

**מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה
בשירות הציבורי – בעיות ישנות, אתגרים חדשים
בעקבות פסקי-הדין בעניין השביתה בבתי-הספר העל-יסודיים
ובעניין השביתה באוניברסיטאות
מרדכי (מוטי) מירוני***

שתי שביתות במערכת החינוך העסיקו את בתי-הדין הארצי לעבודה ברבעון האחרון של שנת 2007: שביתת המורים בבתי-הספר העל-יסודיים והשביתה באוניברסיטאות. בשתי השביתות הייתה פנייה לבית-הדין הארצי לשם הוצאת צווי מניעה. בית-הדין הוציא צו מניעה בשביתה של ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, אך סירב להוציא צו מניעה בשביתה של ארגוני הסגל באוניברסיטאות.

שתי השביתות – על הדמיון ביניהן ועוד יותר מכך על השונות הגדולה ביניהן בהשתלשלות האירועים ובתוצאות – מהוות מעבדה נפלאה להתבוננות, לניתוח וללימוד. הן מעוררות שורה ארוכה של סוגיות משפטיות במשפט העבודה ובתפר שבין משפט העבודה לבין יחסי עבודה.

החלק הפותח את הרשימה מביא את סיפורם של שני סכסוכי העבודה שעמדו בבסיס השביתות, ומתאר את השתלשלות העניינים שהובילה להגשת הבקשות לצווי מניעה.

חלקה השני של הרשימה מוקדש להתפתחותם של דיני השביתה בפסיקה הישראלית ולהצגת פסקי-הדין מושא הרשימה כנקודת שיא בפיתוח מבחן העילה כבריח התיכון ביישום כללי ההתערבות בדיני השביתה. מבחן העילה כובש לו מקום כאבן-בוץ עיקרית שבאמצעותה

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לפרופ' גיא מונדלק, לד"ר גיא דוידוב ולעו"ד חיים ברנזון על הערותיהם המועילות, ולעוזרת המחקר גב' אירנה נוטנקו על תרומתה. תודה גם לעורך כתב-העת משפט וממשל ולחברי המערכת על הערותיהם, שתרמו לשיפור המאמר.

בית-הדין בוחן את מידתיותה של השביתה ועורך את האיזונים בין חירות השביתה לבין הנזק או הפגיעה בצדדים שלישיים ובמעביד. דהיינו, לא עוד מבחן דו-שלבי שבו בשלב הראשון בית-המשפט בוחן אם השביתה הינה "לא-כדין" ורק בשלב השני הוא עושה שימוש במבחן המידתיות כדי לצמצם את שיעורם של צווי המניעה שיוצאו, אלא ערבוב מושגי מוחלט שבו סיווגה של השביתה כ"שביתה לא-כדין" אינו דרוש כ-*conditio sine qua non* או מהווה רק שיקול אחד מני רבים בהחלטה אם להוציא צו מניעה.

החלק השלישי של הרשימה דן בהתפתחות ביחסי העבודה שקשה להגזים בחומרתה, ואשר מצאה את ביטויה בפסיקה. הכוונה למשבר האמון בין ארגוני העובדים לבין משרד האוצר, המנהל את המשא-ומתן בשירות הציבורי. משבר זה מתבטא, בין היתר, בהטלת ספק באמינותם של הנתונים שמשרד האוצר מספק לצורך המשא-ומתן עם ארגוני העובדים, ובקושי של ארגוני העובדים לסמוך על המדינה שתקיים את ההתחייבויות שנטלה על עצמה.

שני החלקים הבאים מאירים ומסבירים את הסיבות להעדר מסורת של שימוש במנגנונים מקובלים ובצדדים שלישיים ניטרליים ומקצועיים ליישוב סכסוכי עבודה – תופעה שהינה ייחודית לישראל. מציאות זו מסבירה, בין היתר, את מעורבותו הנמרצת של בית-הדין לעבודה בנסיונות ליישב את סכסוכי העבודה המונחים בבסיסן של הבקשות לצווי מניעה המוגשות לבתי-הדין. מעורבות זו של בתי-הדין, ובעיקר של בית-הדין הארצי לעבודה, הובילה אומנם להישגים בולטים ומתקשרים, אולם היא בעייתית מבחינה משפטית, וטומנת בחובה סכנות משמעותיות של עירוב תפקידים ופגיעה במעמדו הציבורי של בית-הדין לעבודה.

פרט לקריאה לפעול בדחיפות לעצירת החרפתו של משבר האמון המעיב על יחסי העבודה בשירות הציבורי, מוצע כי בית-הדין יימנע ככל האפשר מלעסוק בליווי של תהליכי משא-ומתן חשובים במשק ובהוסטת סיוע במסגרתם, ויגביל את עצמו לשפיטה בבקשות המובאות לפניו למתן צווי מניעה במקרים של שביתה או איום בשביתה. בית-הדין יוכל להמשיך להפעיל את שיקול-הדעת הרחב שלו אם להיענות לבקשות לצווי מניעה או לסרב להן, כאמצעי לעידוד המשא-ומתן בין הצדדים. במקביל מוצע כי בית-הדין יעודד את הצדדים להגביר את השימוש בגישור ובבוררות, לסוגיהם השונים, שיעשו על-ידי מגשרים ובוררים שאין ספק לגבי מקצועיותם ולגבי היותם ניטרליים וחסרי פניות, לצורך ניהולם ויישובם של סכסוכי עבודה בשירות הציבורי ובמגזר הפרטי.

פתיחה. א. השביתות והבקשות לצווים – תיאור וציוני-דרך: 1. שביתת המורים העל-יסודיים; 2. שביתת הסגל האקדמי הבכיר. ב. התפתחויות בדיני שביתה: 1. מיקומו של מבחן העילה בדיני השביתה; 2. מן הכלל אל הפרט – מבחן העילה בשביתת המורים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר. ג. משבר האמון ביחסי העבודה בשירות הציבורי. ד. השימוש או אי-השימוש בכלים מקובלים ליישוב סכסוכים. ה. מעורבותם של בתי-הדין לעבודה במשא-ומתן בסכסוכים קיבוציים – צרכים וסיכונים. ו. סיכום ומסקנות. אפילו.

פתיחה

שתי שביתות במערכת החינוך העסיקו את בית-הדין הארצי לעבודה ברבעון האחרון של שנת 2007: שביתת המורים בבתי-הספר העל-יסודיים¹ והשביתה באוניברסיטאות.² בשתייהן עמדו מול נציגי האוצר והמעסיקים ארגונים חוץ-הסתדרותיים:³ ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות (להלן: ארגון המורים); וארגוני הסגל האקדמי הבכיר בחמש האוניברסיטאות – העברית בירושלים, חיפה, תל-אביב, בר-אילן, בן-גוריון בנגב – וכן בשני המכונים, הלא הם מכון ויצמן למדע והטכניון (להלן: ארגוני הסגל). בשתי השביתות הייתה פנייה לבית-הדין הארצי לשם הוצאת צווי מניעה. בעקבות הבקשות מצא עצמו בית-הדין מעורב בצורה נמרצת במשא-ומתן שהתקיים בין הצדדים, בניסיון להובילם להסכם ולחסוך את הצורך בדיון ובהחלטה לגבי הבקשות לצווים. בשתייהן העלה בית-הדין חרס בידו, ובסופו של יום נאלץ להחליט בבקשות. בית-הדין הוציא צו מניעה בשביתה של ארגון המורים, אך סירב להוציא צו מניעה בשביתה של ארגוני הסגל. שתי השביתות – על הדמיון ביניהן ועוד יותר מכך על השונות הגדולה ביניהן בהשתלשלות האירועים ובתוצאות – מהוות מעבדה נפלאה להתבוננות, לניתוח וללימוד. שתי השביתות ושני פסקי-הדין מושא הרשימה מעוררים סוגיות רבות בדיני עבודה ובתפר שבין דיני עבודה לבין יחסי עבודה. למען הבהירות והמיקוד בחרנו להתרכז בשלושה נושאים עיקריים, ולהסתפק בהארת סוגיות נוספות במסגרת הערות בשולי הרשימה. פרק א יספר את סיפורן של שתי השביתות. פרקים ב–ה יעסקו בשלושת הנושאים העיקריים של הרשימה: ההתפתחויות בדיני שביתה (פרק ב); משבר האמון בין המדינה לבין ארגון המורים וארגוני הסגל (פרק ג); והשימוש או אי-השימוש בכלים מקובלים ליישוב סכסוכים,

1 ס"ק (ארצי) 20/07 מרכז השלטון המקומי ושלוש הערים הגדולות – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות (פורסם בנבו, 4.12.2007) (להלן: פסק המורים).
2 ס"ק (ארצי) 21/07 האוניברסיטה העברית בירושלים – ארגון הסגל האקדמי הבכיר של האוניברסיטה העברית בירושלים (פורסם בנבו, 14.1.2008) (להלן: פסק המרצים).
3 נקודה זו היא בעלת משמעות לנוכח העובדה שיושב-ראש ההסתדרות הכללית החדשה היה מעורב באופן פעיל במשא-ומתן בשתי השביתות.

וההשלכות שיש לכך על דפוסי הפעולה של בית-הדין (פרקים ד-ה). פרק ו יוקדש לסיכום ולמסקנות.

ניתוח ראוי של שני פסקי-הדין, על השלכותיהם, מחייב למקמם בהקשר הרחב של יחסי עבודה, ובמיוחד של יחסי עבודה בשירות הציבורי. לפיכך חומרי-הגלם המשמשים לכתיבת רשימה זו יונקים מאותו הקשר רחב, ואינם מוגבלים לטקסט של שתי ההחלטות.

א. השביתות והבקשות לצווים – תיאור וציוני-דרך

1. שביתת המורים העל-יסודיים

ארגון המורים מייצג באופן מסורתי את כלל המורים המלמדים בבתי-הספר העל-יסודיים ובחטיבות-הביניים. רוב המורים החברים בארגון המורים מועסקים כעובדים של העיריות והרשויות המקומיות, ומיעוט קטן מועסקים כעובדים בשירות המדינה.⁴ לצד ארגון המורים פועלת הסתדרות המורים, המייצגת את הגננות ואת המורים בבתי-הספר היסודיים ובחטיבות-הביניים.⁵ רוב הגננות והמורים המיוצגים על-ידי הסתדרות המורים מועסקים כעובדים בשירות המדינה, ומיעוטם מועסקים כעובדים של העיריות והרשויות המקומיות. הן ארגון המורים והן הסתדרות המורים הם גופים חוץ-הסתדרותיים. בין שניהם קיימת יריבות ותחרות רבת שנים, אך מפעם לפעם הם משתפים פעולה.⁶ נושא הרפורמה בחינוך, שעליו נסכה השביתה, נמצא אומנם בשנים האחרונות על סדר-היום של שני הארגונים,

4 עם מיעוט זה נמנים בעיקר מורים המלמדים בחטיבות-הביניים.

5 באופן טבעי, אוכלוסיית המורות והמורים המלמדים בחטיבות-הביניים, שהופרדו מבתי-הספר היסודיים, מעוררת שאלות – אשר לעת הזאת טרם התבררו בבית-הדין – בנושאים כגון הגדרת יחידת המיקוח, חברות וייצוגיות. ראו דב"ע (ארצי) נה/4-24 ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים – מדינת ישראל, פד"ע לא 439 (1998).

6 כך, למשל, שני ארגוני המורים פעלו בשיתוף-פעולה במאבק נגד שחיקת שכרם. במסגרת זו פנו שני ארגוני המורים פעמיים לבית-הדין הארצי בבקשה שיכריע בנושא שחיקת שכרם. ראו דב"ע (ארצי) נ/4-45 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים בסמינרים ובמכללות – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.1997); ס"ק (ארצי) 1001/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות – מדינת ישראל, פד"ע לח 105 (2002). בהמשך מינו שני הארגונים נציג משותף לוועדת סלבין, שהוקמה בשנת 2000 במטרה ליתן פסק בורר שיקבע את שחיקת שכרם של עובדי ההוראה ביחס לשכר המהנדסים לשנים 1996–1998, ולבסוף חתמו שני הארגונים, בשנת 2007, על הסכם קיבוצי שבו הסכימו הצדדים להעביר להכרעת צוות בוררים, בראשות המחבר, את חילוקי-הדעות ביניהם בנושא שחיקת שכרם של עובדי ההוראה לשנים 1999–2006. עניין נוסף שבו פעלו ארגוני המורים בשיתוף-פעולה הוא המאבק במהלך שנת 2005 נגד יישום ההמלצות של דוח ועדת דברת ופיטורי המורים שנגזרו מכך. ראו ס"ק (ארצי) 54/05 הסתדרות המורים בישראל – מדינת ישראל – משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 24.8.2005).

אולם לגביו אין ביניהם הסכמה או שיתוף-פעולה. בחודש מאי 2007 הגיעה הסתדרות המורים להסכם לגבי יישום הרפורמה "אופק חדש" בחינוך, לרבות אבני-הדרך בהפעלת הרפורמה ותוספות השכר שישולמו למורים.⁷ הסכם במתכונת דומה הוצע לארגון המורים, אך הוא דחה את ההצעה. ארגון המורים סבר כי המתווה שעליו הסכימה הסתדרות המורים אינו מתאים כלל כרפורמה שתביא מזוור לבתי-הספר שחבריו מלמדים בהם, וכי הוא רע למורים. זאת הייתה עילת השביתה.⁸

באופן ספציפי יותר,⁹ ארגון המורים הציע להנהיג רפורמה במתווה שונה לחלוטין, שאותה כינה "עוז לתמורה". כדי לממשה, דרש ארגון המורים תוספת של שעות הוראה בשיעור של 50% והכפלה של שכר המורים. כמו-כן דרש הארגון עדכון של הסדרי הפנסיה, הגדלת מכסות לפרישה מוקדמת ותגמול על פעילויות שונות.¹⁰

על-מנת לקדם את דרישותיו במשא-ומתן, תכנן ארגון המורים להשתמש בנשק אשר הוכיח את יעילותו בעבר – אי-פתיחת שנת הלימודים. אלא שבנשק זה התגלו מעצורים: המעסיקים פנו לבית-הדין, וזה הוציא צו מניעה.¹¹ במאמר מוסגר עלינו להעיר כי אף שאין כל אפשרות להוכיח זאת, בדיעבד נראה שמערכת החינוך שילמה ביוקר על הוצאת צו המניעה שהבטיח את פתיחת שנת הלימודים במועד. נראה כי תחת האיום העוצמתי של אי-פתיחת שנת הלימודים היה אפשר להגיע בזמן קצר יחסית להסכם שהיה חוסך את השביתה הארוכה.

המשא-ומתן, שהתקיים סמוך לאחר פתיחת שנת הלימודים, הגיע למבוי סתום. כחמישה שבועות לאחר פתיחת שנת הלימודים יצאו המורים העל-יסודיים לשביתה כללית ומלאה. בחלוף כשלושה שבועות ממועד פרוץ השביתה, ביום 1.11.2007, פנו המעסיקים והמדינה לבית-הדין הארצי בבקשה שיוציא צו מניעה, אשר יאסור על חלק קטן בלבד מן המורים – קרי, המורים בפנימיות ובכיתות יב – לשבות.¹² כאשר החל בית-הדין ללוות את המשא-

7 אור קשתי "הסכם עם הסתדרות המורים – מורה מתחיל ביסודי ירוויח 5,300 שקל" הארץ Online 16.5.2007 www.haaretz.co.il/misc/1.1550349

8 ש.ם.

9 הדרישות הספציפיות חשובות משום שחלק מהן מילאו תפקיד חשוב באפיון השביתה על-ידי בית-הדין כשביתה מעין-פוליטית.

10 כגון עבודה עם לקויי-למידה, נסיעות, טיולים וכדומה. כן הועלתה דרישה להתאמה של תגמולי הבגרות. ראו רן ארז "מעבירים הילוך" קשר עין 167, 3 (2007).

11 ס"ק (ארצי) 18/07 מרכז השלטון המקומי – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות (פורסם בנבו, 27.8.2007) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי).

12 ראוי להעיר כי אף שהמדינה אינה המעסיק של המורים העל-יסודיים, היא הופיעה כצד לבקשות לצווי מניעה ומילאה בדיונים תפקיד ראשי. בהחלטתו בעניין המורים בית-הדין מתייחס לתפקידה של המדינה ביחסי העבודה במערכת החינוך. הוא קובע כי אף שהמדינה אינה המעסיק, היא לא רק צד לגיטימי בבקשה להוצאת הצו, אלא למעשה הצד האמיתי. בית-הדין מבסס את מסקנתו על חמישה אדנים: הראשון – המדינה מתקצבת את החינוך העל-יסודי, לרבות השכר; השני – היא נושאת באחריות העיקרית לעיצוב המדיניות; השלישי –

ומתן, הוקפאה הבקשה, אולם היא חודשה כאשר הצדדים הגיעו למבוי סתום.¹³ ברגע האחרון ביקשה המדינה כי צו המניעה יהיה גורף ויאסור על כל המורים להמשיך בשביתה.¹⁴

בית-הדין הארצי דן בבקשה בהרכב מורחב, שכלל שלושה שופטים וארבעה נציגי ציבור.¹⁵ לאחר 48 ימי שביתה, שבמהלכם הלכו לאיבוד 3,225,000 שעות לימוד,¹⁶ החליט

היא קובעת את תנאי ההעסקה; הרביעי – לאורך שנים המדינה היא אשר מנהלת את המשא-ומתן ואף חותמת על ההסכמים הקיבוציים; החמישי – ביישום הרפורמה המדינה היא הרגולטור. ראו פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא אדלר. כאשר בוחנים אחד לאחד את האדנים שעליהם נשענת מעורבותה של המדינה בסכסוך המורים, אליבא דבית-הדין, משרד החינוך הוא שהיה אמור להוביל את המשא-ומתן: מערכת החינוך נשענת על תקציבו, הוא האחראי למדיניות ולקביעת תנאי העבודה, והוא הרגולטור. אולם בפועל מי שהוביל ומוביל את המשא-ומתן בשם המדינה והמעבידים הציבוריים הוא משרד האוצר, באמצעות אגף הממונה על השכר וההסכמים הקיבוציים ("שומר החומה") ואגף התקציבים ("שומר הקופה").

13 מפסק-הדין עולה כי מרכז השלטון המקומי לא היה שותף לפנייה לחדש את הדיון בבקשה לצו מניעה. ארגון המורים טען כי אין להידרש לבקשה מאחר שהיא לא הוגשה על-ידי מרכז השלטון המקומי, אולם בית-הדין לא התייחס לטענה.

14 הדרך שבה הורחבה הגדרת תחולתו של הצו המבוקש – קרי, מצו חלקי, בעניין המורים בפנימיות ובכיתות יב בלבד, לצו כללי – היא בעייתית כשלעצמה, הן מבחינת זהות המבקשים והן מן ההיבט הפרוצדורלי. בפסק-הדין נכתב כי בקשתה של המדינה להרחיב את הצו נעשתה בעל-פה, במהלך הדיון שהתקיים בלילה שבין ה-29.11.2007 ל-30.11.2007. כאמור, אין כל רמז לכך שמרכז השלטון המקומי היה צד לבקשת ההרחבה. מכל מקום, ארגון המורים התנגד להרחבת התחולה של הצו המבוקש בטענה כי מדובר בהרחבת חזית, אולם טענה זו נדחתה. ראוי לציין כי הבקשות לצווי מניעה בשביתת המורים הוגשו ונדונו בבית-הדין הארצי כערכאה ראשונה. ס' 25(1) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969, מקנה לבית-הדין הארצי סמכות לדון כערכאה ראשונה אך ורק בסכסוך בין מי שכשירים להיות צדדים להסכם קיבוצי כללי. לצורך כך דרוש שבצד המעביד יעמוד ארגון מעבידים, להבדיל ממעביד. לגבי הבקשה המקורית היה אפשר להיתלות לכאורה בכך שאחד המבקשים היה מרכז השלטון המקומי, אשר הוכר בפסיקה כארגון מעבידים. אולם הבקשה שלגביה התקיים הדיון מושא הרשימה הוגשה על-ידי המדינה בלבד. ראו לעיל ה"ש 13.

15 אכן, ארגון המורים טען לחוסר סמכות על בסיס זה שמרכז השלטון המקומי חזר בו מן הבקשה. לדברי הארגון, התוצאה היא שיש לפני בית-הדין בקשה של המדינה בלבד, וזו אינה מוסמכת לפתוח בהליך בבית-הדין הארצי כערכאה ראשונה, מאחר שהיא אינה כשירה להיות צד להסכם קיבוצי כללי. בית-הדין דחה את הטענה שמרכז השלטון המקומי חזר בו מן הבקשה. ברם, החשוב לענייננו הוא שביתת-הדין פסק כי הייתה מוקנית לו סמכות גם אילו הוכח שמרכז השלטון המקומי הסיר את בקשתו.

בכך התעלם בית-הדין מהלשון הברורה של ס' 25(1) לחוק בית הדין לעבודה. הוא קבע כי תכליתו של הסעיף היא להעביר סכסוכים ארציים גדולים, ובמיוחד סכסוכים הנוגעים במשק כולו, למסלול של הכרעה בערכאה העליונה. בסכסוכים כאלה חשובה המהירות, אין צורך בערעור, וחשוב שהערכאה העליונה תשמע ראיות ותוכל להציג שאלות למומחים. לדעת בית-הדין, סכסוך המורים נמנה עם הסכסוכים שאליהם פוונה תכליתו של ס' 25(1): הוא בעל

בית-הדין, ברוב של שישה נגד אחד, להוציא צו גורף שהורה למורים לחזור לעבודה.¹⁷ שופט המיעוט גרס כי יש להגביל את היקף הצו, כך שהוא יופנה רק למורים בפנימיות ובכיתות יב, כפי שהתבקש בית-הדין לעשות בבקשה המקורית.

2. שביתת הסגל האקדמי הבכיר

ל-4,200 חברי הסגל האקדמי הבכיר בחמש האוניברסיטאות ובשני המכוונים – ויצמן והטכניון – אין ארגון עובדים ארצי. הם מאורגנים ומיוצגים על בסיס "מפעלי". לכל מוסד אקדמי יש ארגון חוץ-הסתדרותי של חברי סגל אקדמי בכיר משלו. שבעת ארגוני הסגל הבכיר פועלים באמצעות גוף הנקרא "המועצה המתאמת של ארגוני הסגל האקדמי באוניברסיטאות". גם המעסיקים פועלים באמצעות גוף מתאם בשם "ור"ה – ועד ראשי האוניברסיטאות". יחסי העבודה מוסדרים באמצעות הסכמים קיבוציים מיוחדים פלורליים.¹⁸ הסכמים אלה נחתמים על-ידי שבעת המוסדות האקדמיים ועל-ידי שבעת ארגוני הסגל הבכיר.

הסכסוך של חברי הסגל האקדמי הבכיר נמשך משנת 2005, ומאז הם מועסקים ללא הסכם קיבוצי בתוקף. משלא חלה כל תזוזה במשא-ומתן בינם לבין המעסיקים והאוצר, מסרו ארגוני הסגל ביום 25.9.2007 הודעה על כוונתם לפתוח בשביתה,¹⁹ ולא חידשו את

פרישה ארצית, וההכרעה בו נוגעת בחלקים נרחבים באוכלוסייה. לפיכך הוא דורש בירור ענייני ומהיר של הערכאה העליונה.

גם אם החלטת בית-הדין ראויה ודרושה, אין ספק שהיא בבחינת *contra legem*. מבחן התכלית יכול לשמש מקום שהכתוב יכול לשאת כמה פרשנויות. הוא אינו יכול לשכתב את נוסח החוק, אשר דורש כי צד המעביד יהיה מי שיכול להיות צד להסכם קיבוצי. עם כל חשיבותה של המדינה כמעביד הגדול במשק, את התנאי הקבוע בחוק היא אינה ממלאת. לצורך השגת התכלית שביתת-הדין מדבר עליה, ובצדק, דרוש תיקון בחוק.

16 לא ברור מהיכן שאב בית-הדין נתון זה. הוא מופיע בפתיח להחלטה, לצד ציון הפגיעה בהכנסת המורים בגלל אי-תשלום השכר, והפגיעה במעמדם המקצועי. ראו פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

17 מאחר שהצו הוצא ערב היציאה לחופשת חנוכה, כלל הצו מנגנון השהיה: נקבע בו שהוא ייכנס לתוקף ביום הראשון לחידוש הלימודים לאחר תום החופשה.

18 "הסכם קיבוצי מיוחד פלורלי" הוא מושג יציר הפסיקה. מדובר באגד של הסכמים קיבוציים מיוחדים או כלליים הקבועים במסמך יחיד. ראו דב"ע (ארצי) לג/4-4 האוניברסיטה העברית – ארגון המרצים, המדריכים והאסיסטנטים, פד"ע ה 115 (1973). הסכמים מסוג זה רווחים הן במגזר הציבורי – למשל, ההסכמים שנחתמים ברפואה הציבורית עם ההסתדרות הרפואית או עם האיגודים ההסתדרותיים (כגון הטכנאים, האחיות והאחים, עובדי מנהל ומשק) – והן במגזר הפרטי, כאשר לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים חותמת על הסכמים על-ענפיים עם ההסתדרות בשם ארגוני המעבידים.

19 הודעה לפי ס' 5א לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957.

הלימודים עם פתיחת שנת הלימודים האקדמית. נושא השביתה היה מתן פיצוי על שחיקת השכר בעבר ועיגון מנגנון מוסכם למניעת שחיקה בשכר בעתיד. בגלל הפער במועדי פתיחת שנת הלימודים בין בתי-הספר והאוניברסיטאות, החל ביום 21.10.2007 חפפה שביתה הסגל האקדמי הבכיר את שביתה המורים. להבדיל משביתת המורים, שביתה הסגל האקדמי הבכיר הייתה חלקית (עיצומים). הם נמנעו מהוראה פרונטלית, אולם המשיכו בפעילות המחקרית והאקדמית כרגיל. במהלך השביתה החלקית שולם לחברי הסגל האקדמי הבכיר שכר בגובה מחצית מן השכר הרגיל.²⁰ לאחר 79 ימי שביתה (ב-9.1.2008) הוגשה לבית-הדין הארצי²¹ בקשה לצו מניעה נגד השביתה על-ידי ור"ה, בשם המוסדות האקדמיים, ועל-ידי המדינה.²² בית-הדין הארצי דן בבקשה בהרכב מורחב של שלושה שופטים וארבעה נציגי ציבור. אף שמלאו לשביתה יותר מ-80 יום (הדיון התקיים ב-14.1.2008), החליט בית-הדין פה אחד לדחות את הבקשה. שתי ההחלטות ושתי השביתות, מושא הרשימה, מעוררות שורה של סוגיות אשר ניתן לסווגן כמשפטיות וככאלה הנמצאות על קו התפר שבין משפט העבודה לבין יחסי עבודה. לכאורה, כל אחת יכולה לשמש נושא לרשימה נפרדת. מתוכן בחרנו להתרכז בשלוש סוגיות בלבד: ההתפתחויות בדיני שביתה (פרק ב); משבר האמון בין המדינה לבין ארגון המורים

20 מבחינת סיווגה, שביתתם של חברי הסגל האקדמי הבכיר הייתה שביתה חלקית מוגנת בשירות הציבורי, לפי ס' 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה: היא לא התקיימה בזמן שחל על הצדדים הסכם קיבוצי; נמסרה לגביה הודעה מוקדמת; והמוסדות המוסמכים של ארגוני הסגל אישרו אותה.

21 גם במקרה של הסגל האקדמי הבכיר הפנייה לבית-הדין הארצי כערכאה ראשונה מעוררת בעיית סמכות עניינית, שכן המבקשים היו המדינה וכל אחד מן המוסדות האקדמיים, אשר יוצגו כקבוצה על-ידי ור"ה. אלה גם אלה אינם כשירים להיות צד להסכם קיבוצי כללי, אלא רק להסכם קיבוצי מיוחד. זאת בדיוק הסיבה לכך שההסכם שנחתם בין המוסדות האקדמיים לבין ארגוני הסגל שלהם נקרא "הסכם מיוחד פלורלי". ראו לעיל ה"ש 18.

22 ראוי להעיר כי בדומה למקרה של ארגון המורים העל-יסודיים, גם כאן מוצאים את המדינה כצד לבקשה לצו מניעה אף שהיא אינה המעסיק של חברי הסגל הבכיר באוניברסיטאות. לא זאת אף זאת, בפסק המורים נתן כזכור בית-הדין חמישה טעמים המצדיקים לדעתו את מעורבותה של המדינה – ראו לעיל ה"ש 12. ברם, טעמים אלה אינם קיימים – או קיימים בצורה חלקית בלבד – במקרה של האוניברסיטאות, ולכן אין אפשרות לבסס עליהם את הפיכתה של המדינה לצד לגיטימי או "אמיתי" בשביתה הסגל האקדמי הבכיר. המדינה מתקצבת את המוסדות האקדמיים באופן חלקי בלבד; היא אינה אחראית לקביעת מדיניות; היא אינה מחליטה על תנאי העבודה; היא משתתפת במשא-ומתן, אך אינה חותמת על הסכמים; והיא משמשת רגולטור באופן חלקי בלבד. אולם חרף כל זאת מיהרה המדינה להשתמש בכתר החדש שהעניק לה בית-הדין בפסק המורים, כצד מעורב ולגיטימי בבקשות לצווי מניעה. לא זאת אף זאת, בטיעוניה בבקשה לצו מניעה בעניין שביתתם של חברי הסגל האקדמי הבכיר ביקשה המדינה למנף את מעמדה החדש כבסיס לזכות מהותית. היא טענה כי יש לראות במעורבותה בסכסוך דבר ההופך את השביתה משביתה כלכלית לשביתה מעין-פוליטית או מעורבת. פסק המרצים, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק-הדין.

וארגוני הסגל (פרק ג); והשימוש או אי-השימוש בכלים מקובלים ליישוב סכסוכים, וההשלכות שיש לכך על דפוסי הפעולה של בית-הדין (פרקים ד ו-ה). בגלל קוצר היריעה, גם סוגיות אלה יידונו בתמציתיות.

ב. התפתחויות בדיני שביתה

כאשר השר יגאל אלון הביא לפני הכנסת את ההצעה להקים מערכת של בתי-דין לעבודה, הוא השתמש בסיסמה "שפיטה במקום שביתה"²³. משפט בעייתי זה עומד ברקעו של הדיון הציבורי על בית-הדין לעבודה למן הקמתו. הוא רלוונטי מאוד להתנהלותו של בית-הדין בשביתת המורים העל-יסודיים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר, ולפסקי-הדין שניתנו בגינן. הבעייתיות בשימוש בביטוי "שפיטה במקום שביתה" התגבשה כבר ברגע היוולדו, וזאת מהטעם הבא. שפיטה נועדה לסכסוכים משפטיים²⁴ משני סוגים: סכסוכים משפטיים אינדיווידואליים וסכסוכים משפטיים קיבוציים. והנה שביתה, בהיותה פעולה קיבוצית, אינה רלוונטית, מעצם טבעה, לסכסוכים משפטיים אינדיווידואליים; ובאשר לסכסוכים משפטיים קיבוציים, גם כאן לא הייתה השפיטה דרושה או רלוונטית, וזאת משום שרובם המכריע של ההסכמים הקיבוציים כללו, וכוללים אף כיום, הליכים מוסכמים מעין-משפטיים ליישוב חילוקי-דעות – בדרך-כלל ועדות פריטטיות ובוררות. השפיטה באמצעות מערכת בתי-הדין לעבודה לא הייתה אמורה להחליף את ההליכים המוסכמים.

רוב השביתות באותה עת היו בסכסוכים כלכליים קיבוציים, קרי, סכסוכים בנוגע לחידושו של הסכם קיבוצי או לשינוי תנאיו. מאחר שמדובר ביצירה או בשינוי של זכויות וחובות עתידיות – להבדיל מסכסוכים לגבי פרשנות, יישום, אכיפה או הפרה נטענת של זכויות וחובות קיימות – סכסוכים אלה אינם ניתנים להכרעה בעזרת סטנדרטים משפטיים, ולמעשה הם אינם שפיטים.²⁵ לכן ברור שהשפיטה כשלעצמה אינה ערוכה להכריע לגבי צדקתן של הדרישות הקונקרטיות של העובדים לשינויים בשכר או בתנאי עבודה. מכאן שהשפיטה, מעצם טבעה, אינה יכולה להחליף את השביתה.

התפקיד המרכזי האמיתי של בית-הדין היה להסדיר בצורה נורמטיבית ולאכונף את "כללי המשחק" בכל הקשור לשביתה, ולא להחליפה או ליתר אותה באורח מקיף. את

23 ד"כ 50, 526 (1967); מרדכי (מוטי) מירוני "ההלכה המגבילה את השימוש בבוררות ביחסים עובד-מעביד: בחינה מחדש" משפטים לט 499 (2009).

24 על ההבחנה בין סכסוך כלכלי לבין סכסוך משפטי ראו דב"ע (ארצי) לא-5/4-הסתדרות הכללית – הסתדרות הפועלים החקלאיים – התאחדות האיכרים, פד"ע ג 253 (1972) (להלן: עניין התאחדות האיכרים); דב"ע (ארצי) מד-4/19-הסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, מועצת פועלי תל-אביב-יפו – אוניברסיטת תל-אביב, פד"ע טו 260 (1984).

25 ראו עניין התאחדות האיכרים, שם.

תפקידו זה ממלא בית-הדין באמצעות צווי מניעה. לכן בסיווג של כלים להתערבות בסכסוכי עבודה, צווי המניעה נמנים עם הכלים להסדרת סכסוכים, להבדיל מכלים ליישוב סכסוכים.²⁶ הם לא נועדו למנוע את השימוש בנשק השביתה, אלא לשמור שהשימוש בו ייעשה לפי כללי המשחק שנקבעו בדין. צווי המניעה גם אינם מיועדים ליישב את חילוקי-הדעות העומדים בבסיס השביתה.

טיפולו של בית-הדין בשביתות יכול להעניק לו נקודות זכות רבות. הדבר עולה הן מקריאת הדוח של ועדת זמיר²⁷ והן מהסיבות לבחירה בנשיא אדלר כ"איש השנה" על-ידי קוראי המוסף הכלכלי של עיתון הארץ.²⁸ בה-בעת הטיפול בשביתות מהווה איום מתמיד על בית-הדין בשני היבטים: האחד, מאחר שהתערבות כרוכה בדרך-כלל בשינוי מאזן הכוחות בין הצדדים בשלב קריטי של המאבק, עלולות להתעורר טענות בדבר העדר ניטרליות;²⁹ והאחר, קיים חשש מתמיד מפני הפגיעה שעלולה להיגרם למעמדו של בית-הדין במקרה שבו יסרבו העובדים השובתים לציית לצו המניעה שהוציא, ולא יחזרו לעבודה.³⁰

בית-הדין בחר להתמודד עם השניות והמתח הניגודי הטבועים במעורבותו בשביתות בשתי דרכים: האחת – פיתוח ושכלול של "כללי המשחק" לשימוש בנשק השביתה, אשר בהם יעסוק פרק זה; והאחרת – התנהלות מיוחדת של בית-הדין במהלך הדיונים בבקשות לצווי מניעה, אשר בה יעסוק פרק ד.

התערבותם של בית-הדין ושל בית-המשפט העליון בחירות השביתה ידעה לאורך השנים עליות ומורדות. תיאורן וניתוחן חורג ממטרותיה של רשימה זו.³¹ החשוב לענייננו הוא שסיפורן של שביתת המורים העל-יסודיים ושל שביתת הסגל האקדמי הבכיר, על

26 מרדכי מירוני בורות בסכסוכי עבודה: המוסד לבוררות מוסכמת – תקוות ולקחים 14–25 (1988) (להלן: מירוני המוסד לבוררות מוסכמת).

27 הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה דין וחשבון (2006) (להלן: דוח ועדת זמיר).

28 חיים ביאור "החזיר את בית הדין לעבודה למרכז הבמה" *TheMarker* 29.12.2004 www.themarker.com/misc/1.266594.

29 זאת הייתה נקודה חשובה בביקורת שהשמיעו נציגי ארגון המורים. בדיוק כאשר החלה שביתתם לפעול את פעולתה וליצור לחץ, הוציא בית-הדין את צו המניעה, ובכך הוריד את השקעתם של המורים והארגון לטמיון.

30 בית-הדין התייחס לאפשרות כזאת בפסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא אדלר. מבחינת בית-הדין, שורש הבעיה נעוץ בכך שהצו הוא של בית-הדין אולם אכיפתו תלויה בהחלטה *ex post* של המעביד אם ברצונו לפתוח בהליכים לפי פקודת בזיון בית המשפט. ראו גם דב"ע (ארצי) לא/4-4 ועד פועלי החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ – החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ, פד"ע ד 122, 127 (1972); דב"ע (ארצי) לו/3-4 ועד עובדי קצא"א – חברת קצא"א בע"מ, פד"ע ח 426–427 (1977).

31 רות בן-ישראל "השביתה הפוליטית" עיוני משפט יא 609 (1986); רות בן-ישראל "שיפוט בסכסוכי עבודה קיבוציים על-פי תפיסת העולם של השופט בר-ניב, נשיא בית הדין הארצי לעבודה" ספר בר ניב – לקט מאמרים בדיני עבודה 69 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים, 1987).

הדומה והשונה ביניהן, מהווה ציון-דרך בהתפתחותם של דיני השביתה. הוא מציינ נקודת שיא בפיתוחו של מבחן העילה ככריח התיכון ביישום כללי ההתערבות בחירות השביתה. הכוונה במבחן העילה היא שביתת-הדין בוחן את דרישותיהם של העובדים אשר לצורך קידומן הם מאיימים להשתמש או משתמשים בנשק השביתה.

1. מיקומו של מבחן העילה בדיני השביתה

בראשית ידענו את מבחן העילה כאבן-כוחן המשמשת להבחנה בין הפסקת עבודה מאורגנת סתם, אשר אין בבסיסה דרישה ספציפית מן המעביד ולכן אינה נחשבת לשביתה,³² לבין שביתה. התברר לנו ששביתה חלקית היא שביתה,³³ ולמדנו מה הופך שביתה ל"שביתה לא-כדין" במגזר הפרטי³⁴ או ל"שביתה בלתי-מוגנת" בשירות הציבורי.³⁵ שנינו גם שהסעד היחיד נגד שביתה לא-כדין ואחד מן הסעדים במקרה של שביתה בלתי-מוגנת הוא צו המניעה.³⁶

בהמשך עשו הפסיקה והחקיקה שימוש נוסף במבחן העילה: הראשונה קבעה כי שביתה שנועדה לקדם דרישות מול רשויות המדינה (שביתה פוליטית), להבדיל מדרישות מן המעביד, אינה שביתה;³⁷ ואילו האחרונה הקריגה שביתה שאינה קשורה לשכר או לתנאים סוציאליים מן ההגדרה של "שביתה בלתי-מוגנת" בשירות הציבורי בזמן שחל על העובדים הסכם קיבוצי.³⁸ במצב דברים זה, תרומתו של מבחן העילה לדיני השביתה הייתה מצומצמת ושלילית. היא התבטאה בכך שמבחן העילה הוציא ממלכודת ההגדרה המשפטית של שביתה צעדים ארגוניים אשר מתבטאים בפגיעה במהלך העבודה התקין אולם אינם מיועדים לקדם את מטרות העובדים כקבוצה מול המעביד, כגון שביתה מבלי שהוצגה על-ידי העובדים דרישה ספציפית מן המעביד וכן שביתה נגד רשויות המדינה (שביתה

32 בג"ץ 566/76 "אלקו" חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(2) 197 (1977).

33 דיון (ארצי) לו/5-4 גינסטלר – מדינת ישראל, פד"ע ח(1) 3 (1976).

34 אי-מתן הודעה כדין והפרה של חובת שקט תעשייתי מפורשת או משתמעת. ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980); דב"ע (ארצי) מט/4-16 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ – האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, פד"ע כ 198 (1989).

35 דב"ע (ארצי) לט/2-7 עובדי שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ – חברת שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ, פד"ע יא(1) 57 (1979).

36 דב"ע (ארצי) מט/13-41 מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל, פד"ע כ 66 (1988); תב"ע (אזורי ב"ש) מט/4-9 אגן כימיקלים בע"מ – ההסתדרות הכללית, מועצת פועלי אשדוד, פד"ע כא(2) 62 (1989).

37 בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פ"ד מ(1) 673 (1986). ראו גם בן-ישראל "השביתה הפוליטית", לעיל ה"ש 31.

38 ראו את ההגדרה בס' 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

פוליטית). פרט לכך³⁹ לא עסקו החקיקה והפסיקה בעילת השביתה;⁴⁰ ופרט להתערבות החקיקתית אשר הנהיגה כללי משחק שונים וחמורים יותר לגבי שביתה בשירותים הציבוריים ובשירותים החיוניים,⁴¹ לא עסקה החקיקה בזירה שבה מתרחשת השביתה. לעניין הזירה, אם לדייק, המשפט הישראלי לא התעלם ממנה. הוא פשוט בחר להתמודד עם האיום של שביתות בשירותים החיוניים בשלוש דרכים אחרות. הראשונה – המחוקק שלל מקבוצות מסוימות של עובדים, כגון שוטרים,⁴² סוהרים⁴³ ועובדי שירות הביטחון הכללי,⁴⁴ את חופש ההתאגדות, ומכאן אף את חירות השביתה. השנייה – בשני תיקונים לחוק יישוב סכסוכי עבודה,⁴⁵ קבע המחוקק רשימה של שירותים הנחשבים חיוניים. על העובדים בשירותים אלה הוטלו הגבלות מסוימות בכל הקשור לשימוש בחירות השביתה, ונכפה עליהם ועל מעבידיהם מנגנון סטטוטורי ליישוב חילוקי דעות, אשר יופעל כברירת מחדל בהעדר מנגנון הכרעה הסכמי בין הצדדים.⁴⁶ הרשימה מופיעה בסעיף 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תחת ההגדרה של "שירות ציבורי", והיא כוללת גם עובדים בשירותים חיוניים בבעלות פרטית.⁴⁷ השלישית – במשך כל השנים פעל לצד בתי הדין לעבודה מנגנון משלים שנועד לטפל במקרים של שביתות אשר מאיימות לפגוע או פוגעות בהספקה של שירותים חיוניים. הכוונה לצווי ריתוק המוצאים מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום.⁴⁸ במשך תקופה ארוכה היה תהליך קבלת ההחלטות לגבי הוצאת צווי מניעה דו-שלבי. בשלב הראשון היה בית הדין בודק אם נפלו בשביתה פגמים אשר הופכים אותה ל"שביתה

39 לשם השלמת התמונה ראוי להעיר כי הפסיקה עשתה שימוש בעילת השביתה גם בהקשר של אפיונו או סיווגו של הסכסוך המונח בבסיס השביתה, כאשר קבעה כי שביתה בסכסוך משפטי אינה מותרת, שכן לגבי סוג זה של סכסוך קיים פורום הכרעה בבית הדין. סטיב אדלר "חופש השביתה בראי הפסיקה" ספר ברנזון ב' 475, 479 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); דב"ע (ארצי) מה/18-4 מרכז השלטון המקומי בישראל – ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע טז 421, 443 (1985). עתירה לבג"ץ שהוגשה בעניין זה נדחתה – ראו בג"ץ 539/85 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד מ(4) 834 (1987). אך ראו את דעתו החולקת של הנשיא שמגר – שם.

40 כך, למשל, המשפט לא הבחין בין שביתה התקפית (שביתת-חרב) לבין שביתת-מגן.

41 ס' 37א–37ב לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

42 ראו ס' 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971.

43 ראו ס' 129א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971.

44 ראו ס' 20 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002.

45 חוק יישוב סכסוכי עבודה (תיקון מס' 2), התשל"ב–1972, ס"ח 70; חוק יישוב סכסוכי עבודה (תיקון מס' 3), התשל"ז–1976, ס"ח 6. עד אותה עת הוסדרו כל השביתות במשק בצורה אחידה.

46 ראו ס' 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

47 חלק נכבד מן השירותים המופיעים ברשימה הם בבעלות פרטית, ביניהם חברות התעופה וההובלה הימית, כל ענף הספקת הדלק, בזק, חלק משירותי הבריאות וחלק ממוסדות ההשכלה הגבוהה.

48 מרדכי מירוני "צווי-ריתוק ככלי להתערבות הממשלה בסכסוכי-עבודה בשירותים החיוניים" משפטים טו 350 (1986) (להלן: מירוני "צווי-ריתוק").

לא-כדין" או ל"שביתה בלתי-מוגנת" כאשר מדובר בשירות הציבורי. הכוונה לשביתה שאינה עומדת בסייגים הקבועים בחוק⁴⁹ או בהסכם הקיבוצי.⁵⁰ רק במקרה של תשובה חיובית היה בית-הדין עובר לשלב השני, שבמסגרתו היה מפעיל שיקול-דעת אם חרף הפגמים המשפטיים, שתייגו את השביתה כ"שביתה לא-כדין" או כ"שביתה בלתי-מוגנת", אין להיעתר לבקשה להוציא צו מניעה.⁵¹

ברבות השנים, למרות הרטוריקה שהופיעה בפסיקה בדבר מרכזיותה של זכות השביתה באגד הזכויות החברתיות ובדבר החשיבות של ביצור מעמדה,⁵² בפועל כרסמה הפסיקה בגבולותיה של חירות השביתה, ופגעה בחוסנה ובמעמדה הברור והבלתי-מעורער.⁵³ השינוי היה הדרגתי, והוא בא לידי ביטוי בעיקר בהרחבת השפעתה של עילת השביתה על דיני השביתה.

מגמה זו של שימוש גובר ויצירתי במבחן העילה כמנוף לפגיעה בחירות השביתה נעה על כמה צירים. הראשון – בעזרת בחינת העילה לשביתה, יצקו בית-המשפט העליון ובית-הדין לעבודה ועיצבו שני מושגים או מוסדות משפטיים חדשים: שביתה בלתי-חוקית או לא-לגיטימית⁵⁴ ושביתה מעין-פוליטית.⁵⁵ הציר השני והחשוב יותר – בהשפעת השיח

49 הכוונה בעיקר לשביתה שלא ניתנה לגביה הודעה מוקדמת לפי ס' 5א לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

50 הכוונה לשביתה הנוגדת התחייבות מפורשת או מכללא לשקט תעשייתי. כבר בתחילת דרכו קבע בית-הדין הארצי כי בכל הסכם קיבוצי קיים תנאי מכללא כי אין לשבות בתקופת קיומו של ההסכם לגבי הנושאים המוסדרים בו. ראו עניין האוניברסיטה העברית, לעיל ה"ש 18, בעמ' 130.

51 ראו עס"ק (ארצי) 1013/04 בנק דיסקונט בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף (פורסם בנבו, 26.9.2004) (להלן: עניין דיסקונט).

52 בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485, 490, 502 (1995) (להלן: בג"ץ בוק).

53 פסקי-דין של בית-המשפט העליון משנות השמונים סימנו כפי הנראה לבית-הדין את הדרך. ראו בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984); עש"מ 1/86 קוקה נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד מ(2) 406 (1986).

54 עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 51, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא אדלר. במקרה זה קבעה דעת הרוב כי שביתה שנועדה למנוע את מכירת מניותיה של המדינה בבנק אינה בגדר שביתה חוקית. זאת, בניגוד לדעתה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין, הסבורה כי שביתה של עובדים כאמצעי של התנגדות להפרטה נכללת, מבחינת העילה, בזכות השביתה. שם, פסק-דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין. ראוי להעיר כי מפסק-הדין לא ברורה הנפקות המשפטית של סיווג השביתה כבלתי-חוקית או כלא-לגיטימית. האם דינה של שביתה כזאת כדין שביתה פוליטית, ומכאן שהיא אינה נחשבת שביתה מבחינה משפטית, או שמא מדובר במוסד משפטי חדש? מאחר שהמושג "שביתה בלתי-חוקית" זר למסורת המשפטית בישראל, ובגלל חוסר הבהירות, בחרנו לראות את פסק-הדין כטעות בהתייחסות גרידא.

55 בשביתה מעין-פוליטית הדרישות שהשביתה אמורה לקדם מופנות לרשויות המדינה, ולא למעביד, אולם הן מיועדות להגן על האינטרסים של העובדים במקום העבודה. לפיכך, להבדיל מן השביתה הפוליטית, שאינה נכללת בהגדרת המונח "שביתה" ואינה חלק מחירות השביתה, השביתה המעין-פוליטית היא שביתה לכל דבר, אלא שהיא מוגבלת מבחינת

החוקתי, הניח בית-הדין את כתר המידתיות על ראשה של ממלכת חירות השביתה, וקבע כיהלום שבכתר את מלאכת האיזונים.⁵⁶ במסגרת זו נהפכה ההחלטה אם להוציא צו מניעה אם לאו לתלויה באיזון בין חירות השביתה לבין זכויות אחרות, בין שאלה זכויות-יסוד או זכויות ממדרג נמוך יותר.⁵⁷ לצורך כך בית-הדין בוחן אם מתקיים יחס מידתי בין עילת השביתה והאמצעים שהשוכתים נוקטים, מזה, לבין הנזק ו/או הפגיעה בזכויות שנגרמים למעביד או לצדדים שלישיים, מזה.⁵⁸ הציר השלישי – הפסיקה יצרה נקודת מפגש בין שני הצירים הראשונים כאשר קבעה כי בעת עריכת מלאכת האיזונים יופעל סרגל מידתיות שונה בהתאם לסיווג השביתה על-פי עילתה.⁵⁹ הרביעי – בניגוד לגישה המסורתית, הרואה בדרישות או בעמדות המהותיות של הצדדים בסכסוך כלכלי נושא בלתי-שפיט, בית-הדין מחווה את דעתו ומפעיל שיפוטיות לגבי דרישות העובדים לגופן. מידת האהדה שבית-הדין רוחש לדרישות הקונקרטיים של העובדים ולהישגיהם במשא-ומתן עובר לבקשה לצו המניעה מהווה שיקול כבד-משקל במבחן המידתיות.⁶⁰

- אמצעיה לשביתת-אזהרה קצרה. ראו בג"ץ בזק, לעיל ה"ש 52. חשוב לציין כי השופט דב לוין ערך הבחנה מעניינת בפסק-הדין. לדעתו, שביתה המכוונת נגד פעולה של הריבון שעלולה לפגוע באינטרסים של העובדים היא שביתה מעין-פוליטית, אולם שביתה המכוונת נגד הריבון כאשר הוא פועל בכובעו כמעביד או כאשר הוא מנצל את כוחו השלטוני לשינוי הסדרים קיימים ביחסי עבודה היא שביתה כלכלית. כפי שיובהר להלן, בהמשך חלו שינויים בהגדרת השביתה המעין-פוליטית ובנפקותה.
- 56 גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 16–24 (2008) (להלן: דוידוב "עקרון המידתיות").
- 57 דב"ע (ארצי) נב/4-17 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית, פד"ע כו 87, 100 (1993) (להלן: עניין ההסתדרות הכללית); דב"ע (ארצי) נו/41-27 ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449, 486 (1997) (להלן: עניין מכתשים מפעלים כימיים).
- 58 עס"ק (ארצי) 11/99 המוסד לביטוח לאומי – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לד 470 (1999); דוידוב "עקרון המידתיות", לעיל ה"ש 56.
- 59 עס"ק (ארצי) 23/07 חברת החשמל לישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה, פס' 20 לפסק-דין של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 10.10.2007) (להלן: עניין חברת החשמל).
- 60 השופט פליטמן, למשל, קבע כי עובדי בנק דיסקונט אינם יכולים להשתמש באמצעי הדרקוני של שביתה לקידום דרישתם לקבל בגין הפרטה הטבות כספיות החורגות ממה שקיבלו עובדי הבנקים האחרים שהופרטו. עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 51, פס' 5 לפסק-דין של השופט פליטמן. במקום אחר קבע בית-הדין כי דרישתו של ארגון העובדים למתן קביעות לקרובי-משפחה של נציגי העובדים הינה דרישה בלתי-סבירה, ולכן הארגון אינו רשאי להפעיל צעדים ארגוניים לקידומה. עס"ק (ארצי) 28/06 רשות שדות התעופה – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 5.11.2006). עולה על כולם פסק-הדין של בית-הדין האזורי לעבודה – ס"ק (אזורי ת"א) 191/06 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 1.5.2006) (להלן: עניין הבנק הבינלאומי). שם נקבע במפורש כי גם בסכסוך כלכלי יש מקום להתערבות של בית-הדין בטיבן, בתוכנו ובמהותן של דרישות העובדים הניצבות בבסיס השביתה. אליבא דבית-הדין, אין להתיר לעובדים לאחוז בנשק השביתה לקידום דרישות כלכליות אשר חורגות לדעת בית-הדין ממתחם הלגיטימיות והמידתיות. כך, באותו מקרה פסק בית-הדין כי דרישת העובדים ליצירת רשת ביטחון הינה

פסקי-הדין שניתנו בשביתת המורים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר מרוממים את מעמדו של מבחן המידתיות ומשלימים את הכתרתו כמבחן-על בדיני השביתה. במקביל הם מרחיבים את מוטת השליטה של מבחן העילה ומשדרגים את נפקותו. מגמה זו באה לידי ביטוי בשלושה אופנים. ראשית, תוכנם של פסקי-הדין מלמד כי עיקר השיח המשפטי מתמקד במבחן המידתיות. שנית, מבחן המידתיות משתלט על שלב הפעלת שיקול-הדעת של בית-הדין. כתוצאה מכך הולך ונזנח בפועל המבחן הדו-שלבי ששימש בעבר את בתי-הדין בהחלטה אם להוציא צו מניעה,⁶¹ ואילו הפעלת שיקול-הדעת, אשר שימשה בעבר לצמצום אוכלוסיית המקרים שבהם יינתן צו מניעה,⁶² משמשת עתה להרחבת השימוש בצו. שלישי, הולך ומתגבש מבחן דו-שלבי חדש, שבמסגרתו בשלב הראשון בית-הדין מאפיין את השביתה לפי עילתה, ובשלב השני הוא מפעיל סרגלים שונים של איזונים ומידתיות בהתאם לאפיון השביתה שנקבע בשלב הראשון.

2. מן הכלל אל הפרט – מבחן העילה בשביתת המורים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר

פסקי-הדין שניתנו בשביתת המורים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר מביאים את מבחן העילה למחוזות חדשים באמצעות פיתוח וביסוס של זן חדש של שביתה מעין-פוליטית.

סבירה, אולם דרישתם לקבל מענק בגובה 3.5 משכורות, בגין מיזוגו של בנק אוצר החייל עם הבנק הבינלאומי, אינה סבירה וחסרת בסיס ענייני. שם, פס' 13 לפסק-הדין. בית-הדין סלל את הדרך להוספת תנאי המידתיות על-ידי שימוש באופי הזירה שבה השביתה מתרחשת או עומדת להתרחש. בתחילה הוגבלה דרישת המידתיות לשירותים החיוניים (כלשון בית-הדין: "האם קיימת ודאות קרובה שהשביתה כשתפרוץ תשבש בצורה חורגת מהסביר את השירות החיוני"), אך בהמשך הדרך הסיר בית-הדין את ההגבלה והחיל את דרישת המידתיות ותורת האיזונים ללא הבחנה בין שירותים חיוניים לבין שירותים אחרים. ראו עניין ההסתדרות הכללית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 100; עניין מכתשים מפעלים כימיים, לעיל ה"ש 57, בעמ' 486.

61 כזכור, לפי המבחן הדו-שלבי נהג בית-הדין לבחון בשלב הראשון אם השביתה שבגינה מתבקש צו המניעה היא "שביתה לא-כדין", כלומר, אם לא נמסרה הודעה כדין או אם השביתה מהווה הפרת הסכם. מענה חיובי לשאלה היווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק, להוצאת צו מניעה. לאחר-מכן, וכשלב שני ונפרד בתהליך קבלת ההחלטה, הפעיל בית-הדין שיקול-דעת, אשר במקרים מסוימים הוביל אותו למסקנה כי אין מקום להוציא צו מניעה אף שמדובר ב"שביתה לא-כדין". כיום, כאשר בית-הדין קובע כי שביתה שאינה עומדת במבחן המידתיות או במבחן האיזונים היא שביתה שעל-פי נסיבותיה ראויה להיות מושא לצו מניעה, השלב הראשון מאבד את קיומו העצמאי ונבלע אל תוך מה שהיה בעבר השלב השני, קרי, שלב הפעלת שיקול-הדעת. דוגמה טובה לכך היא פסק-דינו של הנשיא אדלר בעניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59. נעדרת מדיונו של בית-הדין התייחסות לשאלה אם מדובר בשביתה לא-כדין או בשביתה בלתי-מוגנת. במקום זאת בית-הדין מאפיין את השביתה כשביתה מעין-פוליטית, ואז עובר לשלב האיזון בין חירות השביתה לבין זכויות אחרות. ראו עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 26, 28.

62 ראו עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 19.

כזכור, באמצעות בחינתה של עילת השביתה, יצרה הפסיקה את המוסד של שביתה מעין-פוליטית.⁶³ הכוונה היא לשביתה שעילתה היא החלטה של רשויות המדינה הנושאת בחובה פוטנציאל לפגיעה באינטרסים של העובדים. כמשתמע משמה, השביתה המעין-פוליטית נמצאת במקום כלשהו בין השביתה הכלכלית לבין השביתה הפוליטית. האחרונה, כזכור, אינה נחשבת לשביתה לצורך משפט העבודה.⁶⁴ השביתה המעין-פוליטית, לעומת זאת, הוכרה כשביתה במשפט העבודה, אלא שמבחינת האמצעים היא הוגבלה לפעולה סמלית של מחאה, ללא הפעלת לחץ כלכלי.⁶⁵

הזן החדש של שביתה מעין-פוליטית, פרי פסק המורים, שונה באופן משמעותי מן השביתה המעין-פוליטית שהכרנו קודם לכן. הדבר בא לידי ביטוי בשני היבטים. האחד – עילת השביתה אינה החלטה של רשויות המדינה. מדובר בשביתה המכוונת כל-כולה נגד המעביד, והיא נועדה לקדם את דרישותיהם של העובדים כלפיו. מבחינה זו היא דומה לשביתה הכלכלית. מה שהופך אותה לשביתה מעין-פוליטית, אליבא דבית-הדין, הוא העובדה שחלק מן הדרישות שהשביתה נועדה לקדם נוגעות בנושאים הכלולים בפרורגטיבה של המעביד. ההיבט האחר מתייחס לנפקותה של השביתה מבחינת אמצעי המאבק המותרים. אף שהדבר לא נאמר במפורש, נראה מבין השיטין של פסק-הדין כי בית-הדין מוכן להשלים עם מצב שבו שביתה מעין-פוליטית מן הזן החדש לא תוגבל לפעולה סמלית של מחאה.

מאחר שבית-הדין לא דק פורתא, איננו יודעים אם הסרת המגבלה מעל אמצעי המאבק חלה אך ורק על הזן החדש של השביתה המעין-פוליטית או שמא מדובר בשינוי בעל השלכות מעשיות רחבות יותר. כלומר, קיימת לכאורה אפשרות – אם כי איננו יודעים עדיין אם לכך בית-הדין אכן מכוון – שמעתה כל שביתה שתאופיין כשביתה מעין-פוליטית על-פי מבחן העילה לא תתוחם בהכרח לשביתת-מחאה קצרה ומוגבלת בזמן,⁶⁶ אלא תיבחן, ככל שביתה אחרת, על-פי מידתיותה; וכי השוני היחיד בין שביתה שעילתה כלכלית לבין שביתה מעין-פוליטית, לסוגיה השונים, יתבטא בסרגל המשמש את בית-הדין במלאכת האיזונים.

בכך מבחן העילה מגיע לשיא תפארתו. הוא נהפך לאבן-בוחן לבחירת המשקולות שבעזרתן ישקול בית-הדין את מידתיותה של השביתה ויערוך את האיזונים בין חירות השביתה לבין הנזק או הפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים ושל המעביד.⁶⁷ אם עילת השביתה היא כלכלית טהורה, שיח האיזונים ייערך כך שיינתן לחירות השביתה משקל גדול

63 ראו לעיל ה"ש 55. ראו גם את דעתו של סגן הנשיא אדלר בדב"ע (ארצי) נג/4-4 ההסתדרות הכללית – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פד"ע כה 367 (1992) (להלן: דב"ע בזק).

64 עניין חטיב, לעיל ה"ש 37; בן-ישראל "השביתה הפוליטית", לעיל ה"ש 31.

65 ראו בג"ץ בזק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 500.

66 שם.

67 ראו, למשל, עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59, פס' 20 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

יותר אל מול זכות הקניין. לעומת זאת, אם מדובר בשביתה שעל-פי עילתה היא שביתה מעין-פוליטית או שביתה מעורבת – קרי, שביתה כלכלית ומעין-פוליטית גם-יחד – תיסוג חירות השביתה ביתר קלות וייתכן משקל גדול יותר לפגיעה בצדדים שלישיים ובזכות הקניין של המעביד.

פסקי-הדין שניתנו בשביתת המורים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר מוכיחים כי להבחנה שבית-הדין עורך בין שביתות על-פי עילתן, לצורך בחינת מידתיותה של השביתה, יש הלכה למעשה השלכות מרחיקות-לכת על יחסי עבודה; וכי בגלל אופן התנהלותו של ההליך המשפטי להוצאת צו מניעה זמני נגד שביתה, קיימת בעייתיות טבועה בבחינת מידתיותה של השביתה ובמלאכת האיזונים.

(א) אפיון השביתה בעזרת מבחן העילה

ארגוני הסגל האקדמי הבכיר חששו שבית-הדין יפעיל סרגל איזונים שונה אם שביתתם תסווג כשביתה מעין-פוליטית או כשביתה מעורבת (קרי, שביתה שהיא גם כלכלית וגם מעין-פוליטית). לכן, חרף הביקורת שניתכה עליהם מבפנים⁶⁸ ומבחוץ,⁶⁹ כאילו כל מעייניהם נתונים לתוספת שכר, ולא לטובת החינוך והמחקר האקדמיים, הם שמרו בקנאות על כך שהשביתה תהיה כלכלית טהורה. למרות הפגיעה האנושה בחינוך ובמחקר האקדמיים בעקבות הקיצוצים שנעשו בשנים האחרונות בתקציבי המוסדות האקדמיים, כל שדרשו ארגוני הסגל האקדמי הבכיר הוא פיצוי על שחיקת השכר בעבר ומנגנון לשמירה מפני שחיקת שכר עתידית. הא ותו לא.

ארגון המורים נקט גישה הפוכה. הוא שיווה למאבקם של המורים אופי ציבורי, והעמיד את עתיד החינוך הציבורי ואת הצורך הדחוף ברפורמה בחינוך כדגל במאבקו. בסופו של יום היה הדבר בעוכריו. כאשר ישב בית-הדין לכתוב את החלטתו,⁷⁰ כללו דרישותיו של ארגון המורים, פרט לתוספות שכר, גם הקטנה של מספר התלמידים בכיתה והחזרת שעות לימוד שקוצצו בעבר. שתי הדרישות האחרונות הובילו את בית-הדין למסקנה שמדובר בשביתה מעורבת – כלכלית ומעין-פוליטית. בית-הדין ביסס את החלטתו לגבי אפיון השביתה על-פי עילתה על שני אדנים: האחד – הדרישה להגבלת מספר התלמידים בכיתה ולהחזרת שעות לימוד קשורה לתקציב המדינה, המעוגן בחוק, ולכן היא שביתה מעין-פוליטית; והאחר, והחשוב לענייננו – הדרישה נוגעת בעניינים המצויים בפררוגטיבה של

68 על-ידי חברי סגל וסטודנטים. ראו, למשל, יובל אלבשן "חרפת המרצים הבכירים" *The Marker* 28.1.2008.

69 בתקשורת. ראו, למשל, "כשל שביתת המרצים" הארץ *online* 2.12.2007 www.haaretz.co.il ; *The Marker* opinions/1.1462050 נחום פיינברג "האקדמיה מעמידה עצמה מעל החוק" 14.1.2008.

70 עד אותה עת הושגו הסכמות בנושאים שונים.

המעביד, ולכן שביתה כאמצעי לתמיכה בדרישה מסוג זה אינה יכולה להיחשב שביתה כלכלית.

להלן כמה הערות בנוגע לתהליך אפיון של שתי השביתות:

א. בפסק המורים בית-הדין חורש תלם חדש בפיתוח המושג "שביתה מעין-פוליטית" ובעיצובו של מבחן העילה. בית-הדין מייבא לתוך בחינתה של עילת השביתה את מסורת הפסיקה בארצות-הברית ובקנדה, המבחינה בין נושאים שהמעביד חייב לנהל לגביהם משא-ומתן, ואשר ניתן לכן לשבות בגינם, לבין נושאים אחרים.⁷¹ בית-הדין קובע לגבי החלטות ניהוליות של מעסיק ציבורי או פרטי כי מוטלת עליו החובה לנהל משא-ומתן בנושאים אשר קשורים לתנאי העבודה או משפיעים עליהם. לפיכך שביתה שמטרתה לקדם את דרישותיהם או עמדותיהם של העובדים בנושאים אלה מהווה שביתה כלכלית. לעומת זאת, שביתה שעילתה קשורה לנושאים שלגביהם אין מוטלת על המעביד חובת ניהול משא-ומתן, משום שהם נופלים בתחום הפררוגטיבה שלו, תסווג כשביתה מעין-פוליטית. זאת, למרות העובדה שהשביתה נועדה לקדם דרישות של העובדים המופנות כלפי המעביד, ולא כלפי רשות שלטונית.

התוצאה היא שמעתה המושג "שביתה מעין-פוליטית" נהפך לרלוונטי גם בסכסוכי עבודה עם המעביד אשר אין להם כל נגיעה בהחלטות של רשויות שלטוניות.⁷² התפתחות זו תמוהה במיוחד על רקע העובדה שביתת-המשפט העליון הלך בכיוון ההפוך, כאשר נטל חלק מן הטריטוריה שהייתה בתחום של שביתה מעין-פוליטית והעבירה לתחום של שביתה כלכלית. כזכור, השופט דב לוין קבע כי לעיתים לא רק מחאה נגד המעביד תיחשב שביתה כלכלית, אלא גם מחאה נגד רשות שלטונית הפועלת במסגרת הפררוגטיבה שלה כריבון. הכוונה לשני מקרים: האחד, מקום שהריבון פועל כמעביד; והאחר, מקום שהריבון מנצל את כוחו השלטוני לשינוי הסדרים הנוגעים ביחסי עבודה.⁷³ אם מחאה נגד החלטה פוגענית של רשות שלטונית שהתקבלה במסגרת הפררוגטיבה שלה זוכה בתנאים מסוימים בהגנה ונחשבת שביתה כלכלית, אזי לכאורה הייתה הלכה זו אמורה לחול מכוח קל וחומר גם על פעולה שעושה המעביד, אפילו היא במסגרת הפררוגטיבה שלו.

ב. לא ברורה הנפקות המשפטית של שביתה שאינה מעורבת, כלומר, של שביתה שנועדה אך ורק לקידום דרישות של העובדים שהן בתחום הפררוגטיבה של המעסיק. האם היא נחשבת סוג מיוחד של שביתה פוליטית, ולכן אינה נחשבת שביתה מבחינה משפטית,⁷⁴ או שמא היא שביתה מעין-פוליטית, ולכן רק מפחיתה את המשקל היחסי של חירות השביתה לעומת האינטרסים המוגנים האחרים במסגרת שיח האיזונים?

Risa L. Lieberwitz, *Labor Law in the United States: The Continuing Need for Reform*, 71 46 MANAGERIAL LAW 53, 62-63 (2004).

72 ראו, לדוגמה, את ההחלטה בדב"ע בזק, לעיל ה"ש 63, וכן את ההחלטה בעניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59, בנוגע ליישום הרפורמה במשק החשמל.

73 דב"ע בזק, לעיל ה"ש 63.

74 כפי שנפסק בעבר. ראו עניין ההסתדרות הכללית, לעיל ה"ש 57.

ג. מקריאת פסק המורים לא ברור מדוע הנושא של הגבלת מספר התלמידים בכיתה נכלל במסגרת הפרוגטיבה של המעסיק. ארצות-הברית היא ארץ-מכורתה של הגישה המשפטית שלפיה התשובה לשאלת קיומה של זכות השביתה או העדרה תלויה בסיווג הדרישות לפי נושאים גם כאשר מדובר בדרישות המופנות למעביד. ההבחנה העיקרית היא בין שתי קבוצות של נושאים. עם הקבוצה הראשונה נמנים נושאים כגון שכר ותנאי עבודה, לרבות ההשפעה על תנאי העבודה הנובעת מהחלטות שהתקבלו במסגרת הפרוגטיבה של המעביד. לגבי נושאים אלה קיימת חובת ניהול משא-ומתן, וניתן לשבות בגינם. עם הקבוצה השנייה נמנים נושאים הקשורים לפרוגטיבה של המעסיק.⁷⁵ לגביהם אין מוטלת על המעביד חובת ניהול משא-ומתן, ונאסר על העובדים לשבות לקידום דרישות הנופלות בתחומם. והנה דווקא בארצות-הברית מספר התלמידים המרבי בכיתה נחשב נושא למשא-ומתן, וניתן למוצאו ברוב ההסכמים הקיבוציים בחינוך הציבורי.⁷⁶ לא זאת אף זאת, למספר התלמידים בכיתה יש השפעה ישירה על תנאי עבודתם ועל איכות חיי העבודה של המורים. אפיון שביתת המורים כשביתה מעין-פוליטית אף שהיא כוללת גם דרישה הנוגעת באופן ישיר באיכות חיי העבודה של המורים עלול להוביל, במדרון חלקלק, להצרה משמעותית של זכות השביתה במגזר הציבורי.

ד. בית-הדין אכן הפגין רגישות לאפשרות של היווצרות מדרון חלקלק בהגדרה של "שביתה מעין-פוליטית". הוא דחה את הטענה היצרית שנטען על-ידי המדינה בעניין הסגל האקדמי הבכיר, שלפיו בגלל מעורבותם של המדינה והאוצר, כמתקצבים את תוצאות ההסכם וכמפקחים על המשא-ומתן,⁷⁷ השביתה אינה כלכלית, אלא מעורבת – כלכלית

75 ראו: *NLRB v. American Ins. Co.*, 343 U.S. 395 (1952); *Fibreboard Paper Products Corp. v. NLRB*, 379 U.S. 203 (1964); *First National Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666 (1981); Robert P. Duvin, *The Duty to Bargain: Law in Search of Policy*, 64 COLUM. L. REV. 248 (1964); Stanley A. Gacek, *The Employer's Duty to Bargain on Termination of Unit Work*, 32(10) LAB. L.J. 652 (1981); Donna Sockell, *The Scope of Mandatory Bargaining: A Critique and a Proposal*, 40 INDUS. & LAB. REL. REV. 19 (1986).

76 MICHAEL C. ZWAAGSTRA, RODNEY A. CLIFTON & JOHN C. LONG, WHAT'S WRONG WITH OUR SCHOOLS AND HOW WE CAN FIX THEM 162 (2010); FREDRICK M. HESS & MARTIN R. WEST, A BETTER BARGAIN: OVERHAULING TEACHER COLLECTIVE BARGAINING FOR THE 21ST CENTURY 9–10, 17 (2006).

77 ראוי להעיר כי בדומה לשאר המעסיקים הציבוריים, למעסיקים הישירים של המורים ושל הסגל האקדמי הבכיר יש אחריות רבה אך סמכות מועטה בלבד בכל הקשור לקביעת תנאי העבודה של עובדיהם. אף שהדבר מתקבל כטבעי ואינו גורר ויכוח ציבורי או אקדמי של ממש, נראה כי מדינת-ישראל היא המדינה היחידה בעולם המערבי שבה נוהג, למן שנת 1985, פיקוח ריכוזי והדוק על השכר ותנאי העבודה של אוכלוסיית עובדים גדולה, שאינו מוגבל לזמן חירום בטחוני או כלכלי ואשר מתקיים לאורך תקופת זמן כה ארוכה. הכוונה, כמובן, לפיקוחו של הממונה על השכר במשרד האוצר על-פי ס' 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, אשר קובע כדלקמן: "גוף מתוקצב או גוף נתמך לא יסכים על שינויים בשכר, בתנאי פרישה או בגימלאות, או על הטבות כספיות אחרות הקשורות לעבודה, ולא ינהיג

ומעין-פוליטית. לדעת בית-הדין, מעורבותה של המדינה במשא-ומתן אינה משנה את אופי השביתה. קבלת הטענה כאילו לשביתה בגוף מתקצב או נתמך יש אופי מעורב משמעה שלעולם לא תהיה בגופים כאלה שביתה כלכלית.⁷⁸

ה. הקושי לערוך הבחנה בין שביתה כלכלית לבין שביתה מעין-פוליטית על-פי עילתן מתעצם על רקע התפתחויות שאירעו בשני העשורים האחרונים ביחסי עבודה. ראשית, שביתה בנושאים שנחשבים לכאורה פוליטיים וחלק מהפעילות השלטונית – כגון הפרטה, רפורמה ושינוי מבני – יכולה להיחשב גם שביתה הקשורה לתנאי עבודה. זאת, לנוכח ההשלכות המשמעותיות שיש לפעולות אלה – או עלולות להיות להן – על העובדים. שנית, קיימת מגמה ברורה של שימוש בחקיקה, בעיקר בחקיקה הקשורה לתקציב,⁷⁹ כדי להשיג או

שינויים או הטבות כאמור, אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה או באישורו של שר האוצר... (ההדגשה הוספה). הממונה על השכר במשרד האוצר הוצב כשומר וכמפקח צמוד על המעבידים, עם מוטת שליטה רחבה, אשר כוללת – פרט לשירות המדינה – גופים סטטוטוריים ונתמכים, חברות ממשלתיות, עיריות ורשויות מקומיות. בחלוף השנים רק התהדק הפיקוח, והשומר קיבל לידי סמכויות רבות יותר ומעמדו שודרג. מה שהתחיל כיחידה קטנה במשרד האוצר גדל והתמקצע ברבות השנים ונהפך לאגף חשוב במשרד האוצר. ראו בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995). בחוק יסודות התקציב (תיקון מס' 24), התשנ"ח–1998, נוסף לחוק יסודות התקציב ס' 29ב, אשר קובע, בין היתר, כי ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, לא יחול על חוזה שבטל לנוכח אי-עמידה בדרישות ס' 29, וכי שר האוצר הוא שמוסמך לקבוע מהו ההסדר החדש שיחול על הצדדים בעקבות ביטול החוזה. לניסיון לתקוף את התיקון על בסיס חוקתי ראו ע"ע (ארצי) 1381/01 אורפי – עיריית בת ים, פד"ע מ 577 (2004).

78 לא זאת אף זאת, טענה מרחיקת-לכת זו, שלפיה מעורבותם של הממונה על השכר ושל אגף התקציבים במשא-ומתן הופכת את השביתה הכלכלית למעין-פוליטית, מעלה את הצורך בבחינה מחדש של הפרדיגמה או מערכת הדימויים המונחות בבסיס המבנה הפטרנליסטי של המשא-ומתן בשירות הציבורי, אשר מעקרות במידה רבה את המעסיק הציבורי מאחריות ומסמכות.

79 כך, למשל, חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה–2005, קבע כללים שונים הנוגעים בסכומים שיופרשו לקופות-גמל על-ידי המעביד, באופן בחירת הקופה ובאופן משיכת הכספים ממנה. דוגמה מובהקת מן העת האחרונה היא הנהגתם של שינויים מרחיקי-לכת בתחום דיני העבודה באמצעות חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט–2009 (להלן: חוק ההסדרים). השינויים שהונהגו בחוק כוללים, בין היתר, שינוי של חוק דמי מחלה באופן שמאריך את תקופת הזכאות (ס' 134 לחוק ההסדרים (תיקון עקיף לחוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג–1993)) ומרחיב את ההגנה מפני פיטורים (ס' 132 לחוק ההסדרים (תיקון עקיף לחוק דמי מחלה, התשל"ו–1976)); עיגון חובה לנהל משא-ומתן על נושאים שלגביהם ניתן לחתום הסכם קיבוצי בהתארגנות ראשונית של עובדים (חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 8), התשס"ט–2009); קביעת פיצוי כספי ללא הוכחת נזק שיושג על מעבידים שיפרו את הוראות ס' 33ט או 33 לחוק הסכמים קיבוציים (האוסרים על מעביד לפגוע בעובד או למנוע את כניסתו למקום העבודה על רקע התארגנות) (ס' 135 לחוק ההסדרים (תיקון עקיף לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957)); וכן הרחבת סמכותם של בתי-הדין לעבודה לדון בתביעות לשון-הרע המוגשות על-ידי עובדים או ארגוני עובדים בהקשר של נסיונות

או לקדם מטרות בתחום יחסי עבודה ותנאי עבודה. תופעה זו זכתה בכינוי "הריבון המתערב",⁸⁰ ונטען לגביה כי העובדה שהממשלה נהפכה לשותף פעיל במשא-ומתן ולשחקן חשוב בזירה של יחסי העבודה מצדיקה את הרחבת בסיס המחאה המותרת של העובדים באמצעות שביתה כך שיכלול גם שביתות במחאה על פעולות שלטוניות.⁸¹

1. האפיון השונה של שתי השביתות על בסיס עילתן, והשלכותיו של אפיון זה על תוצאות ההתדיינות בשני פסקי-הדין שבמרכזה של רשימה זו, משדרים מסר בעייתי לגבי הציפיות מתפקידם של מודל יחסי העבודה הקיבוציים ושל ארגוני העובדים כאמצעים למתן קול (voice) חברתי-כלכלי.⁸² וכסוכני שינוי עוצמתיים בחברה האזרחית. הצורך להעניק לשביתה צביון כלכלי טהור על-מנת לזכות במרב ההגנה שולח לארגוני העובדים מסר העומד בניגוד לציפיות מהם כארגוני עובדים בעלי אחריות חברתית. פסקי-הדין משדרים כי אין כוונה להרחיב את ההגנה על חירות השביתה כך שתחול גם על שביתה למטרות חברתיות.⁸³ במישור המעשי הם מאותתים לארגוני העובדים, לרבות אלה הפועלים בתחום החינוך, הרפואה והשירותים החברתיים למיניהם, לאמץ גישה אנוכית של "ראש קטן" ולתעל את מעורבותם, את השפעתם ואת תפיסת תפקידם לגזרה צרה ומתוחמת של שיפור השכר ותנאי העבודה ושמירה עליהם.⁸⁴

(ב) מעשה האיזונים

קריאת שני פסקי-הדין מאפשרת להתבונן על מלאכת האיזונים שבעקבותיה החליט בית-הדין בסופו של יום להוציא צו בשביתה המורים ולסרב להוציא צו בשביתה הסגל האקדמי

התארגנות במקום העבודה (ס' 131 לחוק ההסדרים (תיקון עקיף לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969)). ראו גם מרדכי (מוטי) מירוני "השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים – היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה" עבודה, חברה ומשפט י 269 (2004).

80 רות בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי: השביתה, השביתה הפוליטית וזכויות האדם" ספר ברנזון ג 111, 117-118 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2007) (להלן: בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי").

81 שם; בן-ישראל "השביתה הפוליטית", לעיל ה"ש 31, בעמ' 624. ראו גם מיכל שקד "תיאוריה של איסור השביתה הפוליטית" שנתון משפט העבודה ז 185 (1999). ראוי לציין כי מן הדברים לא ברור אם הדרישה להרחבת ההגנה על חירות השביתה מכוונת לכך ששביתה כזאת תיחשב שביתה כלכלית או שביתה מעין-פוליטית.

82 ראו: JOHN W. BUDD, EMPLOYMENT WITH A HUMAN FACE: BALANCING EFFICIENCY, EQUITY AND VOICE 99-100 (2004); בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי", לעיל ה"ש 80, בעמ' 120-121.

83 בניגוד לעמדה המובעת על-ידי בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי", לעיל ה"ש 80, בעמ' 114.

84 ראו גיא מונדלק "שביתה מעין-פוליטית, הוראה מעין-פוליטית: הרהורים על הבחנות משפטיות והוראתן" עיוני משפט כה 343 (2001).

הבכיר. ברמה המושגית הכללים המנחים ברורים לכאורה, וכל שנותר הוא ליישם על בסיס אפיון השביתה בהתאם לעילתה. אולם בפועל התהליך בעייתי ומלא עמימות. דברים אלה מתייחסים הן לתשתית העובדות והמידע המשמשת את בית-הדין בעריכת האיזונים והן לבחירת הגורמים או השיקולים שיובאו בחשבון ולקביעת משקלם היחסי בהחלטה.

(1) תשתית העובדות והמידע

ההליך המשפטי בבקשות לצווי מניעה מתחיל ומסתיים בדרך-כלל כהליך להוצאת צו זמני,⁸⁵ מבלי שניתנת הזדמנות לשמוע את התיק העיקרי. אין מתקיים דיון הוכחות. לפיכך הליך איסוף העובדות ועיבוד המידע מתבסס כולו על תצהירים בכתב המוגשים לבית-הדין ועל הצהרות בעל-פה המושמעות במהלך הדיון על-ידי הצדדים ובא-י-כוחם. אלה החומרים המונחים לפני השופטים לצורך עריכת האיזונים. אף שבדרך-כלל מדובר בסכסוכים מורכבים המחייבים למידה רבה מאוד, אין לבית-הדין זמן, משאבים, ידע ומומחיות במידה שתאפשר לו לאמת, לעמת ולהעריך את העובדות ואת המידע שנמסר לו ולהבין את המשמעויות והשלכות, אשר מקימות ביניהן, מטבע הדברים, מתחים של ניגודיות. קריאה שטחית של חלק מן ההצהרות וההערכות שעליהן הסתמך בית-הדין בעריכת האיזונים בפסק המורים, כגון ההבטחות שהושמעו על-ידי באי-כוח המדינה או ההערכות בקשר להשלכות של המשך השביתה, מעלה ספק בדבר מהימנותן או ביסוסן. ברם, אין לבית-הדין בררה אלא להאמין להן, שכן אין לו כל אפשרות לבדוק אותן.

תימוכין אמפיריים לבעייתיות הכרוכה בהסתמכותו של בית-הדין על הצהרות או הבטחות של באי-כוח המדינה ניתן למצוא בעובדה שתקופה לא-ארוכה לאחר מתן צו המניעה בעניינם של המורים, פסק בית-הדין הארצי כי המדינה הפרה את ההתחייבות שנטלה על עצמה במהלך הדיון להוצאת הצו לצמצם את מספר התלמידים בכיתות.⁸⁶ מבחינת אופן איסוף המידע וניתוחו, ההליך של צו מניעה זמני מתאים יותר למבחן הדור-שלבי ששלט בכיפה בעבר. כזכור, במסגרת השלב הראשון של המבחן הדור-שלבי בדק בית-הדין אם ניתנה הודעה כדין ואם השביתה מפרה חובה לשקט תעשייתי.⁸⁷ לצורך כך ניתן להסתפק בתצהירים עובדתיים פשוטים. לעומת זאת, מלאכת עריכת האיזונים, על שלל הגורמים שיש להביאם בחשבון, כפי שעולה מפסק המורים, מחייבת הנחת תשתית של עובדות ומידע ברמה גבוהה בכמה דרגות מזו הנדרשת לצורך עריכת המבחן הדור-שלבי. מלאכת עריכת האיזונים מערבת הסתמכות על עובדות, על תרחישים אפשריים ועל הערכות בהיקף רחב יותר וברמת תחכום ומורכבות שונה לחלוטין.

85 בדרך-כלל גם אין זה מעשי לעתור לבג"ץ על ההחלטה.

86 ס"ק (ארצי) 13/08 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות – משרד האוצר (פורסם בנבו, 10.5.2009) (להלן: פסק-דין ארגון המורים).

87 בית-הדין לא הסתפק בכך שניתנה הודעה, אלא בחן אם היא נמסרה בסמכות, לפי התקנון של ארגון העובדים. ראו דב"ע לג/3-4 שטרית – מספנות ישראל, פד"ע ד 337 (1973).

שתי דוגמאות הלקוחות מפסק המורים ממחישות את עוצמת הבעיה. אחד הגורמים שהונחו על כף המאזניים בצד הנזק הצפוי של המשך שביתת המורים היה ההשפעה השלילית של הבטלה ושל העדר מסגרת לימודית על התנהגות הנוער. הכוונה, כפי הנראה, לעלייה במפלס האלימות והפשע בקרב בני-הנוער⁸⁸ ולהתפוררות החינוך העל-יסודי.⁸⁹ הטענה הועלתה על-ידי המדינה, ונראה כי ניתן לה משקל רב בהחלטת בית-הדין להוציא את צו המניעה נגד המורים.

גישתו של בית-הדין מעוררת שתי תהיות. האחת – ארגון המורים יצא לשביתה כאשר אחת מתכליותיה הייתה בדיוק הטענה שנטענה על-ידי המדינה נגד המשך השביתה. ארגון המורים טען בלהט כי אחת ממטרות-העל של השביתה היא לבלום את ההידרדרות וההתפוררות של החינוך העל-יסודי, על ההשלכות המקיפות שיש לכך על דפוסי ההתנהגות של הנוער. והנה, בית-הדין מאמץ כך סתם את טענת המדינה מבלי לקיים ויכוח או דיון בנושא. התהייה האחרת מתייחסת לכך שבית-הדין מקבל את הטענה של המדינה מבלי שהובאו לפניו תימוכין של ממש, בדמות מחקרים או עדויות מומחים, לעלייה במפלס האלימות או להתפוררות החינוך העל-יסודי עקב השביתה המתמשכת. נקל לשער אילו עדויות מומחים ומחקרים היו מובאים לבית-המשפט אילו הועלו אותן טענות ממש – קרי, התפוררות החינוך ועלייה במפלס האלימות – בעתירה של ארגוני הורים לבג"ץ נגד משרד החינוך בדרישה לקצר את החופש הגדול, למשל.

(2) השיקולים ומשקלם היחסי

הפרק העוסק בעריכת איזונים תופס יותר משליש מהכרעות הדין בפסק המורים ובפסק המרצים. בולט במיוחד ברוחב יריעתו הוא הדיון בפסק המורים, אשר לו יוקדש עיקר דיוננו. ניתן להבין זאת על רקע העובדה שבית-הדין עמל קשות על-מנת להימנע מן הצורך להכריע בבקשה לצו מניעה בעניין המורים, ומשזאת נכפתה עליו, הוא אכן התייסר והתלבט קשות בכתיבתה.⁹⁰

לצורך עריכת האיזונים בית-הדין מניח על אחת מכפות המאזניים את השיקולים שאמורים להוביל לכך שחירות השביתה תגבר והבקשה לצו תידחה, ועל הכף האחרת הוא מניח את השיקולים התומכים בהוצאת הצו להפסקת השביתה. בית-הדין חוזר ומדגיש כי מאחר שמדובר בשביתה בעלת אופי מעורב – קרי, כלכלי ומעין-פוליטי כאחד – ניתן משקל

88 הנשיא אדלר בחר בניסוח עדין. לדבריו, "...בהעדר מסגרת חינוכית, מצוי הנוער בבטלה, לה נודעת השפעה על התנהגות בני הנעורים ואין צורך להכביר מילים בנדון זה" (ההדגשה הוספה). פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

89 שם, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

90 בית-הדין מציין כי הוא מוציא את הצו בלב כבוד. שם, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

משקל פחות לשיקולים התומכים בחירות השביתה ומשקל רב יותר לשיקולים התומכים בהגבלתה.⁹¹ הטבלה שלהלן מפרטת את השיקולים המופיעים בפסק המורים.

שיקולים התומכים בהגבלת השביתה	שיקולים התומכים באי-הגבלת השביתה
<p>התמשכות השביתה; הקושי להחזיר את שעות הלימוד שהלכו לאיבוד; ההשפעה השלילית של הבטלה והעדר המסגרת על הנוער; החשש להתפוררות מערך החינוך העל-יסודי; הפגיעה בזכות-היסוד לחינוך; הצורך של המדינה למנוע התמוטטות של מערכת השכר בשירות הציבורי; העמדה הבלתי-מתפשרת בדבר הכללת נושאים בעייתיים בהסכם (מספר התלמידים בכיתות והחזרת שעות לימוד שקוצצו); סירוב המורים להקל את השביתה או להשעותה, חרף ההתקדמות במשא-ומתן; הקושי ה"מסורתי" של הצדדים להגיע להסכמה על נתונים לצורך המשא-ומתן; הסיכוי הקלוש להשגת הסכם בטווח הקרוב; נכונותה של המדינה לערוך רפורמה; ההישגים המשמעותיים שהושגו במהלך המשא-ומתן; הסכמת המדינה ליישם את ההסכמות שהושגו גם ללא הסכם; התחייבות המדינה להמשיך במשא-ומתן גם אם יינתן צו.</p>	<p>אופן ניהול המשא-ומתן לפני השביתה ובמהלכה; ההסכמה לנסיונות התיווך של יושב-ראש ההסתדרות עופר עיני ושל יושב-ראש מרכז השלטון המקומי עדי אלדר; הבקשה שבית-הדין ילווה את המשא-ומתן ליישוב הסכסוך; העובדה ששכר המורים אינו הולם.</p>

91 המצב הפוך בפסק המרצים, שכן בית-הדין סיווג אותה כשביתה כלכלית. גם לגבי שביתה מסוג זה יש לערוך איזון, אלא שבמסגרתו יינתן משקל רב יותר לשיקולים התומכים בחירות השביתה.

- עיון בטבלה מעלה כמה מסקנות ותובנות.
- א. רשימת השיקולים ארוכה ומפורטת;⁹² חלקה צופה פני עבר וחלקה צופה פני עתיד.
 - ב. הרשימה רחוקה מלהיות מאוזנת. זאת נקודת התחלה בעייתית לחירות השביתה, לנוכח העובדה שמלכתחילה אמור להינתן משקל גבוה יותר לכלל השיקולים נגד המשך השביתה, בגלל אפיון השביתה כשביתה מעורבת (כלכלית ומעין-פוליטית).
 - ג. פרט לציון השכר הנמוך של המורים, מזה, והחשש להתמוטטות השכר בשירות הציבורי, מזה, השיקולים התומכים בחירות השביתה ואלה המתנגדים לה משקפים שיפוטיות, שבמסגרתה בית-הדין מעניק ציונים והערכות לכל צד לחוד ולשני הצדדים גם-יחד לגבי התנהלותם במשא-ומתן ובשביתה, הן עד מועד ההחלטה והן לעתיד. לעיתים דומה שבית-הדין מנסה להוציא את הצדדים ממצב בלתי-אפשרי שאליו נכנסו, קרי השביתה, ואשר להערכתו הם אינם מסוגלים לצאת ממנו בכוחות עצמם.
 - ד. בהמשך לקו שהתפתח בפסיקה, ובניגוד למסורת שראתה בתוכני המשא-ומתן בסכסוך כלכלי נושא בלתי-שפיט, בית-הדין מחווה את דעתו לגבי תוכנם ומהותם של הנושאים שבמחלוקת. הוא קובע למעשה כי די בהישגים שכבר הושגו על-ידי המורים, שאם לא כן אין להבין מדוע בית-הדין מציין את הישגי המורים כשיקול התומך במתן צו מניעה.
 - ה. בעוד חלק קטן יחסית מרשימת השיקולים נגד התמשכות השביתה דן בנוק שנגרם ועלול להיגרם לצדדים שלישיים, נעדר מן הרשימה לחלוטין דיון בנוק שעלול להיגרם על-ידי מתן צו מניעה – בפרט בעיתוי שבו הוא התבקש⁹³ – לאפקטיביות של השביתה⁹⁴ ככלי לקידום דרישות במשא-ומתן קיבוצי, וכן בהשלכות השליליות

92 פסק המרצים, לעומת זאת, מציב רשימה קצרה יותר של שיקולים, שרובם מופיעים – לעיתים בניסוח אחר – גם בפסק המורים. רשימה זו כוללת את אופן התנהלותם של הצדדים במשא-ומתן ותום-ליבם, השלב שהמשא-ומתן מצוי בו, ההשלכה הצפויה של מתן צו על המשך המשא-ומתן, הנוק המצטבר מהשביתה, אופייה של האוכלוסייה הנפגעת, קיומו של נזק בלתי-סביר ובלתי-הדיר לצדדים שלישיים, משך השביתה, קיומם של צעדים להתמודדות עם השביתה ומידת השימוש בהם על-ידי המעסיק. פסק המרצים, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק-הדין.

93 לעניין זה יש להבחין בין צו מניעה שניתן לפני שביתה או מייד עם תחילתה לבין צו שניתן על-מנת להפסיק שביתה שהתארכה. במקרה של שביתה ארוכה ניתן להניח כי הצו מתבקש בדיוק כאשר השביתה מתחילה לתת את אותותיה בגלל הלחץ המצטבר שמופעל על המעביד ועל צדדים שלישיים, ולאחר שהעובדים כבר השקיעו משאבים ארגוניים ואישיים עצומים, ובכלל זה אוכדן שכר עבודה. כל אלה עלולים לרדת לטמיון בגלל הצו.

94 ראוי לזכור כי כבר משלהי שנות השבעים מלומדים מצביעים על ירידת האפקטיביות של השביתה. ראו: James L. Stern, *The Strike, the Non-Strike, and Compulsory Arbitration: Declining Utility of the Strike*, 18 INDUS. & LAB. REL. REV. 60 (1964); מרדכי מירוני "חידושים וחדשנות בניהול משא-ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה" משפט ועסקים ג (2005) 86–85, 75.

שעלולות להיות למתן צו מניעה על מוסד השביתה בכללותו ועל היחסים בין הצדדים בפרט.

ו. חסר דיון בשאלה מהו המשקל היחסי של כל אחד מן השיקולים המופיעים ברשימת השיקולים שהוצעה על-ידי בית-הדין.

ז. החשוב מכל – נעדרים לחלוטין מן הרשימה אותם שיקולים אשר שימשו בעבר נקודת מוצא לכל החלטה בבקשה להוצאת צווי מניעה, קרי, השיקולים הנוגעים בשאלה אם נפלו פגמים משפטיים בשביתה ההופכים אותה ל"שביתה לא-כדין".

שתי השביתות ופסקי-הדין שניתנו בגינן מהווים לא רק פרק חשוב בהתפתחותם של דיני השביתה בישראל – התפתחות המתבטאת בזניחת המבחן הדו-שלבי, שהרעיון המכונן שלו היה הקפדה על כללי המשחק, ובהשתלטות שיח המידתיות ומלאכת האיזונים על דיני השביתה, תוך הצבת עילת השביתה במרכז הבמה והפעלת שיפוטיות על-ידי בית-הדין לגבי הדרישות הקונקרטיות הנמצאות בבסיס השביתה (שיפוטיות לגבי הדרישות גופן, לגבי אופיין ולגבי הישגי העובדים במשא-ומתן); פסקי-הדין מספרים גם סיפור עצוב ומטריד על משבר אמון עמוק שיחסי העבודה בשירות הציבורי נתונים בו. לתיאורו ולניתוחו של משבר זה יוקדש הפרק הבא.

ג. משבר האמון ביחסי העבודה בשירות הציבורי

בשנת 1992 ניתן על-ידי בית-הדין הארצי צו המורה למדינה למסור לארגון המורים ולהסתדרות המורים נתונים לגבי השינויים בשכרם של המורים, אשר היו דרושים לשני ארגוני המורים לצורך ניהול משא-ומתן עם נציגי האוצר ביחס לתיקון השחיקה בשכרם.⁹⁵ ההחלטה היוותה פריצת-דרך בזמנה, בגלל השימוש בחובת תום-הלב כבסיס לפיתוח שקיפות במשא-ומתן. היה בצו גם משהו מעורר תהייה. בית-הדין קבע כי נוסף על הספקת הנתונים, המדינה חייבת לאפשר לארגוני המורים לבדוק את אמינותם של הנתונים שסופקו. למקרא ההחלטה בעניין הספקת הנתונים התעורר רצון עז להאמין כי היא התקבלה על רקע כשל נקודתי שהתגלה במסד נתונים בעייתי, ולא בביטוי המשקף שינוי בסיסי ביחסי העבודה בשירות הציבורי. באו שני פסקי-הדין מושא מאמר זה, ובמיוחד פסק-הדין בנוגע לשביתת המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, ולימדונו אחרת. הם מצביעים – בצורה שאין בה מקום לטעות – על התהוות משבר אמון עמוק בין ארגוני העובדים לבין המדינה כמעביד וכריבון. שלוש הדוגמאות הבאות, הלקוחות מתוך שני פסקי-הדין, ימחישו את הדברים.

95 דב"ע (ארצי) נב/4-30 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים – מדינת ישראל, פד"ע כד 479 (1992).

1. כאשר בית-הדין סוקר בפסק המורים את שיחות המשא-ומתן שהתנהלו בין ארגון המורים לבין המדינה, בליווי צמוד ובהשתתפות של בית-הדין, מתגלית תמונה מפתיעה. מתברר כי חלק נכבד מן המשא-ומתן המתואר בפסק-הדין לא עסק בשאלה אם המדינה מסכימה להיענות לדרישות המורים, שכן היה ברור שהיא כבר הסכימה. הבעיה העיקרית של ארגון המורים במשא-ומתן הייתה למצוא דרך שתבטיח למורים כי המדינה אכן תקיים את ההתחייבויות שהיא הסכימה לקבל על עצמה במשא-ומתן. כך, למשל, שני הנושאים שעמדו במרכזו של סכסוך המורים בבתי-הספר העל-יסודיים היו החזרת שעות הוראה שקוצצו בעבר והגבלת מספר התלמידים בכיתה. ארגון המורים היה מוכן להיענות לצרכים ולאילווצים התקציביים של המדינה, ובהתאם לכך הסכים שהחזרת שעות הלימוד שקוצצו והפחתת מספר התלמידים בכיתה יבוצעו בפריסה על-פני כמה שנות תקציב. אי-ההסכמה בין הצדדים בנושא נבעה מדרישתו של ארגון המורים לקבל ערבויות⁹⁶ לכך שהמחויבויות שהמדינה נטלה על עצמה אכן ימומשו בפועל.

ארגון המורים הבהיר כי על-סמך נסיון העבר הוא אינו מאמין שהמדינה מתכוונת לעמוד במחויבויות שנטלה על עצמה. לכן הארגון אינו סומך על הצהרות והבטחות של המדינה, אף אם אלה קיבלו תוקף רשמי של החלטת ממשלה. לפיכך, על-מנת שיהיה אפשר לאכוף אותן, דרש ארגון המורים כי ההבטחות והצהרות שאומצו בהחלטת הממשלה יקבלו תוקף של פסק-דין⁹⁷ ויובאו לידי ביטוי מפורש ומפורט בהסכם הקיבוצי.⁹⁸ כזכור, בנושא זה לא הושגה הסכמה, ומחלוקת זו עמדה בבסיס סיווגה של השביתה כשביתה מעורבת (כלכלית ומעין-פוליטית).⁹⁹

בריעבד הסתבר כי חששו של ארגון המורים העל-יסודיים היה מוצדק. הארגון נאלץ לפנות לבית-הדין בבקשה שיכפה את המדינה לכבד את ההתחייבויות שנטלה על עצמה.¹⁰⁰ בית-הדין נעתר לבקשה. בהחלטתו הביע בית-הדין תמיהה על התנהלותה של המדינה, וקבע כי התרשם שהמדינה מבקשת לנער את חוצנה מהתחייבויות מפורשות שנטלה על עצמה, ואשר היוו בסיס הן להסתמכות לגיטימית של המורים ושל ארגונם והן להחלטה של בית-הדין בעניין צו המניעה.¹⁰¹ הנשיא אדלר תמך בהחלטה. ברם, כמי שליווה את המשא-ומתן ובסופו של יום כתב את ההחלטה בפסק המורים, הוא בחר להוסיף לה דברים משלו. הנשיא הדגיש כי ההתחייבות שניתנה בבית-הדין להוספת שעות לימוד, ואשר על בסיסה ניתנה ההחלטה בבקשה לצו מניעה, הייתה התחייבות שלטונית ברורה, חד-משמעית ומפורטת.¹⁰²

96 פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

97 שם.

98 שם.

99 שם, פס' 12–13 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

100 פסק-דין ארגון המורים, לעיל ה"ש 86.

101 שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת וירט ליבנה.

102 שם, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

הנשיא הזהיר כי כוונת המדינה לחזור בה מהתחייבותה מהווה "חוסר תום לב ופגיעה אנושה ביחסי האמון בין הצדדים ליחסי עבודה".¹⁰³

2. במסגרת דבריו בפסק המורים על מערכת יחסי העבודה בין המדינה והמעסיקים לבין המורים, הביע נשיא בית-הדין פליאה על כך שכבר שנים רבות המדינה וארגון המורים אינם מצליחים להגיע להסכמה על נתונים בסיסיים ביותר שישמשו להם תשתית וייצרו מכנה משותף לצורך ניהול משא-ומתן.¹⁰⁴ כזכור, הסכסוך בנושא החובה למסור את הנתונים – הנמצאים כולם בשליטת המדינה – ולוודא את אמינותם עמד במרכז החלטתו של בית-הדין משנת 1992.¹⁰⁵ בפסק המורים בית-הדין מעלה את האפשרות שהקושי נובע מהמורכבות ומהשונויות הרבה של סדרי העבודה ותנאי העבודה של המורים.¹⁰⁶ ייתכן אומנם שהמורכבות והשונויות מכבידות את המשימה. ברם, למשקיף מן הצד לא נראה שזאת הסיבה היחידה או אפילו העיקרית. נראה שהכישלון רב השנים להגיע להסכמה על מסד נתונים משקף בעיקר מערכת יחסי עבודה המתאפיינת ברמת אמון נמוכה כלפי המדינה.

3. שביתת הסגל האקדמי הבכיר סיפקה דוגמה נוספת לחוסר אמון כזה, שאינו נובע מאירועים שקרו במערכת היחסים בין ארגוני הסגל האקדמי הבכיר לבין האוניברסיטאות או המדינה, אלא מהתנהגותה של המדינה כלפי אוכלוסיית עובדים אחרת בשירות הציבורי – הרופאים. כאשר בית-הדין הציע לנציגיהם של ארגוני הסגל האקדמי הבכיר, כחלק מנסיונות התיווך שלו, להעביר לבוררות את המחלוקת בעניין שחיקת השכר, נדחתה ההצעה.¹⁰⁷ קיים בסיס מוצק לסברה כי הסיבה לסירובם של ארגוני הסגל האקדמי הבכיר להצעת בית-הדין להעביר את ההכרעה לבוררות נעוצה בכך שהנהגתם האמינה כי גם אם המדינה תסכים לבוררות, היא לא תעמוד במחויבותה בצורה ראויה; להפך, היא תעשה כל שתוכל על-מנת למסמס ולסכל את הבוררות, כפי שעשתה לגבי שתי המחויבויות שנטלה על עצמה בהסכמה בתום שביתת הרופאים בשנת 2000.¹⁰⁸ כזכור, בתום תהליך גישור שהוביל לסיומה של שביתה ארוכה שנמשכה 127 ימים, נחתם הסכם היסטורי בין ההסתדרות הרפואית לבין המדינה והמעבידים ברפואה הציבורית. בהסכם קיבלה המדינה על עצמה להקים ועדה ציבורית לבחינת הרפואה הציבורית ותנאי העבודה של הרופאים, אשר תגיש את המלצותיה לראש הממשלה, וכן להכפיף את עצמה לבוררות במקרה שהמשא-ומתן לקביעת השכר

103 שם, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (ההדגשה הוספה). ראו גם דרור גל "המדינה לומדת לקח בבית הדין לעבודה" *The Marker* 27.5.2009, 24.

104 פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

105 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, לעיל ה"ש 95.

106 פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

107 פסק המרצים, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק-הדין.

108 ראוי להעיר כי עורכת-הדין של ארגוני הסגל הבכיר – ארנה לין – ייצגה גם את ההסתדרות הרפואית במאבקה בנושא דוח אמוראי ובבוררות. ראו להלן ה"ש 111–115 והטקסט שליידן.

ותנאי העבודה של הרופאים ייכשל. זאת, כנגד ויתור של הרופאים על השימוש בנשק השביתה למשך תקופת ההסכם – עשר שנים.¹⁰⁹

הוועדה הציבורית (ועדת אמוראי) מונתה בחודש דצמבר 2000, ובינואר 2003 הגישה את המלצותיה בדוח שנפרש על-פני 264 עמודים. אולם לאכזבתה של ההסתדרות הרפואית, בחר ראש הממשלה להתעלם מן הדוח, והממשלה לא גילתה נכונות לדון בו או לנקוט צעדים ליישום המלצותיו, ולו בצורה חלקית.¹¹⁰ כל בקשותיה של ההסתדרות הרפואית לקיים דיון בדוח ועדת אמוראי הושבו ריקם. גם עתירה של ההסתדרות הרפואית לבג"ץ לא הועילה מבחינה מעשית,¹¹¹ שכן המדינה לא קיימה גם את מה שקיבלה על עצמה במסגרת ההסכמות שהושגו בבג"ץ.

גורלה של ההתחייבות השנייה שאותה נטלה המדינה על עצמה בהסכם עם הרופאים – קרי, הסכמה לבוררות על קביעת השכר ותנאי העבודה של הרופאים – לא שפר בהרבה. במהלך עשר שנות ההסכם היו אמורים להתקיים כמה סיבובים של משא-ומתן ובוררות. בפועל התקיימה בוררות אחת, שהסתיימה בסוף שנת 2008. גם הבוררות הזאת הותנעה הודות להתערבותו של בית-הדין בעקבות פנייה של ההסתדרות הרפואית.¹¹² בדיון העלתה המדינה טענות שונות שביקשו להסביר מדוע אין לקיים את הבוררות.¹¹³ בית-הדין הארצי דחה את הטענות ונדרש ללוות את הבוררות ולפקח עליה מקרוב עד מועד פרסומו של פסק הבוררים. הרושם שהתקבל בקרב שופטי בית-הדין,¹¹⁴ בקרב הבוררים¹¹⁵ ובקרב הנהגת ההסתדרות הרפואית¹¹⁶ היה שהמדינה והמעבידים הציבוריים של הרופאים עשו כל שאפשר על-מנת לדחות את תהליך הבוררות, להאריך אותו ולפגוע בו.

שלוש הדוגמאות שהובאו למעלה למשבר האמון החמור השורר בין המדינה והמעבידים הציבוריים לבין ארגוני העובדים אינן מהוות חלק מרכזי בשתי ההחלטות מושא הרשימה. הן גם אינן מנביעות מדיניות משפטית או כללים משפטיים חדשים לגבי המותר והאסור בשביתות. עם זאת, הן מתקשרות לשני הנושאים האחרים המרכיבים את הרשימה.

- 109 ראו: MOTI MORDEHAI MIRONI, MEDIATION AND STRATEGIC CHANGE: LESSONS FROM
MEDIATING A NATIONWIDE DOCTORS' STRIKE 37 (2008).
- 110 היועץ המשפטי לממשלה הצהיר כי המדינה מילאה את מחויבותה בנושא על-ידי מינוי
הוועדה. ראו גרעון אלון בכוח ההידברות – משביתה ועד בוררות 236 (2009).
- 111 בג"ץ 3932/03 ההסתדרות הרפואית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.11.2005).
- 112 ס"ק (ארצי) 9/03 ההסתדרות הרפואית בישראל – מדינת ישראל, פד"ע מ 821 (2005).
- 113 שם, החלטת-ביניים מיום 30.5.2005 (פורסם בנבו).
- 114 שם, החלטת-ביניים מיום 7.8.2008 (לא פורסם); החלטת-ביניים מיום 22.8.2008 (לא
פורסם); ס"ק (ארצי) 12/08 מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל, החלטת-ביניים
מיום 5.6.2008 (לא פורסם).
- 115 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' מדינת ישראל, פסק בוררות מיום 26.11.2008 (לא פורסם,
עותק נמצא אצל המחבר).
- 116 אלון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 258, 264. ראו עוד מנחם פרידמן "אני משוכנעת שבאוצר מנסים
להכשיל את הבוררות" – ראיון עם פרופ' פרנסיס רדאי" זמן הרפואה 25, 8 (2007).

חוסר האמון של ארגון המורים – שנמצא בדיעבד מבוסס – בכנות הבטחותיה של המדינה, שניתנו במסגרת ההתדיינות שהתקיימה בבקשת המדינה לצו מניעה נגד השביתה, הוביל לדרישתם של השובתים לקבל בטחונות מן המדינה. בשל דרישה זו אפיין בית-הדין את השביתה כשביתה מעין-פוליטית, והדבר הוביל להוצאת צו המניעה. נקודה נוספת: משבר האמון מתקשר גם לדפוסי השימוש או אי-השימוש בכלים ליישוב סכסוכים המערבים צד שלישי, אשר יידונו בהרחבה להלן בפרק ד. לכאורה אין מתאים מתהליך הגישור לסייע לצדדים לנהל משא-ומתן במצב של חוסר אמון בסיסי, ואין בנמצא תחליף שביתה טוב כמו הבוררות למצבים שבהם הצדדים אינם מסוגלים להגיע להסכם בגלל חוסר אמון. אולם באותה עת חוסר האמון מרתיע את הצדדים מלהציע שימוש בגישור או בבוררות, שמא יתפס הדבר בעיני הצד האחר כסימן של חולשה, והופך את תהליך בחירתם של המגשרים או הבוררים שיזכו בהסכמתם של שני הצדדים למשימה קשה.

מעבר לכך, שלוש הדוגמאות שהובאו למעלה למשבר האמון שהתגלע בין המדינה והמעבידים הציבוריים לבין ארגוני העובדים צריכות להדליק נורה אדומה. הן מצביעות על היווצרותה של בעיה אסטרטגית בתחום יחסי העבודה בשירות הציבורי, אשר קשה להפריז בחשיבותה. מעבר להיבטיה החברתיים, מטבעה של בעיה מסוג זה שיהיו לה השלכות גם על משפט העבודה.

ד. השימוש או אי-השימוש בכלים מקובלים ליישוב סכסוכים

בשנת 1989 נכתב בסקירה השוואתית בנושא יישוב סכסוכי עבודה כי שיטת יחסי העבודה ומשפט העבודה בישראל חורגת מן המקובל במדינות מערביות אחרות בכמה היבטים מרכזיים:¹¹⁷ ראשית, בניגוד לשיטות משפט אחרות, מדינת-ישראל נעדרת מסורת של שימוש בצדדים שלישיים ניטרליים ומקצועיים (מגשרים ובוררים) לצורך יישוב והכרעה של סכסוכי עבודה;¹¹⁸ שנית, אף שהזירה שבה מתרכז חלק-הארי של סכסוכי העבודה והשביתות היא השירות הציבורי, קיימת מדיניות החוסמת בפועל כל ניסיון של הממונה על יחסי העבודה¹¹⁹ במשרד העבודה (כיום במשרד התמ"ת) להתערב בסכסוכים אלה;¹²⁰

Ruth Ben Israel & Mordehai Mironi, *The Role of Neutrals in the Resolution of Shop Floor Disputes: Israel*, 9 COMP. LAB. L.J. 99 (1987)

117 ראו גם את דבריו של הנשיא אדלר, אשר מלין על כך שהמחוקק לא קבע דרכים חלופיות, כגון גישור-חובה ובוררות-חובה, ליישוב סכסוכים במגזר הציבורי המספק שירותים חיוניים. עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59, פס' 24 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

118 בחוק יישוב סכסוכי עבודה קיים מנגנון של גישור (תיווך) על-ידי הממונים על יחסי עבודה, ובית-הדין לעבודה פסק כי מדובר למעשה בתיווך-חובה. ראו ס' 6 ו-7 לחוק יישוב סכסוכי עבודה וכן דב"ע (ארצי) לז/4-13 מועצת פועלי רמת-גן וגבעתיים – "אלקו" חרושת אלקטרו-מיכנית בע"מ, פד"ע ט 113 (1977). כן נכללת בחוק יישוב סכסוכי עבודה אפשרות

שלישית, את הריק שנוצר ממלאים בישראל, על בסיס אד-הוקי, שני גורמים בלתי-מקצועיים ובמקרים רבים גם לא-ניטרליים – פוליטיקאים ומנהיגי ההסתדרות – וכן בתי-הדין לעבודה. פסק המורים ופסק המרצים, שניתנו כמעט עשרים שנה לאחר פרסומה של אותה סקירה השוואתית, מוכיחים כי דבר לא השתנה: בשתי השביתות לא נעזרו הצדדים במגשרים או בבוררים מקצועיים וניטרליים, ובשתייהן הם גם לא פנו לעזרת הממונה על יחסי עבודה.¹²¹ לעומת זאת נרשמה מעורבות של אישיות פוליטית,¹²² של יושב-ראש ההסתדרות עופר עיני (אשר הצעותיו הועלו על נס על-ידי בית-הדין בשביתת המורים)¹²³ ושל בית-הדין לעבודה. עולם העבודה השתנה במהלך תקופה זו מקצה לקצה:¹²⁴ תנועת ה-ADR – שהוקמה בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת, ואשר עוסקת בפיתוחן ובקידומן של דרכים חלופיות לניהול משא-ומתן וליישוב חילוקי-דעות בעזרת צד שלישי, המבוססות על הסכמת הצדדים במקום על הכרעה של הצד השלישי – כבשה מקום מכובד בפרקטיקה ובחינוך המשפטי;¹²⁵ טכניקות של יישוב סכסוכים באמצעות צדדים שלישיים, שפותחו ורשמו הצלחות בתחום של יישוב סכסוכי עבודה, נהפכו – לעיתים תחת שמות חדשים – לכלים פופולריים ליישוב חילוקי-דעות גם בתחומים אחרים, כגון עסקים (לרבות סכסוכים עסקיים בין-לאומיים),¹²⁶ איכות סביבה,¹²⁷ קניין רוחני,¹²⁸ ספורט וכיוצא בהם;¹²⁹ וגם ההסתדרות

- לגרסה ישראלית של בוררות ייעוצית. על-פי ס' 11 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, המתווך (המגשר) מוסמך לכתוב דוח הכולל המלצות ליישוב הסכסוך.
- 120 הסיבה לכך היא הוראת ס' 44א(2) לחוק יישוב סכסוכי עבודה, הקובע כי בסכסוך עבודה בין המדינה כמעביד לבין ארגון עובדים, המתווך לא יהיה עובד מדינה. מאחר שרוב סכסוכי העבודה בישראל הם בשירות הציבורי, הוראת החוק מובילה לצמצום משמעותי בסמכויותיו של הממונה על יחסי עבודה.
- 121 הסבר פורמלי לכך ראו בטקסט שליד ה"ש 119 ו-120 לעיל.
- 122 יושב-ראש מרכז השלטון המקומי עדי אלדר. פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.
- 123 שם, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא אדלר. ראו גם תמרה טראובמן "עיני מתערב במשבר באקדמיה; נפגש עם המרצים" הארץ online 4.1.2008 www.haaretz.co.il/misc/1.1298581. גם בסכסוך מאוחר יותר, שהתגלע בחברת התעופה "אל על", שימש יושב-ראש ההסתדרות מגשר בין ההנהלה לבין העובדים. זוהר בלומנקרן "עיני יגשר בסכסוך באל על: ייפגש מחר עם נציגי ההנהלה והעובדים" *The Marker* 2.8.2009, 6.
- 124 NEGOTIATION AND CHANGE: FROM THE WORKPLACE TO SOCIETY (Thomas A. Kochan & David B. Lipsky eds., 2003).
- 125 אוניברסיטאות יוקרתיות רבות מציעות תוכניות לימוד ייחודיות העוסקות בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים. בין המוסדות הבולטים ניתן להצביע על אוניברסיטת קורנל, אוניברסיטת סטנפורד ואוניברסיטת קולומביה בארצות-הברית. תוכניות לימוד דומות קיימות גם בישראל, בין היתר באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטה העברית בירושלים.
- 126 גם מוסדות שמרניים יחסית, דוגמת ה-ICC (International Chamber of Commerce) וה-ICC Rules of (London Court of International Arbitration) LCIA Arbitration, 2001; Emmanuel Gaillard, *The New ADR Mediation Procedure*, 1999; ICC Rules of Arbitration, 2001; LCIA Mediation Procedure, 1999; Emmanuel Gaillard, *The New ADR Rules of the International Chamber of Commerce*, 226 N.Y. L.J. 70 (2001).

שינתה את פניה, ונהפכה לארגון בעל זהות ומכוונות ברורות יותר של איגוד מקצועי כוללני. אולם בכל הנוגע בשימוש מושכל בכלים מקצועיים ליישוב סכסוכי עבודה בשירות הציבורי בישראל דומה כי הזמן עמד מלכת, ונראה כי מה שהיה הוא שיהיה. איתור והבנה של הגורמים והתהליכים שהובילו למצב דברים חריג זה מחייבים מחקר היסטורי וסוציולוגי רחב-היקף.¹³⁰ לצורך רשימה זו נסתפק בטענה כי ככלל מעורבות של גורמים לא-ניטרליים¹³¹ ובלתי-מקצועיים¹³² בסכסוכי עבודה, כמו גם מעורבות של בית-

- THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A COMPREHENSIVE GUIDE TO REACHING 127
AGREEMENT (Lawrence Susskind, Sarah McKearnan & Jennifer Thomas-Larmer eds.,
(להלן: THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK) (1999).
WIPO (World International Property Organization) 128
- מירוני "חידושים וחדשנות בניהול משא-ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה", לעיל ה"ש 129
MEDIATION: PRACTICE, POLICY, AND ETHICS 443-491 (Carrie Menkel-Meadow, Lela ; 94
Menkel-Meadow, Love & (להלן: Porter Love & Andrea Kupfer Schneider eds., 2006)
(Schneider).
- מחקרים על דפוסי השימוש בכלים ליישוב סכסוכים ועל הגורמים המשפיעים עליהם הם 130
בעייתיים לביצוע מבחינה מתודולוגית, ונדירים גם מחוץ לתחום של סכסוכי עבודה. אבל ראו,
למשל, משה בר-ניב ורן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס)
בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב 209 (2005); משה בר-ניב (בורנובסקי) ורן
לחמן "חלופות לפתרון סכסוכים – הנטייה וגורמיה" עיוני משפט יח 591 (1994); משה
בורנובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט
בישראל" הפרקליט מ 269 (1992).
- בספרות קיים ויכוח לגבי המשמעות המדויקת של ניטרליות בגישור, ואם היא נחוצה או 131
אפשרית בסוגים שונים של סכסוכים. ראו Menkel-Meadow, Love & Schneider, לעיל ה"ש
129, בעמ' 343-353; Lawrence Susskind, *Environmental Mediation and the*
Accountability Problem, 6 VT. L. REV. 1 (1981); Joseph B. Stulberg, *The Theory and*
Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind, 6 VT. L. REV. 85 (1981)
מקום, בניגוד לסכסוכים בשטחים אחרים, כגון משפחה ואיכות סביבה, אין כל ויכוח לגבי
הדרישה המוחלטת לניטרליות ולחוסר פניות בכל הקשור לגישור בסכסוכי עבודה.
במהלך שבידת המורים היה נסיון גישור של יושב-ראש מרכז השלטון המקומי עדי אדר.
ברור על פניו שאין מדובר בגורם ניטרלי. אף שהמשא-ומתן בשירות הציבורי בכלל, ולגבי
המורים בפרט, מובל על-ידי המדינה (ראו לעיל ה"ש 12 ו-22), מדובר עדיין במי שהיה צד
לסכסוך, וזאת לא רק בהיבט הפורמלי. לעומת זאת, יושב-ראש ההסתדרות הכללית החדשה
עופר עיני נראה על פניו גורם ניטרלי יותר. הודות לתבונתו ולאישיותו המיוחדת הוא הצליח
ליצור קשרי עבודה מיוחדים עם יושב-ראש לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים ונשיא
התאחדות התעשיינים שרגא ברוש, וליהפך לדמות ציבורית מרכזית בכלכלה וביחסי העבודה.
עם זאת, בגלל המסורת של הצמדות השכר המאפיינת את יחסי העבודה בשירות הציבורי,
ולנוכח העובדה שרוב עובדי השירות הציבורי מיוצגים על-ידי ההסתדרות, גם יושב-ראש
ההסתדרות אינו גורם ניטרלי. בית-הדין אף מציין בפסק המורים את ההשלכות שיכולות להיות
להסכם עם המורים על קבוצות עובדים אחרות בשירות הציבורי (פסק המורים, לעיל ה"ש 1,
פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא אדר), אשר רובן מיוצגות על-ידי ההסתדרות.
בהקשר זה הכוונה לכך שהם אינם מגשרים מקצועיים. 132

הדין בהם, הן גם בעייתיות על פניהן וגם אינן תורמות להתפתחות הגישור והבוררות בישראל, אלא מסרסות ומסיגות אותה לאחור. לא זאת אף זאת, ככל שהדברים נוגעים במעורבותו הנמרצת של בית-הדין עצמו במשא-ומתן בין הצדדים, זאת עשויה אומנם, במקרים מסוימים, להועיל בטווח המיידי בפתרון סכסוכים קשים, אולם ברמה האסטרטגית והנורמטיבית היא עלולה להיות בעייתית ולפגוע במעמדו של בית-הדין. לדיון בהיבט זה מוקדש הפרק הבא.

ה. מעורבותם של בתי-הדין לעבודה במשא-ומתן בסכסוכים קיבוציים – צרכים וסיכונים

מעורבותם של שופטים בעידוד משא-ומתן בין צדדים להתדיינות ובסיוע בו היא סוגיה שנויה במחלוקת בשיטות משפט רבות, המעוררת שאלות מעשיות, אתיות, נורמטיביות ואידיאולוגיות.¹³³ דיוננו מתרכז בגזרה ספציפית – פועלו של בית-הדין כמפקח וכמלווה פעיל של המשא-ומתן בין צדדים לסכסוך עבודה קיבוצי בשעה שהוא מטפל בבקשה לצו מניעה נגד שביתה. כמבוא לדיון מן הראוי להאיר שלושה היבטים הקשורים לטיפולם של בתי-הדין לעבודה בצווי מניעה מסוג זה: צרכים, סמכות וקהלים. היבטים אלה ינותחו להלן לפי סדרם.

1. צרכים – הדיונים בבקשות להוצאת צו למניעת שביתה או להפסקתה מהווים נקודת שיא מקצועית בעבודתם של השופטים בבית-הדין. אין דומה לדיונים אלה מבחינת העניין, הדרמה, הדינמיקה והחשיפה. בה-בעת, כפי שהובהר קודם, להחלטה עצמה – במיוחד להחלטה חיובית בבקשה להוצאת צו מניעה נגד שביתה – יש פוטנציאל לגרימת נזק. למעשה, כל החלטה כורכת התערבות במאזן הכוחות בין הצדדים, ולעולם קיים החשש לאי-ציות לצו המניעה, אשר עלול לפגוע במעמדו של בית-הדין. פוטנציאל הנזק הטמון במתן צו מניעה – הן לגבי חירות השביתה בכלל והן לגבי העובדים השוכתים בפרט – הוא המניע העיקרי המונח בבסיס שאיפתם של בתי-הדין להימנע ככל האפשר מהוצאת צווי

133 יורם אלרואי "הפיזור השיפוטי והגישור" הרשות השופטת 29, 68 (1999); Owen M. Fiss, ; *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984); Robert. A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1 (1989); Marc Galanter, "...A Settlement Judge, Not a Trial Judge": *Judicial Mediation in the United States*, 12 J. L. & SOC. 1 (1985); Lawrence Street, *The Courts and Mediation – A Warning*, 2 AUSTL. DISP. RESOL. J. 203 (1991); Hugh F. Landekrin & Andrew J. Pirie, *Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada?* 82 CAN. BAR REV. 249 (2003)

מניעה, וזאת באמצעות נסיונות תיווך, אשר אם יובילו להסכם, ייתרו את מתן הצו. אל המניע הזה מצטרף גם הרצון הטבעי של השופטים לעסוק בהשכנת שלום.

2. סמכות – לפי הגישה הבסיסית שהייתה מקובלת במשפט העבודה, לבית-הדין אין סמכות לדון לגופו של עניין ולקבל החלטות בסכסוכים כלכליים. כלל זה נשמר גם כאשר בית-הדין מצא את עצמו משופע במידע על פרטי הסכסוך, אשר הוגש לו במסגרת בקשה לצו מניעה שמטרתה לאסור שביתה או להפסיקה. התפיסה הייתה שסמכותו של בית-הדין מוגבלת אך ורק לסכסוך המשפטי הקשור לפרשנותם או ליישומם של כללי המשחק הנוגעים בהפעלת נשק השביתה,¹³⁴ קרי, אם לנוכח ההגבלות של זכות השביתה הקבועות בחוק או בהסכם יש להתיר או לאסור את הפעולה הארגונית הננקטת על-ידי העובדים לקידום עמדתם בסכסוך. בית-הדין משולל סמכות בכל הקשור לעצם סכסוך העבודה המהותי המונח בבסיס השביתה. קרי, אין לבית-הדין סמכות לדון בשאלה אם עמדתם של העובדים, אשר לשם קידומה הם חפצים להפעיל או מפעילים את כוחם הארגוני, הינה צודקת או ראויה.¹³⁵ שאלה זו נחשבה, ובצדק, בלתי-שפיטה,¹³⁶ והושארה במתכוון למאבק כוחות בין הצדדים.¹³⁷ לפי תפיסה זו, כאשר שופטי בית-הדין מוצאים את עצמם מעורבים במשא-ומתן בין הצדדים, במטרה לסייע להם להגיע להסכם בסכסוך העבודה המהותי שהוביל לשביתה או לאיום בשביתה, הם משייטים במים אסורים, קרי, באזור שהוא מחוץ לתחום סמכותם כשופטים. תפיסה זו עברה שינויים של ממש בפסקי-הדין הנדונים כאן, וכן בכמה פסקי-דין מוקדמים יותר, ובכך דנו לעיל. שינויים אלה מצויים במתח עם התפיסה המסורתית לגבי סמכותם של בתי-הדין.

3. קהלים – כמו לכל החלטה שיפוטית, גם להחלטה בנושא צו מניעה בסכסוך קיבוצי יש קהלים שונים.¹³⁸ המיוחד במקרה של סכסוך קיבוצי הוא שכל צד חש צורך להתמודד על הזדהותם, אהדתם ונאמנותם של קהלים שונים – עובדים, הנהלה, מעבידים אחרים, לקוחות וכן הציבור בכללותו – עם עמדותיו בסכסוך. לפיכך כל החלטה בבקשה לצו מניעה בקשר לשביתה נוטה להיתפס (או מוצגת כך שתיתפס) לא כאמירה שיפוטית צרה של בית-הדין לגבי אופן השימוש בנשק השביתה בהקשר הספציפי, אלא כאמירה שיפוטית רחבה

134 כגון מתן הודעה או איסור שביתה בזמן קיומו של הסכם קיבוצי הכולל תניה בדבר שקט תעשייתי.

135 כפי שהובהר לעיל, באריכות יחסית, לאחרונה נבעו סדקים בגישה זו. ראו לעיל תת-פרק ב.2. ראו גם עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 51, ועניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59. כן ראו את פסק-הדין של בית-הדין האזורי בתל-אביב בעניין הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 60, שבו הובעה דעה הפוכה שלפיה במסגרת בדיקת המידתיות בית-הדין מוסמך להעביר תחת שבט ביקורתו את דרישות העובדים, גם כאשר מדובר בסכסוך כלכלי.

136 עניין התאחדות האיכרים, לעיל ה"ש 24.

137 ע"א 573/68 שביט נ' חנוך, פד"י כג(1) 516 (1969).

138 יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (2002); שולמית אלמוג "טראומה, נרטיב ומשפט" ספר דליה דורנר 143 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2008).

לגבי צדקת עמדתו של כל אחד מהצדדים במאבק הכלכלי הנמצא בבסיס השביתה – מאבק שלגביו בית-הדין משולל סמכות או יכולת לשפוט.

למן הקמתם ניסו בתי-הדין לעבודה להימנע מהוצאת צווי מניעה, על-ידי עידוד הצדדים לנהל משא-ומתן במטרה להגיע להסכם שייתר את מתן צו. תחת גישה זו נהפך בית-הדין לא רק לפורום אשר על מפתנו או בין כתליו מתקיים משא-ומתן מואץ בצל האיום שיוצא צו מניעה, אלא גם לגורם מלווה ומעורב. בית-הדין נוהג לפעול בשני נתיבים: האחד – לעכב את הדיון ולהורות לצדדים לנהל משא-ומתן ולדווח לו על התקדמותו; ¹³⁹ והאחר – לקיים דיונים לא-פורמליים, לא לפרוטוקול, ¹⁴⁰ שבמהלכם בית-הדין מתערב במשא-ומתן במטרה לסייע לצדדים להגיע להסכם. ראוי לציין כי כאשר בית-הדין צועד בשני הנתיבים הללו, לא ברור מהיכן הוא שואב את סמכותו. בפסק המורים פעל בית-הדין כראוי כאשר הדגיש בהחלטתו כי ליווה את המשא-ומתן לבקשת הצדדים. ¹⁴¹ מדבריה של נשיאת בית-המשפט העליון ¹⁴² ניתן ללמוד כי לדעתה יש לבית-הדין סמכות טבועה ללוות סכסוכים המגיעים אליו. ¹⁴³ יתר על כן, הנשיאה ביניש קובעת כי "במסגרת התפקיד המרכזי שממלא בית הדין לעבודה בליווי סכסוכים רשאי הוא כמובן להורות למדינה, או להמליץ בפניה על דרכים הרצויות לסיום הסכסוך". ¹⁴⁴

הדיונים שהתקיימו בבקשות לצווי מניעה בשביתת המורים העל-יסודיים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר שייכים, כמובן, לנתיב השני – מישור הדיונים הלא-פורמליים. פסק המורים הוא מיוחד במינו בכך שהוא מתאר בפירוט את שלבי המשא-ומתן, שהתקיים בסיועו של בית-הדין. התמונה המצטיירת היא של אקטיביזם פישורי, ¹⁴⁵ והיא מתאפיינת בצבעים עזים. בית-הדין משמש שחקן שלישי בזירת המשא-ומתן: הוא נכנס לגופם של הנושאים שבסכסוך; נותן, תוך כדי תנועה, תוקף של החלטות להצהרות המושמעות לפניו; מחבר ושולח שאלון למילוי על-ידי המדינה לצורך הבהרת החלטת ממשלה; מזמן אליו את

139 ס"ק (ארצי) 53/05 איגוד הבנקים בישראל ע"ר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 537, 549 (2005); עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 11; ס"ק (אזורי חי) 31/05 חברת החשמל לישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה של העובדים בארץ ישראל, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.4.2005); ס"ק (אזורי ב"ש) 1019/07 רותם אמפרט בנגב בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 10 לפסק-דינו של השופט שפיצר (פורסם בנבו, 19.7.2007); אדלר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 487.

140 בגלל אופיים הלא-פורמלי של הדיונים קשה לדעת מה קורה במהלכם, לרבות באותם מקרים שבהם ניתנת החלטה.

141 פסק המורים, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

142 בג"ץ 9135/07 גדרון נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 19.11.2007).

143 הנשיאה ביניש לא הסבירה מהיכן בית-הדין שואב סמכות טבועה זו, ומהם גבולותיה.

144 ראו עניין גדרון, לעיל ה"ש 142.

145 המונח "פישור שיפוטי" פותח על-ידי יורם אלרואי. ראו אלרואי, לעיל ה"ש 133. על ההבדל בין פישור לגישור ראו מרדכי (מוטי) מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" (צפוי להפרסם בדין ודברים).

השרים, ויושב עימם ועם יושב-ראש ארגון המורים ללא באי-כוחם; מוסר הערכות, משלב "שחקני חיזוק" – יושב-ראש ההסתדרות עופר עיני ויושב-ראש מרכז השלטון המקומי עדי אלדר¹⁴⁶ – ומציע הצעות לפתרון הסכסוך.

מאחר שמאמציו של בית-הדין לא הניבו הסכם, הוא נדרש לקבל החלטה בבקשה לצו מניעה. בנקודת מעבר זו, כאשר בית-הדין משיל את אדרת המלווה והמסייע של המשא-ומתן ולובש את גלימת השופט, מתחדדת הבעייתיות של הניגודיות המובנית בין שני התפקידים – בין המעורבות הפיזורית האקטיביסטית במשא-ומתן לפתרון הסכסוך גופו לבין השפיטה לגבי צעדי המאבק.

ניתן להיטיב לרדת לשורש הניגודיות המובנית בין שני התפקידים הללו על-ידי השוואת מצבו של בית-הדין למצבו של המגשר-הבורר בתהליך המכונה med-arb (גישבור).¹⁴⁷ כלי זה ליישוב סכסוכים נמנה עם "תהליכי השעטנז" (hybrid processes), שכן הוא מהווה הכלאה של שני תהליכים שונים בתכלית – גישור ובוררות. הצדדים מסכימים מראש להיכנס לתהליך גישור שבו הצד השלישי ינסה לסייע להם לנהל משא-ומתן, אולם אם הניסיון לא יעלה יפה – קרי, אם לא יושג הסכם – ייהפך המגשר לבורר, והכרעתו תהיה סופית ומחייבת ותהווה תחליף להסכם. כאשר משווים בין גישבור לבין אופן פעולתו של בית-הדין, נראה כי לבית-הדין יש כל החסרונות והסיכונים של הגישבור אך בלי היתרונות שלו.

לבית-הדין אין היתרונות הטמונים בתהליך הגישבור משום שהוא אינו יכול לפעול כמגשר. מעבר למחסור האקטיבי בזמן,¹⁴⁸ אין לשופטי בית-הדין האפשרות לקיים שיחות נפרדות עם הצדדים לסכסוך ועם יחידיהם. שיחות נפרדות ממלאות תפקידים רבים במשא-ומתן קיבוצי בכלל ובמצב משברי של שביתה בפרט. כך, למשל, הן מאפשרות למגשר לנהל שיח של צרכים עם נציגי הצדדים, הן לגבי צורכיהם שלהם והן לגבי אלה של האחרים; לעודד סיעור-מוחות לצורך חיפוש פתרונות יצירתיים אשר יענו בצורה מיטבית על צרכים אלה; לערוך עם נציגיו של כל צד בוחן-מציאות לגבי החלופות הטובות והרעות של הגעה להסכם; להנחות דיון פתוח עם נציגיו של כל צד על הצעות ופתרונות אפשריים שהם חוששים לחשוף אותם בפגישות משותפות; ולגשר במשא-ומתן הפנים-ארגוני,¹⁴⁹ אשר קשה להפריז בחשיבותו ביחסי עבודה קיבוציים.

146 ראו ה"ש 131 לעיל.

147 מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" עלון השופטים בישראל 32, 29 (1999); Menkel-Meadow, Love & Schneider, לעיל ה"ש 129, בעמ' 385–388.

148 מטבעו של סכסוך קיבוצי שהוא דורש למידה עמוקה של הנושאים והגופים המעורבים בו. לטיעון דומה ראו מירוני המוסד לבוררות מוסכמת, לעיל ה"ש 26, בעמ' 13–21 ו-36–42.

149 RICHARD E. WALTON & ROBERT B. MCKERSIE, A BEHAVIORAL THEORY OF LABOR NEGOTIATIONS: AN ANALYSIS OF A SOCIAL INTERACTION SYSTEM 5–6 (2nd ed. 1991).

החסרונות של הגישבור קשורים בעיקר להעדרה של הסודיות, שהיא רעיון מכונן בגישור,¹⁵⁰ ולאפשרות – המובנית בתוך התהליך – של זליגת מידע משלב הגישור (אם ייכשל) לשלב הבוררות. מאחר שקיימת תמיד אפשרות שלא יושג הסכם, הצדדים חוששים לדבר באופן פתוח וחושפני במהלך הגישור, לרבות בשיחות הנפרדות עם המגשר, שמא הדברים שהם אומרים ישמשו את המגשר – היה אם ייחפך לבורר – כחומר-גלם להחלטה בבוררות. מובן שחסרונות טבועים אלה קיימים גם בבית-הדין. לא זאת אף זאת, במקרה של בית-הדין קיימים גם סיכונים מיוחדים שאינם קיימים בתהליך הגישבור. סיכונים אלה קשורים לעובדה שבית-הדין הוא מוסד ממלכתי האמון על שפיטה ציבורית.

קיימים שלושה סיכונים טבועים הקשורים למעורבותו של בית-הדין בתהליך המשא-ומתן. ראשית, משא-ומתן מחייב אינטימיות ושימוש בשפה ובגיבונים שהם לא רק זרים להליך השיפוטי, אלא אף עלולים לפגוע במעמדו הנישא של בית-הדין כמוסד הבנוי, בין היתר, דווקא על ריחוק ופורמליות. שנית, השקעת הזמן והאמאץ, כמו גם התשוקה להצליח, הופכות את בית-הדין ל"מושקע" בתיק. כתוצאה מכך, צד שהסכים להיענות להצעת בית-הדין יכול לטעון כי הופעל עליו לחץ אשר הובילו לפשרה מאולצת;¹⁵¹ ואילו צד שהתעקש במשא-ומתן והפסיד בהחלטה בבקשה לצו מניעה יאשים את בית-הדין בהעדר ניטרליות. שלישיית, לפחות חלק מן הקהלים של המשפט אינם משלימים עם חוויית הפער בין תפיסתם לגבי עולמם ואולמם של המשפט והשופט לבין המציאות שבה אין מתנהל משפט באולם, והשופט עצמו יורד לזירת המשא-ומתן ונוטל בו חלק פעיל. במקום דיון הוכחות מבוקר, טיעונים משפטיים סדורים והכרעה משפטית לפי סטנדרטים, הם חווים, במקרה הטוב, תמונה של שופטים היושבים ספונים יחד עם הצדדים בחדר המשא-ומתן, ובמקרה הרע, גם תחושה אמיתית או מדומה של שופטים המפעילים אמצעי פיתוי או לחץ על הצדדים לשנות את עמדותיהם במשא-ומתן.

גם החסרונות וגם הסיכונים האופייניים לגישבור באו לידי ביטוי בסיפור של שביתת המורים. מקריאת פסק המורים עולים החסרונות של זליגת מידע ושל עירוב התחומים בין דרישות התפקיד ותפיסות התפקיד השונות של גישור ושפיטה. ראשית, בית-הדין השתמש במידע שהגיע אליו בתוקף תפקידו כמסייע במהלך המשא-ומתן¹⁵² כתשתית לעריכת האיוונים ולגיבוש ההחלטה השיפוטית. שנית, בית-הדין הפך את עצמו למעין בורר בסכסוך הכלכלי, אף שהדבר אינו בסמכותו. הכוונה לכך שכחלק מעריכת האיוונים, העריך בית-הדין את הישגי הצדדים ואת התנהגותם במשא-ומתן שקדם להחלטה ואשר בית-הדין עצמו היה חלק ממנו. יתר על כן, גם הסיכונים הרובצים לפתחו של בית-הדין כאשר הוא מעורב

150 לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" שערי משפט ג 165 (2002). לדיון ביתרונות ובחסרונות של הבטחת סודיות בהליך הגישור ראו Menkel-Meadow, Love & Schneider, לעיל ה"ש 129, בעמ' 317–342.

151 דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 115–116.

152 למשל, הישגי המורים במשא-ומתן עד לרגע מתן ההחלטה.

במשא-ומתן ולאחר-מכן נדרש לתפקידו השיפוטי – התממשו. בצעד חריג, אשר כפי הנראה אין לו תקדים, הגיש ארגון המורים תלונה לנציבת תלונות השופטים נגד אופן התנהלותו של בית-הדין. התלונה נדחתה לגופה, תוך הסתמכות על דברי הנשיאה ביניש לגבי החשיבות הרבה של ליווי המשא-ומתן על-ידי בית-הדין, במיוחד כאשר ליווי זה נעשה לבקשת הצדדים.¹⁵³ אולם בצד הדחייה של התלונה, המליצה הנציבה שמדיניות ההתערבות של בית-הדין במשא-ומתן בסכסוכים קיבוציים מורכבים תיבחן מחדש בהיבטים הבאים: אופי ההליך, דרך ניהולו, זהות המשתתפים, הגדרת תפקידו של בית-הדין, והגבולות אשר מן הראוי שבית-הדין ישים להתערבותו.¹⁵⁴

ו. סיכום ומסקנות

שביתת המורים העל-יסודיים ושביתת הסגל האקדמי הבכיר, על הדמיון והשוני ביניהן בדרך ובתוצאה, היוו נקודת שיא בתהליכים ובהתפתחויות שחלו בשיח של משפט העבודה ושל יחסי עבודה בכלל ובשירות הציבורי בפרט.

מבחן המידתיות, המתבטא בעיקר בעריכת איזונים, הולך ותופס מעמד מרכזי בתהליך קבלת ההחלטה אם להיענות לבקשה להוצאת צו מניעה במצב של שביתה או איום בשביתה. סיווג השביתה כשביתה כלכלית או כשביתה מעורבת (כלכלית ומעין-פוליטית), באמצעות מבחן העילה, מנחה את בית-הדין בקביעת המשקל היחסי שהוא מעניק לחירות השביתה במסגרת עריכת האיזונים.

¹⁵³ עניין גדרון, לעיל ה"ש 142.

¹⁵⁴ החלטתה של נציבת תלונות הציבור על שופטים בנוגע לתלונתו של יושב-ראש ארגון המורים על התנהלותו של בית-הדין פורסמה בדיון-וחשבון החצי-שנתי של הנציבות לשנת 2008, בנוסח הבא: "יו"ר ארגון עובדים הלין לנציבות, כי התנהלות בית הדין הארצי, בדיונים שהתקיימו בפניו, במסגרת הליך הוצאת צווי מניעה להפסקת שביתה, גרמה לטשטוש בין חלק הדיון הפורמאלי לבין הדיון הבלתי פורמאלי והמגעים לפשרה שהתנהלו בו. הנציבות קבעה, כי אין מקום להתערבותה בעצם ניהול הדיון הבלתי פורמאלי מאחר ובית הדין פעל בהתאם לנסיבות העניין, לצורכי קידום המגעים בין הצדדים, ועשה כן כעניין של מדיניות הנקוטה על ידו בסכסוכי עבודה קיבוציים מורכבים. מדיניות זו נקוטה הן בארץ והן מחוצה לה, במסגרת התפקיד המרכזי שבית הדין לעבודה ממלא בליווי סכסוכים. יחד עם זאת מצאה הנציבות להעיר, כי כדי למנוע אי הבנות וטשטוש תחומים בין דיון משפטי פורמאלי לבין מעורבות בית הדין בליווי הצדדים לסכסוך לשם יישובו בהסכמה, וכדי למנוע התרשמות מוטעית, ולו סובייקטיבית – מצד מי מהמעורבים בהליך, ראוי הוא שיישום המדיניות האמורה ייבחן על-ידי בית הדין מחדש, באשר לאופי ההליך, דרך ניהולו, תפקידו של בית הדין בו, זהות המשתתפים בו וגבולותיו..." ראו נציבות תלונות הציבור על שופטים דין וחשבון מיוחד למחצית הראשונה לשנת 2008 64 (אוגוסט 2008) (ההדגשות במקור).

בעזרת מבחן העילה בית-הדין מפתח זן חדש של שביתה מעין-פוליטית, אשר עשויות להיות לו השלכות לגבי סכסוכי עבודה שאין להם כל נגיעה – ישירה או עקיפה – בהחלטה שלטונית באופייה. השינוי מתבטא בקביעה כי שביתה בנושאים השייכים לפררוגטיבה של המעביד אינה שביתה כלכלית. במסגרת העלאת קרנו של מבחן העילה, בית-הדין מתערב בתוכנו של המשא-ומתן הקיבוצי בסכסוכים כלכליים. בית-הדין מעריך ומעביר תחת שבט ביקורתו את דרישות העובדים שלשם קידומן הם חפצים לשבות. דרישות אשר נראות לבית-הדין בלתי-סבירות או חורגות – יפגעו במידתיותה של השביתה.

בשני פסקי-הדין שניתנו בשביתת המורים העל-יסודיים ובשביתת הסגל האקדמי הבכיר לא הודגשה, כבעבר, הזירה של השביתה, קרי, אם מדובר בשירות חיוני. קיימת אומנם אי-בהירות לגבי השאלה מדוע בית-הדין מנכס לעצמו, כמדיניות, את ההתערבות בשביתות בשירותים חיוניים, אף שהמחוקק אמר את דברו בנושא הן בחקיקה והן בכך שבחר לכאורה להשאיר על כנם את צווי הריתוק,¹⁵⁵ הנמצאים בטריטוריה ובאחריות של הרשות המבצעת. עם זאת, הצצה לכדור הבדולח אומרת כי היעלמותו של מבחן הזירה היא זמנית ונקודתית. על-סמך נסיון העבר ניתן להניח כי במקרים המתאימים הוא ישוב לשמש – יד ביד עם מבחן העילה – גורם בקביעת משקלה היחסי של חירות השביתה במסגרת עריכת האיזונים הקונקרטיים.

נקודה נוספת: שני פסקי-הדין מספקים עדויות על התפתחות משבר אמון עמוק ומטרדי בין העובדים וארגוני העובדים לבין המדינה והמעבידים הציבוריים. משבר אמון זה יצר אצל ארגון המורים צורך לדרוש ערבויות ולעגן בהסכם קיבוצי את ההבטחות שנתנה לו המדינה בבית-הדין. בדיעבד הסתבר כי היה בסיס לחששו של ארגון המורים. אולם בהתדיינות לגבי צו המניעה, "צבעה" דרישה זו את השביתה כשביתה מעין-פוליטית, והובילה להוצאת צו המניעה נגד המשך השביתה.

זאת ועוד, כלים ליישוב סכסוכים המערבים צד שלישי, כגון גישור ובוררות, יכולים ככלל לסייע לצדדים להגיע להסכם או ליישב את חילוקי-הדעות במצבים של משבר אמון. אולם נראה שבמערכת היחסים האדוורסרית והכוחנית שהתפתחה בין ארגוני העובדים לבין המדינה והמעבידים הציבוריים, חוסר האמון עמוק עד כדי כך שהוא מקשה עליהם ליזום שימוש בכלים אלה ולתת בהם אמון. מעבר להשלכות הספציפיות, משבר האמון הולך ומתפתח כבעיה אסטרטגית ביחסי העבודה בשירות הציבורי.

העדר מסורת של שימוש בכלים הנזכרים – גישור ובוררות לסוגיהם השונים – ממשיך לפגוע ביחסי העבודה ובתרבות של יישוב סכסוכים בעולם העבודה ומחוץ לו.¹⁵⁶ הדברים

155 ראו מירוני "צווי-ריתוק", לעיל ה"ש 48. אף שהאפשרות להשתמש בצווי ריתוק מכוח תקנות שעת חירום נותרה על מכונה, השיח החוקתי מטיל כיום הגבלות קשות על השימוש בכלי זה, בניגוד למה שהיה בעבר. ראו בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999).

156 דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 44.

אמורים ביחס לחברה הישראלית בכלל ולגבי השירות הציבורי בפרט. רוב סכסוכי העבודה הקיבוציים והשביתות הגדולות מתרכזים בשירות הציבורי, ודווקא בו אין מוכנות להסתייע בגישור או בבוררות, בין ציבוריים ובין פרטיים.

בשנים האחרונות השקיע בית-הדין הארצי לעבודה מאמץ עצום בסיוע לפתרון משברים גדולים ביחסי עבודה. נרשמה לזכותו שרשרת מרשימה של הצלחות בפתרון מה שבית-הדין מכנה "מגה-סכסוכים"¹⁵⁷, וזו זיכתה אותו בתשבחות. אין להמעיט בחשיבותן של הצלחות אלה. עם זאת, ברמה המערכתית והאסטרטגית, מעורבותו של בית-הדין אינה עוזרת, אלא מזיקה. היא מנציחה את המצב במקום לשפרו. בית-הדין אינו יכול לעסוק בגישור ואינו יכול לעשות את מלאכתו של בורר בסכסוכים הכלכליים מושא השביתות.¹⁵⁸ בית-הדין מנסה לספק לצדדים – תוך השקעת זמן שיפוטי יקר ומאמצים ראויים לשבח – תחליפים זמינים לגישור ולבוררות מקצועיים. אולם תחליפים אלה הם בהכרח בעייתיים ופגומים בגלל כשלים אינהרנטיים הקשורים למסורת השפיטה הציבורית. לא זאת אף זאת, עיקר הבעיה נעוצה בכך שפרקטיקה זו של בית-הדין עוצרת או מעכבת פיתוח הרגלי שימוש בתהליכי גישור ובבוררות אמיתיים, ואינה תורמת לבניית סגל של מגשרים ובוררים מקצועיים וניטרליים. באותה עת, כפי שלמדנו משביתת המורים, מעורבות נמרצת של בית-הדין במשא-ומתן לפתרון הסכסוך, מושא השביתה והצו, כורכת בחובה סיכונים למעמדו הציבורי של בית-הדין.

אם בית-הדין מעוניין בפיתוח הגישור והבוררות ככלים משלימים או חלופיים ליישוב סכסוכי עבודה, ואם הוא מבין את המגבלות הטבועות בו עצמו ואת פוטנציאל הפגיעות שלו, עליו לעשות שימוש רב יותר במתן הסעד המסורתי של צו מניעה זמני לתקופה מוגבלת, כאמצעי לעידוד המשא-ומתן בין הצדדים, או בסירוב להוצאתו. כמדיניות, עליו לגזור על עצמו להימנע ככל האפשר ממעורבות ישירה כשחקן במשא-ומתן בין הצדדים. מאחר שמדובר בשינוי תפיסתי אסטרטגי, מן הראוי שכלל זה ינחה את בית-הדין גם כאשר הוא מתבקש על-ידי הצדדים עצמם להתערב בסכסוך.

אפילוג

סיפורן של השביתות מושא רשימה זו משקף במידה רבה מציאות עגומה בכל הנוגע בתרבות הטיפול בסכסוכים בחברה הישראלית. הייתכן שהסכסוך ארוך-השנים בין ישראל

157 ראו עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 59, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.
158 למען הסר ספק ראוי להדגיש כי הרשימה כולה עוסקת בסכסוכים כלכליים, ולא משפטיים. לכן אין רלוונטיות לסוגיות שעולות בוויכוח האידיאולוגי על הגישור והפישור כתחליף להתדיינות, כגון הפרטת הצדק ושפיטה כמיישבת סכסוכים לעומת פעולה ערכית הבאה ליצור נורמות התנהגות ולקדם ויכוח ציבורי וערכים ציבוריים.

לבין שכנותיה הוא חזק, מורגש ומשמעותי בחייו של כל אזרח עד כדי כך שהוא משמש פרדיגמה שבעזרתה אנו בוחנים ומנהלים – באופן מודע אך בעיקר באופן לא-מודע – את כל הסכסוכים שאנו חווים בחיינו? אם השערה זו נכונה, אזי פרדיגמה זו משפיעה על תרבות הטיפול בסכסוכים בכלל ובסכסוכי העבודה הקיבוציים בפרט. היא מלמדת אותנו שסכסוכים יש לנהל בכוח; שכל ויתור הוא חולשה, ושמה שאינו הולך בכוח ילך ביותר כוח; שאין עם מי לדבר; שאין סיכוי לשינוי אמיתי; שמתן אמון בצד האחר כרוך בסיכון גדול מדי; ושצדדים שלישיים, פרט אולי לבתי-המשפט,¹⁵⁹ הם בעלי אינטרסים משלהם, ולכן יש לחשוך בהם, ובוודאי אין להפקיד בידיהם כוח, שכן הסיכוי שהם יפגעו בהגשמת הצדק שלנו אינו קטן מהסיכוי שהם יתרמו לה.¹⁶⁰ מבחינה זו מאמר זה נועד להיות צעד קטן במסע הארוך והקשה לשינוי חברתי-תרבותי בכל הקשור לניהולם וליישובם של סכסוכים בחברה הישראלית.

159 לפי נתונים שפורסמו, גם אמון הציבור בבתי-המשפט נמצא במגמת ירידה. כך, למשל, ממדד הדמוקרטיה הישראלית, המתפרסם מדי שנה על-ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה, עולה כי שיעור הנשאלים שהביעו אמון רב או אמון מסוים בבית-המשפט העליון ירד מ-79% בשנת 2003 ל-49% בלבד בשנת 2008. ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה מדד הדמוקרטיה הישראלית 2008: בין המדינה לבין החברה האזרחית 55 (2008).

160 קטע זה הוא פיתוח של רעיון אשר ראה אור לראשונה במאמר שפרסם דייוויד מטץ בשנת 1991. ראו: David Matz, *ADR and Life in Israel*, 7 NEG. J. 11, 12 (1991).