

משפט העבודה בישראל ודין האיחוד האירופי: בין חשיפה להשפעה

מאת

ליאור זמר ונטע נדיב*

תכיפות השינויים בתעשייה ובשוק העבודה המקומי והגלובלי הביאו לפתחם של בתי הדין לעבודה סוגיות אשר מחייבות עיון מתחדש בעקרונות משפט העבודה והתאמה של פרשנות הדינים לצרכים החברתיים שסוגיות אלה מעלות. בדרכם לעיון באתגרים אלה, בתי הדין מזמינים אל התהליך הפרשני מקורות משיטות משפט זרות, באופן שחושף, ולעיתים משפיע, על הבנתו והתפתחותו של משפט העבודה המקומי. הלכה למעשה, ניכר כי הפסיקה בתחום משפט העבודה בישראל עיצבה עקרונות רבים, בהיעדרה של חקיקה מתאימה, אשר ביטאה, ואף אימצה, עקרונות מנחים ממשפט העבודה בשיטות זרות. מחקרים הבוחנים את השפעת המשפט הזר על התפתחות המשפט בישראל התמקדו בשיטות המשפט המרכזיות שעליהן נבנה ושמחן עודנו נוהג לשאוב מקורות פרשניים. בכך הנציחו מחקרים אלה את שיטות המשפט המרכזיות ונמנעו מלבחון מכלול של שיטות, ובניהן את משפט האיחוד האירופי. האיחוד האירופי מייצג 28 מדינות המרכיבות את גוש המדינות הדמוקרטיות הגדול בעולם, שיטת משפט מגובשת אחת, וברקע עובדות כגון היות האיחוד האירופי שותף הסחר המרכזי של מדינת ישראל, קרבתה הגאוגרפית, הפוליטית,

* פרופ' חבר, סגן דיקן, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (המרכז הבינתחומי הרצליה):

ד"ר למשפטים, ראש הקליניקה לסיוע פרטני וקהילתי, מרצה בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (המרכז הבינתחומי הרצליה); ובאוניברסיטה העברית, וחוקרת אורחת, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת אוקספורד, אנגליה. מאמר זה עבר תהליכים מספר בעשור האחרון. נבקש להודות, על הערות מועילות בשלבים שונים של כתיבת המחקר, לאריה רייך, שרון פרדו, גיא הרפז, סוזי נבות, דיויד זרינג, אהרן ברק, דניאלה קרוסו, דפנה ברק-ריצ'מונד, עמיחי מגן, תומר ברודי, יורם שחר, משה בר ניב, עידו פורת, גיא דוידוב ועינת אלבין. תודות למתן סטמרי, ענת ליאור, עידן אורליצקי, שייך שחם, שגיא לפיד, נטלי סמסון, עמית אלעזרי, עידו צאנג, אמה הול, נטלי שניידר, עידו מור-חיים, גייסון רוזנברג, עדן יגזאו, אלמוג לוי, מאי ארלובסקי ואון דבורי, על מחקר מעולה וביקורת על נוסחים קודמים של המאמר. תודה מיוחדת לעורכים ולחברי המערכת של כתב העת **דין ודברים**, כמו גם לקורא החיצוני, על הסיוע המקצועי בעריכת הרשימה. כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בתאריך 4.4.2020, אלא אם כן נכתב אחרת.

המשפטית וההיסטורית של ישראל למדינות האיחוד האירופי, לרבות מעמדה המיוחד של מדינת ישראל באיחוד האירופי. למרות השוני המשפטי וההיסטורי בין המדינות החברות בו, האיחוד פועל לקירוב דינים כמעט מלא, בדרכו להסרת חסמי סחר ומניעת פגיעה, בין היתר, בחירויות התנועה של אנשים ועובדים. מטרת אלה מחייבות את האיחוד האירופי להאיץ אינטגרציה משפטית בתחום העבודה בין המדינות החברות ולשכלל את מערכת הדינים, על מנת לספק מנגנונים אחידים לפתרון אתגרים חדשים בתחום העבודה.

מחקר זה הוא חלק ממחקר רחב המבקש לעמוד על מופעי האיחוד האירופי בפסיקה הישראלית ולהראות את ההסתמכות של ערכאות משפט העבודה על משפט האיחוד האירופי כשיטת משפט מגובשת אחת, כארגון "על-עולמי". המחקר מתבסס על מאגר נתונים ייחודי וראשון מסוגו, אשר בוחן את כלל המופעים של משפט האיחוד האירופי בפסיקה בערכאות הגבוהות של משפט העבודה, בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון, שבהם הופיעו מקורות נורמטיביים ממשפט האיחוד האירופי. ניתוח ממצאים אלה יעיד על הטענה בדבר השפעתו של משפט האיחוד האירופי, כשיטת משפט עצמאית ומגובשת, על התהוות נורמות במשפט העבודה בישראל ויחזק טענה זו.

המחקר יחולק לשלושה חלקים. **החלק הראשון**, בפרק ב, בוחן את המאפיינים הייחודיים שעיצבו את התפתחות משפט העבודה באיחוד האירופי ובישראל. חלק זה דן במקומה של חקיקת המגן בעיצוב משפט עבודה קוגנטי וביחודה של ערכאות משפט העבודה כערכאה שיפוטית נפרדת, כחלק מהרקע לפרקים הבאים. פרק ג, הוא **החלק השני**, סוקר מופעים בולטים של משפט האיחוד האירופי במשפט העבודה בישראל ומציע בחינה ביקורתית של שמונה נושאים מרכזיים הנמצאים בליבת העשייה השיפוטית בתחום משפט העבודה, והאופן שבו הושפעו נושאים אלה מייבוא דוקטרינות ועקרונות שמקורן במשפט האיחוד האירופי. **בחלק השלישי** יוצגו המתודולוגיה והנתונים הכמותיים שנאספו, אשר ממשיכים ומחזקים את הטענות שהועלו במאמר.

בשונה ממאגרי נתונים קיימים, המאגר המוצג במאמר כולל את כל פסקי הדין שניתנו בערכאות משפט העבודה, לרבות כל ההפניות למקור נורמטיבי מחייב של משפט האיחוד שהתרחשו בערכאות משפט העבודה. מחקר זה הוא ראשון מסוגו בישראל ובעולם, אשר בוחן את הפרדיגמה של משפט העבודה המקומי במדינה שאינה חברה באיחוד האירופי, כפסיפס של השפעות ממשפט האיחוד האירופי, כשיטה על-מדינתית, ומאפשר לבחון לראשונה את מקומו, קרנו ומעמדו של משפט האיחוד האירופי במשפט העבודה בישראל.

א. הקדמה. ב. המאפיינים הייחודיים שעיצבו את התפתחות משפט העבודה – באיחוד האירופי ובישראל. ג. מופעים בולטים של משפט האיחוד האירופי במשפט העבודה הישראלי; (1) הגדרת המונח עובד; (2) משפט העבודה הקיבוצי וזכות השביתה; (3) חילופי מעסיקים; (4) שעות עבודה וימי חופשה; (5) עקרון השוויון לעניינם של להט"בים; (6) העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי; (7) גיל פרישה מעבודה; (8) פרטיות במקום העבודה. **ד. נתונים כמותיים –**

השפעת שיטת המשפט של האיחוד האירופי על שיטת המשפט הישראלית;
(1) מתודולוגיה; (2) ממצאים. ה. סיכום ומסקנות.

א. הקדמה

תרומתו של הדין הזר להתפתחות המשפט הישראלי, אינה מוטלת בספק. כמעין עבודת שיבוץ אבני פסיפס ממקורות מגוונים, המרחב המשפטי הישראלי, שואל ומטמיע עקרונות משיטות משפט זרות.¹ בין יתרונותיו, השימוש בדין הזר מאפשר בחינה מחודשת של עקרונות משפטיים מסורתיים והתאמתם למציאות החברתית המשתנה, ובכך מאפשר לשופטים להתבונן על סוגיות משפטיות באופן רחב יותר ולשיטת המשפט בישראל להתפתח באופן שמשמר אותה כרלוונטית ברמה הבין-מדינית והבין-לאומית.² מחקר זה יבקש להראות כיצד משפט העבודה בישראל, החשוף להשפעה של שיטות משפט אחרות ומבוסס לא רק על ייבוא של חקיקה אלא גם על הטמעה שיפוטית של נורמות שפותחו בדין הזר,³ נעזר במשפט האיחוד האירופי. בדומה לדיון בתחומי משפט אחרים, גם במשפט העבודה האחריות לפיתוח הדין והתאמתו אל המציאות החברתית והכלכלית רובצת הן לפתחו של המחוקק והן לפתחם של בתי

1 יורם שחר "מרחב הסמן של בית המשפט העליון, 1950–2004" הפרקליט נ (תשס"ח) 29; יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט עליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ו – תשנ"ז) 119; פבלו לרנר "המשפט המשווה בעידן של הרמוניזציה" ספר אורי קיטאי (בועז סנג'רו עורך, תשס"ח) 131, בעמ' 132–135; קונרד צוויגרט "משפט השוואתי וקידום הדין" עיוני משפט ב (תשל"ב–תשל"ג) 607, בעמ' 608; דפנה ברק-ארוז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד (תשס"ח) 81; מרדכי ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" מחקרי משפט כא (תשס"ד–תשס"ה) 89, בעמ' 91; Suzie Navot, "Israel: Creating a Constitution – The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994–2010)", *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau - eds., 2013) 5; Iddo Porat, "The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication", *Israeli Constitutional Law in the Making* (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 151. ובאופן נקודתי על מתודולוגיה לבחינת משפט העבודה: Guy Davidov, "Special Issue: Labour Law: Research Methodologies Editors' Introduction", 33 *Int'l J. Comp. Lab. L. Indus. Rel.* 1–5 (2017). אומנם השתייכותה של ישראל למדינות ה OECD מחייבת לעיתים הכפפה של המשפט הישראלי לנורמות אירופאיות בנוגע לזכויות אדם, אך אין מדובר באיחוד האירופי, ולכן לא נעסוק במסגרת המאמר בגוף זה, כמו גם במועצת אירופה, שמכוח הקמתה קם בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, או באמנת מינכן.

2 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197.

3 ברק-ארוז (לעיל, הערה 1) בעמ' 85. ברק-ארוז מאזכרת גורמים נוספים בהקשר הישראלי שגרמו לפתיחות רבה יחסית לפנייה לשיטות משפט אחרות ולשימוש בהן.

המשפט, ובכלל זה ערכאות משפט העבודה.⁴ במקום שבו החוק אינו מסדיר מצבים משפטיים או קופא וחדל מלהיות כלי שרת פרשני, מערכת בתי המשפט מחויבת לשקול מחדש את ההלכה הנוהגת והסדרתה.⁵ בתפקידם זה פונים בתי המשפט לדין הזר, אשר חושף התהוות של דוקטרינות חדשות ושינוי של עקרונות בסיסיים, ולעיתים משפיע על כך.⁶ דוגמאות לכך ממשפט העבודה הישראלי כוללות את הגדרת "מיהו עובד", משפט העבודה הקיבוצי, שעות עבודה ומנוחה, עקרון השוויון בעבודה, דוקטרינת העדפה מתקנת וכן גיל פרישה מעבודה.⁷

סביבת העבודה השתנתה, ועודנה משתנה, באופן דרמטי, והתפתחותם של דפוסי עבודה חדשים היא תופעה אוניברסלית, אשר מושפעת, בין היתר, מהגירה וניידות עובדים בין המדינות השונות.⁸ הצורך לעמוד בתחרות הגוברת בשוק העבודה, מבית

4 על המורכבות בהטמעה של משפט האיחוד האירופי אל תוך מדינות האיחוד כדוגמה למורכבות שימוש בדין זר ראו: Ralf Rogowski, "The European Social Model and the Law and Policy of Transitional Labour Markets in the European Union", *The European Social Model and Transitional Labour Markets: Law and Policy* (Ralf Rogowski - ed., 2008) 9; Brian Bercusson, "General principles of enforcement of European labour law", *European Labour Law* (Brian Bercusson - ed., 2009) 401; Aristeia Koukiadaki, "The Legacy of the Economic Crisis for Labour Law in Europe", *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 64.

5 יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות, "טיפים" משפטים לה (תשס"ח – תשס"ט) 107, בעמ' 124. הכותבים דנים בשאלה כיצד בתי פעלו המשפט, בהיעדר הסדרה בחוק של מושג ה"תשר", ליצירת הגדרה נדרשת.

6 סקירה כללית על תנודות בזכויות העובד ובהגדרות יסודיות בתחום משפט העבודה ראו: Judy Fudge & Guy Mundlak, "Justice in a Globalizing World: Resolving Conflicts between Workers' Rights beyond the Nation State", *Global Justice and International Labour Rights* (Yossi Dahan, Hanna Lerner & Faina Milman-Sivan - eds., 2016) 58; לדוגמה ספציפית להתהוות דוקטרינה חדשה לעניין זמן עבודה וגמישות העסקתית ראו: Tobias Nowak, "The turbulent life of the Working Time Directive", 25 *Maastricht J. Eur. Comp. L.* (2018) 118, p.129.

7 ראו בהרחבה בפרק ג למאמר זה.

8 Brian Bercusson, "European labour law and the social dimension of the European Union", *European Labour Law* (Brian Bercusson - ed., 2009) 401; Dagmar Schiek, "Comparing Labour Laws in the EU Internal Market: A Social Actor Perspective", 33 *Int'l J. Comp. Lab. L. Indus. Rel.* (2017) 141. ראו את ההצעה של הפרלמנט האירופי והמועצה: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD), 20.06.2019. הוראות הדירקטיבה החדשה, Directive (EU) 2019/1158, מערכנות את חוקי העבודה באיחוד האירופי בהתאמה לעולם העבודה החדש. הדירקטיבה מסדירה, בין היתר, העסקה גמישה של עובדים בחוזים ללא התחייבות לשעות עבודה (חוזים של אפס שעות עבודה) ועבודה מהבית.

ומחוץ, השימוש הגובר בשיטות מיקור החוץ ובהוצאת הייצור למדינות אחרות, הגידול במספרם של מהגרי העבודה – כל אלה ועוד מציבים אתגרים חדשים בבחינת תחולתם של משפט העבודה וההסדרים הקיימים.⁹ בעידן הגלובלי עבר שוק העבודה תהליך של "הגמשה", שבניגוד לשוק העבודה המסורתי אינו כולל הסכמי שכר קיבוציים שהושגו על ידי איגודי עובדים חזקים. להתפתחות זו יש להוסיף את הקמתם של גופים בין-לאומיים ועל-מדינתיים, דוגמת הקהילה הכלכלית האירופית ולאחריה האיחוד האירופי, שחייבו יצירת התאמה בין גישות משפטיות ותרבותיות שונות. תהליכים אלה באים לידי ביטוי ביתר שאת באיחוד האירופי, כארגון על-לאומי שבו נעים בחופשיות עובדים, הון, סחורות, שירותים ומידע.¹⁰ מאפיינים אלה מחייבים קירוב דינים אופטימלי

9 Madeleine Sumption, "Labour Immigration After Brexit: Questions and Trade-Offs in Designing A Work Permit System for EU Citizens", 33 *Oxf. Rev. Econ. Pol'y* (Supp. 1) (2017) 45, pp. 45–53; Martin Kahanec & Klaus F. Zimmermann, *EU Post-enlargement Migration and the Great Recession: Lessons and Policy Implications* (Martin Kahanec & Klaus F. Zimmermann - eds., 2016) pp. 419–445. למחקרים נוספים בנושא ההשפעה של יציאתה של בריטניה מהאיחוד ראו: <https://publications.europa.eu/en/web/general-publications/brexit>

10 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 45, May 9, 2008, O.J. (C115) 47. על המאפיינים הייחודיים של ארגון ומבנה האיחוד האירופי ראו נלי מונין **משפט האיחוד האירופי אחרי אמנת ליסבון** (תשע"ב) בעמ' 16; ליאור זמר ושרון פרדו "הרהורים על אקטיביזם שיפוטי: מקרה בית-המשפט האירופי" **משפט ועסקים** ז (תשס"ז) 203, בעמ' 212–215, 227 – 228. נוסף על כך ראו: אריה רייך, "משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומוסדות", **משפט בינלאומי** (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, תשע"ו) 129, בעמ' 163 (להלן: רייך, "משפט האיחוד האירופי"), שם עומד רייך בהרחבה על עליונותו של האיחוד האירופי תוך שהוא בוחן את העיקרון ואת האופן שבו הוא התבסס בפסיקה של בתי המשפט. מאמרו של רייך עומד על הייחודיות של האיחוד האירופי כארגון "על-לאומי" ועל חשיבותו לישראל, אך בשונה ממאמרנו, אינו סוקר את ההשפעה האפשרית על מדינות שאינן חברות באיחוד; אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא" **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 17; Guy Harpaz, "EU-Israel and the European Neighbourhood Policy: Legal and Economic Implications", 31/4 *Legal Issues of Economic Integration* (2004) 257, p. 274. וראו גם: גיא הרפז "מדיניות השכנות האירופית של האיחוד האירופי" **משפט ועסקים** ד (תשס"ו) 431, בעמ' 439–442, 448–455, שם טוען הרפז ש"קירוב דיניה של מדינת ישראל לאלה של האיחוד האירופי עשוי להסב תועלת רבה למדינת-ישראל וכלכלתה". ראו באופן כללי בספרות העוסקת במבנה הממשלי של האיחוד האירופי ומקומו בזירה הגלובלית, בין השאר באופן השוואתי, למשל: Daniel Thym, "Towards International Migration Governance? The European Contribution", *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension* (Bart Van Vooren, & Steven Blockmans & Jan Wouters - eds., 2013) 289. ראו בהרחבה את ספרו של Mancini העוסק באתגרים של האיחוד האירופי מול המקרה של המדינה ובין היתר בנושא השפעת חוק הקהילה על חוק התעסוקה של המדינות החברות: G.F. Mancini, *Democracy and constitutionalism in the European Union: Collected Essays* (2000)

ועקבי, כאשר ברקע מתרחשים תהליכי גלובליזציה כלכלית אשר משפיעים על אופיו של שוק העבודה ועל מעמד העובד במדינות הרווחה המפותחות.¹¹ הבדלים רבים קיימים בין שיטות המשפט השונות בהקשר של עקרונות משפט העבודה. עם זאת, התפיסה המודרנית מתייחסת לתחום העבודה כחסר גבולות וכמאפשר התניידות אנושית גלובלית, אשר מעצימה את החשיבות בהתאמת משפט העבודה המדינתי לזירה העסקית-מסחרית הבינ-לאומית המתגבשת.¹² לצד תפיסה של גלובליות והסדרים חקיקתיים ישנים באופן יחסי, המאותגרים במציאות משתנה, מוצאות ערכאות משפט העבודה מקום להיעזר בדין הזר בכלל ובמשפט האיחוד האירופי בפרט. ואכן, השפעתו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות משפט העבודה בישראל היא דוגמה מובהקת לחשיבותה של שיטת משפט אשר נעדרה מהשיח הביקורתי על התפתחות המשפט הישראלי. שיטת המשפט של האיחוד האירופי החלה את דרכה בסמיכות להקמת מדינת ישראל ונהנית מעליונות משפטית בכל 28 שיטות המשפט המרכיבות את האיחוד. בראשית הדרך כבר הייתה למדינות החברות מערכת דיני עבודה משוכללת, ולכן נדמה כי לא היה צורך במשפט העבודה ברמה העל-מדינתית.¹³ עם זאת, ככל שהפרויקט האירופי ביקש להתפתח אל מעבר לאינטרסים כלכליים וככל שתנועת העובדים התרחבה, כך עלו שאלות נוספות ובעיות משפטיות חוצות גבולות, שפתרון חייב פרשנות אחידה. פרשנות זו חיזקה את מעמדו של המשפט האירופי כעליון למשפט המדינות, באופן שהשפיע על התפתחות דמותו של משפט העבודה העכשווי באיחוד האירופי ותרם רבות להתפתחות זו.¹⁴

- Stefano Giubboni, "The Rise and Fall of EU Labour Law", 24 *Eur. L. J.* (2018) 7; Harold Hongju Koh, "International Law as Part of Our Law", 98 *Am. J. Int'l L.* (2004) 43. 11
- ; Guy Mundlak, "De-territorializing Labour Law", 3 *L. & Ethics Hum. Rts.* (2009) 188 Fudge & Mundlak (לעיל, הערה 6). 12
- Alan Bogg, "Viking and Laval: The International Labour Law Perspective", *EU Law in the Member States: Viking, Laval and Beyond* (Mark R. Freedland & Jeremias prassl - eds., 2016) 113, pp. 113–126; Catherine Barnard, "The Calm after the Storm: Time to Reflect on EU (Labour) Law Scholarship Following the Decisions in Viking and Laval," *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg, Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 337. 13
- Case 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] E.C.R. 585. כך למשל הוצג על ידי בית המשפט האירופי עקרון ההשפעה הישירה שלפיו למשפט האיחוד האירופי מעמד מחייב ועליון בתוך המדינות, באופן שהאזרחים יוכלו להסתמך עליו בפני בתי המשפט המקומיים. Case 26–62 *Van Gen en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] CMLR 29. וראו לאחרונה את הסכם הפרישה של בריטניה מהאיחוד האירופי: Instrument relating to the agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, TF50 (2019) 61 – Commission to EU 27 (Mar. 11, 2019). 14

שיטות המשפט של האיחוד האירופי ומדינת ישראל הן שיטות משפט צעירות, אשר נאלצו, בתחילת דרכן, להתמודד עם אתגרים, בחלקם זהים.¹⁵ ישראל, נדרשה מאז הקמתה, בשנת 1948, לענות על צרכים בלתי מוכרים ומשתנים ולבסס את כלכלתה, שהתמודדה בשנותיה הראשונות עם גלי עלייה של יהודים ניצולי שואה וכן מתפוצות רבות אחרות. בדומה לישראל, גם האיחוד האירופי, אשר חגג את שנתו ה-60 ב-9 במאי 2020, נדרש לספק מענה רגולטורי למיליוני עובדים ואנשים אשר נהנים מחירות התנועה בין גבולות המדינות החברות.

כמו כן, מחקרים הבוחנים את השפעת המשפט הזר על התפתחות המשפט בישראל התמקדו בשיטות המשפט המרכזיות שעליהן נבנה ואשר מהן שאב מקורות פרשניים.¹⁶ מחקרים אלה נמנעו מלבחון מכלול של שיטות משפט, וביניהן את משפט האיחוד האירופי כשיטת משפט אחת. המחקר הנוכחי, לעומת זאת, מתייחס למשפט האיחוד האירופי כאל מקשה אחת, למרות היותו מורכב מכמה מערכות משפט שונות – כאן ייחודיותו. האיחוד הוא כיום אגד המדינות הדמוקרטיות הגדול בעולם, גוש האוכלוסין השלישי בגודלו, הגוש הכלכלי השני בעוצמתו ומסגרת הסחר הגדולה בעולם. מאז שנת 2004, עם הצטרפותה של קפריסין לאיחוד האירופי, האיחוד הוא שכנה המיידית של ישראל. האיחוד הוא שותפה הכלכלי הגדול ביותר של ישראל, שותף המחקר והפיתוח המוביל של ישראל, ובמובנים רבים הינו עורף תרבותי ואף עורף פוליטי של ישראל.¹⁷ למרות השוני המשפטי וההיסטורי בין המדינות החברות בו, האיחוד פועל לקירוב דינים כמעט מלא, בדרכו להסרת חסמי סחר ומניעת פגיעה, בין היתר, בחירויות התנועה של

15 ראו מתוך דברי ההסבר להצעת חוק בתי הדין לעבודה ולביטוח לאומי, תשכ"ח-1967, ה"ח 15, 24, שלימים אושרה כחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, ס"ח 553: "העבודה היא, כידוע, אחד העורקים הראשיים והחיוניים בגופה של המדינה. יחסי עבודה, קשרי עובד ומעביד הם בין הגורמים העיקריים הקובעים את גורל המשק והכלכלה של המדינה ואת האווירה האנושית והחברתית בקרב תושביה. הם גם מעלים יום יום בעיות קשות ולעתים מסעירות המחייבות פתרונות מהירים. יש במשפט הישראלי מספר ניכר של חוקי עבודה, רובם ככולם הם של המוסד המחוקק בישראל. הם מעניקים זכויות ומטילים חובות [...] אך הם עצמם גם גוררים אחריהם תמיד בעיות חדשות, המעסיקות כיום מוסדות שונים, בהם גם בתי המשפט". יש בדברים אלה כדי לעמוד על האתגרים, אז והיום, של משפט העבודה בישראל. המונח "מעביד" שונה בחקיקה הישראלית ל"מעסיק". עם זאת במסגרת הדברים הלקוחים הישר מפקסי הדין ומקורות רשמיים כמובאות ציטוט השתמשו בעבר במונח "מעביד", ולכן הוא מופיע באופן נאמן למקור בכל מקור ציטוט לאורך המאמר. ראו בעיקר את שחר, את ברוק-ארוז ואת נבות (לעיל, הערה 1).

16 Sharon Pardo & Joel Peters, *Uneasy Neighbors: Israel and the European Union* (2010) 17
 17 Peters ו-Pardo עומדים על הרצון האמיתי שישראל מציגה לחזק את הקשרים עם האיחוד האירופי ולהיות חלק מפרויקט האינטגרציה האירופית (European integration Project). על האיחוד האירופי כשותף הסחר המרכזי של מדינת ישראל ראו הודעה לתקשורת של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מיום, "סחר חוץ לפי ארצות – סחורות – ינואר 2018" **הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה** (19.2.2018), ניתן לצפייה באתר: www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2018/047/16_18_047b.pdf

אנשים ועובדים. מטרת אלה מחייבות את האיחוד האירופי להאיץ אינטגרציה משפטית בתחום העבודה בין המדינות החברות. נפקדותה של שיטת המשפט של האיחוד האירופי בבחינת השפעת הדין הזר על הפסיקה הישראלית הנציחה את עליונותן של שיטות משפט מרכזיות במחקרים אלה, והצרה, כפי שנראה ברשימה זו, את המקורות שמהם ניתן לייבא דרכים לשינוי מצבים משפטיים חדשים והבנייתם.¹⁸

כאמור, קליטה והשפעה של עקרונות משפטיים משיטות משפט זרות אינה חדשה, וגם אינה זרה לתחום משפט העבודה.¹⁹ מחקר זה מאתגר את עליונותן של שיטות משפט מוכרות במחקר ובפסיקה הישראלית ומציע עיון במידת השפעתו של משפט האיחוד האירופי כדין זר על משפט העבודה בישראל, זאת על רקע התפתחותו של משפט

18 מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תשס"ח), בעמ' 160–149; יורם שחר, "משכן כמשפט" **מחקרי משפט יט** (תשס"ג) 397; ברק-ארוז (לעיל, הערה 1); אסף לחובסקי, "בין שני עולמות: מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" **ירושלים בתקופת המנדט – העשייה והמורשת** (יהושע בן אריה – עורך, תשס"ג), 253, בעמ' 266–253. למקורות מוקדמים יותר ראו: ברק (לעיל, הערה 2) בעמ' 201–215; אהרן ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט", **משפטים כ** (תשנ"א) 233; אהרן ברק, "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי", **זמנים** (התשל"ח) 26; אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים כט** (תשנ"ט) 689, בעמ' 689–696, 712–721; עלי זלצברגר ופניה עודד-זלצברגר, "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל", **עיוני משפט כא** (תשנ"ח) 259, בעמ' 259–261, 276–294.

19 על קליטה והשפעה משיטות משפט זרות ראו: Aharon Barak, "Comparison in Public Law", *Judicial Recourse To Foreign Law* (Basil Markesinis & Jörg Fedtke eds., *Research Methods for Law* (Mike McConville: 2006) 287, p. 292 & Wing Hong Chui eds., 2nd. ed. 2017); David S. Law & Mila Versteeg, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", 99 *Calif. L. Rev.* (2011) 1163; Esin Örcü, "Methodological Aspects of Comparative Law", 8 *Eur. J. L. Reform* (2006) 29; Beth A. Simmons & Zachary Elkins, "The Globalization of Liberalization: Policy Diffusion in the International Political Economy", 98 *Am. Pol. Sci. Rev.* (2004) 171, pp. 185–187; Jan M. Smits, "Comparative Law and its Influence on National Legal Systems", *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann - eds., 2006) pp. 512–513. בנוגע לתחום משפט העבודה, ראו: Silvia Bonfanti, Cynthia Estlund & Nuno Garoupa, "Comparative Labor and Employment Law, in Developed Market Economies: Fostering Market Efficiencies or Repairing Market Failures?", *Comparative Labor Law* (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak - eds., 2015) 62; Benjamin Aaron & Katherine V.W. Stone, "Comparative Labor Law – Bridging the Past and the Future", 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2007) 377; Harry Arthurs, "Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law", 28 *Comp. Lab. L. & Core Pol'y J.* (2007) 591. באופן ספציפי למשפט העבודה במשפט האיחוד האירופי ראו: *and Contingent Work in the European Union: A Comparative Analysis* (Olaf Deinert & Jeff Kenner eds., 2017) Davidov; (לעיל, הערה 8); Schiek; & Jeff Kenner eds., (לעיל, הערה 1).

העבודה בכלל, בד בבד עם תמורות שחלו בישראל ובזירה הגלובלית. בחרנו לסגת מדיון בהשפעתן של שיטות המשפט המרכזיות על התפתחות המשפט הישראלי ושלא לעסוק במנגנוני היחס בין שיטות המשפט. מחקרנו מציע בחינה של כלל המופעים של משפט האיחוד האירופי בפסקי הדין בערכאות הגבוהות של משפט העבודה, שדרכם ניתן לראות כי לשיטה זו תפקיד חשוב בהתפתחות דיני העבודה בישראל. בשונה מבית המשפט האירופי, Court of Justice of the European Union (CJEU), הפועל באופן דו-כיווני, כמייבא וכמייצא דוקטרינות משפטיות, בתי המשפט בישראל פועלים בעיקר באופן חד-כיווני, כמייבאים לתוך ישראל ולא החוצה ממנה.²⁰ מחקר זה מבקש לאמוד את האיות והמידה של השפעת משפט האיחוד האירופי על פרשנותם והתהוותם של עקרונות במשפט העבודה בישראל.²¹ לצורך זה התבססנו על מאגר נתונים ייחודי וייעודי, אשר בוחן את כלל הפסיקה בתחום העבודה שהפנתה, באופנים שונים, למקור נורמטיבי מחייב של משפט האיחוד האירופי.

20 David Zaring, "The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis", 3 *J. Empirical Legal Stud.* (2006) 297, p.302 מחקרו של Zaring בוחן את היקף הפנייה לדין הזר במסגרת הערכאות הפדרליות בארצות הברית, לרבות למקורות מהמשפט הישראלי ומעיד על מעמדו, המסוים, של הדין הישראלי כמקור השוואתי. וראו גם את מחקרו של פורת (לעיל, הערה 1) בעמ' 151–152, 160–161. לדברי פורת יש ארבע סיבות עיקריות לכך שהחוק ומערכת השיפוט הישראלים בנויים להפניה לדין הזר, ולפיכך להשפעתו על הדין המקומי.

21 אחד ההסברים שניתן לתת לציפייה למצוא את בית המשפט העליון מפנה למקורות אירופיים הוא מקורותיהם של השופטים בישראל. מחקרים שנעשו על שופטי בית המשפט העליון בישראל מצביעים על רוב כמעט מוחלט של שופטים יוצאי אירופה, דוברי שפות נוספות על עברית, כמו אנגלית, גרמנית וצרפתית, וזאת כמובן לצד השימוש במשפט האמריקאי. עלי זלצברג "יובל לבית המשפט העליון בישראל: בין שועל לקיפוד" **מחקרי משפט** טז (תש"ס) 141, שם הוא מתבסס, בין היתר, על מחקרם של שחר, חריס וגרוס (לעיל, הערה 1). על מוצאם של השופטים בישראל כחלק מההשפעות התרבותיות של שיטת המשפט מארץ מוצאם על הליך השפיטה בישראל, ראו: אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל** (תש"ם) בעמ' 141. טיעון דומה נשמע אצל זלצברג וזלצברג (לעיל הערה 18). חלק מהטענות שהועלו במחקרים אלה נבדקו שוב במחקר שנערך בשנת 2004: מרדכי בן ארי **מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית – החוג לפילוסופיה, 2008), ניתן לציפייה באתר: shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JLW/001498928_1.pdf. במחקר זה דגם בן ארי 75 שופטים בדימוס שניהנו בכל מערכת המשפט, ולא רק בבית המשפט העליון, ומצא שיותר ממחצית מהם ילידי הארץ וכשליש מהם ילידי מדינות אירופיות. בספרות מקובל לעמוד על כמה טעמים למחקר אמפירי, כגון תמיכה במדיניות, פערים בספרות הרלוונטית ואף תחושה בנוגע לחוסר התאמה בין מה שחוקרים חושבים שהם יודעים לבין מה שקורה בפועל, ראו: Lee Epstein & Andrew Martin, *An Introduction to Empirical Legal Research* (2014). מחקר זה מתמקד בנפקדות של המשפט האירופי מן השיח האקדמי, על אף מקומו כמקור זר משווה.

מחקר זה הוא חלק מפרויקט רחב שהחל לפני למעלה מעשור ובו חן את השפעתו של משפט האיחוד האירופי על פסיקת בית המשפט העליון באופן כללי. המחקר הרחב מבקש לכסות, באמצעות מאגר נתונים ייעודי, את כל הפסיקות וההחלטות, ונמצא שעד שנת 2016 ביצע בית המשפט העליון, בתחומי המשפט הציבורי והפרטי, כ-153 הפניות למשפט האיחוד האירופי בפסיקותיו. רשימה זו היא חלק נקודתי מתוך מחקר זה, בהיבט של משפט העבודה לברו. לעניין זה נבחנו המופעים של המשפט האירופי בערכאות העליונות של משפט העבודה בישראל, בבית המשפט העליון כערכאה נוספת ובבית הדין הארצי לעבודה, אשר הוקם מכוח חוק בית הדין לעבודה בשנת 1969. נמצא שבתחום משפט העבודה ביצעו ערכאות משפט העבודה כ-94 הפניות למשפט האיחוד האירופי. ממצאי המחקר שיוצגו הם ניצנים ראשונים, אשר יהיו בסיס למחקרים עתידיים על השפעת משפט האיחוד האירופי, כדין זר, בתחומי המשפט השונים.

ב. המאפיינים הייחודיים שעיצבו את התפתחות משפט העבודה – באיחוד האירופי ובישראל

איחוד אינטרסים והגדרה מחודשת של גבולות כלכליים ומדיניים עמדו לנגד עיניהם של שש המדינות המייסדות את הפרויקט האירופי לאחר זוועות מלחמת העולם השנייה. מהלך זה חייב הסרת חסמי סחר, הגמשה בחופש התנועה של אנשים, עובדים וסחורות, מניעת מכסים והיטלים מפלים וכן העברת סמכויות למוסדות האירופיים.²² בדומה לתחומי משפט אחרים, כך גם משפט העבודה של האיחוד האירופי, אשר החל כאגד של דינים שמקורם במדינות החברות באיחוד, חייב הרמוניזציה משפטית.²³

22 על האינטגרציה של האיחוד האירופי והמוסדות בו, ראו: Cecilia Bruzelius, "Freedom of movement, social rights and residence-based conditionality in the European Union", 29(1) *J. of Eur. Soc. Pol'y* (2018) 70; R. Daniel Kelemen, "Is differentiation possible in rule of law?", 17 *Comp. Eur. Pol.* (2019) 246; George Argiros & Athina Zerovoyianni, "The European Union: Evolution, Institutional and Legislative Structure and Enlargement", *European Integration* (Athina Zerovoyianni, George Argiros & George Agiomirgianakis - eds., 2006) 12; Athina Zerovoyianni & George Argiros, "Factor and Product-Market Integration and Europe's Single Market", *European Integration, Id.*, p. 94. לסקירה היסטורית על אמנות האיחוד האירופי החל מהתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, ראו: Alan Dashwood et al., *European Union Law* (6th ed., 2011); לציונלים שונים העומדים בבסיסה של האינטגרציה בקהילת (האיחוד האירופי, ראו: Paul Craig, "Development of the EU", *European Union Law* (2011) 9, p. 31.

23 על האבולוציה ההתפתחותית של משפט האיחוד האירופי והמוסדות בו ראו: *Origins and Evolution of the European Union* (Desmond Dinan - ed., 2014) p. 233.

כיום, משפט העבודה של האיחוד האירופי מוסדר ברובו במערכת דינים אזורית, אשר שומרת על חירות תנועה כמעט מלאה של אנשים ועובדים בין המדינות החברות.²⁴ התייחסות קונקרטיה למשפט העבודה ולעקרונות הבסיסיים בחקיקה ראשית החלה עם אמנת רומא, שנחתמה בשנת 1957 והייתה הבסיס הראשוני לאינטגרציה כלכלית רחבה בין מדינות אירופה. אמנת רומא היא הסמן המשפטי ההיסטורי המרכזי שהוביל את התפתחותו של האיחוד האירופי למעמדו כיום. באמנה נזרעו הזרעים הראשונים לאינטגרציה כלכלית אופטימלית, במסגרת הקהילה האירופית הכלכלית (EEC), שבה ניתן יהיה לקיים חירות תנועה של המשאבים הכלכליים, כגון סחורות, שירותים ועובדים, להבטחת תפקודו התקין של השוק המשותף.²⁵

השינויים מאז אמנת רומא הציגו שיפורים של ממש בהרחבת התחומים שעליהם חולשת האינטגרציה האירופית. בתחום משפט העבודה קיימות כיום כמעט 30 הנחיות (דירקטיבות),²⁶ המתייחסות ועוסקות בעיקר באלה: בריאות ובטיחות, הבטחת יחס

24 Susanne K. Schmidt, Michael Blauburger & Dorte Sindbjerg Martinsen, "Free Movement and Equal Treatment in An Unequal Union", 25 *J. Eur. Pub. Pol'y* (2018) 1391-1393, pp. 1391-1393. הכותבים מתמודדים עם האתגר שהציב עקרון-העל של האיחוד האירופי בדבר תנועת עובדים למדיניות הרווחה בתוך המדינות החברות. להרחבה על עקרון התנועה החופשית של עובדים ראו: F. De Witte, "EU Citizenship, Free Movement and Emancipation: A Rejoinder", *Debating European Citizenship* (R. Bauböck – ed., 2019) 169; Nicolas Bueno, "From the Right to Work to Freedom from Work: Introduction to the Human Economy", 33 *Int'l J. Comp. Lab. L. Indus. Rel.* (2017) 463; Catherine Barnard, "Free movement of Natural Persons and Citizenship of the Union", *European Union Law* (Catherine Barnard & Steve Peers -eds., 2nd ed., 2017) 369.

25 רייך, "משפט האיחוד האירופי" (לעיל, הערה 10) בעמ' 133. רייך מדגיש את מטרת-העל של האיחוד האירופי ליצור אינטגרציה ותנועה חופשית של כל המשאבים הכלכליים. בעמ' 134-138 הכותב מפרט את התיקונים והמנגנונים החדשים שהכניס האיחוד האירופי במהלך השנים כדי לבסס את האינטגרציה. ראו ביטוי לכך בסע' 48, 119 ו-120 בהתאמה Treaty Establishing the European Economic Community, Aug. 31, 1992, O.J. (C 6) 224. וראו גם טענה שהאינטגרציה מחזקת את הרווחה הפרטנית בתוך המדינות החברות: Dorte Sindbjerg Martinsen, Gabriel Pons Rotger & Jessica Sampson, Thierry, "Free Movement of People and Cross-border Welfare in the European Union: Dynamic Rules, Limited Outcomes", 29 *J. Eur. Soc. Pol'y* (2019) 1 Willem Molle, *The Economics of European Integration* (2006) 101.

26 מוסדות האיחוד האירופי יכולים להוציא הנחיות מחייבות למדינות האיחוד, הנקראות גם דירקטיבות. כך, קובע סעיף 288 לאמנת מאסטריכט (ראו להלן, הערה 41) את מעמדן של הנחיות אלה, כמקור נורמטיבי של האיחוד האירופי, החלות באופן ישיר על המדינות החברות. על פי הסעיף, הדירקטיבות מחייבות את המדינות החברות ביחס לתוצאה שיש להשיג, וקובעות את היעד וההכוון הכללי, אבל משאירות בידי המדינות את אופן השגתם, בהתאם לדין הפנימי ולמבנה המוסדי של כל מדינה ובהתאם להעדפותיה הלאומיות. על

שווה לגברים ולנשים, איסור אפליה, הגנה על עובדים במקרה של חדלות פירעון והגדרתם של יחסי עבודה.²⁷

משפט העבודה של האיחוד האירופי אתגר את הפרופיל היסודי הכלכלי של תחום העבודה, החל מההתייחסות ל"זכויות עובדים" באמנת רומא ועד הקביעה שעבודה אינה מצרך.²⁸ אמנת רומא התרכזה במטרות כלכליות והכילה הפניות מעטות לעניינים

ההבחנה בדין דירקטיבות לתקנות ראו: רייך, "משפט האיחוד האירופי" (לעיל, הערה 10) בעמ' 158–159.

27 Kofi Addo, "The Global Debate: The Linkage Between Labour Standards and International Trade", *Core Labour Standards and International Trade* (2015) 19, P.29 על ההסדרים הנורמטיביים בעניין איסור אפליה ויחס שווה בין עובדים ראו בהרחבה בפרק רביעי בספר: Alan Bogg Cathryn Costello *Research Handbook on EU Labour Law* (A.C.L. Davies - eds., 2016) pp. 391–547 and A.C.L. Davies. בשאלה "מיהו עובד" והגדרתם של יחסי עבודה, ראו סקירה במבט בין-לאומי גלובלי לרבות האיחוד האירופי: Zoe Adams et al., "The economic significance of laws relating to employment protection and different forms of employment: Analysis of a panel of 117 countries, 1990–2013", 158(1) *Int'l Lab. Rev.* (2019) 1; Chris Brewster, Richard Croucher, Thomas Prosser, "Employee Voice and Participation: The European Perspective", *Employee Voice at Work* (Peter Holland, Julian Teicher & Jimmy Donaghey – eds., 2019) 51; Breen Creighton & Shae McCrystal, "Who is a worker in International Law?", 37 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2016) 691; Jeremias Prassl, "Who is a Worker?", 133 *Law Q. Rev.* (2017) 366; Jeremias Prassl, *The Concept of the Employer* (2015) 6. ובהיבט האירופי: Nicola Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship* (2007) p. 58. הגנה על נושאים אלה דומה לחקיקת המגן במשפט העבודה בישראל, בדומה למשפט האיחוד האירופי והדירקטיבות שבו המבקשות ליצור דין אחיד ורף מינימלי של זכויות. שמירה עליהן דורשת אחידות ביישום ובפרשנות של הדירקטיבות בכל רחבי האיחוד. אחת הדרכים היא השימוש בסעיף 267 לאמנת ה-EC, הקובע כי בית המשפט האירופי מוסמך לדון, בין היתר, בהפניה מבתי משפט מדינתיים לקבלת הכרעה מקדמית. ראו ביטוי לכך ב: *The Future of the Judicial System of the European Union* (Alan Dashwood & Angus C. Johnston - eds., 2001); Andreea Maria Rosu, *The European Connection on Human Rights in Times of Economic Crisis and Austerity Measures* (2015); A.C.L. Davis, Alan Bogg and Cathryn Costello, "The role of the Court of Justice in Labour Law", *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg, Cathryn Costello and A.C.L. Davies eds., 2016) 134. ובמקרה של עבודה בתוך האיחוד ראו: Directive 96/71 of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, 1997 O.J. (L 18) 1.

28 Julia Lopez, Consuelo Chacartegui & Cesar G. Canton, "From Conflict to Regulation: Transformative Function of Labour Law", *The Idea of Labour Law* (Guy Davidov & Brian Langille - eds., 2013) 344. וראו פרק 3 לאמנת רומא להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד משנת 1957: Treaty Establishing the European Economic Community, art. 117, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 3

חברתיים, בהנחה שהמדינות יפתחו בעצמן רשת של דינים בתחום החברתי ברמה הלאומית.²⁹ עובדה זו לא פגעה בהתפתחות של האיחוד האירופי בתחומי הזכויות החברתיות וזכויות העובדים, החשובים לעתיד האינטגרציה האירופית.³⁰ הגישה שהתפתחה, ולפיה לזכויות בעבודה יש להתייחס כמושג רחב הכולל, בין היתר, זכויות סוציאליות, אתגרה את בית המשפט בסמוך לכניסתו לתוקף של הצ'רטר לזכויות אדם בסיסיות של האיחוד האירופי, שסיפק מסגרת חקיקתית חזקה יותר לזכויות משפט העבודה וכרך אותן עם זכויות אדם בסיסיות.³¹

כאן המקום לציין שני מקורות נוספים המשפיעים על התפתחות משפט העבודה באיחוד האירופי. הראשון היא האמנה האירופית לזכויות האדם משנת 1950, ה-ECHR,

-
- העבודה ראו בהרחבה: Diamond Ashiagbor, *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance* (2005) 29 סעיף 117 הגדיר את היעדים החברתיים של הקהילות; סעיף 118 קבע שיתוף פעולה הדוק של המדינות החברות בתחום החברתי, ורק סעיף 119 EEC אפשר למועצה לנקוט צעדים לקדם את העיקרון של אי-אפליה על בסיס של מין. על ההיבט הסוציאלי במשפט העבודה של האיחוד האירופי ראו: Claire Kilpatrick, "The displacement of Social Europe: A productive lens of inquiry", 14 *Eur. Const. L. Rev.* (2018) 62; Phil Syrpis, "The EU and National Systems of Labour Law", *Oxford Handbook of EU Law* (Damian Chalmers & Anthony Arnall – eds., 2015) 15; Catherine Barnard, "EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future", 67 *Current Legal Probs.* (2014) 199
- 30 Stefano Giubboni, "Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Re-Appraisal", 1 *Eur. Lab. L. J.* (2010) 161; *A European Social Union after the Crisis* (Frank Vandenbroucke, Catherine Barnard & Geert De Baere - eds., 2017) p. 314.
- 31 Case C-173/99 *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry* [2001] E.C.R. I-4881; The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers (COM 89) 471 final (Dec. 9, 1989); Stefan Clauwaert, "The Charter's Supervisory Procedures", *The European Social Charter and the Employment Relation* (Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann & Stefan Clauwaert - eds., 2017) 97 של הצ'רטר, כמסמך מדיניות, לא היה מוסדר ולגמרי ברור. נושא זה בא על תיקונו באמנת ליסבון, שהעניקה לצ'רטר, בסעיף 16 TEU, מעמד כשל האמנות המכוננות את האיחוד. הצ'רטר הינו מגילה של זכויות בסיסיות המוענקות לפרט במדינות האיחוד האירופי. מעמדו של הצ'רטר, כמסמך מדיניות באיחוד האירופי, דומה לזה של ה-Bill of Rights הנהוגות בחוקות שונות בעולם, לשאורן מתפרשת החקיקה, אשר חייבת להתבצע בהתאם לנורמות שנוסחו בצ'רטר. ולהרחבה ראו: Ola Zetterquist, "The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica", *The EU Charter of Fundamental Rights* (Giacomo Di Federico - ed., 2001) 7; מונין (לעיל, הערה 10) ראו בעיקר את הפרק השני העוסק בהליך התהוותו של האיחוד האירופי.

המעניקה הגנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות.³² מסמך זה, שעליו חתומות כל המדינות החברות באיחוד האירופי ואליו מפנה בהמשך אמנת ליסבון כמקור נורמטיבי לזכויות אדם באיחוד האירופי, מבצר את מעמדם של עקרונות וזכויות יסוד במשפט העבודה: חופש ההתאגדות, האיסור על עבדות, פרטיות, חופש דת וביטוי במקום העבודה.³³ המקור השני הוא הצ'רטר הסוציאלי האירופי, אשר מעניק הגנה לזכויות בסיסיות במשפט העבודה, וביניהן הזכות לעבודה, להתארגנות ולפעולה קולקטיבית.³⁴ מאמצע שנות השבעים הלכה וננטשה בהדרגה ההפרדה בין המטרה הכלכלית שהובילה את האיחוד האירופי לבין המטרה החברתית, שהייתה שמורה ברובה לחקיקה המדינית. זו האחרונה החלה להיתפס כמטרה משלימה למטרה הכלכלית ואף כמקור תומך ומסייע למיזוי צמיחה כלכלית.³⁵

מבט זה על מסגרת החקיקה שהשפיעה על התפתחות משפט העבודה באיחוד האירופי מציג שילוב ראוי של כלים הסכמיים, שבאמצעותם משפיע האיחוד באופן ישיר ועקיף על המסגרות הנורמטיביות השונות של המדינות החברות.³⁶ גם בית המשפט האירופי נדרש לנושאים אלה ונשאר שומר הסף לפיתוח הממד החברתי של האינטגרציה האירופית.³⁷ לדוגמה, בעניין שהגיע לפתחו של בית המשפט בשנת 1996,³⁸ וקיבל תהודה מקומית וגלובלית רבה, אומצה גישה פרו-עובדים בולטת בנוגע לפרשנות הנחיה

Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedom, art. 8, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 32

שם בסעיפים 11, 4, 8, 9 ו-10 ראו גם: Philip Alston, "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", 15 *Eur. Int'l L.* (2004) 457; Lisa Rodgers, "The Interpretation of Article 6 ECHR and Access to Justice for Public Employees", 40 *Eur. L. Rev.* (2015) 563; Lisa Rodgers, "Labour Law and Employment Policy in the EU: Conflict or Consensus?", 27 *Int. J. Comp. Lab. L. Indus. Rel.* (2011) 387 33

.European Social Charter, Oct. 10, 1961, 35 E.T.S 1 34

EU Commission, Social Dimension of the Internal Market, Commission Working Paper (SEC 88) 1148 final (Sep. 14, 1988): "It will provide the Community with the means to achieve greater economic growth and the instruments to master its future. Through greater efficiency of the machinery of production and a strengthening of the Community...The social dimension of the internal market is a fundamental component of this project". שני מהלכים אירופיים אשר המשיכו בביצור מעמדן של הזכויות החברתיות היו החוק האחיד לאירופה, ה-SEA (Single European Act), אשר התקבל ב-1986 ותיקן חלקים באמנת רומא למען יצירת שוק פנימי יציב יותר, ראו: אמנת רומא (לעיל, הערה 28), וכן קבלת מגילת הקהילה האירופית לזכויות חברתיות מ-1989, ראו: Community Charter of Fundamental Social Rights (לעיל, הערה 31). 35

Barnard (לעיל, הערה 29). בנוסף ראו: Giubboni (לעיל, הערה 11) בעמ' 7-20. 36

Guy Davidov, *A Purposive*; וראו: Case 284/83 *Dansk v. Nielsen* [1985] E.C.R. 553 37
Davidov, *Approach to Labor Law* (2016) p. 43 עומד על נקודות מבט חדשה, סוציאלית-פסיכולוגית.

.Case C-84/94 *U.K. v. Council of the European Union* [1996] E.C.R. I-5755 38

של האיחוד האירופי בנושא שעות עבודה.³⁹ מהלך זה אפשר לערב ביתר קלות תחומים כלכליים לצד חברתיים ולבחון כל היבט משפטי של הסדרה תעסוקתית בכלים נוספים.⁴⁰ כמו כן, חידושים של ממש בתחום זכויות חברתיות במשפט העבודה ניתן לראות באמנת מאסטריכט,⁴¹ אשר אף על פי שלא הכילה סעיפים מיוחדים בנוגע למשפט העבודה, אפשרה חקיקה אחידה וסטנדרטיזציה של משפט העבודה בין המדינות. אמנה זו, שנכנסה לתוקף בנובמבר 1993 והדגישה את ההיבט ההוליסטי של האיחוד,⁴² נתנה ביטוי לזכויות שהוכרו עוד במגילת זכויות האדם ההיסטורית שנחתמה בין עמי אירופה.⁴³ תפקידו של האיחוד בתחום העבודה והמדיניות החברתית הורחב עוד יותר בשנת 1997, עם אימוץ אמנת אמסטרדם.⁴⁴ אמנה זו שילבה מערכת תיאום ומעקב של

- ;Working Time Directive (WTD), Council Directive 93/104, 1993 O.J. (L 307) 18 39
 Harald Hannerz & Helle Soll-Johanning, "Working Hours (לעיל, הערה 6); Nowak and All-cause Mortality in Relation to the EU Working Time Directive: A Danish Cohort Study", 28 *Eur. J. Pub. Health* (2018) 810; International Labor Organization, General Survey concerning working-time instruments – Ensuring decent working time for the future 3(B) (Feb. 23, 2018), http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf
 Alexander Schellinger, *EU Labor Market* (לעיל, הערה 29). נוסף על כך ראו: Barnard 40
 Schellinger *Policy: Ideas, Thought Communities and Policy Change* (2016) p. 58
 בוחן את התפתחותה של גישה פרו-ליברלית והשפעה של היעילות הכלכלית על נושאים של משפט העבודה. במופעים מוקדמים יותר ראו: Simon Deakin & Frank Wilkinson, "Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards", 23
Indus. L.J. (1994) 289, pp. 293–294
 41 The Treaty on European Union, 2012 O.J. (C 326) 13 (להלן: אמנת מאסטריכט). וראו
 Manfred E. Striet & Werner Mussler, "The Economic Constitution of the 42
 European Community: From 'Rome' to 'Maastricht'", 1 *Eur. L.J.* (1995) 5; James A. Caporaso, *The European Union: Dilemmas of Regional Integration* (2018) p. 74
 42 Art. B: "The Union shall set itself the following objectives: - to : אמנת מאסטריכט, שם :
 promote economic and social progress which is balanced and sustainable, in particular through the creation of an area without internal frontiers, through the strengthening of economic and social cohesion and through the establishment of economic and monetary union, ultimately including a single currency in accordance with the provisions of this Treaty"
 43 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. F, 5 E.T.S. (ECHR): "Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the traditions common to the Member States, as general principles of EU law"
 44 reaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, Oct. 2, 1997, 1997 O.J. (C 340), ניתן לצפייה ב: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT) (להלן: אמנת אמסטרדם).

מדיניות תעסוקה לאומית,⁴⁵ ולצידה הונחה מטרה של קידום מדיניות חברתית ברמה הלאומית,⁴⁶ וכן הושם דגש בזכויות סוציאליות.⁴⁷ כניסתה לתוקף של אמנת ליסבון בשנת 2009,⁴⁸ עלתה בקנה אחד עם ההתקדמות הניכרת בנושא הזכויות החברתיות וזכויות העובדים, מאחר שזו העניקה לצ'רטר הסוציאלי האירופי תוקף מחייב.⁴⁹ כחלק מתשומת הלב המתגברת לפן החברתי-סוציאלי ופיתוח הממד החברתי של האינטגרציה האירופית, פרסם האיחוד באפריל 2017 נייר עמדה ובו אבני היסוד לזכויות חברתיות, שאומץ לאחר מכן על ידי הפרלמנט, בנובמבר אותה שנה.⁵⁰

לצד אימוץ השקפות נאו-ליברליות מפורשות התאפיין שילובו של תחום העבודה והחברה באיחוד האירופי יותר ויותר על ידי אסטרטגיה של תיאום מדיניות פתוחה, אשר

45 שם, בסעיף 109 : "Member States and the Community shall, in accordance with this Title, work towards developing a coordinated strategy for employment and particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce and labour markets [...]"

46 שם, בסעיף 117 : "The Community and the Member States, having in mind fundamental social rights [...], shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion."

47 שם, בסעיף 118c : "The Commission shall encourage cooperation between the Member States and facilitate the coordination of their action in all social policy fields under this chapter, particularly in matters relating to: employment; labour law and working conditions [...] social security; [...] the right of association and collective bargaining between employers and workers"

48 Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, Dec. 13, 2007, 2007 O.J. (C 306)

49 Veronica Papa, "The Dark Side of Fundamental Rights Adjudication? The Court, the Charter and the Asymmetric Interpretation of Fundamental Rights in the AMS Case", 6 *Eur. Lab. L. J.* (2015) 190, pp.210–211
 בדבר התערבותו של בית המשפט לחיזוק הממד הסוציאלי חברתי, ומצביעה על כמה סיבות לנקיטת עמדה זו על ידי בית המשפט, ובין היתר ההכרה בתפקידו להגן על זכויות חברתיות ולהסדיר באופן מסורתי את היחסים בין האיחוד והמדינות החברות בו. וראו את סעיף 9 לאמנת רומא הקובע: "In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health."

50 *Proposal for an Interinstitutional Proclamation Endorsing the European Pillar of Social Rights*, COM (2017) 251 final, ניתן לצפייה באתר: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/proclamation-pillar_en.pdf

מטרתה להגביר את פוטנציאל הצמיחה, התעסוקה והתחרותיות,⁵¹ בדגש בתחומים חברתיים כגון שוויון מגדרי, שוויון הזדמנויות ומיגור עוני,⁵² ולא באימוץ חקיקה מחייבת.⁵³ על רקע הצורך בהאחדת דינים בתחום הסחר הפנים-אירופי, חירות התנועה של עובדים והצורך להגן על זכויות עובדים ומשפחותיהם במדינות השונות, התפתח לאורך השנים משפט העבודה באיחוד האירופי, מעבר לאמור באמנות. הבחירה לשמור על האוטונומיה הרגולטורית המלאה של המדינות החברות בתחום דיני העבודה הייתה מוצדקת בהתחלה מסיבות כלכליות. מאוחר יותר, כאשר מודל ההפרדה בין הפן הכלכלי לסוציאלי החל להיסדק, נקבעו סטנדרטים מינימליים של הגנה, והמדינות החברות היו חופשיות להעניק זכויות רחבות יותר מהרף המינימלי שנקבע.⁵⁴ כך, המאפיינים המכוננים של משפט העבודה באיחוד הובטחו ברמה לאומית ולא היו חשופים

- 51 European Commission, Europe 2020 Integrated guidelines for the Economic and Employment Policies of the Member States (2010), ניתן לצפייה באתר: <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/Brochure%20Integrated%20Guidelines.pdf>. הנחיה מס' 7, בעמ' 21: "Member States should integrate the flexicurity principles endorsed by the European Council into their labour market policies and apply them, making full use of European Social Fund support with a view to increasing labour market participation and combating segmentation and inactivity, gender inequality, whilst reducing structural unemployment".
- 52 שם, הנחיה מס' 10, בעמ' 22: "Member States' efforts to reduce poverty should be aimed at promoting full participation in society and economy and extending employment opportunities, [...] Efforts should also concentrate on ensuring equal opportunities, including through access to affordable, sustainable and high quality services and public services [...] and in particular health care." זכויות אלה במטרה ליצור שיפור תוצאתי ראו: Gerard George, Jennifer Howard-Grenville, Aparna Joshi & Laszlo Tihanyi, "Understanding and tackling societal grand challenges through management research," 59 *Acad. Manage. J.* (2016) 1880.
- 53 The Swedish Trade Union Confederation, "Green Paper on Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century", COM (2006) 708 final באתר: http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/4_93_en.pdf, בעיקר מעמוד 7 על האתגרים של משפט העבודה ושוק העבודה באיחוד האירופי ודגשים לעיצוב מדיניות מודרנית בעתיד. וראו כתיבה אקדמית בנושא עיצוב משפט העבודה, תמורות וכיוונים: Jeremias Prassl, "Future Directions in EU Labour Law", 7 *Eur. Lab. L. J.* (2016) 323.
- 54 Catherine Barnard, "Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU's Economic and Not so Economic Constitution", 50 *Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward* (Michael Dougan & Samantha Currie – eds., 2009) 314; Kilpatrick (לעיל, הערה 29) בעמ' 69. החופשיות לא באה לידי ביטוי רק או בעיקר בהיקף הזכויות, אלא גם באופן שהן מעוגנות, וכך לדוגמה ניתן לעגן זכויות בסיסיות בחקיקת מגן או בהסכמים קיבוציים.

להשפעות נגדיות של המדינות החברות. משפט העבודה של האיחוד הבטיח צמיחה כלפי מעלה, שיפור והתייעלות, תוך הרחבתה של רשימת הנושאים שזכו להגנה ברמה הלאומית. הכלכלה לאורך השנים הפכה גלובלית ובין-לאומית יותר ויותר, והתלות ההדדית בין המדינות הביאה לכך שמשפט העבודה הפך לשדה משפטי שחשיבותו עולה. כדי להתמודד עם האתגרים במשק פיתח האיחוד האירופי מערכת של דיני עבודה ותקני תעסוקה, אשר בשילוב פסיקה של בית המשפט האירופי השפיעה רבות על המדינות החברות. המשפט המקומי הפך להיות כפוף לביקורת של בית המשפט האירופי על חוקי העבודה המקומיים ביחס למימוש החירויות הבסיסיות.⁵⁵

משפט העבודה באיחוד הוא דוגמה לשדה משפטי המחייב, ואכן מציע, עיון מתמשך ועקבי בצרכים כלכליים וחברתיים, אגב שמירת אופי הדינים הייחודי למדינות החברות. חלק גדול משדה משפטי זה מוסדר בהנחיות שהגדרתן הנורמטיבית מאפשרת למדינות גמישות מסוימת באופן אימוצן בחקיקה פנימית, ומטרתן, בין היתר, לקבוע מערכת מינימלית של זכויות בעבודה,⁵⁶ בדומה לחקיקת המגן במשפט העבודה בישראל.⁵⁷ בניגוד למשפט האיחוד האירופי, שהוא דוגמה למערכת דינים ענפה שמתעדכנת באופן תכוף,⁵⁸ החקיקה במשפט העבודה הישראלי נדמה שקפאה במקומה, והערכאות השיפוטיות הן היחידות שנותרו במערכה אל מול מציאות חברתית ותעסוקתית משתנה.⁵⁹ כאן המקום לציין שהמחקר אינו בוחן אם משפט האיחוד האירופי הוא ההשפעה הטובה ביותר על דיני העבודה בישראל, בהשוואה למשפט זר אחר, כדוגמת

- 55 Barnard (לעיל, הערה 13). Barnard מצביעה על הקשר העמוק שבין משפט העבודה ובין פוליטיקה (ובייחוד ההיבט התעשייתי שלו). לדבריה, הגורם הפוליטי הוא חלק חשוב בעיצובה של מדיניות משפט העבודה. על ההגנה של זכויות סוציאליות מפני התערבות פוליטית ראו: Phil Syrpis, "The EU's Role in Labour Law: An Overview of the Rationales for EU Involvement in the Field", *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg, Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 21 p. 29.
- 56 סעיף 288 לאמנת מאסטריכט, לעיל הערה 26 והטקסט שלידה, קובע כי דירקטיבה מחייבת את המדינות באופן כללי, היא בעלת תחולה ישירה על המדינות החברות בקהילה ומטרתה לקבוע מערכת מינימלית של זכויות. להרחבה על אימוץ דוקטרינה סוציאלית ראו: Catherine Barnard, *EU Employment Law* (4th ed., 2012) p. 61.
- 57 על מעמדן הנורמטיבי של חוקי המגן במשפט העבודה בישראל ראו: שרון רבין-מרגליות "הסברים התנהגותיים למשפט העבודה ויחסי עבודה" **משפט ועסקים** ג (תשס"ה) 123, בעמ' 131.
- 58 Ingeborg Tommel, "Policy-Making and Governance in the European Union's Multilevel System", *European Union Governance and Policy Making: A Canadian Perspective* (Emmanuel Brunet-Jailly, Achim Hurrelmann & Amy Verdun - eds., 2018) 83, p.87.
- 59 נעדר בו אלמנט חשוב והוא הרלוונטיות של מערכת הדינים למציאות החברתית, הכלכלית והמשפטית הקיימת, כחלק מהגישה הריאליסטית למשפט. לעניין הצורך והאחריות של המשפט לקדם "הנדסה חברתית", ראו: עופר סיטבון "מעשה ראשון" **מעשי משפט** א (תשס"ח) 11.

ארצות הברית, אנגליה, גרמניה או קנדה, אלא מבקש לעסוק באופן השימוש שעושים בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון, כערכאות העליונות של משפט העבודה בישראל, במשפט האיחוד האירופי בדרכם לעצב את משפט העבודה והתאמתו למציאות משתנה.

עוד בטרם יפנה המחקר לבחון היבט זה, נבקש לעמוד על מקומו של המשפט ההשוואתי במשפט העבודה בישראל כפרקטיקה נוהגת.⁶⁰ הפנייה לשיטות משפט אחרות שימשה מאז ומתמיד בסיס לפיתוח המשפט, בעיקר בתקופות של תמורות מדיניות או כלכליות מהותיות.⁶¹ אין בהיזקקות זו תופעה חריגה או חדשה, מבחינה היסטורית היה המשפט ההשוואתי רכיב עיקרי בהתהוותו של המשפט הישראלי עוד מימי חוקי השלטון העותמאני והמנדטורי.⁶² על התפתחות זו של משפט העבודה בישראל והישענות על הדין הזר נמשיך ונרחיב להלן.⁶³

בדומה לסט הזכויות המינימלי שקובע משפט האיחוד האירופי, חקיקת המגן במשפט העבודה הישראלי, שנחקקה בשנות החמישים, מבקשת ליצור רשת הגנה בסיסית לקהילת העובדים. ברקע לחקיקת המגן נמצאות אמנות בין-לאומיות והסדרים מדינתיים שונים שהשפיעו על מלאכת החקיקה, ולאחר שאושרו והוטמעו האמנות באופן ישיר הפכו את מדינת ישראל לחלק מקהילה משפטית רחבה יותר. כך לדוגמה, הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה נוסחה תוך התחשבות מלאה באמנות בין-לאומיות,⁶⁴ הצעת

60 ברק-ארז (לעיל, הערה 1).

61 Robert Leckey, "Review of Comparative Law", 26 *Soc. & Legal Stud.* (2017) 3, pp. 9-12.

62 מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר 2 תוס' א', (ע) 1. נוסף על כך, "דור המייסדים" של המשפטנים שרכשו את השכלתם המשפטית מחוץ לישראל תרמו לעיצוב שיטת המשפט בישראל, שהיא באופייה מעורבת וחשופה להשפעות רבת-תרבותיות, ראו: Daniel Friedmann, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period", 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 192. כך לדוגמה ניתן לראות את השפעתו הממושכת של המשפט האנגלי על המשפט הישראלי. הפנייה לדין האנגלי נבעה תחילה מהסדר סטוטורי, מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ומאוחר יותר פנה המשפט הישראלי למדינות רבות ועשה שימוש בפסיקה וחקיקה שמקורן בדין זר, שסייעו למחוקק, ובעיקר לבתי המשפט, בפירוש החוק הלאומי כחלק מפרשנותו או כהשלמה להסדרים הקיימים בו וביצירת יש מאין של נורמות משפטיות, לסקירה כזו אצל ברק-ארז, ראו: Daphne Barak-Erez, "The Institutional Aspects of Comparative Law", 15 *Colum. J. Eur. L.* (2009) 477. בין היתר, ברק-ארז מעלה במאמרה את המחלוקת בדבר השימוש בדין הזר. אכן, אין קונצנזוס מוחלט בעניין אופי השימוש בדין הזר, אך בחרנו שלא לעסוק במאמר זה במחלוקת שבפנייה לדין הזר באופן כללי.

63 Eyal Benvenisti, "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", 102 *Am. J. Int'l L.* (2008) 241.

64 דברי הסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, תש"י-1950, ה"ח 157. האמנות הבין-לאומיות מאוזכרות בסעיף 10 לדברי ההסבר והן: האמנה הבין-לאומית בדבר שעות עבודה במפעלי תעשייה עד לשמונה ליום וארבעים ושמונה לשבוע, 1919 (כ"א 11, עמ')

חוק חופשה שנתית, שכללה הוראות מאמנה בין-לאומית באותו נושא, שהתקבלה על ידי ארגון העבודה הבין-לאומי,⁶⁵ הצעת חוק הגנת השכר, שהציעה שילוב של הוראות חדשות על בסיס אמנת העבודה הבין-לאומית,⁶⁶ וכך גם הצעת חוק הסכמים קיבוציים.⁶⁷ ואולם, בשונה ממערכות משפט אחרות, המחוקק קפא על שמריו. אותה חקיקת מגן מימיה הראשונים של המדינה, שהייתה אות לגאווה של שמירה על זכויות העובדים הרבה לפני ששיח של זכויות אדם או עיצוב מציאות חברתית התקיימו במשפט הישראלי, הייתה ועודנה מאותגרת במציאות משתנה. בהמשך פרק זה נבקש לעמוד על התפתחות משפט העבודה בישראל ועל תפקידם של בתי המשפט להתאים את המשפט למציאות החברתית והצרכים החדשים. נראה כי לא נשארו אדישים לקשר עם הקהילה הבין-לאומית ואימצו את כללי המשפט ממדינות שונות ככלי לגיטימי לפרשנות משפטית.

מדינת ישראל טרם הצליחה לגבש מערכת סדורה של דינים, ובעיקר חקיקה, בתחום זה. כיום קיים מארג של נורמות בעלות מעמד נורמטיבי שונה, שלעיתים סותרות זו את זו, ובחלק מהמקרים אינן מספקות מענה לכל השאלות שמגיעות לפתחם של בתי הדין. ברמה המוסדית והיישומית משפט העבודה בישראל מוסדר בעיקר בפסיקה של בתי הדין, דבר שמקשה את גיבושה של מדיניות אחידה.⁶⁸ מורכבותו של משפט העבודה, הכולל שלל הסדרים וכללים המבקשים לעצב את מערכת היחסים בין העובד ובין המעסיק ולהשפיע עליה, מזינה את חזקה של הרשות השופטת כשחקן מרכזי וכמאזנת בין כוחות השוק השונים.⁶⁹ בתי הדין מוצאים את עצמם מעורבים בחקיקה שיפוטית ענפה ונושאים בנטל פיתוחה ועיצובה של המערכת הנורמטיבית של משפט העבודה

35); אמנה בדבר הסדרת שעות עבודה במפעלי מסחר ובמשרדים, 1930 (כ"א 13, עמ' 153); אמנה בדבר הנהגת מנוחה שבועית במפעלי תעשייה, 1930 (כ"א 12, עמ' 147).
 65 הצעת חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, ה"ח 156. ההצעה מבוססת על האמנה בדבר חופשה שנתית נושאת שכר, 1936 (כ"א 23, עמ' 307).
 66 הצעת חוק הגנת השכר, תשי"ז-1956, ה"ח 64, בעמ' 68, שם נכתב "חקיקת החוק המוצע תאפשר לאשר אמנת עבודה בינלאומית – אמנה מס' 95 – בדבר הגנת השכר".
 67 הצעת חוק הסכמים קיבוציים, תשט"ו-1955, ה"ח 118, הושפעה ישירות מהאמנה בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן, 1948 (כ"א 59, עמ' 249); אמנה (מס' 98) בדבר הפעלת עקרונות הזכות להתארגנות ולמיקוח קולקטיבי, 1949 (כ"א 9, בעמ' 453).
 68 משפט העבודה הישראלי מורכב כידוע משלושה נדבכים, המתווספים להתקשרות החוזית בין העובד ובין המעסיק: חקיקה ותקנות במסגרת התערבות ישירה של המחוקק, לרבות חקיקת מגן, שהיא הבסיס למערכת הזכויות והחובות שביחסי העבודה כבסיס קוגנטי; הסכמים קיבוציים כתוצאה של משאים ומתנים קולקטיביים בין עובדים למעסיקים או לארגון מעסיקים; צווי הרחבה שמוציא שר העבודה, המרחיבים את תחולתו של הסכם קיבוצי, או חלק ממנו, על קבוצות עובדים שהסכם הקיבוצי אינו חל עליהם.
 69 Guy Mundlak, "The Israeli System of Labor law: Sources and Form", 30 *Comp. L. Lab. L. & Pol'y J.* (2009) 159, p. 177

בישראל. השאלה "מיהו עובד?", המצויה במרכזו של משפט העבודה, הינה דוגמה להשאת סוגיה לפיתוח פסיקתי, ללא מתווה בחוק. מרכזיותו של בית הדין כמחבר מגילת הזכויות של העובד וכמכתיב את כללי המשחק במרחב משפט העבודה היא חלק ממגמה של משפוט יחסי העבודה, שהובילה לאקטיביזם שיפוטי ונבעה בראש ובראשונה מהחלל הריק שהותיר אחריו המחוקק.⁷⁰

הביקורת העיקרית כלפי משפט העבודה, ובעיקר כלפי אגד החקיקה, היא חוסר רלוונטיות למציאות החדשה של שוק יחסי העבודה, המושפעת ממציאות כלכלית משתנה ותהליכים פוליטיים ותרבותיים. לצד תהליך של גלובליזציה, שוק העבודה הופך להיות גמיש יותר והתבניות שאליהן התרגלנו ביחסי עבודה והסדרה קיבוצית הולכות ומתמעטות.⁷¹ אחד הרכיבים באידאולוגיה הנאו-ליברלית בישראל היה הצורך בצמצום כוחם של ארגוני העובדים. גישה זו דבקה בצמצום הכוח, שכן בעקבותיו ניתן היה להעביר את העובדים לחוזים אישיים, אשר יגנו עליהם באופן טוב יותר, וכן יועיל הדבר לקידום הצמיחה כמטרה חברתית כלכלית ראשונה במעלה.⁷² אחת התוצאות של אידאולוגיה זו הייתה התרחבות של שוק עבודה המאופייין בעובדים בעלי סל זכויות מצומצם, משרות ארעיות וחלקיות ודפוסי העסקה חדשים.⁷³ מצב זה מאלץ את בתי הדין להיות אקטיביסטים ולהסדיר מגמה שוקית שאינה יכולה להמשיך להיות מוסדרת רק על ידי המערכות הנורמטיביות המקובלות. ייבוא נורמות חדשות וכללי התנהגות ממקורות

70 רות בן-ישראל "משפוט יחסי העבודה – תמונת מצב ישראלית – הרהורים ראשוניים" **שנתון משפט העבודה א (תש"ן) 7**, וראו גם: Guy Mundlak, Ishak Saporta, Yitchak Haberfeld & Yionon Cohen, "Union Density in Israel 1995–2010: The Hybridization of Industrial Relations", 52 *Indust. Rel.* (2013) 78.

71 Kerry R Rittich & Guy Mundlak, "The challenges (לעיל, הערה 19). בנוסף ראו: Stone to comparative labour law in a globalized era", *Comparative Labour Law (Research Handbook)* (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak - eds., 2015) 80.

72 Gregor Gall, Richard Hurd & Adrian Wilkinson, "Labour Unionism and Neo-liberalism", *The International Handbook of Labour Unions: Responses to Neo-liberalism* (Gregor Gall, Richard Hurd & Adrian Wilkinson - eds., 2011) 1, pp. 2–8; Guy Davidov, "The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection", 52 *Univ. Toronto L.J.* (2002) 357; Guy Mundlak, "The Power of Purpose: Comments on A Purposive Approach to Labour Law", 16 *Jerusalem Rev. Legal Stud.* (2017) 40. מונדלק ודוידוב מתארים את האיזון הנדרש במלאכת השיפוט בין אבני היסוד החדשות של משפט העבודה, הפן הכלכלי ומנגד הפן הסוציאלי.

73 על הפיכתם של יחסי העבודה ליחסים גמישים ראו: לילך לוריא **דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת (תשע"ג)** בעמ' 51–67; על גמישות תעסוקתית בהקשר של מיקור חוץ ראו: רות בן-ישראל "העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – שאלות של יחידת מיקוח ויציגות הרהורים ראשוניים בעקבות התיקון לחוק" **מאזני משפט ב (תשס"ב) 9**, בעמ' 10–11. וראו גם כאן: Thomas Bailey & Roger Waldinger, "Primary, Secondary, and Enclave Labor Markets: A Training Systems Approach", 56 *Am. Soc. Rev.* (1991) 432.

משפטיים שונים הוא ממאפייניה של מערכת שיפוטית הממלאת תפקיד של חקיקה שיפוטית מחדשת, המקדימה את בית המחוקקים ותרה אחר פתרונות וחדשנות.⁷⁴ מצב זה הפך את ערכאות משפט העבודה לבעלות תפקיד מרכזי בהסדרה ישירה של שוק העבודה.⁷⁵

הסמכות והמקצועיות של בית הדין, בתחום משפט העבודה, לרבות הרכב מיוחד של מותב בית הדין, המשלב נציגי ציבור המעורבים בכל שלבי ההכרעה השיפוטית, גרמו למעמדו כערכאה ייחודית,⁷⁶ שנועדה לגבש פסיקה רגולטורית. צורך זה ממקם את בית הדין בצומת קבלת ההחלטות, וממקום זה הוא נאלץ להתמודד עם שאלות חדשות ונכון לאמץ נורמות מהמשפט הבין-לאומי וההשוואתי ולחולל את השינוי המשפטי הנדרש. בעידן הגלובלי, הפנייה להסדרים זרים אינה אלא ביטוי דיאלוג שיפוטי בין-לאומי בין שיטות משפט וערכאות שיפוטיות שונות.⁷⁷

הפרקים הבאים יבחנו את פסקי הדין שבהם נדרשו ערכאות משפט העבודה לייבא את הדין הזר על מנת למצוא פתרון לאתגרים בלתי מוסדרים. לאחר ניתוח של הפסיקה, נראה שלפחות בתחום של משפט העבודה, נקודת המוצא לשימוש בדין זר, ולענייננו במשפט האיחוד האירופי, מקורה בשני אלה: הראשון, לשם חיזוק המשפט המקומי,⁷⁸

74 תב"ע (ארצי) נד/3-96 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ נ' אל רחמן, פד"ע כט 151, 161 (1995) (להלן: עניין אל רחמן).

75 המודל הבסיסי של יחסי עבודה הוצע על ידי הכלכלן Dunlop, אשר תיאר את מערכת יחסי העבודה כמערכת אינטראקטיבית בין השחקנים הרלוונטיים, על רקע תנאים מסוימים, אשר ביניהם הדגיש את ההתפתחות הטכנולוגית, מבנה שווקים ויחסי העוצמה בחברה. התוצר של מערכת זו הוא נורמות, פורמליות יותר או פחות, המסדירות את היחסים בין הצדדים למערכת. על אף הביקורת שנמתחה במהלך השנים על המודל של Dunlop ועל הגישה המערכתית בכלל, נותר מודל זה המודל המרכזי בניתוח יחסי עבודה, ולכל הפחות הוא אפקטיבי בהצגת המערכת והשינויים שחלו בה. ניתן לראות במודל זה של Dunlop בסיס המאפשר צמיחה של משפט העבודה דרך פסקי הדין; מקום שנורמות חברתיות או משפטיות אחרות אינן מצליחות עוד לייצב את המערכת החברתית, הצדדים פונים לבתי הדין כסוכני המשפט; Samuel Estreicher, "The Dunlop Report and the Future of Labor Law Reform", 12 *Lab. Law.* (1996) 117; Bruce E. Kaufman & John Dunlop, "Reflections on Six Decades in Industrial Relations: An Interview with John Dunlop", 55 *Indus. & Lab. Rel. Rev.* (2002) 324.

76 משרד המשפטים - דין וחשבון הועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה 31, 48 (2006).

77 nne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004) pp. 4-6, שם היא מציגה את מודל ה-Pascal Lamy, "Global Government Networks Theory (GGNT). בנוסף ראו: Governance: From Theory to Practice", 15:3 *J. Int'l Econ. L.* (2012) 721, pp. 721-728.

78 התכתבות זאת עם משפט האיחוד האירופי, שנעשית לשם חיזוק הדין המקומי, מלמדת להשקפתנו על דיאלוג והפרייה הדדית בין מערכות משפט, אגב הקפדה על התעדכנות בפסיקה ובהוראות נורמטיביות בסוגיות המתעוררות במשפט הישראלי. Calabresi פיתח טיפולוגיה לעניין ציטוטים והפניות של משפט זר על ידי בית המשפט. הוא מתייחס ל"חיזוק" המשפט המקומי על ידי פנייה למשפט זר כך: "in which the Court looks to foreign law and practice to demonstrate that its opinions are logical and are supported

והשני, לצורך מתן פתרון של המשפט המקומי וכדי לקדם אינטרסים פנימיים שלו.⁷⁹ עיצובו של המשפט הישראלי על גבי דגמים וכללים אחרים מאפשר לקלוט השפעות זרות ולתת להן ביטוי בעיקר כמקור להשראה או להשלמה לצורך מתן תשובה לשאלה המתעוררת בדין. השופט, מטבע הדברים ואופיו של המשפט, אינו חוקר, בדרך כלל, את ההיסטוריה או הנסיבות של המשפט הזר, ומתוקף כך ההתבססות על המשפט המשווה הינה חלקית בלבד. בשל סוגיות אלו, השפעת הדין הזר על שיטת משפט הפכה לא מכבר לאחד הנושאים הנחקרים בזירה המשפטית. אף על פי שהשופט צריך להחליט על פי הדין המקומי, המערכת השיפוטית הישראלית התחשבה מאז ומעולם במשפט של מדינות זרות ובכך תרמה לעיצובה של שיטת המשפט כשיטה מעורבת.⁸⁰ הצידוק לשימוש במקורות זרים היה ועודנו דלות הפסיקה והחקיקה המקומית בנושאים שונים. האחריות לבחינה מחודשת של מבחנים משפטיים מסורתיים והתאמתם למציאות רובצת הן לפתחו של המחוקק והן לפתחם של בתי הדין. עם זאת, הפרקטיקה של פנייה למקורות זרים עולה לעיתים על היכולת של הסדרי חקיקה פורמליים, והיא מייצגת את האינטרס הטבוע של בתי הדין לפתח כללים המובילים להגברת כוחם המוסדי וחשיבותם לכינון של משפט העבודה.

צרכים משתנים של ביזוריות תעסוקתית, טכנולוגיה, שוויון בעבודה והתארגנות במציאות משתנה, לצד מגמות של תנועה חופשית של עובדים ללא מגבלות גאוגרפיות, מחייבים הגדרה מחודשת של מרחב משפט העבודה בעולם משתנה. צרכים אלה מזמנים מצבים של העברת כלל משפטי ממערכת משפט אחת לאחרת על מנת ליישב מחלוקות שהחוק המקומי אינו מסדיר. מצבים אלה מאפשרים לבתי המשפט להגיב להשפעות תהליכים גלובליים על המשפט המקומי ולתרום לכינונה של שפה משפטית בין-לאומית.⁸¹ אחת הטענות התומכות בשימוש במקורות הזרים בפסיקה היא התכנסות

Stephen A. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, "The by reason. ראו ב: The Supreme Court and Foreign Sources of Law", 47 *Wm. & Mary L. Rev.* (2005) 743, p. 864.

Melissa A. Waters, "Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law", 93 *Geo. L. J.* (2005) 487; Phil Syrpis, *EU Intervention in Domestic Labour Law* (2007) 3, pp.3-10
 דן בהרחבה בכוונה שבשימוש של משפט העבודה האיחוד האירופי לתוך המשפט הפנים-מדינתי במדינות האיחוד וברציונלים לאפשר זאת.

ראבילו ולרנר (לעיל, הערה 1) בעמ' 90-97. הכותבים מתייחסים תחילה למקומה של שיטת המשפט בישראל כשיטה מעורבת, בצל השפעות של משפט משווה, ואף מציינים את הקרקע שאפשרה פנייה למשפט המשווה, בין היתר חינוך משפטי במדינות אירופה.

לדיון בשאלה אם משפט העבודה מקומו בשיח של דין גלובלי, אגב השוואה למודל האמריקאי בעיקר ראו: Harry Arthurs, "Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture", 22 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* (2001) 271
 אחת השאלות המיידיות שעולות בהקשר זה היא אם לבתי משפט לאומיים יש אוטונומיה

טבעית בין מערכות משפט שמדמות האחת את האחרת, בד בבד עם הפנמת מאפיינים גלובליים המצריכים הרמוניזציה.⁸² האתגרים הזהים, ההתפתחות של משפט העבודה בישראל ומשפט האיחוד האירופי על ציר זמן דומה והעובדה שהאיחוד האירופי שוקד על הסדרה של נורמות בין גיוון תרבותי ומשפטי רב, כל אלה מחזקים את מעמדו של משפט האיחוד האירופי כמקור השוואתי ראוי למשפט העבודה בישראל וכרלוונטי לתמהיל החברתי המקומי. משפט הקופא על שמריו, המתנתק מהמציאות ומפסיק לשמש כלי שרת בידי החברה והמדינה, מחייב שקילה מחודשת של ההלכה הנוהגת. במרחב השיקולים נמצא הדין הזר ובחלקו גם משפט האיחוד האירופי.⁸³

בפרק זה עסקנו במאפיינים הייחודיים שעיצבו את התפתחות משפט העבודה, באיחוד האירופי ובישראל ובהזקקות לדין הזר והשימוש בו בישראל. בפרק הבא נעמוד על השימוש במקורות זרים במסגרת הליכי פסיקה בתחום משפט העבודה, בערכאות משפט העבודה בישראל, אגב אימוץ כללים או מושגים משפטיים שמקורם בשיטות משפט זרות. בפרקים הבאים נראה אתה האופן שבו מוצאים בתי המשפט את משפט האיחוד האירופי כמקור עדכני בתחום העבודה והביטחון הסוציאלי וכמקור משפטי מפותח ומתפתח שניתן ללמוד ממנו.

ג. מופעים בולטים של משפט האיחוד האירופי במשפט העבודה הישראלי

ההתקדמות של משפט העבודה באיחוד מספקת מענה לאתגרים של שוק העבודה המודרני, ואכן, כפי שיראה מאמר זה, בחלק מהמקרים המרכזיים פונות ערכאות משפט העבודה למשפט האיחוד האירופי כדין זר משלים. בתחומים "חדשים" למשפט העבודה בישראל, ומשעולות שאלות נורמטיביות חדשות שבהן המשפט האירופי כבר עסק ואף מתקדם בהן מבחינה חקיקתית, נעזרים השופטים במשפט האיחוד כדי לפסוק באופן

המאפשרת פנייה למקורות זרים ותרומה לכינונה של תפיסה משפטית גלובלית. על שאלה זו מנסה להשיב Waldron בהקשר של בתי המשפט בארצות הברית: Jeremy Waldron, "Foreign Laws and the Modern Ius Gentium", 119 *Harv. L. Rev.* (2005) 129, pp. 132-139. בנוסף ראו: Benvenisti (לעיל, הערה 63).

82 Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (2nd ed., 1995). על שיטות משפט דומות המאפשרות ייצוא וייבוא ביניהן ראו בעמ' 3, ועל הרמוניזציה של המשפט בעמ' 379. הספר יצא גם במהדורות נוספות, האחרונה בשנת 2007.

83 *Trade unions and migrant workers: New contexts and challenges in Europe* (Stefania Marino, Judith Roosblad & Rinus Penninx - eds., 2017).

הראוי בעיניהם.⁸⁴ הפנייה למשפט האירופי מאפשרת ללמוד על פתרונות שהשיטה מצאה ואף לאמצם, אגב התאמתם לייחודיות של שיטת המשפט בישראל. החברה הישראלית, כמייצגת פסיפס הטרוגני, מזמינה את בתי המשפט למצוא פתרונות יצירתיים לשאלות שמקורן בגיוון החברתי בישראל. בדומה, האיחוד האירופי גם הוא פסיפס של דמוקרטיה מבוססת וכאלה שהן חדשות, המייצגות מקורות תרבותיים קונפליקטואליים שההיסטוריה נאבקה ליישב. לבית המשפט האירופי תפקיד מרכזי בהאחדה ובשרטוט של קווים מנחים לכלל המדינות החברות, שדרכם ניתן ליישב סכסוכים חוצי גבולות ולהביאם להטמעה במערכות משפט מגוונות.⁸⁵ לקווים מנחים אלה יתרונות מעבר לגבולות המדינות החברות באיחוד האירופי. קווים אלה יכולים לספק, ואף ראוי שיספקו, הנחיה גם למדינות שאינן חלק מהאיחוד האירופי, אך חולקות מסד ערכי משותף, כדברי השופט רבינוביץ' בעניין אלביט: "גם בעמדת המשפט האירופי ניתן למצוא סיוע מובהק לפרשנות, בה אנו דוגלים בעניינינו [...] ניתן לראות בהוראות [...] ופירושן על-ידי בית-הדין של הקהילה האירופית [כך במקור] כמורה דרך לפירוש הנכון של השאלה שבמחלוקת, תוך הרמוניה עם משפט העבודה באירופה".⁸⁶ בפסק דין זה נעזר השופט רבינוביץ' במשפט האיחוד האירופי באופן נרחב כדי לתמוך בדין המקומי, ומוצא לנכון לייחס דיון מרכזי בשאלת הרלוונטיות של הדין הזר להליך השיפוטי בישראל.⁸⁷ דבריו אלה של השופט אינם באים רק כדי לחזק את הפנייה החוצה אל משפט האיחוד האירופי כדין זה, אלא יש בהם כדי לחזק את התאמתו להטמעה במשפט המקומי. וכך ממשיך ומציין השופט רבינוביץ': הפרשנות "עולה בקנה אחד עם האמור

84 כך לדוגמה בע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין איסקוב), נדרשו ערכאות משפט העבודה בישראל בפעם הראשונה לעניין פרטיות במאגרים טכנולוגיים במקום העבודה. הצורך הדיוני בתחום חדש והעובדה שמשפט האיחוד האירופי כבר נדרש לנושא זה הובילו את בית הדין להתבסס משפט האיחוד האירופי, ובאופן ספציפי על דירקטיבה שפורסמה שנתיים לפני מועד פסק הדין. יודגש כי הבאתו של פסק דין בחלק זה אין משמעותה שפסק הדין מפנה למשפט האיחוד האירופי בלבד. נכללו בסקירתנו גם פסקי דין המפנים לכמה גורמי משפט זרים, כל עוד אחד מהגורמים הללו הוא משפט האיחוד.

85 Jukka Snell, "The Internal Market and the Philosophies of Market Integration", 85 *European Union Law* (Catherine Barnard & Steve Peers - eds., 2nd ed., 2017) 310; Davidov (לעיל, הערה 1).

86 עס"ק (ארצי) 68/09 הסתדרות העובדים הכללית החדשה האיגוד המקצועי של עובדי החשמל, המתכת והאלקטרוניקה נ' אלביט מערכות אלקטרו-אופטיקה בע"מ (אל-אופ), פסקה 45 לפסק דינו של השופט רבינוביץ' (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין אלביט). השימוש במינוח "קהילה אירופית" הוא במקור, אף על פי שאינו מתאים לשנת 2012, שבה ניתן פסק הדין.

87 שם, פסקה 52 לפסק דינו של השופט רבינוביץ'.

בהסכם הקיבוצי, עם פסיקת בתי הדין האזוריים, עם המשפט הנוהג באיחוד האירופי ועם אמנות בינלאומיות, גם אם לא אומצו במפורש על ידי ישראל".⁸⁸

הפעם הראשונה שבה בית הדין הארצי מאזכר את המשפט האירופי היא בשנת 1978 בעניין לדרמן.⁸⁹ במקרה זה נדונה זכאותה של עובדת במפעל "עלית" לשכר השווה לשכר של הגברים העובדים עימה באותו תפקיד ובאותה משרה. בית הדין משתמש במקורות זרים, וביניהם המשפט האירופי, במטרה לפרש את החוק הישראלי. בראשית דבריו קובע בית הדין כי הוראות החוק המקומי אינן ייחודיות לישראל וכי בדברי החקיקה האירופיים מובעות תכלית ומטרה זהות.⁹⁰ לאחר פסק דין זה המשיכו ערכאות משפט העבודה לשבץ מקורות ממשפט האיחוד האירופי בפסיקותיהן. בחלק מפסקי הדין אף מוקדש חלק שלם, של כמה עמודים, לדיון במשפט האיחוד האירופי. דוגמה לכך היא סקירת המשפט האירופי על ידי המשנה לנשיא אור בעניין התעשייה האווירית,⁹¹ הנפרסת על פני שישה עמודים. לגישתו, המשפט האירופי מציע הסדרה חקיקתית בנושא העומד בפני בג"ץ ובהיעדר "תשובה ישירה ומפורשת למחלוקת שאנו עוסקים בה".⁹²

לפני שנעמיק במאגר הנתונים שעליו מתבסס מחקר זה, ונבחן את שמונת נושאי הליבה, נבקש לדגום חלק מפסקי הדין המרכזיים שניתנו בערכאות העליונות של משפט העבודה בישראל באותם נושאים, אשר מדגישים את ההיזקקות ואת ההתאמה למשפט העבודה באיחוד האירופי, כמקור השוואה ראוי לפרשנות של משפט העבודה בישראל, חיזוקו וקידומו. פסקי הדין יעסקו בכמה תחומים מרכזיים: הגדרת המונח עובד; משפט העבודה הקיבוצי וזכות השביתה; חילופי מעסיקים; שעות עבודה וימי חופשה; עקרון השוויון לעניינם של להט"בים; העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי; גיל פרישה מעבודה ופרטיות במקום העבודה.⁹³ דרך סקירת פסקי הדין נוכל להיחשף למגוון של התייחסויות למשפט האיחוד האירופי. בשל התקדמות החקיקה והפסיקה במשפט האיחוד האירופי, לעיתים מקדישים השופטים פרקים שלמים בפסיקתם לסקירת הדין האירופי הנוהג והשוואתו לדין הישראלי.⁹⁴ במקרים אחרים, בסוגיות עקרוניות וחדשוניות, מבקשים

88 שם, פסקה 13 לפסק דינו של השופט רבינוביץ.

89 דב"ע (ארצי) לז/71-3 "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ נ' לדרמן, פד"ע ט 255 (1978) (להלן: עניין לדרמן).

90 שם, בעמ' 264.

91 בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004) (להלן: עניין התעשייה האווירית).

92 שם, בעמ' 511.

93 אף על פי שהדין מתמקד במשפט האיחוד האירופי, כשהדבר יידרש על מנת לאמוד את איכות ההפניה למשפט האירופי למול הפניות אחרות, נראה את אופן ההפניה למשפטן של מדינות אחרות.

94 לדוגמה לסקירה הנרחבת של משפט האיחוד האירופי, ראו: דב"ע נד/1-4 (ארצי) ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' רמת"א בע"מ, פד"ע כט 601 (1996) (להלן: עניין

שופטי בית המשפט העליון להיעזר בניסיון של שיטות משפט אחרות, וביניהן גם משפט האיחוד האירופי, תוך שהם רואים לנכון לציין כי במקרים מסוימים אף בשיטת המשפט האירופית לא נמצאה התמודדות זהה לזו המתרחשת בדין המקומי. פנייה זו למקורות משפט האיחוד האירופי נעשית בבחינת "חלון למתרחש בשיטות שמעבר לים".⁹⁵

1. הגדרת המונח עובד

הגדרת יחסי עבודה וקביעת מעמדו של העובד פותחו לאורך השנים בחקיקה ובעיקר בפסיקה,⁹⁶ מתוך ציפייה שבתי המשפט יוכלו להתמודד טוב יותר עם מקרים שגייעו לפתחם. התמודדות זו חייבה הרחבה של גבולותיו הפרשניים של המונח "עובד", כך שניתן יהיה להמשיך ולשכלל את ההגדרות הקיימות ולהכיל בתוכן קבוצות אנשים שבעבר לא נכללו בהן והתאמתן לתמורות המתחוללות בשוק העבודה. כדברי בית המשפט בעניין סרוסי: "תורת המשפט מפתחת מושגי משפט. לכל מסורת ותרבות משפטית מושגי משפט ותורת משפט משלה. לאלה חשיבות רבה. הם מסכמים את הניסיון המשפטי המצטבר. המשפטן אינו צריך להתחיל את עיונו מבראשית. הוא רשאי וצריך להמשיך במקום שסיימו קודמיו".⁹⁷ הקביעה שאדם הוא "עובד" היא עניין שבמהות ואינה תלויה בהסכמתם של הצדדים, אף אם התנו זאת מפורשות בחוזה.⁹⁸ במצב דברים זה, הכניסה למעמד של עובד או למערכת של יחסי עבודה היא תנאי מקדים לתחולתו של משפט העבודה. מרבית חוקי המגן וההסדרים המשפטיים השונים בישראל

-
- רמת"א), והדיון על אודות סקירה זו בהמשך בפרק ד(4); עניין התעשייה האווירית (לעיל, הערה 91) והדיון על אודות סקירה זו בפרק ג(3).
- 95 ראו: בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ); עניין איסקוב (לעיל, הערה 84).
- 96 Isabel Shutes, "Work-related Conditionality and the Access to Social Benefits of National Citizens, EU and Non-EU Citizens", 45(4) *J. Soc. Pol'y* (2016) 691; *Restatement of Labour Law in Europe: Vol I The Concept of Employee* (Bernd Waas & Guus Heerma van Voss - eds., 2017). עיקר חשיבותה של הגדרה זו הוא לצורך בחינת תחולתם של חוקי המגן בדיני העבודה החלים רק כאשר מקיימים יחסי עבודה, וכן לצורך בחינת תחולתם של חוקים נוספים, כך למשל בענייני ביטוח לאומי, מיסוי ואף קניין רוחני, לעניין זה ראו: מנחם גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב "עיוני משפט יז (תשנ"ב) 19, בעמ' 21–22.
- 97 דגנ"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 827 (1998) (להלן: עניין סרוסי).
- 98 דב"ע לא/3-27 עיריית נתניה נ' בירגר, פד"ע ג 177 (1971) (להלן: עניין עיריית נתניה). להרחבה על משמעות יחסי העבודה החוזיים ראו: Jeremias Prassl & Einat Albin, "Employees, Employers, and Beyond: Identifying the Parties to the Contract of Employment", *The Contract of Employment* (Mark Freedland et al. - eds., 2016) 341.

קובעים את תחולתם על מי שהוא "עובד", זאת מבלי שהמחוקק הגדיר מיהו "עובד".⁹⁹ המשוכה הראשונה שעל התובע בבית הדין להתמודד עימה היא אפוא הגדרת יחסי העבודה בינו לבין הנתבע.¹⁰⁰

השאלה "מיהו עובד" הושלמה במהלך השנים, מאז הקמתה של מערכת המשפט הישראלית, על ידי ייבוא עקרונות ופרשנויות מהדין הזר לאור חסר בחקיקה ובפסיקה.¹⁰¹ במהלך השנים פיתחו בתי הדין בישראל שורה של מבחנים לצורך הגדרת מושג המפתח "עובד". תחילה הניחו משמעות אוניברסלית אחידה למושג מתוך רצון להגשים ודאות משפטית,¹⁰² ורק מאוחר יותר זו הוחלפה במבחן תכליתי בדומה למקומות אחרים בעולם, שלפיו ייבחנו הנסיבות הספציפיות של המקרה אל מול מטרות החוק המבוקש ליישום.¹⁰³ באמצעות מבחן זה אימצו בתי הדין אופציית ביניים, המקובלת במדינות שונות, שלפיה ניתן להעניק חלק מזכויות עבודה וזכויות סוציאליות גם מבלי להכריע בשאלה המקדמית של קיום יחסי עבודה ומבלי להעניק סטטוס של עובד.¹⁰⁴ כמו בתחומי משפט רבים אחרים, פותחו בהדרגה מבחנים שונים שמטרתם לסייע לבית הדין לבצע את מלאכת השיפוט, קביעת הסטטוס או היעדרו.¹⁰⁵ באחד מפסקי הדין הראשונים לאחר קום המדינה, ועוד בטרם הוקם בית הדין לעבודה, נדרש השופט זילברג בעניין **אגושביץ**, לדון בשאלה "מיהו עובד", שהיא, כפי

99 לשם השוואה, בארצות הברית ההגדרה "מיהו עובד" מעוגנת בחוק פדרלי (FLSA), אם כי נותרה פתוחה לשיקול דעת שיפוטי. ראו: Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C. § 203 (1938).

100 גולדברג (לעיל, הערה 96) בעמ' 20–21. השאלה המקדמית היא לצורך הכרה בסטטוס של עובד, בשונה ממעמד של קבלן עצמאי, משתתף חופשי ואחרים.

101 שם, בעמ' 25–30.

102 בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628 (1996). לגישה האוניברסלית, ראו: עניין סרוסי (לעיל, הערה 97) בעמ' 825.

103 שם, בעמ' 827, 843–844. וכן ראו: Guy Davidov, "Who is a Worker?", 34 *Indus. L. J.* (2005) 57.

104 ראו את דעתו של הנשיא אדלר בע"ע (ארצי) 300274/96 **צדקא נ' מדינת ישראל – גלי צה"ל** (פורסם בנבו, 2001), בדעת מיעוט שהפכה לרוב בפסיקות מאוחרות יותר, שגם משתתף זכאי לקבל זכויות מסוימות השמורות לעובד.

105 לסקירה השוואתית על אודות המבחנים המשמשים בשיטות משפט שונות, ראו: Davidov (לעיל, הערה 72); Luisa Corazza & Orsola Razzolini, "Who is an employer?", *Comparative Labor Law* (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak - eds., 2015) 132. על התפתחות המושג "עובד" במשפט האירופי ראו: Nicola Kountouris, "The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope", 47 *Indus. L. J.* (2018) 192. ובכתיבה קודמת, ביקש Kountouris לצד כותבים נוספים לסקור באופן תאורטי שלוש גישות שונות להגדרת יחסי עבודה ולבסס תשובה לשאלה "מיהו עובד": Nicola Kountouris, "The legal determinants of precariousness in personal work relations: A European perspective", 34 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2012) 21, pp. 22–26.

שציין, "שאלה מעניינת, חדשה ומסובכת למדי", ועלינו להבין "מה המשמעות הנכונה של המונח 'עובד' ומה הוא קנה המידה, או קני המידה, לבחינת סגולה זו".¹⁰⁶ לשם כך הביא השופט סקירה מעניינת של הפסיקה האנגלית מראשית המאה הקודמת, שנדרשה אף היא לשאלה בהיעדר הנחיה חקיקתית למונח "עובד".¹⁰⁷ השופט חשין הצטרף לשופט זילברג וציין כי כבר בזמן השלטון המנדטורי התבססה ההגדרה על המשפט האנגלי.¹⁰⁸ בפסיקה בהמשך הדרך מצא בית הדין נסיבות מתאימות שבהן הסתמך על פסיקה זרה, בעיקר זו של בתי המשפט באנגליה, לצורך ההבחנה בין עובד למי שאיננו עובד. מבחנים שונים הוצגו ואומצו בפסיקה, בראשם "מבחן ההשתלבות",¹⁰⁹ הבוחר את ממד השתלבותו של העובד במקום העבודה, שאליו מצטרף המבחן התכליתי.¹¹⁰ צורות העסקה חדשות מאתגרות את בתי הדין, שבמשך שנים נדרשו לפרש ולהוסיף הגדרות ל"מיהו עובד" במקטעים שונים שבין "עובד" ל"עצמאי". כמו כן, לאורך השנים שב בית הדין ופונה למשפט הזר, וכך בשנת 1973, בעניין **צדקא**, קלט בית המשפט מהמשפט הגרמני את המונח "משתתף חופשי",¹¹¹ שבשונה מעובד "רגיל" נוטל חלק בעסקו של מקבל העבודה, אך אינו חלק אינטגרלי ממנו.¹¹²

מעמד של עובד במקום העבודה הוא מעמד מורכב, ויש קושי בעיצוב דמותו של העובד הסטנדרטי. מבט לעבר המתרחש בשיטות משפט אחרות מסייע בעיצוב דמות

- 106 ע"א 47/48 **אגושביץ נ' פוטרמן**, פ"ד ה(4), 6 (1951) (להלן: **עניין אגושביץ**).
- 107 שם, בעמ' 8. לדוגמאות מהפסיקה האנגלית ראו: *Underwood v. Perry & Son Ltd.* [1922] 15 B.W.C.C. 131, 133 C.A. (Eng.).
- 108 **עניין אגושביץ** (לעיל, הערה 106) בעמ' 18.
- 109 **עניין עיריית נתניה** (לעיל, הערה 98) בעמ' 190.
- 110 Guy Davidov & Brian Langille, "Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time has Now Come?", *The Idea of Labour Law* (Guy Davidov & Brian Langille - eds., 2013) 1, pp. 1-10.
- 111 ראו בדב"ע לג' 9-3 **רשות השידור נ' סיוון**, פד"ע ד 520 (1973).
- 112 לעניין הפסיקה בגרמניה ראו: Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (3rd. Revised ed., 2000) 116. בעניין הכרה בסטטוס עובד נעזר בית הדין בישראל גם במשפט האוסטרלי בשני פסקי דין מעניינים: הראשון, פסיקה תקדימית בעניינה של אישה העוסקת בזנות כתביעה להכרה בסטטוס עובד לצורך קבלת שכר מינימום וחופשה שנתית מכוח חקיקת המגן. אימוץ גישה תכליתית להכרה בסטטוס "עובדת" לנערות ליווי מובילה את בית הדין להשתמש בפסיקה אוסטרלית שהעניקה זכויות ביטוח לנערת ליווי שנפגעה במסגרת עבודתה. פסק הדין השני, לעניין הכרה של חייל בשירות קבע בצה"ל כעובד לעניין הליך הפיטורים, נפסק על בסיס מבחן התכליתי שאין להגדירו כעובד בשלב הפיטורים אלא רק כ"בעל מעמד" ושלא מתקיימים יחסי עובד ומעסיק. גם כאן התבססו השופטים על הלכה אוסטרלית משכבר הימים, שלפיה המשרת בכוחות המזוינים של הכתר אינו בבחינת Civil Servant. ראו: דב"ע (ארצי) נו/180-3 **בן עמי – מכון קלאסה נ' גליצנסקי**, פד"ע לא 389 (1998); ע"א 153/54 **וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י 1246 (1956) וההפניה לפסק הדין האוסטרלי: *The Commonwealth v. Quince* (1943) 68 CLR 227.

משתנה זו. נוסף על כך, כחלק מההסתייעות במשפט זר, בשנים האחרונות פונה בית הדין יותר ויותר למשפט האיחוד האירופי כדי לענות על שאלה בסיסית זו, העוסקת ב"סטטוס עובד". בפרשת אורטל,¹¹³ אשר נדונה בבית הדין הארצי לעבודה, מבקשים המערערים, עובדי קבלן, מבית הדין שיעניק להם זכויות השוות לאלה שמוענקות לעובדי המשיבה. פסק הדין עוסק בשאלה מיהו המעסיק, אך תבניות העסקה מורכבות מעוררות לעיתים שאלות גם בדבר זהות המעסיק, בדרך להכרה במערערים כעובדים של המשיבה. השופט דוידוב-מוטולה נדרשת לשאלה אם בהיעדר קביעת סטטוס של עובד ניתן יהיה להעניק למערערים זכויות, קרי אם ניתן להחיל זכויות של עובד גם כשאין יחסי עבודה, או מבלי לקבוע כאלה. השופטת מבקשת לפרש את החוק בישראל על ידי שימוש במשפט האיחוד האירופי, תוך שהיא מציגה קשיים של ניצול וקיפוח של עובדים בלתי קבועים המועסקים במיקור חוץ והעסקות לא ישירות אחרות, ומתבססת על דירקטיבות של האיחוד האירופי לצורך פרשנות: "מגמה זו עולה בקנה אחד עם גישת השוויון ההולכת וצוברת אהדה במדינות רבות ברחבי העולם. כך, למשל, לפי הדירקטיבות של האיחוד האירופי צריך להיות שוויון בתנאים של עובדים המועסקים ישירות ושל עובדים המועסקים במסגרת העסקה משולשת, המבצעים את אותה עבודה, ללא קשר להגדרת יחסי העבודה".¹¹⁴ אנו צופים שערכאות אלה ימשיכו ויפנו אל משפט האיחוד האירופי כדין זר בסוגיה זו של תחולת יחסי עבודה, הן בשל נטיית עולם העבודה לעבור למודלים גמישים של העסקה המצריכים קביעת פרדיגמות ומבחנים חדשים והן בשל היזקקותו של האיחוד האירופי לבחינתן של תצורות העסקה חדשניות.¹¹⁵

2. משפט העבודה הקיבוצי וזכות השביתה

אחד מהמאפיינים הייחודיים של משפט העבודה הוא התנהלותו בשני מישורים: אישי – בין עובד למעסיק, וקיבוצי – בתיווך בין ארגוני עובדים למעסיקים. במסגרת המישור הקיבוצי מתקבלות הסכמות מחייבות ובנות-תוקף, והכול בשם חופש ההתאגדות ולצורך הגשמת מטרות משותפות בדיני העבודה.¹¹⁶ מטרתו של חופש זה לאזן את מערכת יחסי

113 ע"ע (ארצי) 14274-10-10 גולדברג נ' אורטל שירותי כוח אדם בע"מ (פורסם בנבו, 2011).

114 שם, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה, מאוזכר מאמרם של רונית נדיב ויובל פלדמן "היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל" עבודה חברה ומשפט יב (תש"ע) 153 ובו הפניה לשני אלה: Council Directive 99/70, 1999 O.J. (L 175) 43; Council Directive 97/81, 1998 O.J. (L 14) 9.

115 Susanne K. Schmidt, Michael Blauburger & Dorte Sindbjerg Martinsen, "Free Movement and Equal Treatment in an Unequal Union", 25 *J. Eur. Pub. Pol'y* (2018) 1391; Martin Ruhs, "Free Movement in the European Union: National Institutions vs Common Policies?", 55 *Int'l Or. Mig.* (Special Issue) I (2017). ניתן לצפייה באתר: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/imig.12398>

116 *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe* (Niklas Bruun, Klaus Lörcher & Isabelle Schömann - eds., 2014); Alan Bogg & Keith D.

העבודה בין המעסיק ובין העובד, המאופיינים באופן טבעי באי-שוויון לרעתו של העובד.¹¹⁷ ואכן, לא בכדי הוכרה זכות ההתארגנות במשפט העבודה כזכות יסוד ועוגנה מפורשות בחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז–1957,¹¹⁸ וממנה נגזרות זכויות שהוכרו בפסיקה של בתי הדין: הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן וחופש שביתה.¹¹⁹ במהותה, זכות ההתארגנות משקפת את האוטונומיה של העובד, את חופש הביטוי שלו ואת השמירה על כבודו לנוכח פערי כוחות בין עובדים למעסיקים. סכסוכי עבודה הם חלק בלתי נפרד מיחסי העבודה, ובתי הדין משקיעים מאמץ רב במציאת פתרונות יעילים להביא לסיומם.

כפי שעמד מירוני במחקרו, בית הדין פנה במקרים מספר לדין במדינות אחרות כדי להכריע בשאלות שעסקו בהסכם הקיבוצי ובחופש ההתאגדות.¹²⁰ לקראת תחילת שנות האלפיים ניתן להבחין בהשפעתם של מקורות ממשפט האיחוד אירופי על מלאכת השפיטה בנושאים אלה. בפרשת הורן פרץ סכסוך לאחר שהמעסיקה סירבה לנהל משא ומתן לקראת כריתת הסכם קיבוצי שנועד להסדיר את תנאי העבודה של העובדים. כתוצאה של הסכסוך הוכרזה שביתה, ובתגובה אליה פיטרה המעסיקה יותר מ-30 עובדים, חלקם מתוך ועד העובדים וכולם עובדים שנטלו חלק בשביתה.¹²¹ בהחלטתו פונה הנשיא אדלר לכמה מקורות משפטיים זרים, וביניהם משפט האיחוד האירופי. בד בבד עם משפט האיחוד האירופי נעזר הנשיא בסעיף 11 לאמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות האדם, אשר מנחה את ההכרעה בסוגיית פיטוריו של חבר ועד עובדים. מקורות אלו מגינים על זכותם של העובדים להתארגן ולשבות, ואף אוסרים על הטלת סנקציות של פיטורים בשל מימוש זכויות אלו.¹²² אזכורים אלו מחזקים את הכרעתו של בית הדין

Ewing, "Freedom of Association", *Comparative Labor Law* (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak - eds., 2015) 296.

117 לדיון במעמדה של זכות ההתארגנות כזכות יסוד חוקתית, ראו: בג"ץ 7029/95 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(2) 63 (1997).

118 חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז–1957, ס"ח 221.

119 ראו לדוגמה עס"ק (ארצי) 57/05 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה** (פורסם בנבו, 2005).

120 מרדכי (מוטי) מירוני "התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי והאינדוודואלי 2010–2011" **דין ודברים** ח (תשע"ד) 153, בעמ' 155–156: "הנתונים מעידים שקווי המתאר של יחסי העבודה בישראל מזכירים יותר ויותר את תמונת יחסי העבודה ברוב מדינות המערב, שבהן המודל הקיבוצי ומשפט העבודה הקיבוצי מצויים בתהליך של קיטון והתכווצות". על מאפייני ההתאגדות והיחסים הקיבוציים, לעומת אלה האישיים, במשפט האיחוד האירופי ראו: Mark Freedland & Nicola Kountouris, "Some Reflections on the 'Personal Scope' of Collective Labour Law", 46 *Indus. L. J.* (2017) 52.

121 עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2000).

122 שם, פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

בדחתו את הערעור ובחיוב המעסיקה להשיב את העובדים שפוטרו לעבודתם. בהתייחסו לזכות ההתארגנות, הכוללת גם את זכותו של ארגון עובדים לנהל משא ומתן קיבוצי עם מעסיקו, פונה הנשיא אדלר לפסיקת בית המשפט של האיחוד האירופי בפרשת Gustafsson, אשר במסגרתה נדחתה טענת מעסיק, שלפיה זכות ההתארגנות כוללת גם את זכותו שלא לנהל משא ומתן עם ארגון העובדים המייצג את עובדיו.¹²³ את ההלכה שנקבעה בפרשה זו שב ומאזכר השופט אדלר בפרשת **סינמטק ירושלים**. באותה פרשה הוגשה בקשה, במסגרת סכסוך קיבוצי, לצו מניעה שימנע מהעובדים לנקוט צעדים ארגוניים או שיבושי עבודה, ובית המשפט קבע שהזכות להתארגן כוללת גם את זכותו של ארגון עובדים לנהל משא ומתן עם המעסיק. כמו כן עמד בית המשפט על חובת המעסיק לנהל משא ומתן קיבוצי.¹²⁴ במקרה אחר, בפרשת **דיסקונט**, דובר על סכסוך קיבוצי שבו ביקש בנק דיסקונט להוציא צווי מניעה נגד עיצומי העובדים.¹²⁵ סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין, בדעת מיעוט, עושה שימוש במשפט האיחוד האירופי ומפנה לעיקרי הדירקטיבה האירופית (שהחליפה בשינויים קלים את הדירקטיבה האירופית 77/187), ומאזכרת פסיקה של האיחוד האירופי בעניין **Katsikas**.¹²⁶ מאוחר יותר נדרשו בתי הדין לעבודה להעניק פרשנות למיהות של ארגוני מעסיקים ועובדים. חוק יישוב סכסוכי עבודה מתייחס לארגון מעסיקים כמי שמוסמך לייצג מעסיק שהוא צד לסכסוך עבודה,¹²⁷ אך השאלה הנותרת היא: מיהו אותו ארגון מעסיקים? בדומה לשאלה "מיהו עובד", גם כאן נמנע המחוקק מלספק הגדרה, ובתי הדין נאלצו לפעול בריק זה. נוסף על השימוש בדין זר באופן כללי, ובהיעדר חוק בנושא ארגון

123 App. No. 15573/89 *Gustafsson v. Sweden* [1996] R.J.D. 1996-II, 9

124 עס"ק (ארצי) 64/09 **כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי נ' עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים**, בעמ' 18 (פורסם בנבו, 2009). בהמשך לפסק דין זה אימץ המחוקק את ההלכה המחזקת את כוחו של העובד והכניס לחוק חובה לקיים משא ומתן עם ארגון העובדים. סעיף 1ח33 (א) לחוק הסכמים קיבוציים.

125 עס"ק (ארצי) 1013/04 **בנק דיסקונט בע"מ נ' ההסתדרות הכללית החדשה – הסתדרות המעו"ף** (פורסם בנבו, 2004).

126 שם, בעמ' 22–23: "On the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of undertakings of Businesses". מאוזכר פסק הדין האירופי C-132/91 *Katsikas v. Konstantinidis* [1992] E.C.R. I-6577. פסק דין זה מאוזכר שוב, כפסק הדין היחיד ממקור זר, על ידי המשנה לנשיא אור והשופטים חשין וריבלין, בעניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91). פסק דין זה אוזכר גם בהליך בבית הדין הארצי על ידי השופט אליאסוף ומופיע באריכות גם בדעת המיעוט של השופטת ברק בדב"ע נד/4-1, (לעיל, הערה 94).

127 סעיף 4 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז–1957, ס"ח 58. יודגש גם שהמונח בחוק הוא "ארגון מעבידים", אף על פי שמבחינה תקנית ואף הולמת יותר יש לומר "ארגון מעסיקים".

עובדים ומעסיקים, בתי הדין לעבודה בישראל פונים למשפט האיחוד האירופי.¹²⁸ הנושא עלה בפרשת עמית, שבה דן בית הדין הארצי לעבודה בשאלת הקריטריונים שעל ארגון לעמוד בהם כדי שיוכר כארגון עובדים.¹²⁹ בפרשה זו השתמש הנשיא גולדברג בצ'רטר בדבר זכויות סוציאליות של עובדים, שנחתם בשנת 1989, לשם השוואת דינים ופירוש הדין המקומי בהגדרת ארגון עובדים.¹³⁰

על ההכרה בארגון כבעל משמעות אופרטיבית ולא רק דקלרטיבית, ובייחוד על חובת ההיוועצות בו, עמדה סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין בפרשות שונות, שבהן הודגשה ההסתייעות במשפט האיחוד האירופי. בפרשת טלקום נדון סכסוך הנוגע לפיטורי עובדים מאורגנים, כאשר ביקשו למנוע את פיטוריהם של 142 מעובדי החברה.¹³¹ סגנית הנשיא נעזרת בהנחיות של הדירקטיבה האירופית במקרים של פיטורי צמצום¹³² ומאמצת כללים אלו במשפט העבודה הישראלי, אשר בין היתר מטילים חובת היוועצות בארגון העובדים עוד לפני הפיטורים האמורים.¹³³ בעניין נתאי מדגישה סגנית הנשיא, ואליה מצטרף נציג העובדים, כי עלינו להביט לעבר המתרחש באירופה בייחוד לאור כך ש"בקהילה האירופית פועלת עתה ועדה מיוחדת שמטרתה לקבוע כללים לחובת ההיוועצות עם ארגון עובדים בעת פיטורין".¹³⁴ סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין מעמידה

128 בחוק הסכמים קיבוציים, יש התייחסות צרה מאוד למונח 'ארגון מעבידים'. ראו בסעיף 1(2) לחוק: "ארגון מעבידים המייצג את המעסיק".

129 חב"ע (ארצי) נה/30-4 "עמית" – הסתדרות עובדים מכבי נ' מרכז השלטון המקומי, פד"ע כט 61 (1995) (להלן: עניין "עמית").

130 שם, בעמ' 79. בדב"ע ג/4-7 אוניברסיטת תל אביב נ' ארגון הסגל האקדמי באוניברסיטת תל אביב, פד"ע ה 85 (1973) נקבע בין היתר מה מעמדו של ארגון כזה ומהם מאפייניו על מנת שיוכר, ובית הדין בישראל אימץ את המודל השכיח במדינות אירופה, כדוגמת גרמניה, שלפיו מוקנה לארגון זה מעמד מיוחד ברמה הכלל-משקית. ראו: Annelie Marquardt, Collective agreements - Germany, XIV Meeting of European Labour Court Judges (2006) http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159943.pdf. המודל האירופי נבדל מהמודל השכיח במדינות אנגלו-אמריקניות, שבהן אין לארגון זה מעמד מיוחד. להרחבה ראו: גלעד נוה הסדרת מעמדם המשפטי של ארגוני מעסיקים – סקירה משווה (הכנסת, הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2014). ניתן לומר שבתי הדין לעבודה אינם מצהירים באופן ישיר על חשיבותם של ארגוני העובדים, אלא עושים זאת בעקיפין, על ידי הטלת חובה על המעסיק להיוועץ עם ארגון העובדים טרם פיטורי הצמצום.

131 עס"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' אי.סי.איי. טלקום בע"מ, פד"ע לו 289 (2001) (להלן: עניין טלקום).

132 ראו: Council Directive 75/129, 1975 O.J. (L 48) 29, on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies. דירקטיבה אירופית זו עודכנה מאוחר יותר בדירקטיבה נוספת, שמטרתה להוסיף ולהבהיר את חובת המעסיק באשר להיוועצות בנציגי העובדים 3 Council Directive 92/56, 1992 O.J. (L 245) 3.

133 עניין טלקום (לעיל, הערה 131) בעמ' 307.

134 ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי נ' בית התפוצות על שם נחום גולדמן, פד"ע לו 311, בפסקה 6 לפסק דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין (2002).

את משפט האיחוד האירופי כסמן ימני לעניין פיטורים שלא כדין וחובת ההיוועצות במקרה של התארגנות עובדים. כך, לדבריה, כבר עמד בית הדין בעבר על הצורך בתום לב בפיטורים, אך העובדה שבאיחוד האירופי פועלת ועדה בנושא זה, שמטרתה להסדיר את התחום, מחזקת את הפרשנות התכליתית שאותה מבקשת סגנית הנשיא לבצע. דברים אלה מחזקים את מעמדו של משפט האיחוד האירופי בפסיקת בית הדין בישראל לא כמופע חד-פעמי, אלא כמשפט השוואתי מתפתח ורלוונטי שיש לעמוד מקרוב על החידושים שבו. בהמשך פסק הדין, ולצורך הכרעה בשאלת קביעות במקום העבודה, מביאה סגנית הנשיא כמה דוגמאות מחקיקה במדינות אירופה, אך בוחרת לחזק שימוש זה בדין זר בציינה ש"הוא הדין בקהילה האירופית".¹³⁵ נושא חובת ההיוועצות עלה גם בפסק דין **שירותי בריאות כללית**. במקרה זה שבה ומדגישה סגנית הנשיא שלחובת ההיוועצות יש כמה מקורות נורמטיביים, וביניהם היא כוללת את משפט האיחוד האירופי: "ישנן מדינות בן יש חקיקה, ובקהילה האירופית דירקטיבות, המחייבים היוועצות".¹³⁶

במקרה נוסף, פרשת **לויזן**, הועסקה המערערת אצל המשיבה בשתי צורות העסקה, תחילה כנותנת שירותים ומאוחר יותר לפי חוזה מיוחד, עד אשר פוטרה מעבודתה.¹³⁷ המחלוקת נגעה לשאלה מקדמית בעניין התקיימותם של יחסי עבודה. אם ייקבע שהתקיימו יחסי עבודה בין הצדדים במשך כל תקופת העסקתה, חלה על המעסיק החובה להיוועץ בארגון העובדים היציג לפני פיטוריה. כדי להשפיע על הסדר המשפטי-חברתי משתמש סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין הן בדירקטיבות והן בפסיקה אירופית, זאת כדי לעמוד על האופן שבו ההסדרים של האיחוד האירופי מתייחסים לסוגיה זו. היא משתמשת במשפט האירופי ככלי פרשני לפתרון סוגיה משפטית זו. סגנית הנשיא שמה דגש במשפט האיחוד האירופי ומאזכרת בפסק דינה את הדירקטיבה האירופית, הדנה במחויבות המדינות החברות במקרה של פיטורי צמצום, וכן בחיקון הדירקטיבה על ידי דירקטיבה 92/56¹³⁸ המבהירה את חובת המעסיק באשר להיוועצות בנציגי העובדים: "על-כן היא מטילה בחוקים, בהסכמים ובהסדרים קיבוציים ובנוהג חובת היוועצות עם נציגות עובדים באשר לצורך לפטר פיטורים מנימוקים כלכליים ובאשר לרשימת המפוטרים".¹³⁹ לאחר פנייתה לדירקטיבות הדנות במחויבות המדינות החברות במקרה של פיטורי צמצום והיוועצות בנציגי העובדים, השופטת מסתייעת גם בפסיקה של המשפט האירופי; היא מאזכרת את עניין **Rockfon**, שבמסגרתו קבע בית המשפט

135 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין.
 136 ע"ס"ק (ארצי) 1017/04 **שירותי בריאות כללית נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה**, בעמ' 18 (פורסם בנבו, 2005).
 137 ע"ע (ארצי) 359/99 **לויזן נ' רשות השידור**, פד"ע לו 400 (2001) (להלן: עניין לויזן).
 138 Council Directive 75/129 (לעיל, הערה 132).
 139 עניין **לויזן** (לעיל, הערה 137) בעמ' 413.

בלוקסמבורג כי אין בהליכים הנדרשים לצורך פיטורים מחמת צמצום כדי לפגוע בזכותו של המעסיק לפעול כנדרש לדעתו.¹⁴⁰ היעדר חקיקה מסודרת במשפט הישראלי בתחום זה מורגשת מאוד, ובתי המשפט המשיכו להיעזר במשפט האיחוד האירופי לצורך פרשנות המשפט ושינויו. כך, בארבעה פסקי דין הם שבו והסתמכו על הדירקטיבות של משפט האיחוד האירופי. לעניין קביעת הארגון היציג במשפט העבודה הקיבוצי, יפים הדברים שהובאו בפרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה, אשר נדונה בבית הדין הארצי לעבודה ועסקה בשאלה אם הסתדרות העובדים הכללית החדשה הינה ארגון.¹⁴¹ בדומה לסגנית הנשיא, גם השופטת דוידוב-מוטולה מכירה בלקונה החקיקתית הישראלית ויוצרת הלכה פסוקה בעניין, זאת על ידי שימוש בצ'רטר של הקהילה האירופית לשם קביעה אם ההסתדרות העובדים הכללית החדשה עומדת בהגדרות "ארגון" אם לאו.¹⁴² בעניין לוינסון הביע בית הדין תמיכה בדירקטיבה בדבר חובת ההיוועצות עם ועד עובדים וארגון עובדים.¹⁴³ בפסק הדין אסחאק ציין בית הדין לעניין חובת היוועצות של המעסיק במקרה של פיטורי צמצום:

חובה זו מעוגנת בארץ בהסכמים קיבוציים רבים. במדינות רבות היא מעוגנת בחוק [...] בקהילה האירופאית יש דירקטיבה הדנה בעניין והיא מחייבת את המדינות החברות במקרה של פיטורי צמצום. הדירקטיבה תוקנה בשנת 1992 בעיקר על מנת להבהיר ולהוסיף את חובת המעביד באשר להיוועצות בנציגי העובדים. בית הדין האירופאי בלוקסמבורג דן בחשיבות מיסוד ההליכים בין חברה מעבידה לארגון העובדים כאשר מדובר בפיטורי צמצום.¹⁴⁴

אחת מהזכויות המוגנות באגד הזכויות תחת חופש ההתאגדות היא החירות לשבות. זכות זו הוכרה מכוח זכות היסוד להתאגדות במהלך המאה העשרים בשלוש מסגרות על-לאומיות, ובעקבות זאת אף אומצה אל תוך הדין המקומי בישראל. היא הוכרה תחילה באמנת הזכויות החברתיות-כלכליות הבין-לאומית,¹⁴⁵ לאחר מכן נחקקה

140 שם, בפסקה 3 לפסק דינה של סגנית הנשיא ברק-אוסוסקיין; Case C-449/93 *Rockfon A/S v. Specialarbejderforbundet i Danmark* [1995] E.C.R. I-4291.

141 סב"א (ארצי) 50718-07-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הסתדרות העובדים הלאומית בישראל (פורסם בנבו, 2010).

142 שם, בפסקאות 20 ו-38 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

143 עס"ק (ארצי) 1005/00 עת"ם – סוכנות החדשות הישראלית נ' לוינסון, בעמ' 7 (פורסם בנבו, 2004).

144 ע"ע (ארצי) 1349/01 אסחאק נ' מדינת ישראל – משרד החינוך והתרבות, בעמ' 26–27 (פורסם בנבו, 2004).

145 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Jan. 3, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

באמנות שמקורן באיחוד האירופי,¹⁴⁶ וסעיף 8 לאמנה של ארגון העבודה הבינ-לאומי¹⁴⁷ בא והוסיף שהזכויות תהיינה בהתאם לחוקיה של כל מדינה ולא תגרענה מהדין המקומי. בית המשפט העליון הוא שהכיר בהגנה שיש לתת לזכות השביתה וקרא אותה אל תוך חוק הסכמים קיבוציים.¹⁴⁸ בית המשפט היה ערוך ובשל לקלוט חידוש זה, המתיישב עם עקרון הסימטריה וההדדיות ביחסי העבודה.¹⁴⁹ בשל הימנעותו של המחוקק הישראלי מלהגדיר מהי שביתה, הלגיטימיות של השביתה מעוצבת לרוב על ידי פסיקת בתי המשפט. פרופ' רות בן-ישראל, חוקרת מובילה בתחום משפט העבודה, טוענת שלבתי המשפט יש תפקיד חשוב בהגדרת זכות השביתה ובקביעת מאפייניה ותנאיה.¹⁵⁰ הפנייה למשפט האיחוד האירופי לאור החקיקה החלקית בתחום השביתה היא חלק משימוש רחב יותר שעושות ערכאות משפט העבודה בישראל בפנייתן אל דין זר. בכמה הלכות חשובות בתחום של זכות השביתה התבססו ערכאות אלה על הדין הזר. דוגמה לכך ניתן לראות בפרשת **חטיב**,¹⁵¹ לעניין שביתה פוליטית, שם התבסס בית המשפט העליון על המשפט האנגלי, שלפיו ככלל אין מכירים בחוקיותה של השביתה הפוליטית.¹⁵² במרבית המדינות המפותחות קיים קונצנזוס לכך שזכות השביתה אינה כוללת את השביתה הפוליטית המכוונת נגד הממשל שאינו המעסיק, כך בגרמניה, בולגריה ושווייץ. לעומתן, בנורווגיה ואיטליה, לדוגמה, ניתנת לשביתה זו לגיטימציה תחת הגבלות מסוימות.¹⁵³ שימוש בדין הזר בנושא זכות השביתה כחלק מהזכויות

- 146 European Social Charter, May 3, 1996, 163 E.T.S 1 ; אמנת רומא (לעיל, הערה 28);
 147 Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010 O.J. (C 326) 391-1.
 148 אמנה (מס' 87) בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן, 1948 (כ"א 2, עמ' 249).
 149 עש"מ 1/86 קוקה נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד מ (2) 406 (1986). לדין נוסף ומעמיק בנושא זה ראו: מנחם גולדברג "זכות השביתה במדינת ישראל" **עיוני משפט ג** (תשל"ג) 606.
 149 דב"ע (ארצי) לו/4-5 גינסטלר נ' מדינת ישראל, פד"ע ח 3 (1976). בנוסף ראו: תב"ע (ארצי) מח/20-41 הסתדרות האקדמיים במדעי החברה והרוח נ' רשות שדות התעופה, פד"ע יט 449, בעמ' 458 (1988): זכות השביתה בישראל, מצויה "בחברתן הטובה של זכויות יסוד אחרות כגון חופש הדיבור, חופש ההפגנה וחופש העיסוק שאף כי אינן כתובות עלי ספר, אינן זכויות ערטילאיות, אלא הן בעלות מעמד בכורה משפטי".
 150 רות בן-ישראל **דיני העבודה בישראל** (1989) בעמ' 59-61. לאמיתו של דבר, הקמתו של בית הדין לעבודה נבעה בעיקר מהרצון להקים פורום אשר בין מטרתיו לקדם את הטיפול בשביתות כמתווך תעשייתי (Industrial Mediator).
 151 בג"ץ 525/84 **חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מ(1) 673 (1986) (להלן: עניין **חטיב**).
 152 Erika Kovacs, "The Right to Strike in the European Social Charter", 26 *Comp. Lab. L. & Pol'y. J.* (2004-2005) 445, p. 449.
 153 פרנסיס רדאי "שביתות פוליטיות ושינוי יסודי במבנה הכלכלי של מקום העבודה" **המשפט ב** (תשנ"ד) 159; רות בן-ישראל **שביתה והשבתה בראי הדמוקרטיה** (תשס"ג), עמ' 120-125, 144-146; מיכל שקד "תיאוריה של איסור השביתה הפוליטית" **שנתון משפט העבודה ז** (תשנ"ט) 185.

הקיבוציות נעשה גם על ידי השופט לוין בעניין **מפעלי רכב אשדוד**, שם מובאת סקירה היסטורית של זכות השביתה באנגליה ובארצות הברית.¹⁵⁴ מכל האמור עולה כי קידום זכויות בתחום של משפט העבודה הקיבוצי וקידום ההגנה עליהן מופיעים ב־20 השנים האחרונות בפסקי דין רבים, התורמים לעיצוב משפט העבודה המקומי. תחום זה נבנה ומתעצב על ידי פנייה לשיטות משפט אחרות, ובין היתר על בסיס משפט האיחוד האירופי, שהתפתח בתקופה מקבילה למשפט בישראל ואפשר אימוץ הסדרים מודרניים ורלוונטיים לשוק העבודה. פנייה למשפט האיחוד האירופי מאפשרת לערכאות משפט העבודה להחיל נורמות משפטיות פסיקטיות, המעצבות את משפט העבודה הקיבוצי. פסקי הדין נוקבים בזכויות מפורשות ומעצבים אותן, וכך נעשה, בין היתר, בהקשר של זכות ההתאגדות, חובת ההיוועצות וההגנה מפני פיטורי צמצום, וכן בזכות השביתה. תחום נוסף, שהתפתח בתקופה מקבילה במשפט האיחוד האירופי וערכאות משפט העבודה שואבות ממנו, הוא חילופי מעסיקים, ועליו נעמוד בתת־הפרק הבא.

3. חילופי מעסיקים

במציאות חיי העבודה ייתכנו מצבים שבהם עובד ימצא את עצמו בוקר אחד עובד עבור מעסיק אחר, כיוון שמעסיקו המקורי העביר את עסקו או מפעלו לידיים חדשות. הנחת המוצא היא שקיימת זיקה הדוקה בין העובד למקום עבודתו, אשר הגנה עליה נועדה להביא ליציבות במקום העבודה ובתנאי העסקתו של העובד. סוגיה זו, של חילופי מעסיקים, מעלה שאלות רבות, שכוללות, בין היתר, הגבלות על פיטורים והשפעה על רצף העסקה.

המשפט האירופי עסק בשאלה זו, והדירקטיבה האירופית 77/187 ממליצה למדינות לאמץ ולהטמיע בחקיקה מקומית את הרעיון שלפיו כאשר עובד מועבר בין מעסיקים, ההתחייבויות הקיימות כלפיו נשארות בתוקף גם לאחר חילופים אלו.¹⁵⁵ תכליתה של הדירקטיבה היא להגן על זכויותיהם של עובדים, שכן אלו מושפעות ביתר שאת ממקרים של חילופי מעסיקים, בין היתר במצב של מכירת החברה לבעלים חדשים. בית הדין הארצי מבקש לפיכך לאמץ את הדירקטיבה מס' 77/187 של הקהילה הכלכלית האירופית גם בישראל, קרי אימוץ הכלל שבו "במקרה של העברת עובדים ממעסיק אחד למעסיק אחר, ההתחייבויות הקיימות של המעסיק נשארות בתוקף", והוא מאזכרה במקרים רלוונטיים, תוך התבססות על פסיקה.¹⁵⁶

154 ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל**, פ"ד מא(3) 169, בעמ' 186–190 (1987).

155 Council Directive 77/187, 1977 O.J. (L 61) 26, על האחדה בחוקי המדינות החברות בדבר שמירה על זכויות העובדים במקרה של העברה למעסיק חדש.

156 עניין **אל רחמן** (לעיל, הערה 74) בעמ' 163.

שנה לאחר מכן, בפרשת רמת"א, השופט אליאסוף פונה למשפט האיחוד האירופי ונעזר בו כמקור פרשני, אגב סקירה נרחבת של הדינים וההלכות באיחוד האירופי.¹⁵⁷ בחלק שיועד לסקירת הדין, שכותרתו "הדין בארצות אחרות בנושא חילופי מעבידים", נבחן רק משפט האיחוד האירופי, תוך שהוא מחזק בחקיקה פנים-מדינתית של מדינות האיחוד. השופט מוצא לנכון לצטט מתוך הדירקטיבה שהטילה חובה על המעביד החדש לאמץ את ההסכם הקודם, וגם העובדים חייבים להמשיך ולהיות צד להסכם הקודם, וזאת על מנת להקל על מעבר חופשי של מפעלים או שליטה.¹⁵⁸ תכליתה של הדירקטיבה היא להגן על העובדים, וזו עודדה את המדינות החברות לחוקק חוקים המרחיבים את ההגנה אגב שמירה על חופש פעולה למדינות החברות. השופט מוסיף ומפנה לפסיקה של בית המשפט הגרמני בעניין Berg, שם פסק בית המשפט, על בסיס הדירקטיבה האירופית, שהעברה או הפיטורים, אם העובד אינו מסכים לעבור, יהיו בטלים מעיקרם אם ייעשו מהנימוק של העברת המפעל למעביד חדש ואי-הסכמת העובד לעבוד.¹⁵⁹ בית הדין מאזכר פסק דין גרמני נוסף, בעניין Katsikas, לצורך חיזוק השימוש במשפט האיחוד האירופי והתאמתו למשפט הפנים-מדינתי.¹⁶⁰ בהמשך הדברים מתייחס השופט לדירקטיבה הנוגעת בהחלפת מעסיקים, שתכליתה להבטיח את ביטחונם של העובדים בתקופה שבה קיימת נטייה לשינויים במבנה הכלכלי,¹⁶¹ ומודגשת בטקסט העובדה שההסדרים במשפט האיחוד האירופי רחבים מאלה שבישראל, שכן הם כוללים גם את העברת הזכויות החוזיות במקרים של חילופי מעבידים.¹⁶²

הסקירה הנרחבת של משפט האיחוד בפסק דין זה ממשיכה ומחזקת את ההיזקקות למשפט זר זה כדין משלים למשפט המקומי בישראל. השופטת ברק-אוסוסקין, בדעת מיעוט מול פסק דינו של אליאסוף, מדגישה שלצד תכליתה של הדירקטיבה להגן על העובדים והחובה העולה ממנה ליידע את נציגי העובדים ולהיוועץ עימם, היא מאפשרת למדינות החברות חופש פעולה.¹⁶³ בית המשפט של האיחוד האירופי צמצם חופש זה בקובעו, בשורה של פסקי דין, כי לא ניתן לסגת מהחובה לקבל את הסכמת העובדים

157 עניין רמת"א (לעיל, הערה 94).

158 Council Directive 77/187 (לעיל, הערה 155). ההנחיה המאוזכרת, אשר מצאה את דרכה למשפט המקומי הגרמני, קובעת כי במקרה של העברת הבעלות במפעל עובדים חיובי הצדדים האינדיווידואליים והקיבוציים למעסיק החדש. אף על פי כן, במקרה של העברת הבעלות במפעל, במיוחד כאשר מדובר על העברת בעלות רק בחלק מהמפעל, העובד רשאי להצהיר על התנגדותו ולבחור להישאר עובד של המעסיק הקודם.

159 Case 144/87 Berg v. Besselsen [1988] E.C.R. 2559 ; עניין רמת"א (לעיל, הערה 94) בעמ' 618.

160 עניין Katsikas (לעיל, הערה 126). בדומה לפסיקות קודמות בישראל שנעזרו בו: עניין התעשייה האווירית (לעיל, הערה 91).

161 Council Directive 77/187 (לעיל, הערה 155).

162 עניין רמת"א (לעיל, הערה 94) בעמ' 623.

163 שם, בעמ' 641.

להעברה למעסיק חדש. לעניין זה מציינת השופטת את פסק הדין בעניין Berg¹⁶⁴ ואת פסק דין Katsikas¹⁶⁵, שם נקבע שהעובדים אינם יכולים לוותר על הזכויות שבדירקטיבה האמורה ואין עוד לראותם כקשורים להסכם הישן אצל המעסיק החדש: "[...] העובדים אינם יכולים לוותר על הזכויות שבדירקטיבה האמורה. בעקבות הפסיקה הגרמנית פסק בית המשפט האירופאי, כי אין עוד לראות בעובדים כקשורים להסכם הישן אצל המעביד החדש".¹⁶⁶ דעת הרוב בבית הדין הארצי קבעה לבסוף כי עובד במפעל הבוחר להמשיך את עבודתו לאחר שהמעסיק הוחלף אינו זכאי לתבוע ולהמשיך להיות עובד של המעסיק הקודם. דעת המיעוט, לעומת זאת, קבעה כי בעת הפרדה או הפרטה של מפעל, העובדים אינם חייבים לעבור למעסיק החדש ללא הסכמתם.¹⁶⁷ העובדה שדעת הרוב מצאה מקום לסקירה רחבה של משפט האיחוד האירופי ופסקה בשונה ממנו, יש בה דווקא כדי להעצים את מקומו של משפט זר, והיא מחזקת את מעמדו של משפט האיחוד כמקור עזר לפרשנות, כחלק ממערך השיקולים שבית הדין מביא לפניו.

אחד מפסקי הדין שבהם בולטת ההישענות על משפט האיחוד האירופי כדין זר הוא בג"ץ **התעשייה האווירית**, משנת 2004, שם נעזר בית המשפט במגוון מקורות נורמטיביים של משפט האיחוד, הן בדירקטיבות והן בפסיקה, כעזר לפירוש הדין המקומי וככלי להשוואת הדינים.¹⁶⁸ המשנה לנשיא אור מקיף את משפט האיחוד האירופי על פני שלושה עמודים במסגרת פרק העוסק במשפט משווה.¹⁶⁹ בשל התקדמות החקיקה והפסיקה במשפט האיחוד האירופי, השופט מקדיש פרק שלם בפסיקתו לסקירת הדין האירופי הנוהג והשוואתו לדין הישראלי. הפנייה למשפט האיחוד האירופי כדין זר נעשית כבר בתחילת פסק הדין כבסיס להשוואה, והוא מביא את סעיפים 3 ו-4 לדירקטיבה 2001/73/EC במלואם וכן מפרט את סעיף 7, המטיל על המעסיק הקודם והמעסיק החדש חובה ליידע את נציגי העובדים העשויים להיפגע מההעברה ולקיים היוועצות עימם. בהמשך פסק דינו מוצא לנכון המשנה לנשיא להרחיב את ההכרעה על בסיס משפט האיחוד האירופי ומזכיר פסיקה של בית המשפט בלוקסמבורג, שבה עלתה

164 עניין Berg (לעיל, הערה 159); עניין **רמת"א** (לעיל, הערה 94) בעמ' 643.

165 עניין Katsikas (לעיל, הערה 126).

166 שם, שם.

167 ההסדרות עתרה לבג"ץ, כערכאה שלישית, בטענה שקביעתו של בית הדין הארצי פוגעת בזכויות היסוד של העובדים ובחופש החוזים להתקשר מול מעסיק מסוים. עניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91). בג"ץ דחה את העתירה בקובעו כי לא מצא מקום להתערב בהחלטת בית הדין הארצי, על פי הקריטריונים שנקבעו בעניין **חטיב** (לעיל, הערה 151).

168 עניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91) בעמ' 524. הנעזר ב: Council Directive "On the Approximation of the Laws, אשר כותרתה: 2001/23/EC, 2001 O.J. (L 82) 16 of the Member States Relating to the Safeguarding of Employees Rights in the Event of Transfers of Undertakings Businesses or Parts of Undertaking or Businesses", **ופסק הדין Katsikas** (לעיל, הערה 126). ראו עוד בהרחבה בפרקים ג(2) ו-ג(3).

169 עניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91) בעמ' 524–530.

השאלה אם לאור ניסוחו של סעיף 3(1) לדירקטיבה, עובר רשאי להתנגד להעברתו למעסיק חדש ולהמשיך את העסקתו אצל מעסיקו הקודם. המשנה לנשיא מביא באריכות מדברי בית המשפט האירופי.¹⁷⁰

נושא זה של חילופי מעסיקים והשלכותיהם רלוונטי לא רק כאשר ההחלפה היא בין גופים פרטיים, אלא גם כאשר מדובר בהפרטה של שירותים ציבוריים וממשלתיים.¹⁷¹ במקרה של הפרטה, העובד הממשלתי ממשיך לבצע את אותה העבודה, כעת בעסק פרטי, המעניק שירותים לגופים ממשלתיים.

פסק הדין הראשון שנדרש להסדרת ההשלכות בסוגיה זו בישראל היה פרשת **מועדים**.¹⁷² פסק דין זה מציג העדפה ברורה לאימוץ מקורות נורמטיביים זרים המעניקים זכויות לעובדים, כדוגמת אלה באיחוד האירופי, ולא שיטות שבהן לא מובטחות זכויות אלה, כגון הזכות להמשך העסקה, כפי שמקובל במשפט האמריקאי.¹⁷³ עניינה של פרשה זו בהחלטת ממשלת ישראל להורות על הפרטת השק"מיות הצבאיות. עובדי השק"מיות ביקשו למנוע את פרסום המכרז להפרטה ולחייב את המדינה לנהל עימם משא ומתן בדבר תנאי המכרז הנוגעים אליהם ובעיקר בדבר המשך העסקתם על ידי החברה שתזכה במכרז. בפסק הדין עולות שאלות רבות הנוגעות לזכויות העובדים בעת תהליך הפרטה, נושאים שטרם הוסדרו בחקיקה. הנשיא אדלר בוחן את הדירקטיבה האירופית אשר דנה ברציפות זכויות העובדים בעת העברתו של "מפעל" לבעלים חדשים.¹⁷⁴ השיטה

170 עניין Katsikas (לעיל, הערה 126). טרם פנייתו לבחינת המשפט הפנים-מדינתי במדינות אירופה מציין השופט: "מכאן, שעל-פי פסיקת בית-הדין האירופי, קיומה של הוראה מפורשת בדירקטיבה שלפיה זכויותיו וחובותיו של העובד כלפי מעבידו הקודם עוברות למעביד החדש, אינה משליכה על שאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד או קיומו של חוזה עבודה בין העובד למעביד הקודם בעת חילופי מעבידים. את ההכרעה בנוגע למעמד העובד במצב דברים זה הותיר בית-הדין להכרעת המשפט הפנימי של המדינות החברות", עניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91) בעמ' 527.

171 להרחבה ראו עמית בן-צור מדריך לקבלת החלטות בטרם הפרטות ומיקור חוץ – האם להפריט, ואם כן – כיצד? (מכון ון-ליר בירושלים, 2014).

172 דב"ע (ארצי) 3-7/98 **מועדים נ' משרד הביטחון – מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1998) (להלן: עניין **מועדים**).

173 הן בדין הפדרלי והן בדין המדינתי אין התייחסות לזכות העובדים להתנגד לחילופי המעסיקים, ראו: Daniele Checchi & Marco Leonardi, "An Economic Perspective on Employment Protection Legislation and Labour Market Prospects", 32 Eur. Sociological Rev. (2016) 532. בניגוד לארצות הברית, החוק בקנדה מגן באופן מסודר יותר על יציבות תעסוקתית וזכויות העובדים בעת שינוי מבני: Ivanhoe inc. v. UFCW; Pascal McDougall, "Leaving Labour Law's Pragmatic and Purposive Fortress Behind: Canadian Union Successor Rights Law as a Case Study", 54 Osgoode Hall L. J. (2016) 253.

174 Directive 77/187 (לעיל, הערה 155): "On the Approximation of the Laws of the Member States relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Businesses"

האירופית, אשר תומכת בעובד ומעניקה לו רשת הגנה נרחבת במקרים של הפרטה, מבטיחה את המשך חוזה העבודה של העובדים ומונעת את פיטוריהם עקב המעבר. כמו כן, הוא מצטט את סעיף 3.1 לדירקטיבה, אשר "מעביר את התחייבויותיהם וזכויותיהם של עובדי העסק ממוסר העסק למקבלו", וממשיך ומרחיב דברים על סעיף 4.1 לדירקטיבה, שלפיו העברת העסק כשלעצמה אינה סיבה לפיטורים, וכן על סעיף 6.1, המחייב את מעביר העסק למסור לארגון העובדים מידע בנוגע להעברה.¹⁷⁵ בהמשך פסק דינו הנשיא מאזכר דירקטיבה נוספת העוסקת בזכויות העובדים בעת פיטורי צמצום ומחייבת את המעסיק למסור לנציגי העובדים מידע, להתייעץ עימם ואף לנהל עימם משא ומתן.¹⁷⁶ הנשיא אדלר מצטט את פסק דין Denmark כדי לעמוד על הפרשנות המרחיבה של בית המשפט האירופי להסדרים אלה.¹⁷⁷ במקרה זה קבע בית המשפט האירופי כי הדירקטיבה חלה גם כאשר מתרחש שינוי בניהול העסק, ולא רק במקרים של מכירת העסק. הנשיא אדלר ממשיך ומצטט במדויק את דבריו של בית המשפט האירופי מתוך סקירה זו ובהתבסס על פסק דין של האיחוד האירופי,¹⁷⁸ וקובע כי הדירקטיבה חלה גם במקרים של מיקור חוץ (outsourcing), כאשר הוחלט שפעילות מסוימת שעד כה בוצעה במפעל, תבוצע מעתה על ידי חברה אחרת:

The directive [...] Applies as soon as there is a change resulting [...] Person responsible for operating the undertaking who consequently a conventional sale or from a merger of the natural or [...] working in the undertaking [...] legal Enters into obligations as an employer towards the employees.¹⁷⁹

השימוש במשפט האיחוד האירופי לצורך פרשנות והכרעה בנושא זה הופיע בפרשת כור.¹⁸⁰ כתגובה למכירת מניות החברה והחלפת המעסיק, נדונה בקשה לקבל צווי מניעה האוסרים על קיום שביתה או שיבושי עבודה. השופטת ברק-אוסוסקין מוצאת מקום להיעזר בדירקטיבה האירופית הרלוונטית כמו גם בפסק דין אירופי בעניין החלפת מעסיקים, והיא מדגישה את היותם מקורות ותיקים הקובעים כי יש לבחון אם בגין

175 שם, שם: "3.1 The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer within the meaning of Article 1(1) shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee"

176 Council Directive 75/129 (לעיל, הערה 132).

177 Case 324/86 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S [1988] E.C.R. 739.

178 .Case C-209/91 *Watson Rask v. ISS Kantineservice A/S* [1992] E.C.R. I-5755

179 עניין מועדים (לעיל, הערה 172) בעמ' 457–461.

180 עס"ק (ארצי) 17/99 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' כור תעשיות בע"מ, פד"ע לד 510 (1999).

מכירת המניות חל, הלכה למעשה, שינוי באופיו של המעסיק, ללא קשר לשאלה אם מבחינה משפטית הבעלות על המפעל עברה.¹⁸¹

דוגמה נוספת היא פרשת אליאב, שם קבע בית הדין הארצי שלא ניתן לגרוע מזכויותיהם של גמלאים באמצעות הסכם קיבוצי המאוחר למועד פרישתם.¹⁸² סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין מכריעה בעזרת יישום של דירקטיבה אירופית שלפיה הזכויות והחובות של המעסיק המעביר, הצומחות מחוזה עבודה, מהסכם קיבוצי או מיחסי עבודה הקיימים, יועברו למעסיק המועבר בעת העברת המפעל.¹⁸³ סגנית הנשיא ממשיכה ומציינת כי הדירקטיבה מגינה על עובדים שאינם מועסקים עוד, אך הזכאים לפנסיה, באופן זה הרחיבה הערכאה השיפוטית את תחולת ההסכם גם על עובדים בגיל פנסיה ברוח הוראות הדירקטיבה. נושא זה הוא דוגמה נוספת לאופן שבו משפט האיחוד האירופי מוצא את דרכו לתוך הפסיקה הישראלית ומאפשר לבית המשפט המקומי הסדרת נושאים שטרם הוסדרו. דוגמאות אלה גם ממחישות את העובדה שערכאות משפט העבודה, בניגוד לערכאות אחרות, פונות לדינים של האיחוד האירופי בהרחבה ומעדיפות דינים אלה, בנושאים מסוימים, על שיטות משפט זרות אחרות.

4. שעות עבודה וימי חופשה

עם הגברת המודעות לזכויות עובדים החלה ברוב המדינות המפותחות, במחצית הראשונה של המאה העשרים, הסדרה חוקית של זמן העבודה והמנוחה.¹⁸⁴ אמנת רומא משנת 1957 קבעה כי המדינות החברות מסכימות בעניין הצורך לקדם תנאי עבודה ורמת חיים משופרים לעובדים,¹⁸⁵ אך רק בשנת 1975 אימצו האירופים שבוע עבודה בן 40 שעות וחופשה שנתית בתשלום.¹⁸⁶ עברו עוד כמעט 20 שנה עד שלבסוף, בשנת 1993,

181 שם, בעמ' 527. בית הדין נעזר ב: Council Directive 77/187 (לעיל, ה"ש 155) ובעניין Berg (לעיל, הערה 159).

182 ע"ע (ארצי) 629/97 אליאב נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה שיתופית בע"מ, פד"ע לו 721 (2001). פסק דין דומה ניתן גם בבית המשפט העליון בארצות הברית: *Chemical Workers v. Pittsburgh Glass*, 404 U.S. 157 (1971).

183 Council Directive 77/187 (לעיל, הערה 155), על האחדה בחוקי המדינות החברות בדבר שמירה על זכויות העובדים במקרה של העברה למעסיק חדש.

184 ראו בהרחבה: Sangheon Lee, Deirdre McCann & Jon. C. Messenger, Working Time: Around the World – Trends in Working Hours, Laws and Policies in a Global Comparative Perspective (2007), available at https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.p, df, ראו במיוחד את סקירת ההתפתחות ההיסטורית בעמ' 24–27.

185 אמנת רומא (לעיל, הערה 28).

186 5/457/EEC Recommendation of the Council of 22 July 1975 on the principle of the 40-hour week and the principle of four weeks' annual paid holiday, 1975 O.J. (L 199).

נחקקה דירקטיבה לעניין זמן עבודה, שעסקה, בין היתר, בקביעת זמני מנוחה והסדרה של דפוסי עבודה במשמרות ובלילות;¹⁸⁷ זמן העבודה הוגדר ככל פרק זמן שבו העובד מבצע עבודה, עומד לרשות המעסיק וממלא את חובותיו, ללא צורך במיקום גאוגרפי מסוים.¹⁸⁸ סביר שנושא זה של שעות עבודה ימשיך להעסיק את השחקנים המשפטיים בשנים הקרובות, בעיקר בשל הגידול בהיקף השימוש באמצעים טכנולוגיים, המשפיעים על גמישות תעסוקתית בזמן ובמקום, עד שלא ניתן יהיה להתעלם מהם ומהשלכותיהם על עולם העבודה. האמצעים הטכנולוגיים וזמינותו של העובד מכל מקום ובכל שעה לא רק מטשטשים את מושג המקום והזמן, אלא מעמידים אתגר בפני המחוקק בתחום דיני העבודה.¹⁸⁹ האתגר איננו רק בקביעת המינוח "זמן עבודה" לצורך התגמול בצידו, אלא ייתכן שדווקא בהיבט הסוציאלי ושמירה על הפרדה בין זמן עבודה וזמן פרטי של פנאי ומשפחה.¹⁹⁰ ואכן, בחודש ינואר 2017, נכנס לתוקפו חוק בצרפת שבמסגרתו נקבע כי

187 Council Directive 93/104 (לעיל, הערה 39).

188 שם, בסעיף 2 (1): "1. working time shall mean any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice" *עודכנה ביוני 2000*, בדיקטיבה החדשה, Council Directive 2000/34, 2000 O.J. (L 195) 41, נוספו המונחים "adequate rest" ו-"mobile worker" שיש בהם כדי להשפיע על סוג המנוחה ועל החשבת שעות העבודה בניידות של העובד, אך לא נעשה שינוי באשר למניין שעות העבודה. להרחבה בנושא האתגר הטכנולוגי שמעמיד את העובד לרשות המעסיק "24/7" ראו: Louis Leung & Renwen Zhang, "Mapping ICT Use at Home and Telecommuting practices: A perspective from Work/Family Border Theory", 34 *Telematics & Informatics* (2017) 385, ובהרחבה: Armi Mustosmäki, "The Intensification of Work", *Family, Work and Well-Being* (Mia Tammelin - ed., 2018) 77. תעסוקתית ומשפט העבודה באיחוד האירופי, ראו: Jeremias Prassl & Martin Risak, "Working in the Gig Economy – Flexibility Without Security?", *European Employment Policies: Current Challenges* (Reinhard Singer & Tania Bazzani - eds., 2018) 68.

190 העבודה שלהסדרים בתחום העבודה יש תרומה והשפעה על האיזון בין העבודה לחיים איננה חדשה. גבולות גמישים בין העבודה לחיי הפרט יכולים לסייע לעובד ולהיות יעילים מאוד למעסיק ברמת המוטיבציה של העובד ותרומתו לעסק. ואולם, החשש הוא אחר: לעיתים קרובות הגבולות הגמישים גורמים לחדירה לא רצונית של זמן העבודה לחיי הפרט. לחשש בכיוון של חדירת תחום העבודה לתחום הבית, ראו: Louis Leung, "Effects of ICT Connectedness, Permeability, Flexibility, and Negative Spillovers on Burnout and Job and Family Satisfaction", 7 *Hum. Tech.* (2011) 250; Work-life balance for all: Best practice examples from EU Member States, European Commission Employment, Social Affairs & Inclusion (2019). נגיש כאן: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8212&furtherPubs=yes>

לעובדים זכות לדרוש הסדרה חוזית מול המעסיק, שמכוחה יחויב המעסיק להעניק תגמול בעבור כל פעילות מעבר לשעות העבודה הנעשית שלא במשרדי העסק.¹⁹¹ אחד מהנושאים הבווערים במשפט העבודה הנוגע לשעות עבודה ומנוחה הוא נושא שעות כוננות ועבודה של רופאים. נושא זה עלה בפסק דין בספרד, שם התייחס בית הדין להגדרה של שעות העבודה ובחר להכריע על בסיס הדירקטיבה, בשונה מהוראות החוק המקומי;¹⁹² נקבע שתורנות היא עבודה בפועל המחייבת בתמורה, וכוננות תזכה בתמורה בעבור העבודה שנעשתה בפועל.¹⁹³ גם בישראל עלתה הסוגיה בכמה פסקי דין. יפה במיוחד הוא עניין **לנצברג**, שם נדונו שעות העבודה של רופאים מתמחים, ובית הדין לעבודה ביצע סקירה השוואתית של הדין הזר.¹⁹⁴ תחילה הוא מפנה למשפט האמריקאי, אשר היה החלוץ בנושא זה, ונסקרר המלצות שגובשו שם לכדי חקיקה בשנת 2011.¹⁹⁵ לאחר מכן עובר השופט ספיבק להציג את המצב המשפטי באיחוד האירופי; פנייה זו לדין זר נעשית באופן אידאולוגי ושיטתי.¹⁹⁶

בעוד בישראל נושא שעות עבודה ומנוחה הוא חלק מחקיקת מגן המגינה מפני ניצול של העובד, משפט האיחוד האירופי מדגיש את גורם הפנאי והרווחה של העובד מחוץ למקום העבודה, ומטעם זה מבקש לשמור על מסגרת של שעות העסקה מאוזנות.¹⁹⁷ עיצוב זה של נורמות משפט העבודה בהסתכלות רחבה על חיי העובד, לטובת פנאי ורווחה, היא חלק מחלחול נורמות של זכויות אדם ושיח זכויות חוקתי לענפי המשפט הפרטי.¹⁹⁸ ממד סוציאלי זה הוא חלק ממשפט העבודה באיחוד האירופי, אך בישראל הוא מוזכר בפסיקה באופן לא אחיד ומוצא ביטוי בחקיקה ישנה ולא מעודכנת.¹⁹⁹

aw No. 2016–1088 of 8 August 2016 Relating to Employment, Modernization of social Dialogue and Securing Professional Life (Law El Khomri) : ניתן לצפייה באתר: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/8/8/etsx1604461L/jo>; להתייחסות ודין על הזכות למנוחה, ראו: מתן סטמרי "זכות הסיקור לדעת" אתר משפט ועסקים www.idclawreview.org/2017/04/19/blogpost-szatmary (19.4.2017)

Case C-303/98 *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana* [2000] E.C.R. I-7963 ; בעמ' 19 מפנה בית המשפט לדירקטיבה 93/104 (לעיל, הערה 39) ולהגנות המיוחדות שנקבעו בסעיפים 9–13 לעניין עובדי לילה ועובדי משמרות.

ראו לדוגמה את דב"ע (ארצי) לה/9-59 – **מיטראני – מדינת ישראל**, פד"ע ז 302 (1976), שם נדרש בית הדין לשאלה דומה בדבר תמורה בעבור שעות כוננות ותורנות של רופאים וקבע שזמן התורנות והכוננות לא ייחשב כזמן עבודה. בית הדין לא פנה במקרה זה להיעזר במשפט האיחוד האירופי, שהוראות הדירקטיבה בו מחמירות מהחוק בישראל.

ס"ע (אזורי ת"א) 54860-01-12 – **לנצברג – מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2014).

195 שם, בעמ' 29.

196 שם, בעמ' 30, 41.

197 iubboni (לעיל, הערה 11).

Pascale Peters, Robert J. Blomme, Anne van Heertum & Daantje Derks, "Exploring the 'Boundary Control Paradox' and How to Cope With it: A Social Theoretical Perspective on Managing Work-Life Boundaries and Work-Life Balance in the Late

חלק נלווה לזמן העבודה של העובד הוא זמן החופשה מהעבודה. גם בנושא זה מעניק בית הדין מקום רב למשפט הזר בעת פרשנותו הנוגעת לדין המקומי. כך, בפרשת **אלביט**, אשר נדונה בבית הדין הארצי לעבודה, עלתה השאלה אם במהלך התקופה שבה שוהה עובד בחופשת מחלה ממושכת הוא זכאי להמשיך ולצבור ימי חופשה, כפי שהיה צובר אלמלא חלה.²⁰⁰ השופט רבינוביץ מוצא בעמדתו של משפט האיחוד האירופי סיוע מובהק לפרשנות שאליה הוא חותר ומבצע סקירה מקיפה לאורך פסק דינו. כבר בתחילת דבריו ניתן לראות את המקום הרב שהוא מעניק למשפט האיחוד האירופי: "אכן אמנה זו לא אושררה במדינת ישראל, ומשכך אין לה כל תחולה חוקית בדין הישראלי, אולם נראה שניתן לראות בהוראות האמנה ופירושה על-ידי בית-הדין של הקהילה האירופית כמורה דרך לפירוש הנכון של השאלה שבמחלוקת".²⁰¹ במהלך סקירתו הוא מאזכר ומצטט את מטרת הדירקטיבה והיקפה באשר לחובת מדינות האיחוד לוודא מתן חופשות שנתיות, כפי שאלה באים לידי ביטוי בסעיפים 1 ו-7 לדירקטיבה האירופית.²⁰² נוסף על השימוש בדירקטיבה, בית הדין מפנה לפסיקה של בית המשפט האירופי, שקבע שמחלה ממושכת איננה גורעת מזכותו של העובד לחופשה שנתית. כך נקבע למשל בפרשת **Schultz-Hoff**, על ידי בית המשפט של הקהילה שנתבקש ליתן פרשנות לסעיף 7 לדירקטיבה:²⁰³

ההגבלה על מימוש הזכות לחופשה המצויה בחוק הגרמני, אינה עולה בקנה אחד עם הדירקטיבה, בה אין כל התניה לעבודה בפועל של העובד לצורך קבלת זכותו לחופשה שנתית מינימאלית [...]. בפסק הדין הובהר כי החוק המדינתי של גרמניה למעשה חורג מסמכותו בקובעו תנאים ליישום הדירקטיבה [...]. בית הדין הקהילתי קובע, כי משלא קיימת הבחנה מפורשת בדירקטיבה בין עובד הנוכח בפועל בעבודתו ובין עובד הנעדר מפאת מחלה, הרי שהחוק המדינתי איננו יכול להציב דרישת סף של "עבודה בפועל" לצורך קבלת הזכות לחופשה שנתית ומימושה.²⁰⁴

-
- Modern Workplace", *Work-Life Balance in the Modern Workplace* (Sarah De Groof - ed., 2017) 261, pp. 268–272
 199 על הממד הסוציאלי ראו בין המקורות שאוזכרו לעיל את Schiek (לעיל, הערה 8).
 200 עניין **אלביט** (לעיל, הערה 86).
 201 שם, בעמ' 25. בית הדין כושל בהבנה של משפט האיחוד האירופי כשהוא מציין שהאמנה לא אושררה במדינת ישראל.
 202 Council Directive 2003/88, 2003 O.J. (L 299) 9.
 203 Case C-350/06 *Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund* [2009] E.C.R. I-179.
 204 עניין **אלביט** (לעיל, הערה 86) בעמ' 26–27. בית הדין מאזכר את "בית הדין הקהילתי", אך מדובר בבית המשפט של האיחוד ולא של קהילה.

כטענת-נגד לטיעון זה מביא השופט פסיקה נוספת, שניתנה במקרה *Dominguez*, הנוגע לפרשנות הזכות לחופשה שנתית.²⁰⁵ בפרשה זו התבקש בית המשפט של האיחוד האירופי לקבוע אם סעיפים בחוק הצרפתי, הקובעים שתקופת היעדרות של עד שנה שאינה בשליטת העובד נחשבת כימי עבודה בפועל, עולים בקנה אחד עם הדירקטיבה. בית המשפט נדרש למתן פרשנות לדירקטיבה לאור הוראות החוק המדינתי בצרפת בנושא הזכות לחופשה שנתית.²⁰⁶ שימוש נרחב זה במשפט האירופי, הכולל בחובו ציטוטים נרחבים מפסקי הדין והתייחסות ענפה לפרטיהם, נעשה על ידי השופט רבינוביץ בהצגת הדין של האיחוד האירופי למען פרשנותו בנוגע לדין המקומי והשוואתו. לסיכומו של עניין, נקבע כי במשפט האיחוד האירופי הוכרה הזכות לחופשה שנתית כזכות ראשונה במעלה במשפט הסוציאלי, ולפיכך כמעט ולא ניתן להגביל את הזכות לצבור ימי חופשה. כהיקש מכך אומצה בפסיקה הישראלית פרשנות מרחיבה, אשר מאפשרת לעובד לצבור ימי חופשה ללא התניית הזכות בעבודה בפועל, קרי גם בתקופת מחלה.²⁰⁷

נוסף על ההכרה בזכות לחופשה שנתית כחלק מממד סוציאלי-חברתי הכרחי, ממד זה מתפרש גם לנושאים בסיסיים אחרים, ובין היתר מבקש לבחון את משפט העבודה באופן שאיננו 'עיוור' למין, מוצא וגיל. כחלק מזכויות בסיסיות אלה נבקש לעמוד בפירוט בשלושת החלקים הבאים על הנושאים הבאים: הזכות לשוויון, בין עובדים בתחומי הקהילה הלהט"בית; העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי; גיל פרישה מעבודה כחלק משיח על שוויון; פרטיות במקום העבודה.

5. עקרון השוויון לעניינם של להט"בים

אחת הדוגמאות הבולטות לשימוש במשפט האיחוד האירופי כבעל קווים מנחים להכוונה והנחיה היא בג"ץ *דנילוביץ*.²⁰⁸ פרשה זו הציגה חדשנות משפטית בנושא להט"בים, המבוססת על משפט האיחוד האירופי, זאת אף על פי שהאיחוד נמנע באותה העת מפסיקה או ממסגרת חקיקה תומכות. במילים אחרות, בשונה מנושאי הליבה

C-282/10 *Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet* 205
 "In the *de la région Centre* [2012] ECLI:EU:C:2012:33 בפסקה 28 לפסק הדין: "dispute in the main proceedings, Article L. 223-4 of the Code du travail, which provides an exemption from the requirement of actual work during the reference period in respect of certain periods of absence from work, is an integral part of the domestic law to be taken into consideration by the French courts"

206 עניין אלביט (לעיל, הערה 86) בעמ' 30.

207 שם, בעמ' 31. וראו דגש על כך רק לאחרונה ב- *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH v. EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH* [2019], ניתן לצפייה באתר: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0437&from=NL>

208 עניין דנילוביץ (לעיל, הערה 95).

הקודמים, בנושא זה משפט האיחוד האירופי משמש רק כמכווין התנהגות, ודווקא המשפט הישראלי הוא המאמץ את הרוח הרעיונית המופיעה בו, בבחינת "חלון למתרחש במשפט האירופי", ומרחיק לכת עוד יותר בקביעת הלכות בעניין. פסק הדין ההיסטורי בעניין **דנילוביץ'** היה הסמן המקורי למהלכים שבאו אחריו, כדברי נשיאת בית המשפט העליון נאור: "עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת אפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות".²⁰⁹ חשיבותו של פסק דין זה נודעת גם בפסקי דין אחרים שלא מתחום משפט העבודה, והלכת **דנילוביץ'** הפכה לפסק דין מנחה לצורך הדיון בזכות השוויון כזכות חוקתית.²¹⁰ העיון הרב בסוגיית השוויון התרחש במשפט הישראלי עוד בטרם המהפכה החוקתית. תחילה פותח עקרון השוויון על ידי בתי המשפט הכלליים כעיקרון הלכתי וזכה להכרה כערך יסודי. רק מאוחר יותר זכה לעיגון בחקיקת משפט העבודה, ששיאו בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובחקיקת חוקי היסוד, שמנקודת מבטם של בתי המשפט העלו את הזכות לשוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית על-חוקתית. מהלך זה הביא להרחבת ההגנה של קבוצות מיעוט, בין היתר להט"בים, במשפט העבודה הישראלי.²¹¹

פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **דנילוביץ'** ניתנה כשהחוק הישראלי כבר כלל איסור מפורש וברור על אפליה מחמת נטייה מינית במקום העבודה, ועדיין המשנה לנשיא ברק בדעת רוב לא נסמך על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אלא על עקרון השוויון כעקרון יסודי ועל תהליך הליברליזציה והיחס ללהט"בים ברחבי העולם. השופט דורנר סוקרת את השינויים בתפיסה החברתית במשפט בעולם המערבי, תוך שהיא מאזכרת מדינות אירופיות שונות וכן את ארצות הברית ואת קנדה, ומציינת את סעיף 8 לאמנה האירופית להגנת זכויות האדם ופסיקה של בית הדין האירופי לזכויות

209 בג"ץ 9134/12 **גביש נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 2016) (להלן: **עניין גביש**). נוסף על כך ראו: בג"ץ 1268/09 **זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 2012); ע"ע (ארצי) 43426-08-14 **כץ נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2018).

210 כך לדוגמה בב"ע"מ 919/15 **פלוגי נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 2017) לעניין שוויון בתשלום מזונות בין הגבר לאישה. וראו גם אזכור עניין **דנילוביץ'** (לעיל, הערה 95) בספרות מרכזית בתחום הזכויות החוקתיות: אהרן ברק **מבחר כתבים** (כרך ג: **עיונים חוקתיים**, תשע"ז) בעמ' 547, בפרק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד"; אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (כרך ב, תשע"ד) בעמ' 685, בפרק: "זכות-הבת לשוויון".

211 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951, ס"ח 82; חוק שירות התעסוקה, תשי"ט–1959, ס"ח 270; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988, ס"ח 1240; עניין **דנילוביץ'** (לעיל, הערה 95). בשנת 1992 תוקן סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות לעבודה, כך שכלל לראשונה איסור מפורש על אפליה בעבודה מחמת נטייה מינית.

אדם.²¹² בית המשפט העליון לא תר אחר החיזוק שהחקיקה מאפשרת לו ודווקא בחר להיעזר במשפט זר, כמכוון וכבסיס להכרעה מיטיבה יותר, כדי לחזק את קביעתו ולהגיע לתוצאה זהה גם אלמלא התיקון בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.²¹³ חיזוק נוסף נוכל למצוא גם בדבריה של השופטת דורנר באותו עניין: "החוק המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי".²¹⁴ בג"ץ בעניין דנילוביץ' פונה לשינויים שחלו בתפיסה החברתית של זכויות האדם במשפט העבודה הבין-לאומי ובאופן רחב יותר – משטר זכויות האדם של האיחוד האירופי. בעוד האמנות המכוננות של האיחוד לא כללו התייחסות להגנה על זכויות אדם,²¹⁵ נכנס ה-ECJ, בית הדין האירופי לצדק, למלא את החלל²¹⁶ כבית המשפט המרכזי של האיחוד האירופי, שפסיקותיו מחייבות את מוסדות האיחוד והמדינות החברות בו, והוביל להתייחסות לסוגיית זכויות האדם באמנות מאוחרות יותר של האיחוד.²¹⁷ עקרון השוויון בין המינים זכה להתייחסות עוד באמנת רומא משנת 1957, שעיגנה את הזכות לשכר שווה לגבר ולאשה,²¹⁸ עיקרון שאומץ בחקיקה הישראלית

- 212 עניין דנילוביץ' (לעיל, הערה 95) בעמ' 782. בית המשפט מאזכר את פסק הדין: App. No. 15070/89 *Modinos v. Cyprus* [1993] 16 EHRR 485.
- 213 חיזוק לאי-היזקקותו של בית המשפט לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ולמעמד של הזכות, ניתן לראות בקביעתו של המשנה לנשיא ברק שלפיה שלילת ההטבה מעובד ובן זוגו בשל נטייתו המינית מהווה פגיעה בפרטיותו המוגנת מכוח סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. עניין דנילוביץ' (לעיל, הערה 95) בעמ' 765–766.
- 214 שם, בעמ' 780.
- 215 Frank Emmert & Chandler Piche Carney, "The European Union Charter of Fundamental Rights vs. The Council of Europe Convention on Human Rights on Fundamental Freedoms – A Comparison", 40 *Fordham Int'l L. J.* (2017) 1047; Elizabeth F. Defeis, "Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal", 61 *Fordham Int'l L. J.* (2007) 1104, pp. 1104–1105: "[W]hen the Treaty of Paris, which created the Coal and Steel Community, and the Treaty of Rome ('EEC Treaty'), which created the European Economic Community ('EEC'), were adopted, little attention was paid to the protection of human rights"
- 216 שם, בעמ' 1104: "Through the decisions of the European Court of Justice ('ECJ'), human rights have been placed at the forefront of the agenda of the European Union ('EU')". 1108 'ובעמ' "It is the ECJ that has been instrumental in integrating human rights into the fabric of the Union"
- 217 Koen Lenaerts, "Respect for Fundamental Rights as A Constitutional Principle of the European Union", 6 *Colum. J. Eur. L.* (2002) 1, pp. 9–18.
- 218 "Each Member State shall during the first stage ensure and subsequently maintain the application of the principle that men and women should receive equal pay for equal work. For the purpose of this Article, 'pay' means the ordinary basic minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives, directly or indirectly, in respect of his employment from his employer. Equal pay without discrimination based on sex

ומאוחר יותר בכמה דירקטיבות נוספות.²¹⁹ הגם שהעיקרון חוקק בחוק המקומי הישראלי, נדרש בית הדין בעניין לדרמן לפרשנות החוק, והוא פונה בפעם הראשונה, למשפט האיחוד האירופי.²²⁰ באותו עניין נדונה זכאותה של עובדת במפעל "עלית" לשכר גבוה יותר בעבור פרק זמן מוגדר מעבודתה. בית הדין מאזכר את סעיף 119 לאמנה של הקהילה האירופית ועושה בו שימוש לצורך פרשנות מרחיבה ללשון חוק שכר שווה לעובדת ולעובד:

כך גם עם אמנת רומא, שבסעיף 119 מחייבת שכר שווה לעובדת ולעובד בעד "אותה עבודה" [...] ויישום האמנה בא בדרך חיוב שכר שווה בעד "עבודה דומה", היינו עבודה "שבמהותה זהה" או "בעיקרה דומה".²²¹

בשונה מסוגיית השוויון בין המינים, הסדרת נושא ה"נטייה המינית" איחר לבוא.²²² הפעם הראשונה שבה נדרש בית המשפט האירופי לשאלת שוויון מחמת נטייה מינית הוא בפרשת Grant משנת 1998.²²³ בית המשפט בחן אם אפליה מחמת מין, הקבועה בסעיף 119 לאמנת רומא, והוראות הדירקטיבות כוללות גם אפליה מחמת נטייה מינית. בית המשפט, בניגוד לדעתו של התובע הכללי, נקט גישה פרשנית מצמצמת ביחס להיקף

means: (a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement; (b) that pay for work at time rates shall be the same for the same job"

Council Directive 75/117 1975 O.J. (L45) 19; Council Directive 76/207 1976 O.J. (L 219 39) 40; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 312 U.N.T.S 221 (1950) בנוסף ראו: *Defrenne v. Société Anonyme Belge*; *de Navigation Aérienne Sabena* [1976] E.C.R. 455 כשהעבודה שבוצעה הייתה זהה.

220 עניין לדרמן (לעיל, הערה 89).
221 שם, בעמ' 265. נדגיש, הוראות חוק שכר שווה, תשנ"ו-1996, ס"ח 1581, תואמות את ההנחיות בדבר שוויון בשכר המופיעות ב- Council Directive 75/117 (לעיל, הערה 219). אומנם בית הדין בעניין לדרמן אינו מפנה לפסיקה של האיחוד האירופי, אך פרופ' שחור-לנדאו, במאמרה, מצביעה על גישה התואמת את הפסיקה של האיחוד האירופי ומפנה ל: Case 96/80 *Jenkins v. Kirgsgate* [1981] E.C.R. 592. ראו: שחור-לנדאו "שוויון האישה העובדת במשפט הקהילה האירופית והלקח לישראל" משפטים יג (תשמ"ד) 457, בעמ' 472.

222 Mark Bell, "Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law", 60 *Am. J. Comp. L.* (2012) 127, pp. 127-146. ובאופן כללי ראו: EU Mark Bell, "EU Equality Law and Precarious Work", *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (Uladzislau Belavusau & Kristin Henrard - eds., 2018); Muriel Robison, "The Influence of European Law on Sex Equality Laws", *Gender Perceptions and the Law* (Christine R. Barker, Elizabeth A. Kirk & Monica Sah - eds., 2018), pp. 89-102.

223 .Case C-249/96 *Grant v. South West Trains Ltd.* [1998] E.C.R. I-621

תחולתן של הוראות החוק וקבע שלפי דיני האיחוד האירופי, יחס שונה לזוגות הומוסקסואליים אינו מהווה אפליה. הנימוק של בית המשפט התבסס על הפרשנות שיש לתת לסעיף 119 לאמנת רומא ולדירקטיבת ה־Equal Treatment.²²⁴ בית המשפט מצא שדיני הקהילה, המדינות החברות והוועדה האירופית לזכויות אדם אינם מקנים מעמד שווה לזוגות חד-מיניים, ולמרות קיומה של הצהרה המגנה כל אפליה המבוססת על נטייה מינית, משפט האיחוד האירופי טרם אימץ חוקים המעגנים שוויון זה לזוגות חד-מיניים.²²⁵ הגנה על זכויותיהם של להט"בים באיחוד האירופי, כנגזרת של עקרון השוויון, ניתנה רק בשנת 1999, באמנת אמסטרדם, המקנה למוסדות האיחוד סמכות לנקוט אמצעים הדרושים למאבק באפליה, בין היתר זו הנוגעת לנטייה מינית.²²⁶ שנה לאחר מכן נכנסה לתוקף דירקטיבה 2000/78, הקובעת מפורשות איסור על אפליה ישירה או עקיפה בשל נטייה מינית ואף מגדילה לציין שאפליה כזו עשויה לחתור תחת מטרות האיחוד האירופי.²²⁷ התייחסות נוספת והתקדמות ניכרת האוסרת על האפליה

224 Council Directive 76/207 (לעיל, הערה 219) בנושא שוויון הזדמנויות לנשים וגברים בעבודה, בהשתלמויות, בתנאי עבודה ובקידום. לאחריה ניתנה דירקטיבה נוספת, על שוויון בביטחון תעסוקתי. ראו: Council Directive 86/378 1986 O.J. (L 225). בנוסף ראו: Council Directive 75/117 (לעיל, הערה 219) על שکر שווה בין המינים ו-6 Council Directive 97/80, 1997 O.J. (L 14), על נטל ההוכחה בתביעה על בסיס הפרה של הוראות דירקטיבות אלה. לבסוף Council Directive 2000/78, 2000 O.J. (L 303) מתייחסת בהרחבה לנטל שוויון בין המינים בתעסוקה. להרחבה בנושא זה ראו: Nicholas Bamforth, "Discrimination on the Ground of Sexual Orientation and Gender Identity", *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 527.

225 עניין Grant (לעיל, הערה 223) בפסקה 31.

226 אמנת אמסטרדם (לעיל, הערה 44) בסעיף 7: "7. The following Article shall be inserted: 'Article 6a' - Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation." על הגבולות החדשים של חוק השוויון בין המינים באיחוד האירופי ראו: Mancini (לעיל, הערה 10) בפרק 9.

227 Council Directive 2000/78 (לעיל, הערה 224): "(11) Discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation may undermine the achievement of the objectives of the EC Treaty, in particular the attainment of a high level of employment and social protection, raising the standard of living and the quality of life, economic and social cohesion and solidarity, and the free movement of persons. (12) To this end, any direct or indirect discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards the areas covered by this Directive should be prohibited throughout the Community"

מצויה בצ'רטר זכויות האדם האירופי, שזכה לתוקף מחייב בשנת 2009 במסגרת אימוץ אמנת ליסבון.²²⁸

דוקטרינה פרשנית זו למונח "בני זוג" בפרשת **דנילוביץ** הביאה להכרה בזכות השוויון וגם להכרה בזכותם של בני אותו המין לזכויות סוציאליות בתחום העבודה הרחב,²²⁹ בניגוד להגדרה המסורתית המקובלת באיחוד האירופי.²³⁰ בספרות הודגשה הגישה החדשה שאימץ בית המשפט בעניין **דנילוביץ** בשונה מהגישה הנהוגה בפסקי הדין באיחוד האירופי.²³¹ נדמה שאחד האתגרים העתידיים בעולם העבודה בהקשר של

228 Charter of Fundamental Rights of the European Union (לעיל, הערה 146) בסעיף 21(1): "Any discrimination based on any ground such as sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited"

229 או בהרחבה: אמיר פז-פוקס ורויטל טרנר "שוויון והפליה בעבודה לקהילה הלהט"בית", **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (עינב מורגנשטרן, יניב לרשינסקי ואלון הראל – עורכים, תשע"ו) 569.

230 Alison Diduck & Felicity Kaganas, **בהרחבה של עניין דנילוביץ והחדשנות שבו: Family Law, Gender and the State: Text, Cases and Materials** (3rd ed., 2012) pp. 20, 28. וראו אזכור נוסף: Helen Stalford, "Concepts of Family Under the EU law: Lessons from the ECHR", 16 *Int'l J. L., Pol'y & Family* (2002) 410, p. 411

231 Angioletta Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality* (2017) p. 75; David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004) p. 99 בכמה פסקי דין פורצי דרך שהגיעו בעקבות הדיון בעניין **דנילוביץ** (לעיל, הערה 95), שהפך ברבות השנים לנקודת ייחוס לא רק באשר לשוויון ואפליה של קהילת הלהט"ב בתחום יחסי העבודה, אלא כעמוד מרכזי בדיני השוויון והאפליה בכלל, כגון: בג"ץ המבטל את החלטת שר החינוך שלא לשדר תוכנית לבני נוער העוסקת בבני נוער הומואים ולסביות בישראל, בג"ץ 273/97 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד נא(5) 822 (1997); פסק דין שהורה למדינה לאפשר לבן זוג הומוסקסואל לרשת את דירת בן זוגו זה 40 שנה, ע"א (מחוזי נצ') 3245/03 **ירושת המנוח ש. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי** (פורסם בנבו, 2014); הכרעה המורה למדינה לאפשר לבת זוג לסבית להגיש בקשה לאימוץ ילדיה של בת זוגה מתרומת זרע, ע"א 10280/01 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005); הליך משפטי הנוגע לזכויות רישום לאחר פונדקאות בחו"ל של זוגות חד-מיניים, בג"ץ 566/11 **ממט-מגר נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 2014). נוסף על כך ראו: בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 2014); בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000); ועוד. יפים דבריה של השופטת איצקוביץ בס"ע (אזורית ת"א) 791-06-13 **משל – המרכז לטכנולוגיה חינוכית בע"מ**, עמ' 8 (פורסם בנבו, 2013): "בישראל טרם ניתנו פסקי דין בנושא זה [אפליה מחמת זהות מגדרית מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (לעיל, הערה 227)], ואלה שניתנו, ניתנו בהקשרים אחרים במסגרת דיון הנוגע לקהילה ככלל". וראו מפברואר 2020 את בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 27.2.2020), שבו נקבע כי הסדר

זהות מגדרית והחלת עקרון השוויון על קהילת הלהט"ב תהיה שאלת ההיזקקות למגננוני השגה של עקרון השוויון, ובין היתר העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי, שעליהם נעמוד בחלק הבא.²³²

6. העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי

עקרון השוויון שהוכר כעיקרון בסיסי נוטל חלק בדנ"א של שיטת המשפט שלנו בכלל ובדיני המכרזים לעובדים בפרט.²³³ כל מינוי שפוגע בזכות התחרות של הפרט להתמודד על משרה פלונית, ומביא למינוי מתוך קבוצת הרוב, פוגע בשוויון. עקב כך אומצה בשירות המדינה מדיניות העדפה מתקנת, אשר מטרתה מתן הזדמנות שווה שתשיג תוצאה שוויונית.²³⁴ בכך יהיה ניתן להתוות התנהלות משפטית שעל פיה ימומש עקרון השוויון כנורמה חברתית תוצאתית – צדק כהוגנות.²³⁵ בבסיס הרעיון עומד מודל המריטוקרטיה הבריטי, שעל פיו מערכת המינויים אמורה להיות נקייה משיקולים לא

הפונדקאות הנוכחי בישראל מפלה בני זוג מאותו המין ועל כן אינו חוקתי, וניתנו למחוקק 12 חודשים לתיקון החוק בהתאם לפסק הדין.

232 ראו כתיבה עדכנית בנושא איסור אפליה, בין היתר בהיבט המגדרי באיחוד האירופי: Mark Bell, "EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender", *EU Equality Law and Precarious Work in*, (Uladzislau Belavusau and Kristin Henrard - eds., 2019) pp. 75 – 94. לעניין העסקה מגוונת, ראו: Mark Bell, "Adapting Work to the Worker: the Evolving EU Legal Framework on Accommodating Worker Diversity", 18 *Int'l J. of European Discrimination and the Law* (2018) 124, pp. 124–143. בנוסף ראו: Commission - Employment, Social Affairs & Inclusion "How the EU helps fight discrimination at work" (2019) <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8210&furtherPubs=yes>.

233 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד (נב) 630, בעמ' 651–650 (1998).

234 העדפה מתקנת בישראל היא חובה רק בשירות הציבורי, למעט לעניין בעלי מוגבלויות, שעבורם נקבעה חובת ייצוג הולם בצו הרחבה שחל על כל המשק, לרבות על השוק הפרטי. ראו: צו הרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות לפי חוק הסכמים קיבוציים, י"פ תשע"ה 48.

235 פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241, בעמ' 257–260. רדאי פורטת את מושג ההעדפה מתקנת, כהעדפה פורמלית או תוצאתית, ומנתחת את הסוגיה של העדפת נשים מתוך שיח רחב של העדפה מתקנת; למחקרים העדכניים ביותר לעניין העדפה מתקנת בשירות המדינה ראו: נטע נדיב, *מכרזי עובדים בשירות המדינה* (תש"ף); *Diversity and Affirmative Action in Public Service* (Walter D. Broadnax ed., 2018) של עקרון השוויון על פני אי-השוויון בנוגע לחלוקה של עמדות ומשרות, ראו: David A. Harrison et al., "Understanding Attitudes Toward Affirmative Action Programs in Employment: Summary and Meta-Analysis of 35 Years of Research", 91 *J. Applied Psychol.* (2006) 1013, pp. 1017–1019.

ענייניים והחלפת אנשים צריכה להחבס על נתונים מקצועיים בלבד.²³⁶ המודל הבריטי מבוסס על בחינת סגולות וכישורים, כך שכל הגיוס, ההערכה, הקידום והמבחנים השונים נעשים באופן אחיד, ללא הבחנה כלשהי שמטרתה לקדם אוכלוסיות מטרות.²³⁷ עקרון השוויון מופיע פעמיים בהקשר זה של מערכת המינויים. ראשית, הגשמתו של העיקרון לעניין מכרזים ללא הבחנה כלשהי המקדמת אוכלוסיות מטרות. שנית, לצורך הגשמת אותו עיקרון יש לפעול דווקא לקידום אוכלוסיית מטרות – קבוצות חברתיות אשר סבלו במשך תקופות ארוכות מחוסר שוויון (למשל נשים, מייעוטים אתניים וכיוצא בזה) – בדרך של העדפה מתקנת, שמטרתה יצירת גיוון תעסוקתי, על ידי קידום ייצוגן של קבוצות שעד לעשורים האחרונים נעדרו משוק בעבודה או ייצוגן היה חלקי ביותר.

העדפה מתקנת הפכה לאחד הכלים היעילים ביותר במלחמה אקטיבית נגד תופעת האפליה ואף קיבלה תמיכה במשפט הבין-לאומי באמנות שונות: אמנה לביטול האפליה מחמת גזע משנת 1965, שאושרה על ידי ישראל שנה לאחר מכן, ואמנת האו"ם לביטול צורות האפליה נגד נשים משנת 1979, שאושרה על ידי ישראל בשנת 1991.²³⁸ בזירה האירופית אומצו דירקטיבה של הקהילה האירופית להבטחת טיפול שווה בגברים

236 מודל זה מקפיד יותר ממודלים של מדינות אחרות להפריד בין פוליטיקה לממשל, במטרה לבודד את שירות המדינה להגן עליו. כל המשרות שייכות לשירות המקצועי ומאוישות על ידי פקידים מקצועיים, תוך מיון על פי כישורים מקצועיים. ואולם, לא תמיד דגל המודל הבריטי בגישה זו. מקצועיות השירות וההתבססות על סגולות וכישורים, שבהן מתאפיין המודל המריטוקרטי, היו תולדה של תהליך. עד לשנת 1850 התאפיין המודל הבריטי באיזו משרות לפי זיקה אישית, וכך הלורדים העשירים הקימו להם שליטה על חברי פרלמנט ופקידים אחרים. השינוי הגיע בעקבות ה-"Northcote Trevelyan report of 1854", שאסר על מינויים לא ענייניים מטעמים פוליטיים-מפלגתיים וקבע מינוי וקידום על פי כישורים והישגים. הרפורמה איחרה לבוא, ורק החל משנת 1870 נקבע בצו הכתר כי מינויים בעלי טעם פוליטי הם חריג מהכלל של איזו משרות בשירות והישגים. עד מלחמת העולם השנייה הורחב היקף המינויים הכפופים למבחן של כשירות והישגים באופן מתמיד ועקבי. כך נוצרה מערכת של עילות או מבחנים לצורך שיפוט ענייני, ולא מינוי על בסיס שיקולים חיצוניים הנתפסים כלא רלוונטיים. למעקב אחר יישום השיטה הקימה בריטניה שני גופים עצמאיים, האחראים על השיטה המריטוקרטית ומפעילים גם מערכת של ערעור על הליכי מכרז. ראו על השיטה המריטוקרטית: Anirudh V.S. Ruhil and Pedro J. Camoes, "What Lies Beneath: The Political Roots of State Merit Systems", 13(1) *J. Pub. Admin. Res. and Theory* (2003) 27, pp. 27-42. על הקשר בין השיטה המריטוקרטית ובין גיוון תעסוקתי, ראו: Christopher L. Aberson, "Diversity, Merit, Fairness, and Discrimination Beliefs as Predictors of Support for Affirmative-Action Policy Actions", 37(10) *J. Applied Soc. Psychol.* (2007) 2451.

237 Equality Act, 2010, Ch. 5. עיינו בעיקר בחלק 11 לחוק העוסק בחובות החלות על הסקטור הציבורי ובחובה האקטיבית להעדפה מתקנת. להרחבה ראו: David A. Thomas & Robin J. Ely, "Making Differences Matter: A New Paradigm for Managing Diversity", 1996(5) *Harv. Bus. Rev.* (1996) 70.

238 אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית 1966 (כ"א 25, עמ' 547); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה 1979 (כ"א 31, עמ' 179).

ובנשים בעבודה משנת 1976 כמו גם המלצות המועצה האירופית בעניין קידום נשים בשנת 1984.²³⁹ כמו כן, חוק השוויון הבריטי התפתח מרעיון השוויון שעוגן באיחוד האירופי תחילה במסגרת אמנת אמסטרדם משנת 1997, הקוראת לשוויון מלא ומאפשרת אימוץ צעדים למניעת אפליה או לפיצוי לקבוצה מסוימת,²⁴⁰ ומאוחר יותר בדירקטיבות הדנות בשוויון מגדרי.²⁴¹ עם זאת, אין בחוק השוויון קביעה של יעדים, מכסות או חובות אופרטיביות שיש בהן כדי להבטיח תוצאה של העדפה מתקנת לקבוצות מסוימות. בדומה, גם הדין בישראל אינו קובע יעדים, ומרבית הפעולות נעשות שלא מתוך חובה מוסדרת.²⁴²

בכל המקורות הנורמטיביים המצוינים לעיל נקבע באופן כזה או אחר שאמצעים מיוחדים וזמניים להאצת שוויון, על אף פגיעתם בערכי המריטוקרטיה, לא ייחשבו

239 שם, בעמ' 184 בסעיף 4; Council Directive 76/207 (לעיל, הערה 219); והמלצות המועצה האירופית בעניין קידום נשים: (L: Council Recommendation 84/635, 1984 O.J. (L: 34, on the promotion of positive action for women 331).

240 אמנת אמסטרדם (לעיל, הערה 44) בסעיף 141(4). אלמנטים דומים, בייחוד בהקשר של שוויון בגזע, ניתן לראות גם בדירקטיבה לשוויון בגזע משנת 2000, ראו: Elizabeth F. Defeis, "The Treaty of Amsterdam: The Next Step Towards Gender Equality", 23 *B.C. Intl & Comp Law Rev* (1999) 1, pp.30–33. פרופ' שחור לנדאו עמדה על גבולותיה של ההעדפה המתקנת בקהילה האירופית: "מניסוחו של סעיף זה עולה כי בקהילה האירופית אי אפשר לקבוע הסדר נוקשה של מכסות. הקהילה מעודדת שוויון בפועל אך רגישה בו-זמנית לנושא האפליה של עובדים בשל העדפה מתקנת". ראו: חוה שחור לנדאו "שוויון בין עובדות לעובדים באיחוד האירופה" **עבודה, חברה ומשפט** יא (תשס"ו), 357, 372. לצד מקורות משפט האיחוד האירופי, ובאופן החורג מהדיון במחקרנו שלנו, מאמרה של לנדאו בוחן גורמי משפט נוספים הדנים בנושא השוויון ואיסור האפליה בעבודה, ודן בפרק שלם על כינון מדיניות מתאימה שתנחה את המתווה העתידי בעניין.

241 Directive 2002/73, of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, 2002 O.J. (L269) 15; Council Directive 2004/113, 2004 O.J. (L 373) 37; Council Directive 2006/54, 2006 O.J. (L 204) 23.

242 כך, לפי ה-Equality Act (לעיל, הערה 237) בסעיף 158, המעסיק רשאי לנקוט פעולות מסוימות, מידתיות, להגדלת הייצוג, אך איננו חייב לעשות כן. הכוונה בעיקר לשוק הפרטי. ראו לצורך השוואה את חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט–1959, ס"ח 279, ואת חובת הייצוג ההולם הקבועה בסעיף 15א, בהיעדר מכסות ויעדים ברורים. מנגד, יש חובות מינוי והעדפה מתקנת במקומות מסוימים בדין הישראלי. כך לדוגמה, סעיף 239(ד) לחוק החברות, תשנ"ט–1999, ס"ח 1711, קובע חובה מעשית למינוי דירקטורית אחת לפחות (יצוין כי מדובר רק בחברות ציבוריות וחברות איגרות חוב פרטיות, והמינוי הוא לדירקטורית חיצונית). נוסף על כך, סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה–1975, ס"ח 770, קובע ייצוג הולם לשני המינים ומחייב את השרים במידת מה למנות נשים עד להשגת ייצוג הולם.

לאפליה. דוגמה לכך באה לידי ביטוי בחוק השוויון הבריטי משנת 2010,²⁴³ הקובע שכל הערכת מועמד למשרה תהיה אובייקטיבית ותתעלם מהשתייכות קבוצתית, כגון גזע או מין, למעט במקרים של שובר שוויון. קביעה זו דומה לנהוג בישראל לעניין ייצוג הולם של נשים, המאפשר להן לזכות במכרז כאשר הן מתמודדות מול גבר בעל כישורים "דומים", ובכך להעדיף שוויון בתוצאה ולא בהליך.²⁴⁴ החוק הבריטי לא חוקק בחלל ריק, אלא אימץ את כלל שובר השוויון מהוראות הדירקטיבה משנת 1976, המאפשר מינוי של מועמדת ממין נקבה כאשר ציון הקבלה שלה דומה לזה של המועמד הזכר.²⁴⁵ בעניין פלוטקין עשה בית הדין הארצי שימוש בדירקטיבה זו כדי להעצים את ההרתעה שהוא מבקש שתהא על המעסיק ותבטיח פיצוי עונשי על הפרת זכות חוקתית ראשונה במעלה והפעלת סטריאוטיפ נגד נשים במקום העבודה.²⁴⁶ בית הדין מרחיב דברים גם על הלכות מבית המשפט של האיחוד האירופי, שעמד על חשיבותה של הסנקציה וקבע שזו צריכה להבטיח הגנה אמיתית.²⁴⁷ בית הדין הארצי עוסק בהרחבה בזכות השוויון

243 Equality Act (לעיל, הערה 237) בסעיף 158.

244 **משרד התמ"ת – נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה – הפעלת הכלל של העדפה מתקנת בשלב ועדות הבחונים במכרזים של שירות המדינה** (19.9.2010). הנציבות מתייחסת ברוח להפעלת הכלל של העדפה מתקנת כאשר יש מועמדים בעלי כישורים דומים, דהיינו ההבחנות ברוח הן רק בנוגע למכרזים רגילים שאינם מכוונים לאוכלוסייה מסוימת. הנציבות פרסמה את הצעותיה לקבוע הנחיות שלפיהן "כישורים דומים" משמעם פער של עד 15% בניקוד הכולל של המועמד. ראו באופן דומה את שיטת נרמול הציונים (test norming) שהוצעה בארצות הברית כאמצעי להתגבר על נקודת פתיחה שונה במוסדות אקדמיים שונים: סטיבן פלאוט "העדפה מקלקלת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 235, בעמ' 240. גם האיחוד האירופי אימץ את כלל שובר השוויון, המאפשר מינוי של מועמדת אישה כאשר ציון הקבלה שלה דומה לזה של מועמד גבר, זאת בהתאם לדירקטיבה משנת 1976, Council Directive 76/207 (לעיל, הערה 219).

245 Council Directive 76/207, שם, בסעיף 4)2; עוד לעניין שוויון הזדמנויות ואפליה במשפט העבודה באיחוד האירופי ראו: Sandra Fredman, "Pasts and futures: EU Equality Law", *Research Handbook on EU Labour Law Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg, Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 391; ועוד באותו ספר ראו: Lyiola Solanke, "A method for Intersectional Discrimination in EU Labour Law", שם בעמ' 445 "Age Discrimination"; Mark Freedland & Lucy Vickers, "Age Discrimination; 445 and EU Labour Rights Law", שם, בעמ' 527.

246 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין נ' אחים איזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1999) (להלן: עניין פלוטקין).

247 Case C-127/92 *Enderby v. Frenchay Health Authority* [1993] E.C.R. I-5535; Case C-109/88 *Danmark v. Dansk Arbejdsgluertorening* [1989] E.C.R. 3199; Josephine Shaw, "European Community Judicial Method: Its Application to Sex Discrimination Law", 19 *Indus. L. J.* (1990) 229, pp. 234–235; Case 14/83 *von Colson v. Land*; Shaw *Nordrhein-Westfalen* [1984] E.C.R. 1891. דן בסעיף 6 ל- Equal Treatment Directive משנת 1976 ובשאלת ההשפעה הישירה על המדינות החברות.

ובעובדה שלא תחול התיישנות על קבלת סעד במקרה של אי־שמירה על זכות השוויון. סגן הנשיא אדלר סוקר לצורך כך את פרשת Marshall המפורסמת,²⁴⁸ ועוד מרחיב לעניין הסנקציה, כפי שהובאה בפסיקה אחרת של בית המשפט של הקהילה האירופית בעניין Colson:

It is impossible to establish real equality of opportunity without an appropriate system of sanctions (*Sabine von Colson and Elisabeth Kamman v. Land Nordrhein Westfalen*).²⁴⁹

לסיכום עניין זה, ניתן להבחין כי הנושא של העדפה מתקנת תחת עילת השוויון בעבודה ובחתימה לגיוון תעסוקתי צובר תאוצה בשנים האחרונות, לא רק מתוך שיח כללי של צדק ושוויון אלא מתוך דאגה אמיתית להדרה של קבוצות מסוימות באוכלוסייה משוק העבודה, תוך מציאת פתרונות ייעודיים עבורם לצורך שילוב. הדרה זו, שסיבות רבות לה, יש בה כדי להשפיע על קבוצות אלה באופן רחב גם בסוגיות של עוני ורווחה. ריבוד אתני, לאומי ומגדרי בשוק העבודה אפיין את ישראל תמיד כמדינת מהגרים. הפערים נובעים, בין השאר, מבידול תעסוקתי, סגרגציה גאוגרפית, אפליה וכן מאי־שוויון. מצב זה של ריבוד קבוצות בשוק התעסוקה, בייחוד תחת מדיניות הגירה חדשה במדינות האיחוד האירופי, מאתגרת מחדש את נושא הגיוון וההעדפה המתקנת בתעסוקה.²⁵⁰ גם אחת מהקבוצות המאתגרות ביותר מבחינה תעסוקתית היא העובדים המבוגרים, גם אלה שכבר אינם עובדים בהגדרה, משום שעברו את גיל פרישת חובה, אך גרמים כגון יוקר המחיה, עלייה בתוחלת החיים, שחיקה של כספי החיסכון הפנסיוני ועוד מובילים לתלות הולכת וגדלה בדור הצעיר ובאוצר של המדינות. כחלק מטענות בעד גיוון תעסוקתי תחת מטריית הדינים הרחבה של עקרון השוויון ודיון בזכות לאופק תעסוקתי ולעיסוק בכלל, נפנה בחלק הבא לדון בסוגיית גיל הפרישה מהעבודה.

²⁴⁸ E.C.R. 723 [1986] *Marshall v. Southampton Health Authority* 152/84; עניין פלוטקין (לעיל, הערה 246) בעמ' 500.

²⁴⁹ שם, בעמ' 503.

²⁵⁰ Roxana Barbulescu, "From International Migration to Freedom of Movement and Back? Southern Europeans Moving North in the Era of Retrenchment of Freedom of Movement Rights", *South-North Migration of EU Citizens in Times of Crisis* (Jean-Michel Lafleur & Mikolaj Stanek - eds., 2016) 15, pp. 19–24; Perna Roberta, "Re-bounding EU citizenship from below: Practices of healthcare for '(il) legitimate EU migrants' in Italy", 44 *J. Ethnic Migration Stud.* (2018) 829.

7. גיל הפרישה מהעבודה

מאז התיקון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה,²⁵¹ שבו נוסף האיסור על אפליה מטעמי גיל שאומץ מהסדר בארצות הברית,²⁵² חלה התפתחות בולטת בכל הנוגע לאיסור זה. ההסדרה המשפטית נבעה מכמה פסקי דין תקדימיים שעסקו בשתי שאלות: הראשונה, קביעת גיל פרישה שונה לקבוצות שונות, והשנייה, גיל פרישה מנדטורי. לעניין גיל פרישה שונה, נקבע בפרשת **רקנט** שקביעת גיל פרישה שונה מהווה אפליה מטעמי גיל.²⁵³ פסק דין מאוחר יותר, בעניין **רוזנבאום**, פסל מדיניות של קביעת גיל פרישה שונה לקבוצת עובדים מסוימת.²⁵⁴ הזירה המשפטית שבה מתנהל שיח ממושך ומעמיק בשאלה אם זכותן של נשים לפרישה מוקדמת מהעבודה מתיישבת עם עקרון השוויון בין המגדרים היא זירת האיחוד האירופי, ובבסיסו תפיסות שוויון שונות במדינות הרווחה האירופאיות.²⁵⁵

לעניין גיל פרישה מנדטורי מעניינת במיוחד בחינת האפליה של קבוצת הנשים מתוך קבוצת המגיעים לגיל פרישה. למרות קיומו של הסדר קבוע של גיל פרישה מנדטורי במשפט הישראלי, עסקו בתי המשפט בישראל בשנים האחרונות במספר מקרים בסוגיה זו של גיל פרישה, בהיבט הפרשני והחוקתי שלה, ובהזדמנויות אלה פנו לכיוונו של משפט האיחוד האירופי. תחילתו של המאבק המשפטי לביטול גיל פרישה כפוי ושונה לנשים היה בעניינה של **נבו**,²⁵⁶ שם עשה נשיא בית הדין הארצי לעבודה שימוש נרחב בפסיקה של בית המשפט של האיחוד האירופי. בין השאר נעזר בהלכת **Marshall** הידועה,²⁵⁷ שבה הבחינו בין זכות המדינה לקבוע גיל זכאות שונה לנשים ולגברים לקבלת זכויות סוציאליות לבין כפיית פרישה מוקדמת מעבודה, האסורה על פי דין האיחוד ויוצרת זכות תביעה בין האזרח למדינה.²⁵⁸

- 251 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, (תיקון מס' 3), תשנ"ה–1995, ס"ח 334.
- 252 בחוק פדרלי משנת 1967 (ADEA), הקובע שאפליה בעבודה מטעמי גיל היא בלתי חוקית: Age Discrimination in Employment Act, 29 U.S.C. §§ 621–634 (1967).
- 253 דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000).
- 254 בג"ץ 10076/02 **רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר**, פ"ד סא(3) 857 (2006).
- 255 Banks Kevin, Nunin Roberta & Topo Adriana, "The Lasting Influence of Legal Origins: Workplace Discrimination, Social Inclusion and the Law in Canada, the United States and the European Union", *Comparative Labor Law* (Matthew W. Finkin Mia Rönnmar, "Does Age Matter? Sweden, Younger and Older Workers and the Intergenerational Dimension of Contingent Work", *Core and Contingent Work in the European Union - A Comparative Analysis* (Edoardo Ales, Olaf Deinert & Jeff Kenner - eds., 2017) 205
- 256 דב"ע (ארצי) מו/3-73 **נבו נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל**, פד"ע יח 197 (להלן: עניין **נבו**). פרשה זו נדונה מאוחר יותר בעתירה בבג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד (4) 749, 758 (1990) (להלן: בג"ץ **נבו**).
- 257 עניין **Marshall** (לעיל, הערה 248). ראו הרחבה בפרק ג(7).
- 258 עניין **נבו** (לעיל, הערה 256) בעמ' 208.

בית הדין מפנה אף להצעה שהוגשה למועצה האירופית כדי להדגיש את רוח הפסיקה והחקיקה במשפט האיחוד האירופי בתחום משפטי זה.²⁵⁹ באותו מקרה אוזכרו מקורות ממשפט האיחוד האירופי ונעשה בהם שימוש למטרת פרשנות הדין המקומי והשוואת דיניה של מדינת ישראל לדיני האיחוד, באופן שמקל על בית המשפט לקבל את בקשת המערערת ולקבוע שמדובר ביחס מפלה, בדומה לקבוע בדין האיחוד האירופי.²⁶⁰ כדי לחזק את דעתו, שלפיה "לפי הדין בישראל – אין לראות בפרישה מעבודה שהסדר פנסיוני בצידה (כפי שהיא בענייננו) פיטורים",²⁶¹ מתבסס בית הדין על פסקי דין של הקהילה האירופית בעניין *Burton*²⁶² ובעניין *Roberts*.²⁶³ נבו ממשיכה בעתירה לבית המשפט העליון, אשר הופך את קביעתו של בית הדין הארצי וקובע שהבחנה בין נשים לגברים לעניין גיל הפרישה הינה אפליה פסולה. פסיקה זו "מתכתבת" עם הלכת *Marshall*, שבה אישה אנגלייה שכיחנה כפקידה בכירה במוסד ציבורי הוכרחה להפסיק את עבודתה בהגיעה לגיל 60, בניגוד לרצונה, וזאת אך ורק מהסיבה שהיא אישה ושגיל פרישתן של נשים לגמלאות הוא 60, לעומת גיל 65 ביחס לגברים.²⁶⁴ האישה פנתה לבית המשפט של השוק האירופאי המשותף וטענה כי הפסקת עבודתה הייתה אפליה בין המינים, וכי היה בכך, בין היתר, משום הפרה של ה- Council Directive 76/207.

ערכאות משפט העבודה בעניינה של נבו התייחסו באופן נרחב למשפט האירופי על מקורותיו השונים, התבססות אשר הובאה תחילה בבית הדין הארצי כסקירת דינים, בעוד בפועל נפסק בשונה ממשפט האיחוד האירופי. ואולם, לאחר מכן ניתן לראות איך אותה התבססות ואותם מקורות נורמטיביים סייעו לבית המשפט העליון והובילו אותו לקבל את בקשת המערערת לחזור לעבודה, תוצאה העולה בקנה אחד עם הדין האירופי, הרוואה

259 שם, בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא גולדברג. לעניין זה הפנתה באת כוח המערערת לפסק דינו של בית הדין של הקהילה האירופית בעניין *Marshall* (לעיל, הערה 248), שבו נפסק, שאין הזכאות לפנסיה מהווה הצדקה לפיטורי עובדת מטעם זה בלבד, כיוון שקיימת זכות יסוד לא להיות מופלה, שאינה מושפעת מהזכויות בתחום הביטחון הסוציאלי".

260 לאחר ארבע שנים, בשנת 1995, דן בית המשפט העליון בעניין **התעשייה האווירית** (לעיל, הערה 91), בבג"ץ עסק בשאלה מתי ארגון יכול לקבל הכרה כארגון עובדים. השופט גולדברג, בדעת הרוב, מאזכר את פסק הדין *App. No. 5614/72 Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* [1976] ECHR 2, אשר ניתן על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם, כעזר לפירוש הדין המקומי הישראלי ועל מנת להראות שבדומה לדין המקומי, האיחוד האירופי ופסיקותיו מטילים מדיניות סלקטיבית ומגבילים את מספר ארגוני העובדים שניתן להקים. עם זאת, בית המשפט העליון מציין את זכותו של ארגון עובדים במשא ומתן קיבוצי ולכרות הסכמים קיבוציים לטובת חבריו כחלק מהזכות להקים ארגוני עובדים, ובהתאם לסעיף 11 לאמנה האירופית לזכויות האדם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט גולדברג. במקרה זה בית המשפט אינו מאזכר את שמו של פסק הדין האירופי, אלא רק מפנה למאמר ישראלי אשר דן בו.

261 שם, בעמ' 218.

262 *Case 19/81, Burton v. British Railways Board* [1982] E.C.R. 554

263 *Case 151/84, Roberts v. Tate & Lyle Industries Limited* [1986] E.C.R. 703

264 בג"ץ נבו (לעיל, הערה 256).

ביחס שקיבלה יחס מפלה. עניינה של נבו היה המופע הראשון שעסק בסוגיה זו בהסתמך על משפט האיחוד האירופי, והוא סימן את תחילתה של מלאכת ההסתייעות במשפט האיחוד האירופי וההתבססות עליו כדין זר לעניין גיל פרישה מעבודה, התבססות שלא איחרה לבוא. ואכן, לאחר זמן קצר קיבל בית הדין הארצי, בעניין **חבקין**, טענה שלפיה אין מקום לכפות על העובדת גיל פרישה.²⁶⁵ נוסף על כך, בפרשת **פידלמן**, נקבע כי אין מקום להמשיך במתן העדפה מתקנת לנשים בהסדרי פנסיה.²⁶⁶ שני פסקי דין אחרונים אלה מסמנים שינוי בעמדתה של מערכת המשפט כלפי פרישה מוקדמת, בניגוד לעמדת בית הדין הארצי בעניינה של נבו ובדומה לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניינה של נבו.

בפרשת **ניב**, משנת 2002, המשיך בית המשפט העליון לדון בשאלת האפליה בין גברים לנשים בנוגע לתוכנית פרישה מרצון שהושגה בין קופת חולים כללית לבין עובדי הקופה.²⁶⁷ לפי תוכנית זו, גברים שיסכימו לפרישה מוקדמת ייהנו מתוכנית מיטיבה עד לגיל 65, הכוללת הטבות פנסיוניות וצבירת זכויות, ואילו נשים תקבלנה את הזכאות לאותם התנאים רק עד הגעתן לגיל 60. השופט חשין, בדעת רוב, מתבסס, בין היתר, על פסק דין אירופי, **Birds Eye Walls**, בנושא פנסיות גישור.²⁶⁸ דבריו של השופט חשין נעשים למעלה מן הצורך, על דרך האזכור החולף ומבלי לתרום להכרעה בפסק הדין. דבריו חורגים מגדר הנושא שבפני בית המשפט ובכך מרמזים, אולי, על הצורך להשוות למקרה האירופי וללמוד ממנו אל תוך המקרה הישראלי. מאוחר יותר, בפרשת **חיפה כימיקלים**, נבחנה סוגיית האפליה מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ואוזכר פעם נוספת, על ידי סגנית הנשיא ברק-אוסוסקיין, פסק הדין **Marshall**,²⁶⁹ שקבע את ההלכה שלפיה די להראות שהתקיימה אפליה ואין צורך לבסס כוונה כאשר ההתנהגות מפלה.²⁷⁰ השימוש הרב במשפט האירופי, השזור בפסיקה שונה מאנגליה, נעשה למטרה של פירוש הדין המקומי ולהשוואת הדינים בד בבד עם אזכור הנחיתו של בית הדין האירופי, המורה לכל מדינות הקהילה לחוקק חוקים הנוגעים לנטל ההוכחה בדבר אפליה.²⁷¹

265 דב"ע (ארצי) מח/40-3 **חבקין נ' גחלת** - גמול חיטון לחינוך בע"מ, פד"ע כ 169 (1988).
266 ע"ע (ארצי) 1407/01 **פידלמן נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ** (פורסם בנבו, 2004).

267 בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663 (2002).

268 Case C-132/92 *Birds Eye Walls Ltd. v. Roberts* [1993] E.C.R. I-5579, p. 682.

269 עניין **Marshall** (לעיל, הערה 248).

270 ע"ע (ארצי) 404/05 **בנו נ' חיפה כימיקלים בע"מ**, בעמ' 29 (פורסם בנבו, 2006) (להלן: **עניין חיפה כימיקלים בע"מ**).

271 שם, בעמ' 23: "בית הדין האירופאי הורה לכל מדינות הקהילה לחוקק חוקים ברוח זו", ובעמ' 29: "מדינות רבות הולכות בדרך זו בפסיקותיהן".

לעניין גיל פרישה מנדטורי, נשאלה השאלה אם קביעת גיל פרישה אחיד או ביולוגי מהווה אפליה פסולה. שאלה בסיסית בדבר אפליה מחמת גיל עלתה בפרשת **בוסי**.²⁷² השופטת רוזנפלד מתבססת על הדירקטיבה בדבר אפליה בעבודה על רקע דת ואמונה, מוגבלות, גיל או נטייה מינית,²⁷³ שיישומה הוביל לכניסתן לתוקף של רגולציות מקיפות בנושא.²⁷⁴ בהמשך פסק דינה מצוטט סעיף 2 לדירקטיבה, שבו נקבעו במפורש איסור על אפליה ישירה יחד עם איסור על אפליה עקיפה.²⁷⁵ אזכורים אלה מחזקים את קביעת בית הדין שלפיה הן הפיטורים והן האפליה בשכר במקרה זה אינם חוקיים לפי הדין הישראלי ולפי הדין האירופי.²⁷⁶ ואולם, בהגיע העובד לגיל פרישה, יש לבחון מחדש אם מדובר באפליה. בעניין **וינברגר** דן בית הדין הארצי בטענה של אפליה מחמת גיל, כאשר המערערת טוענת כי החובה לפרוש בגיל 67 לא חוקתית וכי יש להטיל חובה על המעסיק לבחון כל בקשה של עובד, להמשך העסקה מעבר לגיל הפרישה המנדטורי, באופן ענייני ועל בסיס אינדיווידואלי.²⁷⁷

השופטת דוידוב-מוטולה פונה לדירקטיבה 2000/78/EC בקהילה האירופית, האוסרת על אפליה בעבודה, בין היתר על רקע גיל, אך מציינת שאין בה כדי למנוע קביעת גיל פרישת חובה אם קביעה כזו מוצדקת מבחינה אובייקטיבית וסבירה לצורך השגתה של מטרה ראויה, ובתנאי שהאמצעים להשגת המטרה מידתיים ונחוצים.²⁷⁸

272 ע"ע (ארצי) 203/09 **רשות הגנים של אגודת ישראל נ' בוסי** (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין **בוסי**).

273 Council Directive 2000/78/EC (לעיל, הערה 224).

274 ראו למשל **בבריטניה**: The Employment Equality (Age) Regulations 2006, SI 2006/1031.

275 עניין **בוסי** (לעיל, הערה 272) בעמ' 21.

276 הזכות לשוויון חולשת על דיני העבודה בישראל, בין אם בחיקוקים מפורשים ובין אם בהיותה עיקרון על-חוקתי הנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת ועוד, נקבע כי גם במצבים שבהם לא חל חוק שוויון הזדמנויות, ממילא חל האיסור על אפליה מכוח חובתו של המעסיק לקיים חוזה עבודה בתום לב, וראו: ע"ע (ארצי) 11-10-1224 **מי רוויה בע"מ נ' טמייט** (פורסם בנבו, 2015). פיטורים בסמוך לגיל פרישה כבר נדונו בהרחבה בפסיקה בישראל, ועלתה השאלה אם מדובר באפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. להערכתנו, סוגיית העסקתו של עובד לאחר גיל פרישה בוודאי קשורה לסוגיית האפליה מטעמי גיל, הנמדדת על פי המודל הכלכלי: כל הבחנה על בסיס שיקול לא ענייני, בין שהוא שיוך קבוצתי במובן המסורתי ובין שהוא קריטריון סתמי ולא רלוונטי, נחשבה למפרה את עקרון השוויון (ראו: יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה (תשנ"ט) 165, בעמ' 186–195; שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" **משפטים** לב (תשס"א) 131, בעמ' 135.

277 עע"א (ארצי) 10-209 **וינברגר נ' אוניברסיטת בר אילן** (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין **וינברגר**).

278 שם, בעמ' 27. לדיון בנושא הפנסיה באיחוד האירופי ראו: Kendra Strauss, "Pension system and labour law in the EU", *Research Handbook on EU Labour Law* (Alan Bogg, Cathryn Costello and A.C.L. Davies - eds., 2016) 547.

השופטת מיישמת פרשנות מכמה מקורות משפטיים של האיחוד האירופי. מלבד אזכור הדיקטיבה, היא מוצאת חיזוק להכרעתה בפסק דין Rosenblatt,²⁷⁹ שאישר הסכם קיבוצי שחייב פרישה מעבודה עם היווצרות הזכאות לפנסיה, ולכל המאוחר בגיל 65.²⁸⁰ פסק הדין האחרון שהשתלב במאגר הנתונים של מחקר זה ניתן בשנת 2016 בעניין גביש.²⁸¹ במקרה זה נדרש בית המשפט העליון לשאלת החוקתיות של חובת גיל הפרישה הקיימת בחקיקה הישראלית, ועתירה חוקתית זו לביטול סעיף 4 לחוק גיל פרישה נדחתה פה אחד; ניתן לראות בכיורור הישענות רחבה של בית המשפט העליון על מודלים ממדינות אחרות לעניין גיל פרישה. בית המשפט העליון, אגב סקירת התאוריה של חובת גיל פרישה ועמידה על טיעונים בעד ונגד, מפנה לפסיקה של בית המשפט האירופי,²⁸² ולצורך הדיון בשאלה אם חובת גיל פרישה מהווה אפליה מטעמי גיל הוא מפנה לדיקטיבה שאימץ האיחוד האירופי בשנת 2000. דירקטיבה זו קובעת סטנדרט שוויון בתעסוקה ואוסרת, בין היתר, על אפליה עובד מחמת גילו.²⁸³ הנשיאה נאור שוקלת סוגיית גיל הפרישה במבט השוואתי ומגלה כי במדינות שונות (מדינות האיחוד האירופי, ארצות הברית, קנדה ועוד) קיימות אפשרויות מגוונות להסדרת הפרישה לגמלאות בכלל, וגיל הפרישה בפרט.²⁸⁴ בהמשך דבריה עומדת הנשיאה על תכלית

279 601:2010 ECLI:EU:C:2011 Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges (2011) ECLI:EU:C:2010:601-45/09
p. 57

280 עניין וינברגר (לעיל, הערה 277) בעמ' 28. שתי הנחיות הסדירו את עקרון השוויון בין המגדרים ופתחו בפני המדינות אפשרויות להתאמה בתחום הפנסיוני: הנחיה 79/7, הקובעת עיקרון של שוויון בתוכניות ביטוח לאומי ומכירה בזכות של המדינות לפעול באופן אוטונומי ולקבוע את גיל הפרישה מעבודה על פי שיקולן, והנחיה 86/378, המסדירה את חובת עקרון השוויון בתוכניות פנסיה שאינן מטען המדינה. ראו: Council Directive 86/378 (לעיל, הערה 224); (24) L 6 O.J. (L 6) 24; Council Directive 79/7, 1978 O.J. (L 6) 24.

281 עניין גביש (לעיל, הערה 209).

282 שם, פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

283 שם, פסקה 53 לפסק דינה של הנשיאה נאור. בפסק הדין מפנה בית המשפט לדיקטיבה שאימץ האיחוד האירופי הקובעת נהלים לשוויון בתעסוקה; Council Directive 2000/78 (לעיל, הערה 224).

284 הגישה המודרנית להכרה בזכותם של העובדים להמשיך ולעבוד מעבר לגיל הפרישה הובילה לשינויי חקיקה במדינות רבות בנוגע לביטול או הגבלה של גיל פרישה. כך, באוסטרליה בוטלה פרישת חובה כבר בשנת 1990, תחילה ב-New South Wales ולאחר מכן במדינות אחרות. ראו: Pnina Alon-Shenkar, "Ending Mandatory Retirement: Reassessment", 35 Windsor Rev. Legal & Soc. Issues (2014) 22, pp.23-24 Public Service Act, (1999) ושנתיים לאחר מכן בוטל חוק גיל פרישה חובה של נושאי משרה במגזר הציבורי הפדרלי: The Abolition of Compulsory Age Retirement (Statutory Officeholders) Act, 2001. בדומה לחקיקה הישראלית, המאפשרת אפליה מטעמי גיל, ניתן להצדיק את האפליה אם היא לגיטימית. עם זאת, חוקי האפליה בישראל אינם חלים על עובדים מעבר לגיל פרישה, בניגוד לחקיקה באוסטרליה ובאנגליה. כך, בוטל גיל הפרישה באנגליה בשנת 2011, אך מעסיקים עדיין עשויים להצדיק פרישת חובה במקרים אינדיווידואליים במבחיני

ההגנה שיש לתת לעובדים אלה, המוצאת ביטוי בפסיקה של בית המשפט האירופי לצדק.²⁸⁵ במסגרתה היא מציינת את השיקול של היקף ההשתתפות של מבוגרים בשוק העבודה ואת הנחת היסוד שבבסיס חוק גיל פרישה בישראל, שלפיה הפורש לגמלאות יכול להמשיך ולהתקיים בכוחות עצמו לאחר גיל הפרישה באמצעות גמלה כזו או אחרת. לדבריה, "שיקול זה הועלה גם בפסקתו של בית המשפט האירופי לצדק", והיא מפנה לפסק הדין בעניין Rosenblatt.²⁸⁶ אותו עניין של בית המשפט האירופי משמש גם לבחינתה של שאלת המידתיות בהיבט החוקתי של קביעת גיל פרישה סטטוטורי. הנשיאה מציינת שככלל מדובר בפרקטיקה שאינה פוגעת בזכויות מעל הנדרש וכי "מודל של פרישה כפויה מחמת גיל הוא מודל שכיח במדינות אירופה ויש בו כדי לאזן בין שיקולים פוליטיים, כלכליים, חברתיים, דמוגרפיים ותקציביים".²⁸⁷

פנייה זו לפסק הדין נעשתה על מנת לחזק את הדין המקומי ואת הנחת היסוד שבבסיס חוק גיל פרישה. הנשיאה מציינת כי המטרות הנזכרות הוכרו כמטרות ראויות גם במשפט המשווה וגם על ידי בית הדין האירופי לצדק, תוך שהיא מציינת לא פחות מחמישה פסקי דין שניתנו בעניין זה.²⁸⁸ הנשיאה נותנת מקום נרחב מאוד לכללי הדירקטיבה, והיא מביאה אותם במלואם ומתייחסת ליישומם בפסקי הדין של בית הדין האירופי לצדק. הנשיאה מרחיבה את התבססותה על משפט האיחוד האירופי ומעבר לשימוש בפסיקה מחזקת את קביעתה בדירקטיבה של האיחוד האירופי, ובכך מדגישה שנושא זה אינו ייחודי למשפט האיחוד האירופי ומדינות שונות קבעו הסדרים ספציפיים בעניין זה.²⁸⁹ השופטת ברק-ארו מצטרפת לחוות דעתה של הנשיאה נאור ומציינת, בין היתר, כי "הפן של הסדרה קיבוצית של גיל הפרישה הודגש גם בפסקתו של בית הדין

לגיטימציה לאפליה, וניתן להצדיק אפליה מטעמי גיל גם באופן רוחבי לעניין תפקידים מסוימים ללא צורך בבחינה אינדיווידואלית. כך קבע בית המשפט באוסטרליה לעניין פיטוריו של טייס בגיל 60 שמדובר בדרישות אינהרנטיות של התפקיד, ואף על פי שיתכן שבמקרה הפרטי הוא בעל מסוגלות לבצע את התפקיד, ניתן לקבוע גיל במסגרת דרישות הסף של התפקיד, כאפליה סטטיסטית: *Qantas Airways Ltd v. Christie* [1998] HCA 18 (Austl.).

- 285 עניין גביש (לעיל, הערה 209) פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור.
 286 שם, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין Rosenblatt (לעיל, הערה 279).
 287 עניין גביש (לעיל, הערה 209) פסקה 53 לפסק דינה של הנשיאה נאור.
 288 שם, פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור. פסקי הדין שאליהם מפנה הנשיאה הם: Case C-411/05 *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* [2007] E.C.R. I-8531; Case C-250/09 *Georgiev v. Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv* [2010] E.C.R. I-11869; Case C-141/11 *Hörmfeldt v. Posten Meddelande AB* [2012] E.C.R. I-00000; Case C-159/10 *Fuchs v. Hessen* [2011] E.C.R. I-6919; Case C-341/08 *Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* [2010] E.C.R. I-47
 289 עניין גביש (לעיל, הערה 209) פסקה 53 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

האירופי לצדק".²⁹⁰ פנייתה של השופטת ברק-ארז נעשית לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדין הישראלי למשפט האיחוד האירופי.

אומנם הנשיאה מכריעה שאין מקום להתערב במנגנוני הפרישה שנקבעו בחוק גיל פרישה בישראל, אך מדגישה כי "העובדה כי סוגית גיל הפרישה לא ירדה מסדר היום הציבורי מחזקת את המסקנה שלפיה המקום המתאים לשקול שינויים נוספים בה הוא בית המחוקקים. אף שמצאתי כי החוק צולח את הבחינה החוקתית, דומה כי טוב עשו המשיבים בהחליטם להביא סוגיה זו שוב אל שולחן הממשלה",²⁹¹ ועוד קודם לכן: "שקילת סוגית גיל הפרישה במבט השוואתי מגלה כי מודל הפרישה שבחר המחוקק אינו יוצא-דופן [...] השיקולים השונים בעד ונגד גיל פרישת חובה נדונים תדיר במדינות אלה והוויכוח המשפטי, החברתי והכלכלי בסוגיה זו עדיין לא תם".²⁹²

דוגמאות אלה מראות את האופן שבו משפט האיחוד האירופי ממשיך ומשפיע על משפט העבודה בישראל, גם ללא אזכורים בגוף פסק הדין. די למערכת המשפטית שערכאה שיפוטית עליונה ערכה ניתוח מעמיק בסוגיה משפטית ומתבססת על משפט האיחוד האירופי, כדי להפנות להלכה מקומית זו שהטמיעה את משפט האיחוד האירופי. מחקר זה בוחן רק את פסקי הדין שאזכרו מקורות של משפט האיחוד האירופי, אך לדעתנו השפעתו של משפט זה כסייען במלאכת השיפוט רחבה ממה שניתן לדגום בדרך זו. קריאתו של בית המשפט בישראל למחוקק לשוב ולבחון את הסוגיה טרם נענתה, זאת על אף שינויים ופסקי דין באיחוד האירופי ובמדינות שונות באירופה המאמצות הסדרים מקלים עד לכדי ביטול גיל הפרישה. העובדה שבית המשפט בעניין **גביש** ובפסקי דין נוספים עמד בהרחבה על משפט האיחוד האירופי במסגרת השוואה לדין זה מבשרת, לדעתנו, את ההיזקקות הרבה שהוא מוצא לדין זה ולשינוי חקיקה בתחום. שלושת תתי-הפרקים האחרונים דנו, כל אחד בנפרד, במפגשים של נושא השוויון עם משפט העבודה, כך לעניינם של להט"בים, לעניין העדפה מתקנת וגיוון תעסוקתי ולעניין גיל פרישה מעבודה, בהדגשת גיל שונה לנשים ולגברים. ככולם ניתן להבחין בהיזקקות של ערכאות משפט העבודה בישראל לקביעות עקרוניות ולהסדרים ופסקי דין מהדין הזר, באופן שיסייע להכרעה בתחומים שהם חדשים לבתי המשפט בישראל. הנושא האחרון שעליו נבקש לעמוד הוא פרטיות במקום העבודה, ובהקשרו אפשר להתרשם שבית המשפט פונה באופן ספציפי למשפט האיחוד האירופי כמקור לדין זה.

290 שם, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, תוך הפניה לפסק הדין בעניין Palacios (לעיל, בהערה 288).

291 שם, פסקה 61 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

292 שם, פסקה 56 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

8. פרטיות במקום העבודה

נושא זה הוא דוגמה לאופן השימוש שבית המשפט בישראל עושה בדין האירופי כדין זר בהיעדר פסיקה או חקיקה מנחה בתחום. ביטוי לכך ניתן בפסק דינו של בית הדין הארצי בעניין איסקוב, בנוגע לזכות לפרטיות במקום העבודה. בית הדין מוצא לנכון להסתייע במשפט ההשוואתי,²⁹³ ובאופן ספציפי במשפט האיחוד האירופי: "בהרחבת האופק ושדה הראיה הפרשני [...] ניתן דעתנו לדירקטיבות האיחוד האירופי בהן נקבעו הסדרים נורמטיביים בנוגע לזכויות ולחובות של המשתמשים בטכנולוגיות מידע במקום העבודה [...] בהסדרים אלה, יש כדי להוות מקור נורמטיבי להקיש ממנו לסוגיות מושא דיוננו ולפרשנות החקיקה הרלבנטית."²⁹⁴

בעניין זה הוחלט כי חל על המעסיק איסור לחדור לתוכן התכתובת האישית שמקיים העובד בתיבת הדואר האלקטרוני האישית של העובד, במובחן מתיבת הדואר המקצועית שהועמדה לרשות העובד, למעט בנסיבות חריגות המצדיקות זאת.²⁹⁵ הליך זה הוא הראשון שבו נדרשו בתי המשפט בישראל לשאלת הפרטיות במקום העבודה. השופטת ארד מבצעת סקירה של הזכות לפרטיות במשפט המשווה ומיישמת דירקטיבה אירופית,²⁹⁶ אשר קובעת את הקמתו של גוף מייצג השואף להשיג הרמוניזציה בין שיטות המשפט השונות באיחוד האירופי, ביחס לדיני הגנת הפרטיות בכלל ודיני הגנת הפרטיות בעבודה בפרט. פסיקה זו מבוססת בעיקרה על הזכות לפרטיות במשפט המשווה, שהוכרה כזכות יסוד ביחסי עבודה,²⁹⁷ ועל הנחיות הדירקטיבה לעניין הגנה על פרטיות בתקשורת אלקטרונית.²⁹⁸

השופטת ארד מוצאת חיזוק ובסיס להחלטה שפעולת ניטור ומעקב אחר תכתובת פרטית של העובד אסורה ויש בה משום פגיעה חמורה בזכותו לפרטיות, בניגוד לפעולת ניטור אוטומטית ולא יזומה. עידן הטכנולוגי זהו נושא מורכב, ורגולציה מיושנת עלולה לערער את יחסי העבודה. ניתן אף לומר בזהירות הנדרשת כי האתגרים שמציבה הזירה הטכנולוגית במשפט לא פסחו על תחום יחסי העבודה ובמידה רבה אף התגברו עליו.²⁹⁹

293 עניין איסקוב (לעיל, הערה 84).

294 שם, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ארד.

295 שם.

296 Council Directive 95/46, 1995 O.J. (L 281) 31.

297 Article 29 – Data Protection Working Party, Working document on the surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace (May 29, 2002).

298 Council Directive 2002/22, 2002 O.J. (L 108) 51; Council Directive 2002/58, 2002 O.J. (L 201) 37.

299 Matthew W. Finkin, Rüdiger Krause, Hisashi Takeuchi-Okuno, "Employee Autonomy, Privacy, and Dignity under Technological Oversight", *Comparative Labor Law* (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak - eds., 2015) 153, pp. 153–155 באופן ספציפי לשוק העבודה, ראו: Irene Mandal & Maurizio Curtarelli, "Crowd Employment

מצב זה הוא תוצאה מיידית וצפויה של הטשטוש הגובר של קו הגבול בין חיי העבודה לחיים הפרטיים מצד אחד, ומן הצד האחר – של ריבוי אמצעי התקשורת, ובהם מחשבים וטלפונים ניידים, אשר מאפשרים למעסיק לפקח על העובדים ולנטרם גם כשאינם נמצאים בחצריו.³⁰⁰

הדוגמאות שהובאו בשמונת הנושאים שבחנו מרכזות את עיקר המופעים של משפט האיחוד האירופי בערכאות משפט העבודה בישראל. אזכורים אלה הם ביטוי של מלאכת פרשנות, שבמסגרתה נעשה שימוש באיחוד האירופי כמקור השראה, והם אפשרו להתחקות אחר השפעתו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות משפט העבודה. בחלק הבא של המאמר נציג נתונים כמותיים על אזכורים של מקורות משפט האיחוד האירופי בערכאות משפט העבודה בישראל.

ד. נתונים כמותיים – השפעת שיטת המשפט של האיחוד האירופי על שיטת המשפט הישראלית

1. מתודולוגיה

מחקר זה בוחן לראשונה, במסגרת כלי מחקרי כמותני-דסקריפטיבי משולב, את מקומו של משפט האיחוד האירופי בפסיקתן של ערכאות משפט העבודה בישראל. בשונה ממחקרים קודמים, אשר דנו בהשפעות הדין הזר אגב התמקדות בשיטות המשפט המרכזיות – המשפט המקובל האנגלו-אמריקני או המשפט הקונטיננטלי,³⁰¹ רשימה זו מביאה מבט חדש על הדרך שבה שיטה, שאינה שיטה מדינתית אלא על-מדינתית, הינה מקור הסתמכות לפרשנות וביקורת על הדין הישראלי בתחום משפט העבודה. מחקר זה בוחן ומבקש לכסות באמצעות מאגר נתונים ייחודי את כלל הפסיקה, למן הפעם הראשונה שבה הפנו ערכאות משפט העבודה למקור נורמטיבי כלשהו של משפט האיחוד האירופי.

במסגרת בניית המאגר נכללו בו הפניות למקורותיו הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי, ובכלל זה אמנות, תקנות, דירקטיבות ופסיקת בית המשפט האירופי לצדק. הפניות אלו נבחנו במסגרת המתודולוגיה המוכרת בספרות כ"ניתוח מובאות" (Citation

and ICT-Based Mobile work – New Employment Forms in Europe", *Policy Implications of Virtual Work* (Pamela Meil & Vassil Kirov - eds., 2017) 51, p. 72
 300 נטלי נחמן קמחי, "Monitoring@Work.com פיקוח המעביד על הפעילות המקוונת של העובד במקום העבודה", *עבודה חברה ומשפט יב* (תש"ף) 71, בעמ' 74–82.
 301 ראו את מאמריהם של שחר, של נבות ושל ברק-ארז (לעיל, הערה 1).

302. (Analysis) ניתוח המובאות מאפשר לדעת איזה סוג של מידע שופטים מוצאים כבעל ערך, איזו הנמקה משפטית הם בוחרים לאמץ ובאילו סוגי תיקים הם מוצאים את משפט האיחוד האירופי ראוי יותר לעצם הנמקתם, כפי שעמד על כך זרינג (Zaring).³⁰³ המחקר אינו בוחן את ההטמעה של משפט המדינות החברות באיחוד האירופי אל תוך המשפט הישראלי, אלא מבקש להתייחס למשפט האיחוד האירופי כאל יעדו המחקרי בתחום זה של משפט העבודה.³⁰⁴ איסוף הנתונים מאפשר להציג במסגרת מתודולוגיה זו תמונה אמפירית של התפתחות ההפניות למקורות נורמטיביים אלה לאורך השנים. למתודולוגיה של ניתוח מובאות מגבלה אשר ראוי להציגה. עצם אזכורו של מקור נורמטיבי אינו מוליך למסקנה חד-משמעית שעצם הפניה למקור זה השפיעה על החלטת השופט או בית המשפט. ייתכן אפוא כי בסופו של יום החלטתם אינה נשענת בעיקרה או באופן בלעדי על משפט האיחוד האירופי. עם זאת, יש בממצאים של מחקר זה כדי להציג את האופן שבו רואים השופטים את מקומו של משפט זה – כמקור נורמטיבי השראתי שיש בו כדי להשפיע על משפט העבודה בישראל. איסוף הנתונים והניתוח של כלל פסקי הדין שנבחנו הם מעין שילוב של מתודולוגיה אמפירית לצד ניתוח דסקריפטיבי של הפניות של ערכאות משפט העבודה העליונות למקורות של משפט האיחוד האירופי. על אף החיסרון הפוטנציאלי הקיים במתודולוגיה זו, היא מאפשרת לראות באופן אמין ומהימן את תדירות הפנייה של שופטי משפט העבודה למקורות אלו.³⁰⁵

Richard A. Posner, *The Theory and Practice of Citations Analysis, With Special Reference to Law and Economics* (John M. Olin Program L. & Econ. Working Paper Zaring ; No. 83, 1999) 2 (לעיל, הערה 20) בעמ' 306–307. במחקרנו שלנו בוצעה מתודולוגיה מחקרית דומה מאוד למתודולוגיית המחקר של Zaring, בשינויים המחוייבים.

שם, בעמ' 302.

304 כדוגמה למחקרים שנעשו על מדינות באיחוד ולא על האיחוד האירופי כמקשה אחת ראו מאמריהם של שחר ושל נבות. מחקרו של שחר מצביע על כך שבשנים 1995–2004, 11% מההפניות היו להפניות זרות, אשר רוב רובן הן אנגלו-אמריקניות, וחלק קטן מהן לדין האירופי הקונטיננטלי. ראו: שחר (לעיל, הערה 1) בעמ' 46, 63, 65–67. מחקרה של נבות עומד גם על הפניות זרות לשיטות משפט מקובל נוספות, כדוגמת קנדה ואנגליה, בשיעור משותף של כ-23% מסך ההפניות הזרות שנבדקו במחקרה, וגרמניה שהיא חלק משיטת המשפט הקונטיננטלי שזכתה לשיעור הפניות של 5%. ראו נבות (לעיל, הערה 1) בעמ' 148–151.

305 למתודולוגיה של ניתוח מובאות יש כמה מגבלות, ומחקר זה מבקש לנטרלן ככל הניתן, שכן ניתן לעמוד על סיבות שונות לשימוש באזכורים על ידי שופטים בפסקי דין. ראו לעניין זה: Frederick Schauer & Virginia J. Wise, "Nonlegal Information and the Delegalization of Law", 27 *J. Legal Stud.* (2000) 495, p. 513; Matthias Van Der Haegen, "Building a Legal Citation Network: The Influence of the Court of Cassation on the Lower Judiciary", 13 *Utrecht L. Rev.* (2017) 65, p. 67; Simon Deakin, "The Use of Quantitative Methods in Labour Law Research: An Assessment and Reformulation", 27 *Soc. &*

המאגר שנבנה למחקר זה מבוסס על פסקי הדין בתחום משפט העבודה בישראל, שהפנו למשפט האיחוד האירופי, בערכאות העליונות של משפט העבודה, וזאת מיום הקמתו של בית הדין לעבודה, בשנת 1969, ועד לסוף שנת 2016. ערכאות משפט העבודה העליונות כוללות הן את בית הדין הארצי, כערכאה ראשונה וערכאת ערעור על הליכים שהתחילו בבית הדין האזורי לעבודה, והן בבית המשפט העליון, כערכאה נוספת מעל בית הדין הארצי. זו הנקודה להאיר את עיני הקורא בייחודיות מחקרנו, לעומת מחקרים קודמים אשר בחנו את הפנייה לדין זר בבית המשפט העליון הישראלי. בשונה ממחקרים קודמים, אשר התבססו על דגימה של פסיקה, מאגר זה כולל את כלל פסקי הדין שפורסמו בערכאות משפט העבודה ונעשה בהם שימוש במקור נורמטיבי מחייב של משפט האיחוד האירופי, תוך קידוד של כל ההפניות.³⁰⁶ מחקר זה מאפשר לרון בהיקף הנוכחות של מקורות משפט האיחוד האירופי ובאיכות השימוש בהם כדין זר בפסיקת ערכאות משפט העבודה בישראל, על פני כל תקופת קיומן. מטרת מחקר זה אינה להשוות בין אופן ההפניות למשפט האיחוד האירופי והיקפן לבין מקורות משפט זר אחרים, אלא, בפעם הראשונה, לבחון את תפקידו של משפט האיחוד כדין זר בתחום משפט העבודה וכשחקן בזירה הבינ-לאומית.

השלב הראשון במחקרנו כלל יצירת מאגר מידע בהתבסס על חיפוש במסמכים מסוג פסקי דין בלבד, במאגר המידע המשפטי "נבו", ובמסגרתם איתרנו הפניות שביצעו ערכאות משפט העבודה למשפט האיחוד האירופי, למוסדותיו ולמקורותיו הנורמטיביים: חקיקה ראשית (אמנות), תקנות ודירקטיבות ופסיקה.³⁰⁷ השלב השני הינו שלב הקריאה והקטלוג של פסקי הדין שבהם נמצאה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. פנייה למובאות משפטיות הינה חלק מכל פסיקה משפטית כמעט, ולפיכך יש

Zaring, *Legal Stud.* (2018) 456 מתייחס לשתי מגבלות נוספות למתודולוגיה דומה לזו הנבחנת במחקרנו. האחת היא העמימות המסוימת הקיימת בין קטגוריות האזכור, לפחות בקצוות, המשפיעה על מהימנות הסיווג; האחרת היא מגבלות של הכללת יתר או חסר של חלק מהממצאים, שחזרו על עצמן. דווקא גודלו של המאגר בבסיס מחקר זה אפשר לנו בדיקה מדוקדקת של פסקי הדין באופן שסייע להתגבר על מגבלות פוטנציאליות אלה. Zaring (לעיל, הערה 20) בעמ' 332.

306 מאמריהם של שחר ושל נבות (לעיל, הערה 1). מחקרים של שחר ושותפיו התייחסו ל-7,147 פסקי דין של בית המשפט העליון שפורסמו בשנות המחקר בכרכי פד"י, אשר היוו מדגם אקראי מכלל פסקי הדין שפורסמו באותן השנים. באופן דומה, מחקרה של נבות לא כיסה את כלל הפסיקות שניתנו בתקופה הנבדקת, אלא רק את הפסיקות שפורסמו בחלק מהתקופה בכרכי הפד"י ובחלק אחר מהתקופה במאגר הממוחשב. גם מחקרו של Zaring לא כלל את כל הפסיקה הפדרלית בארצות הברית, שם.

307 בין היתר, נעשה שימוש בהטיות של מילות המפתח הבאות, בעברית ובאנגלית, על מנת לכסות את טווח מילות המפתח האפשרי: אירופה; תקנות; דירקטיבה, האיחוד האירופי, הקהילה האירופית; אמנה אירופית; המועצה האירופית וכיוצא באלה.

חשיבות רבה לדיוק גבוה ככל הניתן בסיווג ההפניה.³⁰⁸ במסגרת המחקר סווגו ממצאי ההפניות לשלוש קטגוריות מרכזיות. החלוקה לשלוש הקטגוריות מבוססת על המתודולוגיה במחקרו של זרינג:³⁰⁹ בקטגוריה הראשונה, הפניות שנעשו לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים; בקטגוריה השנייה, הפניות שנעשו לשם חיזוק הדין המקומי; בקטגוריה השלישית, הפניות שנעשו על דרך האזכור החולף, ללא כל השפעה ניכרת על ההכרעה בפסק הדין.

בקטגוריה הראשונה, "פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים", סווגו פסקי דין שבהם פנו השופטים למשפט האיחוד האירופי לצורך פרשנות הדין המקומי והשוואתו לדין האיחוד האירופי, דבר אשר הוביל לקבלת הכרעה משפטית המבוססת על משפט האיחוד האירופי באופן שמחדש למשפט העבודה בישראל, להוראותיו הנורמטיביות, או לפרשנות המקובלת להן.³¹⁰ בקטגוריה השנייה, "חיזוק הדין המקומי", סווגו פסקי דין שבהם פנו השופטים למשפט האיחוד האירופי לצורך חיזוק הכרעה שהתבססה על דין מקומי קיים. באופן זה, משפט האיחוד האירופי לא הכווין הכרעה וזו לא התבססה עליו, אך הוא משמש בקטגוריה זו כאות לחיזוק הנורמה המשפטית המקומית ואישורה.³¹¹ בקטגוריה השלישית, "אזכור חולף", סווגו פסקי דין שבהם פנו השופטים למשפט האיחוד האירופי מבלי לתרום להכרעה בפסק הדין, בבחינת "חלון למתרחש בשיטות שמעבר לים".³¹² כך מסכמת סלוטר (Slaughter) את ההיזקקות למשפט הזר:

Stop imagining the international system as a system of states unitary entities like billiard balls or black boxes-subject to rules created by international institutions that are apart from [...] They relate to each

Filippo Galgani, Paul Compton & Achim Hoffmann, "LEXA: Building Knowledge Bases for Automatic Legal Citation Classification", 42 *Expert Sys. Applications* (2015) 6391, p. 6405

Zaring (לעיל, הערה 20) בעמ' 315–320.

310 כדוגמה לשימוש בהפניה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים ראו את עניין אלביט (לעיל, הערה 86). בפסק דין זה נעזר השופט רבינוביץ במשפט האיחוד האירופי באופן נרחב כדי לתמוך בפרשנות הדין המקומי, תוך שהוא עומד על הרלוונטיות של הדין הזר להליך השיפוטי בישראל.

311 דוגמה לשימוש במשפט האיחוד האירופי כחיזוק לדין המקומי ראו את עניין גביש (לעיל, הערה 209). שם מאזכרים השופטים כמה פסקי דין לעניין גיל פרישה ומדגישים את אחדות המטרה של הסדרת נושא זה בחקיקה, הן בחוק בישראל והן במשפט האיחוד האירופי.

312 קריאה מדוקדקת של הפניות אלו מעידה כי לפעמים, על אף היות האזכור כבדרך אגב, הוא משמש באופן סמוי דווקא לחיזוק הדין המקומי. כדוגמה לשימוש במשפט האיחוד האירופי על דרך האזכור החולף ראו את בג"ץ ניב (לעיל, הערה 267), שם מאזכר השופט חשין פסיקה של משפט האיחוד האירופי, אזכור שנעשה למעלה מן הצורך. הפניה זו נעשית על דרך האזכור החולף ומבלי לתרום להכרעה בפסק הדין.

other not only through the Foreign Office, but also through regulatory, judicial, and legislative channels.³¹³

לצד זאת סווגה כל הפניה לפי ארבעה קריטריונים נוספים: (א) סוג המקור הנורמטיבי שאליו התבצעה ההפניה: חקיקה (אמנה, תקנה, דירקטיבה), צ'רטר או המלצה, פסק דין וספרות; (ב) שנת מתן פסק הדין; (ג) הנושא של פסק הדין בתחום משפט העבודה; (ד) זהות השופט המאזכר. לשם כך נבחנו, כאמור, המובאות במשך כעשור על ידי שני הכותבים וצוות של עשרה עוזרי מחקר, במטרה לנטרל ככל האפשר את ההשפעה הסובייקטיבית שבקריאת פסקי הדין.³¹⁴

שימושים אלה בדין הזר לשם חיזוק המשפט המקומי ולצורך מתן פתרונות חדשים "מתכתבים" עם סוגי הסיוע שאליהם מפנה, לדוגמה, אהרן ברק בכתיבתו, התומכת בשימוש ראוי במשפט ההשוואתי.³¹⁵ ברק מפרט את שלושת סוגי הסיוע שניתן להפיק משימוש במשפט זר: תאוריה פרשנית המסייעת לשופט להבין טוב יותר את תפקיד

313 nne-Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", 44 *Harv. Int'l L. J.* (2002) 191, p. 205, שלפיה ההפניות לדין הזר נעשות במדורג, תחילה כחיזוק לדין הקיים ורק לאחר מכן כפרשנות חדשה לדין המקומי.

314 מעבר לשימוש שעושים שופטי בית המשפט העליון לאורך השנים במקורות נורמטיביים, כגון חקיקה על רבדיה השונים ופסיקת בתי המשפט של האיחוד האירופי, פונים השופטים ונעזרים בספרות, *White Papers*, *Green Papers*, *Handbooks* וכן במגוון דוחות אשר מפרסמים גופים רשמיים שונים באיחוד האירופי. בדומה למקורות הנמצאים ברמה נורמטיבית גבוהה, הרי שגם השימוש במקורות כגון אלה משפיע על התפתחות הדין המשפטי ופרשנותם של עקרונות וכללים במשפט המקומי, חיזוק הדין המקומי, כמו גם ביצוע הפניות על דרך האזכור החולף. כאמור, הפניות כגון אלו לא נכללו במאגר הנתונים שנוצר במסגרת מחקר זה, שכן אינן נחשבות כמקור נורמטיבי מחייב במשפט האיחוד האירופי. ערכאות משפט העבודה, כפי שעוד יוצג בהמשך הדברים, מפנות לעיתים קרובות הן למשפט האיחוד האירופי והן למשפט האירופי בכללותו כמקשה אחת, ולא תמיד בהבחנה ברורה ביניהם. כך, לצד פסיקות מבית הדין האירופי לצדק (CJEU) נמצאו בפסיקה הישראלית גם הפניות לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR) ולאמנה האירופית לזכויות אדם שמכוחה פועל בית משפט זה. הפניות אלו לא נכנסו למאגרנו ולא נספרו במסגרתו. נוסף על כך אותרו בפסיקת בית המשפט העליון גם הפניות למועצת אירופה (Council Of Europe), שאיננה גוף של האיחוד האירופי, לצד הפניות למועצה האירופית (European Council), השייכת לאיחוד האירופי. גם הפניות אלו, אשר אינן שייכות לאיחוד האירופי, לא נספרו במאגר, אגב הקפדה על ביצוע הבחנה ברורה ביניהן. לצד זאת, יש מקרים שבהם הפנו שופטי ישראל בפסיקתם למקורות משניים, כגון ספרות משפטית אירופית המאזכרת חקיקה או פסיקה שמקורה במשפט האיחוד האירופי, אך ללא הפניה ספציפית בתוך פסק הדין. גם מקורות אלו לא נספרו במסגרת מאגר הנתונים במחקר זה. בכך אנו סבורים כי תתאפשר הצגת תמונה מלאה ורחבה יותר על אודות השימוש במשפט האירופי בכללותו, אגב שימת דגש בממצאים האמפיריים הנוגעים למקורות משפט האיחוד האירופי בלבד.

315 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (תשס"ד); Aharon Barak (לעיל, הערה 19) בעמ' 289.

הפרשנות ואת ההליך השיפוטי תוך שקילת מערכות משפטיות אחרות; בדיקה של ערכים דמוקרטיים בחוק הזר ואופן השימוש והשמירה עליהם, מתוך הבנה שלדמוקרטיה יש ערכים בסיסיים משותפים; פתרונות השוואתיים למצבים ספציפיים – בדיקת האופן שבו מערכות משפט אחרות מגיבות למצבים דומים אך חדשים בשיטה שלנו.³¹⁶ שלוש סוגי הסיוע שניתן להפיק משימוש במשפט זר, כפי שמציין ברק, באים לידי ביטוי גם בממצאים של חוקרים רבים כגון יורם שחר, סוזי נבות ודפנה ברק-ארז, אשר הצביעו על חשיבות השימוש במשפט משווה ועל מקומו של משפט זר במשפט המקומי.³¹⁷ מחקריו של שחר מצאו עלייה בהפניה למקורות דין זר בפסיקת בית המשפט העליון בישראל.³¹⁸ נבות בחנה את השפעת הדין הזר על פסיקה בתחום המשפט החוקתי בישראל ומצאה כי מדינות בעלות ערכים משפטיים דומים ייטו לתמוך במסקנות משפטיות דומות, דבר המעניק לגיטימציה נוספת לפסיקה המקומית המסתמכת על דין זר.³¹⁹ כמו כן, לגישתה של ברק-ארז, הפנייה למשפטן של מדינות אחרות מושפעת לא רק משיקולים משפטיים, כי אם גם מהיבטים הקשורים לקרבה התרבותית בין ישראל לבין המדינות המשמשות כמודל הראה.³²⁰ באופן דומה, עמיחי מגן בחן את הדרכים הרבות אשר באמצעותן מתרחש שינוי, בין היתר דרך מנגנוני השפעה ישירה של משפט האיחוד האירופי. לגישתו, ישראל פועלת באופן סלקטיבי בתוך הזירה הגלובלית וקולטת אל תוך המשפט המקומי כללים מסוימים באופן הנראה לה כמתאים.³²¹ בעוד מחקרים רבים בוחנים את השפעתו של משפט האיחוד האירופי על המדינות החברות בו, מחקרים מעטים פונים לבחון את השפעתו של משפט האיחוד האירופי החוצה.³²² באיסוף וניתוח של כלל פסקי הדין שנבחנו במסגרת מחקר זה באופן אמפירי לצד ניתוח דסקריפטיבי, כפי שיוצג בפרק הבא, יש משום שילוב של מתודולוגיית הפניות של ערכאות משפט העבודה העליונות אל מקורותיו של משפט האיחוד האירופי. השימוש במתודולוגיית ניתוח המובאות בכלל, ובבחינת פסיקתן של ערכאות אלה בפרט, חיוני

316 ש.ם.

317 אמריהם של שחר, של נבות, ושל ברק-ארז (לעיל, הערה 1). ראו בייחוד אצל ברק-ארז, בעמ' 90–93, ברק-ארז בוחנת את הצורך בביצוע משפט השוואתי באופן כללי כפרקטיקה וקוראת לתיקוני חקיקה, בשונה ממאמרנו, המתמקד בצורך בביצוע משפט השוואתי באופן ספציפי עם שיטת המשפט של האיחוד האירופי ובהצבעה על האפשרות להישען על דין זר לביצוע שינוי משפטי.

318 שחר, חריס וגרוס (לעיל, הערה 1) בעמ' 151–163.

319 בות (לעיל, הערה 1) בעמ' 150.

320 ברק-ארז (לעיל, הערה 1) בעמ' 88.

321 להרחבה על הקליטה הסלקטיבית, ראו: Amichai Magen, "Israel and the Many Pathways of Diffusion", 35 *West Eur. Pol.* 98, 109–111.

322 André Nollkaemper, "The Duality of Direct Effect of International Law", 25 *Eur. J. Int'l L.* (2014) 105.

להבנת ההשפעות הקיימות בתהליך קבלת ההחלטות במערכת משפטית נתונה. מתודולוגיה זו מאפשרת לראות את תדירות הפנייה של הערכאות העליונות במשפט העבודה למקורות של משפט האיחוד האירופי. על אף החסרונות הפוטנציאליים הקיימים במתודולוגיה זו, ומספרם המצומצם של האזכורים, ניכר כי משפט האיחוד האירופי נוכח בפסיקות תקדימיות שבהן עולות שאלות עקרוניות בתחום משפט העבודה. הדבר נובע, בין השאר, מזהות הסוגיות שעמן מתמודדת שיטת המשפט הישראלית.

2. ממצאים

המאגר כולל 94 אזכורים בערכאות משפט העבודה למשפט האיחוד האירופי – 21 מתוכם בבית המשפט העליון ו-73 בבית הדין הארצי. מרבית ההפניות, כ-62%, נעשו לשם פרשנות החוק המקומי ולהשוואת דינים. הדבר מעיד על נקודות היזקקות של ערכאות משפט העבודה למקורות נורמטיביים אלה בבואן לפרש את הדין הישראלי, כאשר רק כ-18% מההפניות נעשו לצורך חיזוק הדין המקומי. ממצאים אלה מחזקים את הנחת המוצא שלפיה משפט העבודה עושה שימוש במשפט האיחוד האירופי בעיקר במקרים של חוסר בדין ובמקרים משפטיים חדשים בשיח המקומי, ופחות לצורך חיזוק הדין הקיים.³²³ על מנת לנסות ולאפיין את כלל השימושים במקורות משפט האיחוד האירופי בערכאות העבודה בישראל במצטבר, בחרנו להציג את הנתונים במרוכז.³²⁴ יפה לראות את השימוש שעושים בתי המשפט באזכור של משפט האיחוד האירופי גם כשהוא איננו מבסס הכרעה שונה מהמשפט המקומי, כך במקרה של אזכור חולף ואזכור שמטרתו חיזוק הדין המקומי, המהווים יחד כ-35% מהאזכורים. נתון זה מאשר את מעמדו של משפט האיחוד האירופי בעיני השופטים וזיקתו למשפט הישראלי המקומי, ואת מידת התאמתו כמקור משפיע שניתן לשאוב מן ההתפתחות שחלה בו. גם כאשר אין צורך או רצון להיעזר במשפט האיחוד האירופי לצורך הכרעה רואים השופטים במשפט זה מקור מהימן, חיוני ומתאים, שיש מקום להפנות אליו ולדון בו.

323 ראו לדוגמה עניין אלביט (לעיל, הערה 86); עניין התעשייה האווירית (לעיל, הערה 91); עניין גביש (לעיל, הערה 209); עניין ניב (לעיל, הערה 267); עניין נבו (לעיל, הערה 256); בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סב(3) 264 (2007); עניין עמית (לעיל, הערה 129); עניין חיפה כימיקלים בע"מ (לעיל, הערה 270).

324 בלוח שכותרתו "מספר האזכורים – לפי סיווג – בכל ערכאות משפט העבודה" מופיעים האזכורים לפי מספר, הנתונים המוצגים בעמודה השמאלית בלוח מציינים את הפילוח האחוזי. הנתונים המספריים המציגים פילוח אחוזי בלוח 1 הובאו רק עד שתי ספרות לאחר הנקודה. משכך, יש פער קטן ל-100%.

לוח 1		
מספר האזכורים - לפי סיווג - בכל ערכאות משפט העבודה		
19.35%	18	אזכור חולף
18.27%	17	חיזוק הדין המקומי
62.36%	58	פרשנות הדין המקומי

המופעים של משפט האיחוד האירופי בפסיקה, שנעשו ברובם לשם פרשנות החוק המקומי ולהשוואת דינים, מצביעים על כך שהפנייה למשפט האיחוד האירופי נעשית לא בדרך של שגרה, אלא במקומות בעלי חשיבות ותרומה לקידום נורמות חדשות. הנתונים בדבר מספר ההפניות וסוגי האזכורים, בשיתוף עם בחינה מהותית של ההליך והנושא שבתי המשפט נדרשו לו, הם לדעתנו אינדיקציה וחיזוק לבחינה האיכותנית, להשפעה המיוחדת של דין האיחוד האירופי על הפסיקה בישראל. חשוב לדעתנו להסתכל בנפרד על בית הדין הארצי, שהוא הערכאה המקצועית הגבוהה ביותר לעניין דיני עבודה, ובו מצאנו את מרב האזכורים. כ-70% מהאזכורים בבית הדין הארצי נעשו לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים. זהו המקרה ה"קלסי" של שימוש במשפט זר, כאשר הדין המקומי חסר או לשונו איננה מתיישבת עם המקרה העומד בפני בית המשפט. נתון זה בלבד עשוי ללמד ולהעיד על מקומו של משפט האיחוד האירופי, כחלק מהליך הפרשנות וההכרעה השיפוטית בבית הדין הארצי לעבודה. כאשר ליתר האזכורים, כ-18% נעשו כאזכור חולף וכ-12% נעשו לשם חיזוק הדין המקומי.

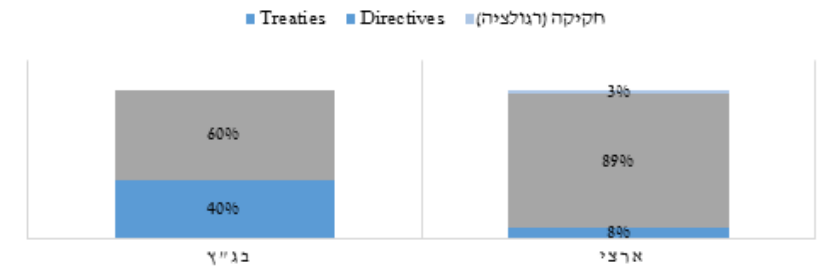
לעומת זאת, בבג"ץ התמונה שונה במעט: כ-40% מהאזכורים נעשו לצורך פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים ואחוז דומה מהמקרים נעשו לשם חיזוק הדין המקומי. ייתכן שהדבר נעוץ בכך שחיזוק הדין המקומי הוא גם חיזוק פסק הדין שניתן בערכאה שקדמה להליך בבג"ץ, זו של בית הדין הארצי.

בחלוקה למקורות הנורמטיביים הוגדרו האזכורים בפסקי הדין לפי מקורות אלה: חקיקה, פסיקה ומקורות אחרים (המלצות, צ'רטרס וספרות). ניתן לראות שמרבית ההפניות נעשו למקורות מסוג פסיקה וחקיקה, כ-52% מהאזכורים בבג"ץ ו-41% בבית הדין הארצי בוצעו לפסיקה וכ-47% מהאזכורים בבג"ץ וכ-49% בבית הדין הארצי בוצעו לחקיקה. בערכאות הגבוהות של משפט העבודה יחד, בג"ץ ובית הדין הארצי, אזכורים אלה לחקיקה ולפסיקה מהווים יותר מ-95% מכלל האזכורים. שופטי ישראל מוצאים חיזוק והשראה מהאופן שבו סוגיות דומות, שמתעוררות בין הפרטים במדינה ובין רשויות המדינה, עלו בפסיקת בית המשפט של האיחוד האירופי ובאו לידי ביטוי בדברי החקיקה כדוגמת אמנות, תקנות והנחיות.

לוח 2		
סיווג למקורות נורמטיביים		
בג"ץ (N=21)	ארצי (N=73)	
48%	49%	חקיקה
52%	41%	פסיקה
--	10%	אחר

את אזכורי החקיקה המשכנו וקודדנו לפי שלושת אלה: אמנות (Treaties), תקנות (Regulations) ודירקטיבות (Directives). החלוקה בתוך קטגוריית החקיקה מראה כי כ-40% מההפניות בבג"ץ נעשו לאמנות, חקיקה מסוג רגולציה, אך רוב רובן של ההפניות, הן בבג"ץ והן בבית הדין הארצי, נעשו לחקיקה מסוג דירקטיבה, 60% ו-89% בהתאמה.³²⁵

לוח 3
התפלגות בתוך אזכורי "חקיקה" לפי הערכאות השונות



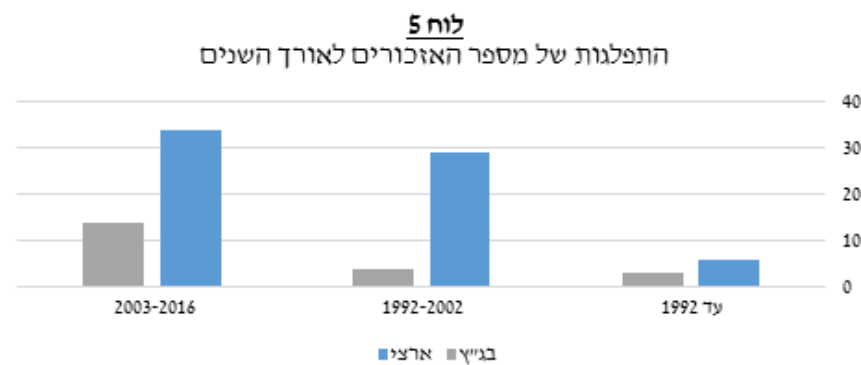
במחקרנו זה בדקנו את ההפניות למשפט האיחוד האירופי והשימוש בהן לאורך כל שנות קיומה של מערכת משפט העבודה בישראל, ומצאנו סך כולל של 94 הפניות בתוך כ-50 פסקי דין של ערכאות משפט העבודה. ניתן להצביע על התפתחות נושאת בתחום משפט העבודה בישראל ובעולם, שעניינה בעיקר בגמישות תעסוקתית ודפוסי העסקה חדשים, פתיחות לגיוון תעסוקתי ושאלת השוויון.³²⁶ נושאים אלו "מתכתבים" עם ההפניות של ערכאות משפט העבודה בישראל למשפט האיחוד האירופי, בחלוקה לענפי המשפט השונים בתוך משפט העבודה. מאחר שתחום משפט העבודה כולל בתוכו מספר רב של ענפים, קידדנו את הנתונים לפי נושאים, והם קובצו לחמש קבוצות עיקריות: זכויות סוציאליות; סיום העסקה ופרישה; יחסי עבודה; התארגנות; שוויון ודיני אפליה:

לוח 4		
התפלגות נושאת		
בית הדין הארצי (N=73)		בג"ץ (N=21)
8%	זכויות סוציאליות	5%
19%	סיום העסקה ופרישה	10%
36%	יחסי עבודה	14%
11%	התארגנות	14%
26%	שוויון ודיני אפליה	57%

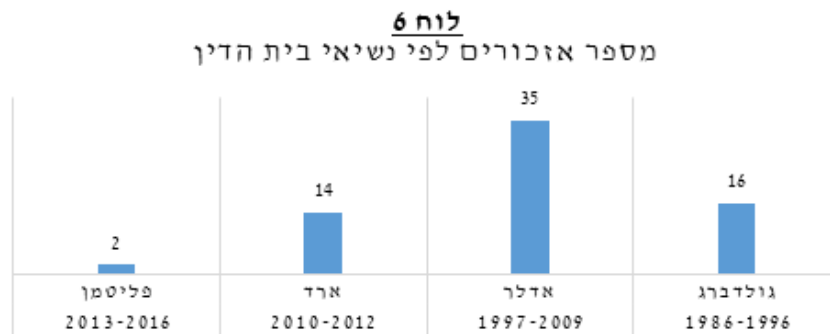
ניתן לראות שכחמישית מההפניות בבית הדין הארצי לעבודה נעשו בתחום הפיטורים. שני תחומים נוספים שבהם מרבה בית הדין הארצי לעשות שימוש במשפט האיחוד האירופי הם: יחסי עבודה ושוויון ודיני אפליה, 36% ו-26% בהתאמה. שני תחומים אלה של יחסי עבודה ודיני אפליה מהווים גם את מרב ההפניות בבג"ץ, כאשר תחום דיני האפליה בולט במיוחד עם 57% מההפניות, ושני תחומים אלה יחד כוללים יותר מ-70% מההפניות. ההתפלגות הנושאת השונה בין הערכאות ניתנת להסבר, בין היתר בשל

325 בבית הדין הארצי לעבודה התבצעו מיעוט של אזכורי חקיקה נוספים מסוג תקנה, 3% מכלל אזכורי החקיקה. אזכורים מסוג זה לא נמצאו בבית המשפט העליון.
326 Giubboni (לעיל, הערה 11).

הבדל בסמכות העניינית בין הערכאות והעובדה שבג"ץ משמש גם כערכאה נוספת מעל בית הדין הארצי. מעניין להביט גם על התפלגות האזכורים במרוצת השנים, באופן המאפשר מבט השוואתי בין ערכאות בתי המשפט:



מבחינה כמותית, אין ספק שהערכאה החשובה לענייננו היא בית הדין הארצי לעבודה, שהיא גם הערכאה הגבוהה בעלת המומחיות בדיני עבודה, ועל כן נבקש להעמיק בה. ככל שאנו מתקדמים בציר הזמן, נוצרת התפתחות ניכרת בשימוש בדין המשווה של משפט האיחוד האירופי, הן בתדירות והן בכמות. בבית הדין הארצי לעבודה בולטים השופטים ברק-אוסוסקין ואדלר, עם 38% ו-15% מהאזכורים בהתאמה.³²⁷ ואולם, מעניינת מגמת הגידול של האזכורים על פני התקופות, לפי נשיאי בית הדין:



327 בחרנו שלא להצביע על מגמה דומה בבג"ץ בשל מיעוט פסקי הדין.

כפי שניתן לראות מלוח 5 לעיל, מספר האזכורים בבית הדין הארצי לעבודה עולה לאורך השנים, והתבוננות בלוח 6 מחדדת את היזקקותו של בית הדין למשפט האיחוד האירופי. בתקופתו של הנשיא אדלר הוכפל מספר ההפניות למשפט האיחוד האירופי כדין זר בהשוואה לעשר השנים שקדמו לו, בתקופת הנשיא גולדברג, ובתקופה שנדגמה לאחר מכן, שבין 2010 ל-2016. בתקופת נשיאותה של ארד, בשנים 2010–2012, ובתקופה שבין 2013 ל-2016, תחת כהונתו של הנשיא פליטמן, ניתן להצביע על מגמת ירידה. אנו סבורים שניתן להסביר מנעד זה בהתייזבות הדין בשאלות הבסיסיות המגדירות את עולם העבודה. עד לשנת 2010 ניכר צורך ראשוני ומתגבר להגדיר מושגי יסוד במשפט העבודה; בעשור האחרון נזקקו ערכאות משפט העבודה לדין הזר בעיקר בסוגיות חדשות של עולם העבודה. הסבר נוסף עשוי להיות הסבר פרסונלי, נטייה של שופטים מסוימים להיזקק למשפט האיחוד האירופי כדין זר. כפי שייתכן שניתן להסיק מהממצאים לעניין היזקקותם הבולטת של השופטת ברק-אוסוסקין והנשיא אדלר, הרי שלעזיבת כס השיפוט על ידיהם יש תרומה לירידה במספר ההפניות.

לסיכום, ניתן לראות שתחום משפט העבודה בישראל שואב מידע וקווים מנחים ממשפט האיחוד האירופי, במרבית המקרים לצורך פרשנות הדין המקומי וכדי לבצע אקטיביזם שיפוטי ומענה על סוגיות שאין בהוראות הדין המקומי התייחסות אליהן מפורשות. הדבר נעשה בעיקר לצורך פרשנות הדין המקומי לעניין סוגיות העולות אגב פירוים והיבטים משולבים של הגדרת יחסי עבודה, אפליה ושוויון הזדמנויות בעבודה.

ה. סיכום ומסקנות

מחקר זה ביקש להראות את התקרבותו של משפט העבודה בישראל אל עבר שיטת המשפט של האיחוד האירופי. איכות ההפניות למשפט האיחוד האירופי מעידה לדעתנו על העובדה ששופטי ישראל בתחום משפט העבודה מוצאים בשיטת האיחוד האירופי מקור פרשני ראוי ואך טבעי לשאלות משפטיות המחייבות פנייה למקורות העשויים לספק השראה פרשנית. החל מהפנייה הראשונה למקורות של משפט האיחוד האירופי בשנת 1978, בפרשת לדרמן, והלאה, במשך 47 שנות המחקר הנבדקות החלו ערכאות משפט העבודה לבצע השוואות מקיפות ומעמיקות יותר של הדין הישראלי אל מול דין האיחוד האירופי, תוך שפעמים רבות אף הקדישו בפסיקתם פרקים שלמים לסקירה של משפט האיחוד האירופי בסוגיה שבפניהם.³²⁸ ניתן להסתכן ולומר כי לשימוש במקורות האיחוד האירופי בדיני העבודה יהיה מקום חשוב יותר ויותר בשנים הקרובות, לאור

328 החל בעניין לדרמן (לעיל, הערה 89) ועד לעניין התעשייה האווירית (לעיל, הערה 91), שהוקדשו בו פרקים רבים לסקירת משפט האיחוד האירופי.

ההתקדמות שמציג משפט האיחוד כתוצאה של התהליך שעובר האיחוד האירופי בחתירה למשפט אחיד בתחום זה.

המחקר שהוצג הינו מצג ליישום ושימוש במשפט האיחוד האירופי על ידי ערכאות משפט העבודה בישראל. מהמחקר עולה התחושה שבתי המשפט בישראל פונים למשפט האירופי בתחומי ליבה כאשר הכלים שהחוק מקנה להם אינם מספיקים כדי לענות על הצרכים של משפט העבודה, המשתנה תכופות. אף על פי שמדובר במדגם שאינו גדול, אנו מוצאים ביטוי נרחב לקולות המבקשים להתאים את הוראות החוק לעולם משתנה, לשינויים בדפוסי העבודה ולמציאות התעסוקתית בישראל.³²⁹ החקיקה בישראל מבוססת ברובה על מודל אירופי, אך אופיו המיושן של החוק בישראל בולט עת משווים אותו לשיטות הקיימות במדינות אחרות. משפט העבודה בישראל סובל מהסדרה חלקית בהוראות חוק מיושנות, שאין בהן פתרון לסוגיות רבות העומדות לפתחו של בית הדין. כך, בעוד מטרת חוקי העבודה, כמטרת המשפט כולו, להשפיע ולעצב את המוסדות החברתיים, נדרשת מחשבה מחודשת על האופן שבו יש לעצב את משפט העבודה בישראל ועל מקומו של דין זה בכלל ומשפט האיחוד האירופי בפרט.³³⁰ רצוי שכל מערכת משפט תשאף לפתור את אי-ההתאמות באופן מקומי ועצמאי. בענייננו, רצוי שמשפט העבודה הישראלי, בדגש על המחוקק, יפעל להסדיר את המעטפת המשפטית, באופן שלא יצריך היזקקות למערכת משפט אחרת. אלא שהמציאות שונה, וכידוע מאתגר לעמוד בקצב המציאות המשתנה תכופות ולענות על העתיד לבוא בהליכי חקיקה. עקב כך, גם עריכת שינויים במשפט המקומי תותיר את הצורך, גם אם במצומצם, לדין הזר.

בעוד משפט האיחוד האירופי נוכח בהשפעתו על החקיקה בתחום משפט העבודה בישראל, בשנות השישים המוקדמות, ערכאות משפט העבודה נשארו נאמנות בעיקר לדין זר אחר. גם המופעים של משפט האיחוד האירופי בפסיקה אינם בלעדיים, ולצד האזכור של משפט האיחוד האירופי מקובל לראות אזכור של דין זר נוסף. עם זאת, פסיקה בסיסית ומוקדמת של משפט האיחוד האירופי, בעניין *Costa* ובעניין *Marshall*, הניעה שינוי באיחוד, וקולה נשמע למרחקים גם לערכאות משפט העבודה בישראל.³³¹

329 כך הוצע על ידי ועדת חוק שעות עבודה ומנוחה מטעם האגודה למשפט העבודה, בדוח על הצורך בתיקון החוק, ג'דעון הולין "האגודה הישראלית למשפט העבודה – ועדת חוק שעות עבודה ומנוחה" **שנתון משפט העבודה** ו (תשנ"ו) 343. העובדה שמדגם האזכורים איננו גדול עשויה להשפיע על מובהקות ההשפעה של משפט האיחוד האירופי לבדו על ההחלטה שנתקבלה.

330 Yehezkel Dror, "Law and Social Change", 33 *Tul. L. Rev.* (1959) 787; Rostam J. Neuwirth, "Global Law and Sustainable Development: Change and the 'Developing-Developed Country' Terminology", 29 *Eur. J. Dev. Res.* (2017) 911, pp. 919-920.

331 עניין *Costa* (לעיל, הערה 14) ועניין *Marshall* (לעיל, הערה 248). עניין *Costa* הוזכר בהליכים נוספים בבג"ץ לעניין זכויות חוקתיות, לרבות זכות הקניין, כך לדוגמה ראו את

פסק הדין בעניין Marshall אוזכר בישראל כבר בשנות התשעים ארבע פעמים, פעמיים בבית הדין הארצי ופעמיים בבג"ץ, וכל ההפניות הן לעניין משפט העבודה.³³² מחקר זה הוא הראשון שבוחן את השפעתו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות הפסיקה בתחום משפט העבודה במדינה שאינה חברה באיחוד האירופי. המחקר מתייחס למשפט האיחוד האירופי כאל יעד, כשיטה על-מדינתית שהינה מקור הסתמכות לפרשנות וביקורת של משפט העבודה הישראלי. המחקר איננו בוחן את ההיזקקות למשפט האיחוד האירופי בהשוואה לשיטת משפט אחרות. המחקר גם איננו מבקש להצביע על משפט האיחוד האירופי כמשפט הזר המתאים ביותר. שימוש בפסיקה שמקורה בדין הזר עשוי למלא תפקיד בפרקטיקה המשפטית הן על ידי מחוקקים והן על ידי בתי משפט ביצירה ופירוש של החוק הלאומי.³³³ חשיבות השימוש במשפט השוואתי בערכאות העליונות טמונה בדוגמה שהוא מעניק לקהילה המשפטית כולה. העובדה שערכאות העבודה העליונות בישראל מוצאות לנכון לעשות שימוש במשפט זר כגון זה של האיחוד האירופי מעודדת טיעונים משפטיים המבוססים על עיון משווה ומחזקת את הלגיטימציה של השימוש בפתרונות משפטיים מצליחים ממגוון שיטות אחרות.³³⁴ ערכאות בתי המשפט לעבודה חושפות בפסיקותיהן את משפט האיחוד האירופי ומשתמשות במקורות משפט זר זה כמקור להשפעה על משפט העבודה המקומי באופן שמשנה מוסכמות יסוד וכללים מיושנים. משפט האיחוד האירופי, מעצם נוכחותו כסמן דרך משפטי במדינות שאינן חברות באיחוד האירופי, משמש מארג כללים שממנו ניתן לשאול עקרונות משפטיים. מחקר זה יכול לשמש בסיס למחקרים נוספים הבוחנים, בין היתר, פתרון אפשרי לחוסרים החקיקתיים הקיימים במשפט העבודה, או בחינת פסקי הדין, בין היתר בנושא היזקקות לדין זר, באופן התלוי באישיות הספציפית של נשיא בית הדין לעבודה.

ניתן רק לצפות שהחשיפה למשפט האיחוד האירופי תגבר ואיתה השפעתו על הלכות במדינות שונות בעולם. הישג זה אינו רק בידיהן של המדינות השונות, אלא גם, ואולי בעיקר, בידי של האיחוד האירופי עצמו. ביכולתו לייצב את מעמדו כשיטת משפט בעלת אופי ייחודי ומאוחד מעבר לגבולותיו הגאוגרפיים המוכרים, ולהפוך לאחת משיטות המשפט הגדולות המשפיעות על התהוות המשפט במדינות רבות.

פרשת בנק המזרחי: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

332 עניין **נבו ובג"ץ נבו** (לעיל, הערה 256); עניין **פלוטקין** (לעיל, הערה 246); עניין **חיפה כימיקלים בע"מ** (לעיל, הערה 270).

333 Smits (לעיל, הערה 19).

334 שחר, חריס וגרוס (לעיל, הערה 1) בעמ' 168–169. וראו על ההשפעה של משפט האיחוד: Mads Adenas and Frank Woolridge, *European Comparative Company Law* (2009).