

ההלכה המגבילה את השימוש בבוררות ביחסי עובד-מעביד: בחינה מחדש

מאת

מרדכי (מוטי) מירוני*

מאמר זה עוסק בבחינה מחודשת של ההלכה, שהפכה לנכס צאן ברזל של הפסיקה, לפיה אין לקיים בוררות לגבי נושאים קוגנטיים (ההלכה המגבילה). כלומר, המקום היחיד להכרעה במכלול חילוקי הדעות הקשורים לזכויות קוגנטיות הוא בית הדין לעבודה. ההלכה המגבילה מצמצמת באופן ניכר את מספר הסכסוכים שניתן להפנות לבוררות ומונעת את האפשרות להיעזר בבוררות, במקרים המתאימים לכך, לקידום האינטרס הפרטי של הצדדים לסכסוך והאינטרס הציבורי של הפחתת העומס המוטל על בתי המשפט. ככזו, ההלכה המגבילה סותרת את הכוונה המוצהרת של המחוקק, כפי שנשמעה הן בעת חקיקת חוק הבוררות בשנת 1968 והן כאשר תוקן חוק בתי המשפט בשנת 1992 והוסף לו סעיף 79ב, שעוסק בהפניית תיקים לבוררות.

הפסיקה של בית המשפט העליון ושל בתי הדין לעבודה מהללת ומשבחת את הבוררות כדרך יעילה ונוחה ליישוב סכסוכים. אולם חושפת פער בין הרטוריקה, המדברת גבוהה גבוהה בשבח הבוררות, לבין יציבותה הבלתי-מעורערת של ההלכה המגבילה והרחבת מוטת השליטה שלה. יציבותה של ההלכה המגבילה הובילה לחסימת הגישה לבוררות גם במקרים המצדיקים לכאורה סטייה ממנה, כמו במקרה של הבוררות המוסדית בבית הדין של מכבי או במקרה של בוררות חובה במוסדות הבוררות שהוקמו מכוח חוק הספורט. הרחבת מוטת השליטה של ההלכה המגבילה מתבטאת בפסיקה האוסרת בוררות לא רק בכל הקשור לחקיקת המגן, אלא גם בנושאים חוקתיים ובסכסוכים הקשורים ל"משפחת הזכויות המגניות".

הפער בין הרטוריקה השיפוטית, המהללת את הבוררות וקושרת לה כתרים, לבין סירוסה של הבוררות, באמצעותה של ההלכה המגבילה, מהווה ציר מרכזי של המאמר ותשתית לביקורת על המשך הנצחתה של ההלכה המגבילה. הביקורת של ההלכה המגבילה מתמקדת במספר מישורים. הראשון, ההלכה המגבילה אינה מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3 לחוק הבוררות, ומהווה סטייה מפסיקות בית המשפט העליון; השני, ההלכה המגבילה איבדה את בסיסה הרעיוני והאמפירי. זאת, לאור דרך הפעולה של בתי הדין לעבודה בהפניית צדדים להליכים שאינם כרוכים בהכרעה משפטית, בתוך

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לעוזרות המחקר עו"ד מירי שי ואירנה נוטנקו על עזרתן במחקר, וכן לד"ר גיא דוידוב, לד"ר אורנה רבינוביץ-עיני, למשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ולעו"ד גדעון הולין על הערותיהם המועילות.

ומחוץ לכותלי בית הדין ובאישור הסכמי פשרה אליהם הגיעו הצדדים בכוחות עצמם, לרבות בנושאים קוגנטיים; השלישי, ההלכה המגבילה יוצרת חוסר ודאות לגבי אפשרות הבאת סכסוכים לבוררות. לבסוף, ההלכה המגבילה אינה נכונה לגופה, מאחר שהשימוש בבוררות איננו מהווה וויתור על זכויות אלא החלפת בית הדין בפורום נבחר ואחר של התדיינות והכרעה בזכויות.

המאמר מציע שינוי מערכתי, בין אם באמצעות דרך פרשנית ובין אם בדרך של חקיקה, שיאפשר שימוש בבוררות גם בנושאים קוגנטיים, בכפוף להנהגת מערכת בלתי מתפשרת של מגבלות שיבטיחו מענה לחששות הלגיטימים מפני שימוש בבוררות ביחסי עבודה. לטענת המחבר, החששות המובנים מפני השינוי המוצע נובעים מהיבטים מצביים, להבדיל מכשלים אינהרנטיים או טבועים של הבוררות. לכן הם ניתנים לטיפול ולתיקון. במסגרת המאמר הוצעו גם מודלים חדשניים, המבוססים, בין היתר, על משפט השוואתי, לטיפול בכל אחד מן החששות.

מערכת יחסי עבודה ודיני עבודה שבה, לצד בתי הדין, פועלת בוררות פעילה, תוססת, מפותחת ומגוונת, תעניק תחושה של צדק נגיש ויותר טוב מאשר מערכת שבה קיים רק בית הדין.

שדה של יישוב סכסוכים, שבו פורחים פרחים רבים, שונים במראם ובריחם, עדיף על שדה שבו פורח פרח אחד – בית הדין – אף אם פריחתו יפה והוא מדיף ריח טוב.

א. פתיחה. ב. הבוררות כיקירת הפסיקה: תפקידה, תרומתה ויתרונותיה. ג. הבוררות בראי החקיקה: התקווה הגדולה. 1. חקיקת חוק הבוררות, 1968; 2. תיקון חוק בתי המשפט בשנת 1992: הוספת סעיף 79ב; ד. העומס בבתי הדין לעבודה. ה. ההלכה המצמצמת את הגבולות הטריטוריאליים של הבוררות: "ההלכה המגבילה". 1. ההלכה המגבילה במשפט העבודה; 2. הנימוקים לכך שאין להעביר נושאים מסוימים לבוררות; 3. על יציבותה הבלתי-מעוררת של ההלכה המגבילה. 1. בית הדין של מכבי; 2. בוררות חובה בחוק הספורט; 3. ובכל זאת ביקורת. 1. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3 לחוק הבוררות; 2. ההלכה המגבילה: סטייה מכוונת של בית הדין לעבודה מפסקתו של בית המשפט העליון; 3. ההלכה המגבילה איבדה את בסיסה הרעיוני והאמפירי; 4. ההלכה המגבילה יוצרת חוסר ודאות לגבי אפשרות השימוש בבוררות; 5. ההלכה המגבילה איננה נכונה לגופה; ח. המדיניות הרצויה: דיון מערכתי. ט. השינוי המוצע. י. סיכום.

א. פתיחה

רשימה זו תעסוק בתיאור, בניחוח ובניסיון להסיר מכשול מרכזי הפוגע ומחבל בשימוש בבוררות להכרעה בחילוקי דעות בעולם העבודה. המכשול העומד במרכז מאמר זה הינו ההלכה המגבילה את הנושאים שניתן להביא לבוררות. לפי הלכה זו אין לקיים בוררות לגבי נושאים קוגנטיים. לפי ההלכה, המקום היחיד להכרעה בחילוקי דעות הקשורים

בזכויות קוגנטיות הוא בתי הדין או בתי המשפט.¹ הלכה זאת תיקרא להלן "ההלכה המגבילה".

עיקר פגיעתו של מכשול זה הוא באפשרות להיזקק לבוררות ליישוב של חילוקי דעות בסכסוך משפטי אינדיבידואלי,² קרי: חילוקי דעות בין עובד לבין מעסיקו בנוגע לפרשנות או ליישום של זכויות וחובות של הצדדים לחוזה עבודה. חילוקי דעות אלו יכולים להתעורר הן במצב שבו ההתקשרות בין העובד לבין המעביד היא באמצעות חוזה אישי והן במצב שבו העובד מועסק במקום עבודה הפועל במסגרת של יחסי עבודה קיבוציים. במקרה השני, חלק מהנורמות החלות על היחסים בין הצדדים לחוזה עבודה, או רובן של נורמות אלה, מקורן בהסכם קיבוצי. המיוחד במקרה זה הוא שאף-על-פי שמקור הזכות שהופרה הוא הסכם קיבוצי – העובד הוא התובע, להבדיל ממצב שבו ארגון העובדים או ארגון של ארגון עובדים הינו יוזם וצד לתביעה.

בהמשך הרשימה יובהר כי לא זו בלבד שמכשול ההלכה המגבילה מעכב את התפתחות השימוש בבוררות ככלי ליישוב של חילוקי דעות בסכסוכים משפטיים אינדיבידואליים, הוא אף משליך בהכרח גם על פוטנציאל ההתפתחות של השימוש בבוררות ככלי ליישוב סכסוכים משפטיים קיבוציים.

ההלכה המגבילה מצמצמת בצורה משמעותית את הנושאים שניתן ליישב בבוררות. חרף פגיעתה במוסד הבוררות נהפכה הלכה זו למושרשת בהווה המשפטית בישראל עד כדי כך שאין מהרהרים כלל לגבי מידת צדקתה והאם היא ראויה. השם "בחינה מחדש" (revisited) נבחר כדי לבטא את נקודת המוצא שתנחה את הרשימה: העובדה שמדיניות משפטית בנושא מסוים, כפי שהיא מתבטאת בפסיקה, היא מגובשת ועתיקת יומין – ואפילו מוסכמת על בתי הדין לעבודה ועל בית המשפט העליון, ואפילו חוזרים עליה שוב ושוב – איננה אומרת בהכרח שהיא נכונה. מדיניות זו צריכה להיבחן לגופה ולא לשאוב את עצמתה אך ורק מהעובדה שנהפכה לנכס צאן ברזל של הפסיקה.

הרשימה נועדה להקל על הצדדים החפצים בכך את השימוש בבוררות ככלי ליישוב חילוקי דעות בעולם העבודה. היא איננה רואה בבוררות חזות הכול, והיא איננה מתעלמת מהתמורות שחלו בהתייחסות לבוררות כתוצאה מהשינויים שחלו בעולם העבודה ומהתפשטות הרעיונות של תנועת ה-ADR (Alternative / Appropriate Dispute Resolution).³

1 סמדר אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג 535 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

2 על הבחנה בין סכסוך כלכלי ומשפטי ראו דב"ע (ארצי) לא/4-5 הסתדרות הפועלים החקלאיים – התאחדות האכרים, פד"ע ג 253 (1972) (להלן: עניין התאחדות האכרים); דב"ע (ארצי) מד/19-4 הסתדרות הכללית – אוניברסיטת תל-אביב, פד"ע טו 260 (1984).

3 תנועת ה-ADR הוקמה בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת. מטרתה להעשיר את הכלים והטכניקות לניהול וליישוב של חילוקי דעות. התנועה עוסקת במחקר, בפיתוח ובקידום דרכים

גם בשיטות משפט אשר להן מסורת ארוכה ומפותחת של שימוש בבוררות ככלי מרכזי ליישוב חילוקי דעות בעולם העבודה, כגון אלו של ארצות-הברית וקנדה, חלו בשנים האחרונות שני שינויים מרכזיים בדפוסי השימוש בבוררות. הראשון, גם כשהצדדים ליחסי עבודה כפופים להוראה חוזית בדבר חובת בוררות, הם מנסים יותר ויותר ליישב את חילוקי הדעות ביניהם בעזרת גישור לפני שהם נזקקים לבוררות;⁴ השינוי השני הוא שינוי בתחום הפעילות של הבוררות: בעבר הייתה הבוררות מוסד מרכזי בכל מערכת של יחסי עבודה שהתנהלה לפי המודל הקיבוצי. עם הירידה הניכרת בחברות בארגוני עובדים וביחסי עבודה קיבוציים⁵ פחת באופן טבעי גם נפח הפעילות של הבוררות. במקביל לתופעה זאת התאימה עצמה הבוררות לשינוי שעבר על עולם העבודה, וכבשה בתנופה את תחום חילוקי הדעות בין הצדדים להתקשרות במודל של חוזה אישי.⁶

נקודת המוצא של מאמר זה היא אסכולת ה-ADR. אסכולה זאת גורסת כי ראוי לפתח תפריט עשיר ככל האפשר של מנגנונים ליישוב של חילוקי דעות,⁷ אשר יעמדו לרשות הצדדים הן בעת שהם מתכננים את יחסיהם והן בעת שנתגלעו ביניהם חילוקי דעות. אמנם במרכז ההתעניינות של אסכולת ה-ADR⁸ עומדים דרכים וכלים ליישוב של חילוקי

חלופיות לניהול משא ומתן וליישוב חילוקי דעות בעזרת צד שלישי. הכוונה בעיקר לדרכים ליישוב חילוקי דעות וסכסוכים המבוססות על הסכמת הצדדים במקום על הכרעה של צד שלישי, שהיא המאפיין העיקרי של שפיטה ושל בוררות; ראו מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" הרשות השופטת 29, 32 (1999).

4 WILLIAM L. URY, JEAN M. BRETT & STEPHEN B. GOLDBERG, GETTING DISPUTES RESOLVED 220-229 (1988).

5 BRUCE E. KAUFMAN, THE GLOBAL EVOLUTION OF INDUSTRIAL RELATIONS: EVENTS, IDEAS AND THE IIRA (2004); JOHN W. BUDD, EMPLOYMENT WITH A HUMAN FACE: BALANCING EFFICIENCY, EQUITY AND VOICE 111 (2004); כן ראו גיא מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה ו 219 (התשנ"ו); Jelle Visser, *Union Membership Statistics in 24 Countries*, 129 MONTH. L. REV. ; (2006) 38.

6 ראו ספרים המתארים את התפתחות הבוררות ביחסי עבודה אינדיבידואליים בארצות-הברית: JOHN T. DUNLOP & ARNOLD M. ZACK, MEDIATION AND ARBITRATION OF EMPLOYMENT DISPUTES (1997); CPR INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION, HOW COMPANIES MANAGE EMPLOYMENT DISPUTES (2002); RICHARD A. BALES, COMPULSORY ARBITRATION – THE GRAND EXPERIMENT IN EMPLOYMENT (1997); Elizabeth Hill, *Due Process at Low Cost: An Empirical Study of Employment Arbitration Under the Auspices of the American Arbitration Association*, 18 OHIO ST. J. DISP. RES. 777, 779-780 (2003).

7 מירוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34-35.

8 להסבר על תנועת ה-ADR ראו לעיל ה"ש 3.

דעות בהסכמה ועל-ידי הצדדים עצמם, להבדיל מהכרעה על-ידי צד שלישי; עם זאת, בכל תפריט עשיר ומגוון של כלים לטיפול בסכסוכים יש להבטיח סופיות למקרה שלא תושג הסכמה. בהקשר זה, לבוררות – על סוגיה וגונויה השונים – שמור מקום של כבוד, ומכאן שיש לעשות לטיפוחה ולפיתוחה.

המאמר יעסוק בניתוח ובביקורת של ההלכה המגבילה את השימוש בבוררות בזירה של משפט העבודה. בהמשך תובא הצעה לשינוי תפיסתי שיאפשר את הרחבת השימוש בבוררות תוך מזעור החששות המנחים את המדיניות המשפטית בנושא והמונחים בבסיס ההלכה המגבילה. הכוונה בעיקר להיבטים כגון האפשרות לניצול כוחו העודף של המעביד כדי לכפות חובת בוררות כתנאי לקבלה לעבודה; החששות לקיפוח זכויות העובד, לסיכול מטרות החקיקה ולפגיעה באינטרס הציבורי המונח בבסיס חקיקת המגן; פער הכוח והמשאבים בכל הקשור לניהול הליך הבוררות; בעיית השחקן החוזר וכיוצא באלה.⁹ חרף העובדה שהמאמר מתרכז במשפט העבודה, הדברים האמורים בו – במיוחד בפרק העוסק בביקורת על ההלכה המגבילה – רלוונטיים באותה מידה לגבי המגבלות המוטלות על השימוש בבוררות בשטחים אחרים.

הדיון שמאמר זה מבקש להתניע במשפט העבודה בישראל התקיים בארצות-הברית לפני יותר מעשרים שנה. בוויכוח הציבורי נשמעו שלל נימוקים בעד ונגד האפשרות לקיים בוררות בנושאים קוגנטיים. בסופו של דבר, בית המשפט העליון הוציא תחת ידו שתי החלטות – בעניין גילמר ובעניין מיצובישי – ואלה סיימו את הוויכוח מבחינת ההלכה המשפטית ונהפכו לציוני דרך במשפט האמריקני. שתי ההחלטות קיבלו את עמדת המצדדים בהרחבת הטריטוריה של הבוררות ובביטול ההלכה המגבילה, בכל הקשור לאפשרות לקיים בוררות לגבי תביעות וטענות הקשורות לחקיקה, לרבות חקיקה בעלת אופי קוגנטי. ההחלטה הראשונה, בעניין מיצובישי,¹⁰ קבעה כי ניתן להביא בפני בורר עניין הקשור בחקיקה בנושא הגבלים עסקיים ושוק ההון. ההחלטה השנייה, בעניין גילמר,¹¹ קבעה כי ניתן להביא לבוררות תביעה נגד מעביד בטענה כי הפר את החוק האוסר על הפליה בעבודה מחמת גיל. בית המשפט העליון קבע כי יש לעכב את ההליכים והפנה את הצדדים לבוררות, אף-על-פי שהחיוב להיזקק לבוררות היה חלק מחוזה העבודה שעליו חתם העובד עם תחילת עבודתו. בחמש-עשרה השנים שחלפו מאז פסק הדין בעניין גילמר חלה עליה משמעותית בשימוש בבוררות להכרעה בסכסוכים משפטיים אינדיבידואליים ובחוזים אישיים הקובעים חובת בוררות. במקביל נערכו הקהילה המשפטית והבוררים להתמודדות עם האתגר החדש, התעצם הוויכוח האקדמי,

9 ראו דיון בטקסט שליד ה"ש 83-94 להלן.

10 Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985) (להלן: עניין מיצובישי).

11 Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991) (להלן: עניין גילמר).

ונערכו מחקרים אמפיריים רבים על ההבדלים בין שפיטה ציבורית לבין בוררות בכל הנוגע לזכויות מכוחם של חוקי מגן.¹² הפסיקה החשובה של בית המשפט העליון של ארצות-הברית והמחקרים המעניינים ששמו להם למטרה לבחון אמפירית את ההתפתחויות שקרו בעקבותיה, מהווים עבורנו מעין מעבדת ניסוי. הם יישמשו אותנו בחלקים מן הדיון, במיוחד בכל הקשור למשפט הרצוי ולגיבוש ההצעות לשינוי.

ב. הבוררות כיקירת הפסיקה: תפקידה, תרומתה ויתרונותיה

הפסיקה איננה מפסיקה לקשור כתרים לבוררות. פסיקת בית המשפט העליון היללה ושיבחה את הבוררות כאמצעי בעל חשיבות רבה עוד לפני חקיקת חוק הבוררות ב-1968, והצביעה בהתלהבות על מעלותיה גם בעשרות השנים שחלפו מאז חקיקתו. כל זאת בשל ייחודה של הבוררות, מקומה הנכבד בעולם והעקרונות המנחים שביסודו של הליך זה.¹³ בתי הדין לעבודה מפגינים יחס דומה כלפי מוסד הבוררות: פסיקתם חוזרת על יתרונותיה כפי שהם מפורטים בפסיקה של בתי המשפט הרגילים ובראשם בית המשפט העליון, ואף מצטטת בהרחבה את ההלכות המכוננות בעניין זה.¹⁴ בתי המשפט קבעו כי הקמתו של מוסד הבוררות לצד מערכת בתי המשפט ניוונה מכמה ציפיות בדבר תפקידיו ותרומתו הסגולית. נמנה כמה מהן: הענקת מנגנון ישוב

12 סקירה של הוויכוח האקדמי והמחקרי ההשוואתיים בין בוררות לשפיטה, שנערכו בארצות-הברית מאז החלטתו בעניין גילמר, שם, ראו Richard A. Bales, *Normative Consideration of Employment Arbitration at Gilmer's Quinceanera*, 81 TUL. L. REV. 331 (2006) (להלן: עניין בייל).

13 בע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פתוח בע"מ, פ"ד (3) 235, 247 (1986) (להלן: עניין סחף) כתב הנשיא שמגר בזו הלשון: "רעיון הבוררות היה, כאמור בדברי ההסבר להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, בעמ' 70, להביא [...] אמצעי נוח, מהיר וחסכוני ליישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט ולהקל על ידי כך את המעמסה שעל בתי המשפט. המטרה היא לגרום לדין צדק בין הצדדים בצורה מהירה ויעילה, ללא היוקנות למערכת משפטית על כל הכרוך בכך. הליך זה הולך ותופס מקום נכבד יותר בעולם, הן כדי להביא לפתרונות מהירים לאורח מחד גיסא והן כדי להקל על בתי המשפט מאידך גיסא". ראו גם ת"א (ת"א) 3617/71 נציגות הבית המשותף מרחוב ז'בוטינסקי נ' גן מור, פ"מ עט 128, 130-131 (1973).

14 לדיון ביתרונות הבוררות בפסיקתם של בתי הדין לעבודה ראו ע"ע (ארצי) 1293/00 גרינר – קופת חולים כללית, פד"ע לט 518, 525-526 (2004); עב' (אזורי ת"א) 2887/01 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית – אגוזבל, פס' 49 (פורסם בנבו, 22.5.2009); ס"ק (ארצי) 12/08 מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל (פורסם בנבו, 24.6.2008).

חילוקי דעות אלטרנטיבי, מחוץ לכותלי בית המשפט;¹⁵ פתיחת נתיב הכרעה מקביל של דין צדק, להבדיל מדין;¹⁶ הוספת דרך בירור פורמאלית פחות,¹⁷ המאפשרת להיענות לאינטרס הפרטי של הצדדים ולרצונם בהליך מהיר ויעיל בהשוואה לבתי המשפט;¹⁸ הקלת העומס העצום של תביעות, אשר בהעדר הבוררות היו מוצאות את דרכן אל בתי המשפט.¹⁹ בהיבט זה הבוררות ממלאת אינטרס ציבורי;²⁰ מניעת התדיינות מיותרת²¹ – הכוונה, כפי הנראה, לכך שהבוררות מאפשרת ניתוב סכסוכים מסוימים, שמיותר שבתי המשפט יעסקו בהם, אל מחוץ למערכת.

בתי המשפט מנו ארבע-עשרה מידות טובות או יתרונות לבוררות על-פני התדיינות בבתי המשפט: (1) הבוררות היא כלי מהיר ויעיל;²² (2) הבוררות היא חסכונית וזולה;²³ (3) הבוררות נוחה למשתמש;²⁴ (4) באמצעות הפנייה לבוררות ניתן להשתחרר מאזיקי הפרוצדורה, מכבליהם של דיני הראיות ומהדין המהותי;²⁵ (5) הבוררות מאפשרת הכרעה לפי שיקולי צדק והגינות;²⁶ (6) הבורר נבחר על-ידי הצדדים והם נותנים בו את

15 עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247; רע"א 3680/00 גמליאל נ' מגשימים כפר שיתופי, פ"ד נז(6) 605, 615 (2003) (להלן: עניין מגשימים); ע"א 347/65 ניירות ערך והשקעות בע"מ נ' "ישנומט" החברה הישראלית לנומיסטיקה, עתיקות ואמנות בע"מ, פ"ד יט(4) 474, 468 (1965) (להלן: עניין ניירות ערך); ע"ע (ארצי) 657/05 עזבון המנוח יגאל ליבוביץ – תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2009).

16 עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247.

17 ע"א 550/75 מורלי נ' בגון, פ"ד ל(2) 328, 309 (1976) (להלן: עניין בגון).

18 עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15.

19 עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247; ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונסליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 278, 265 (1988); עניין בגון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 328; ראו משה בורנובסקי ורן לחמן "שימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל" הפרקליט מ 269, 274 (1992).

20 עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15.

21 ע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ, פ"ד לט(1) 575, 561 (1985) (להלן: עניין שמן); עניין בגון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 318.

22 בר"ע 124/68 שחב נ' שחב, פ"ד כג(1) 20, 16 (1969) (להלן: עניין שחב); עניין בגון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 318 ו-328; עניין כוכבי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 278; ע"א 209/70 חביבאללה נ' קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבנין, פ"ד כח(1) 112, 108 (1971).

23 עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247; עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20.

24 רע"א 985/93 אלרינה אינוסטמנט קורפוריישן נ' ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(1) 406, 397 (1993) (להלן: עניין אלרינה).

25 עניין בגון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 318; עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15; עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20.

26 עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15; עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247.

אמונם;²⁷ (7) בחירת הבורר והחופש הניתן לצדדים מאפשרים לעצב את הבוררות ולהתאימה לצורכי הצדדים והסכסוך;²⁸ (8) הבוררות איננה פומבית ולפיכך ניתן להגן על צנעת הפרט ועל סודות מסחריים ואחרים;²⁹ (9) הבוררות מבטיחה סופיות;³⁰ (10) הבוררות מתאימה לחילוקי דעות במערכות יחסים נמשכות כגון משפחה, מסחר ועבודה, הדורשות גישה מיוחדת;³¹ (11) הבוררות מעניקה את האפשרות להבטיח פתרון מעשי;³² (12) הבוררות מקנה את האפשרות לבחור בורר, לרבות מי שאינו משפטן, בגלל מומחיותו המיוחדת (טכנית או מקצועית) בנושא הסכסוך;³³ (13) הבוררות מעניקה לצדדים השפעה על תוכן הבוררות, כמו גם על מסגרת הדיון ואופיו;³⁴ (14) הבוררות נושאת עמה מראש סממן של פתרון מוסכם, ללא עימות.³⁵

ג. הבוררות בראי החקיקה: התקווה הגדולה

פעמיים הצהיר המחוקק על תפיסתו האסטרטגית בדבר מקומה הראוי של הבוררות במערך הכלים שהמדינה מעמידה לרשות אזרחיה כדי ליישב חילוקי דעות. לראשונה עשה זאת המחוקק ב־1968, בעת שנחקק חוק הבוררות; בפעם השנייה נעשה הדבר ב־1992, בעת הכנסת התיקון ה־15 לחוק בתי המשפט. תיקון זה נועד לשלב את

- 27 עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 19.
- 28 עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15. השופט חשין הביא כדוגמה את האפשרות של הצדדים לבחור את זמני הישיבות, כולל ערב ולילה, את מקום ההתדיינות – בארץ או בחו"ל, ואם לקיים את הבוררות בעברית או בשפה אחרת. ראו גם עניין אלרינה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 406.
- 29 עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20. יש לציין כי באחד מפסקי הדין ראה השופט ברנזון בהיעדר הפומביות חיסרון של הבוררות מבחינה ציבורית. ראו גם עניין בגון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 314.
- 30 עניין חביבאללה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 112; עניין כוכבי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 274; ע"א 823/87 דניה סיבוס חברה לבנייה בע"מ נ' ס.ע. רינגל בע"מ, פ"ד מב(4) 605, 612 (1989); רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ, פ"ד מה(5) 511, 516 (1991). המדיניות המשפטית שבאה לידי ביטוי בפסיקה קובעת כי יש לקיים את פסק הבוררות ולצמצם את ההתערבות השיפוטית בהכרעותיו של הבורר. גישה זו משמשת אמצעי לחיזוק הסופיות של פסק הבוררות. בית המשפט הסביר את הרעיון בהדגישו כי רק על ידי התערבות מצומצמת "הבוררות תהא תחליף לבית-המשפט ולא מבוא אליו" (דברי השופט זוסמן בעניין ניירות ערך, לעיל ה"ש 15, בעמ' 474).
- 31 עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20.
- 32 שם. ראו גם עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15.
- 33 עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20.
- 34 עניין מגשימים, לעיל ה"ש 15.
- 35 עניין שמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 575.

הרעיונות המרכזיים של תנועת ה-ADR³⁶ בטיפול השוטף של בתי המשפט כתביעות אזרחיות המובאות לפניהם.

1. חקיקת חוק הבוררות, 1968

הפעם הראשונה שבה עשה המחוקק בישראל ניסיון לקדם את מעמדה של הבוררות בחקיקה הייתה כבר בשנת 1963, עת הוקמה ועדה בראשות השופט ברנזון כדי לגבש הצעה לחוק בוררות חדש, שיחליף את פקודת הבוררות האנגלית משנת 1926, שכבר נהגה אז בארץ ארבעה עשורים.

בדו"ח שהגישה בשנת 1965³⁷ ציינה הוועדה בצער כי בעוד שבמדינות מסחריות מפותחות אחרות הבוררות מהווה מתחרה רצינית לערכאות המשפטיות הרשמיות, בארץ לא נמצא לה מקום ראוי. הדבר בא לידי ביטוי הן בשימוש הספורדי בבוררות, הן במיעוט של מוסדות בוררות קבועים והן בהיעדרם של סעיפי בוררות מפותחים בחוזים. הוועדה סברה כי יש לשנות מציאות זאת. לדעתה, למדינה יש אינטרס לעודד את השימוש בבוררות כדי להקל על בתי המשפט; במקביל, גם האזרחים מעוניינים בקיומו של מוסד שיפוטי לא רשמי, שיאפשר בירור יעיל, חסכוני ונוח יותר.³⁸

הצעת החוק שהוגשה לכנסת אימצה את גישת הוועדה.³⁹ שר המשפטים, בהציגו את הצעת החוק בכנסת, הדגיש שני כשלים מרכזיים. הכשל הראשון היה שדיני הבוררות הפכו את הבוררות להליך קשה, יקר, ממושך ולא יעיל, עד כי שומר כספו ויחסיו ירחק מפניה;⁴⁰ הכשל השני היה תפיסה מתנשאת ופטרנליסטית לגבי מידת האחריות שניתן להפקיד בידי הבורר. בבסיסה של פקודת הבוררות היה חשש בסיסי שלפיו הבורר – אפילו הינו משפטן מן השורה הראשונה או שופט עליון בדימוס – הינו הדיוט; אין לסמוך עליו ואין להפקיד בידו סמכויות הכרעה של ממש. התוצאה היא שהבוררות מתנהלת במקביל באולם הבורר ובבית המשפט,⁴¹ ואף כשהיא מסתיימת מתקיים שלב נוסף של התדיינות בבית המשפט אם לקיים או לבטל את פסק הבורר.

לפיכך, האמצעי להשגת המטרה המערכתית של עידוד השימוש בבוררות הינו פישוט תהליכי הבוררות, במקביל לחיזוק של מעמד הבורר ושל פסק הבוררות, על חשבון גריעה מסמכותו של בית המשפט.⁴²

36 להסבר לגבי מהות תנועת ה-ADR ומטרותיה ראו ה"ש 3 לעיל.

37 דין וחשבון של הוועדה המייעצת לחקיקת חוק בוררות חדש (1965) (להלן: דו"ח ברנזון).

38 שם, בעמ' 2.

39 דברי הסבר להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 64, 70.

40 ד"כ 49, 2295 (התשכ"ז).

41 שם, בין היתר בגלל היעדר סמכויות והצורך לפנות בכל שאלה של חוק לבתי המשפט.

42 ד"כ 49, לעיל ה"ש 40.

2. תיקון חוק בתי המשפט בשנת 1992: הוספת סעיף 79ב

נראה כי חוק הבוררות לא השיג את המטרה המערכתית שהוצבה לו. אמנם ייתכן כי בעקבות חקיקת החוק שוכללה ושופרה הבוררות; ייתכן גם כי בעקבות השיפור השתנו לטובה דפוסי השימוש בבוררות; אולם המטרה העיקרית – הורדת העומס בבתי המשפט – לא הושגה, לבטח לא במידה הרצויה. באותה עת, תחילת שנות ה-90, באיחור של עשור, השלימה מערכת המשפט את תהליך לימוד הרעיונות המרכזיים של אסכולת ה-ADR. לפי אסכולה זו, הדרך לפתור את בעיית העומס המוטל על בתי המשפט היא פיתוח וטיפול של מנגנונים אלטרנטיביים ליישוב חילוקי דעות, בתוך בתי המשפט ומחוץ להם. לפיכך, עשרים וארבע שנים לאחר חקיקתו של חוק הבוררות תוקן חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.⁴³ בתיקון⁴⁴ הוספו לחוק הוראות המאפשרות לבתי המשפט להעביר עניינים שונים לבוררות, לגישור או לפסיקה על דרך הפשרה, בהסכמת הצדדים. לענייננו רלוונטית הוראתו של סעיף 79ב לחוק בתי המשפט, העוסקת בהעברת עניין לבוררות. זו לשונה:

(א) בית משפט הדין בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר עניין שלפניו, כולו או מקצתו, לבוררות, וכן רשאי הוא, בהסכמתם, להגדיר את תנאי הבוררות.

(ב) בעלי הדין, באישור בית המשפט, ימנו את הבורר; לא באו בעלי הדין לידי הסכמה על הבורר, רשאי בית המשפט למנותו מתוך רשימה שהגישו לו בעלי הדין, או לפי בחירתו – באין רשימה כזו.

(ג) הוראות חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, יחולו על בורות לפי סעיף זה; אולם "בית המשפט" שבסעיף 1 לחוק האמור יהיה בית המשפט שהעביר את העניין לבוררות.

סעיף 79ב חל על בית הדין לעבודה, מכוח סעיף 39 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.⁴⁵

43 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

44 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשנ"ב-1992, ס"ח 68.

45 חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ס"ח 70.

כאשר קוראים את הצעת החוק⁴⁶ בפריזמה מערכתית מתקבל מסר כפול. ראשית, המשפט הישראלי מקבל בברכה שני מוסדות חדשים ליישוב חילוקי דעות – גישור ופסיקה לפשרה. שני אלו יוכלו, בין היתר, להקל על המערכת מבחינת העומס וזמן הטיפול.⁴⁷ שנית, ככל שהדבר נוגע לבוררות, המערכת איננה מוכנה יותר לסמוך אך ורק על הצדדים שיפנו מיוזמתם לבוררות. העמדה שהביע בית המשפט העליון, וכך גם המחוקק בחקיקתו של סעיף 79ב לחוק בתי המשפט, היא שהבוררות מהווה כלי לגיטימי וראוי ליישוב סכסוכים, והגברת השימוש בה תסייע להפחתת העומס על בתי המשפט, כדי שיוכלו לעסוק בתיקים שאינם מתאימים ליישוב בבוררות. לפיכך, במקרים המתאימים, השופטים מגויסים לשכנע את הצדדים לפנות לבוררות.⁴⁸

שר המשפטים דאז, דן מרידור, הסביר כי התיקון המוצע, ככל שהוא מתייחס לבוררות, קשור לשיקולים מוסדיים. אף-על-פי שמערכת בתי המשפט מתייעלת ומשתפרת, בעיית העומס נותרת בעינה. לפיכך, כאמצעי התמודדות עם בעיית העומס, המערכת מעוניינת לאפשר הפניה של סכסוכים למערכת החיצונית לבתי המשפט. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אוריאל לין, אמר כי הדרך שנבחרה היא היחידה האפשרית: אין אפשרות להדביק את הגידול בנפח ההתדיינות באמצעות גידול יחסי במשאבים, כלומר, באמצעות הגדלה של מספר השופטים ובהשקעה בבניית אולמות משפט.⁴⁹

מעניין לראות שבית המשפט העליון ראה את סעיף 79ב לחוק בתי המשפט כאמצעי לביסוס מעמדה ולייעולה של הבוררות. לדעת בית המשפט העליון, חקיקת הסעיף משקפת מגמה להרחיב את השימוש בבוררות ולהופכה לכלי יעיל המקביל להליכים משפטיים בבתי המשפט. תכלית הסעיף היא לייעל את ההליכים הסובבים את הבוררות

46 בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי מטרת התיקון היא לקבוע הסדר שיאפשר לבעלי הדין לבחור דרכים נוספות ליישוב הסכסוך ביניהם, בתקווה שהדבר יביא לפתרון מהיר ויעיל תוך הקלת העומס הבלתי-נסבל בבתי המשפט, המוביל להתמשכות ההליכים ולמתן פסקי דין לאחר פרקי זמן ארוכים. ראו דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"א-1991, ה"ח 319, 322.

47 ראו יורם אלרואי "הפישור השיפוטי והגישור" הרשות השופטת 29, 68 (1999); חמי בן-נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984" הפרקליט מז 257 (2002).

48 ראו לעניין זה דבריה של אוטולנגי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558-559.

49 ד"כ 125, 2759 (התשנ"ב).

וליתן בידי בית המשפט שהעביר את הסכסוך לבוררות – ומכיר לפיכך את פרטיו – את הסמכות להכריע בסוגיות המתעוררות במהלך הבוררות.⁵⁰ הנה כי כן, בתי המשפט הביעו דעתם כי המדיניות המשפטית הרצויה איננה להגביל את הפנייה לבוררות אלא לקדם ולעודד אותה. מדיניות זאת נובעת הן מטעמים של מהירות, נוחות ויעילות לצדדים, והן כדרך ראויה להתמודד עם העומס הכבד המוטל על מערכת המשפט.

ד. העומס בבתי הדין לעבודה

זכור, הפסיקה חזרה ושנתה כי ישנן שתי תכליות מרכזיות לפיתוח ולטיפול הבוררות הפרטית כמנגנון מקביל למערכת המשפטית הציבורית: הראשונה – הגשמת האינטרס הציבורי שבהקלת העומס המוטל על בתי המשפט; השנייה – הגשמת האינטרס הפרטי של הצדדים החפצים להשתמש בהליך שיש בו מהירות, יעילות ונוחות. כפי שהובהר בהרחבה, התכלית הראשונה – זו של הקלת העומס – הייתה גם הרעיון המכונן, אם כי לא הבלעדי, בראייה המערכתית שהובילה לחקיקתם של חוק הבוררות ושל סעיף 79ב לחוק בתי המשפט.

מכאן נובע, ככלל, שהצורך בעידוד השימוש בבוררות עומד ביחס ישר לרמת העומס בבתי המשפט. במילים אחרות: אם בתי המשפט מתמודדים בהצלחה ראויה, מבחינה איכותית וכמותית, עם התביעות המוגשות, הרי שמבחינת האינטרס הציבורי אין צורך בפיתוח הבוררות. כל שנותר הוא האינטרס הפרטי, קרי: הענקת אפשרות בחירה במנגנון פרטי וגמיש יותר, בעל תכונות שונות מהמערכת הממלכתית. לעומת זאת, אם יש עומס גדול מדי של תיקים במערכת בתי המשפט, והיא מתקשה לטפל בהם כראוי – אין מדובר אך ורק באינטרס הפרטי של הצדדים לסכסוך; או אז חיזוק הבוררות, פיתוחה, הרחבה של תחומיה ועידוד השימוש בה נהפכים לאינטרס ציבורי שעל בית המשפט לפעול למימושו. מובן שגם ההפך הוא הנכון: אילו לא הייתה הבוררות מקדמת גם את האינטרסים הפרטיים, האינטרס הציבורי לבדו לא יכול היה להצדיק את הגברת השימוש בה. הן המחוקק והן פסיקת בית המשפט העליון מכירים בבוררות ככלי ראוי ולגיטימי מבחינת האינטרסים של הצדדים.

50 רע"א 4369/02 דורון נ' דורון, פ"ד נח(1) 241, 245 (2003). ראו גם בג"ץ 4919/97 שטריקר נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נח(4) 721 (2004); רע"א 463/04 סלקום ישראל בע"מ נ' מטיל 2000 בע"מ (פורסם בנבו, 1.4.2004).

כדי לבחון את עצמת הקשר בין העומס לבין המדיניות המשפטית הרצויה כלפי השימוש בבוררות, מבחינת האינטרס הציבורי, יש צורך בבדיקה אמפירית. מאחר שמאמר זה עוסק במעמדה של הבוררות בעולם העבודה, ומאחר שלבתי הדין לעבודה מסורה סמכות עניינית בלעדית בכל התביעות הקשורות ביחסי עובד-מעביד, יש צורך לבחון נתונים כמותיים לגבי העומס בבתי הדין לעבודה להבדיל מן המערכת המשפטית כולה. טבלה מס' 1 מציגה נתונים לגבי מספר התיקים החדשים, מספר התיקים שנסגרו, מלאי התיקים התלויים ועומדים משנים קודמות ומספר השופטים המכהנים במערכת בתי הדין לעבודה.

מן הנתונים עולה כי במשך שנות קיומה של מערכת בתי הדין לעבודה נרשם גידול הדרגתי מתמיד במספר ההליכים המשפטיים המוגשים לבתי הדין לעבודה (בתי הדין האזוריים ובית הדין הארצי לעבודה). למעשה, כל עשור הכפיל את מספר התיקים שנפתחו. פרט לשתי שנות שיא – 2003 ו-2004 – שבהן נפתחו במוצע יותר מ-90 אלף תיקים, מאז שנת 2000 התייצב מספר התיקים סביב 80 אלף תיקים חדשים לשנה.

נתון מעניין נוסף הוא מספר השופטים. כפי שעולה מן הטבלה, בעוד שמספר ההליכים המשפטיים שהתדפקו על דלתות בית הדין בשלושת העשורים הראשונים לקיומו הלך וגדל, לא חל גידול מתאים במספר השופטים בבתי הדין לעבודה. הגדלת מצבת השופטים בכ-10% בין השנים 2000-2007, וכן מגמת ההתייצבות במספר התיקים החדשים, שיפרו מעט את המצב.

פרט למספר התיקים הנפתחים ונסגרים בכל שנה ומספר השופטים חשובים לענייננו שני נתונים נוספים. הראשון הוא המלאי, כלומר: כמות התיקים שעוברת משנת שיפוט אחת לשנה שלאחריה ומצטברת לתיקים החדשים שנפתחים. הנתון השני הוא מספר התיקים לשופט.

מן הבחינה הכמותית של סגירת תיקים, אין ספק שבתי הדין לעבודה רשמו מאז שנת 2000 התייעלות משמעותית. פרט לשנת 2004 הצליחו בתי הדין לסיים בכל שנה מספר תיקים גדול או שווה למספר התיקים שנפתחו; מלאי התיקים שעמד בסוף שנת 2004 על 65 אלף הצטמצם לכ-52 אלף תיקים. אף על פי כן עדיין יש בבתי הדין בעיה משמעותית של מלאי תיקים תלויים ועומדים. מצב דברים זה יוצר עומס כבד ביותר על מערכת בתי הדין. גם הנתון השני – מספר התיקים לשופט – מעורר דאגה. כך, למשל, אילו הייתה מערכת בתי הדין מחליטה לנקות את השולחן ולחסל את מלאי התיקים באחת השנים שבין 2000 ל-2007, היה כל שופט אמור לסיים במוצע כ-2,500 תיקים בשנה אחת. למעשה, העומס על השופטים עצום על-פי כל קנה מידה, גם ללא ניסיון לטפל בבעיית המלאי של התיקים. לפי כמות התיקים שנפתחו בשבע שנים אלו, ולפי מספר השופטים שהיו מופקדים עליהם, כל שופט היה אמור לסיים במוצע קרוב ל-1,700 תיקים בשנה. ראוי לציין כי נתון זה מוטה כלפי מטה, משום שבמניין התיקים והשופטים נכללו גם

תיקים ושופטים של בית הדין הארצי לעבודה, היושב כמעט תמיד בהרכב של שלושה שופטים ושני נציגי ציבור.⁵¹

טבלה מס' 521

שנה	תיקים שנפתחו	תיקים שנסגרו	מלאי	שופטים*
1970	7,854	5,462	4,016	10
1980	15,346	15,203	8,487	20
1990	37,584	35,891	26,444	23
2000	81,412	78,293	71,008	42
2001	76,269	80,632	65,662	42
2002	77,607	80,606	62,663	47
2003	89,663	89,371	62,955	50
2004	96,433	92,410	65,433	54
2005	83,304	91,622	57,882	54
2006	81,053	86,101	52,706	53
2007	80,351	81,113	52,163	55

* כולל שופטים בבית הדין הארצי לעבודה.

מן הנתונים שהוצגו לגבי המספרים הכלליים של השופטים והתביעות מתברר ללא ספק כי מערכת בתי הדין לעבודה סובלת מבעיה חמורה של עומס יתר. בדיוק לצורך הטיפול בבעיה זו, ומתוך הכרה ביתרונותיה של הבוררות מבחינת הצדדים, שקד המחוקק על חקיקתם של חוק הבוררות ושל סעיף 79 ב לחוק בתי המשפט. לצורך בדיקה ממוקדת יותר של נטיית בתי הדין להפנות את הצדדים לבוררות נאספו נתונים לגבי מספר התיקים שהסתיימו בבוררות בשנת 2004 בבתי הדין האזוריים

51 נציג העובדים ונציג המעבידים. נציגי הציבור ממונים על-ידי שר העבודה ושר המשפטים; הם אינם שופטים מקצועיים אך מעמדם בהרכב זה לזה של יתר השופטים.

52 הנתונים שמובאים בטבלה לקוחים מתוך הירחון הסטטיסטי לישראל (1971); הירחון הסטטיסטי לישראל (1981); הירחון הסטטיסטי לישראל (1991); הרשות השופטת במדינת ישראל: דין וחשבון לשנת 2001 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (2002); הרשות השופטת במדינת ישראל: דין וחשבון לשנת 2006 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (2007); מערכת בתי המשפט בישראל: דו"ח חצי שנתי 31/12/07-1/7/07 (2008).

לעבודה.⁵³ נראה כי המספרים שוב מספרים את הסיפור: הנתונים הבהירו באופן חד-משמעי כי הנטייה להעביר תיקים לבוררות היא קטנה ביותר. מתוך 9,839 תיקים שנסגרו בבית הדין לעבודה בחיפה בתקופה שנבדקה, שישה תיקים בלבד הועברו לבוררות (0.06%). הנתונים לגבי תל-אביב דומים: מתוך 5,298 תיקים שנסגרו, ארבעה תיקים הועברו לבוררות (0.075%). מנתונים אלו ניתן להסיק כי למרות העומס הבלתי-סביר, ואף-על-פי שלבית הדין לעבודה נתונה לא רק הסמכות הפורמלית לשלוח תיקים לבוררות בהסכמת הצדדים, אלא אף דרגה גבוהה של השפעה על הצדדים ועל באי-כוחם, שיעור השימוש בבוררות ליישוב חילוקי דעות בעולם העבודה הוא שולי. כפי שראינו, במשך שנות קיומו של בית הדין הסתמנה מגמה של גידול במספר ההליכים המוגשים לבתי הדין לעבודה. בשנים האחרונות התייצב אמנם מספר התיקים החדשים, ואף נרשמה ירידה מסוימת במלאי התיקים התלויים ועומדים; אולם בטווח הנראה לעין לא צפויה הקלה ניכרת בעומס הבלתי-סביר המוטל על שכמה של מערכת בתי הדין ועל שופטיה.

במצב דברים זה – בו יש למערכת בתי המשפט ובתי הדין אינטרס אסטרטגי בהתמודדות עם העומס הבלתי-סביר, ובמקביל יש הערכה גדולה למוסד הבוררות – ניתן היה לצפות שבתי המשפט ובתי הדין ישמשו סוכני שינוי עבור דפוסי השימוש בבוררות בחיי המעשה. לשון אחרת: היינו מצפים לגלות נטייה גבוהה יחסית של בתי המשפט ובתי הדין להפנות את בעלי הדין להליך הבוררות, כאלטרנטיבה זמינה ויעילה למערכת השפיטה. זאת, במיוחד לאור המגמה של חוק הבוררות להעלות את קרנה של הבוררות, ולפי מצוות המחוקק המורה כי בתי המשפט ובתי הדין מוסמכים להעביר עניינים המובאים בפניהם לבוררות.

סביר היה לשער כי בתי המשפט ובתי הדין ינסו לטפח את הבוררות ככל שהם יכולים, לפתחה ולפנות לה מקום של כבוד לצדם. מדוע אם כן הבוררות אינה משמשת כלי משמעותי להפחתת העומס על בתי המשפט ובתי הדין? מדוע השופטים אינם מגלים נכונות רבה יותר להפנות את הצדדים לדרך בירור אלטרנטיבית זו של בוררות? מדוע בתי המשפט ובתי הדין אינם תורמים לחיזוק מוסד הבוררות ולהרחבתו, ולעידוד הנוגעים בדבר להשתמש בהליך זה?

נראה כי התשובה טמונה בפער שבין הרטוריקה, המהללת את הבוררות, לבין העשייה בפועל. אנו עדים בעצם לחוסר אמון בסיסי מוסווה של בתי המשפט ובתי הדין בבוררות. חוסר אמון זה מתבטא, בין היתר, בכך ששיעור ההפניה של תיקים לבוררות

53 בבדיקה נאספו נתונים לגבי תיקי עבודה (ללא ביטוח לאומי) שנסגרו בבתי הדין האזוריים לעבודה בתל-אביב ובחיפה בשנת 2004. איסוף הנתונים נעשה על ידי המחבר לצורך הגשת הצעת מחקר על השימוש בדרכים חלופיות ליישוב חילוקי דעות בעולם העבודה. ראיונות שערך המחבר בשנים האחרונות עם שופטים בבתי הדין לעבודה מצביעים על כך שלא חל שינוי של ממש בשיעור ההפניה של תיקים לבוררות; ראו טבלה 2 להלן בפרק 3.ז. (ב).

רחוק מאוד מהמצופה, וכן בהצבת גבולות צרים ביותר לטריטוריה שבה ניתן לנהל בורות.

ה. ההלכה המצמצמת את הגבולות הטריטוריאליים של הבורות: "ההלכה המגבילה"

כאמור, אחד המכשולים העיקריים במשפט הישראלי להתפתחות הבורות ככלי ליישוב חילוקי דעות הינו ההלכה שלפיה אין לקיים בורות לגבי נושאים קוגנטיים. כלומר: מקומם של סכסוכים לגבי זכויות קוגנטיות הוא רק בבית המשפט. ההלכה מסתמכת על סעיף 3 לחוק הבורות,⁵⁴ לפיו "אין תוקף להסכם בורות בעניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים". הבעיה אינה נוגעת למשפט העבודה בלבד. ישנם שטחי משפט נוספים שגם לגביהם התגבשה הלכה דומה. פרק זה יתמקד בהשפעתה של ההלכה המגבילה בתחום של משפט העבודה בלבד, אף-על-פי שהשפעתה ניכרת גם בתחומי משפט אחרים.

1. ההלכה המגבילה במשפט העבודה

במשפט העבודה התגבשה הלכה שלפיה אין תוקף לויתור של העובד על זכות המסורה לו מכוחם של חוקי המגן. זכות כזאת אינה יכולה להיות נושא להסכם בינו לבין המעביד. מאחר שהעובד אינו יכול להסמיך בורר לעשות את מה שהוא עצמו אינו יכול לעשות,⁵⁵ הרי שזכות מכוחם של חוקי המגן אינה יכולה להיות נושא לבורות. בית המשפט העליון ובתי הדין קבעו, בשורה ארוכה של החלטות, כי יש לסגור את נתיב הבורות כשהסכסוך מתייחס להוראות הקבועות בחוקי המגן. אמנם מטרתם של חוקים אלו להגן על העובד, ולפיכך לכאורה הוא רשאי לפעול בהם כרצונו, אולם בגלל האינטרס המיוחד של הציבור בקיומה הדווקני של ההגנה – אין תוקף להתניה על הוראותיהם.⁵⁶ בית הדין הגדיר את

54 חוק הבורות, התשכ"ח-1968, ס"ח 184.

55 ראו סמדר אוטולנגי בורות: דין ונוהל 78 (מהדורה שלישית מורחבת, 1991); דב"ע (ארצי) נד/163-3 הלסקו ישראל בע"מ – עזבון המנוח אלי גל-און, פד"ע כח 66 (1994); עב' (י-ם) 2374/00 אטינגר – כ"ץ (פורסם בנבו, 13.4.2003).

56 דב"ע (ארצי) לה/111-9 הסתדרות מכבי ישראל, קופ"ח מכבי – בלכנר, פד"ע ח 113, 120-122 (1976) (להלן: עניין בלכנר (ביה"ד הארצי)); בג"ץ 115/77 הסתדרות מכבי ישראל קופ"ח מכבי כוללת קופ"ח אסף, אגודה לעזרה רפואית נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 214, 220 (1977) (להלן: בג"ץ בלכנר); דב"ע (ארצי) לח/87-3 שבס – בנק הפועלים, פד"ע י 62, 71 (1978) (להלן: עניין שבס); בג"ץ 760/79 דין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820 (1980) (להלן: עניין דין).

הכלל בדבר גבולות הבוררות בצורה רחבה: כל הכרעה בהוראה קוגנטית בחוק או במשפט, וכן הפעלת סמכות שהחוק העניק במפורש לבית הדין, הן מחוץ לתחום הבוררות.⁵⁷ בפסיקה נקבעה רשימה ארוכה של נושאים שאין להביאם לבוררות, ביניהם חופשה שנתית,⁵⁸ פדיון חופשה,⁵⁹ פיצויי פיטורים,⁶⁰ פיצויים בגין הלנת שכר⁶¹ ופיצויים בגין הלנה של פיצויי פיטורים.⁶²

בשני מקרים מהשנים האחרונות בחר בית הדין לשכלל את ההלכה המגבילה ואף להרחיב את גבולותיה. במקרה הראשון – פסק הדין בעניין אבין – נקבע כי לצד זכויות המגן הקלאסיות שאין להביאן לבוררות ניצבת גם משפחת הזכויות המגנות. משפחה זו כוללת, בין היתר, את החוק להגנה על עובדים חושפי שחיתויות, את החוק למניעת

57 עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55; ע"ע (ארצי) 1504/04 אבין – מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 8.3.2005) (להלן: עניין אבין).

58 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56; תב"ע לח/3-320 וולנר – "עמל" רשת בתי-ספר לחינוך, הכשרה והשתלמות מקצועית של ההסתדרות הכללית של העובדים, פד"ע י צו (1979).

59 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56, בעמ' 122; עניין וולנר, לעיל ה"ש 58; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71.

60 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56, בעמ' 121-122; דב"ע (ארצי) מג/3-138 ישראלי – קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע טו 275, 280 (1984); עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71-72; דב"ע (ארצי) נו/3-5 המרכז הרפואי – גרושקה (פורסם בנבו, 18.4.1996). בעלי הדין חתמו על הסכם בורות שלפיו הבורר מוסמך לשקול את ההצדקה העניינית להפסקת עבודתו של ד"ר גרושקה, החזרתו לתפקידו הקודם, שיבוצו בתפקיד אחר ולחלופין פרישה מרצון. הבורר פסק כי יש להפריד בין הצדדים בדרך של סיום עבודתו של ד"ר גרושקה במרכז הרפואי. בית הדין הארצי, מפי השופט אליאסוף, קבע כי שאלת זכותו הסטוטורית של עובד לפיצויי פיטורים אינה יכולה להימסר לבוררות; לעומתה השאלה אם יש לפטר עובד או לא יכולה להימסר לבוררות משום שהזכות לפיצויי פיטורים לא נפגעת במקרה זה. אם יפוטרו – תקום לו הזכות לפיצויי פיטורים, ואם לא – לא תקום לו הזכות הזאת. לעניינו של ד"ר גרושקה נפסק כי הבורר לא הוסמך ולא התבקש לפסוק בדבר פיטוריו של המשיב, אלא רק לאשר את הסכמת המשיב ל"פרישה" במקרה שהבורר לא יפסוק כי יש להחזירו לתפקידו או לשבצו בתפקיד אחר. לפיכך, אין לומר שהבורר פעל בחוסר סמכות או שהבוררות לפניו הייתה "בלתי-שפיטה".

61 נפסק כי זכותו של עובד לפיצוי בגין הלנת שכר היא זכות שמקורה ב"הוראת מגן" בעלת אופי קוגנטי, ולכן אינה יכולה לשמש נושא להסכם בין המעביד לבין העובד. מכיוון שכך, אין תוקף להסכם בורות שעניינו סכסוך בדבר הזכות לפיצויי הלנת שכר. ראו עניין דיין, לעיל ה"ש 56; דב"ע (ארצי) מב/2-31 ארסלן – תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פד"ע טו 191, 195-196 (1984); ע"ע (ארצי) 381/99 טרסגלובו (ישראל) בע"מ – הרשטיק (פורסם בנבו, 23.1.2003). במקרה זה הבורר דווקא פסק לעובד פיצויי הלנה, אולם בגלל ההלכה המגבילה בוטל פסק הבוררות בכל הנוגע לפיצויי הלנה.

62 דב"ע (ארצי) מט/8-3 בוסקילה – נחמ"ל, ניהול חשבונות מושבי לכיש (פורסם בנבו, 2.7.1989).

הטרדה מינית ואת חוקי השוויון.⁶³ במקרה השני – פסק הדין בעניין אבוד – נקבע שככלל אין להביא לבוררות שאלות חוקתיות.⁶⁴

בשורה של פסקי דין נקבע גם שלא ניתן למסור לבוררות סכסוך בדבר קיומם של תנאי או תנאים עובדתיים או משפטיים שקיומם הוא תנאי מוקדם להענקת זכות או לשלילתה על-ידי אחד מחוקי המגן.⁶⁵ ההלכה שהשתרשה קובעת כי מקום שחוק מגן יוצר זכות שאינה יכולה לשמש נושא להסכם בין הצדדים, ומכאן שגם אינה בת-בוררות, אזי אף קיומו של תנאי מוקדם, המהווה יסוד לקיומה של אותה זכות, אינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים.⁶⁶

לדעת בית הדין, הפקדת ההכרעה בשאלת קיומם של תנאים עובדתיים או משפטיים בידי הבורר עלולה להכשיל את המגמה החקיקתית העומדת ביסוד הזכות הסטטוטורית עצמה, או ביסוד כל זכות סטטוטורית אחרת שהזכאות לה תושפע מאותן הכרעות משפטיות או עובדתיות. הכוונה היא למקרים שבהם קיומם של תנאים עובדתיים או משפטיים עומדים בבסיס של מספר זכויות סטטוטוריות. כך למשל – קיומם של יחסי עובד-מעביד הוא תנאי מקדים שבו יש להכריע בתביעה לתשלום פיצויי פיטורים; אך הכרעה זו עשויה להשפיע גם על זכאות לזכויות סטטוטוריות נוספות, כגון גמול שעות נוספות. משכך, אין למסור לבוררות שאלות כגון האם נתקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעביד,⁶⁷ האם העובד פוטר או התפטר,⁶⁸ ובנסיבות מסוימות אף שאלת הסיבה לפיטורים.⁶⁹

לעיתים קרובות קו הגבול אינו ברור. למשל, בפסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה השתרשה ההלכה לפיה שאלת הזכאות לשכר עבודה היא חוזית ולכן נמצאת בסמכות הבורר. לעומת זאת, חילוקי הדעות בדבר הזכות לפיצויי הלנת שכר, לגבי אותו שכר עבודה, דורשים פרשנות של חוק מגן והפעלת סמכות המסורה לבית הדין, ולכן

63 עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

64 ע"ע (ארצי) 1106/02 אבוד – רשות השיפוט הארצית בהסתדרות, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 6.9.2005).

65 עניין שבס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 71-72.

66 עניין דיין, לעיל ה"ש 56, בעמ' 824-825.

67 שם, בעמ' 825-826; בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 221.

68 עניין שבס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 71; עניין גרושקה, לעיל ה"ש 60. עם כל הכבוד, נראה כי בהחלטה זו כי לא היה מקום להתערב, שכן הבורר הדגיש שאין לה כל השלכה על תנאי הפרישה. כל מי שקרוב אצל הנושא נהיר לו ששאלת הזכאות לפיצויי פיטורים לפי החוק כלל לא הייתה נתונה בוויכוח. כאשר הבורר התייחס לניהול משא ומתן (שם, בעמ' 2) הוא לבטח התכוון למשא ומתן לגבי הענקת תנאי פרישה נדיבים, לכן לא היה מקום לפסול את ההחלטה.

69 עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

אינם יכולים להידון בבוררות.⁷⁰ ברם, התשובה לשאלת הזכאות לשכר עבודה ולכרוך בה איננה רק שאלה חוזית אלא מהווה גם תנאי מוקדם לקיומה או לשלילתה של הזכות לפיצויים בגין הלנת שכר.

להלכה המגבילה נקבעו כמה חריגים, ביניהם: (1) הסוגיה שבדרך כלל אין להעביר לבוררות מתעוררת אגב אורחא, כתביעה משנית;⁷¹ (2) חלק הארי של התביעות הוא בר בורות ואילו התביעה שאיננה בת-בוררות היא חלק מזערי ממכלול התביעות;⁷² (3) יש

70 דב"ע (ארצי) לב/36-3 "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ – פלצנר, פד"ע ד 267 (1973); עניין דיין, לעיל ה"ש 56, בעמ' 826, 828; עניין ארסלן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 195-196; דב"ע (ארצי) מט/3-40 רוטנשטיין – חברה קדישא פתח תקווה, פד"ע כ 340 (1989); עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71; דב"ע מא/3-797 נחשון – אגודת הסטודנטים בטכניון, פד"ע יג, מט, נ-נא (1981); ת"א (ת"א) 2741/87 בומס נ' בלוך, פ"מ נ(1) 462, 471 (1987).

71 עניין ארסלן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 196. נפסק, כי במקרה הנדון היה נושא פיצויי הלנת השכר משני בלבד, והשאלה עשויה להתעורר רק לאחר שיפסקו לטובת העובד בנושא בטלות הפיטורים מעיקרם, ולאחר שתקום חובה לשלם לו את שכרו למפרע. עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55. באותו עניין נקבע כי על פניו בורר איננו מוסמך לדון בשאלה אם נותקו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים, וזאת מאחר שדיון בסוגיה מעין זו עשוי להכריע בשאלת זכאותו לעניין פיצויי הפיטורים. אולם, אם הסוגיה עולה אגב אורחא ביחס לתביעה לקבלת שכר עבודה ודמי הודעה מוקדמת לפיטורים – אזי נפסק כי יש לאשר את פסק הבוררות; ראו תב"ע (ארצי) מט/3-332 עפיף אבו חנא – טופ טוריסט הוטלס בע"מ, פד"ע כג, כט, לב (1991) (להלן: עניין עפיף). התובעים – אב, בתו ובעלה – הגישו לבית הדין תביעות נגד הנתבעת, בעלת מלון "ווישינגטון" בטבריה שבו עבדו, לתשלום סכומים שהגיעו להם לטענתם עם סיום יחסי עובד-מעביד. בהסכם בין הצדדים נקבע שכל חילוקי הדעות שביניהם בכל הנוגע ליחסים שביניהם יוכרעו על ידי בורר יחיד. הנתבעת ביקשה לבטל את פסק הבורר בטענה שאין לבורר סמכות שבדין לפסוק פיצויי הלנה. נקבע כי נושא הבוררות במקרה דנן, כולל פסיקת פיצויי ההלנה, הם בני בורות. ההלכה קובעת אמנם כי פיצויי הלנת שכר הם בתחום חוקי המגן שאין להתנות עליהם, אלא שיש לבחון אם נושא זה הוא עיקרי או משני שעה שנושא עומד להכרעת בוררים. במקרה דנן, עיקר הבוררות התנהל סביב שאלת הפיטורים והזכאות לכספים, ואילו שאלת פיצויי ההלנה נבעה – כמשנית – מההכרעה בשאלות העיקריות.

72 דוגמה לפרשנות של חריג זה ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין האזורי בתל-אביב, שקבע כי תביעותיו של העובד לפיצויי הלנת שכר, דמי הבראה, החזר הוצאות נסיעה, פדיון חופשה שנתית, פיצויי פיטורים, פיצויי הלנת פיצויי פיטורים ותמורת הודעה מוקדמת – אינן בסמכות בורר. לעומת זאת, תביעותו של העובד לפיצויים בגין אבדן השתכרות, הפרת הסכם ופגיעה במוניטין ועילות התביעה שכנגד – הינם נושאים ברי בורות. בית הדין האזורי דחה את הבקשה לעיכוב ההליכים בבית הדין ולפיצול הדיון בין בית הדין והבוררות. בית הדין הסתמך בקביעתו זו על מבחן העיקר והטפל וקבע כי הנושאים העיקריים אינם בסמכותו של הבורר. כמו כן, גובה הסכומים שנתבעים בנושאים שאינם ברי בורות גבוהים במידה ניכרת מאלו שניתן לדון בהם בבוררות; ראו תב"ע (אזורי ת"א) 3/2221/98 פטלוק – אגודת בני יהודה (פורסם בנבו, 2.4.2001). על החלטה זו הגישה האגודה רשות ערעור ונדרחתה: בר"ע (ארצי) 105/99 אגודת בני יהודה תל-אביב – פטלוק (פורסם בנבו, 6.4.1999).

מחלוקת חישובית, להבדיל ממחלוקת לגבי עצם זכאותו של העובד.⁷³ כך, למשל, קבע בית הדין הארצי לעבודה לעניין הזכאות לפדיון חופשה, כי הבורר מוסמך לפסוק רק בדבר התנאים המוקדמים לזכאות לפדיון חופשה, כלומר: לגבי חישוב סכומם של דמי החופשה. זאת, חרף העובדה שאין הוא מוסמך לפסוק בשאלת עצם הזכאות לפדיון חופשה, שהיא מתחום משפט העבודה המגן.⁷⁴ בפסק דין הלסקו נפסק כי הבורר מוסמך לדון בזכויות הנגזרות ממעמדו של העובד, כגון גובה שכרו, יתרת ימי המחלה ותקופת ההודעה המוקדמת לה הוא זכאי.⁷⁵ בפסק דין של בית הדין האזורי אושר פסק בורות בו נפסקו פיצויים בגין הלנת שכר ופיצויים בגין הלנה של פיצויי פיטורים, תוך שבית הדין הסתמך, בין היתר, על האמור בפסק דין ארסלן.⁷⁶ בפסק דין גולדבלום קבע בית הדין כי ניתן לקיים בורות באשר לשאלה אם שולמה לעובד תוספת יוקר, מאחר שמדובר במחלוקת חישובית בלבד.⁷⁷

להשלמת התמונה יש להעיר כי בית הדין הארצי קבע בעניין בן דור⁷⁸ כי ההלכה המגבילה איננה עיקרון נוקשה, כלומר: בית הדין ירשה לעצמו לסטות ממנה בנסיבות המתאימות, ובלבד שיהיו חריגות ויוצאות-דופן. מן הפסיקה שבאה בעקבות החלטה זו ניתן ללמוד כי מדובר בשני מצבים: הראשון – נסיבות קונקרטיות של מניעות וחוסר תום לב, כלומר: נסיבות שבהן היה בעל הדין שותף לגיבוש הסוגיות שיידונו בפני הבורר

73 בש"א (ארצי) 4511/00 הסתדרות מכבי שירותי בריאות – גולדבלום (פורסם בנבו, 20.9.2001). בעניין זה נקבע שאין להעביר בורות חילוקי דעות לגבי עצם הזכאות, לאמור: עצם קיומן של הזכויות הנובעות מחוקי מגן, שאין לוותר או להתנות עליהן. אולם אפשר לקיים בורות על השאלה האם שולמו הזכויות בפועל. ראו גם עניין אטינגר, לעיל ה"ש 55. הלכה דומה נקבעה בדין הכללי, לפיה סכסוך כספי יכול שיוכרע בורות, להבדיל מהכרעה בדבר עצם קיומם של זכויות וחובות של ציבור רחב שכלל אינו מעורב בהליך; ראו רע"א 1139/99 כפר מחולה מושב עובדים של הפועל המזרחי ההתיישבות שיתופית בע"מ נ' בית שאן חרוד – אגודה שיתופית של משקי עובדים לתובלה בע"מ, פ"ד נד(4) 262, 276-278 (2000); ה"פ (ת"א) 1644/00 ת.ע.ל תעשיות עץ לבוד קבוצת משמרות בע"מ נ' פרנקל, פ"מ התשס"ב(1) 168 (2002).

74 עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55.

75 יש לציין, כי במועד שבו ניתן פסק הדין טרם נחקק חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001, ס"ח 378, המעגן בחוק את החובה ליתן הודעה מוקדמת לפני פיטורים או התפטרות.

76 עניין עפיף, לעיל ה"ש 71. ערעור על פסק הדין נדחה מטעמים שבסדרי דין, מבלי שבית הדין הארצי דן לגופו של עניין (תב"ע (ארצי) נא/149-3 טופ טוריסט הוטלס בע"מ – עפיף, פד"ע כג 296 (1991)). בפסק הדין בעניין ארסלן נפסק כי שאלת זכאותו של העובד לפיצויי הלנת שכר עשויה לעלות כשאלה משנית בלבד, הנלווית למחלוקת העיקרית בשאלה בדבר בטלות הפיטורים מעיקרם. לפיכך, אין בכך כדי להוציא את העיקר מגדר הורות (עניין ארסלן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 195-196). עניין גולדבלום, לעיל ה"ש 73.

78 דב"ע (ארצי) נה/125-3 בן דור – ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, פד"ע כט 286, 292 (1996).

ולכן הוא מושק מלהעלות טענות של חוסר סמכות בשלב מאוחר;⁷⁹ השני – מקרים שבהם סבור בית הדין כי ביטול פסק הבוררות בדיעבד, בגלל חוסר סמכות הקשור לנושא הבוררות, עלול לגרום עיוות דין למי מן הצדדים.⁸⁰

לבסוף ראוי לציין כי ההלכה המגבילה, פרי הפסיקה של בית המשפט העליון ובתי הדין לעבודה, קנתה לה אחיזה גם בבתי המשפט המחוזיים. במקרה אחד⁸¹ נמצא שבית המשפט המחוזי דאג להצמיד את ההלכה המגבילה צעד או צעד וחצי קדימה. באותו מקרה לא הסתפק בית המשפט בחזרה על הכלל לפיו בנושא יחסי עובד-מעביד קיימים חוקי מגן, כדוגמת חוק פיצויי פיטורים, שחילוקי דעות בגינם אינם ניתנים להכרעה בבוררות; בית המשפט טרח להוסיף כי בנסיבות אלו הצדדים גם אינם יכולים להסמך את הבורר לנסות להביאם לפשרה. בית המשפט קבע כך למרות סעיף 29 לחוק פיצויי פיטורים, המקנה תוקף להסכם סילוק ופשרה, ובלבד שההסכם עומד בתנאים שנקבעו בסעיף.⁸² אם לא די בכך נקבע, תוך סטייה מפסיקת בתי הדין לעבודה, כי גם השאלה אם

79 כך, למשל, בע"ע (ארצי) 50/03 לביא – "א.ו.ת." (אספקה ותעסוקת כוח אדם) בע"מ, פד"ע לט 372 (2003), נדונה השאלה אם בורר רשאי לדון בהפחתת פיצויי פיטורים בשל חוסר תום לב. באותו עניין פנה הבורר לבית הדין האזורי לעבודה וזה קבע כי הוא מוסמך לדון במכלול היחסים בין הצדדים מתוך הנחה שהיו ביניהם יחסי עובד-מעביד. מרגע שלא ערערו על החלטה זו היא נהפכה לחלוטה, ומכוח ס' 24(א) לחוק בית הדין לעבודה קיבל הבורר את הסמכות לדון בפיצויי פיטורים וממילא גם את הסמכות לדון בזכאות חלקית לפיצויי פיטורים. ראו גם בעניין עפ"י, לעיל ה"ש 71, שם נדונו פיצויי הלנת שכר ונקבע כי הבורר היה מוסמך לדון בהלנת השכר מאחר שהיה מדובר בנושא משני. מעבר לכך נאמר גם כי אפילו לא היה הבורר מוסמך, צריך היה לדחות את בקשת הנתבעת "על הסף" מאחר שזו העלתה את בקשתה לביטול פסק הבורר למרות שהייתה שותפה לגיבוש הנושאים שיועברו בבוררות, בהיותה מיוצגת על ידי משפטן והייתה מודעת לכך שבמהלך הבוררות יעסקו גם בהלנת שכר.

80 ס' 26(א) לחוק הבוררות קובע כי "בית המשפט רשאי לדחות בקשת ביטול על אף קיומה של אחת העילות האמורות בסעיף 24, אם היה סבור שלא נגרם עיוות דין". עניין בן דור, לעיל ה"ש 78, בעמ' 294, המפנה לפסקי הדין ע"א 79/76 מרציאנו נ' בן שושן, פ"ד (3) 729, 735 (1976); ע"א 646/78 חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לג (3) 690 (1979); עניין סחף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 247. בעניין זה נפסק כי עצם ההופעה בפני הבורר, והבאתן של הראיות במלואן ושקילתן די בה לשלול עיוות דין בניהול הבוררות ולהביא לדחיית הבקשה לביטול פסק הבורר. זאת, אפילו כפר המבקש בסמכות הבורר בהזדמנות הראשונה, ואפילו נמצא בסופו של דבר שהבורר היה נעדר סמכות, ואף הכריע בעניינים שאין להביאם להכרעה בפני בורר. ראו גם רע"א 4710/00 גושן נ' סמינירין גבעת חביבה, פ"ד נה (2) 426, 431 (2001); ראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 55, עמ' 482-488.

81 ת"א (חי') 1379/00 מילוא מרכז ישראלי לטיפול ואבחנה נ' דביר (פורסם בנבו, 21.3.2001).

82 ס' 19 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, ס"ח 163.

היה העובד בתפקיד או במעמד של מדריך או מורה, לפי הכללים שחלו במקום העבודה, היא שאלה של סטטוס⁸³ ולכן איננה יכולה להידון בבוררות.

2. הנימוקים לכך שאין להעביר נושאים מסוימים לבוררות

כאשר מדובר בחילוקי דעות לגבי זכויות שהפסיקה כבר סיווגה כקוגנטיות, בתי המשפט או בתי הדין לעבודה אינם נזקקים להסברים. במקרים אלו הפנייה לסעיף 3 לחוק הבוררות סותרת את הגולל על היכולת להעביר את הסכסוך להכרעה בבוררות. לכאורה אין צורך בכל הסבר נוסף. אף על פי כן, פסקי הדין מספקים שפע של הסברים פונקציונליים להצדקתה של ההלכה המגבילה. באופן טבעי, כאשר אופי הזכות שבמחלוקת ברור פחות, או כשאין מדובר כלל בנושאים קוגנטיים כגון בעניינים המסוגלים כ"קונסטיטוציוניים", הפסיקה שוקדת על העלאת הסברים כלליים התומכים בהלכה המגבילה. יש דמיון רב בין ההסברים השונים המונחים בבסיס ההלכה המגבילה, כפי שהם מופיעים בפסיקה של בתי המשפט הכלליים ובפסיקה של בתי הדין לעבודה. עם זאת, בין הנימוקים הייחודיים למשפט העבודה ניתן למצוא נימוקים שמתייחסים לזכויותיו הקוגנטיות של העובד, ולכך שהבוררות עלולה להנציח את פערי הכוחות האינהרנטיים בין העובד למעביד. רשימת הנימוקים שלוקטו וזוקקו מן הפסיקה של בתי המשפט ושל בתי הדין לעבודה, מציירת תמונה בלתי-מחמיאה למוסד הבוררות ולבוררים. בהמשך המאמר, בפרק הנושא את השם "המדיניות הרצויה: דיון מערכת", ייעשה ניסיון להתמודד עם נימוקים אלו, ולהראות כי למרות החסרונות של מוסד הבוררות, המדיניות הרצויה היא להרחיב את גדר הנושאים שיכולים להידון בבוררות, וכי יש דרכים להתמודד עם עיקר החששות המובעים בפסיקה. אלו הם החששות:

- (א) הבורר פוסק לפי שיקול דעתו, מבלי לראות עצמו כבול להוראות החוק. מכאן החשש כי הוראות החוק ייעשו פלסטר;⁸⁴
- (ב) דרכי הדיון בבוררות מתאימות לפתרון סכסוכים חוזיים, אך לא להכרעה בחילוקי דעות בעניין זכויות מכוח החוק, שאין להתנות עליהן;⁸⁵
- (ג) בורר אינו מוסמך לבצע פעולה שצד לבוררות אינו רשאי לעשותה;⁸⁶
- (ד) התפקיד המיוחד של הבורר הוא לתת תוקף לכוונות הצדדים לחוזה, ולא דווקא לדרישות החקיקה;⁸⁷

83 בעניין ישראלי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 279, קבע בית הדין הארצי כי קביעת סטטוס מתייחסת לשאלה אחת בלבד: האם היחסים בין שניים הם יחסי עובד-מעביד או יחסים במישור אחר.

84 ע"א 186/58 גבריאלוב נ' גבריאלוב, פד יג(2) 1263, 1269 (1959); בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56; עניין שבס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 72; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 70.

85 עניין שבס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 72; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71.

86 עניין שבס, לעיל ה"ש 56.

- (ה) בוררות עלולה לגרוע מכוחם של חוקי המגן שנועדו להגן על עובדים, שהם הצד החלש;⁸⁸
- (ו) הליך הבוררות סובל מהיעדרן של שקיפות⁸⁹ ופומביות;
- (ז) בוררות מתאפיינת בהיעדר כפיפות לסדרי הדין ולכללי הראיות הנוהגים בבית המשפט. על הבורר לא מוטלת חובת הנמקה, ופרוטוקול הדיון בבוררות אינו מלא;⁹⁰ ומכאן החשש כי לא יישמרו כללי הצדק הטבעי וייגרם עיוות דין;
- (ח) בבוררות אין זכות ערעור. מידת התערבות של בית המשפט בפסק הבורר היא מצומצמת⁹¹ והביקורת עליו מוגבלת;
- (ט) מתוך הצורך ביציבות ובאחידות יש למנוע מצב שבו הבורר ובית המשפט יגיעו למסקנות מנוגדות;
- (י) שאלות בעלות אופי חוקתי וחשיבות ציבורית,⁹² או שאלות שעשויה להיות להן השלכה רחבה על ציבור גדול של אנשים,⁹³ ראוי שיתבררו בין כתליו של בית המשפט ולא בבוררות;⁹⁴

87 שם, בעמ' 72; Alexander v. Gardner-Denver Co., 413 U.S. 36 (1974), כפי שצוטט בבג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 221.

88 עניין אבין, לעיל ה"ש 57, בפס" 11-13; בש"א (ת"א) 8341/07 עמותת בני ציון בת ים – כברה (פורסם בנבו, 24.6.2008).

89 עניין ת.ע.ל., לעיל ה"ש 73, בעמ' 2.

90 עניין גבריאלוב, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1269; עניין Alexander, לעיל ה"ש 87, המצוטט בבג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 221; ע"א 207/82 כהן נ' בלומברג, פ"ד (ט) 146, 153-152 (1985); עניין שבס, לעיל ה"ש 56, בעמ' 72; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71; עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

91 בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56; עניין ת.ע.ל., לעיל ה"ש 73, בעמ' 2.

92 עניין כפר מחולה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 276-277, 287; ה"פ 11136/99 אג"ד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – בודאי (פורסם בנבו, 30.5.2001). בפסיקה התקבלה ההבחנה בין "עניינים קונסטיטיוציוניים" לבין "עניינים פנימיים" הנוגעים לעסקי האגודה. סכסוכים "פנימיים" הם סכסוכים הנובעים מניהול העסקים, במובן הרחב ביותר, של האגודה עם חבריה. לעומתם סכסוכים "קונסטיטיוציוניים" הם מקרים מיוחדים המעוררים שאלות עקרוניות כגון חוקיותם של מוסדות האגודה, חוקיות פעולותיה של האגודה או שאלה בדבר תוקף בחירתם או מינוים של חברים למוסדות האגודה. סכסוכים אלה חייבים להתברר בפני בית משפט. מאחר שמדובר בסכסוכים בדבר חוקיותן של פעולות האגודה, הרי לפי מהותם הם סכסוכים שכלל אינם יכולים לשמש נושא להסכם בין הצדדים במובן של ס' 3 לחוק הבוררות. נמצא כי הוצאתם של סכסוכים "קונסטיטיוציוניים" אלה מתחום הבוררות נובעת, בסופו של דבר, מדיני הבוררות הכלליים.

93 ה"פ (מחוזי ת"א) 382/90 (ת"א 2796/89) תנובה מרכז שיתופי נ' זיר, רו"ח מפרק "אטלנטיק" חברה לדייג ולספנות בע"מ, פ"מ התשנ"א (2) 353 (1991); עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

94 בר"ע (ארצי) 2180/01 קיבוץ גבעת חיים מאוחד נ' עין דר-נהרי (פורסם בנבו, 21.2.2002); עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

(יא) יש ספק בדבר יכולתו של הבורר להתמודד עם מסכת יחסים מורכבת או עם בעיות משפטיות מובהקות וסבוכות.⁹⁵

ראוי לציין כי חלק משופטיו של בית המשפט העליון מתחו ביקורת על ההסברים התולים את האיסור להעביר נושאים מסוימים לבוררות בחשיבות הציבורית, במורכבות או במסובכות המשפטית, או בצורך בדיון פומבי בין כתליו של בית המשפט. כך, למשל, השופטים ברנזון וטירקל אינם רואים הבדל בין יכולותיהם של הבורר ושל השופט לדון בשאלות משפטיות מורכבות. לדעת השופט ברנזון, אין בנמצא:

[...] סכסוך כספי או עסקי, שמפאת טיבו או אופיו אינו ראוי להכרעה משפטית ומשום כך לא למסירה לבוררות [...] בדרך כלל, כל סכסוך או מחלוקת בעלי אופי שיפוטי, שניתן להביאם להכרעה בית משפט, ניתן גם, בהסכמת הצדדים, להפנותם לבוררות. [...] לבוררות רגילה ניתן למסור כל סכסוך, יהא טיבו ואפיו אשר יהיה, כל עוד אין הדבר נמנע על פי הוראת חוק מיוחדת השייכת לעניין.⁹⁶

השופט טירקל היה נכון להפקיד שאלות משפטיות מורכבות גם בידי של בורר שאינו משפטן. אליבא דהשופט טירקל:

[אין] טעם מעשי או הגיוני ששאלה מורכבת – משפטית או אחרת – ואפילו היא מורכבת מאד, או שאלה משפטית שיש לה השלכה כללית, לא תוכרע על ידי בורר, בין שהוא משפטן ובין שאינו כזה [...] קו הגבול המבדיל בין שאלות כאלה לבין שאלות הראויות להידון בבוררות הוא מטושטש [...] מכל מקום, אם מתעוררת שאלה משפטית, הרי "הבורר רשאי להביא שאלה משפטית [...] לפני בית המשפט בדרך אבעיה לשם מתן חוות-דעת" [...].⁹⁷

חלק מהשופטים בבית המשפט העליון אינם רואים בהיעדרן של שקיפות או פומביות טעם להגבלת הנושאים שניתן להביא לבוררות. כדברי השופט עציוני, "בכל הפסיקה והספרות המשפטית, בין באנגליה ובין בארץ, לא מצאתי נימוק כזה – על הצורך בפומביות הדיון בגלל העניין הציבורי שבסכסוך – כנימוק לאי קיום סעיף

95 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56; ע"א 55/59 עולש מושב עובדים להתישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' פיין, פ"ד יג(1) 856, 859 (1959); עניין כפר מחולה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 271-277; ה"פ (ת"א) 556/81 "שלב" קואופ. מאוחד להובלה בע"מ נ' גרין, פ"מ התשמ"ג(1) 77, 82 (1982).

96 ע"א 591/73 בשיסט נ' אגודת הכורמים של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ, פ"ד כח(1) 759, 762-763 (1974).

97 עניין כפר מחולה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 288.

בוררות [...]”⁹⁸. השופטים עציוני ושמגר (כתוארו אז) אף הטילו ספק בתועלתה ובתרומתה של הפומביות כפי שזאת מתבטאת בפרסומים באמצעי התקשורת, מחד גיסא, ובהיעדרן של נורמות המונעות פרסום של פסקי בוררות, מאידך גיסא.⁹⁹ לדברי השופט שמגר:

[...] קיום הליכים בבית-משפט אין בו כשלעצמו כדי לזכות את הדיונים בפומביות מן הבחינה ובצורה אליה מתאווים חברי הנכבדים, כפי שאין גם להסיק שביוררו של סכסוך בדרך הבוררות יהפכנו בשל כך דוקא לסודי ולנסתר מעיני הציבור; כי אליה וקוץ בה: הסינון והבירור של ההליכים, הראויים לפרסום, נעשים על-פי אמות-מידה אשר לעתים קרובות אין בינן לבין מטרות המשפט ולא כלום ודבר זה אולי גם מובן וטבעי הוא. משמע כי השיקולים המשפיעים – ואף חולשים – בתחום זה, הם מגוונים מדי כדי שבית-משפט יוכל להשתית על כגון דא את החלטתו לעניין כיבודו של הסכם בוררות תקף. סיכומו של ענין, מחד גיסא אין דבר שימנע פרסום ברבים של הליכי הבוררות ותוצאותיה ומאידך גיסא, אין ערובה כי הליך בבית-משפט יזכה למידת וצורת הפומביות, המשרתת את מטרתה.¹⁰⁰

1. על יציבותה הבלתי-מעוררת של ההלכה המגבילה

ההלכה המגבילה היא כה מושרשת, מגובשת ויציבה עד שנראה כאילו שום דבר אינו יכול לה. גם כשהצביע בית המחוקקים, באמצעות חקיקתו של סעיף 79 ב לחוק בתי המשפט, על הצורך להרחיב את השימוש בבוררות, מתוך הכרה ביתרונות של ההליך, הן מבחינת הצדדים והן מבחינת האינטרס הציבורי של הקלת העומס המוטל על בתי המשפט, וניתן היה לכאורה לחסות בבטחה בצל תכליתו של התיקון לחוק ולפרשו בצורה שתגדיל ולו במעט את מרחב המחיה של הבוררות – גם אז העדיפו בתי המשפט ובתי הדין לעבודה להשאיר את ההלכה המגבילה על מכונה. כך עולה מהצהרתו של בית

98 בעניין בגון, לעיל ה"ש 17, לדעת השופט עציוני, אם בתי המשפט יראו בהיעדרה של פומביות הדיון טעם מיוחד, "הרי ייצא, ששום גוף ציבורי, כגון המדינה, הסוכנות, ההסתדרות, הסכמתם לבוררות לא תהיה מחייבת ובית-המשפט יוכל תמיד לסרב לעכב את ההליכים בבית-המשפט, כאשר אחד מהצדדים יבקש זאת. אינני יכול להעלות על הדעת סכסוך, שבו המדינה או אחד מהמוסדות הציבוריים צד לו, שייחשב סכסוך שאין ענין בו לציבור. אם נקבל טעם זה, כמו ידינו נגדע את הענף עליו נשען חוק הבוררות". שם, בעמ' 318.

99 שם, בעמ' 328.

100 שם, בעמ' 329.

הדין הארצי בפסק דין נורטון,¹⁰¹ לפיה המנדט שקיבלו השופטים להעביר חילוקי דעות לבוררות אינו אמור לשנות את היקף העניינים שבהם ניתן לדון בבוררות. התיקון לחוק בתי המשפט לא היה בבחינת מקרה יחיד. למרות הרטוריקה הממוחזרת בפסיקתם של בית המשפט העליון ושל בית הדין הארצי לעבודה בדבר יתרונויה הסגוליים של הבוררות והצורך בהעלאת קרנה, עד כה דחתה מערכת המשפט את ההזדמנויות שנקרו בדרכה ליצור גומחה שבה תורשה הבוררות לתפקד ללא מגבלות ההלכה המגבילה. החמצת ההזדמנות אירעה גם במצבים מיוחדים מבחינת התשתית המוסדית או החוקית, כאלה שהיו אמורים לכאורה להוביל להסרת המגבלות המוטלות על הנושאים שניתן להביאם לבוררות. פרק זה יעסוק בשתי דוגמאות המוכיחות כי בית הדין ממשיך לדבוק בגישתו הבלתי-מתפשרת, ואינו מאפשר אפילו במקרים קיצוניים אלו להעניק לבוררות מרחב מחיה. הדוגמה הראשונה קשורה בבית הדין של מכבי; השנייה – בבוררות לפי חוק הספורט.

1. בית הדין של מכבי

הדוגמה הראשונה לקוחה מפסק הדין הסתדרות מכבי ישראל – אמיר גולדבלום. ייחודו של פסק הדין בכך שהפגיש את ההלכה המגבילה עם מוסד בורות קבוע בעל מאפיינים ייחודיים – בית הדין של מכבי שירותי בריאות (להלן: בית הדין של מכבי).¹⁰² כמתואר בפרק ה' לעיל, מוסד בורות זה היה בעבר נשוא של אחת מאבני הדרך בהתפתחותה של ההלכה המגבילה – פסקי הדין בעניין בלכנר בבית הדין הארצי¹⁰³ ובבג"ץ¹⁰⁴. במקרה זה הוגשה לבית הדין לעבודה תביעה כי יצהיר שהתקיימו יחסי עובד ומעביד בין הרופא לבין מכבי ויקבע את זכאותו של הרופא לזכויות שונות. מכבי הגישה בקשה לעיכוב הליכים, בהסתמך על הסכם שנחתם בינה לבין הרופא ועל התקנון שחל על יחסיה עם הרופא. לפי התקנון, בית הדין של מכבי אמור היה לשמש כמוסד של בורות בכל חילוקי הדעות בין מכבי לבין עובדיו, לרבות בחילוקי הדעות בכל הקשור ליחסי עובד-מעביד. המיוחד במקרה זה היה שלבית הדין של מכבי כמה מאפיינים מבניים ותפעוליים ייחודיים, שלכאורה היו אמורים להוביל את בית הדין הארצי לחרוג מההלכה המגבילה:

ראשית, אף-על-פי שבית הדין הוקם והוסדר בתקנון שחופר על-ידי המעביד, בית הדין הוא עצמאי ובלתי-תלוי. בית המשפט המחוזי קבע בעבר כי מדובר בבית דין בלתי-תלוי ברצונה של מכבי ואינו נתון להשפעתה. בית הדין מורכב מעשרים חברים.

101 דב"ע (ארצי) נו/3-295-נורטון סוכני מכס בע"מ – מימרן, פד"ע לא 468, 476 (1996).

102 עניין גולדבלום, לעיל ה"ש 73.

103 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56.

104 בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 220.

בראשו עומד שופט המכהן כאב בית הדין, והוא ממנה בכל סכסוך את ההרכב שישב לדין. לפיכך, גם אם מדובר בחוזה אחיד – העברת ההכרעה לבוררות איננה תנאי מגביל או מקפח;¹⁰⁵

שנית, כדי למנוע ניגוד עניינים חברי בית הדין אינם נושאי משרה או עובדים של מכבי. מרביתם עורכי־דין חיצוניים מכובדים¹⁰⁶ שאין להם קשרי עבודה עם מכבי¹⁰⁷ או עם רופאים המועסקים במכבי. בראשו עמדו ועומדים שופטים של בית המשפט העליון¹⁰⁸ והמחוזי;

שלישית, הבוררות בבית הדין מתנהלת בפני מותב של שלושה, ולעובד שמורה זכות למעורבות מסוימת בבחירה של חברי המותב. הוא רשאי לערער על קביעת ההרכב שנקבע כדי לדון בעניינו, ואף לבקש את פסילתו של מי מחברי ההרכב או את כולו. כמו כן, בית הדין כפוף בהחלטותיו לדין המהותי, והוא חייב לנהל פרוטוקול ולנמק את החלטותיו. בית הדין גם מוסמך להעניק כל סעד שניתן לקבלו בבית הדין לעבודה. בית הדין של מכבי הוא דוגמה לבוררות מוסדית שלכמותה ייחלה ועדת ברנזון.¹⁰⁹ הכוונה לכך שהבוררות מתנהלת במוסד קבוע, תחת מערכת מיוחדת של כללים המתווספים להוראותיו של חוק הבוררות, והמוסד מנהל ומפקח על מינוי הבוררים ואיכותם, כמו גם על אופן הניהול של הבוררות. מאפייניו המיוחדים של בית הדין של מכבי מספקים תשובה הולמת לרוב החששות או החסרונות של הבוררות, שהביאו את בתי המשפט ואת בתי הדין לעבודה לאמץ את ההלכה המגבילה. אם לא די בכל אלו, התברר כי בדיון בבית הדין כלל לא כפרה מכבי בכך שהתקיימו יחסי עובד-מעביד בינה לבין הרופא. מכבי אף לא כפרה בזכאותו של הרופא לזכויות שונות מכוח חוקי המגן. לפי טענת מכבי, רק חלק קטן מן התביעה (11%) היה קשור לחוקי מגן ולצווי הרחבה (תוספת יוקר, פדיון חופשה, הבראה ונסיעה). כל מה שהתבקש על־ידי מכבי היה לברר את הסכסוך במוסד הבוררות הקבוע בהתאם להוראות התקנון.

105 בר"ע (מחוזי ת"א) 4193/77 ההסתדרות מכבי ישראל קופת חולים מכבי נ' אולסנר, פ"מ לח(1) 3 (1977).

106 ת"א (ת"א) 2140/01 מכבי שירותי בריאות נ' לוי (פורסם בנבו, 31.5.2002).

107 כפי שנקבע על ידי בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 1380/01 מאיר – מכבי שרותי בריאות (פורסם בנבו, 28.10.2002).

108 באחד מפסקי הדין העוסקים בבית הדין נאמר כי אב בית הדין הוא שופט בית המשפט העליון בדימוס דב לוי, וכי המותב שכהן בבוררות כלל שני עורכי־דין בכירים ורופא. ראו בש"א (אזורי חי') 16370/98 מכבי שרותי בריאות (לשעבר: קופת חולים מכבי) – לבל (לא פורסם, 20.7.1999).

109 דו"ח ברנזון, לעיל ה"ש 37, עמ' 3. בוררות מוסדית מקובלת בסכסוכים מסחריים בינלאומיים (administered arbitration). בארץ הוקם המוסד לבוררות עסקית על-שם פרופ' סמדר אוטולנגי, והבוררות המתנהלת במסגרתו היא בוררות מוסדית. הכוונה לכך שפרט לחוק הבוררות, הבוררות מתנהלת תחת מערכת מיוחדת של כללים ובפיקוח של המוסד הממנה את הבוררים ומתפעל את הליכי הבוררות. רבים מהטריבונלים הפנימיים בישראל פועלים לפי המודל של בוררות מוסדית.

בית הדין לעבודה קיבל את טענת מכבי, לפיה חלק הארי של התביעה אינו קשור לזכויות קוגנטיות או לעצם הזכאות לזכויות קוגנטיות. מכאן שהסכסוך כולו הוא בר-בוררות על-פי החריג לפיו הטפל הולך אחר העיקר. בית הדין גם הגיע למסקנה, מוזרה על פניה, לגבי הזכות לדמי הבראה ולדמי נסיעה (שתייהן זכויות קוגנטיות), וקבע כי לגביהן ניתן לפנות לבוררות שכן מדובר בבעיות חישוב בלבד.¹¹⁰ אף על פי כן, בית הדין לעבודה לא היה מוכן ללכת עד הסוף – לעכב את ההליכים ולשלוח את הסכסוך כולו לבוררות. הוא בחר לאחוז בסכסוך ולו באופן סמלי. בית הדין הסכים לעכב את ההליכים לגבי חלק מן התביעה, אך השאיר בבית הדין לעבודה את התביעה לגבי רכיב קטן אחד – פדיון חופשה.

פסק דין קיצוני זה מבטא גישה דוגמטית של בית הדין הארצי לעבודה כלפי הבוררות. פסק הדין הוא בעייתי, הן במישור הקונקרטי-מצבי והן במישור העקרוני-מערכתי.

המישור הקונקרטי-מצבי: שופטי בית הדין לא קבעו שבית הדין של מכבי נגוע בחוסר ניטרליות או בהיעדר מומחיות משפטית. כל שנאמר הוא שכוחו של בית הדין של מכבי כמוסד בוררות מוגבל. יכולת ההכרעה שלו מסתיימת כשיש להכריע דווקא באשר לפדיון חופשה.

החלטתו של בית הדין לדחות חלקית את בקשת העיכוב, לפצל את הדיון ולהשאיר בידיו את ההחלטה בדבר פדיון חופשה לוקה בשניים. ראשית, פסק הדין התעלם מהחריג להלכה המגבילה בדבר עניין משני וטפל לעומת עיקר. כתוצאה מכך, בהתנגדותו הבסיסית לבוררות הקריב בית הדין גם את ערך יעילות הדיון, המצביע במקרה זה על יתרון בריכוז הליכים בפורום אחד, קרי: בית הדין של מכבי. שנית, הנושא היחיד שהושאר על-ידי פסק הדין להכרעה מאוחרת בבית הדין לעבודה מכוחה של דוקטרינת ההלכה המגבילה – הזכות לפדיון חופשה – הוא נושא טפל ושולי, הן מבחינת המדיניות של משפט העבודה והן מבחינה כספית ומשפטית. ככלות הכול, הזכות לפדיון חופשה מתגבשת לאחר תום קשר העבודה; היא אינה קשורה לשמירה על בריאותו של העובד, על הכנסתו או על איכות חיי העבודה שלו, לבטח לא בצורה ישירה. לכן הזכות לפדיון חופשה אף איננה מתאימה מבחינת אופייה להימנות בזכויות הקוגנטיות¹¹¹ שאינן ראויות להידון בבוררות.

המישור העקרוני-מערכתי: ההיבטים המבניים והתפעוליים המיוחדים הופכים את בית הדין של מכבי, שהוא למעשה מוסד או טריבוטל בוררות, לגוף מעין-שיפוטי הדומה מאוד לבית הדין לעבודה. הפרופיל המיוחד של בית הדין של מכבי – העומדים בראשו,

110 מכבי טענו כי שתי זכויות אלו נכללו בשכר; ראו עניין גולדבלום, לעיל ה"ש 73.

111 ראוי לזכור כי הקוגנטיות של חוקי המגן במשפט הישראלי מקורה בשיקולי מדיניות שבוטאו בפסיקה, לא בהוראות שנקבעו בחקיקה עצמה. ראו דב"ע (ארצי) לג/12-3 צייבוטרו – אברהם, פד"ע ד(1) 177, 173 (1972).

מבנהו, זהות הבוררים והכללים המנחים את הדיונים ואת אופן קבלת ההחלטות – מאפשר להניח כי ביכולתו להבטיח לצדדים דרגת ניטרליות ואיכות דיון הדומים במידה רבה לאלו המאפיינים את בית הדין לעבודה. על סמך מאפיינים ייחודיים אלו יכול היה בית הדין הארצי לעבודה, לו רצה, לבנות – על-פי מידותיו של בית הדין של מכבי – מודל חדש של בוררות שאינה כפופה להלכה המגבילה. נאמן למסורת הרטוריקה שילם בית הדין מס שפתיים בכך שהחמיא לבית הדין על הניטרליות והמומחיות המשפטית; אולם, ברמה האופרטיבית בחר בית הדין לעבודה להתעלם מייחודיותו של בית הדין של מכבי, החיל לגביו את הכללים השמורים לבוררות באשר היא, והחמיץ בכך הזדמנות פז לתרום מערכתית לפיתוח ולטיפוח הבוררות.

לאחרונה, הייתה לבית הדין הארצי לעבודה הזדמנות נוספת לדון במעמדו של בית הדין של מכבי.¹¹² סיפור העלילה של הסכסוך היה שונה. בית הדין של מכבי זכה שוב לתשבחות, התוצאה זהה. במקרה זה רופאה תבעה את מכבי בגין פיטורים שלא כדין. לטענת הרופאה, פיטוריה נבעו מאי-השלמתה עם גילויי שחיתות במקום העבודה ועם היותה קרבן להטרדה מינית. בית הדין האזורי סבר כי יש להעביר את חילוקי הדעות לבוררות בבית הדין של מכבי. בית הדין קמא ביסס את החלטתו על ארבעה נימוקים: (1) התביעה לביטול הפיטורים בגין אי-חוקיותם אינה קשורה לזכויות מכוחם של חוקי מגן; (2) אין מניעה לדון בבוררות בהתנהגות מנהליה בכל הקשור לטענתה של התובעת בדבר חשיפת שחיתויות והטרדה מינית; (3) הסעדים שהתובעת עשויה לקבל בבוררות זהים לאלה שבית הדין לעבודה יכול להעניק לה; (4) יש לכבד את המנגנון של "מעין-בוררות", שנועד לעודד יישוב סכסוכים במנגנוני בירור פנימיים.

בית הדין הארצי הפך את ההחלטה. אמנם הוא הרעיף דברי שבח על הבוררות ככלל ("הליך הבוררות הוא דרך המלך [...]"),¹¹³ ועל בית הדין של מכבי בפרט ("[...] מדובר במוסד בוררות המסוגל להכריע באופן הוגן בסכסוכים [...]").¹¹⁴ אולם בניגוד לנאמר בו,¹¹⁵ פסק הדין משקף תפיסה מונופוליסטית, היעדר כבוד למנגנונים פנימיים ליישוב של חילוקי דעות, הכללה וחוסר אמון בסיסי במוסד הבוררות.

בית הדין הארצי לעבודה, מפי השופטת ארד, ביסס את החלטתו על שישה אדנים. לפי הראשון, הגנה על עובדים חושפי שחיתויות והגנה מפני הטרדה מינית שייכות למשפחת הזכויות המגנות, בדומה לזכויות מכוח חוקי המגן. מאחר שאין תוקף להסכמת עובד להיות מוטרד מינית, או לא להיות מוגן בעת חשיפת שחיתויות, נושאים אלו אינם יכולים להידון בבוררות. לפי האדן השני, מסירת סכסוך העוסק בטענה הקשורה לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל תקין) לבוררות

112 עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

113 שם, בעמ' 3.

114 שם, בעמ' 10.

115 שם.

עלולה להוביל לתוצאות הבאות: (1) סיכול מטרת החוק; (2) הכשרה של מעשי שחיתות; (3) חשיפת העובד לניצול מוסרי, ערכי וכלכלי; (4) העלמת מעשי שחיתות מידיעת הממונים על העובד ומהרשויות. לפי האדן השלישי להחלטת בית הדין הארצי, רק לבית הדין לעבודה מומחיות מיוחדת שתאפשר לו לשקול את התוצאות הצפויות של צו עשה על יחסי העבודה, ואת התוצאות של עניינים מורכבים אחרים בעלי השלכות רוחב על התנהלות המעביד ועובדיו במקום העבודה. לפי האדן הרביעי, מדובר בחוק חדש יחסית שטרם זכה לפיתוח ולביסוס בפסיקה. לפי האדן החמישי, בירור המקרה דורש שמיעת ראיות מדוקדקת ואילו הבורר אינו כפוף לדין המהותי ולסדרי הדין והראיות. לפי האדן השישי והאחרון לביסוס החלטתו של בית הדין הארצי, בירור טענות כלפי מכבי, כ"גוף ציבורי", מקומו אך ורק בדין פומבי ופתוח, ולא במסתור, מאחורי הפרגוד של הליך בורות.

הנשיא אדלר הצטרף לנימוקיה של השופטת ארד והוסיף נימוק משלו: התביעה מעוררת נושאים שיש לציבור עניין מיוחד בהם, ולכן הם צריכים לעמוד לבחינה מדוקדקת של בית הדין לעבודה. הנשיא טרח להעיר כי אין בהחלטה משום הבעת אי-אמון בבית הדין של מכבי, וכי דווקא יש לעודד מסירת סכסוכים שגרתיים להכרעתו. בשולי דבריהם של השופטים ראוי להעיר כמה הערות. ראשית, פסק הדין אזכר אמנם את הכפיפות של בית הדין של מכבי לדין המהותי, אולם באותה עת התעלם פסק הדין מכפיפות זו וכרך את בית הדין של מכבי, לצורך שלילת הסמכות, עם כלל ההליכים לפי חוק הבוררות, שככלל אינם כפופים לדין המהותי. שנית, פסק הדין התעלם מכך שדווקא החוק למניעת הטרדה מינית מעודד יישוב של סכסוכים בעזרת מערכות פנים-ארגוניות,¹¹⁶ ומכך שזאת אף המגמה המסתמנת בעולם המערבי.¹¹⁷ שלישית, פסק הדין גם התעלם מכך שדווקא להנהגת ארגון ציבורי כמו מכבי יש אינטרס בחשיפת מעשי שחיתות המבוצעים ב"רצפת המפעל", וכי לטריבוונל מעין-שיפוטי פנימי דוגמת בית הדין של מכבי יש מוטיבציה וכלים לבירור נושא מסוג זה. רביעית, חרף ההצהרה של הנשיא כי יש לעודד מסירת נושאים שגרתיים לבוררות בבית הדין של מכבי, אין בפסק הדין כל אזכור להחלטתו הקודמת של בית הדין הארצי בעניין גולדבלום,¹¹⁸ שבה נשללה, כזכור, סמכותו של בית הדין של מכבי לדון בחילוקי דעות בדבר פדיון חופשה – חילוקי דעות שאינם מגיעים אפילו לדרגת סכסוך שגרתית.

ברמה המערכתית, פסק דין זה, על שלל נימוקיו, מבליט את מערכת הדימויים שהנביטה, הצמיחה וממשיכה לטפח את ההלכה המגבילה. לפי מערכת דימויים זו,

116 ראו ס' 7 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166, ותק' 4-7 לתקנות למניעת הטרדה מינית (חובות מעביד) התשנ"ח-1998, ק"ת 1132.

117 מרדכי מירוני "חידושים וחדשנות בניהול משא-ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה" משפט ועסקים 3, 75, 114-117 (2005).

118 לעיל ה"ש 73.

בוררים – לרבות משפטים הגונים ומיומנים – הנוטלים חלק בבוררות של בית הדין של מכבי תחת עינו הפקוחה של שופט עליון בדימוס, אינם מסוגלים לשמוע ראיות ולבחון נושאים חשובים בצורה מדוקדקת, או לשקול תוצאות צפויות של צו עשה והשלכות רוחב על יחסי עבודה. לפי מערכת דימויים זו, הליך הבוררות הוא בעצם אמצעי להסתרה, להכשרה ולהעלמה של מעשי שחיתות מהממונים ומהרשויות, כמו גם לחשיפת העובד לניצול.

על רקע דברים אלו ברור שעד שבית הדין לעבודה לא יבחן מחדש וישנה את מערכות הדימויים שבהן הוא מחזיק לגבי עצמו ולגבי הליך הבוררות והבוררים, תמשיך ההלכה המגבילה להחניק את הסיכוי לפיתוח הבוררות.

2. בוררות חובה בחוק הספורט

בשנת 1988 נחקק חוק הספורט¹¹⁹ אשר אפשר למוסדות הספורט להקים ערכאות של שיפוט פנימי. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

כדי לאפשר להתאחדויות ולאיגודי הספורט לקיים פעילות תקינה ושוטפת, מוצע לעגן בחוק את סמכותם להתקין תקנונים מחייבים, לרבות בענייני משמעת ושיפוט פנימי, ובכך למסד להלכה את מוסדות השיפוט הפועלים למעשה זה מכבר ליד ההתאחדויות ואיגודי הספורט.¹²⁰

בהוראת סעיף 10 לחוק הספורט, המחייבת התקנת תקנונים המסדירים את עניין השיפוט הפנימי, ניכרת מגמתו הבוררה של המחוקק להעביר את כלל חילוקי הדעות בין גופי הספורט לבין המאמנים והספורטאים לדיון בפני מוסדות השיפוט הפנימיים. סעיף 11 לחוק מעניק אוטונומיה שיפוטית למוסדות השיפוט שנקבעו בתקנון.¹²¹ ואכן, מכוח

119 חוק הספורט, התשמ"ח-1988, ס"ח 122.

120 דברי ההסבר להצעת חוק הספורט, התשמ"ז-1987, ה"ח 271, 274.

121 בפסק הדין ע"א 463/90 איגוד הכדורסל בישראל נ' ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים, פ"ד מד(2) 806, 810 (להלן: עניין איגוד הכדורסל) נאמר בזו הלשון: "לאור האמור בסעיף 11 לחוק הספורט, ברי שלא רק כוונת הגורמים המוסמכים באיגוד, אלא גם כוונת המחוקק הייתה, שסכסוכים בעניינים הקשורים לפעולות במסגרת האיגוד, יובאו בפני מוסדות הספורט הפנימיים של האיגוד. כבר נקבע לא אחת לגבי גופים וולונטריים, שכשיש לאלה מנגנון שיפוט פנימי, מן הראוי למצות את אותם הליכי שיפוט פנימיים. הדבר ראוי הן משום שכך קבעו אותם גופים וולונטריים, כשכל המצטרף אליהם יודע ומקבל על עצמו את ההוראות בדבר השיפוט הפנימי, והן משום שלמוסדות השיפוט של גופים אלה הידע והמומחיות, הקשורים בפעילות אותם גופים. וכך בענייננו: אין ספק שלשופטים בבית הדין יש את הידע והניסיון הנוגע לפעולות האיגוד והאגודות המסונפות אליו, ידע וניסיון שיש בהם לסייע ולהקל על קבלת ההכרעות המתאימות. יש להזכיר בהקשר זה, שכל חברי בית הדין הם משפטים (סעיף 6(ב)(3)(ב) של תקנון היסוד). כך שגם מלאכת פירוש משפטי של התקנונים אינה

סעיף זה הוקם המוסד לבוררות של התאחדות הספורט, המורכב ממשפטנים בעלי ידע ומומחיות בתחום. מוסדות בוררות דומים פועלים גם בהתאחדות לכדורגל ולכדורסל. פרט להיותו מוסד בוררות קבוע המתבסס על משפטנים מומחים, יש למוסד הבוררות יתרון חשוב נוסף בתחום האכיפה: אם קבוצה אינה מציינת לפסק הבוררות היא עלולה להיענש בעונש הקיצוני ביותר בעולם הספורט – הפסקת פעילות.¹²²

בתקנון נקבע כי נושא הבוררות הוא, בין השאר, כל סכסוך הנוגע ליחסים החוזיים בין הקבוצה לספורטאי. בסעיף 3 לתקנון המוסד לבוררות של ההתאחדות לספורט בישראל, שכתרתו "בוררות חובה", נקבע כי "כל סכסוך [...] יובא לדיון אך ורק במסגרת המוסד לבוררות".

השימוש במושג "בוררות חובה"¹²³ בכותרת הסעיף נועד להדגיש כי הבוררות לפי חוק הספורט, שמקורה בציווי חיצוני לצדדים, נבדלת מבוררות מוסכמת שמקורה בהסכם בין הצדדים. חוק הבוררות דן בבוררות שהיא תוצר של הסכם בכתב למסור לבוררות כל סכסוך שנתגלע בין הצדדים להסכם. לפי לשון הסעיף בתקנון, בוררות מכוח חוק הספורט נבדלת מבוררות מכוח הסכם ולכן היא נקראת גם "בוררות מכוח חוק".¹²⁴ לבתי הדין הפנימיים של האיגודים או ההתאחדויות השונות הוקנתה על-ידי המחוקק סמכות שיפוט בלעדית.¹²⁵ ברם, במקרה של חוק הספורט יש זיקה בין שני סוגי הבוררות: מרגע שהצדדים נזקקים לבוררות מכוח חוק הספורט, הבוררות מתנהלת לפי חוק הבוררות, למרות העובדה שחוק הבוררות עצמו מתייחס לבוררות מכוח הסכם.¹²⁶

מערכת המשפט רואה את הקמתם של מוסדות הבוררות בספורט כהסדר רצוי המאפשר תגובה מהירה ומיידית.¹²⁷ בית הדין הארצי ובית המשפט העליון אמרו

זרה להם. פניה למוסדות השיפוט הפנימיים לצורך הכרעה בסכסוכים, קודם פניה לבית המשפט יהיה בה גם למנוע ריבוי מיותר של פניות חברי איגודים וולונטריים למיניהם לבית המשפט".

122 דרורה פלפל **הספורט בראי המשפט** 166 (1994).

123 בוררות חובה היא בדרך כלל יציר החוק ולכן היא מכונה גם "בוררות מכוח חוק". ראו מרדכי מירוני **בוררות בסכסוכי עבודה: המוסד לבוררות מוסכמת – תקנות ולקחים** 21 (1988).

124 ראו הטקסט וההפניות, שם.

125 פלפל, לעיל ה"ש 122, בעמ' 167-169. ראו גם עניין איגוד הכדורסל, לעיל ה"ש 121, בעמ' 812; בר"ע (ארצי) 1020/00 כהן – מכבי תל-אביב, מחלקת הכדורגל (פורסם בנבו, 18.6.2000) (להלן: עניין מכבי תל-אביב). בפסק הדין האחרון קבע בית הדין הארצי, מפי השופט רבינוביץ', שיש מגמה חקיקתית ברורה להחלת בוררות חובה בכל הקשור לפתרון סכסוכים בין ספורטאי לבין קבוצתו; על כן, אף אם לא היה סעיף בוררות בהסכם בין הספורטאי לבין הקבוצה, היה מקום להיעתר לבקשה להעברת הסכסוך הנובע מהסכם העבודה לבוררות מכוח חוק הספורט. שם, בפס' 9.

126 פלפל, לעיל ה"ש 122, בעמ' 167.

127 תב"ע (ארצי) נא/202-15 התאגדות לתרבות גופנית "הפועל" סניף אשדוד – ספורטס, פד"ע כה, כט (1992) (להלן: עניין ספורטס); עניין בן דור, לעיל ה"ש 78; ע"ע (ארצי) 100005/97 עג'אג' –

שהקמתו של מנגנון בוררות המיוחד לספורט הינה התפתחות חיובית, המציעה מסלול דיוני גמיש ומהיר שיקל על העומס בבתי המשפט.¹²⁸ עוד נקבע כי בגלל חוסר התלות של הבוררים סעיפי הבוררות אינם בבחינת תנאי מקפח;¹²⁹ ומאחר שמדובר במוסד שיפוט פנימי, שכל פעילותו מתרכזת בתחום אחד, יש לבוררים במוסד רמה גבוהה של ידע, מומחיות וניסיון,¹³⁰ וניתן להפקיד בידיהם גם הכרעות בנושאים בעלי אופי עקרוני.¹³¹

אין ספק שחוק הספורט העניק לשופטי בית הדין לעבודה הזדמנות לחרוג מן ההלכה המגבילה. מדובר בבוררות מכוח חוק ספציפי, על-ידי מוסד קבוע בעל סמכויות אכיפה מיוחדות, שנקבע לגביו כי כל סכסוך יובא רק אליו.¹³² נוסף על כך, עמדה לפנייהם חוות הדעת בספרה של השופטת דרורה פלפל, שהבהירה כי מגמתו של חוק הספורט היא להעביר להכרעת המוסדות הפנימיים של האיגודים או ההתאחדויות את מכלול הסכסוכים הקשורים בספורט, לרבות בנושא שכר, הלנתו ותשלומים אחרים הנובעים מיחסי עובד-מעביד. לדעתה של השופטת פלפל, הוראות חוק הספורט מאפשרות להעביר לבוררות גם נושאים מתחום משפט העבודה המגן.¹³³

נראה כי גם במצב דברים זה – ובניגוד לגישה האסטרטגית הגורסת כי יש לפתח את הבוררות ולהעביר אליה כמה שיותר סכסוכים, וכן בניגוד להצהרת בית הדין הארצי כי מהוראות חוק הספורט עולה כוונת מכוון לרכז את יישוב המחלוקות במסגרת השיפוט הפנימי¹³⁴ – בתי הדין ממשיכים לדבוק בהלכה המגבילה ומחילים אותה גם כשמדובר בבוררות בספורט. יצוין כי הנושא התעורר עד כה באופן מלא רק בבתי הדין האזוריים לעבודה, והדעות בהם נחלקו בין שתי גישות מרכזיות. לפי הגישה הראשונה, ההלכה המגבילה איננה חלה על בוררות מכוח חוק הספורט. כך, למשל, נקבע בפסק הדין בן

הפועל שפרעם (פורסם בנבו, 6.11.2000) (להלן: עניין עג'אג'); עניין מכבי תל-אביב, לעיל ה"ש 125.

128 עניין מכבי תל-אביב, שם.

129 שם, בעמ' 6.

130 עוד על מוסדות שיפוט פנימי ראו ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' לוי, פ"ד לא(2) 265 (1977); ע"א 674/89 טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 715 (1991); ע"א 835/93 איגנט נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד מט(2) 793, 823 (1995).

131 עניין איגוד הכדורסל, לעיל ה"ש 121, בעמ' 809.

132 שם, בעמ' 812; עניין מכבי תל-אביב, לעיל ה"ש 125; עניין בן דור, לעיל ה"ש 78; עניין עג'אג, לעיל ה"ש 127; עניין ספורטס, לעיל ה"ש 127.

133 פלפל, לעיל ה"ש 122, בעמ' 168. הצעתה של פלפל היא לאפשר העברה של נושאים אלו לבוררות, והפיקוח על פסקי הבורר יתאפשר באמצעות פרשנות מרחיבה של עילות הבטלות. שם, בעמ' 161.

134 עניין מכבי תל-אביב, לעיל ה"ש 125.

דור. 135 השופט אזולאי קבע כי מדובר ב"בוררות חובה". לפיכך, ההוראה של סעיף 3 לחוק הבוררות, שעניינה בוררות מכוח הסכם, אינה חלה על סמכות שיפוט בלעדית של מוסדות שיפוט פנימיים שהוקמו מכוח חוק. גישה דומה אימץ השופט טננבוים בפסק הדין בעניין החברה לניהול מועדון הכדורגל הפועל כפר סבא – ספייר. 136 בית הדין החליט לעכב את ההליכים ולהפנות את הצדדים לבוררות אף-על-פי שבין היתר נתבעו זכויות מכוחן של הוראות חוק קוגנטיות. בהחלטה נקבע:

סעיף 3 לחוק הבוררות עניינו 'הסכם בוררות', היינו הסכמה בין צדדים להעביר סכסוך להכרעה בבוררות. הסכמה זו, על פי סעיף 3 לחוק הבוררות, אין לה תוקף ככל שמדובר בעניינים שאינם יכולים לשמש נושא להסכם בין הצדדים. אולם מקום שהמחוקק ציווה, גם בהעדר הסכם בוררות, כי נושאים כלשהם ימסרו לבוררות הרי שגם נושאים בתחום חוקי המגן ידונו בבוררות. 137

דברים דומים נאמרו בהחלטה נוספת של השופט אזולאי, 138 אשר בה נקבע כי ההלכה המגבילה [...] אינה חלה על סמכות שיפוט בלעדית שנקבעה בחיקוק מיוחד המקנה את

135 עניין בן דור, לעיל ה"ש 78. בית הדין הארצי אישר את החלטתו של בית האזורי אם כי לא מאותם טעמים. בית הדין הארצי קבע כי הסכסוך בין הצדדים התגלע לפני חקיקתו של חוק הספורט, ועל כן אין צורך להיזקק לשאלה אם ההלכה המגבילה חלה על בוררות מכוח חוק הספורט. עם זאת דחה בית הדין הארצי את הערעור על ההחלטה לדחות את הבקשה לביטול פסק הבורר, בנימוק שס' 26 לחוק בתי הדין לעבודה מסמיך את בית הדין לאשר פסק בורר גם אם הוא ניתן תוך חריגה מסמכות. במקרה זה ראה בית הדין הארצי לנכון לעשות שימוש בסמכותו זו מאחר שהמערער היה מיוצג כל העת על ידי עורך-דין, והיה באפשרותו להעלות את הטענה בדבר היעדר הסמכות בשלב מוקדם בהרבה. לפיכך, העלאתה בשלב כה מאוחר מהווה חוסר תום לב; ראו גם עניין ספורטס, לעיל ה"ש 127. ביטוי נוסף למגמה זו ניתן לראות בבש"א (אזורי ת"א) 5008/05 הפועל "אריאל" תל אביב – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 20.11.2005). בעניין זה דובר בבקשה למחיקה על הסף של תובענה קיבוצית שהגישה ההסתדרות בגין עיכוב בתשלום שכרם של השחקנים ובגין ניכויים שלא כדין משכרם. בית הדין קבע כי אילו דובר בסכסוכים אישיים של שחקנים ייתכן שהיה מקום להעביר את הנושאים לבוררות על אף העובדה שמדובר בנושאים קוגנטיים; בית הדין החליט להשאיר את הדיון בבית הדין בעיקר מאחר שהתביעה הוגשה על ידי ארגון העובדים, ולפיכך יש להניח כי היא מעלה סוגיות עקרוניות שהמקום הראוי ללבן הוא בית הדין לעבודה.

136 בש"א (אזורי ת"א) 2842/03 החברה לניהול מועדון הכדורגל הפועל כפר סבא (1995) בע"מ – ספייר (פורסם בנבו, 19.10.2003).

137 ה"פ (מחוזי ת"א) 1303/03 מועדון הכדורגל מכבי תל-אביב נ' נמני (פורסם בנבו, 2.2.2004).

138 עניין ספורטס, לעיל ה"ש 127, בעמ' לב. הספורטאי הגיש תביעה לבית הדין לעבודה לתשלום שכר מולן ופיצויי הלנה. הקבוצה הגישה בקשה למחיקת התביעה על הסף. בהחלטתו הורה בית הדין להעביר את הדיון למוסד השיפוט הפנימי שנקבע בתקנון ההתאחדות לכדורגל.

סמכות השיפוט הבלעדית למוסדות שיפוט פנימיים, לא מכוח הסכמת המתדיינים אלא מכוח הוראת החוק המיוחדת.¹³⁹ לאחרונה הפך גם השופט ארמון שותף לגישה זו, לפיה ההלכה המגבילה איננה חלה על בוררות חובה מכוח חוק הספורט.¹⁴⁰ לפי הגישה השנייה, ההלכה המגבילה חלה על בוררות מכוח חוק הספורט בדיוק כפי שהיא חלה על כל בוררות אחרת.¹⁴¹ כך, למשל, נקבע בפסק הדין הפועל כ"ס – בן חיים,¹⁴² שעסק בסמכותם של מוסדות ההתאחדות לדון בנושא חוק פיצויי פיטורים.¹⁴³ השופט פוגל קבעה נחרצות כי למרות העובדה שהסמכות של מוסדות השיפוט הפנימיים היא מכוח חוק (בוררות חובה), אין היא קמה כשמדובר בזכויות מכוח חוקי מגן או ביחסי עובד-מעביד. לדעתה, אם יתירו קיום בוררות במוסדות ההתאחדות שאינם כפופים לדיני הראיות, תיחלש ההגנה המוקנות בחוקי המגן ותסוכל מטרת החוק.¹⁴⁴ במקרה אחר, מועדון ספורט מכבי הרצליה – מיכאלי,¹⁴⁵ קבעה השופטת סמט כי השאלה אם נוצרו יחסי עובד-מעביד בין המאמן לקבוצה, כמו גם בירור זכויותיו של

139 ראו גם תב"ע (אזורי ת"א) 913443/99 אגודה להתעמלות ולספורט מכבי תל אביב (אתלטיקה קלה) – בבקין (פורסם בנבו, 13.6.2000). הספורטאי הגיש תביעה לבית הדין לעבודה בגין זכויותיו כעובד, אף על פי שבחווה העסקתו צוין במפורש שלא נתקיימו יחסים כאלו בין הצדדים. הקבוצה הגישה בקשה לעיכוב הליכים בהסתמך על התקנון. בתשובתו לבקשה לעיכוב הליכים טען הספורטאי כי מדובר בזכויות מכוחם של חוקי מגן, וכי המקור לסעיף הבוררות הוא חוזה אחיד שתנאיו מקפחים. השופט טננבוים רחה את טענות הספורטאי.

140 ע"ב (אזורי נצ') 1101/04 בן עטיה – עמותת "הפועל" רמת ישי (פורסם בנבו, 21.3.2005).
141 בית הדין לעבודה ניסה להצדיק יוריספרודנטלית את התחולה של ההלכה המגבילה גם על בוררות לפי חוק הספורט, שהיא בוררות חובה, להבדיל מבוררות הסכמית. בית הדין לעבודה בחר להתעלם מן ההורה הנורמטיבי הראשוני של החובה להיזקק לבוררות בספורט – קרי: החוק – ולהיתלות בקביעה שלמעשה קיים הסכם בבסיס הפנייה לבוררות. ההסכם שבו נתלה בית הדין הוא תקנון המוסד לבוררות שהוקם לפי חוק הספורט; ראו בש"א (אזורי ת"א) 5255/01 עמותת ספורט אור מכבי בת ים – בר דיין (פורסם בנבו, 8.1.2002). יש לציין שבית המשפט המחוזי החזיק בדעה הפוכה והתייחס לבוררות מכוח חוק הספורט באופן חד-משמעי כאל בוררות מכוח הדין; ראו עניין נמני, לעיל ה"ש 137; ת"א 650/05 (מחוזי חי') אגודת מכבי חיפה-כרמל נ' גוסטמלסקי, פ"מ התשס"ד (2) 829, פס' 11 (2006).

142 בש"א (אזורי ת"א) 1423/01 מועדון ספורט הפועל כפר סבא – בן חיים (לא פורסם, 19.4.2001).
143 ראו גם בש"א (אזורי ב"ש) 2106/02 (עב') (אזורי ב"ש) 3158/01 הפועל באר-שבע – ההתאגדות לתרבות גופנית – צבי (פורסם בנבו, 13.10.2002). בקשת רשות ערעור נדחתה על ידי נשיא בית הדין הארצי: בר"ע 1504/02 הפועל באר-שבע – ההתאגדות לתרבות גופנית – צבי (פורסם בנבו, 5.11.2002) (להלן: עניין תרבות גופנית); עב' (אזורי ת"א) 8073/00 ממן – מכבי אשדוד (טרם פורסם, 4.8.2003); עב' (אזורי חי') 3861/03 לוי – קשר ספורט בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.2004).
144 עמותת ספורט מכבי בת ים, לעיל ה"ש 141; בש"א (אזורי חי') 325/07 הפועל חיפה מילניום בע"מ – טלשיר (פורסם בנבו, 14.3.2007).
145 בש"א (אזורי ת"א) 3723/02 מועדון ספורט מכבי הרצליה – מיכאלי (פורסם בנבו, 22.5.2003).

העובד מכוחם של חוקי מגן וסוגיית דרך הסיום של יחסי העבודה (האם פוטר או התפטר) אינם נושא לבוררות, ומשכך אף אינן בסמכות בורר. מעניין שהשופטת הייתה ערה לכך שמעבר לשאלות בדבר זכויות סטטוטוריות, כרוכות בתביעה שאלות הקשורות למהות היחסים החוזיים בין הצדדים, ושהסמכות לדון בהם מוקנית למוסד לבוררות על-פי חוק הספורט. לדעתה:

נכון ורצוי לציין [צ"ל: לדון] בכל רכיבי התביעה במרוכז, שמקורם לכאורה בעילה אחת ולמען יעילות דיון. מה עוד, שבבסיס המחלוקת עומדת שאלת היריבות ושאלת קיומם של יחסי עובד ומעביד בין המשיב לבין מי מהמבקשות, נושאים אשר בוודאי נתונים לסמכותו הייחודית של בית הדין.¹⁴⁶

לבית הדין הארצי לעבודה הזדמן להכריע פעמיים בין שתי הגישות. הפעם הראשונה הייתה במסגרת בקשה לרשות ערעור שהגישה הפועל באר-שבע – ההתאגדות לתרבות גופנית.¹⁴⁷ בהחלטה קצרה, המחזיקה עמוד אחד, צידד בית הדין הארצי בגישה המשמרת את ההלכה המגבילה. בית הדין קבע כי הכלל שלפיו זכות מכוח חוקי המגן אינה בת-בוררות חל גם על בוררות חובה מכוח חוק הספורט.

נראה שההחלטה הלאקונית של בית הדין הארצי, בשילוב עם החשש ההיסטורי של בתי הדין מכול סטייה מן ההלכה המגבילה, הבטיחו שההלכה המגבילה תמשיך לשלוט בכיפה. שני פסקי דין של בתי הדין האזוריים לעבודה בתל-אביב ובחיפה, בהתאמה, שבאו בעקבות החלטתו של בית הדין הארצי, איששו את ההשערה כי מבין שתי האסכולות תהא ידה של ההלכה המגבילה על העליונה.¹⁴⁸ לענייננו חשוב פסק הדין הראשון,¹⁴⁹ ממן – מכבי אשדוד.¹⁵⁰ באותו מקרה קבעה השופטת גליקסמן שגם כשמדובר בבוררות לפי חוק הספורט, אין לבורר סמכות הכרעה בזכויות מכוח משפט המגן. השופטת ביססה את עמדתה על שלושה נימוקים: חוק הספורט אינו סיבה מספקת לסטייה מהדין הכללי; חוסר הכפיפות לדין המהותי עלולה לפגוע בזכויות הספורטאים מכוח חוקי המגן; הכפפה לבוררות של קבוצה אחת של עובדים – הספורטאים – פוגעת בעקרון השוויון.

146 שם, בפס' 10 לפסק הדין.

147 עניין תרבות גופנית, לעיל ה"ש 143.

148 יש גם החלטה של הרשמת בבקשה לביטול עיקול זמני, המצדדת בגישה כי ניתן להעביר לבוררות מכוח חוק הספורט גם נושאים בתחום משפט המגן. בש"א (אזורי ת"א) 7558/04 העמותה לקידום הספורט הנשי, הנוער והמגזר הערבי בהפועל תל-אביב – נאור (פורסם בנבו, 11.11.2004).

149 השני הוא עניין תרבות גופנית, לעיל ה"ש 143.

150 עניין מכבי אשדוד, לעיל ה"ש 143.

שלושת הנימוקים מעלים תהיות. הנימוק הראשון, לפיו חוק ספציפי אינו סיבה לסטות מההלכה הכללית, עומד בסתירה למושכלות ראשונים בדבר היחס בין פסיקה לחקיקה. אם ישנו הסדר ספציפי בחוק, שנחקק לאחר שהתקבלה פסיקה כללית בתחום ובסטייה ברורה ממנה, הרי ההסדר הספציפי בחוק גובר על הפסיקה שעוסקת בדין הכללי. הנימוק השני – היעדר כפיפות לדין המהותי – אינו כה מהותי, שכן כפיפות לדין המהותי לא הצילה את בית הדין של מכבי מגורל דומה לגורלה של הבוררות לפי חוק הספורט. הנימוק השלישי, זה של פגיעה בעקרון השוויון, הוא המרחיק-לכת מכולם. לפי הגיונו, הכפפת כל סכסוך בין ספורטאי או מאמן לבין קבוצתו לבוררות – לרבות בנושאים שאינם קוגנטיים כגון משא ומתן לכריתת חוזה או פרשנות של חוזה עבודה אישי – במצוות חוק הספורט, פוגעת בעקרון השוויון. בעוד שלעובדים רגילים פתוחה הדרך לבית הדין לעבודה, ספורטאים נדרשים לברר את סכסוכיהם בבוררות. פסק הדין השני של בית הדין הארצי לעבודה, שניתן בשנת 2006,¹⁵¹ חתם לעת הזאת את הוויכוח. בית הדין האזורי דחה את בקשתו של מועדון הג'ודו מכבי הרצליה לעכב תביעה שהגיש נגדו מאמן. אמון על גישתו הבסיסית, קבע השופט טננבוים כי מאחר שמדובר בבוררות מכוח חוק, ניתן לקיים בוררות גם לגבי זכויות המעוגנות בחקיקת המגן; ברם לאור עקרון התקדים המחייב יש לדחות את הבקשה, וזאת בהסתמך על ההחלטה הקצרה של בית הדין הארצי בבקשת רשות הערעור בעניין הפועל באר-שבע – ההתאגדות לתרבות גופנית.¹⁵² בית הדין הארצי דחה את הערעור, הפעם בהחלטה מנומקת יותר, שהתקבלה פה אחד. בית הדין קבע כי למרות שמדובר בבוררות חובה תקנונית (מוסדית) מכוח החוק, אין לברר במסגרתה זכויות שמקורן במשפט העבודה המגן. לדעת בית הדין הארצי, המקום היחיד הראוי לדיון בזכויות העובדים מתחום משפט המגן הוא בית הדין, ולא מוסד השיפוט הפנימי – מוסד הבוררות של איגוד הג'ודו – שאנשיו אינם שופטים והם חסרים את הכישורים ואת הכלים הדיוניים הדרושים. מעניין לציין כי בית הדין הציב את הבעיה שעמדה לדיון כהתמודדות בין סמכות השיפוט של בית הדין לבין זאת של מוסדות השיפוט הפנימיים של איגודי הספורט. לדעת בית הדין ברור כי על-פי הדין הרצוי, ידו שלו צריכה להיות על העליונה.

ז. ובכל זאת ביקורת

כאשר הלכה היא כה איתנה ומגובשת עד שנראה כי שום דבר אינו יכול לה, נדרשת לא מעט תעוזה כדי להיכנס לגוב האריות ולהתמודד עמה. אף על פי כן מוצגות ברשימה זו כמה טענות, שכל אחת מהן בנפרד וכולן יחד תומכות בחשיבה מחדש העשויה להוביל

151 ע"ע (ארצי) 791/05 כץ – ספיר (פורסם בנבו, 4.5.2006) (להלן: עניין ספיר).

152 עניין תרבות גופנית, לעיל ה"ש 143.

לביטול או לשינוי – ולו חלקי או הדרגתי – בהלכה המגבילה. הטענות הן: (1) ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3 לחוק הבוררות אינה תומכת בהלכה המגבילה; (2) ההלכה המגבילה היא תוצאה של סטיית בתי הדין לעבודה מפסיקת בית המשפט העליון; (3) ההלכה המגבילה איבדה את בסיס קיומה הרעיוני והאמפירי; (4) ההלכה המגבילה אינה עקבית; (5) ההלכה המגבילה היא בלתי־אפשרית, ולכן מבולבלת ומבלבלת; (6) ההלכה המגבילה מזיקה. נדון בטענות אלו אחת לאחת.

1. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3 לחוק הבוררות

סעיף 3 לחוק הבוררות לא היה קיים, אף לא בנוסח שונה, בפקודת הבוררות שקדמה לחוק. מקורו של הסעיף במשפט סתום ובודד בדו"ח ועדת ברנזון, שהופיע בחלק העוסק בניתוח סעיפי החוק. לאחר הצעת נוסח הסעיף נאמר: "הועדה מצאה שהנוסחה המוצעת מסכמת למעשה את הכללים הקיימים בקשר לכך באנגליה וגם בארצות יבשת אירופה".¹⁵³ בדברי ההסבר הארוכים, המפרטים את החידושים והשינויים שהציעה הוועדה, אין כל התייחסות לסעיף.

גם בדברי ההסבר הנלווים להצעת החוק¹⁵⁴ ומפרטים את ההיבטים שבהם ההצעה סוטה מן הפקודה אין מזכירים את סעיף 3. חרף ההשלכות העצומות של הסעיף על היכולת להיזקק לבוררות בקשת רחבה של נושאים, הן שר המשפטים והן יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט לא התייחסו ולא סיפקו הסבר כלשהו לסעיף 3 בהציגם את הצעת החוק. למעשה, סעיף 3 שייך לקבוצת מיעוט של סעיפים בהצעת החוק שעשו את דרכם מדו"ח ועדת ברנזון ועד לנוסח הסופי של החוק בשלמותם ובלא שתופרע מנוחתם. במהלך הדיונים בכנסת הוזכר הסעיף פעמיים: בפעם הראשונה על-ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהפנה אליו אגב אורחא כדי להרגיע את חששם של חברי הכנסת מהסרת הכפיפות של הבורר לדין המהותי,¹⁵⁵ בפעם השנייה על-ידי ח"כ קלינגהופר,¹⁵⁶ שהתנגד נחרצות לשחרור הבורר מהדין המהותי.

התמיהה המרכזית היא ההתעלמות המוחלטת של השותפים לתהליך חקיקת החוק מההשלכות של סעיף 3 על פוטנציאל השימוש בבוררות. האסטרטגיה המנחה של המחוקק הייתה לעודד – לא להגביל – את השימוש בבוררות, ולנתב החוצה, למערכת האלטרנטיבית, כמה שיותר סכסוכים היוצרים עומס כבד על בתי המשפט. ייתכן כי

153 דו"ח ברנזון, לעיל ה"ש 37, דו"ח 11.

154 דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 64, 70.

155 ד"כ 52, 2964 (התשכ"ח).

156 שם, בעמ' 2968. קלינגהופר לא הסתפק בסייגים שנקבעו בס' 3; ברם, הדוגמה שציין מהדין האוסטרי – לפיו פסק בוררות הנו חסר תוקף אם הוא נוגד הוראת חוק קוגנטית – מעוררת תמיהה. עולה ממנה שבאוסטריה ניתן להביא נושא כזה לבוררות – אך ניתן לבטל את פסק הבוררות אם הוא סתר או התעלם מהוראות קוגנטיות.

התעלמותם מן הסעיף מעידה שהם לא צפו או התכוונו כלל שסעיף 3, שנראה להם סעיף תמים שאינו דורש התייחסות, יצמיח הלכה הפוגעת בצורה כה חמורה בפיתוח הבוררות. התמיהה החשובה יותר מבחינה היסטורית קשורה בבחינת מקום נביטתו של סעיף 3, קרי: דו"ח ועדת ברנזון, ובגנן שהעניק לסעיף 3 את חייו, קרי: השופט ברנזון. כל שנאמר על סעיף 3 בדו"ח הוועדה הוא כי זו ההלכה באנגליה. הפליאה לגבי תפקידו של השופט ברנזון משולשת. ראשית, באותה עת שנכתב הדו"ח ביטא השופט ברנזון עצמו עמדה הפוכה, באומרו: "אפילו התביעה כולה על פי החוק [...], אין מניעה למסירת תביעה כזאת לבוררות [...], ובלבד שהחוק שעליו מבוססת התביעה אינו שולל או מגביל את כוח הצדדים בעניין זה"¹⁵⁷. שנית, השופט ברנזון התמנה לבית המשפט העליון היישר מכס היועץ המשפטי של ההסתדרות. הוא התמחה, כתב והעמיד דורות של תלמידים בתחום דיני העבודה. השופט ברנזון ידע כי סעיפי בוררות נכללו באותה עת במרבית ההסכמים. אילו התכוון לכך שסעיף 3 לחוק הבוררות לא יאפשר כמעט לקיים בוררות בנושאי עבודה, משום שגם חוקי המגן וגם סעיפי ההסכמים הקיבוציים וצווי ההרחבה הם קוגנטיים, יש להניח שהיה מציין זאת בדו"ח הוועדה. העובדה שלא התייחס לאפשרות זאת כלל, כשהיא מצטרפת להחלטותיו ולהתבטאויותיו מאותה עת ממש, מעידה כי לא התכוון שהבוררות תיהפך באמצעות ההלכה המגבילה ל-*persona non grata* בעולם העבודה. שלישית, נוסף על היותו מומחה למשפט עבודה, היה השופט ברנזון חסיד נלהב של מוסד הבוררות כאמצעי יעיל וגמיש ליישוב של חילוקי דעות וכדרך להפחתת העומס בבתי המשפט. כזכור, בעת שנכתב דו"ח ברנזון טרם הוקמו בתי הדין לעבודה. אין זה מתקבל על הדעת שמומחה המכיר את המיוחד במשפט העבודה, ונוסף על כך הינו חסיד של מוסד הבוררות, יכתוב דו"ח שתוצאתו היא הוצאה של רוב חילוקי הדעות במשפט העבודה מתחום פעילותה של הבוררות והעברתם לבתי המשפט הכלליים.

2. ההלכה המגבילה: סטייה מכוונת של בית הדין לעבודה מפסיקתו של בית המשפט העליון

עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון טרם הקמתם של בתי הדין לעבודה מעלה גישה תומכת ומרחיבה לגבי מעמדה ומוטת כנפיה של הבוררות ביחסי עובד-מעביד. גישה זו שונה בתכלית מהגישה שבאה לידי ביטוי בפסיקתו המאוחרת יותר של בית הדין הארצי, אשר הובילה לגיבוש ההלכה המגבילה ולקיצוץ כנפיה של הבוררות. לדעתי, השוני בגישה נובע מהיעדר ראייה אסטרטגית ומשיקולים מוסדיים של הנשיא בר-ניב, אשר שאף לנכס למערכת החדשה של בתי הדין לעבודה את כל חילוקי הדעות בעולם

¹⁵⁷ ע"א 523/67 רוזנבלום נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העברים בישראל, פ"ד כב(1) 359, 353 (1968).

העבודה. הנשיא בר-ניב ראה בבוררות מתחרה העלולה לנגוס נתח מחילוקי הדעות שבשליטת בתי הדין. כזכור, באחד מפסקי הדין מהשנים הראשונות לאחר הקמתם של בתי הדין¹⁵⁸ הביע הנשיא בר-ניב, בדרכו המיוחדת, את דעתו על מקומה ודרגת נחיצותה של הבוררות בשיטת משפט שיש בה בתי דין לעבודה. לדבריו, "לא יהיה זה נכון שבית דין זה ינקוט עמדה בשאלה אם יש מקום ל"סעיף בורות" בהסכמים קיבוציים [...] לאחר שהוקמה מערכת בתי הדין לעבודה, מערכת שיפוטית שבשל המבנה שלה ובשל סדרי הדין הנהוגים בה יש בה גם משום מיצוי הרצוי שבבוררות".¹⁵⁹

כאשר הגיע לידיו המקרה הראשון, ניצל הנשיא בר-ניב את ההזדמנות כדי להטמיע לתוך סעיף 3 לחוק הבוררות את הפרשנות הרצויה מבחינתו. הוא בנה על תשתיתו – במנותק מהכוונה של דו"ח ברנזון והמחוקק ובסטייה גמורה מפסיקתו של בית המשפט העליון – את דוקטרינת ההלכה המגבילה. לכן, אך טבעי שבית הדין הארצי אינו מאזכר את שני פסקי הדין הרלוונטיים והחד-משמעיים של בית המשפט העליון¹⁶⁰ הקובעים את ההפך הגמור מההלכה המגבילה, ואינו מבחין ביניהם לבין המקרים שהובאו בפניו. פסק הדין הראשון ניתן בעניין אל-ים.¹⁶¹ באותו מקרה התפטר העובד מעבודתו עקב מצב בריאותם הלקוי של הוריו, אולם מעבידתו סירבה לשלם לו את פיצויי הפיטורים. העובד הגיש תביעה בבית משפט השלום. את תביעתו ביסס על סעיף 6 לחוק פיצויי פיטורים ועל הוראה בהסכם הקיבוצי שאזכרה את הסעיף. בקשת המעבידה לעכב את ההליכים לאור סעיף בורות בהסכם הקיבוצי החל על הצדדים, נדחתה. בית המשפט סבר כי סעיף הבוררות בהסכם הקיבוצי אינו לוכד במצורתו את תביעת העובד לפיצויי פיטורים. בית המשפט המחוזי שאיר את ההחלטה על כנה מן הטעם שסעיף הבוררות הקבוע בהסכם הקיבוצי חל אך ורק על חילוקי דעות הנובעים מהוראות ההסכם הקיבוצי, ואילו עילת התביעה של העובד יסודה בחוק פיצויי פיטורים ולא בהסכם הקיבוצי.¹⁶² בית המשפט העליון, מפי השופט קיסטר, קיבל את הערעור וקבע – תוך אימוץ גישה מרחיבה לתחום הנושאים הכפופים לבוררות – כי "אין לקבל את עמדת ביהמ"ש המחוזי ששלל את הבוררות באשר עילת התביעה היא עפ"י חוק [...]".¹⁶³ השופט הסתפק באזכור סעיף 6 לחוק פיצויי פיטורים בהסכם הקיבוצי כדי שהבוררות תקנה סמכות על התביעה לפיצויי פיטורים.

158 עניין התאחדות האיכרים, לעיל ה"ש 2.

159 שם, בעמ' 270.

160 עניין רוזנבלום, לעיל ה"ש 157; ע"א 281/67 אניות משא "אל-ים" בע"מ נ' רנצר (לא פורסם) (להלן: עניין אל-ים (עליון)).

161 שם.

162 ע"א (מחוזי חי) 135/67 אניות משא אל-ים בע"מ נ' רנצר, פ"מ נז 360, 369-370 (1967).

163 עניין אל-ים (עליון), לעיל ה"ש 160, בעמ' 50.

פסק הדין השני ניתן בעניין רוזנבלום.¹⁶⁴ במקרה זה רופאה פוטרה מעבודתה ותבעה את מעבידתה, קופת החולים, בבית המשפט המחוזי לצורך תשלום פיצויי פיטורים, הפרשי משכורת, תמורת הודעה מוקדמת ושווי זכויותיה בקופת התגמולים. בקשת המעבידה לעכב את ההליכים על סמך חוקת העבודה לעובדי מוסדות ההסתדרות,¹⁶⁵ המכפיפה חילוקי דעות בין העובד כיחיד לבין קופת החולים לבוררות, נתקבלה, הן על דעת בית המשפט המחוזי, והן על דעתו של בית המשפט העליון ברוב דעות (מפי השופט ברנזון, אליו הצטרף השופט ויתקון, נגד דעתו החולקת של השופט כהן). בית המשפט פסק כי יש לברר את התביעה בבוררות "[...] ואין נפקא מינה שנשוא סכסוך כזה יסודו בחוק ולא בחוזה שביניהם".¹⁶⁶ השופט ברנזון ניסח את הכלל כדלקמן:

אפילו התביעה כולה על פי החוק ולא על פי החוקה, אין מניעה למסירת תביעה כזאת לבוררות [...], ובלבד שהחוק שעליו מבוססת התביעה אינו שולל או מגביל את כוח הצדדים בעניין זה. עד כמה שידוע לי, אין הגבלה כזו בחוק פיצויי פיטורים או בחוק אחר, כך שהצדדים היו בני חורין לנהוג בו כרצונם.¹⁶⁷

מעניין לציין כי דעת המיעוט דחתה אף היא את ההבחנה שנטענה בין עילות מהחוק לעילות הסכמיות. לדעת השופט כהן, בגלל אופן ניסוח החוקה, שני הסוגים אינם כפופים לבוררות.¹⁶⁸ השופט ויתקון, שהצטרף לדעתו של השופט ברנזון, הוסיף כי מן הראוי להעביר את חילוקי הדעות לבוררות, חרף הספק שהתעורר בו מלכתחילה בגלל הקוגנטיות של חוק פיצויי פיטורים.¹⁶⁹

פסק דין רוזנבלום ניתן חודשים ספורים לפני שחוק הבוררות נתקבל בכנסת וכשנה לפני הקמתם של בתי הדין לעבודה. פסק דין רוזנבלום הצטרף לפסק דין אל-ים. שניהם ממחישים באופן חד-משמעי את הגישה השלטת בבית המשפט העליון, לפיה לא רק שאין מקום להלכה המגבילה, אלא יש לנקוט גישה פרשנית מרחיבה בכל הקשור לשאלה אם סכסוך מסוים נלכד במצודת הבוררות.

164 עניין רוזנבלום, לעיל ה"ש 157.

165 חוקת העבודה מהווה הסדר קיבוצי הקובע את תנאי העסקתם של עובדי מוסדות ההסתדרות בתחומים הבאים: קבלת עובדים וסדרי העסקתם, תנאי עבודה, משמעת, סיום קשר העבודה ויישוב של חילוקי דעות.

166 השופט ברנזון בעניין רוזנבלום, לעיל ה"ש 157, בעמ' 359.

167 שם (ההדגשה הוספה; מ' מ').

168 שם, בעמ' 364.

169 שם.

פסק הדין בעניין רוזנבלום היה נושא לכמה הערות פסיקה.¹⁷⁰ מעניינת במיוחד האזהרה שהשמיע מי שלימים נתמנה לנשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט מנחם גולדברג, לגבי ההשפעה השלילית הצפויה של פסק הדין על התעסוקה של בתי הדין לעבודה. כדבריו: "השאלה העיקרית והיסודית היא – במה יעסקו בתי הדין לעבודה, לכשיוקמו [...] על 90% מהעובדים חלים הסכמי עבודה קיבוציים אשר בהם סעיפי בוורות [...]".¹⁷¹ המחבר אמנם קרא למחוקק לתת על כך את דעתו, אולם כידוע הנשיא בר-ניב פתר את הבעיה בדרכו האקטיביסטית, באמצעות פסיקה שסירסה את הבוררות בעולם העבודה,¹⁷² פסיקה שההלכה המגבילה היא נדבך שלה.

על רקע דברים אלו מוצע לקרוא את פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין בלכנר.¹⁷³ זהו פסק הדין הראשון שבו בחן בית הדין הארצי את טריטוריית הסמכות של מוסד הבוררות של מכבי. ראוי להעיר כי במקרה זה ביקשה מכבי לעכב את הדין בתביעת הרופא לפיצויי פיתורים ופדיון חופשה, בהסתמך על הסכם שנחתם בינה לבין ארגון רופאי קופת חולים מכבי, שבו נקבע כי כל הסכסוכים וחילוקי הדעות "בקשר להסכם זה" יוכרעו בבוררות על-ידי בית דין של הקופה. בית הדין האזורי דחה את בקשת מכבי, בקובעו כי להסכם הבוררות אין תחולה על העניין העומד לדין.

בית הדין הארצי יכול היה לכאורה להסתפק בדחיית הערעור על בסיס פרשני, כלומר: לקבוע שהסכסוך בין בעלי הדין איננו סכסוך "בקשר להסכם". הוא יכול היה גם לקבוע שההוראה המכפיפה את חילוקי הדעות לבוררות אינה מחייבת את הרופא ביחסיו עם מכבי, משום שאין מדובר בהסכם קיבוצי, או משום שההוראה עצמה נעדרת תוקף נורמטיבי, שכן איננה חלק מן ההסכם הקיבוצי. במקום זאת בחר בית הדין הארצי למנף את המקרה כדי לפתח את התשתית לדוקטרינת ההלכה המגבילה. במסגרת זו העלה בית הדין הארצי מיוזמתו את השאלה אם בורר מוסמך לפסוק בשאלת היווצרותם של יחסי עובד ומעביד – והשיב על כך בשלילה;¹⁷⁴ בית הדין בחן והוסיף מובאות מפסיקותיהם

170 שושנה נתניהו "על החובה להיזקק לבוררות בסכסוכי עבודה – ע"א 523/67 הפרקליט כו 23 (1970); מנחם גולדברג "על החובה להיזקק לבוררות בסכסוכי עבודה" הפרקליט כד 431 (1968).

171 גולדברג, שם, בעמ' 432.

172 אבן דרך חשובה בפסיקה זאת היא פסק הדין דב"ע (ארצי) לט/115-3 חברת ששת הכוכבים בע"מ – פישלר, פד"ע יא 169 (1980) (להלן: עניין ששת הכוכבים). ראו גם רות בן-ישראל "מיתת הנשיקה של הוראת הבוררות הגורפת" מחקרי משפט ב 229 (תשמ"ג); חיים הרדוף "בוררות בין עובד ומעביד על-פי הסכם קיבוצי" הפרקליט לו 313 (1985); רות בן-ישראל "ועוד על בוורות בין עובד ומעביד על-פי הסכם קיבוצי" הפרקליט לו 320 (1985). בעניין המלחמה במוסד לבוררות מוסכמת ראו מירוני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 253-255.

173 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56.

174 בית הדין הביע את דעתו וקבע בזו הלשון: "מתייחסים אנו בחלק זה של פסק-דיננו לשאלה אחת בלבד, דהיינו: האם מוסמך הבורר לפסוק בשאלת היווצרות יחסי עובד ומעביד בין הצדדים. על שאלה זאת השבנו בשלילה, לאמור כי אין לדעתנו סמכות כזאת לבורר אפילו נאמר במפורש בסעיף

של בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה בעניין האיסור החל על העובד לוותר או להתנות על זכויות המוקנות לו בחוקים שונים, "אם משום שהדבר נאמר בחוק במפורש, ואם משום שכך פירשו אותם בתי המשפט ובתי הדין לעבודה, מטעמים שבטובת הציבור".¹⁷⁵ בהקשר של "האינטרס הציבורי" ו"טובת הכלל" הביא בית הדין פסיקה ויצר אנלוגיה בין דיירות מוגנת לבין יחסי עובד ומעביד, ובין השאלה אם אדם הנו "עובד" לבין השאלה אם דייר הוא "דייר מוגן". לבסוף קבע בית הדין שיש "טעם מיוחד" לדחיית הבקשה לעיכוב הליכים כדי למנוע "תוצאות הפוכות, דבר שעלול להביא גם להתדיינות נוספת".¹⁷⁶

פסק הדין בעניין בלכנר הוא קו פרשת המים בהתפתחות ההלכה המגבילה. מעבר לתוצאה, הוא מעניין בדרך וברטוריקה שנבחרה כדי לבסס ולמצב את ההלכה החדשה. ראשית, כדי להעניק עומק נורמטיבי נעשה שימוש רב בפסיקה של בית המשפט העליון בנושאים כמו ויתור והגנת הדייר. אולם, באורח פלא, מאחר שהפסיקה של בית המשפט העליון באותו נושא ממש מצביעה לכיוון הפוך מזה של ההלכה המגבילה¹⁷⁷ – פסק הדין בעניין בלכנר מתעלם ממנה לחלוטין. שנית, בדרכו הזהירה השאיר הנשיא בר-ניב בצריך עיון את נושא סמכותו של הבורר לדון בשאלות של פיצויי פיטורים.¹⁷⁸

באבן הדרך הבאה בשרשרת פסקי הדין בנושא ההלכה המגבילה, עניין שבס,¹⁷⁹ נהפך הזרע לשתיל מפואר. בית הדין לא הסתפק בקביעה כי אין למסור לבוררות סכסוך בדבר זכותו הסטוטורית של עובד לפיצויי פיטורים, אלא הוסיף כי גם ההכרעה בשאלה אם העובד פוטר או התפטר אינה בסמכות הבורר. כתמיכה בהלכה המגבילה השתמש

הבוררות שהוא רשאי לפסוק בשאלת היווצרות יחסים אלה; קל וחומר – כשלא נאמר בו כך". שם, בעמ' 122.

175 שם, בעמ' 121.

176 שם, בעמ' 123.

177 בפסקי הדין של בית המשפט העליון ניכר דווקא ניסיון לצמצם את תחולתה של ההלכה המגבילה בכל הנוגע לדיירות מוגנת, הן בתחמתה לנושאים שבין בעל הבית לדיירים ולא לכל סוגיה הקשורה לדיירות מוגנת, והן בתחמת השלב בהליך שבו ניתן להעלותה. ראו, בהתאמה, ע"א 128/88 נחמני נ' פרץ, פ"ד מד(1) 475 (1990) ורע"א 5770/97 לוינ' נ' מעונות ילדים בישראל, קריית הילד (פורסם בנוב, 14.1.1998). בעניין נחמני נ' פרץ דובר בדיירים במשותף ששכרו דירה בשכירות מוגנת וקבעו כי אם יתגלעו ביניהם סכסוכים – יופנו אלו לבוררות. המערער טען כי מאחר שמדובר בסוגיה של דיירות מוגנת אין הבורר מוסמך לדון בה. טענתו זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון, שקבע כי ההלכה המגבילה בנושא דיירות מוגנת חלה רק על סכסוכים בין בעל הבית לבין הדיירים ואין לה כל תחולה לגבי סכסוכים בין הדיירים לבין עצמם. בעניין מעונות ילדים בישראל, ההכרעה לגבי היות המשיבה דיירת מוגנת נעשתה במסגרת הליך בוררות. המערער ביקש לבטל את פסק הבורר בעילה של חוסר סמכות. בקשתו נדחתה בנימוק שהעלאתה לאחר מתן פסק הבורר מהווה חוסר תום לב.

178 עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56, בעמ' 122-123.

179 עניין שבס, לעיל ה"ש 56.

בית הדין באנלוגיה מפסיקתו של בית המשפט העליון בנושא דיירות מוגנת, תוך התעלמות מעובדה בסיסית שהפכה את האנלוגיה לבלתי-רלוונטית. פסיקה זו הצביעה על הסיכון הנובע מכך שתתקיימה בוררות בנושא דיירות מוגנת שלא לפי הדין המהותי, כאשר כתוצאה מכך תיעשה מטרת החוק פלסטר; ברם, אנלוגיה זו איננה במקומה, משום שבית הדין בחר להעלים בפסק דינו את העובדה שדווקא במקרה שעמד לדין הייתה הבוררות בבית הדין של מכבי כפופה לדין המהותי.

בבג"ץ בלכנר הביא השופט י' כהן בהסכמה חלק מהדברים שאמר בית הדין הארצי;¹⁸⁰ ברם למקרא דבריהם של שופטי בית המשפט הגבוה לצדק, בעיקר השופט חיים כהן, קשה להשתחרר מן הרושם שהלוז של פסק הדין הוא חוסר רצונם של השופטים להתערב בנושא שהוא גם בתחום מומחיותו של בית הדין וגם אינו מעלה סוגיה חברתית חשובה.¹⁸¹

מכל מקום נראה שהמהלך של בית הדין הארצי לעבודה הצליח. בית הדין לא נותר מחוסר עבודה; להפך, הוא כורע תחת העומס, והבוררות מקרטעת בקושי בשולי הדרך. הרוחות שנשבו מבית הדין הארצי בנושא זה גברו, כפי הנראה, על הרוחות שנשבו בבית המשפט העליון מימי הפסיקה בעניין אל-ים ורוזנבלום. כתוצאה מכך צללו ההלכות שנקבעו בשני פסקי הדין לתהומות השכחה.

3. ההלכה המגבילה איבדה את בסיסה הרעיוני והאמפירי

כידוע, הגישה הבסיסית של בתי הדין לעבודה – המסתמכת בדרך כלל על כוונת המחוקק, ולעתים גם על הוראות חוק מפורשות¹⁸² – היא שאין להתנות על זכות מכוח חוקי המגן, צווי הרחבה¹⁸³ והסכמים קיבוציים, או לגרוע ממנה. לכן, לא יינתן תוקף לכל ויתור של עובד על זכות קוגנטית¹⁸⁴ משום שהוא מהווה פגיעה בסדר הציבורי ובאינטרס הכללי, שאינו כפוף לרצונם של העובד והמעביד הספציפיים.¹⁸⁵ כאשר נאמר

180 בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 217.

181 כגון שביתה, אכיפת חוזה עבודה והעברת בעלות במפעל.

182 כגון ס' 20 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 63, הקובע כי זכויות אישיות של עובד, הנובעות מהסכם קיבוצי, אינן ניתנות לויתור.

183 בדב"ע (ארצי) לח/59-3 סילשי – דורון ושות' בע"מ, פד"ע י' 32, 41 (1978) (להלן: עניין סילשי), נאמר: "אמור מעתה, כי הזכות שאת מימושה תבע העובד אין דינה, לעניין ויתור, 'פשרה', 'השתק' או 'מניעות', שונה מזכות שמקורה בהסכם קיבוצי או בחוק שבתחום משפט העבודה המגן".

184 ע"א 377/54 שולמן נ' "מקורות" בע"מ, פ"ד י' 958, 960 (1956). בפסיקתו המוקדמת של בית המשפט העליון קבע השופט ברנזון כי אם הוראות החוק באו להגן על העובד ולשמור עליו מפני ניצול, הרי שהחוק בל יעבור הוא.

185 בשורה של פסקי דין ציין בית הדין הארצי לעבודה כי שיטת המשפט רואה את זכויות היסוד המינימליות שמשפט העבודה מקנה לעובד כאינטרס ציבורי שראוי להגן עליו באמצעות הוראות

כל ויתור – הכוונה היא גם לויתור בהתנהגות, קרי: על-ידי השתק ומניעות, וגם לויתור בדיעבד.

העיקרון שלפיו אין להתנות על זכויות מכוחם של חוקי המגן, צווי הרחבה והסכמים קיבוציים, מהווה בפסיקה את התשתית והציוד להלכה המגבילה. מאחר שאין תוקף לויתור של העובד על הזכויות המינימליות שהחברה רואה כחיוניות, הן אינן יכולות להיות נושא להסכמה. מכאן שכל הסכמה בין עובד למעביד בכל הקשור לזכויות קוגנטיות נתפסת כחסרת תוקף. במסגרת חשיבה זו, ההלכה המגבילה קובעת כי הצדדים ליחסי עבודה גם אינם רשאים או אינם יכולים להסכים ביניהם על הדרך הרצויה בעיניהם ליישוב חילוקי הדעות בקשר לזכויות קוגנטיות. לפי הפסיקה, הסכמה כזו נחשבת כויתור על זכות קוגנטית, ולכן משוללת תוקף. משכך, לא ייתכן הליך מוסכם ליישוב של חילוקי דעות בעניין זכויות קוגנטיות. בתי הדין לעבודה, והם בלבד, חייבים לקיים דיון על-פי כללי הפרוצדורה והראיות בכל סכסוך שבין צדדים ליחסי עבודה, ולהכריע בו על-פי הזכויות שבדין.

בבסיס כל הפסיקה האדירה בנושא ההלכה המגבילה מונח הביטוי "אינן יכולות להיות נושא להסכם". אולם כל מי שמקורב להתפתחויות בדיני עבודה ולמה שקורה בפועל בבתי הדין לעבודה יודע כי המשפט "אינן יכולות להיות נושא להסכם" התקיים ומתקיים כבסיס ההלכה המגבילה אך ורק בתאוריה. מאחר שבפועל, פשרות בקשר לזכויות קוגנטיות מושגות חדשות לבקרים במסגרת תהליכי הגישור והפישור, אליהם מופנים הצדדים על-ידי בית הדין, ואף במהלך הדיונים המתקיימים בפני בית הדין, ובעידודו הפעיל (פישור שיפוטי). מכל מקום, בסיס קיומה של ההלכה המגבילה הולך ומתערער בשנים האחרונות בקצב מוגבר בגין שתי התפתחויות. הראשונה קשורה לפסיקה החדשה בנושא המתח שבין קוגנטיות לבין תום לב; השנייה קשורה לדרך הפעולה של בתי הדין לעבודה הלכה למעשה (in action).

(א) הפסיקה החדשה בנושא תום לב וויתור

תחת הסיסמה "האמנם לעולם קוגנטי", ובגלל המתח בין הגישה הפורמלית לבין הגישה הנותנת משקל לעקרונות של צדק והגינות, התפתחה מגמה של הגמשה בפסיקתו של בית המשפט העליון. מגמה זו מרככת את תוצאותיה של דוקטרינת הזכויות הקוגנטיות בעזרת עקרון תום הלב וההגינות. הפסיקה של בית המשפט העליון קובעת כי במקרים מסוימים, כאשר העובד ויתר בדיעבד ובהתנהגות על זכויות קוגנטיות – הוא מושתק מלדרוש אותן

קוגנטיות. ראו, למשל, דב"ע (ארצי) לא/3-27 עירית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177, 190 (1971); דב"ע (ארצי) לב/3-32 פרוימוביץ – בר-אדון, פד"ע ד 39, 41-42 (1972) (להלן: עניין פרוימוביץ); עניין ציבורטור, לעיל, ה"ש 111; עניין סילשי, לעיל ה"ש 183, בעמ' 40; בג"ץ בלכנר, לעיל ה"ש 56; דב"ע (ארצי) נה/3-145 מדינת ישראל – בוכריס, פד"ע לו 1, 7-9 (1997).

בסיום יחסי העבודה.¹⁸⁶ הפסיקה החדשה של בתי הדין לעבודה חברה למגמה החדשה בפסיקתו של בית המשפט העליון לגבי המתח בין קוגנטיות לתום לב. פסיקה זו קובעת כי יש מקרים שבהם – בגלל חובת תום הלב וההגינות – יינתן בפועל תוקף לויתור על זכויות מכוחם של חוקי המגן.¹⁸⁷ במילים אחרות: באמצעות חובת תום הלב וההגינות בתי הדין מייחסים לעובד, בנסיבות מסוימות, הסכמה – בדרך כלל על-ידי התנהגות – לויתור על זכויות קוגנטיות, שוללים את זכותו לכפור בויתור, ומקבלים את אותה הסכמה או ויתור כתקפים; כלומר, בית הדין מכיר באפשרות של העובד והמעביד להגיע להסכם לגבי זכויות קוגנטיות.

הרעיון של שלילת זכויות קוגנטיות בשל הפרה של חובת תום הלב התעורר בעקבות תביעות עובדים לזכויות מגן שהוגשו לבית הדין לעבודה על-ידי עובדים הכופרים למפרע בהסכמות מפורשות שנטלו על עצמם בחוזה או בהתנהגות. ברוב המקרים, אך לא ככולם,¹⁸⁸ דובר בתובעים שהתקשרו עם מקום עבודה בהתקשרות שאיננה של יחסי עובד-מעביד, ובדיעבד התנכרו לבסיס ההתקשרות ועתרו לקביעת סטטוס של עובדים. מאחר שקביעת יחסי עובד-מעביד היא השער לזכויות הקוגנטיות, העקרונות שנקבעו לעניין היחס בין חובת תום הלב וההגינות לבין הזכויות הקוגנטיות הינם זהים.¹⁸⁹ בשורה של פסקי דין מסתמנת מגמה שלפיה במקרים חריגים של חוסר תום לב תגבר דרישת תום הלב על זכויות קוגנטיות העומדות לעובד מכוחם של חקיקת המגן או הסכם

186 לדיון בפסיקתו של בית המשפט העליון בנושא השתק וויתור על זכויות קוגנטיות ראו ה"ש 202 להלן.

187 בפסק הדין עניין בוכריס, לעיל ה"ש 185, בעמ' 9, קבעה סגנית הנשיא ברק: "ייתכנו מקרים נדירים שבהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות. מקרים כאלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס של עובד או בבואו, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות על השכר ה'כולל' שקיבל, וזאת בחוסר תום לב משווע, יגבר חוסר תום-לבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס הנובעת ממנה [...] היה ניתן לראות בכך השתק הבטחה [...], אך ניתן לבחון זאת גם על-פי כללי תום-הלב הקבועים בחוק".

188 שני מקרים המהווים אבני דרך בהתפתחות הפסיקה קשורים לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 204: תב"ע (אזורי ב"ש) מט/3-555 אבו עסא – מדר את זינגר, חברה לבניין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.1990) (להלן: עניין זינגר), ודב"ע (ארצי) 2-237/97 שמואלי – מדינת ישראל – רשות השידור, פר"ע לו 577 (2001) (להלן: עניין שמואלי).

189 כך, למשל, יישם בית הדין הארצי עקרונות אלה כשהדיון היה ביחס בין חוק שעות עבודה ומנוחה, הוראות מכוח הסכמים קיבוציים ותום הלב של העובדים; ראו עניין שמואלי, שם. במקרה אחר נדונה הוצאתו של העובד מתחולת ההסכם הקיבוצי מאחר שנהג בחוסר תום לב כלפי מעסיקו; ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פר"ע לו 817 (2001) (להלן: עניין אייזיק).

קיבוצי.¹⁹⁰ החריג מתקיים כשהעובד פועל בחוסר תום לב קיצוני כך שקבלת תביעתו, תוך הישענות על דוקטרינת הקוגנטיות, תביא לחוסר הגינות.¹⁹¹ כלומר: בית הדין עושה שימוש בעקרון תום הלב וההגינות כמושג שסתום וככלי עבודה גמיש הנתון לשיקול דעת, כדי למנוע תוצאה בלתי-צודקת במקרים אינדיבידואליים – כשהיענות לתביעת העובד, בגלל קשיחותה של דוקטרינת הקוגנטיות, מתנגשת בזעקת המעביד לגבי חוסר תום הלב הקיצוני של העובד.

לטענתנו, קיומה של עמדה בפסיקת בית הדין לעבודה לפיה קוגנטיות יכולה לסגת מפני חוסר תום לב קיצוני, מקרבת בהדרגה את פסיקתם של בתי הדין לעבודה לזו של בית המשפט העליון בנושא ויתור בדיעבד, השתק ומניעות.¹⁹² המסקנה היא שבהווה, בתי הדין הולכים וזונחים בפועל את הרעיון המכוון שעליו נבנתה ההלכה המגבילה ולפיו כל הסכמה או ויתור של עובד על זכות קוגנטית, בכל מצב, אינם תקפים.

190 עניין זינגר, לעיל ה"ש 188, בעמ' 8; עניין בוכריס, לעיל ה"ש 185; ע"ע (ארצי) 300275/98 ויסלר – מוקד (1973) תאגיד לחקירות פרטיות (פורסם בנבו, 18.12.2000); ע"ע (ארצי) 1055/01 קורי – אירוקה אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2001); עניין שמואלי, לעיל ה"ש 188; ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002); עניין אייזיק, לעיל ה"ש 189. לתיאור העמדות השונות בפסיקה ראו חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים לו 63-64 (2007).

191 עניין בוכריס, לעיל ה"ש 185, בעמ' 8-9; עניין שמואלי, לעיל ה"ש 188, בעמ' 593. יש הטוענים כי הלכה זו יוצרת איזון חדש, לפיו המגן הקוגנטי יופעל רק לטובת העובד החלש שויתר על זכויותיו עקב עמדת מיקוח חלשה, ויפועל נגד העובד החזק, המנסה לעשות שימוש ציני בהגנה הכפויה של משפט העבודה. לאמור: חוסר תום לב קיצוני נמדד על פי כוח המיקוח של העובד מול המעביד בעת הוויתור על זכויות המגן. ראו שרון רבין מרגליות "מה נותר ממשפט העבודה המגן?" ספר מנחם גולדברג 462, 472 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

192 עקרון ההשתק והמניעות אומץ על-ידי בית המשפט העליון בהקשר של יחסי עובד ומעביד בפסיקה שקדמה להקמת בתי הדין לעבודה. בית המשפט הכיר עקרונית באפשרות שעובד יושתק בשל התנהגותו מלהבוע לפי חוק מגן, ואף ייתכן שיישללו ממנו הזכויות שתבע בבית המשפט. בפסקי הדין הרלוונטיים נדונו זכויותיהם של העובדים לתשלום בעד שעות נוספות, שבתות וחגים, זכותם לפדיון חופשה, וכן תביעתם לתשלום פיצויי הלנת שכר. בכל אותן הנסיבות קיבלו העובדים את משכורתם במשך תקופה ארוכה בלי שמחו על זכות נוספת המגיעה להם לפי חוק או הסכם קיבוצי, ואף נמנעו מהגשת תביעה בסמוך לסיום יחסי העבודה. בית המשפט הגדיר התנהגות זו כוויתור בדיעבד – התנהגות העולה כדי השתק המונע מהעובד לתבוע את הזכויות המגיעות לו לפי החוק. ראו ע"א 254/63 בלולו נ' עשור לעצמאות ישראל, חברת תערוכה בע"מ, פ"ד יח(2) 689, 699 (1964); בג"ץ 165/63 הרפז (פיינברג) נ' הממונה על גביית השכר, פ"ד יז 2581, 2588-2587 (1963); ע"א 392/69 נימץ נ' אחים משולם בע"מ, פ"ד כד(1) 107, 109 (1970); ע"א 566/70 מחטאוי נ' חברת קו צינור אילת בע"מ, פ"ד כה(2) 622, 628 (1971).

(ב) דרך הפעולה של בתי הדין לעבודה

ניתן להניח כי חלק הארי מכלל התביעות המוגשות לבתי הדין לעבודה, שאינן תביעות ביטוח לאומי, כוללות תביעות בנושאים הקשורים בזכויות הנובעות מחוקי מגן ובחוקים המסווגים במשפחת הזכויות המגנות.¹⁹³ על-פי התאוריה שבבסיס ההלכה המגבילה, בכל אחת מתביעות אלו אמור להתקיים דיון מלא ופומבי לפי כללי הפרוצדורה והראיות, ולהינתן פסק דין מנומק לפי הדין המהותי, הניתן לערעור. אחרת, כפי שמסבירה הפסיקה, ייעשה הדין פלסטר.

במבחן המעשה, המודל שההלכה המגבילה מייחסת לבתי הדין, המשמש בסיס רעיוני לקיצוץ כנפיה ולמרחב מחייתה של הבוררות, מתקיים במיעוט קטן של מקרים. בפועל, בתי הדין עצמם הפכו לחממה המעודדת ומטפחת – בכל דרך שהיא ותוך השקעת חשיבה, תכנון ומשאבים – הליכים שבהם זכויות קוגנטיות מכוח חוקי המגן ומכוח משפחת הזכויות המגנות נהפכות לנושא הסכם. בתי הדין לעבודה עצמם, בכל הרמות ובעזרת כל כוח האדם העומד לרשותם, מנהלים ומעודדים הליכי פישור אלו כדבר שבשגרה, ונמנעים ככל האפשר מקיום דיון משפטי מלא המסתיים בכתיבה של פסק דין מנומק.¹⁹⁴ ראוי להדגיש כי מדובר בדרך פעולה שהיא חלק מהאסטרטגיה של בתי הדין להתמודדות מערכתית עם עומס התיקים. לכאורה ניתן היה לטעון שכשמתעוררת מחלוקת עובדתית כנה על עצם זכאותו של העובד לתשלומים מכוח זכויות קוגנטיות או על שיעור זכאותו, אין כל פסול בהעברת הליכים לפישור. זאת, משום שבהינתן מחלוקת כזו העובד אינו מוותר על זכויותיו (מאחר שעצם קיומן או שיעורן שנוי במחלוקת) אלא בוחר בפתרון של פשרה על פני סיכון של הפסד מוחלט. טענה זו אינה עומדת במבחן המציאות. בחינת דרך הפעולה של בתי הדין לעבודה מעלה כי תיקים מועברים להליכי פישור כעניין שבשגרה, מבלי שייבחנו לגופו של עניין. כך, בהחלט ייתכן שעניינו של עובד שאין כל מחלוקת לגבי עצם זכאותו יידון בהליך פישור שבו יקבל רק חלק מסכום תביעתו.

ההליכים שבמסגרתם זכויות קוגנטיות נהפכות להיות נושא להסכם, בתוך בית הדין לעבודה ובעידוד אקטיבי שלו,¹⁹⁵ כוללים:

193 עניין אבין, לעיל ה"ש 57.

194 ראו, למשל, בש"א (ארצי) 205/07 אוניברסיטת תל אביב – אלישע, פס' 5-6 (פורסם בנבו, 27.2.2008); בש"א (אזורי נצי') 1400/06 עבדלמגיד – מאמון, פס' 4-2 (פורסם בנבו, 19.6.2006); בש"א (אזורי חי') 3486/06 עמותת הפועל נווה שאנן, כדורעף – אלון, פס' 11-12 (פורסם בנבו, 22.10.2006).

195 פרט לעידוד האקטיבי, בית הדין מעניק תמיכה מוסדית להסדרי פשרה או להסכמים אליהם הגיעו הצדדים בכוחות עצמם. הכוונה לפעילות של בתי הדין בכל הקשור למתן תוקף של פסק דין להסכם שאליו הגיעו הצדדים בכוחות עצמם. בבדיקה שנערכה במאגרי המידע המקוונים לא נמצא פסק דין אחד שבו בית דין לא כיבד הסכמה שאלה הגיעו הצדדים והוגשה לו לצורך מתן תוקף של פסק דין. מאחר שאין מתנהל בהליכים אלו פרוטוקול, אין גם דרך לדעת אם בית הדין בחן את רכיבי ההסכם

- (1) פישור שיפוטי¹⁹⁶ – דיון לקראת פשרה שמנוהל על-ידי השופט היושב לדין ;
 - (2) פישור על-ידי שופט מוקד – שתפקידו לשמוע את התיק בשלב ראשוני ולנסות להביא את הצדדים לידי פשרה. אם הדבר לא נסתייע, התיק מועבר להוכחות בפני שופט אחר ;
 - (3) פישור על-ידי עוזרים משפטיים – שתפקידם, בדרך כלל, לסייע לשופט בעבודות משפטיות שונות כמו כתיבה של חוות דעת משפטיות, עבודת מחקר והכנת תיקים לקראת דיון ;
 - (4) פישור על-ידי עורכי-דין הנמנים על צוות המנ"ת (מחלקה לניתוב תיקים, האחראית הן על ניתוב התיקים להליכים שונים והן על הקצאתם לשופטים) ;
 - (5) פישור באמצעות נציגי ציבור ;
 - (6) גישור או פישור חיצוני שנערך במרכזי גישור ועל-ידי מגשרים פרטיים;¹⁹⁷
 - (7) פסיקה לפשרה לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט.¹⁹⁸
- מבין כולם מעניין במיוחד הוא האחרון – הליך של פסיקה לפשרה. בפועל מדובר בהליך דו-שלבני: בשלב הראשון השופט היושב לדין מנהל פישור שיפוטי, שתוצאתו היא שהצדדים ממנים בהסכמה את השופט להיות בורר, לרבות לגבי זכויות קוגנטיות. בשלב השני מתנהלת בבית הדין בוררות שיפוטית מזן מיוחד. חרף היותה חלק מההליך השיפוטי, בוררות זאת איננה כפופה אך ורק לדין המהותי ; היא מתנהלת כהליך מהיר או מזורז (expedited arbitration). התוצאה הסופית היא פסק דין לא מנומק או מנומק באופן תמציתי, המשולל ערך תקדימי או הלכתי. לבסוף, הלכה למעשה, פסק הדין שנתן השופט כבורר במסגרת פסיקה לפשרה אינו ניתן לערעור.¹⁹⁹

שהוגש לו לצורך מתן תוקף של פסק דין כדי לוודא שההסכם אינו כורך ויתור על זכויות קוגנטיות. נראה, אם כך, שככלל בית הדין מכבד כל הסכמה של הצדדים לתיק ואינו מערער או מהרהר עליה. ראו ע"ע (ארצי) 300189/97 יאיר – סולל בונה בע"מ, פד"ע לה 657 (2000) (להלן: עניין סולל בונה) ; דב"ע (ארצי) מג/16-3 פרנק – מעוז חברה לביטוח בע"מ, פד"ע יד 294, 299 (1983) (להלן: עניין פרנק) ; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 74.

- 196 ראו אלרואי, לעיל ה"ש 47.
- 197 ראו, למשל, ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה דין וחשבון (2001). צוות ההיגוי מונה כדי לבחון דרכים לשיפור וטיפול הליך הגישור במערכת בתי הדין לעבודה. דו"ח הוועדה התייחס, בין היתר, לגישור פנימי על ידי נציגי ציבור, להפניה לגישור חיצוני ולהליך הערכה מקדמית (E.N.E.) בתיקי ביטוח לאומי. הוועדה המליצה לקדם את הליך הגישור במערכת בתי הדין לעבודה ולהטמיעו עד כמה שניתן. ראו גם הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה דין וחשבון 115-120 (2006).
- 198 ראו בן-נון וגבריאל, לעיל ה"ש 47 ; יעקב אבי ברוך טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה" שערי משפט ג 13 (2002).
- 199 בן נון וגבריאל, לעיל ה"ש 47 ; טירקל, לעיל ה"ש 198 ; עפר שגיא "סעיף 79 לחוק בתי המשפט – השלכות לעתיד" דין ואומר 10, 31 (1999) ; יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 858 (מהדורה שביעית,

כדי לברוק את עצמת התופעה והיקפה נאספו נתונים לגבי האופן שבו הסתיימו תיקים בבתי הדין האזוריים לעבודה בתל-אביב ובחיפה בשנת 2004. טבלה מס' 2 מציגה את התוצאות של ניתוח הנתונים.

טבלה מס' 2: ניתוח התפלגות התיקים בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה ובבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב²⁰⁰

פסקי דין	בוררות	גישור חיצוני	פסיקה לפשרה	פישור		חיפה*
1903 תיקים	6 תיקים	38 תיקים	518 תיקים	7374 תיקים	9839	סה"כ תיקים: 9839
19.3%	0.06%	0.4%	5.2%	75%		באחוזים: 100%
אחוז התיקים שנסגרו בפרוצדורות אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים: 80.7%						
פסקי דין	בוררות	גישור חיצוני	פסיקה לפשרה	פישור		תל אביב**
1003 תיקים	4 תיקים	168 תיקים	111 תיקים	4012 תיקים	5298	סה"כ תיקים: 5298
18.93%	0.075%	3.17%	2.1%	75.7%		באחוזים: 100%
אחוז התיקים שנסגרו בפרוצדורות אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים: 81.07%						

* לצורך ההשוואה הוסרה העמודה של "שונות", שכללה את אותם תיקים שהסתיימו בדרך שאינה אחת מאילו המובאות בטבלה, למשל, פשרה מחוץ לכותלי בית הדין, החלטה שאינה פס"ד (כמו מחיקה מחוסר מעש או מחמת אי תשלום אגרה וכו').

** הנתונים שנמסרו לגבי "שופטי מוקד" אוחדו עם הנתונים שנמסרו לגבי "פישור".

כפי שניתן לראות מהנתונים שבטבלה, יש דמיון רב בתוצאות בין שני בתי הדין. בשניהם מסתיימות כ-80% מן התביעות המוגשות בעזרת הליכים בתוך ומחוץ לבית הדין, הכרוכים בהסכמה או שתוצאתם היא הגעה להסכמה, להבדיל מפסיקה לפי הדין המהותי. ההסכמה מתייחסת, בין היתר, לזכויות קוגנטיות, קרי: זכויות מכוחם של חוקי

שלמה לויין עורך, 1995). לעניין הכללים להתערבות של ערכאות הערעור בפסק דין שניתן על דרך הפשרה ראו דבריו של השופט גרוניס בע"א 9065/03 לבייב נ' גילר (פורסם בנבו, 29.5.2005): "הכללים באשר להיקף התערבותה של ערכאת הערעור בפסק דין על דרך הפשרה ידועים הם: התערבות חבוא במקרה של חריגה מן המוסכם (למשל כאשר נקבע טווח הכרעה), כאשר התוצאה הינה בלתי סבירה לחלוטין או כאשר נפל פגם דיוני משמעותי בהליך"; באותו עניין ראו גם רע"א 2587/98 מיינדברג ייצור ובניית מבנים בע"מ נ' ששון (פורסם בנבו, 23.8.1999).
200 לתיאור של אופן איסוף הנתונים ומסגרתם ראו ה"ש 53 לעיל.

המגן ושל משפחת הזכויות המגנות.²⁰¹ ראוי להדגיש כי בכל המקרים הללו מדובר בכך שזכויות מכוחם של חוקי מגן ושל מקורות משוריינים אחרים – כגון חקיקה בדבר זכויות מגינות, זכויות שמקורן בהסכם קיבוצי ובצו הרחבה, ושאלות חוקתיות – נהפכות להיות נושא להסכם. למעשה, עצמת התופעה גדולה יותר. כזכור, לפי ההלכה המגבילה, גם היבטים עובדתיים או משפטיים שקיומם הוא תנאי להענקת זכות קוגנטית או לשלילתה אינם יכולים להיות נושא לבוררות, משום שאינם יכולים להיות נושא להסכם. ניתן להניח כי גם במיעוט המקרים, שבהם הסתיימה התביעה בפסק דין, הגיעו הצדדים בשלבים שונים של הדיונים, ובעזרת בית הדין, להסכמות לגבי היבטים עובדתיים או משפטיים המהווים תנאי להענקה או לשלילה של זכויות קוגנטיות.²⁰²

הסכם המקבל תוקף של פסק דין, שאליו הגיעו הצדדים בתוך כותלי בית הדין או מחוץ להם – לרבות הסכם לפסיקה לפשרה – הוא הסכם; הוא איננו פסק דין רגיל.²⁰³ בית הדין אולי לא שם לב לכך שהוא עצמו, בפעולתו היום-יומית, קיפל לפני שנים את הדגל "אינן יכולות להיות נושא להסכמה". אף על פי כן בית הדין לעבודה ממשיך לדבוק בהלכה המגבילה כאילו הדגל "אינן יכולות להיות נושא להסכמה" עדיין מתנופף בגאון, וכאילו אין עושים, כמעשה של יום ביומו,²⁰⁴ בחצרו שלו ובעידודו, הסכמות – ובלשון בית הדין "פשרות" – לגבי זכויות קוגנטיות.

ברור, אם כן, שבלתי-אפשרי היה לומר שבית הדין עצמו קיפל כבר מזמן את הדגל הרעיוני של ההלכה המגבילה – קרי: "אינו יכול להיות נושא להסכם" – אילו היו מתקיימים שני תנאים מצטברים: הראשון, בית הדין היה מתמיד בהלכה החד-משמעית שאיננה מכירה בשום סוג של ויתור או של הסכם לגבי זכויות מכוח החוק, מכוח צו הרחבה ומכוח הסכם קיבוצי; והשני – כל תביעה המערבת הוראות או סוגיות קוגנטיות שהייתה מוגשת לבית הדין לעבודה, הייתה זוכה לדיון הוכחות מלא המסתיים בפסק דין מנומק.

לא כך הוא. למעשה, כל באי משפט העבודה יודעים על הבקיעים בסוגיית הוויתור, ואילו לגבי אופן ניהול ההליכים – בית הדין עצמו מכריז על ההפך הגמור – ובעיקר עושה אותו. לדברי בית הדין יש לעודד השגת פשרות בבית הדין תוך הבטחת ביצוען במועד, וזאת כדי לעודד נושים לקבל סכומים נמוכים יותר ממה שמגיע להם – בתנאי

201 כזכור, הנחת העבודה שלנו היא שרוב-רובן של התביעות המוגשות לבתי הדין כרוכות גם בזכויות קוגנטיות.

202 הליכים כמו פלוגתות, מוסכמות וקדם-משפט נועדו, בין היתר, לעודד הסכמות כגון דא.

203 "פסק דין שבהסכמה ממוזגות בו שתי תכונות, של הסכם ושל פסק דין". ראו זוסמן, לעיל ה"ש 199, בעמ' 549. ראו גם בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, 605 (1994); רע"א 5112/07 סיבוני נ' יזרעאלי (פורסם בנבו, 28.1.2008).

204 ראו ה"ש 198 לעיל; ראו גם עב' (אזורי נצ') 1018/01 כחלון – טפחות מושב עובדים, פס" 6 (פורסם בנבו, 18.12.2001) (להלן: עניין כחלון).

שיזכו לראות את הסכום המוסכם מבלי להיזקק להתיינות ממושכת בבית המשפט ומבלי לפגוע ביחסים שבין הצדדים. הסכם הפשרה נתפס כמכשיר כה חשוב לסיום הליכים, עד שבית הדין קובע כי לא בכל מקום שבו הופר ההסכם, באופן שהתשלום לא נעשה בעתו, תהווה ההפרה עילה לביטול ההסכם.²⁰⁵ בית הדין אף מסביר כי הפשרה מעצם מהותה איננה דין אלא "לפנים משורת הדין", ומשום כך יש בה ויתור על זכויות; בית הדין מסביר כי כשיש מחלוקת עובדתית על עצם הזכאות או שיעורה, והתוצאה איננה ברורה, הגיוני לאפשר פשרה החוסכת לצדדים זמן ומשאבים וכורכת בתוכה "קניית סיכון" או "קניית דין" תוך ויתורים הדדיים.²⁰⁶ אם כך בבית הדין, כשהוא פועל להשגת פשרה או לשכנוע הצדדים להסכים לפסיקה לפשרה, ישאל השואל: מה כה חמור, מבחינת מדיניות שיפוטית, אם "קניית הדין" או "קניית הסיכון" תהיה באמצעות הפניית חילוקי הדעות להכרעה בבוררות?

יתרה מכך: הפסיקה בשאלת הויתור לעומת פשרה לגבי זכויות קוגנטיות נהייתה כה מסועפת ומורכבת, עד כי היא מביאה לידי בלבול לא רק את העובדים, אלא אף את בתי הדין עצמם. ההלכה מפי בית הדין הארצי לעבודה היא כי לא יינתן תוקף לויתור על זכויות קוגנטיות.²⁰⁷ לעומת זאת, בית הדין הארצי קבע כבר באמרת אגב בפסק הדין סילשי, בסוף שנות השבעים, כי אין לנעול את הדלת לחלוטין מפני פשרה שעשו הצדדים עצמם על זכויות קוגנטיות.²⁰⁸ אולם, מן הפסיקה המאוחרת יותר של בית הדין הארצי עולה כי יכול להינתן תוקף לפשרה על אותן זכויות אם ההבדל בין ויתור לפשרה הוא

205 ע"ע (ארצי) 364/03 אור צורים – מי צורים (שותפות מוגבלת) – קוטאי (פורסם בנבו, 21.8.2005).

206 דב"ע (ארצי) נז/193-3 כהן – לוגסי (פורסם בנבו, 13.1.1998).

207 דב"ע (ארצי) מז/144-3 טרין הובלות בע"מ – הופמן, פד"ע יט 403, 407 (1988); דב"ע (ארצי) מז/150-3 אלכסנדר'ס תעשיות נעליים בע"מ – חלו, פד"ע יח 415, 419 (1987); עניין פרנק, לעיל ה"ש 195. עם זאת, יש לסייג ולומר שגם בפסיקתו של בית הארצי מתגלעים בקיעים באשר להלכה שאינה מאפשרת ויתור על זכויות קוגנטיות. כך בעס"ק (ארצי) 81/05 מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל (פורסם בנבו, 6.5.2007), כתב הנשיא אדלר: "אשר ל'ויתור' על ההפרשות לקופות גמל עד למועד הגשת התביעה, יש משמעות משפטית להיעדר הדרישה מצד הרופאים או מצד ה.ר.י משך שנים רבות והשיהוי בהגשת התובענה בגין רכיב העבודה הנוספת. קודם למועד מתן פסק דינו של בית הדין האזורי, אף המדינה הייתה בדעה שאין חובה להפריש וגם הרופאים לא הפרישו את חלקם. זאת ועוד, כלל הוא, כי קופות גמל אינן מקבלות תשלומים עבור תקופה רטרואקטיבית. משמעות הדבר היא, שלפי האמור בפסק דין זה הייתה קיימת זכות של הרופאים להפרשות לקופות גמל בתקופה שהם משרתים במילואים, אבל כל עוד היא לא נדרשה אין מקום לחייב את תשלומה בדיעבד. לפנינו מקרה חריג, בו אין העובדים רשאים לקבל על תקופת העבר זכות קוגנטית. במובן זה, היעדר הדרישה והשיהוי בהגשת התביעה משמעותם 'ויתור' על התשלומים שהיו מגיעים לרופאים עד למועד מתן פסק דינו של בית הדין האזורי. יחד עם זאת, לא ויתרו הרופאים על עצם קיומה של הזכות ועל המדינה לשלמה ממועד מתן פסק דין זה".

208 עניין סילשי, לעיל ה"ש 183, פס' 30 לפסק הדין.

שבויתור אין מחלוקת על קיומה של הזכות שעליה מוותרים, ואילו בפשרה יש מחלוקת כנה לגבי קיומה של הזכות או על גובה הזכאות.²⁰⁹ מובן כי במציאות הגבול בין שני המקרים הוא דק ביותר, והפסיקה עושה שימוש לסירוגין במונחים "ויתור" ו"פשרה", כך שנוצר בלבול מוחלט. הדבר מביא לכך שלמרות ההלכה מפי בית הדין הארצי, ישנן פסיקות של בית הדין האזורי שבהן ניתן תוקף לויתור (להבדיל מפשרה) לגבי זכויות קוגנטיות, מתוך אמונה שהפסיקה היא בהתאם למצוות בית הדין הארצי – שכאמור אינה נועלת את הדלת בפני פשרה על זכויות קוגנטיות.²¹⁰

מאחר שממילא עשוי להיות מצב שבו יכירו בתי הדין בויתור של עובד על זכויותיו הקוגנטיות, באצטלה של פשרה, עדיף היה לאפשר מלכתחילה להעביר את הסכסוך לבוררות. ניתן לטעון כי מבחינת מדיניות שיפוטית יש עדיפות להליך שבו יש לכל הפחות גורם שמפקח על התנהלות הדברים, ויכול לוודא שהמעביד לא ינצל לרעה את פערי הכוחות בינו לבין העובד. ההצדקה להערפה זו תלויה בהנחה שהבורר עצמו לא ייתן פסק שמשמעו פגיעה ברורה בזכויותיו הקוגנטיות של העובד, אלא יפסוק סכום שהוא בתחום המחלוקת בין העובד לבין המעביד – ממש כפי שנעשה במסגרת פשרה.

בשולי הדברים נעיר, כי לעובדה שבתי הדין עצמם אינם "מנצלים" כל אחד מהתיקים הבאים בשעריהם כדי לכתוב פסקי דין נמומים, אלא מסיימים אותם בעזרת טכניקות שונות המבוססות על הסכמת הצדדים ומובילות לפתרונות פרגמטיים וספציפיים אך נעדרי ערך הלכתי, יש חשיבות בהיבט נוסף. מצב זה מיתר את הצורך לדון במסגרת רשימה זאת בשאלה האידאולוגית (הערכית) האם פיתוח וטיפוח הבוררות עלולים לפגוע בתפקיד של בתי הדין כמקדם ערכים ציבוריים. הסיבה לכך כפולה: ראשית, הנתונים מצביעים על כך שבתי הדין לא אימצו את הגישה של "האורתודוקסיה השיפוטית".²¹¹ לפיכך יש להניח כי התיקים שיוכרעו בבוררות יבואו בעיקר על חשבון התביעות המסתיימות כבר עתה בדרך שהיא משוללת ערך חינוכי הלכתי לציבור כולו או לחלק

209 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 195; עניין פרנק, לעיל ה"ש 195; עניין הלסקו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 74.

210 ראו, למשל, תב"ע (אזורי ב"ש) נו/404-3 שלום – בית אריזה יק"ל – יבולי קטיף לייצוא בע"מ (פורסם בנבו, 5.2.1998).

211 טיעון זה מתייחס לעמדה של אסכולה שזכתה לכינוי "האורתודוקסיה של השפיטה", ולפיה תפקידה של מערכת השפיטה הממלכתית איננו השגת שלום בין צדדים מסוכסכים או מציאת פתרון צודק, טוב ככל שיהיה, לסכסוך הפרטי שלהם; מרגע שהסכסוך הפרטי עבר את מפתן הכניסה של מערכת השפיטה הוא בבחינת "חומר גלם ציבורי". באמצעות סכסוכים אלו בתי המשפט יוצרים כללים מהותיים ופרוצדורליים, המחצינים ומעניקים עצמה ומשמעות קונקרטית יותר לערכים ציבוריים שמקורם בחוקה ובחוקיקה. הנורמות הכלליות, פרי פסקי הדין, מאפשרות לגשר בין ערכים ציבוריים אלו לבין המציאות המורכבת והמשתנה, וליצור את החומרים שבעזרתם נבנית ומתוחזקת הסולידריות החברתית. ראו Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984); Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP. L. ISSUES 1 (1989).

ממנו. שנית, בהצעתנו לבניית מודל משוכלל של בוררות לצורך הכרעה בסכסוכים המערבים זכויות קוגנטיות²¹² ניתן מענה חלקי לכשל של היעדר ערך הלכתי וחינוכי.²¹³ מבחינה זאת, אם תתקבל ההצעה תהיה עדיפות דווקא לבוררות על הטכניקות השונות – כגון פישור ופסיקה לפשרה – המובילות כיום לסיום רוב התיקים בבתי הדין לעבודה. מעצם טבעם, פישור לסוגיו ופסיקה לפשרה אינם מייצרים החלטות מנומקות בעלות ערך הלכתי המאפשר פיתוח של נורמות, ומבחינה מעשית הם מנטרלים כמעט לחלוטין את אפשרות הערעור.

4. ההלכה המגבילה יוצרת חוסר ודאות לגבי אפשרות השימוש בבוררות

הפסיקה קבעה תחום רחב מאוד של נושאים שאין להביאם לבוררות, ביניהם חוקי מגן, חוקים המסדירים זכויות מגנות, קביעת יחסי עובד-מעביד, הוראות קוגנטיות, תנאים עובדתיים ומשפטיים ליצירה או לשלילה של זכויות קוגנטיות וזכויות מגנות ושאלות חוקתיות. במישור המעשי, בגלל המורכבות של משפט העבודה, ההלכה המגבילה יצרה מציאות משפטית שבה – ברוב המקרים שבהם עומדת להיערך או נערכת בוררות – יש אי-ודאות בסיסית לגבי האפשרות לנהל בוררות ולגבי מידת התקפות והנפקות של תוצאותיה. מצב דברים זה פוגע קשות בסכוייה של הבוררות להתפתח ככלי חלופי להתדיינות בבתי הדין. לצורך הבהרה נסתפק בדיון תמציתי בשני היבטים. ההיבט הראשון – ריבוי המקורות; השני – מקומם של סעיפי בוררות בהסכמים קיבוציים.

(א) ריבוי מקורות

יחסי העבודה בישראל מתאפיינים בריבוי מקורות של זכויות וחובות.²¹⁴ אין פלא שנושאים משיקים כגון כריתה של הסכם העבודה, היררכיית הנורמות והוראות סותרות וחופפות זכו, בגלל מורכבותם, להתייחסות רבה בפסיקה ובספרות.²¹⁵ ריבוי המקורות לזכויות וחובות גורם קושי מעשי ניכר ביישום ההלכה המגבילה.

212 ראו להלן פרק ט.

213 הכוונה לחובת ההנמקה, לאפשרות לפרסם את פסק הבוררות, ולפתיחת הדרך לערעור.

214 כידוע, מערך הזכויות והחובות ניוון מכמה מקורות, ביניהם חקיקה, חקיקת-משנה, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים, הסדרים קיבוציים, תנאים מפורשים ותנאים מכללא בחוזים אישיים, מנהג ונוהג.

215 ראו מנחם גולדברג "חופש החוזים" והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחווה עבודה אישי" המשפט ב 177 (1994); מנחם גולדברג "חופש ההתקשרות החוזית במשפט העבודה" עיוני משפט ב 672 (1972); סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר ברי-ניב 17 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים, 1987); ע"ק (ארצי) 28/99 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי – בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פד"ע מ 385 (2003).

לצורך הדיון תיבחן דוגמה פשוטה: עובד הועסק בחוזה אישי במקום עבודה שחל עליו הסכם קיבוצי. בתום קשר העבודה תבע העובד את זכותו לחופשה, בין אם כפדיון חופשה בכסף ובין אם כיציאה לחופשה בפועל. בבדיקה הסתבר שעומדים לזכותו, לטענתו, ימי חופשה הניזונים משלושה מקורות: (1) חוק; (2) הסכם קיבוצי שלטענתו חל עליו, שכן אין בהסכם הקיבוצי סעיף הקובע במפורש שהוא אינו חל על עובדים מסוגו; ו-(3) חוזה אישי. כל אחד מן המקורות מכתוב מערכת נורמטיבית שונה לגבי יציאה לחופשה, צבירת חופשה ופדיון חופשה. בחוזה האישי נכלל סעיף בוררות. לפי ההלכה המגבילה, אפילו אם נושא החופשה הוא הנושא היחיד השנוי במחלוקת, יש לפצל את הדיון: הבוררות תוגבל לדיון לגבי אותו חלק מן החופשה שמקורו בחוזה האישי, ואילו הדיון לגבי יתרת ימי החופשה, הנובעים מהחוק ומההסכם הקיבוצי, יועבר לבית הדין. ברם, למעשה אין דרך להפריד את הדיון או למנוע דיון כפול, שכן הנושאים קשורים זה לזה. כך למשל, אין אפשרות לדון בזכות לחופשה על-פי החוזה האישי בלי לבדוק אם ימי החופשה שניצל העובד בתקופת עבודתו היו על חשבון החופשה מכוח החוק, מכוח ההסכם הקיבוצי או מכוח החוזה האישי.

דוגמה זו, החריגה בפשטותה משום שחילוקי הדעות בין הצדדים הם בנושא אחד – פדיון חופשה – משקפת את הקושי הטבוע הנובע מהמפגש הבלתי-אפשרי בין ההלכה המגבילה לבין ריבוי המקורות לזכויות ולחובות. מפגש זה מביא למצב שבו אין בעצם אפשרות לערוך חלוקת עבודה ברורה בין בתי הדין לבוררות על בסיס נושאי. ברור כי ברוב המקרים הצדדים, שיחפצו ביעול הדיון בחילוקי הדעות ביניהם ולכן יבחרו בבוררות, יעדיפו להימנע מחלוקת הדיון באותו נושא עצמו בין שני הפורומים. התוצאה ברורה: מאחר שכמעט בכל המקרים של חילוקי דעות ביחסי עובד-מעביד ניתן לטעון גם לזכויות מכוח אחד או יותר מרשימת המקורות הקוגנטיים הנלכדים במצורת ההלכה המגבילה, לעולם לא תתקיים בוררות. תמיד ניתן יהיה לחסום את הגישה לבוררות על-ידי העלאת הטענה כי מעורבת בסכסוך גם זכות קוגנטית הנמנית ברשימת המקורות המוגנים על-ידי ההלכה המגבילה.

(ב) סעיפי בוררות בהסכמים קיבוציים

הפסיקה בנושא ההלכה המגבילה מתרכזת רובה ככולה בזכויות מכוח חוק. כל זאת בשעה שברוב חוקי העבודה לא נאמר במפורש שהזכויות המוקנות מכוחם הן קוגנטיות, קרי: אינן ניתנות לוותר. הן נהפכו לקוגנטיות מכוח הלכה מגובשת שמקורה בפסיקה.²¹⁶ רק בחוקים מהשנים האחרונות²¹⁷ נאמר במפורש כי חלק או כל ההוראות

216 עניין פרוימוביץ, לעיל ה"ש 185, בעמ' 41-42 ועניין ציבוטור, לעיל, ה"ש 111, בעמ' 177, כפי שצוטטו בעניין סילשי, לעיל ה"ש 183; עניין בלכנר (ביה"ד הארצי), לעיל ה"ש 56, בעמ' 122. בפסיקתו קבע בית המשפט העליון כי יחסי עובד ומעביד מגלמים בתוכם מערכת זכויות המוקנות בחוקים שונים, זכויות שאין לוותר עליהן ואין להתנות עליהן, אם משום שהדבר נאמר בחוק במפורש

הכלולות בהם הן קוגנטיות. החוק היחיד שבו יש הוראה מפורשת בדבר קוגנטיות גורפת, השייך כרונולוגית לחקיקת שנות החמישים, הוא חוק הסכמים קיבוציים. סעיף 20 לחוק זה קובע במפורש כי אין תוקף לויתור על זכויות אישיות מכוח הסכם קיבוצי.²¹⁸ על רקע קיומו של איסור התניה כה גורף, מפתיע לגלות שעד לאחרונה²¹⁹ היה רק פסק דין אזורי אחד²²⁰ שבו נאמר כי זכויות אישיות הנובעות מהסכם קיבוצי אינן יכולות להתברר בבוררות. עד כמה הדברים חמורים ניתן ללמוד מן המקום היחיד שהועלתה טענה כזו במפורש בבית המשפט העליון, פסק דין לילי דיין.²²¹ בהערה שצוינה אגב אורחא קבע השופט ברק, ללא כל דיון, כי מאחר שבית הדין הארצי לא שם לב שהשכר הוא מהסכם קיבוצי – נושא זה מתאים לבוררות. נראה כי ההימנעות של בית הדין הארצי ושל בית המשפט הגבוה לצדק מדיון של ממש בסוגיה זו איננה מקרית.

הבעיה נובעת מכך שהסכם קיבוצי מכיל בדרך כלל שילוב של הוראות, אשר בגלל ההלכה המגבילה, הפך לבלתי-אפשרי. הכוונה היא לשילוב בין הוראות אישיות בעלות תוקף נורמטיבי, מצד אחד, לבין סעיף בוררות לגבי הפרשנות והיישום של הוראות ההסכם הקיבוצי, מצד שני. חלק הארי של ההוראות בהסכמים קיבוציים הוא הוראות אישיות בעלות תוקף נורמטיבי. לפיכך, במצוות החוק הן אינן יכולות להיות נושא להסכם, ובמצוות ההלכה המגבילה פרי הפסיקה הן אינן יכולות להיות נושא לבוררות; אלא שאותו הסכם קיבוצי שהצמיח את הזכויות הקוגנטיות קובע את הבוררות דווקא כפורום מוסכם לפירושן של אותן זכויות.

- ואם משום שכך פירשו אותם בתי המשפט ובית הדין לעבודה מטעמים שב"טובת הציבור" (ע"א 150/63 מזרחי נ' ויינשטוק, פ"ד יז 1361, 1371 (1963), וביתר ספציפיות: משום "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" (ע"א 309/63 החברה להנדסה חקלאית לישראל בע"מ נ' נאג'י, פ"ד יח(3) 290, 295 (1964), המצטט את עניין שולמן, לעיל ה"ש 184, בעמ' 960.
- 217 ראו, למשל, ס' 12 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ס"ח 68; ס' 18 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, ס"ח 201; ס' 12 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230.
- 218 ע"א 256/63 "אטלנטיק" חברה לדייג בע"מ נ' רובין, פ"ד יח(2) 294 (1964); ע"א 378/70 עזובן המנוח שהר נ' דרדיקמן, פ"ד כה(2) 182, 188 (1971); דב"ע (ארצי) לד/40-3 אולמי פאר אשקלון בע"מ – אזרור, פד"ע ה 401, 411 (1974); דב"ע (ארצי) מז/141-3 טירן הובלות בע"מ – הופמן, פד"ע יט 403 (1988).
- 219 עניין ספיר, לעיל ה"ש 151.
- 220 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 55.
- 221 עניין דיין, לעיל ה"ש 56.

כזכור, הפסיקה קבעה כי "בוררות היא דרך המלך ביחסי עבודה קיבוציים".²²² באותה נשימה ממש חזרה הפסיקה של בית הדין הארצי וקבעה בצורה חד-משמעית כי זכויות העובד הנובעות מהסכם קיבוצי – ההוראות האישיות – הן של העובד. לכן ארגון העובדים אינו הבעלים שלהן: הוא אינו יכול להתפשר עליהן, להגיע להסכם עליהן או להביאן לבוררות.²²³ אם כך, על מה ניתן בכלל לקיים בוררות?²²⁴ לצורך מה נכתבו סעיפי הבוררות המפורטים, שאותם ניתן למצוא כמעט בכל הסכם קיבוצי? האם אך ורק לצורך יישוב של חילוקי הדעות לגבי סעיף אחד או שניים מתוך כל ההסכם הקיבוצי, העוסקים במערכת היחסים שבין השותפים להסכם (הסעיפים שהם רק אוכליגטוריים)? נראה כי מצב בלתי-אפשרי זה הוליד את הפסיקה המבולבלת והמבלבלת, שהצמיחה מחד גיסא את ההחלטות לפיהן הוראת בוררות איננה חלק מההסכם הקיבוצי,²²⁵ ולבטח אינה בעלת תוקף נורמטיבי כלפי העובדים – הלכת ששת הכוכבים,²²⁶ ומאידך גיסא – באותו הינף קולמוס, ומכיוון שונה – פסיקה הפוכה²²⁷ ואף מרחיקת-לכת, כגון פסק דין שקולניק.²²⁸ בפסק דין זה נקבע כי אם ארגון העובדים פנה לבוררות לצורך פירוש הוראה שהיא גם בעלת תוקף נורמטיבי, הרי אף-על-פי שפסק הבוררות מהווה מעשה בית דין רק בין הצדדים לו, הוא מחייב גם את העובדים, כפרטים, למרות שלא היו צד להליך.²²⁹ ברור שמבחינת העובדים, תוצאתו של פסק דין שקולניק איננה מתיישבת עם ההלכה המגבילה; מבחינתם, בגלל סעיף 20 לחוק הסכמים קיבוציים אין כל משמעות לפסק הבוררות, משום שאין אפשרות לקיים בוררות בנושא שלא ניתן להגיע לגביו

222 דב"ע (ארצי) שם/10-4 הסתדרות הפקידים – עירית רחובות, פד"ע יא 253 (1980); אוטולנגי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 127.

223 בג"ץ 578/75 פלונים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (3) 382 (1976); דב"ע (ארצי) לג/9-2 רשות הנמלים בישראל – ענתבי, פד"ע ד 449 (1973).

224 גרעון הולין "סעיפי בוררות בחוזי עבודה קיבוציים" הפרקליט 20 כב (התשכ"ו).

225 עניין ששת הכוכבים, לעיל ה"ש 172, בעמ' 176.

226 ראו רות בן-ישראל "ועוד על בוררות בין עובד ומעביד על-פי הסכם קיבוצי" הפרקליט לו 320 (1985).

227 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) נו/118-3 כהן – נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות, פד"ע לב 547 (1997), שבו אישר בית הדין קיום בוררות לגבי פרשנות הוראה נורמטיבית בהסכם קיבוצי.

228 דב"ע (ארצי) שן/112-3 שקולניק – אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פד"ע כא 447 (1990).

229 איהבהירות לא הסתיימה בפסק הדין של בית הדין הארצי בעניין שקולניק. בפסק דין מאוחר יותר נקבע כי לעובדים אין מעמד לתקוף החלטה של ועדה פריטטית המפרשת הסכם קיבוצי בנושאים בעלי אופי של "הוראות אישיות" כגון פיטורים ופיצויים מוגדלים, משום שאינם צד להחלטה. ברם, ההחלטה חלה עליהם ומחייבת אותם מכוח עקרונות של יחסי עבודה קיבוציים ומכוח ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים. בית הדין ציין כי התוצאה לא הייתה שונה אילו החלטתה של הוועדה הפריטטית הייתה פסק בוררות. ראו עב' (אזורי י-ם) 3036/03 בלילתי – חברת מלונות דן בע"מ, פס' ה' לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.6.2004).

להסכם. ההחלטה בעניין שקולניק אף אינה מתיישבת עם תכליתה של הלכת ששת הכוכבים.

מן העבר השני, מבחינת המעביד, מצב דברים זה יוצר סיטואציה בלתי-מתקבלת על הדעת. מעביד המסכים במצוות ההסכם הקיבוצי ללכת לבוררות לגבי פרשנות או יישום של הוראות אישיות הקבועות בהסכם הקיבוצי (למעט אולי לגבי זכויות בלתי-בשלות) – משחק ברולטה רוסית: אם פסק הבוררות יראה לעובדים הוא יתקבל; אם לא ימצא חן בעיניהם הם יוכלו לטעון כי פסק הבוררות איננו מחייב, שכן ניתן בחוסר סמכות.²³⁰ מבחינה מערכתית, התוצאה מבולבלת ומבלבלת. פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה רצופה ברטוריקה באשר לתוקף המחייב והחשיבות הרבה שיש להעניק למנגנון ליישוב של חילוקי דעות בדרך בוררות ביחסי עבודה קיבוציים.²³¹ לעומת זאת, מהבחינה המשפטית, ההלכה המגבילה עצמה – במיוחד כשהיא משתלבת עם הלכת ששת הכוכבים – רוקנה מכל תוכן ממשי את המנגנון ליישוב של חילוקי דעות בדרך של בוררות.

5. ההלכה המגבילה איננה נכונה לגופה

ההלכה המגבילה אינה נכונה, הן מבחינה פרשנית והן מבחינה פונקציונלית. היא אינה נכונה מבחינת פרשנות שני האדנים שעליהם היא נשענת, קרי: סעיף 3 לחוק הבוררות וההיגד "זכויות שאין תוקף לויתור עליהן, אין להסכים עליהן ואין למסורן לבוררות". היא אינה נכונה מבחינה פונקציונלית, בכך שהיא ממצבת את בתי הדין במקום גבוה ממידתם ואת הבוררות והבוררים במקום נמוך ממידתם.²³² בחלק קודם של המאמר הוכח שההיסטוריה החקיקתית אינה תומכת בפרשנות שאימצו בתי המשפט לגבי סעיף 3 לחוק הבוררות. מעבר לכך נראה כי הפסיקה התרכזה

230 תמיד תהיה שמורה האופציה לטעון כי השתתפות העובדים בבוררות תיחשב כהסכמה. ברם, פרט לאי-הוודאות לגבי דרגת ההשתתפות קיימת גם הבעיה של חוסר היכולת להסכים בגלל דוקטרינת הקוגנטיות.

231 בפסק הדין בעניין הסתדרות הפקידים, לעיל ה"ש 222, בעמ' 258, נאמר: "בוררות היא דרך המלך המקובלת ביחסי עבודה קיבוציים ובית הדין לעבודה ייתן נפקות לרצון זה של השותפים ליחסי עבודה, במידה מרבית". בפסק הדין בעניין רב"ע (ארצי) נ/4-60 ההסתדרות הכללית החדשה – איגוד המשפטנים הארצי – מדינת ישראל, פד"ע לד 74, 80 (1999), נאמר: "משהסכימו הצדדים למסור נושא לבוררות וקיבלו על עצמם לכבד את החלטת הבורר, יש חשיבות לכך שהסכסוך מסתיים בדרך זו". ראו גם אוטולנגי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 127.

232 מבחינה זאת ההלכה המגבילה מזכירה את היחס שגילו בתי המשפט בארצות-הברית בעבר כלפי בוררים, שנתפסו כשופטים מליגה נמוכה שאין להפקיד בידיהם תפקיד של שפיטה. ראו Paul F. Kirgis, *Judicial Review and the Limits of Arbitral Authority: Lessons from the Law of Contract*, 81 ST. JOHN'S L. REV. 99 (2007).

בטעות במילה "בעניין" המופיעה בסעיף, ובנתה בעזרתה את הבסיס להלכה המגבילה בחוק הבוררות. באותה עת התעלמה הפסיקה מצמד המילים "בין הצדדים", המופיעות בספא של סעיף 3 לחוק הבוררות. לדעתי מילים אלו הן הלוו והמפתח להבנת הכוונה של הסעיף. הוראת סעיף 3 התכוונה להגביל את האפשרות להעביר לבוררות סכסוכים – ובלשון החוק: עניינים – שבהם הצדדים לבוררות אינם הצדדים הנכונים או המספיקים. לכן, בחותמם על הסכם הכניסה לבוררות, הם אינם מסוגלים להבטיח שפסק הבוררות יישב סופית את העניין השנוי במחלוקת.²³³ פרשנות זאת נסמכת על הרעיון המכונן של מוסד הבוררות, היינו: פסק הבורר הוא תחליף להסכמה של הצדדים עצמם. הסעיף משתמש במילה "עניין" ולא "סכסוך" כדי להדגיש שהבוררות לפי החוק היא אכן תחליף להסכמה ולא לפסק דין של בית משפט. כלומר: ניתן להשתמש בחוק הבוררות גם כשאין בין הצדדים סכסוך משפטי. הכוונה למקרים שבהם הצדדים חפצים להיעזר בבורר כדי להביא סופיות למשא ומתן כלכלי שהגיע למבוי סתום.²³⁴

גם הפרשנות שנתנה הפסיקה להיגד "זכויות שאין תוקף לויתור עליהן, אין להסכים עליהן ואין למוסרן לבוררות" אינה נכונה. כאשר עובד מסכים להעביר את חילוקי הדעות בינו לבין מעבידו לבוררות, העובד אינו מוותר על זכויותיו הקוגנטיות והאחרות; להפך: הוא עומד עליהן. כל מה שהעובד מסכים עליו הוא הפורום להתדיינות או ליישוב של אותם חילוקי דעות.²³⁵ במקרה הנוכחי הפורום הוא בוררות, ובו יש לעובד ולמעביד סיכויים שווים להצליח. אין כל סיבה להניח שדווקא המעביד עומד להרוויח מיישוב הסכסוך בדרך של בוררות. הפוטנציאל הטמון בבוררות לחיסכון במשאבים, כספיים ואחרים, הוא גדול יותר דווקא לפרט – העובד. כמו כן אין כל סיבה להניח שבורר יהיה מוטה לטובת המעביד. כך, למשל, החל להתפתח בארצות הברית שיח המזהיר מעבידים מפני הסכנה של בוררים המנצלים את סמכותם כדי לקדם את טובת העובדים באמצעות הצעות להגיש תביעות ייצוגיות או באמצעות פסיקת פיצויים עונשיים.²³⁶ אין כל קשר בין ויתור על זכות לבין הסכמה לבחירת פורום התדיינות שהוסמך, בהסכמה, לדון באותה זכות. האם כאשר חברות עסקיות מסכימות להתדיין בפני טריבונל בוררות מסוים

233 דעה דומה השמיע, כדעת יחיד, השופט ארמון בעניין כחלון, לעיל ה"ש 204.

234 על שימוש בבוררות בסכסוך כלכלי ראו רות בן-ישראל "מהותה של הבוררות הכלכלית בראי המוסד לבוררות מוסכמת" עיוני משפט ח 315 (1981); מירוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 58-61.

235 ראו את פסק דינו של השופט חשין בעניין אלרינה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 405; עניין מיצובישי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 628; עניין גילמר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 26. לדעת שופטי בית המשפט העליון בעניין מיצובישי, העובד מחליף את כללי הפרוצדורה המיוחדים של בית המשפט ואת האפשרות לערעור תמורת פישוט הליכים, העדר פורמאליות ומהירות.

236 *Caution! Sometime Arbitration Costs Employers More, not Less* (4.1.2008) www.thehrspecialist.com/7043/Caution_Sometimes_arbitration_costs_employers_more_not_less.hr?cat=employment_law&sub_cat=employment_contracts

לגבי כל הפרה עתידית נטענת של זכויות, ניתן לטעון כי מי מהן ויתרה על זכויותיה? אם התשובה שלילית, היא אינה משתנה במישור העקרוני כאשר ההסכמה על הפורום היא במסגרת יחסי עובד-מעביד.²³⁷ בשולי דברים אלו ראוי להעיר שכאשר שופטי בית הדין לעבודה מתבקשים להסביר אם פישור ופסיקה לפשרה אינם מהווים ויתור על זכויות קוגנטיות, מתברר שהם מחזיקים למעשה בדעה דומה לזאת המובעת כאן. הם מסבירים כי פישור שיפוטי ופסיקה לפשרה אינם מהווים ויתור על זכות אלא קבלת פתרון של פשרה או של דרך הכרעה בחילוקי דעות של ממש, עובדתיים או פרשניים.

המסקנה כי הפניה בהסכמה של חילוקי דעות לבוררות אינה ויתור על זכויות, אלא הסכמה על פורום, מגלגלת את הדיון לבחינה פונקציונלית של פורום הבוררות: האם הוא כשיר לביצוע התפקיד? קנה המידה לבחינת הכשירות של הבוררות הוא, כמובן, בתי הדין לעבודה. לטענתנו, טרם הוצגה בפני מערכת המשפט הוכחה לכך שהבוררים אינם מסוגלים לפרש וליישם את ההוראות שבחוקי המגן או במקורות קוגנטיים אחרים באופן דומה או זהה לשופטים. בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע בצורה פסקנית כי צדדים לבוררות יכולים לבחור בוררים הכשירים לפסוק בנושאים מורכבים ביותר של פרשנות חקיקה או להעיד מומחים לשם כך. לפיכך קבע בית המשפט העליון כי ראוי למחוק את התפיסה המתנשאת והבלתי-מבוססת לגבי נחיתות הכישורים של הבוררים, שפגעה ופוגעת בהתפתחות הבוררות כאמצעי חלופי ליישוב חילוקי דעות.²³⁸ בדומה לכך, מעבר לאמירה הסתמית החוזרת על עצמה בפסיקה, לא הוסבר באיזה אופן הבוררות עלולה להכשיל את המטרה החקיקתית, ולא הובא ביסוס אחר לכך.²³⁹ כמו כן לא הוצגה כל ראייה לכך שבכל הקשור להשגת המטרה החקיקתית, פסיקה בבוררות היא בהכרח גרועה יותר מפשרה המושגת באחד התהליכים המהווים את עיקר פועלו של בית הדין, קרי: פישור שיפוטי, פישור או גישור בתוך בית הדין או מחוצה לו, ופסיקה לפשרה.²⁴⁰

237 כדי להמחיש את היעדר של קשר בין ויתור לבין הסכם לבחירת פורום ניתן להשתמש בדוגמה הבאה: חילוקי דעות בין עובד למעביד, לרבות לגבי זכויות קוגנטיות, מועברים לבוררות לפי הסכם בין הצדדים. המעביד מסכים שהבורר יהיה מנהיג איגוד מקצועי לשעבר, ששמו הולך לפניו כלוחם ללא חת למען זכויות העובדים. האם גם במצב כזה יוכל בית הדין לומר שההסכמה של העובד להביא את חילוקי הדעות להכרעה בבוררות מהווה ויתור על זכויות?

238 עניין מיצובישי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 626-627; ראו דיון בנקודה זאת אצל IAN R. MACNEIL, AMERICAN ARBITRATION LAW: REFORMATION, NATIONALIZATION, INTERNATIONALIZATION (1992) 77.

239 עניין בן חיים, לעיל ה"ש 142, בעמ' 8. אם זאת הנחה הניתנת לסתירה, בתי הדין מעולם לא הסבירו איך ומתי ניתן יהיה לסתור אותה.

240 בעניין גילמר, לעיל ה"ש 11, הסביר בית המשפט כי מאחר שהטריבונלים השיפוטיים ובתי המשפט מעודדים בכל מקרה הגעה להסכם בין הצדדים, הרי שבמקרים רבים אין הבדל בין השפיטה הציבורית לבוררות בכל הקשור לפסק מנומק המאפשר ערעור ותורם לפיתוח המשפט. לדעת

מאליו יובן כי סכסוך יוכרע בדרך של בוררות רק אם הצדדים הסכימו על כך. היות ששיטת המשפט בישראל היא אדברסרית, הרי שגם בהליך שיפוטי רגיל אין כל אפשרות למנוע מצדדים לסכסוך להגיע לפשרה רק מאחר שהעניין הציבורי בסכסוך מצדיק ניהול הליך שמיעת ראיות מלא. אשר על כן אין יסוד גם לטענה כי יש למנוע מצדדים לפנות לבוררות מהטעם שהסכסוך ביניהם מעורר עניין ציבורי.

בהשתייכות המוסדית אין דבר ההופך את הפוסק – שופט או בורר – לכשיר או לבלתי-כשיר. האם, למשל, אין להפקיד בידיו של מי שהיה בעבר שופט בבית הדין הארצי לעבודה או בבית המשפט העליון, ונהפך לבורר, סמכות לפסוק בחילוקי דעות לגבי זכויות קוגנטיות? האם ייתכן שבמעבר מכס השיפוט הרם אבדה לו הכשירות להכריע בזכויות קוגנטיות? גם אם יש מאפיינים מוסדיים העושים את בתי הדין לפורום מתאים יותר מבוררות, דבר שאינו ודאי כלל, יש לבחון אם מאפיינים אלו ייחודיים וטבועים בבתי הדין לעבודה. אם אין מדובר בהיבטים טבועים, אין מקום להלכה המגבילה. במקומה ניתן לפתח מודל בוררות שיבטיח כי השינוי מהתדיינות ציבורית לפרטית לא יפגע בהגנה המיוחדת שרצה המשפט להעניק לעובד באמצעות הזכויות הקוגנטיות. במילים אחרות: יש לבנות מודל של בוררות שיבטיח כי השינוי הוא אך ורק שינוי בפורום, לא במהות.²⁴¹

ח. המדיניות הרצויה: דיון מערכתית

גם אם הצלחנו להוכיח או לשכנע כי ההלכה המגבילה איבדה את בסיסה הרעיוני והאמפירי; כי היא תוצאה של סטייה מכוונת שנועדה לשרת אינטרסים מוסדיים של בית הדין; כי היא שגויה הן מבחינה פרשנית והן על רקע ההיסטוריה החקיקתית של חוק הבוררות; וכי היא בלתי-מעשית – עדיין יש לבחון אם יש צורך בשינוי מבחינה מערכתית, כלומר: האם יש לשאוף להפיכתה של הבוררות לכלי בעל תפקיד מרכזי יותר ביישוב של חילוקי דעות במקום העבודה.

ראוי לזכור כי לנשיא בר-ניב, אדריכל ההלכה המגבילה, הייתה ראייה מערכתית. הוא סבר והצהיר במפורש – בפסק דין התאחדות האיכרים²⁴² – שבשיטת משפט שיש בה בתי דין לעבודה כלל לא ברור שיש צורך בבוררות. תפיסה מערכתית זו הביאה מאוחר

השופטים, גם אם יתרבו ההסכמים והבוררות עדיין יהיו די תביעות שיסתיימו בפסקי דין שיהוו תקדימים ויפתחו את המשפט. ראו שם, בעמ' 31-32.

241 חשיבה זאת הנחתה את הגופים שחברו יחד לכתיבת ה"פרוטוקול" בארצות-הברית. ראו מירוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 103-133; להלן בטקסט ליד ה"ש 262-265.

242 עניין התאחדות האיכרים, לעיל ה"ש 2.

יותר להלכת ששת הכוכבים²⁴³ ולפסיקה המסרסת הקשורה במעמדו המשפטי של המוסד לבוררות מוסכמת.²⁴⁴ לפיכך, אם בראייה מערכתית אין צורך בבוררות, כי אז ניתן לשמור על סטטוס קוו, כלומר: להמשיך ולקצץ את כנפיה של הבוררות²⁴⁵ ולדכא את התפתחותה, בין היתר באמצעות שימור ההלכה המגבילה. לעומת זאת, אם מכירים בכך שיש להעניק לבוררות מקום מרכזי יותר במערכות היחסים במקומות העבודה, כי אז יש לשנות את ההלכה המגבילה ולפתח, כמידת הצורך, מודל משוכלל של בוררות, שיענה על הכשלים ויסיר את החששות המוצדקים שהועלו בפסיקה.

מעלותיה ויתרונותיה של הבוררות כגון מהירות, יעילות, גמישות, שליטה של הצדדים וכיוצא באלה פורטו בהרחבה בפרק שעסק בכתרים שקשרה הפסיקה הכללית לבוררות. לכאורה, די בנאמר שם כדי להצדיק את פיתוחה של הבוררות כשותפה לבתי הדין לעבודה בנשיאה בנטל יישוב הסכסוכים בעולם העבודה. אם לא די בכך, ברצוננו להצביע על שורה של יתרונות שיש לבוררות על פני בתי הדין, לאור המאפיינים המיוחדים של יחסי העבודה והיחסים בעבודה.

יחסי עבודה הם מקרה קלאסי של חוזה יחסי.²⁴⁶ היחסים מתמשכים, והם בנויים על שיתוף פעולה ועל תלות הדדית. הצדדים יכולים לצפות לכך שיקרו דברים לא צפויים בתקופת ההתקשרות, ואין כל דרך לצפות מראש את כל המצבים הפוטנציאליים ולהסדירם מבחינה פורמלית בחוזה העבודה, האישי או הקיבוצי.²⁴⁷ לכן דרוש תהליך

243 עניין ששת הכוכבים, לעיל ה"ש 172.

244 כל מנגנון או כלי חדש ליישוב סכסוכים, המבקש לבנות לעצמו זהות ייחודית ולמקם את עצמו בתוך המערכת הקיימת ליישוב סכסוכים, חייב ליצור תשתית תומכת של יחסים עם המערכות הקיימות. המערכת השיפוטית היא בין הגורמים המשפיעים ביותר על התגבשות מעמדו של אותו מנגנון. לבתי המשפט היכולת לטפח ולקלוט את הכלי החדש או להחניקו על-ידי גישתם לגיבוש הכללים בדבר עיכוב הליכים ופיקוח שיפוטי. במקרים מסוימים המערכת המשפטית הקיימת יכולה לראות במנגנון החדש גורם מתחרה או מאיים. הן ההלכות העיקריות של בית הדין הארצי לעבודה והן מערכת השיקולים שהנחו את בתי הדין לעבודה בפסיקתם משקפים את הספקות שהועלו בעניין הנפקות המשפטית של המוסד לבוררות. באימוץ של גישה לא-תומכת זאת החמיצו בתי הדין לעבודה את ההזדמנות שנקרתה בדרכם ולא תרמו לטיפול המוסד ולקידום המטרות שעמדו בבסיס הרעיון להקמתו. ראו גם מירוני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 253-255.

245 ראוי לציין כי אין מדובר רק בבוררות אלא בהתייחסות של המשפט ושל בתי הדין למערכות של שיפוט פנימי, "צדק קהילתי" ובוררות.

246 מצב דברים זה מסביר את ההשוואה המטאפורית שעורכים בתי המשפט בין חוזה עבודה לבין עץ שמצמיח כל העת ענפים ועלים חדשים, בדמות תניות חדשות המתווספות לחוזה העבודה הבסיסי. ראו דב"ע (ארצי) לה/30-3 זוהר-גלבולום – נאמנות התיאטרון הלאומי "הבימה", פד"ע ו 309 (1975); בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 (1987). ראו גם Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

247 ראו Theodore J. St. Antoine, *Judicial Review of Labor Arbitration Awards: A Second Look at Enterprise Wheel and its Progeny*, 75 MICH. L. REV. 1137, 1140 (1977).

מתמיד של השלמה והתאמה של התשתית ההסכמית. בורר יכול להתמודד טוב יותר עם מה שכונה בפסיקה *the common law of the shop*,²⁴⁸ הן משום מומחיותו, והן בגלל יכולתו ליישב את חילוקי הדעות בעזרת פתרון מבוסס-צרכים ויצירתי, המותאם לנסיבות המיוחדות של הענף או מקום העבודה, ואיננו נמצא בארסנל הסעדים של בית הדין. יחסי עובד-מעביד מתנהלים במסגרת אינטימית ורגישה. במקרים רבים, לשני הצדדים יש אינטרס חשוב בקיום הליכים שאינם פומביים, משום שחילוקי הדעות מערבים או מציפים נושאים רגישים מבחינה אישית, תפעולית או ארגונית. נקודה זאת חשובה לא רק במשך יחסי העבודה; הצורך ביישוב של חילוקי דעות במסגרת אינטימית מתעורר גם כשהסכסוך הוא עם עובד לשעבר. למעביד יש צורך באינטימיות מאחר שיחסיו עם שאר העובדים נמשכים. לפיכך הם עשויים להיות מושפעים מאותה התדיינות; לעובד יש צורך באינטימיות מאחר שהעובד חושש מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות להתדיינות עם מעבידו לשעבר על עתידו התעסוקתי. עצמת הבעייה גדלה דווקא בעידן האינטרנט, כאשר כל תביעה שמגיש עובד מתפרסמת ונגישה למעבידים פוטנציאליים. החשש הוא שהם עלולים להירתע מפני העסקת עובד "בעייתי", שכבר ניהל הליכים משפטיים נגד מעבידו.

משפט העבודה מדגיש את חשיבות האוטונומיה של הרצון הפרטי ואת האוטונומיה הקיבוצית. משמעות האוטונומיה בהקשר של משפט העבודה היא העדפת נורמות הסכמיות שהושגו על-ידי הצדדים – בין אם באמצעות משא ומתן בין המעביד לבין העובד האינדיבידואלי ובין אם באמצעות משא ומתן בין המעביד לבין ארגון העובדים – על-פני נורמות חיצוניות-רגולטוריות שמקורן אינו בצדדים ליחסי העבודה.²⁴⁹ אמנם הבוררות היא פורום המבטא את רעיון האוטונומיה והשליטה של הצדדים בדרגה פחותה מאשר הגישור, אולם בדרגה גבוהה מהתדיינות בבית הדין. הבוררות היא הסכמה פרטית והכרעה פרטית ברמה האישית או הארגונית; היא חלק מממשל עצמי²⁵⁰ – ולכן יש לה עדיפות על פורום חיצוני הכרוך בהפעלת כוח שלטוני. זאת ועוד: כפורום פרטי, הנמצא

Mordechai Mironi, *The Functional Approach to Judicial Oversight of Specialized Tribunals – A Case Study*, 52 N.Y.U. L. REV. 745 (1977); Archibald Cox, *Reflections upon Labor Arbitration*, 72 HARV. L. REV. 1482 (1959); Harry Shulman, *Reason, Contract and Law in Labor Relations*, 68 HARV. L. REV. 999 (1955).

GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION* 102-103, 107 (2007); בית הדין הארצי לעבודה ביטא את החשיבות המוקנית לאוטונומיה של הצדדים בפסקי דין שבהם הוא חוזר ומביע את העמדה כי ישנה עדיפות ליישוב סכסוכים בהסכמה על ידי הצדדים ולא באמצעות התערבות של הערכאות השיפוטיות. ראו בהקשר זה עניין אבין, לעיל ה"ש 57, בפס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר, וכן ע"ע (ארצי) 1586/04 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות – זסלנסקי, פד"ע מ 577, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר (2005).

250 ראו הולין, לעיל ה"ש 229, בעמ' 22.

בשליטת הצדדים, ניתן להניח כי הוא יעוצב לפי הצרכים המיוחדים של מקום העבודה והעובדים. היחסים הנמשכים וההתנסות החוזרת ונשנית ביישוב של חילוקי דעות בפורום הבוררות יבטיחו כי הבוררות תעוצב מחדש ותואם לצרכים המשתנים של העובדים והארגון, הן על-ידי פסקי הבוררות והן על-ידי הצדדים עצמם.

בשלושת העשורים האחרונים השתנה עולם העבודה בקצב מואץ. שינוי זה, והגלובליזציה של שוקי המוצרים, ההון והעבודה, הביאו עמם חילוקי דעות בנושאים חדשים, והפכו נושאים קיימים למורכבים יותר. הכוונה לנושאים כגון טכנולוגיה ועבודה מרחוק, עבודה בחו"ל ומיסוי שכר בינלאומי, הסדרים פנסיוניים, תגמול באמצעות שותפות בבעלות והענקת אופציות. הצורך לדון בנושאים הדורשים ידע וניסיון ספציפיים מגביר את היתרון הטמון באפשרות לבחור בורר בגלל מומחיותו, ובכך שבבוררות ניתן להשתמש בידיעתו האישית של הבורר לצורך קבלת החלטות.²⁵¹

בגלל העובדה שיחסי עבודה הם יחסים נמשכים, יש חשיבות לכך שעובדת קיומם של חילוקי דעות לגיטימיים ותהליך ההכרעה בחילוקי הדעות לא יפגעו ביחסי העבודה, או יפגעו בהם במידה קטנה ככל האפשר. בהיבט זה יש לבוררות כמה יתרונות בהשוואה להליכים בבית הדין. ראשית, בדרך כלל הגשת תביעה לבית הדין היא לא רק הצעד הראשון בכרוניקה הגלויה של הסכסוך; היא גם נוטה ליצור קרע והסלמה מידיים ביחסים, לעתים עד כדי ניתוקם.²⁵² הבוררות, לעומת זאת, היא בדרך כלל הצעד אחרון. היא מופעלת לאחר שמוצו הליכי התלונה, הבירור וניהול המשא ומתן, ולעתים אף גישור ברמות ארגוניות שונות. במקרים רבים, הליכים מוקדמים אלו מאפשרים הגעה לפתרון מוסכם. גם אם לא הושגה הסכמה, הפעלת הבוררות איננה אירוע מפתיע אלא התפתחות הדרגתית צפויה במערכת היחסים. שנית, בגלל האינטימיות, היעדר הפורמליות והמקום שבו נערך הדיון, חווית הבוררות היא פחות לעומתית בהשוואה לדיון בבית הדין. לתחושת הנוחות היחסית של הליך הבוררות יש חשיבות מיוחדת בשימור הסיכוי לאיחוי יחסים שנפגעו, ובריכוך מצבים שבהם יש צורך בשמיעת עדויות של מנהלים ועובדים לשעבר.

בגלל דרגת המורכבות, הדינמיות והאינטנסיביות הגבוהה של יחסי העבודה, יש חשיבות מיוחדת ליישוב מהיר וסופי של חילוקי הדעות. דברים אלו נכונים הן כאשר

251 עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20, שם נאמר מפי השופט ברנזון: "הבוררות יפה במיוחד לעניינים משפחתיים, מסחריים, מקצועיים או טכניים, שבהם דרושה גישה ומומחיות מיוחדת". אברהם בן-עזרא וששי גולן בורות – הלכה ומעשה 18 (1997).

252 שם, בעמ' 18-19. לדידם של בן-עזרא וגולן, שעה שמתגלע סכסוך בין צדדים המעוניינים לשמור על מערכת יחסים תקינה, הם בדרך כלל יבחרו לפנות לבורר שכן על פי רוב פנייה לבית המשפט פירושה קצה של מערכת היחסים ההסכמית בין הצדדים. אמנם, מערכת היחסים עלולה להדרדר במהלך הבוררות, אך הסיכוי לכך גבוה יותר עת פונים לערכאות השיפוטיות.

הכללים קובעים שיש לשמור על סטטוס קוו עד להכרעה בחילוקי הדעות, והן כשקבלת התביעה גוררת החזרה מלאה של המצב לקדמותו. יתרונה של הבוררות כהליך מהיר וחד-שלבי חשוב במיוחד עת העובד תובע החזרה לעבודה או לתפקיד קודם. בהשוואה לבוררות, ניהול הליך אינדיבידואלי בעניין פיטורים שלא כדין בערכאה אחת או שתיים של בתי הדין לעבודה נמשך זמן רב. כתוצאה מכך, גם במקרה שבו ייקבע שהפיטורים נעשו שלא כדין, לא יינתן סעד של אכיפה.²⁵³ המהירות שבה מסתיימים ההליכים חשובה גם להקטנת הפגיעה בחיים השוטפים של מקום העבודה. מעבר להפרעה לעבודה הנגרמת בגלל הזמן המושקע בעיקר – אך לא רק – על-ידי מנהלים בארגון לצורך הכנה לדיונים ובהשתתפות בדיונים בבית הדין, התקופה שבה הסכסוך עושה את דרכו לעבר הכרעה מתאפיינת ביציאה משיווי משקל, בחוסר שקט ובמתח במקום העבודה.²⁵⁴ לבוררות, בהיותה הליך מהיר וחד-שלבי (one stop procedure), יתרון ברור בהיבט זה על התדיינות בבית הדין.

עובדים אינם נוטים לתבוע את מעבידם. הם עושים זאת, אם בכלל, לאחר ניתוק קשר העבודה. ההסדר המשפטי הנוכחי אינו מאפשר לעובד לעמוד על זכויותיו ולהמשיך את יחסי העבודה. עצם ההגשה של תביעה משפטית, ועוד יותר מכך ההסלמה הנגרמת בעקבותיה, הורסים את יחסי העבודה באופן שאינו בר-תיקון. לעומת זאת, בוררות, במיוחד כשהיא נעשית במסגרת הליך פנימי, עשויה לאפשר את יישובם של חילוקי הדעות וגם את המשך יחסי העבודה.

דיני העבודה מבוססים על ההנחה כי למעביד יש יתרון בכוח ובמשאבים על העובד. חקיקת המגן, מערכת בתי הדין ועקרון הקוגנטיות נועדו להגן על העובד מפני ניצול הכוח העודף של המעביד. יש ויכוח בשאלה אם בהשוואה להליכים משפטיים הבוררות מגדילה או מקטינה את פער הכוח והמשאבים בין העובד למעביד. בכל הקשור להליכים ליישוב סכסוכים, הפער מושפע מעלויות הייצוג, מעלות ההליכים, ממשך הזמן ומהיות המעביד "שחקן חוזר". במאמרו המכונן הבהיר גלנטר כי "שחקן חוזר" הוא מי

253 ראו עניין אלישע, לעיל ה"ש 194. במקרה זה קבע בית הדין הארצי כי אף על פי שפיטוריה של העובדת היו שלא כדין, הרי שחלוף הזמנים והשינויים הארגוניים שנעשו אצל המעביד מונעים מתן סעד של השבה למקום העבודה. בית המשפט העליון דחה עתירה שהגישה העובדת על פסק דינו של בית הדין הארצי, בה שבה וביקשה את אכיפת יחסי העבודה. בפסק דינו אימץ בית המשפט העליון את מסקנות בית הדין, לפיהם סעד האכיפה היה ראוי וצודק בנסיבות הפיטורים, אך עם זאת, סעד הפיצויים הוא המתאים לנוכח חלוף הזמן והקושי שנוצר ביישום סעד האכיפה. ראו בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל אביב ובית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 5.10.2009).

254 מצב דברים זה היה המניע להנהגת תכנית כוללנית ליישוב סכסוכים בחברת Brown & Roots, אשר נגדה ונגד אחד ממנהליה הוגשה תביעה בגין הטרדה מינית. על אף שבתום ההליכים זוכו המנהל והחברה מכל אשמה, החברה חשה כי המאבק גבה ממנה מחיר יקר לא רק בגלל ההוצאות המשפטיות הגבוהות אלא בעיקר בגלל הפגיעה במרקם יחסי העבודה. ראו דיון אצל מירוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 91-97.

שהשתתף בהליכים משפטיים בעבר וצופה השתתפות עתידית בהליכים נוספים, ויש בידיו המשאבים הנחוצים, הן מבחינת ידע והן מבחינה כלכלית, המאפשרים לו לשאוף לתוצאות שיקדמו את טובתו לטווח הארוך.²⁵⁵ כפי שיוסבר להלן, נראה כי בהשוואה להליכים בבית הדין, הבוררות אינה מעצימה את בעיית השחקן החוזר. ההנחה היא שככל שההליכים מתארכים ועלותם עולה, כן גדלה הפגיעה בעובד ובעקרון השוויון. הניסיון מלמד כי משך ההליכים בבוררות קצר משמעותית,²⁵⁶ ומאחר שהבוררות היא מהירה וחד-שלבית – יש בה פוטנציאל פחות לשימוש בטקטיקה של דלדול משאבי הזמן והכסף של היריב.²⁵⁷ אמנם בבוררות מתווספת בדרך כלל העלות של שכר הבורר,²⁵⁸ אולם היא מעניקה לעובד יתרון מבחינת סעד מהיר ונכון יותר,²⁵⁹ כמו גם הפחתת עלויות ייצוג במקרים שבהם העלויות מבוססות על השקעת זמן. המסקנה היא שמבחינת משאבים הבוררות אינה מגדילה את הפער בין המעביד לעובד; להפך: היא עשויה אף לשפר את מצב העובד בהשוואה להליך המשפטי. במחקר שנערך בארצות-הברית התברר כי בחישוב כלל ההוצאות, הבוררות יותר זולה מהתדיינות ביחס של 1 ל-5 (20 אלף דולר לעומת 100 אלף דולר). ממצאי המחקר היו כי מבחינת משאבים, ניהול התדיינות בבית המשפט כדאית לתובעים בתביעות לסכומי כסף גבוהים, מאחר שעובדים המגישים תביעות לסכומים נמוכים יחסית מתקשים למצוא ייצוג משפטי הולם: אם ישכרו עורך-דין שיסתפק בשכר טרחה נמוך יתעורר ספק לגבי איכות הייצוג; אם יבחרו עורך-דין ששכר טרחתו גבוה, ייאלצו להשקיע בכך את מרבית סכום הזכייה.

Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & SOC'Y REV. 95, 166 (1974).

256 במחקרים שנערכו בארצות-הברית נמצא כי בורות בנושא אפליה בעבודה מהירה פי שלושה מהתדיינות. ראו Lewis L. Maltby, *Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights*, 30 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 29, 55 (1998); Theodore Eisenberg & Elizabeth Hill, *Employment Arbitration and Litigation: An Empirical Comparison*, N.Y. Univ. Sch. of Law, Public Law and Legal Theory Paper Series, Research Paper No. 65 (2003). כן ראו עניין שחב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20, שם אמר השופט ברנזון: "כשהיא מתנהלת כהלכה, היא עשויה להיות יעילה, מהירה וזולה".

DUNLOP & ZACK, לעיל ה"ש 6, בעמ' 25.

258 הפרקטיקה שמתפשטת והולכת בארצות-הברית היא שבמקרים רבים המעביד משלם את חלק הארי של שכר הבורר ולעתים גם מסבסד את עלויות הייצוג המשפטי של העובד. ראו מירוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 95.

259 ככל שההליכים קצרים יותר גדלה האפשרות לחידוש יחסי העבודה. במחקר נמצא כי 75% מהעובדים שהגישו תלונות במערכת פנימית ליישוב סכסוכים המסתיימת בבוררות, המשיכו בעבודתם. ראו David Sherwyn, Samuel Estreicher & Michael Heise, *Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research*, 57 STAN. L. REV. 1557, 1589 (2005).

לעומת זאת, מאחר שהליכי הבוררות הם קצרים יותר מהליכים בבית הדין, תהיה לעובד אפשרות להשיג ייצוג ברמה גבוהה יותר מזו שהיה משיג אילו פנה להתדיינות בערכאות השיפוטיות. מסקנות המחקר, שהוצגו בצורה ציורית, קבעו כי אם נהרוס ונדכא את הבוררות, וכל תביעות העובדים יופנו לבתי המשפט, תהיה לנו שיטה המאפשרת קדילק למעטים וריקשה לרבים.²⁶⁰ לבסוף, ובניגוד לאמונה הרווחת, המחקרים הרבים שנעשו לא הצליחו להוכיח כי למעביד יש יתרון גדול על העובד בהיותו שחקן חוזר בבוררות בהשוואה להתדיינות בבית המשפט.²⁶¹

הסברים אפשריים לממצאי המחקרים יכולים להתייחס לכך שבמצב שבו יש לעובד ייצוג משפטי הולם, מתבטלים (או לכל הפחות מצטמצמים) היתרונות שיש למעביד בהיותו שחקן חוזר. ראשית, משום שכאשר שני הצדדים מיוצגים, הרי ששני עורכי-הדין מהווים שחקנים חוזרים. שנית, אחד המאפיינים של שחקן חוזר בהתדיינות משפטיות הוא שיש לו די משאבים כך שיוכל לנהל הליכים שייצרו כללים שיפעלו לטובתו בעתיד. מאחר שהליך בוררות אינו מייצר תקדימים, פוחתת האפשרות של שחקנים חוזרים לייצר כללים שיפעלו לטובתם בהליכים עתידיים, ולכן מצטמצם הפער בין שחקנים חוזרים לבין מי שאינם כאלה. שלישית, מאחר שהבורר נבחר על-ידי הצדדים, לבורר עצמו יש אינטרס ליצור מוניטין כבורר ניטרלי הראוי לאמון משני הצדדים. רק כך יוכל להבטיח את סיכוייו להיבחר כבורר בעתיד, הן על-ידי העובדים והן על-ידי המעבידים. לבסוף, מבחינת העובד יש יתרון נוסף בניהול תביעתו במסגרת בוררות לעומת ניהולה בבית הדין. יישוב הסכסוך בבוררות אינו מחייב קבלת תוצאה דיכוטומית של "הכול או כלום", כמקובל בערכאות השיפוטיות הרגילות. בורר יכול להביא בחשבון שיקולים של צדק והוגנות, ולהעניק לעובד סעד חלקי אף אם העובד לא הוכיח את זכאותו על-פי הדין המהותי.

על רקע סקירת יתרונות הבוררות בכלל, ועל רקע יתרונותיה המיוחדים בהשוואה להתדיינות משפטית בכל הקשור ליחסים במקום העבודה בפרט, נראה כי מבחינה מערכתית יש צורך לבנות את הבוררות כפורום מקביל ליישוב של חילוקי דעות, לצד מערכת בתי הדין לעבודה. כדי לעשות זאת יש לבטל או לצמצם את ההלכה המגבילה. ראוי להזכיר כי לפי המצב המשפטי הקיצוני השורר כיום, תביעה של עובד בכיר שיש

260 אסטרייכר הסביר כי ברוב המקרים התביעות שעובדים יכולים להגיש נגד מעבידיהם, לרבות בגין הפרת חובות סטטוטוריות, אינן מקור משיכה לעורכי-דין בגלל הסכומים הנמוכים וחוסר-הוודאות; לכן עורכי-דין טובים אינם מוכנים להשקיע בהן זמן ומשאבים. ראו Samuel Estreicher, *Saturns for Rickshaws: The Stakes in the Debate over Predispute Employment Arbitration Agreements*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 559 (2003) סקירת המחקרים הרבים שנערכו בנושא עלויות מצביעה חד-משמעית על יתרון הבוררות לעובד על פני התדיינות. ראו בייל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 21-17.

261 ראו סיכום תוצאות המחקרים שם, בעמ' 41-42.

בינו לבין מעבידו חילוקי דעות בנושאים המערבים זכויות ממקורות קוגנטיים – כגון בשאלה אם התפטר או פוטר ומה יהיו הרכיבים לצורך חישוב פיצויי פיטורים – אינה יכולה להידון בבוררות, אפילו אם שני הצדדים חפצים בכך.

ט. השינוי המוצע

ההלכה המגבילה נוצרה על-ידי הפסיקה. לכאורה, אילו היו בתי הדין משתכנעים בצדקת הטענה כי יש לבטלה ולהחליפה – אין מתאים מהם כדי לעשות כן. הדרך לכך פשוטה: בתי הדין יכולים לצקת תוכן פרשני חדש לסעיף 3 לחוק הבוררות, או להשאיר לעצמם שיקול דעת רחב יותר בהחלטה אם לצוות על עיכוב הליכים במסגרת סעיף 5 לחוק הבוררות. אם בית הדין ישתכנע שהבוררות תתנהל באופן שיבטיח כי מדובר בהחלפת פורום, ולא בהקרבה של זכויות קוגנטיות – הנטייה תהיה לעכב את ההליכים ולאפשר דיון בבוררות. הבעיה נעוצה בכך שהשינוי הנדרש – קרי: ביטול או עידון של ההלכה המגבילה – כרוך בתפנית של מאה ושמונים מעלות ממסורת ארוכה של פסיקה מגובשת ומושרשת, שנהפכה לנכס צאן ברזל במשפט העבודה. גם כשנקרו על דרכה של הפסיקה הזדמנויות פז ליצירת מובלעות שבהן לא תחול ההלכה המגבילה, ההלכה נותרה כשהייתה. הזדמנויות אלו כללו את שינוי התשתית החוקית בגלל הוספת סעיף 79 בתיקון לחוק בתי המשפט בשנת 1992; את הדיון בסמכותו של מוסד הבוררות הקבוע של מכבי, הפועל לפי הדין המהותי; ואת עיצוב המדיניות כלפי בוררות המתקיימות בענפי הספורט השונים, לפי בוררות החובה הקבועה בחוק הספורט.

המסקנה היא שהדרך המעשית והמהירה להענקת מרחב מחיה גדול יותר לבוררות היא באמצעות תיקון חוק הבוררות באופן שישחרר את משפט העבודה מן ההלכה המגבילה. דבר זה אפשרי בשתי דרכים: הראשונה היא ביטול סעיף 3 לחוק הבוררות, והשנייה היא הכנסת חריג לסעיף 3 לחוק הבוררות, והוספת היתר מפורש בסעיף 79 לחוק בתי המשפט. החריג וההיתר יאמרו כי ניתן להעביר סכסוכים לגבי הוראות קוגנטיות לבוררות, ובלבד שהבוררות תהיה כפופה לדין המהותי בחלק העוסק בנושאים קוגנטיים.²⁶² מאחר שהמאמר התרכז אך ורק בבוררות ביחסי עבודה וביחסי עובד-מעביד, החריג וההיתר יוגבלו לנושאים שהם בסמכות בית הדין לעבודה. כאן המקום לציין כי השינוי המוצע אינו מעדיף או מעניק יתרון לצד זה או אחר; בחלק מהמקרים שהגיעו לבתי הדין דווקא המעבידים היו אלה שהעדיפו התדיינות בבית הדין מבוררות.

262 המניע להכפפה לא מלאה של הבוררות לדין המהותי הוא הרצון לשמר את יתרון הבוררות בכל הקשור לסעדים במקרה של פיטורים שלא כדין. בבוררות שלא לפי הדין המהותי הבורר משוחרר מהמגבלה הקבועה בס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות), ויכול לצוות על החזרה לעבודה גם במקרים שאינם המקרים החריגים המוכרים בפסיקה.

גם אם השתכנע הקורא כי ההלכה המגבילה איננה נכונה, וכי יש לפעול לפיתוח אופציית הבוררות כמנגנון מרכזי ליישוב של חילוקי דעות בעולם העבודה, השינוי המוצע עלול להיראות בעיניו מפחיד. מיד תעלינה שאלות כגון מי יהיו הבוררים? איך הם ייבחרו? האם יידרשו כישורים משפטיים מיוחדים? איך יישמר שוויון הסיכוי?²⁶³ איך תחוסן הבוררות מפני היתרון הנטען של המעביד כשחקן חוזר וכבעל משאבים גדולים יותר של כסף וזמן? איך יובטח שהחוק לא ייעשה פלסטר?

לטענתי, השינוי מפחיד בגלל עצם היציאה מהחיק החם והמוכר של הפורום הציבורי והמעבר לפורום פרטי. המעבר אכן מעורר שאלות כבדות משקל, והחששות גם הם אמיתיים. אולם אלו כאלו קשורים להיבטים מצביים הניתנים לטיפול ולתיקון, ואינם כשלים בסיסיים או טבועים בבוררות. צעד חשוב אחד להפגת החששות הוא הכפפת הבוררות לדין המהותי ולחובת ההנמקה.²⁶⁴ לגבי רבות מהשאלות והחששות הלגיטימיים ראוי לקיים דיון וניתן למצוא פתרונות, בין היתר באמצעות אימוץ מודלים משיטות משפט אחרות.

כך, למשל, לגבי הבוררים ניתן לקבוע שאם הבוררות עוסקת בהוראות קוגנטיות – הבורר חייב להיות בעל כישורים הנדרשים למינוי שופט בבית הדין האזורי לעבודה. אמנם אפשרות זו מצמצמת את אוכלוסיית המועמדים להתמנות כבוררים, אך היא מותרת על כנה את עצם רעיון הבחירה. זאת ועוד: אף אם יוגבל חופש הבחירה – עדיין נותרת אוכלוסייה נרחבת למדי שממנה הצדדים יכולים לבחור. ניתן גם לאמץ את המודל הבריטי,²⁶⁵ המאפשר פנייה לבוררות בנושאים מסוימים כתחליף לדין ב־Employment Tribunal, ובלבד שהבורר התמנה באמצעות ACAS.²⁶⁶ את מקומה של ACAS בכל הקשור למינוי ולפיקוח על כישורי הבוררים יכול למלא הממונה הראשי על יחסי

263 בנקודה זאת ראוי לציין כי לפי מחקרים שנעשו בארצות-הברית, שיעורי הזכייה וגובה הסכומים הנפסקים לעובדים בבוררות אינם נופלים משיעורי הזכייה והסכומים הנפסקים על ידי בתי המשפט. ראו Lisa Bingham, *Is There a Bias in Arbitration of Nonunion Employment Disputes? An Analysis of Actual Cases and Outcomes*, 6 INT'L. L. & CONFLICT MGMT. 369 (1995); William M. Howard, *Arbitrating Claims of Employment Discrimination: What Really Does Happen? What Really Should Happen?*, 50 DISP. RESOL. J. 40 (1995) החוקרים היו ערים לכמה בעיות מתודולוגיות בעריכת מחקרים מסוג זה, אולם הם ציינו כי אם קיימת טעות היא מקפחת דווקא את ביצועי הבוררות.

264 ראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 450-453.

265 ACAS (Flexible Working) Arbitration Scheme (England and Wales) Order, 2003 (Eng.)
 266 ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) הינו מוסד עצמאי הפועל בממלכה המאוחדת וממומן על ידי הממשלה. ACAS נוסד ב-1975 במטרה לשפר את תנאי העבודה בארגונים באמצעות שיפור ביחסי העבודה. הארגון מספק מידע וייעוץ למעסיקים ועובדים ומעסיק כ-750 איש ברחבי בריטניה (www.acas.org.uk).

עבודה, 267 אשר ינהל רשימה של בוררים ראויים בדומה לרשימה המתנהלת לפי סעיף 19 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957. כיום, לאחר תיקון מספר 2 לחוק הבוררות, אף אין מתקיים החשש המובע בפסיקה מפני עשיית החוק פלסטר, שכן ניתן להגיש ערעור ברשות לבית הדין כשהצדדים בוחרים לנהל את הליך הבוררות לפי הדין המהותי.²⁶⁸ כמו כן, כדי שהבוררות תוכל לתרום לפיתוח התשתית הנורמטיבית של עולם העבודה, ניתן לשקול פרסום של פסקי הבוררות בענייני עבודה, כמקובל בארצות-הברית ובקנדה,²⁶⁹ או להטיל חובת פרסום, כנדרש בארצות-הברית לגבי פסקי בוררות בנושאי פטנטים. בגלל ההשלכות הציבוריות שלהם,²⁷⁰ חובת הפרסום יכולה להיות מוגבלת לנסיבות ספציפיות. כאלה יהיו, למשל, נסיבות שבהן הבורר או גוף אחר שימונה לצורך העניין רואה משמעות מיוחדת לפרסום פסק הבורר, בשל השלכות שעשויות להיות לו על סכסוכים עתידיים. כמו כן, כדי למנוע פגיעה בצדדים עצמם, ובייחוד בעובד, ניתן לאפשר פרסומים בעילום שם בלבד, וכך לשמר את האנונימיות של הצדדים וגם לממש את הערך הציבורי שבפרסום פסק הבורר.

לבסוף, כל דיון בבעיות המצביות המתעוררות בהקשר להעברה לבוררות של סכסוכים הנוגעים להוראות קוגנטיביות, יידרש בהכרח גם לוויכוח הציבורי המתנהל בשנים האחרונות בארצות-הברית לגבי ההבחנה בין מקרה שבו הבוררות היא על בסיס אד-הוק (post-dispute arbitration) לבין מקרה שבו הבוררות היא מסוג חובת בוררות (pre-dispute arbitration). כתרומה ראשונה לוויכוח מוצע שהחקיקה החדשה אכן תבחין בין שני המצבים.

בוררות אד-הוק מתרחשת כאשר צדדים לסכסוך קיים מסכימים להביא את חילוקי הדעות ביניהם בסכסוך הספציפי להכרעה בבוררות. בחובת בוררות צדדים להסכם מקבלים על עצמם חיוב עתידי שלפיו חילוקי הדעות שיתגלעו ביניהם בעתיד יוכרעו בבוררות.²⁷¹ מובן שבמקרה זה, כשפורץ סכסוך, צד אחד רשאי לכפות את קיום בוררות

267 אפשרות אחרת היא שבתי הדין יהיו אחראיים לתפעול הבוררות או למינוי הבוררים. יש בעולם דוגמאות לתכניות של Court Annexed Arbitration; ראו MACNEIL, לעיל ה"ש 238, בעמ' 12.
268 בתיקון השני לחוק הבוררות, משנת 2008, נוסף לחוק הבוררות ס' 29ב, המעגן מסלול מיוחד של בוררות הכפופה לדין המהותי. במסלול זה נכלל ערעור ברשות לבית המשפט או לבית הדין במקרה של טעות יסודית שגרמה לעיוות דין. ראו ערעור ברשות לבית המשפט על פסק בורר (תיקון מס' 2 לחוק הבוררות), התשס"ט-2008, ס"ח 22.

269 בארצות-הברית הפרסום נקרא Labor Arbitration (LA) ובקנדה Canadian Labour Arbitration (CLA).

270 35 U.S.C. § 294(d)-(e) 2000. פסק הבוררות מוגש למשרד הפטנטים, מתוּיָק בתיק הפטנט ונגיש לכלל הציבור.

271 מירוני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 21.

על הצד האחר, ואף לחסום את דרכו לבית המשפט, ללא צורך בהסכמה נוספת או בחתימה על הסכם בוררות.

כאשר הבוררות היא על בסיס אד-הוק לא יחולו מגבלות נוספות על אלו שפורטו קודם לכן (הנמקה וכפיפות לדין מהותי, בורר בעל כישורים מוגדרים וזכות ערעור מוגבלת). הסיבה לכך היא מושגית: בוררות מסוג זה באה כבחירה משותפת ומוסכמת, לאחר שקיימים כבר חילוקי דעות מגובשים בין הצדדים. לפיכך, הבוררות היא סוג של פשרה בדיעבד, במצב שבו העובד יודע את זכויותיו כמו גם את הקשיים העובדתיים והמשפטיים שעמם יידרש להתמודד, ואין חשש ללחץ או לניצול כוחו העדיף של המעביד כמו בשלב כריתת חוזה העבודה. מאחר שסכסוכים אד-הוק מתנהלים בדרך כלל לאחר סיום קשר העבודה, העובד חופשי להחליט אם בוררות היא עדיפה מבחינתו. זאת בניגוד למצב שבו הוא מסכים א-פריורית לפנות לבוררות בכל מקרה שבו מתעורר סכסוך בינו לבין המעביד. ברור כי במצב הראשון פוחת החשש מניצול לרעה של כוח המעביד. דין דומה יחול כשהבוררות מתנהלת בהקשר של יחסי עבודה קיבוציים.

כאשר הבוררות היא מסוג חובת בוררות, כלומר: כשהבוררות היא מכוח חוזה עבודה אישי שמוכתב על-ידי המעביד בכניסה לעבודה, ולפיו בכל מקרה של חילוקי דעות שיתגלעו בעתיד בין העובד למעביד יועבר הסכסוך להכרעה בבוררות – אין די בשלוש המגבלות שהוזכרו קודם. במקרה כזה יחויב המעביד לשאת ברוב הוצאות הבוררות, והבוררות תהיה חייבת להתנהל בהתאם למפרט או לכללים שנועדו לשמור על העובד מפני הפוטנציאל לניצול לרעה של חובת הבוררות על-ידי המעביד.

כבסיס לכללים אלו ניתן להשתמש בפרוטוקול הצדק הטבעי (The Due Process Protocol),²⁷² שפותח בארצות-הברית בשנת 1995 לצורך ניהול בוררות בסכסוכים בין עובד למעביד המערבים זכויות מכוח חוק.²⁷³ הפרוטוקול הוא תוצאה של דיונים ממושכים שהתנהלו בין נציגי גופים רבים בעלי עניין בנושא, לרבות האגודה לזכויות האזרח וארגונים המייצגים עובדים. הפרוטוקול נועד להבטיח ששינוי הפורום מבית משפט לבוררות לא יפגע בזכויות המהותיות ובזכות להליך הוגן, השמורים לעובד בדין. פרוטוקול הצדק הטבעי מורכב מכמה חלקים: חלקו הראשון מתייחס למודלים שונים של "חובת בוררות" בחוזה אישי. הפרוטוקול אינו נוקט עמדה בשאלה אם ראוי לאפשר למעביד לקבוע בחוזה אישי חובה לפנות לבוררות במקום לבית המשפט בכל מקרה של חילוקי דעות עם העובד; ברם, דווקא הימנעות הפרוטוקול מלהביע עמדה ברורה בנושא זה הביאה לגיבוש פתרונות יצירתיים רבים. הידוע שבהם מופיע בכללים שפרסם ה-American Arbitration Association, שהוא המוסד החשוב ביותר בארצות-הברית

272 מירוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 103-113.

273 במדינת מסצ'וסטס, למשל, שבה הונהגה תכנית להפניית תביעות בגין הפרת חוקי השוויון בעבודה לבוררות, הכפילו את הבוררות לפרוטוקול. ראו Dunlop & Zack, לעיל ה"ש 6, בעמ' 142.

לניהול בורריות. לפי כללים אלו, כל פנייה לבוררות מוקפאת לתקופה של 60 יום, שבמהלכה העובד יכול לפנות לבית המשפט כדי שזה יכריע בשאלה אם ההסכמה המוקדמת לפנות לבוררות ניתנה מתוך ידיעה ומרצון חופשי.

חלקו השני של הפרוטוקול מכוון להתמודד עם הצורך באיזון משאבים וכוח בין העובד למעסיק. הוא קובע כי לעובד תהיה זכות להיות מיוצג בהליך הבוררות על-ידי עורך-דין, לפי בחירתו החופשית, ואף מעודד את המעבידים ליטול חלק בתשלום ההוצאות המשפטיות של העובד. הפרוטוקול דורש כי לעובד תובטח נגישות לכל מידע שהוא רלוונטי באופן סביר לטענותיו. כמו כן, שני הצדדים יבחרו את הבורר ויהנו ממידע שיאפשר להם בחירה מושכלת שלו. לצורך כך נקבעו שני אמצעים: הראשון הוא רשימה של מועמדים; השני הוא האפשרות של העובד והמעסיק ליצור קשר ישיר עם צדדים לבוררות ועם באי-כוחם בלא פחות משישה הליכי הבוררות האחרונים שניהלו הבוררים המופיעים ברשימה.²⁷⁴

החלק השלישי של הפרוטוקול מתייחס לכישורים ולסמכויות של הבורר. חלק זה קובע כי לבורר יהיו כישורים הולמים לניהול הליך מעין-שיפוטי, כמו גם הבנה בחוקי עבודה וביחסי עבודה. רשימת הבוררים תורכב מנציגים של כל קבוצות האוכלוסייה, כולל קבוצות מוחלשות שלרוב אינן מקבלות ייצוג הולם. הבורר צריך להיות נטול פניות, והוא מחויב לדווח לצדדים על כל התקשרות קודמת העלולה ליצור ניגוד עניינים. ככלל, הצדדים יישאו בעלויות הבוררות בחלקים שווים. אם הדבר מהווה נטל על אחד הצדדים – מומלץ להגיע להסכם לגבי חלוקה שונה של העלויות; אם הצדדים אינם יכולים להגיע להסכם כזה, הבורר מוסמך לעשות זאת עבורם.²⁷⁵ הבורר גם מוסמך לפסוק כל סעד שבית משפט מוסמך לפסוק, לרבות פיצויים עונשיים.

לבסוף חשוב לציין שהפרוטוקול נועד להבטיח כי הבוררות תתקיים בתנאים מרביים של "משחק הוגן" בין העובד למעביד. בהתאם למטרה זו, הפרוטוקול מנחה בוררים לדחות תיקים כשנסיבות המקרה לא יאפשרו קיום הליך הוגן במסגרת בוררות.²⁷⁶ ההצעות לשינוי המובאות במאמר זה מצביעות על כיווני חשיבה. מאליו מובן שלא מדובר בפתרונות קונקרטיים שיש לאמץ במתווה המדויק שהוצע. שינוי החוק מחייב מחשבה מעמיקה והתאמתו לנסיבות הייחודיות של שיטת המשפט בכלל, ושל משפט

274 שני האמצעים ניתנים למימוש בקלות יחסית, משום שרוב הבורריות בארצות-הברית הן מסוג "בוררות מנוהלת" (administered arbitration). ראו לעיל, ה"ש 109.

275 מחקרים אמפיריים מראים שבוררים נוטים לנצל סמכות זו כדי להטיל את ההוצאות על המעביד גם במקרים שבהם לא התקבלו טענותיו של העובד. ראו Hill, לעיל ה"ש 6 לעיל, בעמ' 812.

276 Richard A. Bales, *The Employment Due Process Protocol at Ten: Twenty Unresolved Issues, and a Focus on Conflicts of Interests*, 21 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 165, 174 (2005).

העבודה ויחסי העבודה בישראל בפרט. כמו כן, ברור שאימוץ ההצעות, כולן או חלקן, כרוך בעריכת שינויים והתאמות במוסד הבוררות. התוצאה תהיה מודל של בוררות החורג מבוררות "טהורה", ויש בו הקרבה מסוימת של חלק מהיתרונות שבמוסד הבוררות. ברם, אם אימוץ ההצעות לשינויים במודל הבוררות יביא לשימוש נרחב יותר בהליך הבוררות (בגלל ביטול או צמצום משמעותי של ההלכה המגבילה), וההתאמות ייעשו באופן מושכל ומידתי – אזי יגברו היתרונות שבאימוץ ההצעות לשינוי על חסרונותיו.

י. סיכום

מאמר זה עסק בבחינה מחדש של ההלכה שנהפכה לנכס צאן ברזל של הפסיקה, לפיה אין לקיים בוררות לגבי נושאים קוגנטיים; במילים אחרות: המקום היחיד להכרעה במכלול חילוקי הדעות הקשורים בזכויות קוגנטיות הוא בתי הדין לעבודה (ההלכה המגבילה). הלכה זאת היא כה חזקה ומושרשת, עד שגם העומס העצום של תביעות המחכות בחוסר סבלנות לתורן בבתי הדין לעבודה, וגם הנהגת בוררות חובה בחוק הספורט, לא גרמו להרהור לגבי מידת צדקתה והשפעתה ההרסנית על פיתוח הבוררות. במסגרת המאמר הוכח כי ההלכה המגבילה מקורה בסטייה מכוונת של בית הדין הארצי מפסיקה של בית המשפט העליון. מטרתה של הסטייה הייתה לדכא את הבוררות, שנתפסה כמתחרה של מערכת בתי הדין לעבודה, שהייתה אז בראשית דרכה. בית המשפט הגבוה לצדק קיבל ואימץ את ההלכה המגבילה משום שרצה לטפח את בית הדין לעבודה ולכבד את מומחיותו. ברם, כפי שהוכח במאמר, ההלכה המגבילה איבדה את בסיסה הרעיוני והאמפירי, והיא איננה מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית, איננה מעשית ואיננה נכונה לגופה.

לא זו בלבד, אלא שמבחינה מערכתית נמצא כי לבוררות יתרונות מיוחדים על פני בתי הדין לעבודה ביישוב של חילוקי דעות בעולם העבודה. המסקנה היא שיש לפעול לטיפול הבוררות כשותף משמעותי, הפועל לצד בתי הדין בהכרעה בסכסוכים – לרבות בנושאים קוגנטיים. על אף ניסיון העבר, ייתכן שבתי הדין ישנו את ההלכה המגבילה ויאפשרו מרחב מחיה גדול יותר לבוררות באמצעות גישה פרשנית שונה לסעיף 3 לחוק הבוררות. עם זאת, נראה כי הדרך היעילה והנכונה להנהגת שינוי היא באמצעות הכנסת תיקון בסעיף 3 לחוק הבוררות באופן שיאפשר במפורש ניהול בוררות בנושאים קוגנטיים, בכפוף למגבלות מיוחדות. הובהר גם כי החששות המובנים מפני השינוי נובעים מהיבטים מצביים הניתנים לטיפול ולתיקון; אין מדובר בכשלים אינהרנטיים של הבוררות. עוד הוצעו במאמר מודלים חדשניים לטיפול בכל אחד מהחששות.

מערכת משפטית של יחסי עבודה ודיני עבודה, שבה פועל לצד בתי הדין מוסד של בוררות פעילה, תוססת, מפותחת ומגוונת, תעניק תחושה של צדק נגיש וטוב יותר ביחס למערכת שבה פועל רק בית הדין לעבודה. אין קשר בין רמת תפקודו של בית הדין לבין הצורך בקיומם של הליכים נוספים: שדה של יישוב סכסוכים שבו פורחים פרחים רבים, שונים במראם ובריחם, עדיף על שדה שבו פורח פרח אחד – בית הדין – אף אם פריחתו יפה והוא מדיף ריח טוב.