והצדקה להגביל בפסיקה חופש זה מעל ומעבר למה שנקבע בחקיקה – כל זאת כמובן בתנאי שזכויותיו של העובד מכוח חוק, הסכם קיבוצי, או צו הרחבה לא תיפגענה..."<sup>62</sup>.

### ההגבלה לסוגייה על חופש ההתקשרות בחווה עבודה אינדוידואלי

כפי שצויין לעיל, ההגבלה על חופש ההתקשרות היא בשלושה מישורים – בחירת סוג החווה הרצוי לצד המתקשר, החופש להחליט אם בכלל להתקשר בחווה ובחירת הצד השני להתקשרות. בשלושה מישורים אלה קיימות הגבלות במשפט העבודה.

#### א. בחירת סוג החווה –

הדברים אמורים הן בקשר למהות ההתקשרות, התקשרות עם "עובד" ליצירת יחסי עובד-מעביד או עם "קבלן עצמאי" ליצירת יחסי קבלן-מזמין<sup>63</sup>, והן בשאלה אם להתקשר בהסכם קיבוצי עם ארגון עובדים, הסכם שהוראותיו האישיות תהוונה חווה עבודה אישי בין המעביד לכל אחד מהעובדים שעליו חל ההסכם<sup>64</sup>. או שמא להתקשר בחווה עבודה אינדוידואלי עם כל עובד בנפרד.

התקשרות עם עובד או קבלן עצמאי – השאלה אם היחסים שיווצרו בין הצדדים יהיו יחסי עובד-מעביד אם לאו, קשורה במהות ההתקשרות ותיקבע על-פי נסיבות העניין<sup>65</sup>, ואין כל נפקות להסכמה בין הצדדים בדבר מעמדו של מבצע העבודה, מאחר

61 דב"ע לח/359, לעיל הערה 60, בע' 39-38.

62 דב"ע תשנ"ז/7-1 הדי – אורינט קולור בע"מ, פר"ע כג 45, 48-47.

63 על ההבחנה בין "עובד" לבין "קבלן עצמאי" ראה: מ' גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב" עיוני משפט יז (התשנ"ב) 19; א' זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב (התשנ"ג) 113.

64 סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז – 1957, ס"ח 221.

65 ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' זינגר ואח', פ"ד יח(2) 299; ע"א 611/69 סבג נ' מ"י ואח', פ"ד כד(2) 70; דב"ע לב/12-2 מ"י – אקר, פר"ע ד/203; דב"ע לב/43-3 הלפרין –

"הדסה", פר"ע ד 281; דב"ע לה/36-3 גוימן – כץ, פר"ע ו 333.

שהיות אדם "עובד" הוא עניין של סטטוס, וזה אינו נקבע "בהבל פה או במחי יד קולמוס"<sup>66</sup>.

בעניין זה נעיר, כי שעה שצדדים לחוזה קבעו כי היחסים ביניהם הם יחסי קבלן-מזמין, ובמקביל הסכימו כי אם הסכמה זו לא תתקבל בערכאה שיפוטית, יהיה מבצע העבודה זכאי לתמורה פחותה מהמוסכם בחוזה, כיכר בית-הדין קביעה זו ודחה תביעות לתשלום התמורה "הגבוהה", שעה שנטענו קיומם של יחסי עובד-מעביד וטענה זו התקבלה<sup>67</sup>. לעומת זאת במקרה אחר, שבו לא הוסכם על שכר שונה במקרה שייקבע שהיחסים בין הצדדים הם יחסי עובד-מעביד, נדחתה הטענה שעל העובד להחזיר אחוז מסוים מהתשלומים שקיבל במקום "זכויות סוציאליות"<sup>68</sup>. וזאת לאור הוראת סעיף 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח – 1958, האוסר תשלום "שכר כולל".

הועלתה הדעה<sup>69</sup>, כי מן הראוי שבכל מקרה, שבו הסכימו הצדדים כי היחסים ביניהם יהיו יחסי קבלן-מזמין, או שנהגו כך הלכה למעשה, ובית-הדין קבע לאחר מכן כי היחסים היו יחסי עובד-מעביד, ייקבע שכר שונה לעובד מהשכר "הקבלני" המוסכם, בבחינת "שכר ראוי", אף ללא הסכמה מראש של הצדדים, וזאת מכוח דיני הטעות, דיני תוס-הלב ודיני עשיית עושר ולא במשפט. מסופקני אם דעה זאת תעמוד במבחן משפטי. מעטים המקרים שבהם נקבע בהסכם, מתוך טעות משותפת, כי היחסים בין הצדדים הם יחסי קבלן – מזמין. במרבית המקרים נעשית קביעה זו כדי להמיר תשלומים סוציאליים בתשלום שוטף, כדי לחמוק מחסותו של הסכם קיבוצי. הצדדים, במקרים אלה, שעה שערכו את החוזה, לא הסכימו מתוך "טעות" לקביעת הסטטוס של "קבלן" לעובד, אין התנהגותם מצדיקה שימוש בדיני תוס-הלב ואין מקרה זה נופל בגדר המקרים שבהם "תחושת המצפון והיושר (ex aequo et bono) מחייבת השבה"<sup>70</sup>.

התקשרות בהסכם עבודה קיבוצי או בחוזה עבודה אינדוידואליים – מדובר בחוזים אינדוידואליים שיקבעו את כל תנאי העבודה, ולא רק את חלקם, זאת מהטעם שניתן לחתום על הסכמים אינדוידואליים גם מקום שבו חל הסכם עבודה קיבוצי. אולם במקרה זה, כפי שיפורט בהמשך, תיבחן כל הוראה שבחוזה האישי מול זו שבהסכם הקיבוצי. שיקול-הדעת וההחלטה אם להתקשר בחוזים אישיים או בהסכם קיבוצי אינה נתונה תמיד לשליטת הצדדים. הסכם קיבוצי כללי חל על כל המעבידים החברים בארגון המעבידים שהוא בעל ההסכם ועל עובדיהם<sup>71</sup>. לגבי העובדים – הסכם קיבוצי כללי חל

66 דב"ע מג/106-3 ולטנר – גור-בטח טוכנות לביטוח בע"מ, פד"ע טז 90; 85, דב"ע מח/137-3 אדר – פירסום מלניק בע"מ, פד"ע כ 60, 64.

67 דב"ע מ/128-3 גידרון – מ"י (לא פורסם); עתירה לבג"צ נדחתה: בג"צ 465/87; דב"ע נב/99-3 יפרח – "פרוזות" בע"מ (לא פורסם).

68 דב"ע חשן/160-3 מימון – מחכת סדום בע"מ, פד"ע כג 154.

69 נ' פינברג "גמישות חוזית ביחסי עבודה" הפרקליט מ (תשנ"ג) 422. תמיכה בגישה זו ראה: ר' בן-ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב) (כרפוס).

70 ד"נ 20/82 אדרס בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 211, 273.

71. סעיף 16 לחוק הסכמים קיבוציים.

"ההסכם הקיבוצי [כללי] חל גם על מעבידים שלא חתמו עליו, שאינם צדדים לו, ואפילו על אלה שמתנגדים לו במפורש, ובלבד שהם חברים בארגון המעבידים שהוא צד להסכם" (ע"א 94/69 הללי

לא רק על העובדים החברים בארגון בעל ההסכם, אלא על כל העובדים במפעלים החברים בארגון המעבידים שהוא בעל ההסכם, "במקצועות או בתפקידים הכלולים בהסכם"<sup>72</sup>. הדין דומה לגבי הסכם קיבוצי מיוחד — זה חל על כל עובדי המפעל אליהם מתייחס ההסכם, דהיינו גם על אלה שאינם חברים בארגון העובדים<sup>73</sup>. יתירה מזו, שר העבודה והרווחה רשאי, בתנאים מסוימים, ליתן צו הרחבה שמכוחו יחולו הוראות שבהסכם קיבוצי כללי על עובדים ומעבידים שאינם צד לאותו הסכם. על קביעת תנאי עבודה בהסכם קיבוצי או בצו הרחבה נאמר:

"התוצאה היא שזכויותיהם וחובותיהם של הצדדים (היינו הן המעביד והן עובד מעובדיו) עשויות להיקבע שלא בהסכמתם, אלא באמצעות הסדרים בין צדדים אחרים. תחום זה ממחיש בצורה הבולטת ביותר את החזרה מחוזה לסטטוס ואין צריך לומר שהאידיאולוגיה של משא-ומתן מאורגן מהווה היפוכה הגמור של האידיאולוגיה בדבר תחרות חופשית וחופש החוזה"<sup>74</sup>.

זאת ועוד — ארגון עובדים יציג<sup>75</sup> רשאי לדרוש ממעביד לקיים משא-ומתן לכריתתו של ההסכם קיבוצי. זכות זאת נובעת מהחופש להתאגד באיגוד מקצועי "שהיא כידוע אחת מזכויות היסוד במדינה חופשית..."<sup>76</sup>.

"משמדובר במשא-ומתן קיבוצי, לא כדבר התלוי ברצון הצדדים — רוצים, מנהלים משא-ומתן, אינם רוצים, משלחים את השני כעני בפתח — אלא כדבר

נ' עירית רמת גן, פ"ד כג(2), 631, 632; דב"ע מט/24-4 ההסתדרות הכללית — מרכז השלטון המקומי, פד"ע כ 269, 276-275.

72 חוק הסכמים קיבוציים, סעיפים 16 ו-4.

73 חוק הסכמים קיבוציים, סעיפים 15 ו-3.

74 ד' פרידמן ונ', כהן, לעיל הערה 30, סעיף 3.3. גישה זו אינה הגישה המקובלת. ראה הערה 43 וטקסט לה.

75 חוק הסכמים קיבוציים, סעיפים 3 ו-4.

76 בג"ץ 789/78 אופק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לג(3), 486, 480; דב"ע מב/2-5 שקט ואח' — ההסתדרות הכללית ואח', פד"ע יז 149; 140, דב"ע מח/1-5, לעיל הערה 40, בע' 283, 296; דב"ע מר/2-5, לעיל הערה 40, בע' 367, 381.

"זכות היסוד" להתארגן, הידועה כ"חופש", לא עוגנה בחוק. על הטעמים לכך נאמר:

"אין זה מעניינו של בית-הדין להסביר העדר הוראה בחוק החרות, אם כי מתעוררת השאלה כיצד להסביר העובדה, שהמחוקק — אשר מראשית דרכו התייחס במפורש לחחים קולקטיביים ולאחר מכן להסכמים קיבוציים, לארגוני עובדים ולארגוני מעבידים, לשביתות ולסטוכי עבודה קיבוציים — לא התייחס מאז ישירות בחוק-יסוד, לעצם הזכות להתארגן על כל הנובע מאותה זכות. הסבר אפשרי לחוסר מעש זה, ייתכן ויימצא במקובל, והוא שאין מחוקקים ללא צורך, אין מחוקקים עת נורמה קיימת בגדר 'מובן מאליו'. יהא אשר יהא ההסבר, ברור שאין הוראה בדבר חקיקה של הכנסת המקנה ישירות ומפורשות זכות להתאגד. מכאן אין ללמוד שיזכות זאת, במשמעות 'חופש' או 'כוח', אינה מוכרת בחוק החרות" (דב"ע שם/18-4 ההסתדרות הכללית ואח' — עירית תליאביב, פד"ע יב 52, 73, 74). על מאפייני ארגון עובדים וארגון מעביד ראה: לעיל הערה 40.

שב'זכות' במשמעות הרחבה, יש ליתן את הדעת כבר לחוק הראשון אשר חקקה הכנסת בתחום יחסי עבודה קיבוציים – חוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז – 1957. סעיף 2 שבאותו חוק מגדיר 'סכסוך עבודה' לעניין החוק וכולל בהגדרה את נושא 'כריתתו, חידושו, שינויו או ביטולו של הסכם קיבוצי', היינו כל הקשור במשאומתן קיבוצי בין ארגון מעבידים או מעביד לבין ארגון עובדים לקראת הסכם קיבוצי...

אמור מעתה – מי שטען, כי משאומתן קיבוצי, עצם המשאומתן להבדיל מתוצאותיו, מתקיים בישראל 'מתוך רצון חופשי והדדי של הצדדים למשאומתן, ולא מתוך מימוש זכות משפטית כלשהי'... לפחות לא דק פורתא. משקבע המחוקק חובות המוטלות על צד לסכסוך עבודה בהקשר למשאומתן קיבוצי, ומשקל החובות הרי אינו רלבנטי לענייננו, אין לדבר על העדר 'זכות' במשמעות הצרה ומכל שכן – על העדר 'זכות' במשמעות הרחבה של המושג ואין לאמר שהכל תלוי רק ברצון הצד השני<sup>77</sup>.

לאמור נוסף, כי במספר חוקים מצויה הוראה המחייבת קביעת תנאי עבודתם של העובדים בהסכם קיבוצי<sup>78</sup>, ובמקרה אחד גם מצאנו הוראה הקובעת שתנאי עבודתם של עובדים במשרות מסוימות ייקבעו על-ידי ארגון של המעביד (באישור שרים), ועל תנאי עבודתם לא יחולו הוראותיו של הסכם קיבוצי<sup>79</sup>.

### ג. האם להתקשר בחוזה עבודה עם פלוני –

בתחום זה החופש של הצדדים רב ביותר, למעט החובה המוטלת על מעביד להעסיק "נכי מלחמה" מכוח חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התשי"ט – 1949<sup>80</sup>; בני משפחות חיילים שנספו במערכה מכוח חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"י – 1950<sup>81</sup> וזכותם המקבילה של העובדים מכוח חיקוקים אלה, לעבוד במקום אליו נשלחו.

### ג. עם מי להתקשר בחוזה עבודה –

אף כי חובת הזיקה ללשכת שירות התעסוקה, שהיתה קיימת שנים רבות, בוטלה<sup>82</sup>, נותרו בתחום זה הגבלות רבות ומגוונות. ראשית – חובת קיום מכרז לקבלת עובדים הקיימת

77 שס/418, לעיל הערה 76, בע' 74.

78 חוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א – 1961 (סעיף 18), ס"ח 344; חוק רשות הדואר, התשמ"ו – 1986 (סעיף 33), ס"ח 1169; חוק רשות שדות תעופה, התשל"ז – 1977 (סעיף 25), ס"ח 859.

79 חוק רשות הדואר, התשמ"ו – 1986 (סעיף 35); ראה: דב"ע מט/41-4 ההסתדרות הכללית – רשות הדואר, פר"ע כא 350.

80 תקנות העסקת נכי מלחמה, התשי"א – 1951, ק"ת 1090.

81 תקנות העסקת בני-משפחות חיילים שנספו במערכה, התשי"א – 1951.

82 חוק שירות התעסוקה, התשי"ט – 1959, ס"ח 270, כפי שתוקן בחיקוק התשנ"א – 1991, ס"ח 1351.

במקומות עבודה רבים מכוח חיקוק או הסכם קיבוצי<sup>83</sup>; שנית — האיסור הקיים בחוקים שונים להפלות בקבלה לעבודה מטעמים של מין, גיל, הורות ועוד<sup>84</sup>; שלישית — האיסור להעסיק בני-נוער בגילים שונים בעיסוקים שנקבעו בחיקוק<sup>85</sup>; רביעית — האיסור להעסיק בעבודות מסוימות נשים בתקופת ההיריון ובתחום גילים מסוים<sup>86</sup>; חמישית — האיסור לטרב לקבל לעבודה עובדת שהודיעה עם קבלתה שהיא מסרבת לעבוד בלילה מטעמים משפחתיים<sup>87</sup>; האיסור לטרב לקבל לעבודה עובד שאינו מסכים, מטעמי דת, לעבוד בימי המנוחה ובחגים<sup>88</sup> ואחרון — האיסור להעסיק "עובד זר" שאין לו רישיון עבודה ולא נשלח לעבודה על-ידי לשכת שירות התעסוקה<sup>89</sup>.

### הגבלה על חופש העיצוב של חוזה עבודה אינדוידואלי

ההגבלות המוטלות על החופש לעצב חוזה עבודה אינדוידואלי הן הרחבות ביותר בדין הישראלי על חופש העיצוב של חוזה. מלבד ההגבלות הנובעות מהוראות קוגנטיות בחוקי העבודה, שהם "חוקי מגן", הגבלות החלות לגבי הסכמי עבודה וחוזי עבודה בשירות הציבורי מכוח חוק יסודות התקציב, התשמ"ה — 1985, הגבלות החלות מכוח הוראות חוק החוזים — חובת תום-הלב ותקנת-הציבור — קיימות הגבלות מכוח הוראות חוק הסכמים קיבוציים.

#### א. ההוראות הקוגנטיות (הכופות) שבחוק —

בכל חוקי העבודה הנמנים עם "חוקי המגן" אנו מוצאים הוראה כופה, בנוסח שהובא לעיל<sup>90</sup>. במאמר מוסגר נציין כי גם בהצעת-החוק מצויה הוראה דומה<sup>91</sup>:

"כל הוראה בדבר חובה או זכות של עובד או של מעביד בעניין יחסי העבודה, שביניהם אשר נקבעה בחיקוק, לרבות בחוק זה, או בהסכם קיבוצי החל עליהם,

83 אל' ברק "משא־ומתן לקראת חוזה עבודה — עיונים בעקבות הרחבת סמכות בית-הדין לעבודה" שנתון משפט העבודה ג, 51, 73; מ' גולדברג "פסיקת בית-הדין לעבודה על-פי עקרונות המשפט המינהלי" ספר לנדאו (בדפוס).

84 חוק שירות התעסוקה, סעיף 42, 42א; חוק שויון ההזדמנויות בעבודה, סעיף 2; דב"ע נא/3-8 מ"נ גסטטני ישראל בע"מ, פד"ע כד 65.

85 חוק עבודת הנוער, התשי"ג — 1953, סעיף 2, 5, ס"ח 115; תקנות עבודת הנוער (עבודות אסורות ועבודות מוגבלות), התשי"ד — 1954; תקנות עבודת הנוער (העברה בהופעה ציבורית), התשכ"ח — 1968.

86 חוק עבודת נשים, התשי"ד — 1954, סעיף 1, ס"ח 154; תקנות עבודת נשים (עבודות אסורות ועבודות מוגבלות), התשי"ם — 1979; תקנות עבודת נשים (עבודות בקרינה מייננת), התשלי"ט — 1979.

87 חוק עבודת נשים, סעיף 2(ג).

88 חוק שעות עבודה ומנוחה, סעיף 39.

89 חוק עובדים זרים (העסקה שלא כר"ן), התשנ"א — 1991.

90 ראה הערות 51-48 וטקסט להן.

91 סעיף 3(ב) להצעת-החוק.

תהיה חלק מחוזה העבודה שביניהם; חוזה עבודה אינו יכול לשנות הוראה כאמור אלא לטובת העובד, זולת אם נקבע אחרת באותו חיקוק או בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז — 1957".

הוראות אלה בכללן נועדו למנוע ויתור של העובד על זכות שהוקנתה לו מכוח אותו חוק.

"ברור שהוראות החוק, במידה שהוא בא להגן על העובד, חוק-בל-יעבור הוא, שאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם, כשבאו לשמור על עובד מפני ניצול, ומה טעם היה להורות בסעיף 35 (לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א — 1951) הוראה מפורשת ש'חוק זה אינו בא למעט מכל זכות הנתונה לעובד על-פי חוק, הסכם קולקטיבי, חוזה עבודה או נוהג' ? 'למעט' נאמר שם, ולא 'להוסיף', משמע שאין כוונת החוק שלא להוסיף על זכויות העובד, אלא נהפוך הוא: זוהי כוונתו, להוסיף על זכויותיו לפי הסכם"<sup>92</sup>.

הוראות אחרות בחוקי המגן נועדו להגן על העובד מפני עצמו, כך שלא ימיר זכות סוציאלית (כגון חופשה שנתית) או זכות האמורה להשתלם בעתיד (פנסיה), קופת-גמל (ועוד) בתשלום שוטף ומיידי. עמד על כך בית-הדין הארצי לעבודה:

"בתחום המשפט האזרחי מסדיר החוק זכויות וחובות בין אדם לרעהו, ואין זה אלא מעניינם לעמוד על זכויות אלה או לוותר עליהן, ושלטון החוק עיקרו בהעמדת כלים לרשות הצדדים. הוא הדין באותו קטע שביחסים שבין עובד ומעביד המוסדרים על-ידי המשפט האזרחי הכללי, אך לא כן בחוקים המסדירים שבמשפט העבודה, כגון חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק חופשה שנתית וחוק הגנת השכר. בחוקים אלה ניתן ביטוי למדיניות סוציאלית מעבר לאינטרס של הפרט הנוגע בדבר, וביישומם — עניין לציבור. יתר-על-כן, לעתים יכול ואינטרס מיידי מדומה של הפרט, יביא לכך שהפרט לא יעמוד על הזכות או אף יוותר עליה, ומעניינו של הציבור לעמוד על אכיפת החוק. חוקים אלה קרובים יותר למשפט הפומבי מאשר למשפט המסדיר יחסים בין אדם לאדם"<sup>93</sup>.

אין שיטתנו המשפטית רואה בהוראות כופות אלה הסגת-גבול של רשות הפרט:

"חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א — 1951, חוק עבודת נוער, תשי"ג — 1953; וחוק עבודת נשים, תשי"ד — 1954, מטילים הגבלות על זכות העבודה של אדם, אך הם מקובלים על הציבור ואיש אינו טוען עוד, שיש בכך משום הסגת-גבול של רשות הפרט. בשנת 1971 מוכר עניין הכלל בשלומם של הפרט עליו דיבר השופט

92 ע"א 377/54 שולמן נ' מקורות בע"מ, פ"ד י 958, 960.

93 דב"ע לב/32-3 פרימוביץ — בר ארזן ואח', פד"ע ד 39, 41; דב"ע לח/59-3, לעיל הערה 60, בע' 45.



Holmes בשנת 1905, והטענה שהמדינה חייבת 'לעזוב את האזרח' ולהימנע מלדאוג לשלמות גופו כל אימת שהוא חפץ להסתכן, מופרכת מעיקרא"<sup>94</sup>.

דוגמה בולטת ל"הוראה כופה" מצויה בחוק שעות עבודה ומנוחה, הקובע כי יום עבודה לא יעלה על 8 שעות ביום ושבוע עבודה לא יעלה על 47 שעות בשבוע (סעיפים 2 ו-3 לחוק)<sup>95</sup>. שינוי בתחומים של אלה יכול להיעשות בתקנות (סעיף 4) או מכוח הסכם קיבוצי ("קולקטיבי" בלשון החוק) שיאושר על-ידי שר העבודה והרווחה, אם נוכח השר "שבגלל הנסיבות המיוחדות אין לקיים יום עבודה כקבוע בסעיף 2 או שבוע עבודה כקבוע בסעיף 3" (סעיף 5(א) (1)). מאות, אם לא אלפי הסכמים קיבוציים, שהסדירו מעבר לשבוע עבודה של חמישה ימים, אושרו על-ידי השר, חרף ההוראה המגבילה, מן הטעם שהמציאות המשקית חייבה זאת, אף כי המחוקק לא מצא לנכון לתקן את החוק, כאשר עבר המשק בחלקו הגדול לשבוע עבודה מקוצר<sup>96</sup>.

### ב. הוראות חוק יסודות התקציב —

בחוקי התקציב, מאז שנת 1982, קיימת הוראה המגבילה את יכולתו של "גוף מתוקצב", ומאוחר יותר גם "גוף נתמך", להסכים לשינויים בשכר, הטבות כספיות הקשורות בעבודה ותנאי פרישה, מבלי לקבל את הסכמת שר האוצר (סמכות שהואצלה לממונה על השכר). ההוראה המחייבת כיום מצויה בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה — 1985, בזו הלשון:

29. "א) גוף מתוקצב או גוף נתמך כהגדרתו בסעיף 32, לא יסכים על שינויים בשכר, בתנאי פרישה או בגמלאות, או על הטבות כספיות אחרות הקשורות לעבודה, ולא ינהיג שינויים או הטבות כאמור, אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה או באישורו של שר האוצר.  
(ב) על אף האמור בכל דין, כל הסכם או הסדר בטל במידה שהוא נוגד את הוראות סעיף קטן(א)".

בתי-המשפט ובתי-הדין לעבודה נזקקו להוראה זו לא פעם, בייחוד במישור יחסי העבודה הקיבוציים, אך גם בקשר לזכויותיו של עובד בודד; במישור הקיבוצי נקראו בתי-המשפט לחוות את דעתם, שעה שהמדינה תבעה גוף מתוקצב או גוף נתמך, שהעניק לעובדיו הטבות מבלי לקבל את האישור הנחוצ<sup>97</sup>, ובתי-הדין לעבודה, שעה שארגון עובדים הגיש תביעה נגד מעביד, והתעוררה שאלת תוקפן של הוראות בהסכם,

94 בג"ץ 332/71 עלי ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד כו (1) 105, 112.

95 חוק שעות עבודה ומנוחה והתיקון לו בשנת התשנ"ג — 1993.

96 מ' גולדברג "רפואה עבודה גמישים — היבטים משפטיים" בגלילן — כרמי ניהול 2000 ניהול גמיש (ספרית המינהל 1990), 83, 87.

97 רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' מ"י, פ"ד מז (1) 397; ה"פ (ת"א) 280/88 מ"י נ' עזריה תל-אביב (לא פורסם); ה"פ (י"ם) 225/90 מ"י נ' חברת החשמל (לא פורסם).

לאור הוראות חוק יסודות התקציב<sup>98</sup>. במישור האינדוידואלי — בבתי־הדין, שעה שהסכם פרישה לא אושר, כמצוות אותו חוק<sup>99</sup> או שלא אושרה הצמדת שכר להסכם אחר<sup>100</sup>.

### ג. הוראות חוק החוזים —

מהוראותיו של חוק זה נאזכר את חובת תום־הלב במשא־ומתן לקראת כריתתו של חוזה (סעיף 12) והחובה לנהוג בתום־לב בקיומו של חוזה (סעיף 39) ואת ההוראה הקובעת כי חוזה הנוגד את תקנת־הציבור — בטל (סעיף 30).

לא נפרט בעניין זה מכיוון שנושאים אלה נסקרו כבר בהרחבה במאמרים שיוחדו להם<sup>101</sup>.

### ד. הוראה מגבילה מכוח הסכם קיבוצי —

סעיף 22 לחוק הסכמים קיבוציים קובע:

22. הוראה בחוזה עבודה שהיא שונה מהוראה אישית שבהסכם קיבוצי החל על בעלי החוזה — ההוראה שבהסכם הקיבוצי עדיפה; היה השינוי לטובת העובד, עדיפה ההוראה בחוזה העבודה, אם אין בהסכם הקיבוצי דבר המנוע במפורש אותו שינוי."

כלומר — ניתן ומותר לערוך חוזה עבודה אישי שעה שחלים על הצדדים הוראותיו של הסכם עבודה קיבוצי, אלא שההוראות שבהסכם האישי תחייבנה רק מקום שהן מוסיפות על זכות שהוקנתה לעובד בהסכם הקיבוצי, אלא אם יש בהסכם הקיבוצי "דבר המנוע זאת"<sup>102</sup>.

יש לתת את הדעת לכך שמדובר ב"הוראה" מול "הוראה" ולא ב"מכלול" מול "מכלול":

"רק הוראות שוות מבחינת מהותן אך שונות מבחינת מידתן, יכול ותהיינה 'הוראות שונות' (ההדגשות במקור)<sup>103</sup>. כך, למשל, אין לראות ב"ביטוח

98 דב"ע מר/12-4 ההסתדרות הכללית ואח' — שירות התעסוקה, פד"ע יז 406; דב"ע מח/31-4 ההסתדרות הכללית ואח' — "כבלי ציון" בע"מ, פד"ע כ 182; דב"ע מה/18-4 מרכז השלטון המקומי — הסתדרות הפקידים, פד"ע טז 421 (עתירה לבג"ץ נדחתה: בג"ץ 539/85, פ"ד מ(4) 834); דב"ע מג/4-12 ההסתדרות הכללית — רשות הנמלים, פד"ע יז 18.

99 דב"ע מז/4-7 לבני — הממונה על השלום הגימלאות ואח', פד"ע יט 132.

100 דב"ע נא/107-3, 113-3 כאביה ואח' — עמידר בע"מ ואח', פד"ע כג 182.

101 מ' גולדברג "תום־לב כמשפט העבודה" ספר ברי"ב (רמות, 139; 1987), ק' ורדי "תום־הלב ביחסי עבודה" שנתון משפט העבודה ב (תשל"ה) 105; מ' גולדברג "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 7; מ' גולדברג, לעיל הערה 38.

102 דב"ע מב/125-3 עיריית תליאביב — תבור, פד"ע יד 176, 180.

103 דב"ע לה/4-1 רשות הנמלים — ברקת, פד"ע ז 425, 431. ראה גם ס' אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותאום" ספר ברי"ב 17, 43.

מנהלים" שנעשה מכוח חוזה עבודה אינדוידואלי, כבא במקום ביטוח בקרן פנסיה, המתחייב מהסכם קיבוצי, מפאת השוני בין שני המסלולים<sup>104</sup>.

הדין זה לגבי הוראה שנקבעה בצו הרחבה, שניתן על-ידי שר-העבודה והרווחה, מכוח סעיף 25 לחוק הסכמים קיבוציים, וזאת על-פי הוראת סעיף 30 לאותו חוק, אשר נוסחו הובא לעיל.

הוראות אלה שבחוק מוצאות חיזוק בהוראה שבסעיף 20, הקובעת כי "זכויות המוקנות לעובד בהוראות אישיות שבהסכם קיבוצי אינן ניתנות ליתור". את הזכות "כופים על העובד, ואין זה מעלה או מוריד אם יאמר, רוצה אני ואם לאו"<sup>105</sup>. מכאן המסקנה ש"ההסכם הקיבוצי הוא בעל מעמד של בכורה ביחסי העבודה, ושומר כספו ועניינו ירחק מכל דבר שיש בו שמץ של פגיעה בו או חתירה תחתיו"<sup>106</sup>. דברים אלה יפים פי כמה להוראה מכוח צו הרחבה<sup>107</sup>.

שאלה שטרם הוכרעה היא האם רשאים צדדים להסכם קיבוצי, כללי או מיוחד, לשנות את הוראותיו בתקופת תקפו, כך שתיגרע זכות המגיעה לעובד מכוח ההסכם הקודם<sup>108</sup>. היוכל העובד לטעון, במקרה כזה, שחלים עליו יותר מהסכם קיבוצי אחד, ולכן הולכים לפי ההוראה שהיא לטובתו? לי נראה שניתן לשנות הסכם קיבוצי, בתקופת תקפו, לטוב ולרע, ובלבד שלא תיגרע זכות שהגיעה לעובד בגין התקופה שקדמה לחתימתו<sup>109</sup>. סעיף 11 לחוק הסכמים קיבוציים קובע: "תחילתו של הסכם קיבוצי היא

104 דב"ע נב/40-3 פדידה — ויז, פד"ע כה 87, 92; דב"ע נא/193-3 שוינגר — סנוול בע"מ (לא פורסם). מ' גולדברג "ביטוח עובדים בקרנות פנסיה — היבטים משפטיים" שנתון משפט העבודה ג (תשל"ו) 93, 102; ראה גם בג"צ 5292/90 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(1) 405, 412.

105 דב"ע מז/141-3 טירן הובלות בע"מ — הופמן ואח', פד"ע יט 403, 407.

106 ע"א 378/80 עזבון שהו ואח' נ' דרדיקמן, פ"ד כה(2) 182, 189; תב"ע (ב"ש) לג/68-3 אזרור אולמי פאר אשקלון בע"מ, פד"ע ה כב, כח; אושר ברב"ע לד/40-3 אולמי פאר אשקלון בע"מ — אזרור, פד"ע ה' 401.

107 רב"ע לח/59-3, לעיל הערה 60, בע' 39-40.

108 על כך שניתן להרע תנאי עבודה בהסכם קיבוצי חדש, שנחתם אחרי שתוקפו של קודמו פג — אין חולק. שינוי של זכויות אישיות על-ידי הסכם קיבוצי יותר מאוחר, מחייב "בין אם הוא... לטובת העובדים... ובין אם הוא לרעתם" (רב"ע מז/17-4 מ"י ואח' — ההסתדרות הרפואית בישראל ואח', פד"ע יט 312, 320; רב"ע מז/130-3 חסן כמאל זועבי — מ"י והסתדרות המורים, פד"ע כ 77, 80). וכלום אפשר להעלות על הדעת מצב אחר, שהעותרים טוענים לו, שכאילו זכויות שהוקנו לעובד מכוח הסכם קיבוצי שנעשה על-ידי הארגון היציג המוסמך לעניין זה לפי החוק, קיימות לעד ולעולם אין בכוחו של הארגון לזותר עליהן או לגרוע מהן בהסכם קיבוצי יותר מאוחר? (בג"ץ 578/75 פלונים (ראובן רשמעון) נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד (3893) 382). מקום בו נכרת הסכם קיבוצי חדש "יכול והוראה בהסכם מיוחד מאוחר תבטל הוראה בהסכם קודם", בתנאי שהביטול מפורש (דב"ע מב/121-3 מדינת ישראל — ניצן, פד"ע יד 257; 255, רב"ע מז/130-3, לעיל הערה 108; דב"ע מז/17-4, לעיל הערה 108; דב"ע נג/1-5 ההסתדרות הרפואית בישראל — ההסתדרות הכללית (טרם פורסם).

109 בשעתו סברתי אחרת: מ' גולדברג, לעיל הערה 1, בע' 675-674.

מהיום שנקבע לכך בהסכם...", ומכאן שהוא יכול להיות בעל תחולה אף לתקופה שקדמה ליום חתימתו.

אולם טרם ביטולו של ההסכם הקודם, או ההוראה בה מדובר, על-ידי ההסכם החדש, חלו על העובד שני הסכמים קיבוציים, ואזי נהנה העובד מההוראה לטובתו, כל זאת עד שההסכם החדש ביטל, במפורש או במשתמע, את ההוראה של קודמו, כך שמיום חתימתו של ההסכם החדש פקע ההסכם הקודם או אותה הוראה ששונתה<sup>110</sup>.

### ההגבלה על אכיפתו של חוזה העבודה האינדוידואלי

חוק החוזים (תרופות)<sup>111</sup> קבע את אכיפתו של החוזה כתרופה ראשונית במקרה של הפרתו, וכך ניתנה גושפנקא לחופש החוזים כמוכנו התפקודי, לאמור: הכוח שניתן לצדדים ליצור, באמצעות החוזה, דין מחייב לעצמם<sup>112</sup>.

דא עקא, שלכלל זה מספר יוצאים מהכלל. בענייננו, לא קמה זכות לאכיפת החוזה שעה ש"אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי"<sup>113</sup>. לא זה המקום להרחיב בסוגייה חשובה זו. נסתפק בציון העובדה, כי בית-הדין הארצי לעבודה ביקש ליתן לביטוי "עבודה אישית" פירוש מצמצם, והבחין בין פיטורים בניגוד להוראת חוזה עבודה אינדוידואלי לבין פיטורים בניגוד להוראות הסכם עבודה קיבוצי, המהווים שניהם הפרת חוזה. בית-הדין קבע כי במקרה של פיטורים בניגוד להוראות הסכם עבודה קיבוצי ניתן, במקרים הראויים, ליתן צו אכיפה<sup>114</sup>. דעה זו לא היתה מקובלת על בית-המשפט העליון<sup>115</sup>.

לאחר פסיקתו של בג"צ, קבע בית-הדין לעבודה, כל אימת שנוקק לסוגייה, כי דרך המלך בפיטורים שלא כדין הינה תשלום פיצויים על הפרת חוזה העבודה<sup>116</sup>, שעה שיש בפיצוי לענות על העול שנגרם<sup>117</sup>. לא נתקלנו, ולו במקרה אחד, שבו נתן בית-הדין לעבודה צו אכיפה בגין פיטורים שלא כדין בתביעת היחיד.

110 בשעתו נחקקו שתי "הוראות שעה" לצורך אשורו הסכמים קיבוציים שהרעו מתנאי העובדים; חוק הסכמים קיבוציים (הוראת שעה), התשל"ה — 1975; חוק הסכמים קיבוציים (הוראת שעה מס' 2), תשל"ה — 1975. לפני מספר שנים נחתם הסכם עבודה קיבוצי כללי בין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים לבין ההסתדרות הכללית ש"דחה" תשלום תוספת יוקר, שהזכות לה הוענקה לעובדים בהסכם קיבוצי תקף. אותה תוספת יוקר "דחוייה" לא שולמה עד עצם היום הזה. דבר אחד ברור — על-מנת שהסכם קיבוצי יבטל או ישנה הסכם קיבוצי קודם — תנאי הוא שאותם צדדים היו צד לאותם הסכמים (דב"ע נג/5, לעיל הערה 108).

111 חוק החוזים (תרופות), סעיף 3.

112 ג' שלו, לעיל הערה 7, בע' 29; ד"ג 20/82, לעיל הערה 70, בע' 276.

113 חוק החוזים (תרופות), סעיף 3 (2).

114 פד"ע לג/3-9 צרי בע"מ ואח' — ריקס, פד"ע ד 477, 4-512.

115 בג"צ 254/73 צרי בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372. ראה גם בג"צ 380/74 סלמאן נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל(1) 495; בג"צ 473/77 ההסתדרות הכללית נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 819.

116 דב"ע לט/101-3 טוביהו — מועצת החלב בע"מ, פד"ע יא 18.

117 דב"ע תשן/75-3 זונטג — קרן קיימת לישראל, פד"ע כב 124.

לעומת זאת, שעה שצד להסכם קיבוצי, קרי ארגון העובדים, תובע ביטול פיתורים שנעשו בניגוד להוראותיו של הסכם קיבוצי, מוסמך בית-הדין ליתן צו שמשמעו למעשה אכיפת ההסכם, משום שהעילה במקרה זה הינה הפרת ההסכם הקיבוצי, ולא עצם הפיתורים<sup>118</sup>.

ההלכה, על-פיה לא יאכוף בית-משפט ובית-דין לעבודה, חוזה עבודה שהופר, מתייחסת לפיתורים בסקטור הפרטי. בשירות הציבורי, בשירות המדינה וברשויות המקומיות, פיתורים שנעשו בניגוד להוראה סטטוטורית, או בניגוד לכללי הצדק הטבעי, בטלים מעיקרם<sup>119</sup>, ומשמעות הדבר היא כי העובד מוחזר, למעשה, לעבודתו. על ההלכה — על-פיה אין ליתן צו אכיפה כתביעת הפרט במקרה של פיתורים בניגוד למוסכם בחוזה עבודה אישי או הסכם קיבוצי, שעה שהעובד אינו מבצע "עבודה אישית" במובן הצר של המונח — נמתחה ביקורת<sup>120</sup>. הנימוקים שניתנו לאותה הלכה הוגדרו "אנכרוניסטיים"<sup>121</sup>.

### חוקי-היסוד וחופש ההתקשרות החוזית

שני חוקי-יסוד שעניינם זכויות אדם נחקקו בשנת 1992 והם חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד-האדם וחרותו.

השפעתם של חוקי-יסוד אלה על חופש ההתקשרות החוזית ראויה להתייחסות מיוחדת. כאן ניגע בנושא זה על קצה המזלג.

בהשפעתו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק על המשפט הפרטי, ובין היתר על חוזי עבודה המגבילים את חופש העיסוק, ועל האיזון הנאות בין חופש החוזים כזכות-יסוד חוקתית ובין חופש העיסוק המעוגן בחוקי-יסוד, דנתי בהרחבה במקום אחר<sup>122</sup>.

השפעתו של חוקי-יסוד: כבוד-האדם וחרותו על חופש ההתקשרות החוזית טרם נדון בערכאות. הועלתה הסברה כי חוקי-יסוד זה מקנה לפררוגטיבות של המעביד מעמד חוקתי, מבלי שהובטחו במקביל זכויות העובדים, קרי, זכויות האדם החברתיות, ובמיוחד מבלי שזכויות העובדים להתאגד, וכתוצאה מכך זכותו של ארגונם לחתום על הסכמי עבודה קיבוציים, עוגנו אף הם בחוקי-יסוד:

"נראה כי יישום פסקת ההגבלה [בחוקי-יסוד: כבוד-האדם וחרותו] המושתתת על תפיסת עולם כאמור, יוצר סיכון של כרסום רציני בחקיקת העבודה הקיימת, כמו

118 דב"ע מד/19-4 ההסתדרות הכללית — אוניברסיטת תל-אביב, פד"ע טו 260.

119 דב"ע מז/82-3 עיריית תל-אביב — אברביה, פד"ע יט 291, בג"צ 6/88 אברביה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מב(4) 647; דב"ע מז/154-3 מדמוני — מועצה מקומית נתיבות, פד"ע כ 144; בג"ץ 74/89 מועצה מקומית נתיבות נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(2) 722; דב"ע מז/132-3 אנגלסמן — עמית ואח', פד"ע יט 225.

120 ר' כן-ישראל "פיתורים שלא כדין — תקפותם ונפקותם" עיוני משפט ז (תשל"ט) 345, 369; F. Raday "Status and Contract in the Employment Relationship" 23 Is. L.R 77, 90.

121 ג' שלו, לעיל הערה 7, בע' 533.

122 מ' גולדברג, לעיל הערה 38. ראה גם דב"ע נג/17-3 טועמה-טכנו גומי ליפצקי ואח', פד"ע כה 227, 238-9.

גם כרטום באפשרות של חקיקת עבודה עתידה, כל עוד מדובר בחקיקה שתמשיך ללכת ברוח חקיקת העבודה הקיימת. הדברים אמורים הן בקשר של הרחבת תשתית חוקי המגן והן בהקשר של עיבוי רשת הנורמות הקיבוציות בעיקר מההיבט של השימוש העתידי בצווי ההרחבה<sup>123</sup>.

לי נראה כי ספק אם יש מקום לחששות שהועלו. בתי-המשפט, ובתי-הדין לעבודה איזונו, במקרים הראויים, אינטרסים שונים גם נגד זכויות-יסוד. מה עוד שבענייננו מעוגנים חוקי המגן בחוק, והוא הדין בפרימט של ההסכמים הקיבוציים וצווי ההרחבה. מתקבל על הדעת כי בית-דין לעבודה או בית-משפט יחליטו כי חקיקה זו היא "לתכלית ראויה", מה עוד שחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו אינו חל כלל על חקיקה שקדמה לחקיקתו.

### סיכום

"חופש החוזים", על שני פניו, אף כי הוכר כ"זכות-יסוד", מגבלות רבות לו. מגבלות רבות יותר בתחום משפט העבודה מאשר בכל תחום משפטי אחר, ובייחוד אמורים הדברים לגבי חוזה העבודה האינדוידואלי. בענייננו, מגבלות אלה על החופש החוזי, מקורן בעיקר בחקיקה משנות החמישים, סמוך להקמת המדינה, אף כי לא ניתן להתעלם מהוראות כופות שנחקקו בשנים האחרונות, וחוק שכר מינימום הוא דוגמא מובהקת לכך.

ההוראות הכופות בחוקי המגן ובחוק הסכמים קיבוציים, משקפות חד-משמעית את כוונת החוק, ועל הערכאות השיפוטיות, ולענייננו — בית-הדין לעבודה, ליתן להן נפקות מלאה. עם זאת, מקום בו הותיר המחוקק לצדדים את החופש לקבוע בלעדית תנאי מתנאי העבודה, יש ליתן נפקות מלאה לעיקרון חופש החוזים, הנמנה עם "זכויות-היסוד" של שיטתנו המשפטית, בין כזכות שאינה כתובה עלי ספר ובין כנובעת מחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

שומה על בתי-הדין להקפיד על איזון נאות בין זכות-היסוד של חופש החוזים לזכויות-יסוד אחרות, כגון חופש ההתארגנות וחופש העיסוק, תוך מתן משקל מתאים לכל אחת מהן, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. במלאכת איזונים זאת יש להביא בחשבון גם את צרכיה של הכלכלה הישראלית, העומדת בתחרות קשה עם שווקי העולם מבלי להמעיט בחשיבותו של האינטרס הציבורי ברווחתו של העובד.