

המדינה כמעסיק וכריבון - מקרה מבחן ראשון בעקבות חוק הנמלים ליאור אבו ונורית ענבל*

- א. מבוא
- ב. חקיקה ככלי ביחסי עבודה - דיון תאורטי
הצגת הבעיה: התנגשות הכובעים של המדינה
הפגיעה בעובדים
בחינת חוקתיות הפגיעה
התמודדות מערכת המשפט עם חקיקה המחליפה הסכם
- ג. מקרה חוק הנמלים
- ד. סיכום

א. מבוא

בהארה זו נדון בבחירתה של מדינת ישראל לשנות את תנאי העבודה של עובדים בשירות המדינה באמצעות חקיקה ולא בדרך של משא ומתן והסדר הסכמי. תחילה נציג את הסוגיה התאורטית וננתח את הבעיות שעוללות לנבוע מדרך פעולה זו של הממשלה, ואת השפעותיה האפשריות בתחום דיני העבודה בישראל. בהמשך נתמקד בפרשת חקיקתו של חוק ראשון מסוג זה בישראל, הוא חוק רשות הספנות והנמלים, שהתקבל בכנסת ביום 14.7.2004, ונברר אילו מהבעיות שפירטנו, התגלו במקרה זה, ואילו צפויות להתעורר בעתיד אם תימשך מגמה זו.

חוק הנמלים מחלק את רשות הנמלים לשלוש חברות בנות. כל אחת מהן תפעיל אחד מן הנמלים במדינה - חיפה, אשדוד ואילת - במצב של תחרות. הכוונה בחוק זה היא הפרטה עתידית של החברות הללו מידי המדינה לידיים פרטיות. החוק החדש נחקק ללא הסכמת הסתדרות העובדים. הארה זו תעסוק בשאלה התאורטית העולה מתפקודה הכפול של הממשלה כמעסיק וכריבון בפרשה זו, שאלה הנוגעת בעיקר בדיני עבודה, בדיני חוזים ובזכויות אדם. באופן ספציפי, נבחן האם הבחירה בחקיקה בהקשר זה מהווה דרך מועילה וראויה או שמא מדובר בגישה מוטעית הפוגעת בזכויות העובדים, גורמת נזקים כלכליים למשק ונכשלת במבחן התוצאה. נגזרת משאלה זו היא שאלת התגובה ההולמת מצד ארגוני העובדים, ובייחוד שאלת החוקיות של שביתה כנגד חוק מסוג זה. נסיים את הדיון העיוני בהתבוננות מוסדית, הבוחנת את תפקידו וסמכותו של בית הדין הארצי לעבודה לעומת אלו של בג"ץ בכל האמור בפיקוח על פעילות המדינה וארגוני העובדים. בחלקה השני של הארה זו נתמקד בפרשת חוק הנמלים. לאחר שנתאר בקצרה את השתלשלות העניינים שהובילה לחקיקת החוק, והסכסוך שפרץ בעקבותיה, נבחן אם נפגעו זכויות ואילו הן; וכן האם חוק הנמלים עומד בדרישות פסקת ההגבלה. כן נבחן האם היו בידי הממשלה דרכי פעולה חלופיות ופוגעות פחות להשגת מטרתה להפריט את הנמלים - מטרה שאיננה פסולה כשלעצמה - תוך שמירה על זכויות העובדים ועל הליך תקין.

כבר בראשית הדברים יודגש כי ייתכן שאין כל רע בחוק הנמלים כשלעצמו, אשר נוסח בזהירות רבה; שלא לפגוע יתר על המידה בזכויות העובדים, אולם אפשר שיווצר "מדרון חלקלק" שיפתח פתח לחוקים

* סטודנטים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, חברי מערכת "הארץ דין". הכותבים מבקשים להודות בנוסף, כמובן, לעורך כתב העת ד"ר אמנון רייכמן ולסגן העורך מתן גולדבלט על הסבלנות והעזרה הרבה שניתנה במהלך כתיבת הארה, לד"ר גיא דוידוב ולקורא עלום שם.

1 חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2004, ס"ח 456 (להלן: חוק הנמלים).

2 ראו להלן, פרק ג.

בעייתיים בעתיד, כפי שקרה למשל עם חוק ההסדרים³. יש לציין כי מדובר במגמה חדשה של הממשלה הנוכחית לנסות לעקוף את הבעיות שבהן היא נתקלת כמעבידה מול ההסתדרות וארגוני העובדים החוקים, באמצעות פנייה למחוקק. הדבר החל ככל הנראה בתכנית הכלכלית לשנת 2003, שעברה בקריאה ראשונה בכנסת ורק לאחר מכן הושג לגביה הסכם עם ההסתדרות, בלחץ איום החקיקה. בדומה לכך, שר הפנים (כתוארו דאז) פורז הציע לשנות את החוק כדי למנוע פיצויי הלנת שכר לעובדי הרשויות המקומיות שלא קיבלו את משכורתם חודשים רבים. אמנם היוזמה נדחתה בממשלה, אך גם היא מלמדת על נטייה הולכת וגוברת של הממשלה להתגבר באמצעות חקיקה על קשיים במסגרת תפקידה כמעסיקה גם בתחומים שבעבר לא נעשה שימוש בחקיקה כדי לפתור אותם, כדוגמת תשלום השכר לעובדי הרשויות המקומיות⁴.

ב. חקיקה ככלי ביחסי עבודה - דיון תאורטי

הצגת הבעיה: התנגשות הכובעים של המדינה

המדינה בתפקידה כריבון נדרשת להסדיר את כל תחומי החיים, וכמובן גם את תחום פעולת המשק העסקי ושוק העבודה. בתפקיד זה משמשת לה החקיקה כלי ראשי ביותר לקביעת כללים בסיסיים שבמסגרתם יוכלו לפעול האזרחים והגופים השונים. אולם המדינה מעורבת במשק גם כשחקן בפני עצמו, ולא רק בתור גוף חיצוני מסדיר. כאשר המדינה כורתת חוזה עם חברה פרטית למתן שירות או להספקת מוצר, המשפט מתייחס אליה ברוב המקרים כאל שחקן ולא כאל ריבון, ולפיכך מכפיף אותה לדיני החוזים ולא רק לכללי המשפט הציבורי. מצד אחד, המדינה כפופה לחובות העולות ממהותה כריבון; אסור לה להפר זכויות אדם גם בבואה לכרות חוזים; וכן יש למדינה הכוח, שאין לאדם פרטי, להשתחרר מחוזה כאשר התחייבות שלקחה על עצמה במישור הפרטי עלולה לפגוע באחריותה של המדינה כלפי כלל הציבור⁵. מצד אחר, נראה שככלל המשפט רואה במדינה הפועלת בשוק הפרטי (כאישיות הכורתת חוזים, רוכשת קניין ומעסיקה עובדים) כאישיות משפטית המצויה באותה רמה עיונית שבה נמצאת האישיות המשפטית שעמה כרתה המדינה חוזה, או שרכשה ממנה קניין או שמועסקת על ידה.

בשוק העבודה הישראלי המדינה מעורבת באופן נרחב בהיותה המעסיק הגדול ביותר במשק. יש דינים רבים המייחדים את המדינה ממעסיקים אחרים. לעתים היא זוכה להקלות מסוימות⁶, אך בעיקר מוטלות עליה חובות שאינן נדרשות ממעסיק פרטי, כגון חובת המכרזים⁷. מובן כי המדינה בתפקידה כמחוקק וריבון היא שקבעה דינים אלה, שבכפוף להם עליה לנהל את יחסיה עם עובדיה ככל שחקן אחר. כאשר מתעורר סכסוך עבודה, קיימים אמצעים מסוימים שכל צד יכול לנקוט. יש החלטות שלגביהן המעביד צריך לקבל את הסכמת העובדים או לפחות להתייעץ עמם או עם ארגונים היציג⁸ (למשל לגבי שכר או תנאי עבודה הקבועים בהסכם הקיבוצי), ויש עניינים השייכים לפררוגטיבה הניהולית שלו, ואין לגביהם חובת התייעצות עם העובדים. במהלך משא ומתן בין המעסיק לעובדים מותר לעובדים להכריז על שביתה כאמצעי לחץ על המעביד, וכנגד

3 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם). בפסק דין זה נמתחה ביקורת על כך שחוק ההסדרים פוגע בהליך הדמוקרטי ובסמכות הכנסת. השימוש בחוק ההסדרים גבר לאורך הזמן, והתגברו הפגיעות בעקרונות משפטיים שונים שעלו ממנו. גם אם בתחילה הוא לא יצר בעיות, הרי שלאורך הזמן עלו ממנו קשיים חוקתיים וחוקיים.

4 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 31 והוראת שעה), התשס"ד-2004.

5 ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 525.

6 למשל סעיף 30(א)(2) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, שקובע כי "חוק זה אינו חל על העבדתם של... עובדי המדינה שתפקידם מחייב לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות".

7 חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

8 ראו סעיפים 1 ו-19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

שביתה זו ניתנת לפעול בדרכים שונות בהתאם לזהות המעביד: אם המדינה היא המעביד, היא יכולה, לפחות לפי המצב המשפטי בעת כתיבת שורות אלה, להוציא תקנות לשעת חירום ובעקבותיהן צווי ריתוק כאשר השביתה משתקת שירות חיוני לציבור. למותר לציין כי כלי זה לבדו הוא מקור כוח רב למדינה, ושימוש לא מושכל בו עלול לערער לא רק את מבנה שוק העבודה אלא אף לאיים על עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. אפשרות נוספת העומדת למדינה היא פנייה לבית הדין לעבודה בבקשת צו מניעה כנגד העובדים כאשר השביתה איננה חוקית או שנפלו בה פגמים. אמצעים אלה אינם זמינים כאשר המעסיק הוא גוף פרטי. בתי הדין לעבודה נוטים בשנים האחרונות למעט בהענקת צווי המניעה משום שצו כזה פוגע בחירות העובדים ובכוחם אל מול המעסיק בעת המשא ומתן.

המדינה, כאמור, שונה בדרך כלל בתפקידה כמעסיק ממעסיקים אחרים, לא רק משום זהותה כריבון אלא גם משום אופיים הציבורי של השירותים שהיא מפעילה והמוצרים שהיא מספקת. גם אם מדובר בחברה ממשלתית המייצרת מוצר ומוכרת אותו לציבור, מטרותיה אינן מטרות רווח בלבד, ועליה לשקול שיקולים נוספים מעבר לרווח והפסד. מסיבה זו יש הצדקה להענקת יחס שונה ואף מקל יותר למדינה בניהול משרדיה ונכסיה. אולם אם המדינה מחליטה שיש לבצע שינוי המשפיע על תנאי העבודה או יחסי העבודה באחת מרשויותיה, וגם אם הסיבה לשינוי זה היא טובתו של המשק או הציבור כולו, המדינה איננה אמורה לפעול מחוץ לכללי משפט העבודה. כללים אלו, ניתנת לטעון, כבר מחילים התייחסות שונה למדינה כמעסיק, ודי בהם. בשנים האחרונות החלה להטשטש ההבחנה בין תפקידיה השונים של המדינה בשוק העבודה כריבון המסדיר את התחום וכשחקן ראשי בו. חקיקה ראשית לא נועדה לשמש כלי להשגת יעדים בעת משא ומתן של הממשלה כמעסיק מול ארגוני העובדים. כאשר נחקק חוק כגון חוק הנמלים, שמטרתו לקיים את הפרטת רשות הנמלים באופן הרצוי לממשלה וללא עיכובים והכשלות מצד הסתדרות העובדים, נוצר מצב שבו המדינה כמעסיק מפעילה את האמצעי הנתון בידיה בתפקידה כריבון במקום את האמצעים המקובלים העומדים לפניה כמעסיקה. טשטוש זה עלול לפגוע, לדעתנו, בתחום דיני העבודה בישראל בכמה מישורים.

הפגיעה בעובדים

בעיה עיקרית העולה משימוש המדינה בחקיקה באופן זה היא הגבלת התגובות האפשריות של העובדים לפעולה זו. דיני העבודה שואפים להעניק לכל צד במסגרת משא ומתן מעמד שווה - או לפחות למתן את אי-השוויון - כדי שיוכלו הצדדים להגיע להסכם הנתפס על ידיהם כהוגן. לשם השגת שוויון יחסי זה ניתנת לעובדים כלי השביתה כאמצעי לחץ לגיטימי שנועד לעודד את המעסיק לשבת עם העובדים לשולחן המשא ומתן ולהגיע לפשרה לגבי הנקודות השנויות במחלוקת. כאשר המדינה בוחרת בכלי החקיקה לאכיפת מטרותיה העסקיות, ולא למטרות כלל-ציבוריות הנוגעות בכללי המשחק שיש להסדירם בהסדר ראשוני, היא מנסה בעצם לעקוף את הצורך לשבת עם העובדים ולנסות להגיע עמם אל עמק השווה. המצדדים בדרך זו טוענים בשם היעילות וטובת הציבור, בשל הפגיעות שהשביתות המרובות גורמות למשק⁹ ובשל כוחם הגובר של ארגוני העובדים כמיעוט המנסה "לסחוט" את המדינה באופן בלתי דמוקרטי. אולם, לדעתנו, הפוטנציאל הרע הגלום בפעולה חד-צדדית של המדינה במסגרת יחסי העבודה, תחום של יחסים נמשכים האמורים להיות מבוססים על אמון ושיתוף פעולה, הוא גדול הרבה יותר מהמצב הקיים של מאבקים ושביתות תכופות, משום שהוא יאפשר למדינה אם תבחר בכך, לפגוע בזכויות רבות של העובדים בשם טובת כלל הציבור, ללא משא

9 להרחבה בנושא צווי ריתוק, צווי מניעה והשימוש בהם ראו מ' מירוני "צווי ריתוק ככלי להתערבות הממשלה בסכסוכי עבודה בשירותים החיוניים" משפטים טו (תשמ"ו) 350, 352 ואילך.

10 ראו ק' פינקלשטיין פתרון לשביתות במשק שימוש יעיל במוסד לבוררות מוסכמת 25 (לצפייה לחצו כאן); אותר באתר המכון ללימודים אסטרטגיים ופוליטיים מתקדמים בירושלים ובושינגטון, בכתובת <http://www.iasps.org/hebrew>.

ומתן ובלא שיוכלו העובדים לעשות כמעט דבר בנדון. השימוש בחקיקה שומט, למעשה, את היסוד ההסכמי מתחת למבנה שוק העבודה הציבורי. בהיעדר יסוד ההסכמה, נפגעת, לדעתנו, הלגיטימיות של ההעסקה הציבורית.

זאת ועוד: השימוש בחקיקה עלול להגביל את אמצעי התגובה העומדים לרשות העובדים. כידוע, מקובל לסווג את השביתות במשק לסוגים מספר, כגון שביתה כלכלית טהורה, שביתה פוליטית ושביתה מעין-פוליטית, ולפי שיוך זה לקבוע אם הן שביתות מותרות ומוגנות, ובאיזו מידה¹¹. כיצד עלינו לסווג שביתה כנגד חוק המשנה יחסי עבודה או שינויים מבניים בעסק, שינויים שהיו אמורים להיות מוסדרים בהסכם או בהתייעצות עם העובדים? ניתן לכאורה לטעון כי שביתה כנגד כל חוק מהווה שביתה פוליטית טהורה, ולפיכך אסורה. לדעתנו, אמנם השביתה מכוונת כלפי המדינה ונגד חקיקתו של חוק ראשי, אולם לא ניתן לראות בשביתה זו כשביתה פוליטית "טהורה". שביתה פוליטית אינה מוגדרת כלל כשביתה, משום שהיא איננה מכוונת כלפי המעסיק ואיננה עוסקת בתנאי עבודה או ביחסי עבודה, ולכן אינה זוכה להגנות המיוחדות ששביתות עבודה זוכות להן על פי חוקים שונים, כגון חוק הסכמים קיבוציים, ועל ידי בית המשפט¹². החקיקה שאנו מדברים עליה עוסקת באמת בשינוי תנאי עבודה או יחסי עבודה, ולכן לא ראוי שהשביתה נגדה תיחשב פוליטית. בשנים האחרונות חל שינוי בגישת בית הדין לעבודה בתחום זה, שהחל להכיר בלגיטימיות של שביתות נגד חוקים בעלי אופי כזה ולהחשיבן לשביתות "מעין-כלכליות"¹³ או לשביתות מעין-פוליטיות¹⁴.

אמנם שביתה מעין-פוליטית מכוונת נגד הריבון, אולם נושא השביתה איננו פוליטי בלבד אלא עניין המשפיע על תנאי העסקתם של העובדים¹⁵. שביתה מעין-פוליטית אינה נובעת מחופש השביתה וההתאגדות ממש אלא מושפעת יותר מחופש הביטוי. שביתה זו לא נועדה להפעיל לחץ כלכלי על המעסיק במסגרת משא ומתן קיבוצי אלא בעיקר להביע מחאה ועמדה פוליטית. לכן על שביתה כזאת להיות מצומצמת בזמן ובהיקף. אם תסווג שביתה כנגד חוק דוגמת חוק הנמלים כשביתה מעין-פוליטית, אמנם תהיה זו שביתה חוקית אך מוגבלת ביותר. בהקשר זה יצוין החשש כי אל מול שימוש גורף בחקיקה כגון חקיקת הנמלים והגבלת זכות השביתה, עלול להיווצר מצב של אי-ציות המוני לחוק על ידי עובדים, והדבר עלול ליצור מצב של אנרכיה, שהוא גרוע יותר מהמצב הנוכחי שבו אמנם השביתות תכופות ופוגעות במשק, אך קיים דפוס פעולה מוכר והצדדים חשים מחויבים לכללי משחק מסוימים.

יצוין כי הסיווג של שביתה כנגד חוק דוגמת חוק הנמלים כ"שביתה מעין פוליטית" אינו נקי מספקות. במצב שבו הממשלה היא גם המעסיק הישיר, והשימוש בחוק נועד להתגבר על הקשיים שבהם נתקלה במסגרת תפקיד זה, הרי שהשביתה היא כנגד המעסיק ולא כנגד הריבון. אם כך, מבחינה מהותית תהיה השביתה לגיטימית ואין הצדקה להגבלתה כ"מעין-פוליטית". ניתן לטעון שיש להבחין בין הממשלה, כרשות המבצעת, לבין הריבון שאותו הכנסת מייצגת, ולומר שהגוף שמעביר את החוקים איננו המעסיק הישיר, אולם במציאות הפוליטית בישראל טענה זו נאיבית למדי. במקרים רבים הממשלה יכולה להכתיב לכנסת אילו חוקים עליה לקבל בשל המשמעת הקואליציונית שבה נתונים רוב חברי הכנסת.

11 פ' רדאי "שביתות פוליטיות ושינוי יסודי במבנה הכלכלי של מקום העבודה" המשפט ב (תשנ"ה) 159.

12 בג"ץ 525/84 חטיב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673.

13 ג' מונדלק "שביתה מעין פוליטית, הוראה מעין פוליטית: הרהורים על הבחנות משפטיות והוראתן" עיוני משפט כה (תשס"ב) 343, 348. מונדלק מביא כדוגמה להגדרה זו את דב"ע 92/97-41 ארגון העובדים בעיריית תל אביב-יפו - עיריית תל אביב-יפו, פד"ע לא 109, שבו נאמר כי כל שינוי במבנה הארגוני מעורר חשש לפגיעה מיידית או עתידית בתנאי העבודה של העובדים, ולכן שייך לתחום שבו מותר לעובדים לשבות שביתה מוגנת.

14 ראו רדאי, לעיל הערה 11, בע' 163.

15 בג"ץ 1074/93 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485.

בשל הקשיים בסיווג שביתה כנגד חוק דוגמת חוק הנמלים כשביתה מעין-פוליטית, יש לבחון קטגוריות אפשריות אחרות. הקטגוריה הבסיסית בדיני עבודה מכונה שביתה כלכלית "קלאסית". אלא ששביתה כזו אפשרית אך ורק בגין תנאי העבודה של העובדים או יחסי עבודה; נושאים האמורים להיות מוסדרים במסגרת משא ומתן קיבוצי. תכלית שביתה כזו, כאמור, היא להוות אמצעי לחץ לגיטימי הנתון בידי העובדים לצורך השוואת יחסי הכוחות עם המעסיק בעת המשא ומתן. החלטות ניהוליות רבות, כגון שינויים מבניים והעברת בעלות בעסק, אינן נחשבות לנושאים שניתן לשבות בגינם, משום שהן חלק מן הפרווגטיבה הניהולית של המעביד. ייתכן, אם כן, שהשביתה תהא מכוונת נגד הממשלה כמעסיק הנכון (ולא כנגד המדינה כריבון), אולם תעסוק בעניינים שאינם כלולים ברשימת הנושאים הניתנים להסדרה במסגרת משא ומתן קיבוצי. בכך תאבד השביתה את מעמדה כשביתה כלכלית קלאסית. האם פירוש הדבר שהשביתה לא הייתה מוצדקת? ייתכן שניתן לקרוא לשביתה כזו שביתה "מעין-כלכלית"¹⁶. בשנים האחרונות החלו להישמע קולות מתוך האקדמיה ומן המוסדות השיפוטיים, המבקשים להרחיב את תחום הנושאים שלגביהם מותר לשבות. בית הדין הארצי לעבודה קבע לאחרונה בעניין ארגון העובדים בעיריית ת"א-יפו שכל שינוי במבנה הארגוני מעורר חשש לפגיעה עתידית בתנאי העבודה של העובדים גם אם מובטח להם כי לא ייפגעו בשלב זה¹⁷. במילים אחרות, שינוי מבני עכשווי שקול לשינוי מסתבר בתנאי העסקה עתידיים. המציאות ידועה: מחוץ לשירות המדינה יורדת מידת הביטחון התעסוקתי ועולה שאלת עצם תחולתן של זכויות אדם במערכת יחסי העבודה. היום זכויות אלה חלות במלואן כלפי מעביד ציבורי (או מעין-ציבורי), ואילו במגזר הפרטי נדרשים העובדים להיסמך על כמה חוקים ספציפיים, כגון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹⁸ וחוק מניעת הפליה במוצרים ובשירותים¹⁹, המגנים על הזכויות המנויות בהם במצבים המנויים בהם, ותו לא²⁰.

ראינו, אם כן, שהשימוש בחקיקה להסדרת יחסי עבודה ועניינים מבניים מקשה על העובדים בכל הקשור לזכותם לשבות כנגד שינוי חד-צדדי זה. מהם הכלים העומדים לרשות העובדים פרט לשביתה כנגד החוק?²¹ דומה כי דרך הפעולה המרכזית, פרט למאבק ציבורי, היא באמצעות פנייה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ותקיפת חוקתיות החוק. למרות המהפכה החוקתית שהשפיעה מאוד בשאלה העקרונית של מידת הביקורת השיפוטית האפשרית, בית המשפט העליון אינו ממחר לפרט חוק ראשי של הכנסת, אם הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות אינה קשה ביותר. וכך, במקום שבו ככל הנראה היה בית הדין לעבודה מתיר לעובדים לשבות וללחוץ על המעסיק להגיע עמם להסכם הוגן לו היה המעביד בוחר בדרך ההסכמית, יימנע בית המשפט העליון ממתן סעד אל מול חוק הקובע הסדר חד-צדדי מעין זה. נראה שאם תאמץ המדינה כעניין שבמדיניות לעקוף את שלב המשא ומתן עם העובדים באמצעות חקיקה, ייפגעו מאוד כל היתרונות שהשיגו דיני העבודה לעובדים במסגרת חירות ההתארגנות והיחסים הקיבוציים.

16 ראו מונדלק, לעיל הערה 13, בע' 346.

17 לעיל, הערה 13.

18 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

19 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

20 יש כאלה שקוראים לצמצום הפער בין הפרטי לציבורי בנושא זכויות אדם. ראו ד' ברק-ארוז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח (תשס"א) 209.

21 יוזכר כי אם ישבתו העובדים, תוכל המדינה (מלבד הניסיון להכריז על השביתה כלא חוקית) להשתמש בסמכותה ולהוציא צווי ריתוק. במצב זה יוכלו העובדים לפנות לבתי הדין לעבודה נגד צווי ריתוק, אך אלה בודקים בעיקר את סבירות שיקולי הגורם שהוציאם, ואינם מתערבים מעבר לכך. ראו בג"ץ 314/83 מכנס נ' שר הבריאות, פ"ד לט(4) 110.

בחינת חוקתיות הפגיעה

נעבור עתה לבחינה של הזכויות הנפגעות על ידי שימוש בחקיקה המרעה את תנאי העסקתם של העובדים²², ובכלל זה מבצעת שינויים מבניים הטומנים חשש סביר להרעה שכוז. הזכויות העיקריות הנפגעות הן **חופש השביתה וחופש ההתארגנות**, שכן, כאמור, שימוש בחקיקה מצמצם במידה ניכרת את יכולתם של העובדים לבחור בכלי השביתה ושומט את התכלית שביסוד ארגון העובדים: מה יועילו ארגוני העובדים אם לא יתנהל כלל משא ומתן שבו יוכלו להגן על זכויות העובדים? חופש השביתה וחופש ההתארגנות אינן זכויות הנחשבות היום לזכויות חוקתיות המוגנות בחוקי היסוד²³, אולם הן מוכרות ומוגנות על ידי בית הדין לעבודה זה שנים מספר. גם לגבי חירויות אלה יהיו שיבקשו לפרש את חוקי היסוד אחרת ולראות לפחות את חופש ההתארגנות כחלק מכבוד האדם²⁴. בכל אופן, **חופש החוים** נחשב כבר עתה לזכות המוגנת במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁵, ואף אפשר שחקיקה כזו תהווה פגיעה בזכויות קנייניות של העובדים²⁶.

אם אמנם תוכר חקיקה שכזו כפוגעת מעצם טיבה בזכות מוגנת, תידרש היא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אחד מתנאי פסקה זו הוא תנאי המידתיות, הדורש כי הפגיעה תקיים יחס של אמצעי מול מטרה, כי הפגיעה תהיה מינימלית, וכי הנזק שנגרם על ידי הפגיעה יהיה פרופורציונלי לתועלת הגלומה בפגיעה. בבואנו לנתח את המידתיות של החוק נוכל למצוא הכוונה²⁷ בכללי המשפט הבינלאומי ובאמנות עבודה שישראל חתומה עליהן²⁸, אמנות שמכוחן הוקמה בארגון העבודה הבין לאומי (ה-ILO) הוועדה להגנת חופש ההתארגנות. בעשור האחרון דנה הוועדה בחקיקה המפחיתה שכר במחוז בקנדה, ונקבע שמדובר בפגיעה לא מידתית בחופש ההתארגנות²⁹, משום שלא ניתנה הזדמנות הוגנת למציאת פתרון במסגרת משא ומתן. ההודעה על השימוש בחקיקה נמסרה לפני שהתחיל המשא ומתן בנושא, והיוותה אמצעי לחץ נגד העובדים. כמו כן, משך החוק והעבודה שלא היו מנגנונים להבטחת רמת חייהם של העובדים, היו לא סבירים. הדמיון למקרה שלנו רב, והקריטריונים שפותחו באותה החלטה יכולים לשמש את בית המשפט בבחנו את שאלת המידתיות של הפעולה במקרה שלפניו.

הזכות לחופש ההתארגנות אינה כוללת אך ורק את הזכות להיות חבר בארגון עובדים או להימנע מחברות, אלא במשמעה הרחב יותר המקובל היום, את הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי מול המעביד, לחתום על הסכמים קיבוציים ולפתוח בשביתה³⁰. הפגיעה אשר לטענתנו תיגרם לזכות זו עקב חקיקת החוק היא הסדרת נושאים של יחסי עבודה באופן חד-צדדי ולא במשא ומתן. הממשלה מבקשת לנקוט דרך זו בשל המצב הכלכלי הקשה במשק הישראלי, אולם גם בתקופות קשות יש לתת עדיפות למשא ומתן קיבוצי על פני כל חלופה אחרת. גם אם המגעים נכשלים, על ההסדרים החד-צדדיים להיות זמניים בלבד ופגיעתם פחותה ככל

22 לבחינה כללית של פגיעה בזכויות עובדים במסגרת חקיקה ראו א' רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 307.

23 ש' רבין-מרגליות "התכנית הכלכלית החדשה מנקודת המבט של משפט העבודה" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 285.

24 שם, בע' 279.

25 ראו רייכמן, לעיל הערה 22, בע' 310-311, וכן בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(4) 702.

26 ראו רייכמן, לעיל הערה 22, בע' 310. ראו גם דברי הנשיא אדלר בעס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה, האיגוד הארצי לקציני הים - צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97, 117 (יחס הוגן וענייני אל העובד מהמעסיק הוא חלק מזכות הקניין של העובד).

27 להחלטות הוועדה מעמד מנחה בלבד, אולם ניתן ללמוד מהחלטות הוועדה במקרים דומים באיזו מידה פעולות הממשלה הן מידתיות לפי הדין הבינלאומי.

28 אמנה מס' 87 בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן, 1948 כ"א 59, 249; ואמנה מס' 98 בדבר הפעלת עקרונות הזכות להתארגנות ולמיקוח קולקטי, 1949, כ"א 277, 453.

29 Canada (Case No. 1806) The Government of Canada (Yukon) presented by the Education International (EI) and the Yukon Teachers' Association (YTA), Report No.300 (Vol. LXXVIII. 1995, Series B, No.3) כפי שהופיע אצל רבין-מרגליות, לעיל הערה 23, בע' 290.

30 שם, שם.

הניתן³¹. עוד פחות ראוי לקבוע פרטים הנוגעים בתנאי העובדים בדרך זו כשמדובר בעניינים שלא נועדו להיות זמניים, כגון הפרטה.

כפי שצינו, לפי פרשנותו המקובלת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות לחופש התארגנות אינה נכללת במסגרתו, אולם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית גם לגבי פגיעה בזכות לא מנויה, או לנסות ולמצוא בחוק פגיעות בזכויות מוכרות ומוגנות יותר. אם החקיקה סותרת הסכמים קיבוציים תקפים, יש בה גם פגיעה בחופש החוזים. האיום שנוצר כבר בשלב קיום המשא ומתן על ידי הצהרת הממשלה כי תחוקק תכנית מפורטת ובלתי מתפשרת, מגביל את מרחב התמרון של הצד האחר ועלול לעלות לדרגה של חוסר תום לב במשא ומתן, אם לא כפייה כלכלית. יודגש, כי חופש ההתארגנות אינו כולל את הזכות להצליח במשא ומתן, אלא את עצם זכותם של העובדים לנהל, ונראה לנו כי חקיקה הבאה לעקוף קשיים ולחצים המתעוררים בעת משא ומתן אכן פוגעת בזכות זו, גם אם קודם לקבלתה נעשה ניסיון להגיע להסכם. בבואנו להעמיד את הפגיעה בחופש החוזים בתנאי פסקת ההגבלה יש להביא בחשבון את החוק הנבחן - אשר עשוי להיות חוק מאוון - כמו גם את החשש המערכתי כי דרך פעולה זו תהפוך לשגרה ובכך ייפגע מאוד חופש החוזים של העובדים, והפגיעה במרקם יחסי העבודה במדינה עלולה להיות חמורה.

מובן שהממשלה כריבון וכמעסיק רשאית להכניס שינויים מבניים במשק, אך לטענתנו, כמעסיקה, עליה לקיים לפני כן משא ומתן כן עם הארגון היציג של העובדים בלב פתוח ובנפש חפצה, בהתאם לחוק הסכמים קיבוציים. באופן כללי ראוי שתהיה הידברות של הממשלה עם ההסתדרות לפני מהלכים גדולים שישיעו על ציבור גדול של עובדים. גם חובה כזו אינה בגדר חובה חוקית, ולפיכך בידי המדינה הכוח המשפטי לבטל הסכם קיבוצי לפי החוק, הרי אימוץ עצמי של חובה שכזו הוא רעיון טוב, שכן בכך יימנעו שביטות שעלותן למשק רבה, ובכל מקרה יש באימוץ שכזה כדי להביא לשיפור היחסים בין הגורמים. באותו האופן, ניתן לבוא לעובדים בתביעה כי יימנעו מהשבתה כל עוד מתנהל המשא ומתן, ואם יבחרו לשבות תוכל המדינה להשתמש בכוח המסור בידיה. מציאות שיחסי העבודה בה אינם יחסים אדוורסריים ביסודם אלא מושתתים על הכרה הדדית בצורכי הצדדים, אינה נראית רק כמציאות יעילה יותר אלא משתלבת גם בהנחות היסוד שבבסיס הדמוקרטיה ההשתתפותית. כפי שנראה בתיאור פרשת הנמלים, אמצעי החקיקה שנקט גרם לחוסר אמון קשה מצד העובדים ואולי השפיע על יחסם הכולל למדינה ולחוקיה, קרע שעלול להחמיר בהמשך.

התמודדות מערכת המשפט עם חקיקה המחליפה הסכם

בבואנו לדון בתגובה אפשרית של מערכת המשפט לשימוש בחקיקה ככלי במסגרת יחסי העבודה, מתעוררות שתי בעיות מרכזיות. ראשית, עולה שאלת התומון. המציאות הפוליטית מראה כי לעתים עצם הגשת הצעת חוק ממשלתית להסדרת נושא מסוים המצוי, מהותית, במסגרת הנושאים המוסדרים במסגרת הסכמי העבודה, מהווה לחץ על ארגוני העובדים: "אם לא תיאותר להסדר המוצע על ידי הממשלה, תעבירו הכנסת בחוק על אפכם ועל חמתכם". האם ראוי שמערכת המשפט תתערב כבר בשלב הגשת הצעת החוק, על מנת להגן על השוויון היחסי בין הצדדים העוסקים במשא ומתן? גם אם מבחינה מהותית ייתכן שכן, הלכה היא כי בית המשפט אינו נוהג להתערב בהליכי החקיקה טרם שהתקבל החוק, משיקולי הפרדת רשויות³². האם יש להקים חריג להלכה זו?

בעיה נוספת עלולה להתעורר במישור הסמכות המוסדית. למי תהיה הסמכות להכריע לגבי חוק שמופעל ככלי במסגרת יחסי עבודה? כאשר לאזרח יש טענה כלפי הריבון, הפנייה המתבקשת היא לבית המשפט העליון

31 שם, בע' 291.

32 בג"ץ 761/86 מיערי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, בפסקה 6.

בשבתו כבג"ץ, אם כי תיתכן פנייה גם לערכאות כלליות אחרות.³³ אך בסכסוכי עבודה הגוף המוסמך לדון הוא בית הדין לעבודה, וניתן לטעון כי דיון בחוק שכזה, ובכלל זה בחוקתיות שלו,³⁴ מקומו בבית הדין הארצי לעבודה, ולו משום שטרם הדיון החוקתי יש לוודא כי מוצו האפשרויות הפרשניות המסירות את ההתנגשות החוקתית. האם לפנינו מצב של תחרות בין סמכויות? או שמא מצב של סמכויות מקבילות, או אולי אף סמכויות ייחודיות מקבילות?³⁵ כאשר המדינה פועלת הן כמעסיק והן כריבון, נוצר מתח גם במערכת המשפט. לא מן הנמנע כי במצב כזה יוגשו שתי תביעות בשני המקומות במקביל.

ייתכן שצריך למצוא פתרון חלופי לביטולו של חוק או למניעת חקיקתו. כך, למשל, אם יתוקנו דיני השביתה ויקשו על קיום שביתות במגזר הציבורי, ובייחוד בשירותים חיוניים שהציבור נזקק להם בדחיפות ושביתתם גורמת לנזקים גדולים למשק, לא יהיה לממשלה צורך לפעול בדרך החקיקה כאשר תרצה לבצע שינוי חיוני למשק או שינוי המתיישב יותר עם מטרותיה הכלכליות. אם יפעל בית הדין לעבודה לצמצום כוחם של הוועדים הגדולים במגזר הציבורי, אשר שולטים על שירות חיוני ומקשים על כל ניסיון להתייעלות, יהיה זה לעזר לממשלה בקיום מדיניותה, והמאבקים בין הצדדים יתבצעו בצורה מאוזנת יותר ללא צורך בחוקים בעייתיים מחד גיסא, וללא שביתות גדולות שגורמות נזקים משמעותיים למשק בתדירות גבוהה מאידך גיסא. אולי בסופו של דבר תהיה בכך תועלת גם לעובדים, שכן הציבור שבע השביתות ולחצי הוועדים עדיין יתמוך במאבק לגיטימי לשמירת זכויות העובדים במסגרת תכניות ההפרטה והייעול. כמובן, בטרם ייעשה שינוי כזה, יש להביא בחשבון את הפגיעה האפשרית בזכויות העובדים ואת השינוי שיחול במערכת היחסים בינם לבין הממשלה ולדאוג שהפגיעה תהיה מוערית, מוגבלת לשירותים חיוניים ובמידה שלא תהפוך את קיום השביתות למעשה שאינו בר-ביצוע.

ג. מקרה חוק הנמלים

משעמדנו על הניתוח התאורטי, נפנה לדיון במקרה הספציפי שלפנינו. למאבק עובדי הנמלים נגד האוצר יש היסטוריה ארוכה מאוד. בשנת 2001, למשל, זכו העובדים לתגמול של 38 אלף ש"ח ולתוספת של 10% לשכרם ה"זעום" (השכר הממוצע של עובדי הנמלים עומד על כ-20 אלף ש"ח), כאשר סיכלו ניסיון קודם להפרטת הנמלים. גם לאחר מכן השתתפו עובדי הנמלים בשביתות אחרות כחלק ממאבקי ההסתדרות והממשלה, שגרמו לנזקים של מיליארדי שקלים למשק. אחת הסיבות המרכזיות לכוחם של עובדי הנמלים היא שמדובר במונופול השולט באופן כמעט מוחלט על נמלי הים בישראל ועל הייבוא והייצוא של סחורות ומטענים במדינה. לטענת הממשלה, הדבר גורם לחוסר יעילות ולעלויות כבדות לכלל המשק, ולכן הוחלט במשרד האוצר לקדם שנית את רעיון ההפרטה, להתמודד עם עובדי הנמלים ביתר החלטיות ולהשתמש גם בחוק אם יהיה בכך צורך. בהארה זו לא נסקור את כל ההיסטוריה של המאבק בנמלים, ולא ניכנס לדיון הכלכלי-החברתי בשאלת ההפרטה ויעילותה, שכן זו שאלת מדיניות בעיקר, ולא שאלה משפטית.

עוד במהלך הצגת התכנית הכלכלית לשנת 2003 איימה הממשלה להסדיר בחקיקה נושאים שלא ניתן יהיה להגיע לגביהם להסכם עם הסתדרות העובדים. איום זה נבע מהיותה של הממשלה המעסיק הגדול במשק ותוך ניצול הרוב הקואליציוני שנהנית ממנו ממשלה מכהנת.³⁶ תחת איום זה הושג בסופו של דבר הסכם בין הממשלה וההסתדרות לגבי התכנית הכלכלית, שהוחל בחוק גם על מגזרי עובדים שאינם מיוצגים על ידי

33 ע"א 6821/93 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221.

34 בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נח(2) 943.

35 השוו בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 238-239.

36 ראו מ' מירוני "השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסבמיות ולהשגת שינויים מבניים - היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה" עבודה חברה ומשפט י (תשס"ד) 269.

ההסתדרות. אף על פי שבמקרה ההוא לא הוגשם איום החקיקה, נחשבה הפרשה לניצחון של האוצר ושל מדיניותו הקשוחה מול ההסתדרות. על כן אין פלא שהממשלה המשיכה לפעול בדרך זו גם בשנת 2004, שבה נחקק חוק הנמלים³⁷. בחוק זה הוגשם לבסוף איומה של הממשלה להסדיר שינוי מבני ויחסי עבודה באופן חד-צדדי, ונקבע תקדים בישראל. במהלך המשא ומתן בין הצדדים הוציא בית הדין הארצי לעבודה צו שאסר על עובדי הנמל לשובות ובמקביל אסר על הממשלה להמשיך בהליכי החקיקה³⁸ ונועד לאפשר לצדדים לנהל משא ומתן ללא הפרעות. הצו בוטל לאחר שעובדי נמל אשדוד סירבו לחזור לעבודה מלאה ועקב אי-קיום משא ומתן בתום לב מצד ועדי העובדים³⁹. עם הסרת העיכוב שהטיל בית הדין הארצי, אושר החוק בקריאה שנייה ושלישית בכנסת, ופרצה שביתה נוספת בנמלים. לאחר משא ומתן ממושך הוחלט על הקפאה זמנית של החוק לצורך המשך משא ומתן לגישור על הפערים בין הממשלה להסתדרות כפי שמאפשר סעיף 67 לחוק הנמלים, ונקבע שעד תום הזמן המוקדש למשא ומתן לא יהיו פעולות מצד מי מהצדדים. למרות הסכמת ההסתדרות לכך וקביעת בית הדין הארצי לעבודה שעל העובדים לחזור בינתיים לעבודה מלאה, המשיכו עובדי נמל אשדוד לעבוד בהיקף חלקי, והתנגדו להחלטת ארגון העובדים המייצג באותו המקרה, ההסתדרות. בינתיים הושגה לבסוף חזרה של העובדים לעבודה מלאה, והחוק החדש מוקפא לצורך משא ומתן בין האוצר להסתדרות.

כפי שניתן להבין מתיאור זה, הליך חקיקת החוק היה תקין כשלעצמו: החוק עבר בשלוש קריאות, ובין הקריאה הראשונה לבין הקריאה השנייה והשלישית התקיים דיון בוועדת הכספים של הכנסת. בית הדין הארצי לעבודה אף אפשר את המשך הצעדים לקבלת החוק. על פניו נראה גם שהחוק אינו סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוק-יסוד: חופש העיסוק, משום שהוא מבטיח בסעיף 49 את זכויות העובדים ומכיוון שכפי שצינו בפרק הקודם, חופש ההתארגנות והשביתה אינם מוגנים בחוקי היסוד על פי פרשנותם הנוכחית⁴⁰. אולם, כפי שטענו לעיל, בעצם השימוש בחקיקה ככלי חד-צדדי לשינוי הסכם קיבוצי קיים ולהסדרת נושאים שראוי לכלול בהסכם, יש משום פגיעה בהליך הראוי ובזכויות כגון חופש החושים והזכות לקניין. על כן יהיה על החוק לעמוד במבחני פסקת ההגבלה הכלולה בחוקי היסוד⁴¹, ונראה לנו שניתן יהיה לטעון שיש אמצעי פוגע פחות: פנייה לבורר מוסכם⁴² או הסדרה של שינוי ההסכם קיבוצי בהוראת שעה המוגבלת בזמן במקום בחוק (לפחות עד שיתבררו השלכות הפעולה על זכויות העובדים). גם על פי אמנות עבודה בינלאומיות שישראל חתומה עליהן והחלטות הוועדה להגנת חופש ההתארגנות⁴³, ניתן למדוד באיזו מידה מדינה רשאית לפגוע באופן חד-צדדי בזכויות עובדים, ונראה כי חוק הנמלים חורג במעט ממידה זו. למרות כל זאת, לדעתנו, חוק הנמלים עדיין ייחשב כחוקתי. כאמור, סעיף 49 לחוק מגן על הזכויות הנוכחיות של העובדים, ולפי סעיף 67 ניתן לדחות את יישום החוק לתקופה של שישים יום לצורך קיום משא ומתן.

אולם לדעתנו, אין בכך תחליף להסכם קיבוצי עם העובדים המבטיח את זכויותיהם, מכיוון שבמסגרת החוק ניתן להעביר את העובדים לעבודה תחת גורם אחר והם יהיו חשופים לפגיעה בזכויותיהם מצדו. לכן, אף על פי שהחוק אינו משפיע במישרין על תנאי העבודה של עובדי הנמלים, הרי שהעברתם לידי גוף אחר, אפילו

37 אף על פי שהליך החקיקה החל בסוף שנת 2003 עם אישור החוק בקריאה ראשונה בכנסת.

38 דב"ע סק 12/03 רשות הנמלים נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (טרם פורסם, ניתן ביום 10.10.2003). על הבעייתיות בפסיקה של בית הדין הארצי לעבודה המעכבת חקיקת חוק, ראו הפרק הקודם.

39 שם, בפסק דינה של השופטת אלישבע ברק-אוסטסקין.

40 ראו לעיל, הערה 23 והכתוב לידה.

41 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

42 ראו פינקלשטיין, לעיל הערה 10.

43 ראו לעיל, הערות 28-29 והכתוב לידן.

תהיה זו חברה ממשלתית בשלב הראשון, מחייבת משא ומתן עם העובדים בשל פגיעה בהסכמי עבודה קיבוציים שחלק בסיסי ממה שהוסכם בהם היה בשל זהות המעסיק - רשות ממשלתית הנחשבת למעסיקה בטוחה ויציבה במיוחד. ייתכן שנעשה ויתור על שכר או על תנאי עבודה אחרים מצד העובדים מאחר שרשות הנמלים היא רשות ממשלתית ובשל הביטחון התעסוקתי הנובע מכך. העובדים יוכלו לדרוש בעתיד מהמעסיק החדש שמירה על הזכויות שהיו להם, אולם הם יגיעו למשא ומתן מעמדת חולשה משום שכל נמל יפעל אז בצורה עצמאית. זו בעצם מטרתה העיקרית של ההפרטה בנמלים - להחליש את כוחם המונופוליסטי של הוועדים. אמנם הם יוכלו לפעול עדיין דרך ההסתדרות, אך לדעתנו, סביר להניח שבשל תנאי עבודה שונים בכל אחד מהנמלים יהיה קשה יותר לרתום את כל עובדי הנמלים למאבק משותף, מה גם שאפשר כי חלק ניכר מהעובדים החדשים יהיו עובדי קבלן שלא יצטרפו לשביתה.

במקרה זה לא היתה פנייה לבג"ץ או לוועדה הבינלאומית להגנת חופש ההתארגנות, משום שלאחר שפרצה שביתה נוספת הוסכם על הקפאת החוק לעת עתה. הדבר מנע דיון על חוקתיות החוק בבית המשפט העליון, מצד אחד, והראה את חוזקם של עובדי הנמלים, מצד אחר. כך נוצרה תוצאה הפוכה ממה שניתן היה לצפות: העובדה שחקיקת החוק לא מנעה את השביתה המחודשת של העובדים ושהממשלה נאלצה להקפיא אותו, מלמדת על כוחה המוגבל של החקיקה. עד כה לא נכנס חוק הנמלים לתוקף. לדעתנו, חוק המשמש ככלי לחץ ואיום במסגרת משא ומתן בלבד, ולאחר חקיקתו הוא אינו מוחל כלל, גורם לפגיעה במעמדו של החוק במדינת ישראל. אפילו מנקודת המבט הכלכלית לא היה לצעד זה יתרון משום שתקוותה של הממשלה לשבור בכך את השביתה ולחסוך לעצמה משא ומתן ארוך וקשה לגבי כל פרטי התכנית נכזבה גם היא. אילו היו הצדדים מסכימים על עיקרי התכנית ואחר כך היה נחקק החוק, לא היו נפגעים סדרם התקין של דיני העבודה ומעמדו של שלטון החוק כולו בישראל, והחוק שהיה מתקבל היה כבר נכנס לתוקפו.

ניתן לומר שבמקרה זה לא היתה בחוק פגיעה קשה מדיי בזכויות העובדים אלא בעיקר בביטחון התעסוקתי שלהם. הביטחון התעסוקתי של העובדים למעשה היה נפגע בכל מקרה של הפרטה, גם אם היה זה בהסכם עם ההסתדרות. כמו כן, לא נטען בבית הדין לעבודה כי אסור לעובדים לשבות מכיוון שמדובר בשביתה פוליטית נגד חוק. להפך, אף על פי שבית הדין הארצי התייחס לשביתה נגד החוק כאל אמצעי לגיטימי במסגרת סכסוך עבודה רגיל, לא נשמעו העובדים להוראותיו ואפילו לא נענו בתחילה להחלטות ההסתדרות על גמר השביתה. כלומר במקרה דנן הסכנה היתה הפוכה, והפרשה מקרבת אותנו למצב של אנרכיה שבו אנשים לא יצייתו לחוקים של הכנסת ולהוראות של בית המשפט. אף על פי שחוק זה לא הגשים את כל הסכנות שהצגנו בדיון התאורטי בבעיה זו, אנו מאמינים שהוא מהווה "מדרון חלקלק", בדומה למה שהיה עם חוק ההסדרים במשק: בתחילה הוא היה מצומצם ביותר, אך עתה הפך לכלי חזק ביותר של האוצר להקפאת חוקים, לשינויים או לאי-יישומם במקום שהדבר ייעשה בהליכי חקיקה רגילים, וכך נפגעו הליכים אלו⁴⁴. עדיין לא ניתן לראות הידרדרות כזו בענייננו, אך מדובר בחוק ראשון שנחקק בדרך זו, והחשש הוא שחוקים בעתיד יפגעו בצורה קשה יותר בזכויות העובדים. אם ימצא בית המשפט כי חוק הנמלים חוקתי, או אם ייכרת לגביו בסופו של דבר הסכם, לא יוכלו בעתיד העובדים להתגונן בטענות הכלליות שהצגנו נגד השימוש בחקיקה למטרה מעין זו בשל התקדים של חוק הנמלים. רוב העובדים שייפגעו בעתיד באופן זה לא יהיו חוקים כמו עובדי הנמלים ויתקשו יותר להגן על זכויותיהם, וייתכן אף שהחוק עצמו ימנע אפשרות

44 כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין מגדלי העופות, לעיל הערה 3.

לשביתה נגדו⁴⁵. יש לזכור שהחשש הזה הוא אפשרות עתידית ולא ממשית ברגע זה, ותמיד קיימת האפשרות שהמחוקק או בית המשפט ישנו את מדיניותם, והחוק יהיה רק אפיזודה חולפת ולא משמעותית בתולדות המשפט הישראלי.

ד. סיכום

הארץ חקיקה זו עוסקת בחוק הנמלים וברקע שלו, אך היא נועדה להצביע באמצעות דוגמה זו על תופעה רחבה יותר המתרחשת לאחרונה בישראל וצוברת תאוצה: טשטוש הגבולות המפרידים בין תפקידיה השונים של הממשלה בתחום יחסי העבודה כשהיא המעסיקה, ופנייתה החוזרת ונשנית לפתרונות של חקיקה ראשית בבעיות של יחסי עבודה במקום לכלים המקובלים מתחום משפט העבודה. דוגמאות נוספות לתופעה זו הן החוק שהסדיר את תשלום המשכורות לעובדי הרשויות המקומיות⁴⁶, והצעתו של השר פורז שלא לשלם להם פיצוי על הלנת שכר⁴⁷. במאמרנו הזכרנו מאפיינים ההופכים את המדינה לשונה ממעסיקים אחרים בכך שעליה להבטיח לעובדיה זכויות מסוימות, אך גם לשקול שיקולים שאינם כלכליים בלבד ולדאוג לתפקודו של המשק כולו ולא רק למפעליה ולעובדיה שלה. לדעתנו, אין בכך כדי להצדיק ניסיון לרוקן מתוכן את חופש ההתאגדות במגזר הציבורי ולפעול על דרך של חקיקה בכל פעם שמתעורר סכסוך בין הממשלה לעובדיה, האמור להיפתר במשא ומתן ובהסכמים קיבוציים.

אף על פי שהאיום והשימוש בצעדי חקיקה לפתרון סכסוכי עבודה לא הוכיחו את יעילותם במקרה הזה, הרי שלאור גישת הממשלה נראה שיוסיפו להשתמש בהם בעתיד, על אף הנזק הרב שייגרם, לדעתנו, לדיני העבודה ולתקינות יחסי הכוחות במשק הישראלי. על כך יש להוסיף את הנזקים הכלכליים שייגרמו עקב השביתות ועקב אבדן האמון בהסכמים שנחתמו באישור הממשלה ואבדן השליטה של ההסתדרות על העובדים שהיא מייצגת. לבסוף הזכרנו גם את ביזיון חוקי הכנסת שנגרם כאשר החוק הופך להיות אך כלי הניתן להקפאה ולשינוי במשא ומתן בין הממשלה להסתדרות.

לדעתנו, על הממשלה והכנסת להימנע בעתיד משימוש בחקיקה כדי להסדיר יחסי עבודה עם קבוצת עובדים מסוימת שהמדינה מעסיקה. ראוי יהיה להשתמש באמצעים אחרים, ראשית דרך המלך שהיא משא ומתן שתוצאותיו יכובדו על ידי שני הצדדים, ואם אמצעי זה אינו משיג את מטרתו - אמצעים אחרים שזוכרו וקיימים כבר עתה במסגרת דיני העבודה. אפשרות אחרת העומדת בפני הממשלה היא שינוי כללי של דיני השביתה באמצעות הגדרה מאוזנת יותר של גבולות הזכות לשביתה, ובלבד ששינוי זה ייעשה בצורה מידתית תוך בחינת זכויות העובדים אל מול זכויותיהם של שאר אזרחי המדינה, או במציאת דרך שתגביל את כוחם המונופוליסטי של ועדי העובדים החזקים במשק כדי להקל על הממשלה לקיים את מדיניותה הכלכלית, אך תפגע בחופש ההתאגדות בצורה מידתית הרבה יותר. אפשרות נוספת היא הקמת מנגנון לפתרון סכסוכים תוך שיתוף פעולה עם ההסתדרות, למשל הענקת כוח אמת למוסד לבוררות מוסכמת⁴⁸ וחיוב לפנות אליו בעת סכסוך עבודה במגזר הציבורי; קבלת מעין "אמנה חברתית" בין עובדים ומעסיקים שתמנע צעדים חד-צדדיים;

45 מובן שבמקרה כזה אפשר שייקבע שהחוק אינו חוקתי, אך עדיין ייתכנו צעדי ביניים שלא יאסרו שביתה באופן ישיר, אלא ייצרו מצב שבו בפועל לא תיתכן שביתה בשם הגנה כביכול על זכויות חוקתיות, כגון הקניין. יש לזכור עוד שבית המשפט העליון אינו שש לבטל חוקים של הכנסת.

46 חוק יסודות התקציב, לעיל הערה 4.

47 ראו ר' סער "פורז: למנוע בחוק פיצויי הלנת שכר מעובדי הרשויות" הארץ Online 12.9.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://www.haaretzdaily.com/hasite/spages/476533.html?more=1>).

48 ראו פינקלשטיין, לעיל הערה 10.

או אפילו החלטה משותפת על "שביתה וירטואלית"⁴⁹ - בייחוד בעניינים הניתנים למדידה מבחינה כלכלית ואשר שביתה בהם גורמת לנזק רב למשק. כל אמצעי חלופי להפחתת כמות השביתות במשק ובייחוד במגור הציבורי יגרום, לדעתנו, לנזק מועט יותר מזה שיביא שימוש יום-יומי בחקיקה לפתרון סכסוכי עבודה שבהם הממשלה מעורבת כמעסיקה.

49 בענפים הניתנים להערכה כלכלית, כדוגמת הנמלים, העובדים יעבדו כרגיל, אולם מרגע שהוכרזה ה"שביתה הווירטואלית", הם יחתמו על טפסים בתחילת כל יום עבודה, והממשלה תיאלץ להביא בחשבון את הנזק הפוטנציאלי שנגרם למשק. מובן שלצורך כך יידרש שיתוף פעולה בין הצדדים.