

## **איזון בין זכויות בשוק העבודה הפרטי – מודל מוצע**

### **תקציר**

מאמר זה עוסק באיזון שיפוטי בין זכויות של עובדים לבין זכויות של מעסיקים בשוק העבודה הפרטי, ומטרתו היא לשרטט מודל ראוי לאיזון הנדרש במקרים אלה. מדובר בניסיון להתוות עקרונות תיאורטיים ויישומיים אחידים וכוללים להכרעה בין זכויות במסגרת משפט העבודה המקובל. המודל המוצע מתבסס על אימוץ עקרונות ומבחינים להכרעה בתחרות בין זכויות שמקורם במשפט הציבורי, והתאמתם ליחסים המיוחדים בין צדדים ליחסי עבודה במגזר הפרטי.

לפי הנטען במאמר זה, ההכרעה בהתנגשות בין זכויות אדם של צדדים ליחסי עבודה צריכה להתבסס על מספר עקרונות כלליים, ובהם חשיבותם של שיתוף פעולה ופשרות הדדיות בגדרי יחסי עבודה; ההבנה כי השוק חופשי והיעילות אינם חזות הכל, אלא יש להתחשב גם בזכויות וברווחה של השחקנים השונים בשוק; וכי יש ערך לשימוש בשיטה סדורה לצורך הכרעה בין זכויות. בהתאם לכך, נטען כי ראוי לפתור התנגשות בין זכויות בשוק העבודה באמצעות כללים המקדמים פשרות הדדיות על פני פתרונות בינאריים, וכי במשפט הציבורי ישנם כללים שפותחו לצורך הכרעה בהתנגשות בין זכויות (להבדיל מכללי ההכרעה בהתנגשות בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים כלליים), שעשויים להתאים לכך. בה בעת, כנטען במאמר, היישום של עקרונות ומבחיני איזון שיפוטיים על יחסים בין פרטים, ובמיוחד על יחסים בין עובדים לבין מעסיקים בשוק העבודה הפרטי, אינו יכול להיות זהה לאיזון בגדרי המשפט הציבורי. איזון שנועד לפתור סכסוכים בין פרטים צריך להיות רגיש למורכבות ולייחודיות של מערכות יחסים אלה, ובכלל זה לחשיבות היחסית של הזכויות שעל הפרק; למאפיינים הספציפיים של השחקנים הרלוונטיים; ולמטרות המניעות אותם לפעולה.

על רקע דברים אלה, המאמר ממפה את מאפייני הסכסוכים במסגרת יחסי עבודה שעמם מבוקש להתמודד ומתאר את הבעיות הקיימות בפסיקה בהקשרים אלה. לאחר מכן, המאמר מציג מספר עקרונות אשר על בסיסם כאמור יש לעצב את מבחיני האיזון, ומנתח מבחינים שונים שפותחו במשפט הציבורי שעשויים להתאים להם. לאחר מכן, המאמר מציע מודל לאיזון בין זכויות בשוק העבודה הפרטי. בליבו של המודל המוצע, עומד הרעיון שלפיו יש לפנות במקרים המתאימים לניתוח מקביל של הפגיעה בכל אחת מהזכויות של הצדדים, ובהתאם לו לקבוע ידה של איזו מהזכויות על העליונה במקרה קונקרטי. בנוסף, אטען כי לצורך הערכת חשיבותן של הזכויות המתנגשות ועצמת הפגיעה בהן במקרה קונקרטי, יש לבחון את סוג הזכויות שעל הפרק, את הסתברות הפגיעה בזכויות ואת מאפייניהם הקונקרטיים של הצדדים לסכסוך.

- פתח דבר ..... 2
- פרק א': הצגת הבעיה ..... 3
1. המאפיינים הרלוונטיים של הדילמה הנבחרת ..... 3
2. הבעיות המרכזיות בדין המצוי ..... 5

7	פרק ב': איזון בין זכויות בשוק העבודה הפרטי בשלושה מהלכים
7	1. מהלך ראשון: העדפת פשרות הדדיות על פני הכרעות בינאריות
10	2. מהלך שני: איזון שיטתי ואחיד
12	3. מהלך שלישי: הסתייעות במבחני איזון בין זכויות שמקורם במשפט ציבורי
13	פרק ג': גישות שונות בפסיקה ובספרות לאיזון בין זכויות של פרטים
13	1. גישת הפשרה – ויתור הדדי בין זכויות ("איזון אופקיי")
15	2. "המנצח(ת) לוקח(ת) הכל" – גישת ההכרעה לפי דרגת חשיבות הזכות בלבד
16	3. גישת האיזון המקביל (The ultimate balancing test)
16	פרק ד': עיצוב המודל הראוי לאיזון בשוק העבודה הפרטי – מהתיאוריה לפרקטיקה
16	1. יישום גישת האיזון המקביל במקרים המתאימים
19	2. שימוש במבחני איזון פרטניים
20	3. המטרות והמניעים של הפעולה
22	4. נחיצות הפגיעה
23	5. הערכת חשיבות הזכויות המתנגשות ועצמת הפגיעה בהן בנסיבות העניין
26	5.א זכויות "הליכיות" לעומת זכויות המבטיחות תוצאה ספציפית ונקודתית
27	5.ב הבחנה בין "גרעין הזכות" לבין הפריפריה של הזכות בגדרי משפט העבודה
29	5.ג מושאי הזכויות
31	5.ד ההסתברות לפגיעה בזכות
33	5.ה מה יהיה דינם של מקרים קשים?
36	פרק ה': הדגמת המודל המוצע
41	סיכום
42	נספח 1 – מודל האיזון המוצע על גבי תרשים זרימה

## פתח דבר

במקום עבודה פלוני נהוג קוד לבוש שאינו מאפשר לחבוש כיסויי ראש. עובדת ותיקה חזרה בתשובה, והחלה להגיע למקום העבודה עם כיסוי ראש מטעמי דת. המעסיק השעה אותה מעבודתה. עם מי הדין – העובדת או המעסיק? במהלך מגפת הקורונה, מעסיק פלוני חייב עובדים להיבדק מעת לעת, כתנאי להגעה לעבודה. חלק מהעובדים התקומם נגד החלטה זו. עם מי הדין במקרה כזה? מנהל קונדיטוריה החליט שאין ברצונו למכור עוגות חתונה לבני זוג מאותו מין, כיוון שהדבר פוגע באמונתו הדתית. עובד של החנות סבר מצדו כי החלטה זו לא ראויה ופרסם על כך ביקורת בחשבון הפייסבוק האישי שלו. למעסיקו נודע על כך, והוא החליט לנקוט בצעדים משמעתיים נגד העובד. מי נהג כשורה בנסיבות אלה – העובד או המעסיק? דוגמות אלו – חלקן אינן היפותטי – משקפות התנגשות בין זכויות בשוק העבודה אשר הדין המצוי לא מציע להן פתרון ברור. בעיות מסוג זה הן שכיחות בתחום דיני העבודה, שהוא תחום דינמי, ולא אחת הן מגיעות לפתחם של בתי הדין לעבודה הנדרשים לתת להן מענה. ההכרעה השיפוטית במקרים כאלה נעשית, בין היתר, בדרך של איזון בין הזכויות המתנגשות של העובד ומעסיקו. ואולם, כמפורט להלן, יישום דוקטרינות האיזון בידי בתי הדין לעבודה אינו בהיר ושיטתי דיו, בפרט כאשר עריכת האיזון משמשת להכרעה בסכסוכים בשוק הפרטי. על רקע דברים אלה, החיבור הנוכחי מבקש להציע מודל לאיזון שיפוטי בין זכויות בשוק העבודה הפרטי. מדובר בניסיון להתוות עקרונות תיאורטיים ויישומיים אחידים וכוללים להכרעה בין זכויות במסגרת משפט

העבודה המקובל. כמו בכל תחומי המשפט, גם בתחום יחסי העבודה קשה להצביע על זכויות אדם מוחלטות. ההכרה בזכויות אדם של עובדים אינה סוף פסוק, שכן לא אחת הן מתנגשות בזכויות של שחקנים אחרים בשוק העבודה הפרטי ובראשם המעסיקים. לפיכך דרושים "כלי עבודה" שיפוטניים עקרוניים ומעשיים להכרעה בהתנגשויות ערכיות אלה.

כפי שאטען במאמר זה, איזון בין זכויות במסגרת יחסי עבודה צריך לשקף עדיפות להגעה לפשרות הדדיות בין עובדים לבין מעסיקים על פני הכרעות בינאריות. כפי שיוסבר להלן, משמעותו של עיקרון זה היא כי כל הצדדים ביחסי עבודה צריכים להתחשב ולשקול גם את האינטרסים של הצדדים האחרים, לנסות לצמצם את הפגיעה בהם, ולחלק באופן ראוי את הסיכונים ביניהם. כמתואר בהמשך, גישה זו מתיישבת עם ראייה כלכלית פוליטית מתונה, המבקשת למצוא את "שביל הזהב" בין ליברליות קלאסית (המקנה עדיפות לזכות הקניין וליעילות כלכלית) לבין זרמים סוציאליסטיים המבקשים לקדם בעלות של העובדים באמצעי הייצור ובחברות. עוד אטען בזכות הצורך בגיבוש שיטה אחידה לאיזון בין זכויות, אשר תסייע בשיפור הבהירות והשקיפות של ההכרעות השיפוטיות בתחום זה.

לאור האמור לעיל ומטעמים נוספים, אטען כי במקרים שבהם מדובר בהתנגשות בין זכויות יסוד של הצדדים ליחסי העבודה, הדרך הנכונה לפתרון היא באמצעות אימוץ פסיקתי של מבחנים להכרעה בין **זכויות מתנגשות** שפותחו במשפט הציבורי (להבדיל מהמבחנים הקיימים לאיזון בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים כלליים), תוך התאמתם למאפיינים הייחודיים של יחסי עבודה.

בפרק הראשון אמפה את מאפייני הסכסוכים במסגרת יחסי עבודה שעמם מבוקש להתמודד כאן, ואת הקשיים הקיימים בפסיקה בהקשר זה. לאחר מכן, בפרק השני, יוצגו העקרונות המרכזיים שעליהם יש לבסס כאמור את מודל האיזון, ובהמשך לכך, בפרק השלישי, תוצגנה באופן ביקורתי גישות קיימות בפסיקה ובספרות לאיזון בין זכויות מתחרות של פרטים. לאחר מכן, בפרק הרביעי, יוצג המודל המוצע במאמר זה לאיזון בין זכויות בשוק העבודה הפרטי. כמפורט להלן, לנוכח העקרונות המבכרים פשרות על פני פתרונות בינאריים, יש לפנות במקרים המתאימים לניתוח *מקביל* של הפגיעה בכל אחת מהזכויות של הצדדים, ובהתאם לו לקבוע ידה של איזו מהזכויות על העליונה במקרה קונקרטי. בנוסף, הניתוח צריך להיעשות, ככלל, באמצעות בחינה פרטנית של חשיבות הזכות ועצמת הפגיעה בה בנסיבות העניין, הנגזרות מפרמטרים שונים כגון סוג הזכות, הסתברות הפגיעה בה ומאפייניהם הקונקרטיים של הצדדים לסכסוך.

## **פרק א': הצגת הבעיה**

### **1. המאפיינים הרלוונטיים של הדילמה הנבחנת**

במסגרת יחסי עבודה בשוק הפרטי עשויות להתרחש התנגשויות בין זכויות אדם/אינטרסים שונים, אשר אינן מוצאות את פתרונן באופן ברור בחקיקה, בהסכם קיבוצי או בחוזה העבודה. במקרים אלה, לרוב, הקונפליקט העיקרי מתרחש בין הזכות הניהולית (המכונה גם "הפררוגטיבה הניהולית") של המעסיק לבין זכויות שונות של העובדים.

מהותה של הפררוגטיבה הניהולית שנויה במחלוקת. יש הרואים בה כזכות של המעסיק לנהל את מפעלו, הכוללת סמכות של המעסיק לקבל החלטות באופן חד-צדדי, ונגזרת מזכותו החוקתית לקניין ברכושו

במקום העבודה.<sup>1</sup> לעומת זאת, יש הרואים בה כזכות חוזית במהותה.<sup>2</sup> לפי הגישה החוזית, למעסיק אמנם מוקנית זכות קניינית במפעל בכללותו, על אמצעי הייצור שבו, אך הוא אינו הבעלים של העובד עצמו. לפיכך, יש לבחון החלטות ניהוליות המשפיעות על העובדים בפריזמה חוזית.<sup>3</sup> ייתכן כי המחלוקת ביחס למהותה של הפררוגטיבה הניהולית נובעת מכך שהבחנה בין דיני קניין לבין דיני חוזים אינה חדה.<sup>4</sup> כך או אחרת, קיימת הסכמה רחבה בפסיקה ובספרות, שלפיה יחסי העבודה מחייבים את קיומה של הפררוגטיבה הניהולית וכי למעסיק נתונה זכות לקבל החלטות חד צדדיות, אולם זכות זו – ככל זכות אחרת – אינה מוחלטת.<sup>5</sup>

החלטות ניהוליות של המעסיק עשויות להשפיע כאמור על זכויות שונות של העובדים. הדוגמות לבעיות מסוג זה רבות. דוגמה אחת היא החלטת מעסיק לפטר עובד עקב התבטאות של העובד ברשת חברתית במרשתת שעשויה לפגוע בהכנסות העסק (התנגשות בין הפררוגטיבה הניהולית לבין חופש הביטוי וחופש העיסוק); דוגמה אחרת היא מעקב אחרי עובדים על מנת לעמוד על הפרודוקטיביות שלהם ועל עמידתם בהנחיות המעסיק (התנגשות בין הפררוגטיבה הניהולית לבין הזכות לפרטיות); דוגמה נוספת היא מתן תנאי שכר והעסקה מועדפים לקבוצת עובדים מסוימת ולא לקבוצת עובדים אחרת (התנגשות בין הפררוגטיבה הניהולית לבין הזכות לשוויון). לצד זאת, ישנם מצבים שבהם זכויות אחרות של מעסיקים, כמו הזכות לחופש הביטוי, הזכות לפרטיות ועוד, אף הן תתנגשנה בזכויות של עובדים. דוגמות אלה, שמוכן שאינן ממצות, באות להמחיש התנגשויות בין אינטרסים במסגרת יחסי עבודה שלהן מספר מאפיינים משותפים, כדלקמן:

**ראשית, אין מדובר במקרים דומים למקרים השכיחים במשפט המינהלי ובמשפט החוקתי שבהם נדרשת הכרעה בהתנגשות בין זכות לבין אינטרס ציבורי כללי** (כמו "בריאות הציבור" או "ביטחון הציבור"), אלא בין אינטרסים ספציפיים של פרטים ספציפיים.<sup>6</sup> התנגשויות בין ערכים במסגרת יחסי עבודה, להבדיל מיחסי פרט-שלטון, הן לרוב התנגשויות בין אינטרסים ספציפיים של פרטים. כוונתי למקרים שבהם מדובר ביחסים בין מעסיק בשוק הפרטי לבין עובדיו, להבדיל בין המדינה כמעסיקה לבין עובדיה. לאינטרסים ציבוריים כלליים יש לעתים חשיבות מסוימת גם במסגרת זו, אולם הם אינם עומדים בלב העניין.

**שנית, מדובר בהתנגשות בין אינטרסים של הפרט שזכו למעמד של "זכות", להבדיל מאינטרסים של הפרט שטרם הוכרו כזכאים למעמד כזה.** התנגשויות בין אינטרסים שאינם מוכרים כזכויות במשפט העבודה עשויות להתרחש, אולם בחרתי שלא לעסוק בהן. התנגשות בין זכויות במסגרת יחסי עבודה היא בעיה נרחבת ושכיחה דיה, והרחבת הדיון מעבר לה עשויה לעלות כדי "תפסת מרובה לא תפסת". מעבר לכך,

<sup>1</sup> ראו לדוג': ע"ע (ארצי) 8/90 איסקוב – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים, פס" 8 (2011.8.2) (להלן: "עניין איסקוב").

<sup>2</sup> ראו לדוג': גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417, 424 (תשס"ח-תשס"ט) (להלן: "דוידוב – נהרי וגרינשפן"); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 183, 240-241 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים תש"ס).

<sup>3</sup> דוידוב – נהרי וגרינשפן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 426. בין אם הפררוגטיבה הניהולית נגזרת מזכות הקניין ובין אם היא זכות חוזית, מדובר באינטרס שזוכה להגנה כ"זכות".

<sup>4</sup> חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 79 (2005) (להלן: "דגן").

<sup>5</sup> רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); פרנסס רדאי "חוקתיות של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 151 (1994). יוער כי לאחרונה נשמע קול אחר, הקורא לביטול הפררוגטיבה הניהולית: Gali Racabi, *Abolish the Employer Prerogative, Unleash Work Law*, 43 BERKLEY J. LAB. ("Racabi") & EMP. L. (forthcoming). דיון רחב בגישתו המעניינת של רכבי, המעוררת לדעתי קשיים שונים, חורג מגדרי מאמר זה.

<sup>6</sup> יוער כי ההבחנה בין "זכות" לבין "אינטרס" לעתים אינה פשוטה ויש לגביה גישות שונות, אולם דיון מעמיק בהן אינו נחוץ למאמר זה. ראו למשל: אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות": משפטים מא 97, 99 (2011); כן ראו: מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהערכות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 597-598 (תשס"ב-תשס"ג) (להלן: "בירנהק").

אינטרסים המוכרים כ"זכויות" מייצגים ערכים שמבחינה חברתית מוקנה להם משקל רב.<sup>7</sup> מעמדן הייחודי של זכויות אדם מקנה לגיטימציה רחבה יותר לבית המשפט לפתח את המשפט המקובל על מנת להגן עליהן, לרבות באמצעות החלת דוקטרינות איזון המגבילה, הלכה למעשה, את כוחה של הזכות הניהולית.<sup>8</sup> חיזוק נוסף לכך מצוי בתיאוריות כלליות של זכויות אדם, הרואות באיזון בין זכויות רכיב הכרחי בהגנה עליהן.<sup>9</sup> תיאוריות אלה משתלבות במשפט העבודה, אשר אחת מתכליותיו המרכזיות היא הגנה על זכויות אדם בכלל, וכבוד האדם בפרט.<sup>10</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בהתנגשות בין זכותו הניהולית של המעסיק לבין אינטרסים של עובדים שאינם עולים כדי "זכויות אדם", כמו למשל רצון של עובד לקבל בonus שנתי או העלאה בשכר, ההנחה עשויה להיות כי בהיעדר קביעה אחרת בחוזה העבודה – הזכות הניהולית גוברת.

שלישית, **מדובר בהתנגשות בין זכויות במסגרת יחסי עבודה, שהם יחסים מיוחדים**. קיימות התנגשויות בין זכויות של פרטים, להבדיל מהתנגשות בין זכויות אדם לבין אינטרסים ציבוריים כלליים, גם מחוץ למסגרת של יחסי עבודה. לדוגמה, הפגנה מול ביתו של איש ציבור מעוררת מתח בין הזכות להפגין לבין הזכות לפרטיות.<sup>11</sup> עם זאת, כפי שיוסבר להלן, המאפיינים של יחסי העבודה מצדיקים בחינה נפרדת וממוקדת של תחרויות בין זכויות של עובדים ושל מעסיקים ושל כללי ההכרעה בהן.

שלושת המאפיינים שתוארו לעיל משקפים את מרכיבי הדילמה הכללית העומדת למבחן כאן, היא האופן שבו יש להכריע בתחרות בין זכויות של פרטים בשוק העבודה הפרטי.<sup>12</sup> כפי שיוסבר עתה, טרם התפתחה בדין המצוי משנה סדורה המאפשרת לעשות זאת כראוי.

## 2. הבעיות המרכזיות בדין המצוי

בפועל, בתי הדין לעבודה מכריעים בתחרות בין זכויות באמצעות דוקטרינות איזון שונות.<sup>13</sup> ואולם, היישום של דוקטרינות אלה בפסיקה אינו מיטבי. השימוש בדוקטרינות איזון בין זכויות בגדרי משפט העבודה לובש בפסיקת בית הדין צורות שונות, ובהן שימוש למשל במבחן המידתיות,<sup>14</sup> עילת הסבירות,<sup>15</sup> עקרון

---

Grégoire Webber, *On the Loss of Rights, in* PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 123 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber eds., 2014) ("**Webber**"); Frederick Schauer, *Proportionality and the Question of Weight, in* PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 173 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber eds., 2014) ("**Schauer**").

יצוין כי קיימת דעה שלפיה לאינטרסים המוכרים כ"זכויות" אין חשיבות מיוחדת בהשוואה לאינטרסים אחרים. לאסמכתאות בנושא ראו אצל **Webber**, בעמ' 126.

<sup>8</sup> ואכן, כך פועל בית הדין בפועל, אם כי אופן היישום של דוקטרינות אלה טעון חשיבה מחודשת, מהטעמים המפורטים להלן. ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 57, 66 (Julian Rivers trans., 2002) ("**Alexy**"); Matthias<sup>9</sup> Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights, in* LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131, 137 (George Pavlakos ed., 2007).

מנגד, לקשיים באיזון באופן כללי ראו :

Steven Greer, *Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, 63 CAMBRIDGE L.J 412 (2004); T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943 (1987); Jeremy Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, 45 HASTINGS L.J 813 (1993-1994) ("**Waldron**").

GUY DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH TO LABOUR LAW 59-62 (2016) ("**Davidov 2016**").<sup>10</sup>

<sup>11</sup> ראו למשל: בג"ץ 2481/93 דין נ' **מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994) (להלן: "**עניין דין**").

<sup>12</sup> יצוין כי במאמר זה אני יוצאת מנקודת הנחה, אשר נדונה בהרחבה בספרות המשפטית, שלפיה זכויות אדם מחללות למשפט העבודה, לרבות בשוק הפרטי, בין באמצעות מושגי שסתום חוזיים כגון תום לב ותקנת הציבור, ובין באמצעות דרכים אחרות, כגון עיקרון כבוד האדם. במאמר זה אני מבקשת להתמודד עם **האופן** שבו יש להחיל, ולא להתמודד עם השאלה – שנדונה כאמור לא אחת בספרות – האם ראוי שהן תחולנה בגדרי יחסי עבודה בשוק הפרטי.

<sup>13</sup> גיא דוידוב "עיקרון המידתיות במשפט העבודה" **עיוני משפט** לא 5 (2008) (להלן: "**דוידוב – מידתיות**").

<sup>14</sup> לדוג': עניין **איסקוב**, לעיל ה"ש 1, פסי' 32. לסקירה מקיפה של יישום עקרון המידתיות בדיני עבודה ולביקורת על אופן היישום ראו: **דוידוב – מידתיות**, לעיל ה"ש 13.

<sup>15</sup> לדוג': ע"ע (ארצ'י) 465548-09-12 **אבידן – פלאפון תקשורת בע"מ**, פסי' 36 (31.3.2015); בר"ע (ארצ'י) 48239-01-18 **ביפר תקשורת ישראל בע"מ – צח**, פסי' 27 (6.2.2019).

הלגיטימיות<sup>16</sup> ודרישת ההגיונות.<sup>17</sup> בתי הדין עושים לעתים שימוש בעילות הביקורת השונות – כמו סבירות, הגינות ומידתיות – יחדיו,<sup>18</sup> מבלי שברור איזו אמת מידה הובילה להכרעה, וזאת אף שקיימים הבדלים ביניהן.<sup>19</sup> לדוגמה, במקרים מסוימים בית הדין דורש כי החלטה של מעסיק תהיה "סבירה ומידתית" או "סבירה והוגנת". לעתים אף מוזכרים סטנדרטים אחרים, כמו מבחני פסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מבלי לספק הסבר מדוע הועדף סטנדרט זה על פני האחר.<sup>20</sup> קשה לאתר בפסיקה סטנדרט ביקורת אחיד ועקבי. ניתן לטעון, מנגד, כי לאזכור הדוקטרינות השונות אין השפעה, שכן בפועל בית הדין מחיל אמות מידה זהות. כלומר, אזכור הדוקטרינות השונות (כמו סבירות או מידתיות) בפסיקת בית הדין מוביל ממילא לאותן תוצאות.<sup>21</sup> ואולם, גם אם בפועל הכללים שמחיל בית הדין זהים, וההבדל בפסיקה עד היום נותר סמנטי בלבד, יש קושי במצב הקיים. הטעם לכך הוא, שבענפי משפט אחרים קיימים הבדלים בין הדוקטרינות הללו,<sup>22</sup> ולכן עצם הבחירה לכרוך אותן יחד פוגעת בבהירות ההחלטה ובוודאות המשפטית. כמו כן, כפי שהראה גיא דוידוב בכתבתו על עילת המידתיות בפסיקת בתי הדין לעבודה, גם היישום של מבחני המשנה של עילת המידתיות אינו חף מקשיים.<sup>23</sup>

נוסף על כך, קשה לאתר בפסיקת בית הדין התייחסות ראויה לאופן שבו יש לאזן בין זכויות כאשר מדובר בסכסוך במגזר העבודה הפרטי, אף שראוי שיהיה הבדל באופן החלת החובה לכבד זכויות במסגרת יחסים בין פרטים, להבדיל מהיחסים בין הפרט לבין השלטון. מעיון בפסיקת בתי הדין לעבודה אף עולה, כי לעתים דוקטרינות האיזון מיושמות מנקודת המבט של העובד ולעתים מנקודת המבט של המעסיק.<sup>24</sup> כלומר, לעתים העובד או ארגון העובדים נדרשים להצדיק את הפעולה הנבחנת (הפוגעת בזכותו של אחר) ולעתים נטל זה מוטל דווקא על המעסיק. פרקטיקה זו בולטת במיוחד (אך לא רק) בביקורת שיפוטית על הפעלת זכות השביתה. ישנם מקרים שבהם מידתיות השביתה נבחנת מנקודת מבטם של העובדים השותפים,<sup>25</sup> וישנם

<sup>16</sup> לדוג': ע"ע (ארצ'י) 27122-12-13 **צעצועי דורון – פרנצ'יס**, פס' 29 (15.1.2017).

<sup>17</sup> לדוג': דב"ע מד/7-3 **גיא – עירית תל אביב יפו**, פד"ע טו 409 (1984). יצוין כי מקובל לראות בחובת ההגיונות כחובה אובייקטיבית ורחבה החלה על רשויות השלטון, ראו: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" **משפט וממשל** ה' 95, 99 (תש"ס). החלטה על יחסי עבודה מהווה "ייבוא" של ערכי המשפט הציבורי לדיני העבודה.

<sup>18</sup> לדוג': סק"כ (ארצ'י) 40815-07-13 **לשכת המסחר תל אביב והמרכז – איגוד לשכות המסחר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה**, פס' 74 (23.9.2013).

<sup>19</sup> Iryna Ponomarenko, *Tipping the Scales in the Reasonableness-Proportionality Debate in Canadian Administrative Law* 21 APPEAL 125 (2016); Tom Hickman, *Problems for Proportionality*, N.Z. L. REV. 303, 315 (2010); מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמ"נ שר העבודה והרווחה" **הפרקליט** נ' 185 (2008); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא (2021).

<sup>20</sup> לדוג': ע"ב (אזורי ת"א) 6992/00 **ביטש - אדוקי**, פס' 23 (25.5.2003); ע"ש (אזורי ב"ש) 14888-09-18 **אליעם קול סנטר בע"מ - שמלה**, פס' 72 (31.7.2020); ע"ש (אזורי ת"א) 68109-02-20 **חכמון - טוגו – הנעלה והלבשה בע"מ**, פס' 110 (8.10.2022); תלוי ועומד ערעור בביה"ד הארצי, ע"ע (ארצ'י) 29915-11-22; ת"צ (אזורי ת"א) 2523-10-21 **לוי – אי אמ אס קלאב בע"מ**, פס' 8 (23.1.2023).

<sup>21</sup> Guy Mundlak, *The architecture of human rights at work in Israeli law*, in RESEARCH HANDBOOK IN LABOUR, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS LAW 149 (Janice R. Bellace and Beryl ter Haar eds., 2019).

<sup>22</sup> ראו הפניות מול ה"ש 19 לעיל.

<sup>23</sup> **דוידוב – מידתיות**, לעיל ה"ש 13.

<sup>24</sup> ראו לדוג': עס"ק (ארצ'י) 25476-09-12 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ** (2.1.2013). (להלן: "עניין פלאפון") (האיזון בין חופש הביטוי והזכות הניהולית של המעסיק אל מול הזכות להתארגנות של העובדים נבחן מנקודת מבטו של המעסיק דווקא; לבעיה דומה במשפט האירופי ראו:

Vilija Velyvyte, *The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention of Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence*, 15 HUM. RTS. L. REV. 73, 98 (2015); Marco Rocca, *Proposal for a (so-called) Monti II Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services: Changing without Reversing, Regulating without Affecting*, 3 EUR. LAB. L.J. 19 (2012).

<sup>25</sup> לדוג': בר"ע (ארצ'י) 51092-01-12 **המוסד לביטוח לאומי נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה – איגוד המשפטנים**, פס' 38 (6.5.2012).

מקרים שבהם המידתיות נבחנת מנקודת מבט הפוכה.<sup>26</sup> מצב זה יוצר כשלעצמו קושי, משום שיישום כללי האיזון באופן זה אינו מבוסס על טעמים ברורים. קושי זה עשוי להתעורר הן במקרה שבו בית הדין מיישם כלל קיים, הן במקרה שבו בית הדין יוצר דין חדש. בשני המקרים יש חשיבות לשאלה מאיזו נקודת מבט יש לבחון את הפגיעה הנטענת בזכויות.

אם כן, הפסיקה הקיימת אינה כוללת, כך נדמה, הכוונה מספקת באשר לאופן שבו יש לאזן בין זכויות מתנגשות ביחסי עבודה. על מנת לשפר את המצב המשפטי הקיים, נדרשת לדעתי חשיבה מחודשת על הנושא, באמצעות הסתייעות בעקרונות תיאורטיים רלוונטיים, וכן במבחנים אשר מאפשרים לממש עקרונות אלה.

### **פרק ב': איזון בין זכויות בשוק העבודה הפרטי בשלושה מהלכים**

כפי שאטען עתה, ניתן להתמודד עם הספקות שמעוררים דיני האיזון הקיימים בשלושה מהלכים. המהלך הראשון מבקש לתת מענה לשאלות הקשורות באופן האיזון – כמו השאלה מי מהצדדים צריך להצדיק את הפגיעה בזכויות של הצד האחר וכיצד – וזאת באמצעות קידום העדפתן של פשרות הדדיות על פני הכרעות בינאריות. כלומר: יש לפעול לצמצום ההתנגשות בין הזכויות המתחרות של המעסיקים ושל העובדים, תוך התחשבות באינטרסים של שני הצדדים ובצורך בחלוקת סיכונים הוגנת ביניהם. עיקרון זה מתיישב עם גישה כלכלית-פוליטית מתונה, הממוקמת בין הגישה הליברלית, אשר תומכת רואים בפרוגטיבה ניהולית חזקה כחלק אינהרנטי משוק עבודה מתפקד ועיל, לבין גישה המבקשת לאמץ עקרונות סוציאליסטיים מהסוג המוביל, למשל, להצעות לשיתוף העובדים בבעלות במפעל או להפיכת היוצרות במובן של יצירת פרוגטיבה של העובדים להחליט כיצד יתנהל המפעל. המהלך השני נועד לשכנע בצורך בעיצוב שיטה אחידה לאיזון, וזאת כדי להתמודד עם חוסר הבהירות והיעדר השקיפות הקיימים, במידה כזו או אחרת, בדין המצוי. המהלך השלישי תומך בפניה לכללים רלוונטיים של המשפט הציבורי לצורך איזון בין זכויות של מעסיקים ושל עובדים, תוך התאמתם למשפט העבודה. כפי שיובהר בהמשך, שלושת המהלכים האלה מובילים ותומכים, הלכה למעשה, ביישום מבחן של איזון מקביל בין זכויות, הבוחן את חשיבותן היחסית של הזכויות המתנגשות ואת עצמת הפגיעה בהן משני צדי המתנס (במקרים המתאימים לכך).

#### **1. מהלך ראשון: העדפת פשרות הדדיות על פני הכרעות בינאריות**

דיני זכויות האדם נועדו, בין היתר, להגביל את כוחו של השלטון במקרים שבהם הדבר נדרש. קיים ויכוח שטרם הוכרע בספרות אם יש הבדל (או ראוי שיהיה הבדל) בין התנגשות בין זכויות בינן לבין עצמן לבין התנגשות בין זכות לאינטרס ציבורי. יש הסבורים שאין רלוונטיות כלל לשאלה אם הערכים המתנגשים הם זכויות או אינטרסים, וכי הכרעה בהתנגשות בין זכות לזכות, כמו בין זכות לאינטרס, צריכה להתבצע בהתאם לעקרון המידתיות.<sup>27</sup> לפי גישה אחרת, "זכות" היא בעלת מעמד נורמטיבי גבוה יותר מ"אינטרס" שאינו "זכות".<sup>28</sup> לפיכך, על פי גישה זו - כאשר החלטה שלטונית פוגעת בזכות הפרט בצידוק של הגנה על אינטרס, יש להעניק עדיפות לאדם שזכותו נפגעה, ולפעול בהתאם להנחה כי מדובר בפגיעה לא מוצדקת,

<sup>26</sup> לדוג': ס"ק (אזורי ת"א) 504/09 ארגון כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – מכון דוידסון לחינוך מדעי, פס' 131-132; ע"ע (ארצי) 742/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות החשמל, המתכת והאלקטרוניקה נ' תדיראן מערכות בע"מ, פס' 8 (13.12.2005).

DAVID BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 170 (OUP 2004); Kai Möller, *Proportionality and Rights*<sup>27</sup> *Inflation*, in PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 155, 165-166 (CUP 2014).

<sup>28</sup> Schauer, לעיל ה"ש 7, בעמ' 173-185.

אלא אם יוכח אחרת.<sup>29</sup> במקרה כזה, על השלטון מוטל הנטל להראות שלמעשה פגיעה זו היא כדן.<sup>30</sup>

מכל מקום, כשמדובר בתחרות בין שתי זכויות אדם (או יותר), לדעתי יש קושי לקבוע שלמי מהן יש עדיפות אפריורית על פני חברתה, ותמיד נדרש לבחון את הנסיבות של המקרה (לעניין זה אוסיף ואחזור בהמשך). דברים אלה נכונים במיוחד במסגרת יחסי עבודה. יחסי עבודה הם יחסים מיוחדים המבוססים על "חוזה יחס" מתמשך, הדורש מידה רבה של גמישות ואמון הדדי.<sup>31</sup> יתרה מכך, ליחסי עבודה חשיבות חברתית מיוחדת לפרט, מעבר לתועלת הכלכלית שהם טומנים בחובם. מאפיינים אלה יוצרים ציפיות של הצדדים לשיתוף פעולה, לנאמנות הדדית ולדאגה של כל צד גם לאינטרסים של הצד האחר.<sup>32</sup> במערכת יחסים כזו ראוי להעדיף פשרות הדדיות בין הזכויות המתחרות על פני הכרעות בינאריות (שהינן, למשל, הכרעות המבוססות על התפיסה, שלפיה אם קיים סיכון ממשי לפגיעה בזכות של מי מהצדדים בלבד, אזי נדרש שהזכות של הצד האחר תיסוג מפניה באופן אוטומטי).

גם אם במקרי התנגשות בין זכות לבין אינטרס ציבורי כללי נדרשות לעתים פשרות הדדיות, הדבר לא ממעיט מהחשיבות שיש להבהרה כי ביחסי עבודה ראוי להעדיף פשרות בין זכויות על פני הכרעה ביניהן. הבהרה כזו תהווה סמן לבתי הדין לחתור לכך ששני הצדדים – הן מעסיקים, הן עובדים – יעשו מאמץ לפגוע פחות בזכויות של הצד השני. להבהרה זו יש חשיבות מיוחדת בגדרי יחסי העבודה, שיש להם כאמור מאפיינים ייחודיים. יש לכך ביטויים מסוימים בפסיקת בתי הדין לעבודה, אולם מדובר באמרות ספורדיות ולא בהלכה מגובשת.<sup>33</sup> את האמרות של בית הדין לעבודה בעניין זה יש לקשור תחת קורת גג תיאורטית אחת, שלפיה מאפייניהם הייחודיים של יחסי העבודה מצדיקים להפחית ככל הניתן את הפגיעה בזכויות משני צדי המתרט.

גישה איזונית הנסמכת על רעיון הפשרה מתיישבת עם ראייה כלכלית פוליטית מתונה. הזרם המסורתי של הקפיטליזם מקנה חשיבות עליונה ליכולת הייצור וליעילות כלכלית. המצדדים בגישה זו, מאמינים במתן בכורה למעסיק ולמנהל על פני עובדיו. בראייתם, למנהל מוקנה כוח רב עוצמה לנהל את מקום העבודה ולקבל החלטות חד-צדדיות ביחס לעובדיו, כמעט ללא סייג.<sup>34</sup> בצד השני של המתרט, קיימת גישה אחרת, המבקשת לבטל (או לפחות לצמצם מאוד) את כוחו של המעסיק. גישה זו משקפת תפיסה קיצונית למדי, המצדדת בקידום בעלות ציבורית של עובדים על מפעלים וחברות.<sup>35</sup> היא עשויה להתבטא, למשל, ברעיון להפוך את הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק לפררוגטיבה ניהולית של העובדים; בהצעה לתת לעובדים סמכות החלטה בנושאים רבים; ועוד.

LURENZA ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA 141 (2008) ("Zucca").

<sup>30</sup> ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 63 (2017) (להלן: "מדינה"); לתיאור גישה דומה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם ראו:

STIJN SMET, RESOLVING CONFLICTS BETWEEN HUMAN RIGHTS: THE JUDGE'S DILEMMA 34 (2016) ("Smet – the Judge's Dilemma").

<sup>31</sup> עידו עשת המימד החברתי של החוזה והתאגיד בראי השינוי המבני במקום העבודה 82-87 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים 2013).

<sup>32</sup> ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ – אביב (18.12.2003).

<sup>33</sup> ראו לדוגמה: עניין פלאפון, לעיל ה"ש 24; דב"ע (ארצי) נד/4-1 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כט 601; אלישבע ברק "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג 210, 215 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף, נחום פינברג עורכים 2001) (להלן: "אלישבע ברק").

<sup>34</sup> לתיאור גישה זו שם.

<sup>35</sup> לסקירת גישות שונות בנושא ראו: Racabi, לעיל ה"ש 5; ראו גם: אורי וייס "כיצד להתמודד עם פערי חוזק בשוק העבודה?" דין ודברים יג 257, 271 (2019) (להלן: "וייס"). Staughton Lynd, Ideology and Labor Law, 36 STAN. L. REV. 1273, 1297-98 (1984); Karl E. Klare, Workplace Democracy & Market Reconstruction: An Agenda for Legal Reform, 38 CATH. U. L. REV. 1, 49 (1988).



הגישה הראשונה מקנה משקל רב מאוד לשיקולים של יעילות כלכלית וקניין פרטי. הגישה השנייה אינה מתחשבת דיה בצורך ביעילות ובניהול אפקטיבי, וכן בצורך לתת ביטוי לסיכונים שבעלי עסקים חשופים אליהם.<sup>36</sup> בעלים של עסק עשוי לשאת בסיכונים משמעותיים (השקעות בהקמת העסק, מתן הלוואות בעלים לעסק, התנהלות במשך שנים בלי הכנסות של ממש וכיו"ב). אף שעובדים נוטלים גם הם סיכונים (כמו, למשל, הסיכון שיפוטרו בגיל מבוגר ויתקשו למצוא עבודה), אין פירוש הדבר שיש להתעלם מסיכון של מעסיק שמימן את עסקו, לדוגמה, באמצעות הלוואות שלהן הוא ערב אישית. בעוד שעובד שפוטר מעבודתו יוכל לנסות למצוא עבודה חדשה וכן יהיה זכאי לרשת ביטחון סוציאלית (כמו דמי אבטלה), מעסיק שנאלץ לסגור את העסק עלול להיכנס לפשיטת רגל, על כל המשתמע מכך. במציאות כזו, נראה שראוי כאמור להעדיף גישה ביניים, אשר מבקשת לצמצם את פערי הכוחות בין המעסיקים לבין העובדים, אך אינה מתעלמת מהצורך בשיתוף פעולה והתחשבות הדדית באינטרסים של כל הצדדים ליחסי העבודה, תוך חלוקת סיכונים הוגנת.<sup>37</sup> גישה זו מתיישבת עם תפיסה ליברלית מתונה יחסית, אשר משתקפת, למשל, בגישת הליברליזם החדש (New Liberalism). ליברליזם חדש מקנה חשיבות רבה ליעילות כלכלית ולשוק חופשי, אך גם מכיר בכך שהם תוצר של החברה האנושית, אשר בלעדיה הם לא היו קיימים,<sup>38</sup> והוא מבקש להגן גם על רווחתם של פרטים חלשים יותר בחברה באופן אקטיבי.<sup>39</sup> כמו כן, הוא רואה באדם כאינדיבידואל, אשר יכול לשגשג בתוך מבנה חברתי אנושי, שלא מבוסס על תחרות עזה על אינטרסים אישיים, אלא על שיתוף פעולה.<sup>40</sup> בכך זרם מחשבתי זה נבדל, בין היתר, מהגישה הרווחת בעשורים האחרונים הידועה כניאו-ליברליזם, שהיא למעשה גרסה מודרנית של הליברליזם הקלאסי.<sup>41</sup> הליברליזם המתון תופס יחסים חברתיים כחלק מהזהות והרווחה של כל אדם, וככאלה המאפשרים לו לפתח את יכולותיו. לכן, ליברלים מתונים רואים בחיוב תלות הדדית, כבוד הדדי ותמיכה והבנה למטרות של אחרים, ודוחים גישה המקדשת תחרותיות של פרט אחד באחר.<sup>42</sup> כמו כן, גישת הליברליזם החדש שמה דגש על זכות הקניין, אולם מכירה בכך שלעתים ניתן לנצלה לרעה.<sup>43</sup> היא מכירה גם בכך ששוק חופשי "פרוע" מתאפיין בחוסר צדק, בעבודה לא יעילה ובחלוקת משאבים לא הוגנת בין בעלי ההון לבין עובדים עניים, אשר מצבם קשור גם במבנים חברתיים ובכשלי שוק שאינם מאפשרים מוביליות חברתית.<sup>44</sup>

גישה איזונית המקדמת פשרות ושאיפה ליתר סימטריה בין הצדדים ליחסי עבודה, כרוכה ושלובה, למעשה, בתפיסה כלכלית-פוליטית מתונה של השוק. תפיסה דומה עוברת כחוט השני בחקיקה קיימת בדיני עבודה (אף שלא באופן מפורש), ולכן ראוי שבתי הדין יפרשו ויפתחו את הדין לאורה. דוגמה לכך היא חוקי המגן, כדוגמת חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1950 וחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, הקובעים תנאים מינימאליים להעסקה של עובדים. חוקי המגן אינם חותרים תחת בעלותו של המעסיק באמצעי הייצור. לצד זאת, הם לא מותירים את קביעת תנאי ההעסקה לחסדיו של השוק החופשי בלבד ומבקשים לתת מענה

<sup>36</sup> דוידוב – נהרי וגרינשפן, לעיל ה"ש 2.

<sup>37</sup> שם; אלישבע ברק, לעיל ה"ש 33.

<sup>38</sup> L. T. HOBHOUSE, LIBERALISM AND OTHER WRITINGS 90-102 (1993)

<sup>39</sup> מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7, 77-74 (2013) (להלן: "מאוטנר").

Avital Simhony and D. Weinstein, *Introduction: The new Liberalism and the liberal-communitarian debate, in THE NEW LIBERALISM: RECONCILING LIBERTY AND COMMUNITY* 1, 16 (Simhony and Weinstein eds., CUP<sup>40</sup> 2001).

<sup>41</sup> מאוטנר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 46-44.

<sup>42</sup> שם, בעמ' 20; ראו גם: מיכל הורוביץ "בחינת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט ח 127, 134-135 (תשס"א).

<sup>43</sup> John Morrow, *Private Property, Liberal subjects and the State, in THE NEW LIBERALISM: RECONCILING LIBERTY AND COMMUNITY* 92, 100 (Simhony and Weinstein eds., CUP 2001).

<sup>44</sup> שם, בעמ' 107.

לכשלי שוק.<sup>45</sup> יוער כי גם הפסיקה שמבקשת להגביל את זכותו הניהולית של המעסיק, אך לא לבטלה לחלוטין, מבטאת צורך בפשרה הדדית ובמציאת נקודת האיזון בין האינטרסים של השחקנים השונים בשוק העבודה.

## 2. מהלך שני: איזון שיטתי ואחיד

איזון שיפוטי בין ערכים ואינטרסים נוגדים קיים בצורות שונות בתחומי משפט שונים,<sup>46</sup> ולרוב הוא מבוסס על שיטה כלשהי לאיזון. החלת מבחנים זהים המשמשים לאיזון מסייעת לסדר ולארגון בביקורת השיפוטית,<sup>47</sup> וכן ליצירת שקיפות ביחס לכל שלבי ההחלטה השיפוטית ונימוקה, באופן המקדם יצירת דיאלוג הולם בין הרשויות הרלוונטיות.<sup>48</sup> מנקודת מבט נוספת, שימוש בדוקטרינות איזון נועד לבחון אם נפלו טעויות בתהליך גיבוש המדיניות הפוגעת בזכויות אדם, להבדיל מיישום עילה זו על-מנת להגיע לאיזון "נכון" או "ראוי" בין זכויות לבין אינטרסים אחרים.<sup>49</sup> טעמים אינסטרומנטליים אלה נכונים גם (ואולי ביתר שאת) ביחס להכרעות שיפוטיות בסכסוכי עבודה. זאת, בשם לב לאי-הסדר בפסיקה עליו עמדתי לעיל, וכן בהתחשב במגמה האקטיביסטית של בתי הדין לעבודה החל משנות האלפיים (או אף קודם לכן);<sup>50</sup> בטענות הנשמעות ביחס למערכת בתי הדין לעבודה שלפיה, בין היתר, קיימת נטייה של שופטי העבודה להעדיף זכויות עובדים על פני האינטרסים של מעסיקהם;<sup>51</sup> ובביקורת כללית על מערכת זו, שאף הובילה בשעתו להקמת ועדה לבחינת השאלה אם קיים עוד צורך במערכת שיפוטית נפרדת להכרעה בסכסוכי עבודה.<sup>52</sup> כמובן, התווית שיקול הדעת השיפוטי והגברת השקיפות לא תמנענה לחלוטין ביקורת כלפי בית הדין, וזאת משום שביקורת מושמעת תמיד גם ביחס לתוצאות הפסיקה (ולא רק ביחס להנמקה). עם זאת, קידום שימוש באמות מידה אחידות, עקביות ושקופות ככל האפשר להכרעה עשוי לכל הפחות לצמצם את הביקורת, בדרך של חשיפת דרך ההכרעה השיפוטית והפיכתה לסדורה ומאורגנת יותר.

תכלית נוספת ליישום של שיטה מאורגנת לאיזון היא הצורך בהתמודדות עם הטיות של מקבלי ההחלטות, לרבות שופטים.<sup>53</sup> בהקשר זה צוינה בספרות, למשל, הטיה ביחס לסיכונים קטסטרופליים כמו התמוטטות כלכלית או אסון סביבתי. סיכונים כאלה מעוררים תגובות רגשיות חזקות של חרדה וכעס, אשר פוגמות בשיפוט ומביאות לנטייה להתעלם ממידת ההסתברות להתרחשותו של האירוע הקטסטרופלי ולתת לו משקל מוגזם בהחלטה. הטיה נוספת נובעת מתופעה של אמפתיה סלקטיבית. תופעה זו עלולה להתרחש

<sup>45</sup> אריאל רן-ברזילי "חוק שעות עבודה ומנוחה בעידן העבודה המבוזרת" **עבודה, חברה ומשפט** יז 63, 82-86 (2022).

<sup>46</sup> דגן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 22-23.

<sup>47</sup> Alec Stone Sweet and Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 89-90 (2008).

<sup>48</sup> אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 562 (2010) (להלן: "ברק – מידתיות במשפט").

<sup>49</sup> Talia Steiner, Andrej Lang and Mordechai Kremnitzer, *Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice Towards an Integrative Model of Proportionality*, in PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 542, 545, 598 (Mordechai Kremnitzer, Talia Steiner and Andrej Land eds. 2020 ("PA Model").

<sup>50</sup> זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** 47, 242-243 (תשס"ח); שלומית יניסקי-רביד "תמורות במשפט העבודה ותיאורית הצדק הרוסליאנית" **קריית המשפט** 4, 403, 406 (2004).

<sup>51</sup> הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה **דין וחשבון** 46 (2006) (בדו"ח צוינו טענות שצמחו נגד בית הדין שלפיהן "בית הדין לעבודה נתן עדיפות לאינטרסים של עובדים על פני אינטרסים של מעבידים") (להלן: "דין וחשבון"); לביקורת הפוכה באנגליה, שלפיה קיימת נטייה של בתי המשפט שם להעדיף אינטרסים של מעסיקים על פני אלה של העובדים, ראו:

ACL Davies, *Judicial Self-Restraint in Labour Law*, 38(3) INDUSTRIAL LAW JOURNAL 278, 278-279 (2009).

<sup>52</sup> **דין וחשבון**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 46; חיים ברטון "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה: איזון קונקרטי וצורך בין עובדים למעבידים" **ספר מנחם גולדברג** 174, 176 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פיינברג עורכים 2001) (להלן: "ברנזון").

<sup>53</sup> ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" **משפטים** מו 535, 569 (2017) (להלן: "מדינה ושגב"); חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה 177, 219-229 (התש"ע) (להלן: "בן נון").

במקרים שבהם החלת כלל מסוים תשפיע לרעה רק על קבוצה שמקבלת ההחלטה אינה נמנית עמה. גם במקרה כזה עשויה מקבלת ההחלטה להתעלם ממידת ההסתברות להתרחשותו של הנזק שאותו מבקשים למנוע.<sup>54</sup>

איזון שיפוטי מקרין גם על המגבלות שמקומות עבודה לוקחים על עצמם כדי לעמוד בדרישות הדין. פיתוח עקרונות שקופים ומאורגנים יותר יסייע גם בעיצוב רגולציה פנימית במקומות העבודה, שיש בה תועלת נוספת מעבר לאחידות וסדר. ישנן הטיות ייחודיות במסגרת יחסי עבודה, אשר עשויות להוביל לפגיעה בזכויות, והחלת כללים שיטתיים ומאורגנים יותר יכולה לסייע בהתמודדות עמן. מעסיקים במגזר הפרטי פועלים בין היתר משיקולים עצמיים הקשורים בהשאת רווחים, ולא בהכרח מתחשבים כראוי באינטרסים של עובדיהם.<sup>55</sup> מטבע הדברים, פיתוח הלכה פסוקה המבוססת על איזון שיטתי, המחייב מעסיקים להתחשב בזכויות של עובדים, מסייע בהתמודדות עם הפרות יעילות של זכויות או עם הפרות של זכויות הנובעות מאדישות או מחוסר אכפתיות. לצד זאת, ייתכנו מקרים אחרים שבהם מעסיקים (כמו כל בני האדם) יסבלו מהטיות שונות או יפעלו בחוסר רציונליות, אשר החלת שיטה איזונית ברורה עשויה לסייע גם להתמודדות עמן. הוא הדין גם לגבי עובדים, אשר אף הם סובלים מהטיות. בהקשר זה מועיל להסתייע במאמרו של Richard Chen,<sup>56</sup> אשר מצביע על מספר הטיות לא רציונליות מרכזיות המובילות להפרת זכויות אדם בתאגידים. המאמר של Chen מתמקד אמנם בפגיעה בזכויות אדם מחוץ לארגון, אולם ניתן להקיש מכך גם ליחסים פנימיים בארגון בין מעסיקים/מנהלים לבין עובדים, ובין עובדים בינם לבין עצמם. בין ההטיות השונות שצוינו במאמרו של Chen, הטיה רלוונטית אחת נובעת מהאווירה הארגונית במקום העבודה, המשפיעה על האופן שבו האנשים המהווים חלק ממנו מפרשים סיטואציות חברתיות ופועלים בתוכן, ועלולה להטות את שיקול הדעת באופן שיגרום לפגיעה בזכויות אדם.<sup>57</sup> ביישום לענייננו, אוירה ארגונית קלוקלת עשויה להביא, לדוגמה, למצבים שבהם מנהלים/עובדים ינהגו בקולגות באופן לא ראוי, אך לנוכח האווירה הארגונית הקיימת במקום לא יבינו כלל שעשו מעשה פסול. הטיה נוספת שמציין Chen היא ההטייה המוכרת המכונה "חשיבה קבוצתית" ("groupthink"). הטיה זו מובילה אנשים בארגון להעדיף פתרונות מוסכמים על הכל, על פני הערכה אובייקטיבית של מכלול הדרכים האפשריות לפעולה ועל פני ניתוח נכון של סיכונים.<sup>58</sup> ביישום ליחסי עבודה בתוך הארגון, הטיה כזו עלולה להוביל להעדפת פתרון הפוגע באופן משמעותי בזכויות של עובדים, על פני פתרון אלטרנטיבי, הפוגע פחות בזכויות.

סקירה זו של הטיות היא על קצה המזלג. היא נועדה ללמד על הטיות אופייניות למקבלי החלטות ולארגונים. כמוסבר להלן, החלת שיטה אחידה לאיזון עשויה לסייע בהתמודדות עם הטיות מסוג זה. יוער כי גם הבניית שיקול הדעת אינה יכולה למנוע לחלוטין הטיות בחשיבה ובהסקת מסקנות בארגון.<sup>59</sup> עם זאת, נראה שהפניית תשומת לבו של מקבל ההחלטה לשיקולים רלוונטיים עשויה לצמצם הטיות אלה.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 197, 207 (2018) (להלן: "**שטופלר**"); ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים**, לט(1) 47, 67-68, 72 (2009).

Beth Stephens, *Corporate Liability: Enforcing Human Rights Trough Domestic Litigation*, 24 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 401, 401 (2001).

Richard. C. Chen, *Organizational Irrationality and Corporate Human Rights Violations*, 122 HARVARD LAW REVIEW 7 1931, 1933 (2009).

<sup>57</sup> שם, בעמ' 1936 והאסמכתאות שם.

<sup>58</sup> שם.

<sup>59</sup> **בן נון**, ה"ש 53 לעיל, בעמ' 219-229.

<sup>60</sup> שם, בעמ' 230-231.

יוער, כי איני טוענת בזכות החלת כללים מפורטים ו"סגורים" לאיזון (אשר כלל לא ברור שיש בכוחם להגביר את הוודאות והביטחון המשפטי, בהשוואה לסטנדרטים),<sup>61</sup> אלא בזכות הצורך בגיבוש שיטה סדורה, אשר תגביר את השקיפות של ההכרעה השיפוטית כלפי חוץ, תסייע בארגון ההנמקה כך שתהיה מובנת יותר לנמעני ההחלטה ובהימנעות מהטיות. שיטה זו אינה מבקשת להכפיף את שיקול הדעת השיפוטי למערכת כללים מפורטת ונוקשה לאיזון, אלא לקבוע עקרונות כלליים אשר יאפשרו התמודדות עם בעיות חדשות ועם שינויים במערכות יחסים ספציפיות בין מעסיקים לבין עובדים, אשר מטבען מתפתחות ומשתנות במהלך הזמן, וכן להגשים מטרות חברתיות כמו צדק חלוקתי.<sup>62</sup> מדובר בגישה פרגמטית, אשר אינה מתיימרת להשיג ודאות, אלא מבקשת לשפר את התוצאות המעשיות של הפעולה הנדרשת, היא איזון בין זכויות במשפט העבודה, ולחזק את הלגיטימציה שלה.

### 3. מהלך שלישי: הסתייעות במבחני איזון בין זכויות שמקורם במשפט ציבורי

משפט העבודה, בשל מטרותיו ומאפייניו הייחודיים, הוא ענף משפטי "היברידי". הוא מושפע בפועל הן מכללי המשפט הפרטי (הנסמך באופן מסורתי על עקרונות של אוטונומיה אישית וחירות הפרט) הן מכללי המשפט ציבורי (שכלליו נועדו להתמודד עם כוחו העודף של השלטון ולהבטיח שמירה הן על האינטרס הציבורי, הן על זכויות אדם).<sup>63</sup> השפעה כפולה זו נובעת ממאפייניו של משפט העבודה, אשר הינו ענף משפטי שנועד להסדיר את היחסים בין עובדים לבין מעסיקים, שהם יחסים מיוחדים, בהשוואה ליחסים אחרים במשפט הפרטי. כפי שציין לאחרונה בית הדין הארצי לעבודה בעניין **כותה**, בעוד שדיני החוזים מבוססים באופן מסורתי על חירותו של אדם לנהל את חייו באופן אוטונומי ועל שוויון בין הצדדים, יחסי עבודה – אף שמקורם בחוזה – אינם כוללים לרוב מאפיינים אלה.<sup>64</sup> בשונה ממערכת חוזית סטנדרטית, במסגרת יחסי עבודה קיימים לרוב פערי כוחות בין מעסיקים לבין עובדיהם. בנוסף, חוזה רגיל משמש ככלי משפטי להעברת טובין מיד ליד, ואילו התחייבות חוזית של העובד להעמיד את עצמו לרשותו של מעסיקו אינה הופכת את העובד למעין "מצרך". חוזים מסחריים אף אינם מסדירים חלק משמעותי מחיי היום יום של הפרט, כפי שעושה חוזה העבודה. יחסי עבודה משליכים לא רק על פרנסתו של העובד, אלא גם על חיי החברה שלו, על ההתקדמות המקצועית שלו ועל האופן שבו הוא בוחר להגשים את עצמו. לצד זאת, חוזה העבודה מכונה לעתים "חוזה יחסי", דהיינו חוזה הנמשך לאורך זמן ודורש גמישות והתאמה לשינויים חיצוניים. בשל מאפייניו אלה של חוזה העבודה, הוא חוזה לא שלם, שאינו יכול להסדיר מראש את כל הבעיות שיתעוררו במסגרת יחסי העבודה.<sup>65</sup>

ההבדלים שתוארו לעיל בקליפת אגוז בין חוזה רגיל לבין חוזה עבודה הובילו לכך שהכללים המשפטיים החלים על יחסי עבודה מגבילים יותר את האוטונומיה של הצדדים לעצב את החוזה ביניהם, ומבקשים לתת ביטוי גם לאינטרסים של העובדים ולאינטרסים ציבוריים רחבים, בנוסף לאינטרסים הכלכליים של

<sup>61</sup> איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 35-50 (תשע"ג).

<sup>62</sup> David Cabrelli, *The role of Standards of Review in Labour law*, 39(2) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES (2019) 374, 382-383; **Davidov 2016**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 147, 161.

<sup>63</sup> Paul Davies and Mark Freedland, *The Impact of Public Law on Labour Law*, 1972-1997, 26(4) INDUSTRIAL LAW JOURNAL 311 (1997).

<sup>64</sup> ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **כותה** – **עיריית רעננה**, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה **וירט-לבנה** (7.4.2021). ראו גם פס' 2 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה שם; מנחם גולדברג "חופש ההתקשרות החוזית במשפט העבודה" **עיוני משפט** ב 672, 682 (תשל"ב-תשל"ג).

<sup>65</sup> IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980).

המעסיק.<sup>66</sup> במסגרת הצורך לאזן בין אינטרסים שונים אלה, פיתחו בתי הדין לעבודה חובות כלליות החלות על מעסיקים הדומות לחובות הקיימות במשפט הציבורי, כגון חובת השימוע,<sup>67</sup> חובת היוועצות<sup>68</sup> וחובת קביעת הנחיות לעובדים,<sup>69</sup> המבטאות את השפעתו של המשפט הציבורי על דיני העבודה.<sup>70</sup> לנוכח מאפייניו של משפט העבודה וקרבתו הרעיונית והמושגית למשפט הציבורי, המשך פיתוחו באמצעות הסתייעות גם בכללי המשפט הציבורי הוא מהלך מתבקש והגיוני.<sup>71</sup> בנוסף, במשפט הציבורי קיים גוף מחקר עשיר המתיחס לאופן שבו יש לאזן בין זכויות אדם מתנגשות, אשר יכול לקדם את העבודה השיפוטית של בתי הדין לעבודה ולסייע בפיתוחה ושיפורה בהקשר זה.<sup>72</sup> לכך ראוי להוסיף, כי ניתוח בין-תחומי משפטי משקף גישה הוליסטית למשפט, הרואה את המשותף בין ענפי המשפט ומקדמת את האפשרות לפתחם לאורם של כללים מענפי משפט אחרים. גישה כזו מעודדת עקביות והרמוניה משפטית, שהוכרו בפסיקה כרצויות.<sup>73</sup>

אפנה כעת לניתוח גישות מרכזיות קיימות במשפט הציבורי לאיזון בין זכויות של פרטים ולבחינת התאמת עקרונותיהן ליחסי עבודה בשוק הפרטי.

## פרק ג': גישות שונות בפסיקה ובספרות לאיזון בין זכויות של פרטים

### 1. גישת הפרשה – ויתור הדדי בין זכויות ("איזון אופקי")

לפי ההלכה הפסוקה בישראל, כאשר זכויות אדם נוגדות זו את זו, נדרש "איזון אופקי" ביניהן, אשר נועד לשקף פרשה במימושן בפועל.<sup>74</sup> מבחן האיזון האופקי לא כפוף לכללים קטגוריאליים נוקשים, הוא מסתפק בבחינת כל מקרה לגופו,<sup>75</sup> וקיימות אמות מידה כלליות בלבד ליישומו. כך, לפי הפסיקה, איזון אופקי צריך להתבטא בקביעת הגבלות של "זמן, מקום וצורה" על מימוש הזכויות המתנגשות, אשר תאפשרנה לכל זכות למצות את עיקריה.<sup>76</sup> כמו כן, השאיפה היא כי תוצאתו של איזון אופקי לא תהיה פגיעה בגרעין של איזו

Nicola Countouris, *Uses and Misuses of 'Mutuality of Obligations' and the Autonomy of Labour Law*, in THE<sup>66</sup> AUTONOMY OF LABOUR LAW, 169, 172 (Alan Bogg, Cathryn Costello, ACL Davies and Jeremias Prassl. Eds., 2015).

<sup>67</sup> רעות שמר בגס "צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד בהליך הפיטורים – עיונים בהלכת השימוע" **עבודה, חברה ומשפט** יג 175 (2012); רות בן-ישראל "זכות-היתר (הפררוגטיבה הניהולית) של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבר-תעשייתי" **עיוני משפט** כה(3) 705, 734 (2002).

<sup>68</sup> דב"ע נב/2-4; נב/4-5 **חברת תרכובות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית - מועצת פועלי באר שבע**, פד"ע כג 456, 464.  
<sup>69</sup> הנחיות ונהלים פנימיים נתפסים במשפט המינהלי כמכשיר חיוני של מינהל תקין, שמסייע בין היתר במניעת קבלת החלטות שרירותיות או מפלות. ראו לדוג': בג"ץ 627/82 **ליבמן נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל**, פ"ד לח(1) 645 (1984); בג"ץ 11020/05 **פניס להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך**, פסי' 8 (16.7.2006), והאסמכתאות שם). בעניין **איסקוב**, לעיל ה"ש 1, נפסק כי על המעסיק לקבוע מדיניות להגנה על הפרטיות במקום העבודה. להרחבה בנושא קביעת נהלים במקום העבודה ראו: רעות שמר בגס **מעסיקים גדולים בדיני עבודה** 287-269 (2017) (להלן: "שמר בגס – מעסיקים גדולים").

<sup>70</sup> ראו: חני אופק-גנדלר "המעביד כגוף דו-מהותי" **ספר אדלר** 155 (יצחק אליאסוף, נילי ארד, אלישבע ברק-אוסוסוקין, גיא דוידוב, סגל דוידוב-מוטולה, אשר חלד וגיא מונדלק עורכים 2016) (להלן: "אופק-גנדלר"); רות בן-ישראל "השביטה בראי המשפט הציבורי: השביטה, השביטה הפוליטית וזכויות האדם" **ספר ברנזון** כרך שלישי: גולל 111, 117 (תשס"ז).

<sup>71</sup> יצוין כי ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה דיכוטומית. ראו לדוגמה: חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" **עיוני משפט** מא 307 (תש"ף); רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" **משפטים** מג 1127, 1128 (תשע"ג). עם זאת, עדיין קיימים הבדלים ביניהם. להמחשת הדברים ראו, למשל: רונן אברהם ודני סטטמן "פוסטרים ועוגות חתונה: מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות איננו בגדר הפליה אסורה" **משפטים** נב (צפוי להתפרסם, 2022).

<sup>72</sup> יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב 109, 111, 114 (תשנ"ד-תשנ"ה); איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 312 ומול ה"ש 75 שם (2013). מנגד, ישנן מדינות, ארה"ב למשל, שבהן החקיקה תופסת מקום מרכזי יותר בענף משפט זה.

<sup>73</sup> ראו למשל: בג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש הממשלה**, פסי' 6 לפסק דינו של השופט ס' גוברמן (30.11.2006). יובהר שהטענה במאמר זה אינה בזכות הסתמכות בלעדית על כללי המשפט הציבורי, אלא לפנייה אליהם לצורך "העשרת" כלי העבודה השיפוטיים של בתי הדין לעבודה.

<sup>74</sup> **בירנהק**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 599.

<sup>75</sup> **מדינה ושגב**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 582.

<sup>76</sup> בג"ץ 1514/01 **גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נה(4) 267, 277 (2001) (להלן: "עניין גור אריה").

מהזכויות, ובמסגרת זו יש להתחשב בעצמת הפגיעה ובמהותה.<sup>77</sup>

הגישה המקובלת בפסיקה בישראל היא, כי מבחן האיזון האופקי חל ביחס לערכים במעמד דומה. לרוב הוא מיושם ביחס להתנגשות של זכויות יסוד זו בזו. עם זאת, החלת איזון אופקי לא גוררת מאליה את המסקנה, שלפיה הזכויות הנוגדות הינן בעלות משקל זהה לחלוטין. לפי הפסיקה, ההכרעה ביניהן תלויה במשקלן היחסי, שנמדד על רקע נסיבות המקרה הספציפי.<sup>78</sup> משמעות הדברים היא, כי ככלל, גם במסגרת איזון אופקי יש להעריך איזו זכות עולה על חברתה בנסיבות העניין, ולתת לכך ביטוי מסוים באיזון ביניהן.<sup>79</sup>

מבחן האיזון האופקי הוא מבחן עמום למדי. הוא חסר תנאים ברורים ואחידים, ולכן לא מפתיע כי התגלעו סתירות ביישומו בפסיקה. דוגמה מובהקת לכך היא העובדה שאין אחידות בפסיקה בשאלה אם במסגרת האיזון האופקי ניתן להיעזר בתנאי פסקת ההגבלה, ובמבחני המידתיות בפרט.<sup>80</sup>

לפי גישה אחת בפסיקה, עקרונית פסקת ההגבלה חלים בשינויים המחויבים על איזון אופקי.<sup>81</sup> לפי פסיקה זו, גריעה מזכות יסוד אחת כדי לאפשר את מימושה היחסי של האחרת תהיה חוקתית אם היא הולמת ערכי חברה מקובלים, נועדה לתכלית ראויה והיקפה אינו עולה על הנדרש.<sup>82</sup> לעומת זאת, גישה שונה בפסיקה גורסת כי אמות המידה שבפסקת ההגבלה בכלל, ועקרון המידתיות בפרט, אינם הולמים איזון בין שתי זכויות אדם המתחרות זו בזו.<sup>83</sup> פסיקה זו אינה מציעה נוסחה חלופית ברורה ושלמה לאיזון. לדוגמה, בפרשת **גור אריה**<sup>84</sup> – שבה נקבע כי פסקת ההגבלה (ובכללה מבחני המידתיות) אינה חלה על איזון בין שתי זכויות אדם – צוינו פרמטרים לאיזון שבראשם חשיבותן של הזכויות המתחרות ומידת הפגיעה בהן במקרה הקונקרטי. אולם, הפרמטרים שהוצעו אינם מקיפים את כל השיקולים הרלוונטיים לאיזון בין זכויות, וממילא ההצעה לא קנתה שביטה בפסיקה.

תפיסה דומה, הרואה קושי ביישום עקרונית פסקת ההגבלה והמידתיות לצורך איזון זכויות של פרטים, קיימת גם בספרות. בהקשר זה, אחת הטענות היא שעילת המידתיות נוצרה מלכתחילה על מנת לפתור סכסוכים בין הפרט לבין השלטון. השלטון הוא נאמן הציבור ואין לו זכויות אדם משל עצמו. עליו לפעול למען הציבור ומכוח סמכות בדין בלבד. לעומת זאת, אדם פרטי פועל מטעם עצמו ולמען אינטרסים אישיים שלו. על כן, אמות המידה של פסקת ההגבלה והמידתיות, השמות דגש משמעותי על איזון בין הזכות הנפגעת לבין המטרה השלטונית שבגינה נפגעת הזכות, אינן מתאימות להכרעה בסכסוך בין פרטים, אשר מטבעו אינו מערב מטרות ציבוריות כלליות.<sup>85</sup> המצדדים בגישה זו טוענים כי מבחני פסקת ההגבלה רלוונטיים רק

<sup>77</sup> ישגב נקדימון **חיסיון עיתונאי** 209 (2013) והאסמכתאות שם; בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 736, 757 (2005).

<sup>78</sup> ע"א 214/89 **אבני נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840, 862-864 (1989); בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 443 (2004). על מדרג של זכויות ארחיב עוד בהמשך הדברים.

<sup>79</sup> אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה** 689 (תשנ"ג); **ברק – מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 648.

<sup>80</sup> יוער כי הדברים שונים כשמדובר באיזון בין זכות לבין אינטרס, המכונה איזון אנכי. **Zucca**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 168. בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, 811 (2008); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ה 3302, 3924 (2020) (להלן: "זמיר").

<sup>81</sup> רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר** (12.11.2006) (להלן: "עניין בן גביר"); ע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 105 (1993).

<sup>82</sup> בג"ץ 2911/05 **אלחנתי נ' שר האוצר**, פ"ס 12 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (15.6.2008).

<sup>83</sup> אהרן ברק "זכויות יסוד מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253, 262-271 (תשנ"ג).

<sup>84</sup> עניין **גור אריה**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 285.

Stephen Gardbaum, *Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?* in **PROPORTIONALITY: NEW FRONTIERS** 7, 246 (Vicki Jackson and Mark Tushnet eds., CUP 2017).

ראו גם: ("Möller") **KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS** 179 (2012).

לאיזון בין זכות לבין אינטרס ציבורי, המכונה בפסיקה איזון אנכי.<sup>86</sup> לצד זאת, יש הטוענים שמבחן המידתיות לא מתאים לפתרון התנגשות בין זכויות גם משום שהוא מניח כי הזכות היא הכלל, והגבלתה היא החריג. כאשר משני צדי המתרחש עומדות זכויות אדם, הנחה זו מאבדת במידה רבה מתוקפה והמסד שעליו נסמכים מבחני המידתיות מתערער.<sup>87</sup>

הן הגישה הדוחה את השימוש במבחני פסקת ההגבלה באיזון אופקי, הן הגישה שלפיה ניתן לעשות בהם שימוש גם במקרים כאלה, מעוררות קושי, בפרט כשמדובר באיזון זכויות במשפט הפרטי. הגישה הראשונה מותירה את מבחן האיזון האופקי עמום ופשטני מדי, ואילו הגישה השנייה אינה רגישה דייה להבדלים בין סכסוך בין הפרט לשלטון לבין סכסוך בין פרטים. לפיכך, מבחן האיזון האופקי אינו מספק את הפתרון הדרוש לנו, ונדרש להוסיף ולהעמיק חקר באשר לגישה הראויה לאיזון בין זכויות של פרטים בכלל, ובמסגרת יחסי עבודה בפרט.

## 2. "המנצח(ת) לוקח(ת) הכל" – גישת ההכרעה לפי דרגת חשיבות הזכות בלבד

גישה אחרת מבקשת לקבוע מי מבין הזכויות המתנגשות בעלת ערך נורמטיבי רב יותר, ובהתאם לכך לקבוע איזו זכות ידה על העליונה. גישה זו מקנה משקל רב, עד כדי משקל מכריע, לחשיבות היחסית המופשטת של הזכויות שעל כפות המאזניים. לפי גישה זו, כאשר נמצא כי זכות אחת חשובה יותר מחברתה, הדבר יהווה קריטריון מכריע, ולמצער בעל משקל רב מאוד, בהכרעה הסופית.<sup>88</sup> דוגמה לכך היא פסיקה שעסקה בזכות לחיים: בפסק הדין הראשון בעניין החוק האוסר על איחוד משפחות עם פלסטינים (עניין **עדאלה**), קבעו חלק משופטי ההרכב כי לנוכח עליונות הזכות לחיים על הזכות לחיי משפחה, אין מקום לפשרה הדדית ביניהן ולפיכך אין מקום להתערבות בחקיקה האוסרת באופן גורף על איחוד משפחות בין פלסטינים לבין ערבים ישראלים.<sup>89</sup>

על יישומה של גישה זו ביחס לאיסור על איחוד משפחות נמתחה ביקורת, בין היתר משום שנקודת המוצא שם שלפיה ההתנגשות שיוצר החוק היא בין הזכות לחיים לבין הזכות לחיי משפחה – מוטעית. ראייה נכונה יותר של הקונפליקט בעניין **עדאלה** היא התנגשות בין אינטרס הציבורי הכללי לביטחון לבין הזכות לחיי משפחה.<sup>90</sup> עם זאת, אף שאכן ניתן לומר שעניין **עדאלה** אינו משקף באמת התנגשות בין זכויות אדם, אלא בין זכות לבין אינטרס ציבורי כללי, גישת השופטים שצידדה בהעדפה של הזכות לחיים על פני הזכות לחיי משפחה, בשל מעמדה הרם של הזכות לחיים, לכאורה ניתנת להעתקה למקרים אחרים, שבהם קיימת התנגשות אמיתית בין זכות "נעלה" לבין זכות "נחותה" ממנה.<sup>91</sup> מכל מקום, הגישה התומכת בכך שזכות

<sup>86</sup> ראה שגב **שקלול ערכים ואיזון אינטרסים** (2008); **ברק** – **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 641-642; בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 413 (1995); מיטל פינטו ויובל יקותיאל "יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות בהגנה על זכויות אדם" **פורום עיוני משפט** מב 70 (2019) (להלן: "**פינטו ויקותיאל**"); ע"א 8345/08 **בן נתן נ' בכרי**, פסי' 27 (2011.7.27); בג"ץ 5432/03 **ש.י.ן** – **לשוויין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין**, פ"ד נח(3) 65, 87-88 (2004).

Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, *Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, in *CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS* 169 (Eva Brems ed., 2008); Barbara Rook Snyder, *Private Motivation, State Action and the Allocation of Responsibility for Fourteenth Amendment Violations*, 75 *CORNELL LAW REVIEW* 1053, 1061 (1990).

<sup>88</sup> **מדינה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 237.

<sup>89</sup> בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006), פסי' 2, 120 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין; פסי' 5 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (להלן: "**עניין עדאלה**").

<sup>90</sup> **מדינה וסבן**, לעיל ה"ש 54.

<sup>91</sup> ראו לדוגמה: בג"ץ 2753/03 **קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל**, פ"ד נו(6) 359, 380 (2003). ראו גם: בג"ץ 6126/94 **סנס נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817, פסי' 37 (1999).

שהיא אפריורית חשובה יותר תגבר תמיד, היא גישה קיצונית, אשר אינה לוקחת בחשבון פרמטרים רבים חשובים, שעליהם נעמוד בהמשך הדברים.<sup>92</sup>

### 3. גישת האיזון המקביל (The ultimate balancing test)

בספרות ובפסיקה קיימת גישה המצדדת בנוסחת איזון בין זכויות של פרטים המכונה "The ultimate balancing test" (גישה זו תכונה להלן: "גישת האיזון המקביל"). גישה זו מבוססת על מספר נדבכים. ראשית, נקודת המוצא של גישה זו היא, כי אין מדרג היררכי בין זכויות אדם. ואולם, יש להתחשב בחשיבותן היחסית של הזכויות המתנגשות בנסיבות הקונקרטיות של העניין. שנית, יש להצביע על הצדקה לפגיעה בכל אחת מהזכויות המתחרות זו בזו. לבסוף, יש להחיל את **מבחני המידתיות** ביחס **לכל אחת** מהזכויות הנפגעות.<sup>93</sup> גישת האיזון המקביל מבוססת איפוא על בחינה כפולה של הפגיעה בכל אחת מהזכויות הרלוונטיות.

גישת האיזון המקביל משקפת איזון אופקי "משוכלל" יותר, שכן היא מבטאת את הצורך בפשרה הדדית בין זכויות (כמו האיזון האופקי), אך מוסיפה צעדים מעשיים שיש לנקוט בהם בהקשר זה. יתרון נוסף הוא התאמת עילת המידתיות המוכרת לאיזון בין זכויות, ומתן מענה מסוים לקשיים לעיל שצוינו ביחס ליישום עילה זו על התנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן. גישת האיזון המקביל חסרה הבהרה כיצד ייושמו מבחני המידתיות ביחס לכל אחת מהזכויות בפועל, ובפרט כיצד ייושם במקביל מבחן המידתיות במובן הצר (מבחן הבוחן כידוע אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות הרלוונטיות). עם זאת, כנטען להלן, נראה כי קשיים אלה ניתנים לפתרון.<sup>94</sup>

מסיכום הדברים עד כה, עולה כי גישת האיזון האופקי המוכרת בפסיקה בישראל אינה מתווה אמות מידה מספקות להכרעה בתחרות בין זכויות. הדבר גורם לאי-בהירות ולסתירות בפסיקה. הגישה האחרת, שלפיה הקריטריון המכריע לפתרון קונפליקטים בין זכויות הוא ההיררכיה ביניהן, לוקה בכך שהיא אינה מתחשבת בכלל השיקולים הרלוונטיים. חשוב מכך: גישה זו מקנה בכורה מלכתחילה לזכותו של אחד מהצדדים, ובכך אינה מתיישבת עם הגישה הרצויה לדעתי המבכרת פשרות על פני פתרונות קיצון. לעומת זאת, כפי שאטען להלן ביתר הרחבה, אף שגישת האיזון המקביל מעוררת קשיים מסוימים, נראה כי היא מתאימה ליישום בענייננו וראוי להעדיפה על פני גישות אפשריות אחרות.

### פרק ד': עיצוב המודל הראוי לאיזון בשוק העבודה הפרטי – מהתיאוריה לפרקטיקה

#### 1. יישום גישת האיזון המקביל במקרים המתאימים

הגישה המבכרת פשרות הדדיות במסגרת יחסי עבודה שפורטה לעיל, תומכת בניתוח מקביל של הפגיעה בזכויות במקרים המתאימים, בדומה לגישת האיזון המקביל שאליה התייחסתי קודם לכן (המכונה The ultimate balancing test), בשינויים המחויבים. האיזון המקביל מחייב את שני הצדדים שזכויותיהם מתנגשות זו בזו להצדיק את החלטותיהם ולשכנע בנחיצותן. גישה זו דורשת הן מהעובד, הן מהמעסיק, לשקול היטב את הצורך בפעולה הפוגעת באחר וכן אם קיימות אלטרנטיבות, ולכן מתיישבת עם הצורך הכללי בגמישות, בשיתוף פעולה ובפשרות הדדיות במסגרת יחסי עבודה, כמו גם עם הצורך בחלוקת סיכונים הוגנת. בנוסף, יישום עקרון האיזון המקביל במקרים המתאימים לכך – המצריך כאמור בחינה כפולה של

<sup>92</sup> **מדינה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 238-239.

<sup>93</sup> Re: S (Identity: Restrictions on Publication) [2004] UKHL 47, para. 17

<sup>94</sup> Huge Collins, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in CONSTITUTIONALIZATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW 49-51 (H. Micklitz (ed.), 2014).



הזכויות משני צדי המתרס – מאפשר לנטרל את ההטיה האפשרית לטובת התובע, הטיה שעשויה להיווצר אם מבחני האיזון יוחלו תמיד רק מנקודת מבטו של יוזם ההליך.<sup>95</sup> כמו כן, הניתוח המקביל של כל אחת מהזכויות ושל הפגיעות בהן מגדיל את הסיכוי שכל השיקולים הרלוונטיים להכרעה יבואו לכדי ביטוי,<sup>96</sup> כמו גם להכרעות פסיקתיות מאוזנות ומשכנעות יותר. גישה זו שונה וחדשה, לעומת הגישה המיושמת כיום בבתי הדין לעבודה, עליה עמדתי לעיל.

מנגד, ניתן לטעון שעקרון האיזון המקביל אינו ראוי, שכן על העובד לא מוטלת כל חובה לכבד זכויות של המעסיק, מלבד חובות הקבועות בדין כמו האיסור על לשון הרע. אני סבורה שטענה זו אינה מדויקת, שכן הזכות העיקרית של המעסיק שמתנגשת עם זכויות העובד היא הזכות הניהולית, אשר על העובד מוטלת חובה לכבדה מכוח היחסים החוזיים בין הצדדים ומכוח ההבנה כי יחסי עבודה מושתתים על כפיפות מסוימת של העובד למעסיק. כלומר, חובת העובד לכבד זכויות של המעסיק נובעת מטיבם של יחסי העבודה עצמם.

ניתן להוסיף ולטעון, שהצדדים לחוזה עבודה אינם שווי כוחות, ולכן קיים חשש מובנה שהמעסיק יבקש לנצל את כוחו לרעה, חשש אשר יש להביא לידי ביטוי במסגרת מבחני האיזון. טענה כזו נסמכת על ייחודיות יחסי העבודה, המשקפים סוג של משטר שבו העובד כפוף כאמור למעסיק. Elizabeth Anderson כינתה משטר זה Private government.<sup>97</sup> גיא דוידוב הסיק מכך שקיים כשל דמוקרטי במקום העבודה שיש לתקנו.<sup>98</sup> בהתבסס על מצב דברים זה, יבוא הטוען ויטען כי החלה של איזון אופקי, על דרך של איזון מקביל, משקפת סימטריה בין הצדדים במקום שבו היא לא קיימת (או לא ראוי שתתקיים).<sup>99</sup> על כן, ניתן לטעון כי האיזון הראוי אינו החותר לפשרות הדדיות (באמצעות איזון מקביל), אלא איזון הדורש מהמעסיק להצדיק את פעולותיו ולשאת בעלויות הקשורות בהגנה על זכויות עובדיו, מתוך שאיפה לצמצם את פערי הכוחות בין הצדדים. אני סבורה שכללי האיזון אכן צריכים לשאוף, בין היתר, לצמצום פערי הכוחות בין עובדים לבין מעסיקים. עם זאת, קביעה כי קיומם של פערי כוחות מצדיק לראות בהחלטות של מעסיק פרטי הפוגעות בזכויות כחשודות תמיד, ודרישה לצמצום הפגיעה הצפויה רק מצדו של המעסיק, מעוררות קושי. גישה כזו אינה מתחשבת דיה, כך נדמה, בזכויות המעסיק בשוק הפרטי ולא מקנה משקל מספיק לכך שלעתים גם החלטות של העובד עשויות לפגוע במעסיק יתר על המידה.<sup>100</sup> למעשה, מדובר בהתייחסות אל תחרות בין זכויות במסגרת יחסי עבודה כאל תחרות "רגילה" בין זכות לבין אינטרס ציבורי כללי, אשר עשויה להוביל להעדפה בלתי מוצדקת של הזכות שמוצגת בידי העובד – ולחריגה מכללי הראיות הרגילים שלפיהם המוציא מחברו עליו הראיה.<sup>101</sup> בהקשר זה, החשוב הוא לא מי שפעל ראשון כנגד האחר, אלא על מי מוטל הנטל להצדיק את מה שעשה.

<sup>95</sup> Smet - the judge's dilemma, לעיל ה"ש 30, בעמ' 35-34.

<sup>96</sup> Justice Andrew Cheung PJ, *Conflict of fundamental rights and the double proportionality test*, A lecture in the Common Law Lecture Series 2019 delivered at the University of Hong Kong on 17 September 2019.

<sup>97</sup> ELIZABETH ANDERSON, PRIVATE GOVERNMENT (2017).

<sup>98</sup> Guy Davidov, *Subordination v Domination: Exploring the Differences*, 33 INT. J COMP LAB L & IND. REL. 365 (2017).

<sup>99</sup> לדיון קרוב ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 70; כן ראו: Davidov 2016, לעיל ה"ש 10, בעמ' 162 הטוען שבחוקי העבודה אין סימטריה, שכן הם מכוונים לצמצום פערי הכוחות בין עובדים לבין מעסיקים.

<sup>100</sup> להבדלים בין "שלטון" המעסיקים לעומת שלטון המדינה ראו:

Niko Kolodny, *Help Wanted: Subordinates*, in ELIZABETH ANDERSON, PRIVATE GOVERNMENT 99, 106-107 (2017).

<sup>101</sup> Smet - the judge's dilemma, לעיל ה"ש 30, בעמ' 35-34.

עוד ניתן לטעון נגד האיזון המקביל, כי מי שצריך להצדיק את פעולתו הוא **בעל הכוח** בנסיבות המקרה. כאשר מדובר בשביתה, למשל, הניתוח צריך להתבצע מנקודת מבטו של ארגון העובדים שהחליט על פתיחה בשביתה (והוא זה שיצטרך למעשה להצדיק את הפגיעה בזכויות המעסיק). לעומת זאת, כאשר מעסיק מחליט, לדוגמה, לעקוב אחרי עובדיו, ההכרעה תתמקד בו, כמי שקיבל את ההחלטה וכמי שהינו בעל הכוח במסגרת אותה סיטואציה. לגישה תיאורטית זו אני נוטה להסכים, אם כי כפי שאראה להלן, היא אינה שוללת יישום של איזון מקביל במקרים המתאימים לכך.

טענת נגד נוספת היא שהאיזון צריך להיעשות מנקודת המבט של **הנתבע**, וממנו למעשה יש לדרוש להצדיק את פעולתו הפוגעת בזכות של התובע. הטעם לדבר הוא ההנחה, שהצד הנתבע הוא למעשה **הצד החזק**, שכן ברשותו מצוי הכוח לפתור את הפגיעה בזכויותיו מחוץ לכותלי בית המשפט. ואולם, גישה זו אף היא מעוררת קושי, שכן היא מתעלמת מכך שהצד שלא פנה לבית המשפט עושה זאת לעתים מסיבות פרקטיות שאינן בהכרח נובעות מכוח עודף.

כן ניתן לטעון, כי פתרון עדיף על איזון בין זכויות הוא תחמת היקפן באופן שיתר את הצורך באיזון ביניהן וימנע למעשה את הצורך להכריע איזו זכות עדיפה על חברתה. כלומר, במסגרת סכסוך בין פרטים, לרבות בסכסוך בין מעסיק לבין עובד, עדיף לחתור לקביעה שלפיה התנהגות של אחד מהצדדים אינה חלק מ"זכות" המוקנית לו (כגון טענה, למשל, ששקר אינו חלק מחופש הביטוי), על פני גישה שמכניסה קשת התנהגויות רחבה תחת הגדרה של "זכות" ומחייבת איזון בינה לבין זכות אחרת. עם זאת, פתרון זה אינו נותן מענה מלא לבעיה, משום שישנם מקרים שבהם לא ניתן למנוע את ההתנגשות בין הזכויות בדרך של הגבלת ההיקף שלהן. המאמר הנוכחי מבקש להתמודד דווקא עם מקרים כאלה.

ראוי להבהיר, שהחלת איזון אופקי, על דרך של איזון מקביל, אינה מחייבת סימטריה בין המעסיק לבין העובד במקום שבו היא לא רצויה או לא ראויה. החלת כללי איזון מקביל נועדו כאמור להוביל לצמצום פערי הכוחות, אך זאת בדרך שאינה קיצונית, אשר תיתן ביטוי לצורך בשיתוף פעולה בין צדדים ליחסי עבודה ולחלוקת סיכונים הוגנת. במילים אחרות, איני מציעה כללי איזון המשקפים סימטריה בין עובדים לבין מעסיקים, אלא א-סימטריה מתונה. משמעותה של א-סימטריה מתונה היא החלת איזון מקביל רק במקרים המתאימים לכך. יהיו מקרים שבהם לא יהיה זה ראוי להכריע בהתנגשות בין זכויות באמצעות דוקטרינת האיזון המקביל.<sup>102</sup> **בהקשר זה, יש להתחשב בשונות בין מקרים שבהם לשני הצדדים – לעובד ולמעסיק כאחד – יש כוח לקבל החלטות אקטיביות ביחס לסיטואציה מסוימת, לבין מקרים שבהם רק לצד אחד יש כוח לקבל החלטות מסוג זה.** במקרים מהסוג הראשון, נעדיף איזון מקביל מלא, קרי בחינה מקבילה של כל הפרמטרים לאיזון שעליהם אעמוד להלן כמו תכלית הפעולה והאפשרות לצמצם את הפגיעה בזכויות הצד האחר. במקרים מהסוג השני, הניתוח יתמקד בעיקר במקבל החלטה. מטבע הדברים, לרוב בעל הכוח לשנות את הקיים יהיה המעסיק. לכן, כללי האיזון שאני מציעה משקפים כאמור א-סימטריה מתונה בין המעסיק לבין העובד (במקרים רבים הנטל יוטל על המעסיק להצדיק את פעולתו או אי-פעולתו, אך לא תמיד).

**מהי החלטה אקטיבית? בתחום הכלכלה ההתנהגותית, מוכרת ההבחנה בין החלטה אקטיבית לבין החלטה פסיבית.** לפי הגדרתו של יסעור,<sup>103</sup> החלטה אקטיבית היא החלטה על שינוי ביחס למצב הקיים, שינוי ביחס

<sup>102</sup> להשפעה של סימטריה על דוקטרינות משפטיות ראו למשל:

Zachary Price, *Symmetric Constitutionalism: An Essay on Masterpiece Cakeshop and the Post-Kennedy Supreme Court*, 70 HASTINGS L.J. 1273, 1301 (2019) ("Price").

<sup>103</sup> יוסי יסעור פיצות, איקאה ודילמת האיש השמן: שיפור תהליך קבלת החלטות שלנו באופן אקטיבי ופסיבי 64 (2019).

לנהוג ולמקובל בחברה שבה אנחנו חיים או שינוי ביחס למה שהיינו רגילים אליו. לעומת זאת, החלטה פסיבית היא החלטה להימנע מהחלטה או להמשיך בהתאם לנהוג במצב הקיים.<sup>104</sup> כלכלנים/פסיכולוגים קוגניטיביים עושים שימוש בהבחנה בין החלטה אקטיבית לבין החלטה פסיבית על מנת לחשוף הטיות קוגניטיביות, אשר גורמות לנו להעדיף את המוכר והקיים (החלטות פסיביות) על פני שינוי הסטטוס קוו או על פני התנהגות בניגוד לסטנדרטים מקובלים ונהוגים (החלטות אקטיביות). בענייננו ההבחנה הנ"ל משמשת כאמור לצורך אחר: במקרים שבהם עובד או מעסיק מקבל החלטה המשקפת שינוי מהמצב הקיים או חורגת מהמקובל מדובר בהחלטה אקטיבית. כאשר החלטה זו פוגעת בזכותו של אדם/גוף אחר, יש לבחון אותה במשקפי מבחני האיזון הנדרשים. ככל שעסקינן בסיטואציה שבה שני הצדדים קיבלו החלטות אקטיביות הפוגעות בזכויות, יש להכריע בסכסוך ביניהם בהתאם למבחני האיזון המקביל. דוגמה לכך היא מצבים שבהם עובדים מתבטאים באופן פומבי נגד מעסיקם, והמעסיק בתגובה מפעיל נגדם אמצעי משמעותי או פיטורים. דוגמה אחרת היא עובדים שמחליטים לנקוט בשביתה חלקית, והמעסיק בתגובה בוחר להשבית את המפעל כולו. דוגמה נוספת היא החלטה של העובד להתחרות במעסיקו, והמעסיק בתגובה מחליט על שינוי מתכונת העסקתו של העובד. בשלושת המצבים הללו – כל אחד מהצדדים קיבל החלטה אקטיבית ששינתה מהסטטוס קוו, ופגעה בזכות של הצד האחר. במצבים אחרים, שבהם רק אחד מהצדדים קיבל החלטה אקטיבית – כמו למשל החלטה של ארגון העובדים על שביתה כוללת במפעל או החלטה חד-צדדית של המעסיק על שינוי בסדרי העבודה במפעל – נתמקד בעיקר באופן קבלת ההחלטות שלו.

יוער כי ההבחנה בין החלטה אקטיבית לבין החלטה פאסיבית אינה נקייה מקשיים, שכן קו הגבול בין שני סוגי ההחלטות עשוי להיות לעתים לא ברור. עם זאת, לדעתי יש בהבחנה זו תועלת (העולה על חסרונותיה), שכן יש בכוחה לסייע בזיהוי מי הפעיל כוח בסיטואציה נתונה, ובהתאם על מי מוטל הנטל להצדיק את פעולתו. בהקשר זה יצוין, שישנם מחקרים שקושרים בין כוח לבין יכולת קבלת החלטות עצמאית (agency), אשר ממנה נגזרת, בין היתר, היכולת לקחת יוזמה או לשנות את הסביבה כך שתתאים לצרכים אישיים.<sup>105</sup> אם כן, קבלת החלטה שמשנה את המציאות הקיימת (החלטה אקטיבית) קשורה אף היא להפעלת כוח בידי מקבל ההחלטה. אנסה להמחיש עוד את ההבחנה הנדרשת בין סוגי ההחלטות באמצעות דוגמות בפרק האחרון של מאמר זה, אולם תחילה אבקש לעמוד על פרמטרים ספציפיים לאיזון (מקביל ושאינו מקביל).

## 2. שימוש במבחני איזון פרטניים

בין אם נדרש איזון מקביל ובין אם לאו, הצורך בשיטה ברורה לאיזון שעליו עמדתי קודם לכן, מחייב שימוש בפרמטרים ספציפיים שיש להתחשב בהם. גם בהקשר זה ניתן לפנות לגישת האיזון המקביל, אשר מתבססת כאמור בעיקר על עילת המידתיות. אף שעל עילה זו נמתחה ביקורת,<sup>106</sup> היא עדיין נתפסת ככזו שבכוחה להגביר את הסדר והארגון של ההחלטה השיפוטית.<sup>107</sup> בנוסף לטעם פרגמטי זה, גם שיקולי לגיטימציה ויחסים בין הרשויות תומכים בשימוש בעילה זו: מבחני עילת המידתיות מעוררים פחות ביקורת מצד הרשויות האחרות ומצד הציבור בכללותו, בהשוואה למבחני איזון אחרים כמו מבחני הסבירות. כמו כן, עילת הסבירות משמשת גם במקרים שבהם נבחנת סבירות פעולה שלטונית שלא נוגעת במישרין לזכויות

<sup>104</sup> שם, בעמ' 64-65.

<sup>105</sup> Michael Scherer, Christilene du Plessis, Andy J. Yap and Stefan Thau, *Low power individuals in social power research: A quantitative review, theoretical framework, and empirical test*, 149 ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES 73 (2018).

<sup>106</sup> ראו לדוג': שטופלר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 218; פינטו ויקותיאל, לעיל ה"ש 86.

<sup>107</sup> מרגיית כהן "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות" **משפט וממשל** יט 229, 244 (2018).

יסוד (כגון בהקשר של סבירות מינויים בשירות הציבורי).<sup>108</sup> מטעמים אלה, מבחני עילת המידתיות מתאימים לשמש כפרמטרים להכרעת סכסוכים בשוק העבודה יותר מאשר עילות ביקורת כלליות ופחות מובנות (structured), כמו עילת הסבירות.<sup>109</sup> אין בכוונתי לטעון שעילת המידתיות מהווה פתרון מושלם לבעיית אי העקביות/שקיפות במשפט, אלא כי היא בבחינת "הרע במיעוטו", בכפוף להתאמות הנדרשות שיש לעשות בה במסגרת יחסי עבודה. בתמצית יצוין, והדברים יפורטו ביתר הרחבה להלן, כי ההתאמה העיקרית למבחני המידתיות היא מתן דגש רב יותר לחשיבותן ה**יחסית** של הזכויות המתנגשות ועצמת הפגיעה בהן בנסיבות העניין, והחלפת מבחן המידתיות הצר בפרמטרים כלליים שמתאימים יותר לבחינה מקבילה של הזכויות המתנגשות.<sup>110</sup>

### 3. המטרות והמניעים של הפעולה

בדרך כלל, בכל תחום שבו מבקשים לערוך איזון אינטרסים יש חשיבות לתכלית הפגיעה, לאו דווקא בגלל שקיימים מקרים רבים שבהם פוסלים תכליות כלא ראויות, אלא בגלל שהניתוח אם פגיעה בזכויות מוצדקת מבוסס על הגדרת ובחינת התכלית לפגיעה.<sup>111</sup> בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ניתן לזהות שתי קבוצות של תכליות ראויות לפגיעה בזכויות של אחרים: ראשית, הגנה על זכויות אדם; שנית, קידום אינטרסים ציבוריים חשובים.<sup>112</sup> בשונה מיחסי הפרט והשלטון, במערכות יחסים בין פרטים מותר להתחשב באינטרסים עצמיים, לרבות בשיקולים של השאת רווחים. זאת ועוד, רשות מינהלית רשאית לפעול רק בהתאם לסמכות שהוקנתה לה בחוק, ובהתאם לתכליתו של חוק זה. לעומת זאת, אנשים פרטיים רשאים לפעול כרצונם, בכפוף להגבלות הקיימות בדיון. כפועל יוצא מכך, מרחב הפעולה של הפרט כביכול גדול יותר, לרבות ביחס למטרות המצדיקות פגיעה בזכויות אדם במסגרת היחסים במגזר הפרטי. יתרה מכך, כאשר מדובר בהתנגשות בין זכויות של פרטים, צד שקיבל החלטה צפוי לטעון שפעולתו (או הימנעות מפעולה) לגיטימית שכן היא נועדה להגשמת זכות אדם שלו. כלומר, כאשר מדובר בהתנגשות בין זכויות של פרטים – להבדיל מהתנגשות בין זכות לבין אינטרס כללי – כביכול לא יהיה מצב שבו התכלית תהיה פסולה, שכן מימוש זכות אדם מהווה תמיד תכלית ראויה.

קביעה זו יש לסייג כאשר מדובר ביחסי עבודה. אף שמעסיקים ועובדים רשאים לקחת בחשבון אינטרסים עצמיים שלהם, הם כפופים כאמור בעת ובעונה אחת לחובות אמון, הגינות ותום לב מוגברות זה כלפי זה. לפיכך, נראה שבנוסף לטיעון המתבסס על הגשמת זכות אדם, על מעסיקים ועל עובדים להראות כי האינטרס/המניע להפעלת זכותם בסיטואציה מסוימת הוא ראוי.<sup>113</sup> לדוגמה, מתיחת ביקורת של העובד על המעסיק מתוך רצון להפעיל לחץ על המעסיק לשפר את תנאי העסקתו, ולא מתוך רצון לשקף את דעותיו

<sup>108</sup> זמיר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 3924-3925. לאחרונה שונה חוק יסוד: השפיטה, באופן שמבטל את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה בעילת סבירות. תיקון זה שנוי במחלוקת ציבורית ומשפטית עזה, אולם הדיון בו חורג מגדרי מאמר זה.

<sup>109</sup> לגישה שונה, התומכת ביישום מגוון מבחני איזון ראו: David Cabrelli, *The Hierarchy of Differing Behavioural* (2011) 40 ILJ 146, 172-173; **Davidov 2016**; *Standards of Review in Labour Law*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 163-164.

<sup>110</sup> משה כהן אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" בתוך **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית והזות מגדרית** 497, 514 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016); **דוידוב – מידתיות**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 50.

<sup>111</sup> **PA Model**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 564-565, 567.

<sup>112</sup> Talya Steiner, *Proportionality analysis by the Israeli Supreme Court*, in **PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE** 328 (Mordechai Kremnitzer, Talia Steiner and Andrej Land eds., 2020) ("**Steiner**").

<sup>113</sup> ע"א 6601/96 **AES System INC נ' סער**, פ"ד נד(3) 850, 868 (2000) (להלן: "**עניין סער**")

של העובד ולהשפיע על השיח הציבורי, עשויה להיחשב כבלתי לגיטימית. גם מניע כלכלי של העובד לפעולה – למשל סיוע למתחרים וקבלת תשלום על כך – עשוי להוות אינטרס פסול.<sup>114</sup>

מצד המעסיק, ניתן להדגים סוגיה זו באמצעות התייחסות לזכות הניהולית. הזכות הניהולית היא זכות כללית רחבה.<sup>115</sup> לנוכח היקפה והיבטיה השונים, נמצא כי פעולות רבות מכוחה של הזכות הניהולית הן לגיטימיות, גם כאשר הן פוגעות בזכויות יסוד של העובדים. לדוגמה, פיקוח על פעילות עובדים במטרה שלא יעשו שימוש בלתי מורשה או בלתי חוקי במחשבי העבודה;<sup>116</sup> הפיכת הסדר עבודה בלתי חוקי לחוקי;<sup>117</sup> הבטחת ביצוע עבודה כראוי;<sup>118</sup> מתן הזדמנות הוגנת למשתתפים חדשים בשוק העבודה;<sup>119</sup> מניעת ניגוד עניינים של העובד (ע"י הגבלת עבודה פרטית);<sup>120</sup> והגנה על אינטרסים לגיטימיים של צדדים שלישיים.<sup>121</sup> עם זאת, יש חשיבות בעמידה על היבטיה הספציפיים של הזכות הניהולית כמו גם על האינטרס להפעלתה במקרה הקונקרטי, על מנת להעריך את החשיבות שיש לייחס לה בנסיבות העניין.<sup>122</sup> דוגמה לכך היא פרשת **אהרוני**, שבה מעסיק (מפעל הפיס) סירב להחזיר לעבודה עובדת שלא קיבלה חיסון נגד נגיף הקורונה. בית הדין קבע כי מאחר שהמעסיק סירב לשקול חלופות לסירוב מוחלט להחזרת העובדת לעבודה (כגון חיוב בהצגת בדיקה שלילית לקורונה או אפשרויות אחרות), נראה כי סירובו נובע למעשה מעמדה אידיאולוגית נגד אנשים המתנגדים לחיסוני קורונה. בהקשר זה קבע בית הדין, כי טעם אידיאולוגי שכזה לכאורה אינו יכול להצדיק פגיעה בחופש העיסוק, בפרטיות ובאוטונומיה של העובדת.<sup>123</sup>

במקרים אחרים המניע לפעולה אינו "זר" לזכות הניהולית, אך בכל זאת יהיה בעייתי. דוגמה לכך היא פגיעה בחופש העיסוק של העובד מהטעם שהמעסיק מעוניין למנוע תחרות. תחרות חופשית היא ערך יסודי וחשוב מבחינה ציבורית, ולכן פעולה מסוימת הפוגעת בו במכוון אינה לגיטימית.<sup>124</sup>

דוגמה אחרת בהקשר זה היא החלטה של מעסיק להטיל סנקציה משמעתית על עובד החורגת מהדרוש (סנקציה עונשית), וזאת על-מנת למנוע מעובדים אחרים לנהוג באופן דומה. בנסיבות כאלה נראה שמדובר בשימוש בלתי לגיטימי בעובד שסרח כאמצעי.<sup>125</sup> יוער כי הרתעה כללית היא תכלית מקובלת במשפט פלילי, אך גם בתחום משפט זה הועלו השגות לגביה, הן בשל הספק בדבר האפקטיביות שלה, הן בשל הנימוק שלא הוגן להטיל עונש על אדם בזיקה לפשע עתידי/איאורטי של אדם אחר.<sup>126</sup> הדברים נכונים בבחינת קל וחומר ביחסי עבודה, שבהם כאמור נדרש אמון הדדי וקיימת חשיבות למתן יחס מכבד לעובד. לנוכח דברים אלה, ניתן לבקר את הפסיקה שהתירה באופן עקרוני למעסיקים לחשוף בפני עובדי המפעל את פרטי המקרים של

<sup>114</sup> ("Vickers") LUCY VICKERS, FREEDOM OF SPEECH AND EMPLOYMENT 137 (2010)

<sup>115</sup> להבחנה בין זכות כללית לבין זכות ספציפית, ראו בפסק דינו של השופט א' מצא בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661 (1996) (להלן: "עניין נחמני").

<sup>116</sup> עניין איסקוב, לעיל ה"ש 1, פס" 8.

<sup>117</sup> ע"ע 300353/97 מדינת ישראל - נהרי, פד"ע לה 318 (2000).

<sup>118</sup> סק"כ (ארצי) 15-02-24301 הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף לאיגוד מקצועי - מדינת ישראל, פס" 108 (19.4.2020).

<sup>119</sup> ע"ע (ארצי) 107/05 קלנר - נציב שירות המדינה (27.2.2006).

<sup>120</sup> ס"ע (חיי) 09-06-23482 כהן - משרד המשפטים, פס" 15 (9.1.2012).

<sup>121</sup> סע"ש (ת"א) 12-12-31786 בן איון - ש.ק.ל עמותה לתכנון ופיתוח שירותים קהילתיים בבת ים (2.12.2014).

<sup>122</sup> ראו: מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 460 (תשע"א).

<sup>123</sup> סע"ש (אזורי י-ם) 21-06-15897 אהרוני - מפעל הפיס (6.7.2021). בהמשך להחלטה זו קבע המעסיק תנאים לחזרתה של המבקשת לעבודה, שבכללם בדיקת קורונה מדי 72 שעות ועטית מסכה. בית הדין לא מצא מקום להתערבות בתנאים אלה, אולם ציין שלנוכח התנודתיות המאפיינת את ההתמודדות עם הקורונה עלולים להתעורר מעת לעת טעמים שלשיטת מי מהצדדים ראוי שיצדיקו שינויים או התאמות, וכי על הצדדים להידבר לשם כך (החלטה מיום 11.8.2021).

<sup>124</sup> עניין סער, לעיל ה"ש 112, בעמ' 877; ע"ע 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ, פד"ע ל"ד 249, 309 (1999) (להלן: "עניין פרומר").

<sup>125</sup> Möller, לעיל ה"ש 85, בעמ' 147.

<sup>126</sup> עו"ד ליאור בן-דוד, עו"ד אורלי פישמן ועו"ד דינה צדוק "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה - סקירה משווה" הכנסת - מחלקת מידע ומחקר 8 (2006).

עובדים שפוטר לשם "העברת מסר" בדבר דרך ההתנהגות הרצויה במקום העבודה, ובלבד שהדבר ייעשה באופן מידתי.<sup>127</sup> ביוש עובד שפוטר ככלי ניהולי כלפי עובדים אחרים מעורר קושי. אע"פ, שאין כוונתי לטעון נגד התדיינות פנים ארגונית באופן כללי, אלא להצביע על הבעייתיות בחשיפת פרטיו והתנהלותו של עובד מסוים, שלא בהכרח יכול להציג את עמדתו, בפני כלל העובדים, וזאת כדי למנוע הישנות מקרים דומים בעתיד.

אם כן, כאשר ניתן לזהות מניע "זר" (של המעסיק/של העובד) לתכלית הזכות, הדבר עשוי להוביל להעדפת הזכות האחרת. ניתן לטעון, כי התחשבות במניעים של מעסיקים או של עובדים קשה ליישום בפועל משום שמעסיקים/עובדים יפעלו להסוואת מניעיהם (כשם שקורה למשל בסוגיות שקשורות להפליה). טענה זו נכונה, אולם אינה מאיינת לדעתי את הצורך בניסיון לעמוד על המניע או על מטרת הפעולה הנבחרת. מדובר למעשה בקושי ראייתי, אשר ניתן להתמודד עמו בכלים של דיני ראיות כמו קביעת חזקות ראייתיות במקרים המתאימים (כפי שנעשה בדיני ההפליה), היעזרות בראיות נסיבתיות (כפי שנעשה בעניין **אהרוני** הנזכר לעיל) וחקירות עדים בבית המשפט.

#### **4. נחיצות הפגיעה**

מבחן הצורך ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (להלן יחד: "**נחיצות הפגיעה**"), שהם מבחני-משנה של המידתיות, בוחנים אם קיים צורך אמיתי בפעולה הפוגעת בזכות ואם קיימות חלופות פוגעניות פחות לפעולה. פרמטר זה מגשים הלכה למעשה את הצורך בפשרות בין הצדדים ליחסי עבודה ואת העדפתן על פני הכרעות בינאריות. יצוין כי יישום הפרמטרים הראשונים על הצדדים משני צדי המתרס (במקרים המתאימים לכך, כפי שהוסבר לעיל) מבטא הבדל מהותי בין הגישה החלה על התנגשות בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים לבין הגישה שמוצע ליישם בדיני עבודה החלים על השוק הפרטי. בעוד שבאיזון רגיל רק הגורם השלטוני נדרש להראות שהפעולה נחוצה וכי לא קיימות אלטרנטיבות לפגיעה בזכות הכרוכה בהגשמתה, באיזון מקביל הן המעסיק, הן העובד נדרשים לכך. הכוונה היא לכך שעל כל אחד מהצדדים להצדיק את הפעולה שלו, ולא שעל כל אחד מהם לשלול את נחיצות הפעולה של הצד שכנגד.

בנוסף, במסגרת הקביעה אם פעולה מסוימת היא נחוצה, יש לשקול את מאפייני המעסיק, מאפייני העובד ואת ההקשר התעשייתי. למשל, ייתכן שאינטרס מסוים שיימצא נחוץ ביחס לעובדים מסוימים, יימצא בלתי נחוץ ביחס לעובדים אחרים. במצב כזה, פגיעה גורפת בזכויות העובדים כולם תעלה על הדרוש. כפי שצוין בפסק הדין בעניין **קלנסווה**,<sup>128</sup> ייתכן כי בעוד שדרישה מעובדים להזדהות באמצעים ביומטריים הפוגעים בפרטיותם תהיה לגיטימית ונחוצה במפעל ביטחוני, היא כלל לא תהיה נחוצה או מוצדקת במפעל בעל אופי אזרחי.

בדומה לבחינת מניעי הצדדים לפעולה (או לאי-פעולה), גם בבחינת נחיצות הפגיעה יש לבחון את הצהרות הצדדים ולוודא כי עומד מאחוריהן צורך ברור. היבט זה חשוב יותר ביחס למעסיק, אשר עשוי להשתמש בזכות הניהולית כהצדקה כללית ומעורפלת לצורך הצדקת פגיעה בזכויות עובדים.<sup>129</sup> כמו כן, נדרש כאמור לבחון אלטרנטיבות לפגיעה בזכות, ובמקרים המתאימים נדרש לעשות כן ביחס לשני צדי המתרס.<sup>130</sup> להלן

<sup>127</sup> ע"ע (ארצי) 46548-09-12 **אבידן** – פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 30 (31.3.2015); ע"ע (ארצי) 36064-09-16 **ישראייר תעופה ותיירות בע"מ** – שמעון (3.6.2018).

<sup>128</sup> עס"ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי** – עיריית קלנסווה, פס' 143 (15.3.2017).

<sup>129</sup> **בירנהק**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 460.

<sup>130</sup> על יתרוניתה של בחינת אלטרנטיבות באופן כללי ראו: שלמה קניאל **האומץ להחליט לפעול: קבלת החלטות אצל היחיד והקבוצה** 68 (2010).

אעמוד על שתי דוגמות בלתי ממצות, לצורך המחשת הדברים. בפרק האחרון של מאמר זה אתייחס לדוגמות נוספות. הדוגמות מתייחסות למצבים שבהם נדרש איזון מקביל, שכן לגביהם חשוב להבהיר את האופן שבו כללי האיזון מיושמים בפועל, אולם מובן שהצורך בבחינת אלטרנטיבות נכון גם למצבים שבהם רק אחד מהצדדים קיבל החלטה פוגענית העומדת למבחן. דוגמה ראשונה נוגעת לאפשרות של עובד לעבוד בעבודה נוספת. מעסיק עשוי לכאורה לאסור על עובד לעבוד בעבודה נוספת, תוך פגיעה בחופש העיסוק שלו. אמצעי פוגע פחות לא יטיל איסור גורף על עבודה נוספת, אלא רק במקרים שבהם הדבר מתחייב מאופייה של המשרה. מצדו השני של המתנס, העובד יכול לצמצם אף הוא את ההתנגשות בין חופש העיסוק שלו לבין מחויבותו למקום העבודה. לדוגמה, ביכולתו של עובד לבחור בעבודה נוספת בהיקף מצומצם יחסית, אשר לא תפגע בתפוקות שלו במקום העבודה העיקרי. לעניין זה ניתן להפנות לפסק הדין בעניין גני,<sup>131</sup> שבו נקבע כי האיסור הגורף על מרצים ב"בצלאל" להרצות במוסדות אקדמיים אחרים אינו לגיטימי, משום שבצלאל לא הציע להם עבודה במשרה מלאה ומשום שעבודתם הנוספת לא פגעה באיכות עבודתם ב"בצלאל".

דוגמה נוספת לצורך בבחינת אלטרנטיבות משני צדי המתנס קשורה לחופש הביטוי. התבטאויות של עובדים ביחס למקום עבודתם או ביחס לנושאים אחרים עשויות לגרום נזק למעסיק. במסגרת החובה המקבילה לבחירה באמצעים שפגיעתם בזכויות פחותה, ראוי לדרוש מהעובד המתבטא לפעול להקטנת הנזק הצפוי מהתבטאויות פומביות שלו. ככל שמדובר בביקורת כלפי המעסיק או מדיניותו, יש להעדיף פרסום תחילה בערוצים הפנימיים של מקום העבודה, ורק אם יש צורך אמיתי בכך ניתן לפרסם ביקורת פומבית. אפשרות נוספת היא פרסום הבהרה מראש שמדובר בדעה אישית של העובד או הקפדה על כך שההתבטאויות תיעשה בלי זיהוי/שיוך למקום העבודה. לבסוף ניתן לדרוש גם נקיטה בצעדים לצמצום הנזק בדיעבד, כמו פרסום הבהרה מטעם העובד כי הביטוי הוא על דעתו שלו בלבד, ובמקרים קיצוניים מחיקת ההתבטאויות או התנצלות בגינה. מהצד השני של המתנס, ניתן לדרוש מהמעסיק שלא לנקוט בצעדים דרסטיים כמו פיטורים או השעיה, אלא להעדיף צעדים מתונים יותר, כמו הבהרה מטעם המעסיק שלפיה הדברים שנאמרו אינם על דעתו.

#### **5. הערכת חשיבות הזכויות המתנגשות ועצמת הפגיעה בהן בנסיבות העניין**

גם לאחר שהמחלוקת צומצמה למינימום הנדרש, לרוב יוותר צורך להכריע מי מהצדדים ידו על העליונה בסכסוך ספציפי. במקרה זה, יש להתוות את שיקול הדעת השיפוטי באמצעות אמות מידה אשר מסייעות להעריך את מידת חשיבותן של הזכויות הרלוונטיות ואת עצמת הפגיעה בהן בנסיבות העניין, כאשר בכלל זה יש להביא בחשבון, בין היתר, את הסתברות הפגיעה בהן ומאפייניהם של מושאי הזכויות. מקור הפרמטרים המוצעים לעיל הינו בפסיקה ובספרות מתחום המשפט הציבורי שהציעו מבחנים להכרעה בין זכויות חוקתיות מתנגשות, ומהווים למעשה תחליף למבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר).<sup>132</sup> יישומם של הפרמטרים המפורטים להלן על יחסי עבודה, והצדקת מהלך זה, מהווה חידוש בשני היבטים עיקריים: ראשית, עצם ההצעה להחיל בכל מקרה פרמטרים ספציפיים אלה (להבדיל ממודלים אחרים בספרות ובפסיקה, המתבססים על שלושת מבחני המידתיות או על חלק מהם כפשוטם או תוך התאמות מסוימות), ושנית, ההצעה להחילם במקרים המתאימים במקביל על שני צדי המתנס (להבדיל ממודלים אחרים בספרות ובפסיקה, המחילים אותם על צד אחד של המתנס בלבד). ויוער, כי כאמור, יש קושי ביישום

<sup>131</sup> ע"ע (ארצי) 1828-10-11 גני – המוסד האקדמי לאמנות ולעיצוב "בצלאל" (28.11.2012).

<sup>132</sup> Alexy, לעיל ה"ש 8; ברק – מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48; Stijn Smet, *Conflicts Between Human Rights and the ECHR: Towards a Structured Balancing Test, in WHEN HUMAN RIGHTS CLASH AT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CONFLICT OR HARMONY* (Stijn Smet and Eva Brems eds., 2017) ("Smet").

מבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר) במקביל על שני צדי המתרס. העדפת פרמטרים **ספציפיים**, על פני מבחן המידתיות השלישי שרקמתו "פתוחה", מאפשרים את ביצוע האיזון המקביל הנדרש.

התנגשות בין זכויות אדם מעוררת מאליה את השאלה אם קיים (או אם ראוי שיהיה) מדרג זכויות המשקף את חשיבותן, אשר עשוי לסייע בהכרעה ביניהן. עריכת מדרג של זכויות היא משימה מורכבת, אשר דומה שאין לה תשובה "נכונה" אחת ותוצאותיה עשויות לעורר מחלוקות פוליטיות קשות. לא בכדי יש הסבורים כי אין מקום לקביעה מראש מהן זכויות חשובות יותר ומהן זכויות חשובות פחות.<sup>133</sup>

להמחשת הדברים, ניתן להשתמש בדוגמה מהשנים האחרונות לניסיון לעריכת מדרג כזה. בשנת 2019 הקים שר החוץ האמריקני דאז פומפיו ועדה מייעצת שתפקידה לעסוק בזכויות אדם בכלל, ובזכויות אדם בעלות מעמד מיוחד בפרט, וזאת לאור עקרונות ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. בחודש אוגוסט 2020 מסרה הוועדה את הדו"ח המסכם את פעילותה ומחקרה,<sup>134</sup> המתייחס בין היתר להיררכיה בין זכויות אדם. לפי האמור שם, סדר עדיפויות בין זכויות אדם הוא לא רק בלתי נמנע, אלא גם רצוי, בשים לב למסורת של כל מדינה ומדינה. בהקשר האמריקאי והמסורת האמריקנית הוזכרו חופש הדת, קניין וחירות מעבדות כערכים חשובים ביותר.<sup>135</sup> מטרת הוועדה, הרכבה האנושי ומסקנותיה – ובעיקר הדגש על חופש הדת והקניין דווקא – ספגו ביקורת ציבורית ממדינות אחרות ומארגוני זכויות אדם.<sup>136</sup> תוצאה זו מלמדת על הקושי הטמון בעריכת מדרג של זכויות שיהיה מקובל על הכל, בין היתר לנוכח ההיבטים הפוליטיים שלו.

הקביעה איזו זכות חשובה יותר מחברתה היא במידה רבה סובייקטיבית, פוליטית, ומושפעת ממשטן ערכי אישי, ממסורת ומתרבות ספציפית. לדוגמה, בעוד שבגרמניה היבטים מסוימים של הזכות החוקתית לכבוד האדם זוכה למעמד עליון (בשל הרצון להתנתק מהנאציזם), בדרום אפריקה זוכים כבוד האדם, השוויון והחירות למעמד שווה ורם יחד (בשל הרצון להתנתק ממשטר האפרטהייד).<sup>137</sup> השונות בעניין זה קיימת לא רק בין מדינות, אלא גם בתוך שיטת משפט מסוימת. בישראל, למשל, הביע בית המשפט העליון דעתו מעת לעת כי קיים מדרג בין זכויות שיש להתחשב בו,<sup>138</sup> אולם בפועל קשה לזהות בפסיקה עמדה אחידה בעניין. לדוגמה, יש שופטים הסבורים – על יסוד מסורת ישראל והמשפט העברי<sup>139</sup> – כי הזכות לשם טוב עולה בחשיבותה על זכויות אדם אחרות. לעומת זאת, יש שופטים המקנים חשיבות עליונה דווקא לחופש

Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna<sup>133</sup> on 25 June 1993); 750 בעמ' 115, לעיל ה"ש 115, בעמ' 750

REPORT OF THE COMMISSION ON UNALIENABLE RIGHTS (2020).<sup>134</sup>

שם, בעמ' 38, 55. בדו"ח מוזכר חופש הדת והזכות לקניין כזכויות שבמסורת האמריקנית ראויות להגנה מיוחדת.<sup>135</sup>

ראו: מכתב מיום 23.7.2019 מארגוני חברה אזרחית לשר החוץ פומפיו המותח ביקורת חריפה על הקמת הוועדה, מטרותיה והרכבה: <https://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/Unalienable-Rights-Commission-NGO-Ltr.pdf>; על

הסתייגויות מדינות אירופה מגישת הוועדה ראו:

Pranshu Verma, *Pompeo's Quest to Redefine Human Rights Draws Concern at U.N.*, *nytimes* 22.9.2020; Carol Morello, *Pompeo urges other countries to join alternative U.S. view on human rights*, *The Washington Post* 23.9.2020.

ויוזכר גם כי הוועדה הוקמה בידי ממשל נשיא ארה"ב הקודם דונלד טרמפ ומשכך לא נתפסה ככזו שנועדה לחזק את ההגנה על זכויות האדם, אלא להפך.

<sup>137</sup> אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** 480-479 (2014) (להלן: "ברק – כבוד האדם").

<sup>138</sup> עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 81, פס' 15 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

<sup>139</sup> "טוב שם משמן טוב" (קוהלת, ז 1); "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים" (בבא מציעא, נח [ב]).



הביטוי.<sup>140</sup> בהקשר זה יצוין, כי Lorenzo Zucca למשל, סבור שבפועל שופטים מכריעים בהתנגשות בין זכויות בהתאם לתפיסתם הערכית/מוסרית מהו הערך החשוב יותר לחברה, וכי אין בכך בהכרח פגם.<sup>141</sup>

מנגד, יש המצדדים בניתוח אמפירי/פוזיטיביסטי,<sup>142</sup> הבוחן אילו זכויות זוכות בפועל ליתר הגנה בכלים משפטיים מקומיים ובינלאומיים, בהשוואה לזכויות אחרות.<sup>143</sup> בהקשר זה הוצע לדוגמה להבחין בין זכויות חוקתיות לבין זכויות שאינן מוגנות בחוקה;<sup>144</sup> בין זכויות שנזכרות במסמכים מכווננים, כמו הכרזת העצמאות, לבין זכויות שלא נזכרות בהם;<sup>145</sup> או בין זכויות המוגנות מכוח איסור פלילי, המשקף גינוי חברתי ברמה גבוהה, לבין זכויות שאינן מוגנות באותו אופן.<sup>146</sup> הבעיה בגישה האמפירית/פוזיטיביסטית היא שאין בה הנחיה ברורה באשר למדרג הראוי בין זכויות אדם המצויות על אותו מישור (כמו למשל זכויות חוקתיות). על כן, קשה למצוא בה הדרכה מספקת.

אפשרות אחרת היא קביעה במישור הפילוסופי כי זכויות מסוימות הן בסיסיות/טבעיות, במובן זה שהגשמתן מהווה תנאי להגשמתן של זכויות אחרות, ולפיכך הן עליונות על אחרות. ניתוח פילוסופי כללי של הסוגיה חורג מגדריה של העבודה הנוכחית. עם זאת, מובן שקביעה מהן הזכויות הבסיסיות שמהן נגזרות יתר הזכויות (שהינן "נחותות" מהן) אינה פשוטה, ואף היא רגישה מאוד להערכות סובייקטיביות. לראיה, ישנן מספר גישות באשר לשאלה מהן אותן זכויות בסיסיות, ולפיכך אף מהן קשה לשאוב אמות מידה ברורות דיין.<sup>147</sup>

גם במסגרת משפט העבודה קיימות מחלוקות בעניין עקרונות הבסיס של תחום משפט זה, וטרם הוכרע מהם הערכים החשובים ביותר ביחסי עבודה.<sup>148</sup> לדוגמה, ה-ILO Declaration of Fundamental

---

<sup>140</sup> דני"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23 (2011) (להלן: "עניין אונגרפלד"); ע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד סו(3) 691, 746 (2014) (להלן: "עניין פלוני"); דני"א 2121/12 **פלוני נ' דיין-אורבך**, פ"ד סז(1) 667 (2014) (להלן: "עניין סרן ר'"), (השופט י' עמית, בעמ' 864; השופט ע' ארבל, בעמ' 766; השופט א' רובינשטיין, בעמ' 777).

ראו גם: Steiner, לעיל ה"ש 112, בעמ' 331.

<sup>141</sup> Zucca, לעיל ה"ש 29, בעמ' 168.

<sup>142</sup> John Montgomery, *Is There a Hierarchy of human rights?* 1(3) JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 373, 373 (2002).  
<sup>143</sup> בהקשר זה קיימת למשל כתיבה בנוגע להיררכיה של זכויות במשפט הבינלאומי, המנסה להסיק מהו המדרג הנכון בין זכויות בשים לב לאמנות זכויות אדם וכללים משפטיים בינ"ל נוספים. ראו לדוגמה: Theodor Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AM. J. INT'L L. 1 (1986).

<sup>144</sup> Eckart Klein, *Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy*, 41 ISR. L. REV. 477, 478 (2008).

בפסיקה הישראלית אף נשמעה דעה שלפיה יש להבחין בין זכויות חוקתיות שצוינו בחוקי היסוד במפורש, לעומת זכויות חוקתיות שלא צוינו במפורש. ראו בעניין זה: עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 140, בעמ' 763; ראו והשוו: דבריו של השופט י' עמית בעניין **סרן ר'**, לעיל ה"ש 140, שלפיהם נוכח חקייתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין להעדיף מראש את הזכות לחופש הביטוי על פני הזכות לשם טוב. השוו לגישה במשפט הקנדי, שלפיה זכויות חוקתיות שהפרלמנט יכול להתגבר עליהן בחקיקה זמנית, כמו חופש הביטוי והשוויון, הן זכויות המצויות נמוך בהיררכיה בהשוואה לזכויות חוקתיות שעליהן לא ניתן להתגבר (כמו הזכות להצביע בבחירות וחופש התנועה). ראו:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, sec 33; PETER HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* (2004); Mark Carter, *Analysis of the No Hierarchy of Constitutional Rights Doctrine*, 12 REV. CONST. STUD. 19 (2006).

<sup>145</sup> **ברק – מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 628.

<sup>146</sup> Dinah Shelton, *Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners*, 65 SASK. L. REV. 301, 312 (2002).

HENRY SHUE, *BASIC RIGHTS – SUBSISTENCE, AFFLUENCE, AND U.S FOREIGN POLICY: 40<sup>TH</sup> ANNIVERSARY*<sup>147</sup> EDITION (2020); Fernando Suarez Muller, *The Hierarchy of Human Rights and the Transcendental System of Right*, 20 HUMAN RIGHTS REVIEW 47 (2019).

<sup>148</sup> [www.ilo.org/declaration/lang--en/index/htm](http://www.ilo.org/declaration/lang--en/index/htm). ראו לדוגמה:

Virginia Mantouvalou, *Are Labour Rights Human Rights?* 3(2) EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL 151 (2012); Phillip Alston, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, 15

Principles and Rights at Work, מונה את הזכות להתאגדות; את מניעת כל הצורות של עבודה בכפייה; מניעת עבודת ילדים; מניעת כל הצורות של הפליה בעבודה, ולאחרונה, גם זכות לבריאות ולגהות במקום העבודה, כערכים בסיסיים בגדרי יחסי העבודה.<sup>149</sup> לעומת זאת, מגילת זכויות האדם של האיחוד האירופי (למשל) מדגישה כי לכל עובד יש זכות לתנאי עבודה המכבדים את בריאותו, בטיחותו וכבודו.<sup>150</sup> גם במשפט הישראלי אין תמימות דעים בנושא. בפסיקה קיימת דעה שלפיה הן הזכות לעבוד, הן זכותו הניהולית של המעסיק מהוות "זכויות יסוד חברתיות" שוות מעמד, וכאשר הן מתנגשות זו בזו נדרש איזון ביניהן. בנוסף, בבג"ץ **תנופה** הובעה עמדה, מפי השופטת דורנר, שלפיה זכויות כלכליות אינדיווידואליות נדחות מפני זכויות קיבוציות של עובדים.<sup>151</sup> ואולם, דעות אלו לא התקבלו כהלכה מחייבת.

קיים איפוא קושי מהותי לקבוע מדרג כללי ומופשט של זכויות אדם, לרבות במסגרת יחסי עבודה.<sup>152</sup> קושי זה נובע גם מכך שזכויות אדם אינן מצויות על אותו מישור וקשה לאתר אמת מידה אחידה להשוואה ביניהן (הבעיה הידועה המכונה Incommensurability).<sup>153</sup> בלשון ציורית – מדובר בניסיון להכריע בין איכותם של תפוחים לבין איכותם של ספרים או לנסות להשוות בין משקלה של אבן לבין אורכו של סרגל.<sup>154</sup> לכן, הניסיון לקבוע מראש איזו זכות אדם חשובה מחברתה באופן מופשט נועד לכישלון, ויש להעדיף דרך אחרת. הדרך המתאימה בעיני היא חשיבה על שיקולים אשר יאפשרו להעריך חשיבות של זכות במקרה נתון על נסיבותיו הפרטניות. שיקולים אחידים אלה לאו דווקא יסייעו בעריכת מדרג מופשט של זכויות, אלא יקדמו הערכה מושכלת יותר של חשיבות הזכויות שעל הפרק ועצמת הפגיעה בהן *בנסיבות העניין*. כמו כן, ניתן לצפות כי יישום שיקולים אחידים לבחינת הזכויות משני צדי המתרחס יתרום לתפיסת הפסיקה כניטרלית יותר, ולא ככזו שעוצבה מראש לטובת מי מהצדדים.<sup>155</sup> אפנה עתה לשורת שיקולים מעין אלה, שאינם בהכרח מהווים רשימה סגורה.

#### **5.א זכויות "הליכיות" לעומת זכויות המבטיחות תוצאה ספציפית ונקודתית**

לצורך הכרעת חשיבותן של זכויות מתנגשות בנסיבות העניין, ראוי לדעת לאמץ את ההבחנה המוצעת בספרות בין זכויות בדיני עבודה המתערבות **בתוכן המהותי של חוזה העבודה** בין הצדדים ומבטיחות תוצאה ספציפית ונקודתית (כמו זכות לשכר מינימום, זכות לחופשה ולמנוחה וכיו"ב) לבין זכויות הקשורות **בתהליך המשא ומתן החוזי** בין הצדדים (כמו זכות ההתארגנות, חובת היועצות עם ארגון עובדים וכיו"ב), אשר קיומן לא מבטיח תוצאה מסוימת ותכונתה כאן "זכויות הליכיות".<sup>156</sup> שני סוגי הזכויות נועדו לעיצוב מקום עבודה הוגן יותר, אולם זכויות הליכיות משקפות עקרונות יסוד של דיני העבודה ואת חתירתם לצמצום פערי כוחות בין מעסיקים לבין עובדים, ולכן ראוי לייחס להן משקל רב. ניתן לטעון, שזכויות

EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 457 (2004); Brian Langille, *Core Labour Rights – The True Story* (Reply to Alston) 16 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 409 (2005) ("Langille").

Also see: Faina Milman-Sivan, *Freedom of association as a core labour right and the ILO*, 3(2) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 110 (2009).

Resolution on the inclusion of a safe and healthy working environment in the ILO's framework of fundamental principles and rights at work (10 June 2022) ותברותיות, המעגנת היקף רחב של זכויות במסגרת יחסי עבודה.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (C/2012 326/02), §31(1)<sup>150</sup>

בג"ץ 450/97 **תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433 (1998); ע"ע (ארצי) 300435/97 **צמח מפעלים אזוריים עמק הירדן בע"מ – דגני (ג'ונדי) 9.1.2007**; ע"ע (ארצי) 1465/02 **משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה**, פ"ד לט 646 (2003).

STEVEN J. HEYMAN, *FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY* 71 (2008) ראו גם:<sup>152</sup>

*Zucca*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 85.<sup>153</sup>

*Smet - the Judge's dilemma*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 92-96.<sup>154</sup>

*Price*, לעיל ה"ש 102.<sup>155</sup>

*Langille*, לעיל ה"ש 148.<sup>156</sup>

הליכיות אינן מבטיחות את שיפור תנאי ההעסקה או אכיפה של זכויות עובדים קיימות. ואולם, ספק בעיני אם טענה זו רלוונטית, הרי אין ודאות שכל זכות – הליכית ולא הליכית – תיאכף או שעיונה בדין יוביל לשיפור בתנאי ההעסקה של העובדים. יתרון של זכויות הליכיות הוא בכוחן להביא להרחבת סל הזכויות וההטבות שלהן זכאים עובדים. לעומת זאת, זכויות ספציפיות כמו הזכות לבונוס מסוים או לשכר מינימום מסוים, אינן יכולות להשפיע על זכויות אחרות.

נוסף על כך, זכויות הליכיות של עובדים מצמצמות את פערי הכוחות בין הצדדים, והופכות את היחסים ביניהם לשוויוניים יותר. זכויות ספציפיות כמו הזכות לשכר מינימום או הזכות לתגמול עבור עבודה בשעות נוספות יוצאות מנקודת הנחה שהיחסים אינם שוויוניים, ואין בכוחן לשנות את יחסי הכוחות הקיימים. יצוין גם כי זכויות קונקרטיות כשלעצמן ולבדן אינן מבטיחות לעובד חיים טובים יותר. בהקשר זה מוכרת התופעה של "עובדים עניים", אשר חרף עבודתם במשרה מלאה בשכר מינימום ואף בשכר מעט גבוה יותר מהמינימום, מתקשים להתקיים בכבוד.<sup>157</sup> ניתן לטעון כי על המחוקק להעלות את שכר המינימום, אולם מובן שהדבר קשה יותר ליישום עקב הצורך בהליכי חקיקה. זכויות הליכיות נותנות את הכוח בידי העובדים בארגון מסוים לשפר את מצבם, ואינן תלויות במחוקקים או בפעולה של גורם חיצוני כלשהו. ההעדפה המוקנית לזכויות הליכיות משתלבת איפוא גם עם התפיסה הליברלית המתונה שעליה עמדת לעיל, אשר מבטאת תמיכה בכלכלת שוק הומנית יותר, להבדיל מפתרונות רדיקליים (לטובת איזה מהצדדים ליחסי העבודה). על כן, כאשר עומדת על הפרק זכות הליכית של עובד, יש ליחס לה חשיבות רבה.

לצד זאת, מתוך "סל הזכויות" המוקנה למעסיק, זכותו הניהולית של המעסיק אף היא זכות מעין הליכית, בעלת רקמה פתוחה יחסית, אשר יש להקנות לה חשיבות לא מבוטלת, בהשוואה לזכויות אחרות של המעסיק. כמו זכויות הליכיות של עובדים, הזכות הניהולית אינה מבטיחה תוצאה ספציפית, אלא משקפת עיקרון יסודי בדני עבודה, המכיר בחופש הפעולה של המעסיק בניהול עסקו. עם זאת, זכות זו כוללת תחתיה פעולות והחלטות רבות של המעסיק, ולכן לצורך הערכת חשיבותה של הזכות בנסיבות העניין נדרש כאמור לבחון גם את הצורך הניהולי הספציפי בכל מקרה ומקרה.

### **5.ב הבחנה בין "גרעין הזכות" לבין הפריפריה של הזכות בגדרי משפט העבודה**

הבחנה נוספת שבה ניתן להיעזר היא ההבחנה המוכרת בין פגיעה בגרעין הזכות, הזוכה להגנה מוגברת, לבין פגיעה בפן פריפריאלי של הזכות, שזוכה להגנה פחותה, אך תוך חידוד האופן שיש ליישמה בגדרי יחסי עבודה.<sup>158</sup> ההבחנה בין גרעין הזכות לפריפריה שלה מוכרת היטב במשפט החוקתי הישראלי,<sup>159</sup> אולם יש צורך לדייק את השימוש בה בגדרי משפט העבודה. ככלל, גרעין הזכות מתייחס לאינטרסים/זכויות המצויות קרוב יותר לרציונל שבגינן קיימת הגנה משפטית על הזכות.<sup>160</sup> לדוגמה, גרעין הזכות לחופש הביטוי כולל ביטויים שהינם דברי אמת, לעומת דברי שקר, אשר זוכים אף הם להגנה אך רחוקים יותר מתכלית חופש הביטוי לחשיפת האמת.<sup>161</sup> כמו כן, כאשר הפרסום אינו מקדם דיון בעל חשיבות ציבורית או ערך

<sup>157</sup> שלמה סבירסקי, אתי קונור-אטיאס ואביב ליברמן "תמונת מצב חברתית 2018" מרכז אדוה – מידע על שוויון וצדק חברתי בישראל 29 (2019).

<sup>158</sup> ברק – כבוד האדם, לעיל ה"ש 137, בעמ' 360.

<sup>159</sup> ראו דוגמות בספרו של ברק – כבוד האדם, לעיל ה"ש 137, בעמ' 360; גיא דוידוב "ביקורת חוקתית על עניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2013).

<sup>160</sup> Lorian Hardcastle, *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*, in PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 134, 235 (Mordechai Kremnitzer, Talia Steiner and Andrej Land eds., 2020).

<sup>161</sup> עניין אונגרפלד, לעיל ה"ש 140, בעמ' 66.

ציבורי, זכויות/אינטרסים אחרים עשויים לקבל עדיפות.<sup>162</sup> כאשר לזכות מסוימת יש מספר רציונלים, הרי שככל שהפעולה הנבחנת מקיימת מספר רציונלים רב יותר, כך היא תהיה קרובה יותר לגרעין הזכות ותהיה זכאית למידה גדולה יותר של הגנה.<sup>163</sup>

במסגרת יחסי עבודה, כאשר עומדת על הפרק זכות אדם, כמו חופש הביטוי או פרטיות, על מנת לקבוע אם מדובר בגרעין הזכות או בפריפריה, נדרשת בחינה כפולה – **הן של הגשמת תכליות הזכות הספציפית, הן של הגשמת תכליות משפט העבודה במקרה הנתון**. לדוגמה, זכותו של מעסיק להתבטא בעניין התארגנות של עובדיו מגשימה את החופש להביע עמדות ולשתף בהן אחרים, אולם אינה מגשימה את הצורך בצמצום פערי הכוחות בין מעסיקים לבין עובדים. על כן, בשים לב למטרות דיני העבודה – החותרות לצמצום פערי כוחות אלה – קשה לומר כי התבטאות המעסיק מצויה בליבת חופש הביטוי בגדרי יחסי עבודה. מעסיק יכול לטעון כי הוא סבר בתום לב שבהתארגנות הספציפית יש פגמים ולכן היא לא תסייע לעובדים להשיג את מטרותיהם. בנסיבות אלה, יבוא המעסיק להיפוטטי ויטען, כי התבטאותו בנושא דווקא מצויה בגרעין הזכות לחופש הביטוי בעבודה, שכן היא לא מנוגדת לתכליות דיני העבודה. לדעתי טענה זו לא משכנעת. ראשית, מבחינה עובדתית יהיה למעסיק קשה לשכנע שהתנגדותו להתארגנות ספציפית נטועה בדאגתו לעובדים, ולא בהגנתו על צרכי האישיים ועל צרכי הארגון. שנית, גם מבחינה מהותית יש בטענה זו קושי, משום שהיא משקפת גישה פטרונית של המעסיק כלפי עובדיו, גישה אשר אינה מתיישבת היטב עם תכליות דיני העבודה. לפיכך, טענה כזו אינה פוגעת לדעתי בהבחנה שנעשתה לעיל בין גרעין לבין פריפריה של הזכות במסגרת יחסי עבודה.

דוגמה אחרת היא החלטתו של ארגון עובדים לקדם מול המעסיק שיפור של תנאי ההעסקה של העובדים החברים בארגון העובדים, תוך ידיעה שהדבר יגרום להרעה בתנאיהם של עובדים אחרים **שאינם מאורגנים**. גם במקרה זה החלטת הארגון משקפת את זכות ההתארגנות ואת כוחה, אך לצד זאת מימושה בפועל אינו מתיישב עם תכלית הסולידאריות בין עובדים במקום העבודה או עם חובת הייצוג ההוגן.<sup>164</sup> יובהר כי התפיסה של "גרעין" לעומת "פריפריה" או "מעטפת" של הזכות אין משמעה כי גרעין הזכות מוגן לחלוטין אל מול זכויות ואינטרסים נוגדים, אלא היא משמשת שיקול במסגרת האיזון הכולל הנדרש.<sup>165</sup>

בהקשר זה ניתן להזכיר גם את השפעה של התנגשות הזכויות הספציפיות על זכויות ואינטרסים אחרים. במסגרת זו, יש לבחון האם קיים אינטרס כללי יותר שיש לשמור עליו בהגנה על איזו מהזכויות.<sup>166</sup> לדוגמה, כאשר דנים בהגבלת פרסומו של מידע שיש לציבור הרחב עניין בו, הדיון חורג מעניינו של הפרט הספציפי שזכותו לחופש הביטוי נפגעה ויש לתת לכך משקל במסגרת האיזון הכולל.<sup>167</sup> דיון זה אינו רלוונטי רק לבחינת התכלית, אלא מקרין גם על המשקל שיש לייחס לזכות. דוגמה לכך היא פסק הדין בעניין **סער**, שבו נדונה הגבלה על עובד להתחרות במעסיקו לאחר סיום עבודתו אצל המעסיק. נקבע כי במסגרת האיזון בין

---

Von Hannover v. Germany (2005) 40 EHRR 1; von Hannover v. Germany (no. 2), Application nos. 40660/08<sup>162</sup> and 60641/08.

לניתוח המקרים הנ"ל ראו: Möller, לעיל ה"ש 85, בעמ' 148-149. ראו גם: Campbell v. MGN Ltd. [2004] 2 AC 457, 473-474; סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

<sup>163</sup> עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 140, בעמ' 725.

<sup>164</sup> ר' למשל: ע"ע (ארצי) 617/09 **בונדקר - צוקר**, פסי' 87-89 (2.6.2013).

Gerhard van der Schyff, *Cutting to the core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 131 (2008).

*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporation (CBC)* 3 S.C.R. 835, 890 [1994].<sup>166</sup>

Peggy Ducoulombier, *Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 217, 243 (Eva Brems ed., 2008) ("**Ducoulombier**").<sup>167</sup>

הערכים המתנגשים, יש לקחת בחשבון שזכות התחרות נגזרת מחופש העיסוק ובעת ובעונה אחת היא מהווה גם אינטרס ציבורי חשוב.<sup>168</sup>

### 5.ג מושאי הזכויות

מאפייני הצדדים לסכסוך עשויים אף הם להשפיע על האיזון בין זכויותיהם המתנגשות. לדוגמה, איש ציבור זכאי להגנה פחותה על פרטיות מעצם תפקידו ומחויבותו לציבור.<sup>169</sup> לעומת זאת, חופש הביטוי של איש ציבור/פוליטיקאי נושא יותר משקל מאשר זכותו של אדם פרטי.<sup>170</sup> לבחינת מאפייני הצדדים לסכסוך יש חשיבות מיוחדת במסגרת איזון בין זכויות של עובדים לבין זכויות של מעסיקים. הציפיות ההדדיות של צדדים לחוזה עבודה נגזרות גם ממאפייניהם, מסוג מקום העבודה ומסוג התפקיד של העובד.<sup>171</sup> על כן, מאפייניהם הספציפיים של מעסיקים ועובדים עשויים להשפיע על האיזון הראוי בין זכויותיהם.

מהם איפוא המאפיינים הבולטים הרלוונטיים? מאפיין אחד הוא סוג המעסיק – מעסיק שהוא תאגיד לעומת מעסיק שאינו כזה. כאשר מדובר במעסיק שהוא תאגיד, תינתנה לזכויותיו הגנה מצומצמת יותר מההגנה הניתנת לאדם רגיל.<sup>172</sup> מסקנה זו נתמכת בתיאוריה של המלומד מאיר דן-כהן, שלפיה יחידים נושאים בזכויות הקשורות באוטונומיה ובחירות שלהם, בעוד שתאגידים לרוב משמיעים טענות לזכויות המבוססות על שיקולים תועלתניים. דן-כהן סבור, כי שיקולים המבוססים על אוטונומיה אישית של פרטים חזקים יותר משיקולים תועלתניים הנישאים בפי תאגידים.<sup>173</sup> לכך אוסיף, כי מתן משקל נמוך יותר לזכויות התאגיד מתיישב גם עם הצורך בחלוקת סיכונים הוגנת בין המעסיק לבין העובדים. כאשר מדובר במעסיק שהוא תאגיד שמניותיו מפוזרות בין בעלים שונים, הנזק והסיכון בניהול העסק מתפזר ביניהם, בעוד שהסיכון לעובד מוטל על כתפיו בלבד.<sup>174</sup> בנסיבות אלה, ראוי להתחשב ביתר שאת בזכויותיו של העובד.

בפסיקת בתי הדין לעבודה קשה לאתר התייחסות להבדלים בין תאגידים לבין בני אדם במסגרת איזון זכויות/אינטרסים, ואף לעתים ישנה התייחסות זהה לזכויות של תאגיד ושל אדם בשר ודם.<sup>175</sup> לנוכח האמור לעיל, כאשר על בית הדין לפתור התנגשות בין זכות של מעסיק שהוא תאגיד לבין זכות של עובד, עליו לתת את דעתו ולהתייחס מפורשות להבחנה בין תאגיד לבין בן אנוש. במקרים המתאימים נדרש לקבוע כי יש להעדיף את זכותו של האדם בשר ודם. מקרים אלה, לדעתי, הם מקרים שבהם התאגיד מבקש ליהנות מהגנתן של זכויות הנגזרות מכבוד בן אנוש, כמו חופש הביטוי או שוויון. הטעם לכך הוא, כי ברמה החוקתית זכויות אלה נגזרות מכבוד האדם שעניינו כבוד בן אנוש ולא "כבוד" של גוף משפטי.<sup>176</sup> טענה של תאגיד המבוססת על זכות כזאת שוקלת פחות מטענה של עובד המבקש הגנה על זכות מתחרה. דוגמה לכך היא פסק הדין בעניין **פלאפון**,<sup>177</sup> שבו עסק בית הדין הארצי באיזון בין חופש הביטוי של המעסיק ביחס

<sup>168</sup> עניין **סער**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 863.

<sup>169</sup> עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 80, פס' 17-22 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 1983/17 **נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 18 לפסק דינו של השופט מ' מזוז ופסק דינו של השופט י' דנציגר (27.4.2019).

<sup>170</sup> **Ducoulombier**, לעיל ה"ש 166, בעמ' 241-240.

<sup>171</sup> לעמדה דומה ביחס למוסדות הקניין ראו: דגן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69-70.

<sup>172</sup> ע"א 6821/83 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995); עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" **קרית המשפט** ח 107, 139 (התשס"ט).

<sup>173</sup> **Meir Dan-Cohen, Rights, Persons and Organizations** 83-86 (2<sup>nd</sup> ed., 2016); ראו גם: **Vickers**, לעיל ה"ש 113, פרק 2 בעמ' 18-19.

<sup>174</sup> **וייס**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 277.

<sup>175</sup> ראו גם: עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** פרק ב – דיני העבודה כמקרה מבחן (2007), המותח ביקורת על כך שבתי הדין לעבודה אינם נותנים משקל ראוי לכך כשמדובר במעסיק המאוגד כחברה, עליו לפעול בין היתר לאורך של תכליות החברה המעוגנות בסעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

<sup>176</sup> **ברק – כבוד האדם**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 386-387; בג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (2.4.2013).

<sup>177</sup> לעיל ה"ש 24.

להתארגנות ראשונית של עובדיו לבין חופש ההתארגנות. בית הדין מצא בצדק כי חופש ההתארגנות, בפרט כשמדובר בהתארגנות ראשונית, גובר בנסיבות על חופש הביטוי של המעסיק, אולם נראה שניתן היה לחזק את מסקנתו בכך שהמעסיק באותו מקרה הוא תאגיד, אשר ממילא יכולתו ליהנות מזכות כמו חופש הביטוי מוגבלת מאוד.<sup>178</sup>

בגדרי האיזון יש חשיבות גם לגודל המעסיק. מעסיק גדול, החולש על נתח גדול מהשוק הרלוונטי, הוא בעל עוצמה חברתית, כלכלית ופוליטית, המגדילה את מחויבותו לסביבה החברתית שבה הוא פועל.<sup>179</sup> לצד זאת, צריך להתחשב גם במאפיינים ייחודיים של מעסיקים, כמו ארגונים דתיים או חברתיים שמעסיקים עובדים, שיש להם אתוס ייחודי. מאפיינים אלה עשויים להקנות לארגונים אלה חופש פעולה רב יותר, בהשוואה למעסיקים אחרים. כמו כן, מצד העובד, צריך להתחשב בשאלה אם מדובר בעובד בכיר או בעובד זוט. מאפיינים אלה של העובדים עשויים להשפיע על מידת מחויבותם למעסיק בהקשרים שונים, ולהשפיע על עצמת זכויות שונות ביחס למעסיק. למשל, בפסיקת בתי הדין לעבודה זכותם של עובדים לעשות שימוש במידע שרכשו בעת עבודתם, לאחר עזיבתם למקום עבודה אחר, הוגבלה ביתר שאת כאשר מדובר היה בעובדים בכירים. זאת, מן הטעם שעל עובדים אלה חלות חובות תום לב מוגברות כלפי מעסיקים.<sup>180</sup> נוסף על כך, כשמדובר בעובדים בכירים, ניתן לטעון כי יש לתת משקל רב יותר לחופש החושים ולהתחייבויות החוזיות של הצדדים זה כלפי זה, לעומת זכויות אחרות של עובדים אלה.<sup>181</sup> דוגמה לכך היא פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשתי פרשות נפרדות, שבגדרן התבקש לדון בהחלטת הכנסייה בגרמניה לפטר עובדים מאחר שהם בגדו בנשותיהם.<sup>182</sup> לשם הכרעה בפרשות אלה, נדרש איזון בין חייו הפרטיים של העובד מחוץ למקום העבודה, לבין חופש הדת של הכנסייה שהעסיקה אותו. חרף הדמיון בין המקרים, באחד מהם (עניין **Schüth**) נמצא כי לא הייתה הפרה כזו. ההבחנה בין המקרים נעוצה, ככל הנראה, בהיקף חובות האמון של העובדים כלפי מעסיקתם, הנגזר מתפקידם ומדרגת בכירותם בארגון.<sup>183</sup> בעניין **Obst** מדובר היה בעובד בכיר, אשר היה אמון על קשרי הקהילה של הכנסייה באירופה ולמעשה היה "הפנים" של הכנסייה מול ציבור המאמינים. לעומת זאת, עניין **Schüth** עסק בעובד זוט אשר אינו מזהה באותה מידה עם מעסיקתו, וחובותיו כלפיה היו בהתאם. בעוד שהעובד הבכיר נדרש "לשלם" בפרטיותו, העובד הזוט לא נדרש להקרבה דומה. מנגד, כאשר העובד בכיר ייתכן שיהיה אינטרס כבד משקל יותר בשמירה על זכויותיו, למשל בנוגע לחופש הביטוי. לדוגמה, ניתן לטעון שלביקורת של עובד בכיר יהיה יותר משקל מאשר ביקורת של עובד זוט, ולו בשל העובדה שהעובד הבכיר נגיש לאינפורמציה משמעותית יותר

<sup>178</sup> בדין האמריקאי קיימת גישה שונה ביחס לזכויותיהם של תאגידים, ר' לדוג':

*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) (חופש ביטוי של תאגיד).

<sup>179</sup> **שמר בגס – מעסיקים גדולים**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 106-109.

<sup>180</sup> ע"ע (ארצי) 10-11-2912 מן – **ספיר ספרינט בע"מ**, פסי' 31 (14.11.2011); ע"ע (ארצי) 62/08 **לבל – חברת הדקה ה-90 בע"מ** (27.12.2009).

<sup>181</sup> **ברנזון**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 180, והאסמכתאות שם; השוו גם לכללי פרשנות חוזים, המקנים עדיפות בפרשנות חוזה ל"צד החזק". ייתכנו מקרים שבהם העובד הוא "הצד החזק" בעסקה.

<sup>182</sup> ECtHR, *Obst v. Germany*, App. no. 425/03, 23 September 2010; ECtHR, *Schüth v. Germany*, App. no. 1620/03, 23 September 2010.

<sup>183</sup> **Smet**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 55-50.

הקשורה בארגון שבו הוא עובד.<sup>184</sup> יוער כי יש חשיבות גם לסוג התפקיד. לדוגמה, ניתן לצפות מעובדי יחס ציבור ועובדים שעוסקים בשיווק מרכולתו של העסק כלפי חוץ לריסון עצמי רב יותר.<sup>185</sup>

במקרים אחרים יש חשיבות גם לשאלה אם מדובר בעובדים מוחלשים במיוחד – כמו עובדים בשכר נמוך ובני מיעוטים. לדוגמה, בשונה מקונפליקטים רגילים במקום העבודה, המתגלעים בין עובדים במעמד היררכי שווה, התעמרות בעבודה לרוב מתרחשת במסגרת יחסים א-סימטריים (בין עובד לבין מעסיק או בין עובד לבין מנהל).<sup>186</sup> במחקרים אמפיריים שנערכו בנושא התעמרות בעבודה, נמצא כי עובדים מוחלשים במיוחד חשופים יותר להתעמרות בעבודה מאשר עובדים אחרים.<sup>187</sup> גם עובדים המוגדרים כ"עובדים עניים", הם עובדים המוגדרים בספרות כאנשים שעבודתם אינה מחלצת אותם מעוני, פגיעים יותר להתנכלות תעסוקתית.<sup>188</sup> על רקע דברים אלה, ראוי להעדיף את זכויותיהם של עובדים מוחלשים במיוחד לכבוד במקום העבודה, על פני זכותו של המעסיק לעיצוב תרבות ניהולית נוקשה.

הבחנה רלוונטית קיימת גם בין עובד מן המניין לבין מועמד לעבודה. התפיסה המקובלת היא כי עובדים הם בעלי עניין (stakeholders) במקום העבודה, ולכן נהנים ממעמד המקנה להם, בין השאר, זכות מסוימת למעורבות במקום העבודה ולקבלת מידע על החלטות משמעותיות שעתידות להתקבל לגביהם.<sup>189</sup> מטבע הדברים, מועמדים לעבודה אינם נהנים ממעמד דומה, ולכן באיזון בין זכויותיהם לזכויות המעסיק, יש לתת משקל רב יותר לזכויות המעסיק. נוסף על כך, בגדרי האיזון יש להתחשב בשאלה אם מדובר בעובד שסיים את תפקידו, אם לאו. כשמדובר באדם שכבר אינו עובד במקום העבודה, ניטה לתת משקל רב יותר לזכותו, למשל, לחופש העיסוק, וניטה להעדיפה על פני זכויות של מעסיקו הקודם ביחס אליו.<sup>190</sup> ניתן לטעון, כי אדם שכבר עזב את מקום עבודתו אינו כפוף למערכת יחסים היררכית עם מעסיקו ואף אינו בעל עניין במקום העבודה, ולכן ראוי לתת משקל פחות לזכויותיו מול מעסיקו, שכן כבר לא מתקיימים ביניהם פערי כוחות ומדובר למעשה בצדדים שווים זה לזה. דעתי שונה: כאשר אדם עבד במקום מסוים, הוא היה מחויב כלפי מקום זה בחובות חוזיות של אמון, יושרה והגינות. לאחר עזיבת מקום העבודה, חובות אלה מאבדות מכוחן. בנסיבות אלה, קשה ומורכב יותר להצר את זכויותיו של העובד לשעבר לטובת הגנה על זכויות נוגדות של המעסיק הקודם.<sup>191</sup>

## **4.5 ההסתברות לפגיעה בזכות**

במסגרת האיזון יש לשקול גם את ההסתברות שכל אחת מהזכויות אכן תיפגע (באיזון מקביל) או את

<sup>184</sup> Vickers, לעיל הי"ש 114, פרק 2, בעמ' 50-52.

<sup>185</sup> שם, בפרק 1, עמ' 33;

Samuel R. Bagenstos, *Employment Law and Social Equality*, 112 MICH. L. REV. 225, 257-259 (2013).

Maria Isabel S. Guerrero, *The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step towards EU Legislation*, 27 B. C. INT'L & COMP. L. REV. 477, 484 (2004).

<sup>187</sup> יריב איצקוביץ, ניבה דולב וסיביל היילברון "ניצול לרעה של כוח ארגוני – תיאוריה, מציאות ודרכי התמודדות" **משפט ועסקים** כא 365, 382 (2018); ראו גם: דברי ההסבר להצעת החוק למניעת העסקה פוגענית, התשס"ה-2005 (שלא התקבלה כחוק), ודברי נציגת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במסגרת הדיונים על הצעת החוק למניעת התעמרות (ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, פרוטוקול מס' 30, עמ' 17 (13.7.2015)).

<sup>188</sup> דפנה רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן "דרך המלך": העצמה פוליטית של עובדים עניים בצל תרבות המכרזים" 159, 159, 163 (2008); ראו גם ברברה ארנרייך **כלכלה בגרוש** 12, 213 (תרגום אסף שור, בבל 2004).

<sup>189</sup> עס"ק (ארצי) 8/99 **ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי הסתדרות הפקידים, מרחב תל-אביב – אוניברסיטת תל אביב**, פ"ד לו 791, פס" 15 (2004).

<sup>190</sup> עניין **פרומר**, לעיל הי"ש 124, עניין **סער**, לעיל הי"ש 113; לביקורת על גישה זו ראו: **ברנזון**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 202.

<sup>191</sup> בג"ץ 9198/02 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס" 24-26 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (2.10.2008).

ההסתברות שהזכות של מקבל ההחלטה תפגע (באיזון רגיל).<sup>192</sup> דוגמה לכך היא עניין **אסראא גרה**,<sup>193</sup> שבו דחה בית הדין האזורי לעבודה בקשה לסעד זמני נגד פיטורי פסיכולוגית ערביה שעבדה בעיריית לוד, ונתנה שירות גם לילדים יהודים. הטעם לפיטורים היה טענת המעסיקה, שלפיה הבעת השמחה של העובדת ב-Facebook על מותם של חיילי צה"ל במבצע "צוק איתן" בעזה, פגעה באמונה של המעסיקה בכך שהעובדת תוכל לבצע את תפקידה כנדרש. בנסיבות אלה, מצא בית הדין כי לכאורה מדובר ביישום סביר של הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק. אני סבורה שבמקרה זה היה על בית הדין לבחון את ההסתברות כי ההתבטאויות הנ"ל יביאו בפועל לפגיעה בתפקודה של העובדת. **בחינה זו מביאה הייתה, ככל הנראה, לתוצאה הפוכה, דהיינו קבלת הבקשה לסעד זמני**. זאת, משום שלא סביר שהתבטאות ברשת חברתית בנוגע למבצע צבאי, קשה ומקוממת ככל שתהיה, אשר אינה קשורה לעבודתה השוטפת של העובדת (כפי שתוארה בהחלטה) – תביא לפגיעה בעבודתה. אמנם, בפתח החלטת ביה"ד צוין כי "נוכח האירועים במהלך מבצע 'צוק איתן', גויס מערך השירות הפסיכולוגי בעירייה, ובכלל זה המבקשת (ההדגשה הוספה), להיות ערוכים ככל הצורך, במתן סיוע ותמיכה פסיכולוגיים לילדים, בני נוער, ומשפחות שיידרשו לכך בעת חרום". אולם, גם בדברים אלה, שביה"ד לא נסמך עליהם במישרין בהכרעתו, אין משום ראייה מספקת לכך שהתבטאות העובדת הייתה מביאה לפגיעה בעבודתה בעתיד.

דוגמה נוספת היא עניין **Smith**. מנהל בחברה בריטית פרטית בשם Smith פרסם בחשבוננו הפרטי ברשת החברתית Facebook עמדה, שלפיה נישואי זוגות גאים בכנסייה מותחים את עקרון השוויון רחוק מדי. מעסיקתו הגיבה בהדחתו ממשרה ניהולית ובהפחתה משכרו.<sup>194</sup> באותו מקרה מצא בית המשפט כי אף שדעתו של סמית' על נישואי גאים היא בעייתית, היא לא דעה חריגה בציבור ונשמעת מעת לעת בפורומים פומביים שונים, ועל כן פוטנציאל הנזק הטמון בה למעסיק אינו גדול. יוער כי גם אם היה מדובר בהתבטאות חריגה, היה מקום עדיין לערוך איזון בין חופש הביטוי של העובד לבין זכויות המעסיק. הניתוח בהקשר הנוכחי מראה כי אין הצדקה לצעדי המעסיק נגד העובד אם המעסיק לא עומד בנטל להראות שקיימת הסתברות מספקת לפגיעה בו כתוצאה מהתבטאות העובד.<sup>195</sup>

יש איפוא מקום לאמץ פרמטר הסתברותי במסגרת הכרעה בין זכויות בשוק העבודה הפרטי. יוער, כי במשפט הציבורי קיימים מבחני הסתברות שונים זה מזה, כמו "ודאות קרובה" או "חשש ממשי", אשר הנסיבות שבהן יש לפנות לכל אחד מהם אינן בהכרח ברורות.<sup>196</sup> בהינתן שבמסגרת יחסי עבודה בשוק הפרטי נדרש לקדם עקביות ובהירות ביתר שאת, נראה שיש למצוא נתיב פשוט וקל יותר ליישום. בהקשר זה, ההבחנה הדרושה בעיני היא בין מצבים שבהם הסיכון לפגיעה בזכות של מקבל ההחלטה הוא **סיכון קלוש ורוחק** לבין מצב שבו קיים **חשש ממשי** לפגיעה.

מכל מקום, את חשיבותו של הקריטריון ההסתברותי יש לסייג, שכן ישנם מקרים שבהם הוא לא יהיה רלוונטי, אף שמימוש הזכות עלול לגרום לפגיעה. בהקשר זה ראוי להפנות, כדוגמה למקרה מעין זה,

Virginia Mantouvalou, *Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces*, 71 MOD. L. REV. 912, 931, 935-936 (2008).

<sup>193</sup> סעי' (אזורי ת"א) 2793-08-14 גרה – עיריית לוד (20.10.2014).

Smith v Trafford Housing Trust, High Court of Justice Chancery Division Manchester District Registry, 16<sup>194</sup> November 2012, [2012] EWHC 3221.

Paul Wragg, *Free Speech Rights at work: Resolving the Differences between Practice and Liberal Principle*, 195 I.L.J 1 (2015). Also see David Mangan, *Online Speech and the Workplace: Public Right, Private Regulation*, 39 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 357, 361 (2018).

<sup>196</sup> עניין **פרומר**, לעיל ה"ש 124, שבו נדרש חשש ממשי לפגיעה בסודות מסחריים של המעסיק כהצדקה לפגיעה בחופש העיסוק של העובד.



להתנגשות בין חופש הביטוי לבין זכויות אחרות. ברק מדינה מצביע על שתי גישות תיאורטיות לחופש הביטוי – הגישה הליברלית הקלאסית והגישה הליברלית המתקדמת. הגישה הליברלית הקלאסית מבקשת להקנות לחופש הביטוי הגנה רחבה, וכפועל יוצא מכך מאפשרת להגביל זכות זו, בין היתר, רק במקרים שבהם קיימת סכנה קרובה לוודאי לפגיעה בחיי אדם או ברכוש.<sup>197</sup> לעומת זאת, לפי גישה מתחרה, גישה ליברלית מהותית, על המדינה לקדם אורח ציבורית סובלנית, שבה כל בני האדם שווים וזוכים ליחס מכבד. גישה זו מאפשרת הגבלה של חופש הביטוי כאשר הדבר נועד להגשים מטרות אלה. גישה זו מתירה פגיעה בחופש הביטוי גם אם קיימת עמימות מסוימת בדבר התועלת שתנבע מכך, וזאת כאשר חופש הביטוי תורם לגיבוש של אורח ציבורית עוינת.<sup>198</sup> לגישתו של מדינה, לרוב יישום הגישה הליברלית הקלאסית יהיה מוצדק, וזאת מאחר ש"הטיפוח של תרבות דמוקרטית מחייב נטילת סיכונים והטמעת חשיבותו של שיח ביקורתי פתוח ככל האפשר".<sup>199</sup> מנגד, במקרים שבהם הביטוי שבמחלוקת חותר תחת יסודות הליברליזם עצמו, כמו שוויון וכבוד הדדי, או אז ראוי להחיל את הגישה הליברלית המהותית ולמנוע ביטויים כאלה גם כאשר פוטנציאל הנזק שלהם אינו מובהק.

לדעתי ראוי ליישם גישה זו על יחסי עבודה במגזר הפרטי. במקרה שבו קיימת במקום העבודה אורח "רעילה" ובעייתית, בפרט כלפי קבוצות פגיעות להפליה כמו נשים או מיעוטים, אזי לאורה של הגישה הליברלית המתקדמת, ניתן להצדיק פגיעה בחופש הביטוי, גם במקרים שבהם קשה להוכיח כי הדבר ימנע באופן ודאי פגיעה בזכויות של אחרים. דוגמה לכך היא אורח "גברית"/"רעילה" בחברות הייטק אשר מדירה מתוכה נשים ומיעוטים ופוגעת ביכולתם להתבטא ולהשתתף בעיצוב מקום העבודה.<sup>200</sup> מלחמה בתרבות ואורח כזה היא איפוא מוצדקת, גם ב"מחיר" של הגבלת חופש הביטוי של עובדים, בלא צורך לבדוק באופן מדוקדק את מידת הסיכון הנשקף מהביטוי.<sup>201</sup>

גישה זו עשויה להיות רלוונטית כאמור גם לזכויות נוספות במקום העבודה, כמו חופש הדת. במקום שבו פרקטיקות/אמונות דתיות עלולות לערער אורח של סובלנות ושוויון שמעסיק פרטי מבקש לקדם, החשיבות של הקריטריון ההסתברותי תהיה פחותה בהרבה. לצד זאת, יש לבחון גם את ההסתברות לפגיעה בזכויות של העובדים עקב מניעה מהם מלממש פרקטיקות דתיות/אמונות דתיות. לדוגמה, עובד יוכל להראות כי אם לא תינתן לו הזכות לעבוד בהפרדה מנשים (פרקטיקה בעייתית בהיבטים של שוויון, שיתוף פעולה וסולידריות בין עובדים), לא יתאפשר לילדיו ללמוד במסגרות חינוכיות דתיות מסוימות. ואולם, בעוד שלפי התיאוריות שעליהן עמדת לעיל המעסיק לא יידרש להוכיח את הקריטריון ההסתברותי (כיוון שהחלטתו נועדה לקידום אורח פלורליסטית ושוויונית במקום העבודה), העובד המבקש לסטות מעקרונות ליברליים יידרש להוכיח כי אכן קיים חשש ממשי להתממשות התוצאה הקשה לילדיו (אם כי גם הוכחה כזו, לא תסיים לבדה את מלאכת האיזון).

## **5.5 התמודדות עם ביקורת אפשרית: מה יהיה דינם של מקרים קשים?**

ניתן לטעון, כי הגישה לעיל מחייבת שיהיה בסיס משותף כלשהו בין הערכים העומדים להשוואה, ובהיעדרם – ניוותר בלי כלים להכרעה. כלומר, כאשר הפרמטרים שצוינו לעיל – כמו זכויות הליכיות אל מול זכויות שאינן כאלה, הבחנה בין גרעין הזכות לפריפריה שלה או הבחנה בין מושאי הזכויות – יהיו שווים, יתעורר

<sup>197</sup> מדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 456.

<sup>198</sup> שם, בעמ' 458.

<sup>199</sup> שם, בעמ' 459-460.

<sup>200</sup> לתיאור סקר נרחב בנושא אורח בעייתית כלפי נשים בחברות הייטק ראו: יסמין יבלונקו "לא אחת מהחבר'ה: איך זה להיות האישה היחידה בחדר" גלובס 9.3.2020.

<sup>201</sup> מדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 481.

קושי להכריע בין הזכויות המתנגשות. במענה לכך, ניתן להציע, כי במקרים חריגים מעין אלה, ניתן יהיה לפנות לתיאוריות רלוונטיות מתחומי הפילוסופיה והפסיכולוגיה. הכוונה אינה לפנות לתיאוריות מסוג זה כדי לערוך מדרג מופשט של זכויות ולמקם את הזכויות שעל הפרק בתוך מדרג כזה, אלא להסתייע בעקרונותיהן כדי להעשיר את ארגז הכלים שבידי השופט המשמש אותו לצורך הערכת חשיבותן של הזכויות הרלוונטיות במסגרת האיזון הכולל, בנסיבות כל מקרה ומקרה.

תיאוריות אלה הן גישת היכולות של מרת'ה נוסבאום ופירמידת הצרכים של מאסלו. ישנן גם גישות/תיאוריות אחרות אשר עוסקות בשאלה מה תורם לחיים טובים ומספקים,<sup>202</sup> אולם לנוכח יתרונותיהן של הגישות של נוסבאום ומאסלו, יתרונות שעליהם אעמוד בהמשך הדברים, עשויה להיות תועלת בפניה דווקא אליהן. יצוין כי המקרים שבהם נדרש לתיאוריות אלה אינם המקרים השכיחים, אלא מקרים קשים וחריגים, שבהם הקריטריונים לבחינת חשיבותן של זכויות במקרה מסוים שפורטו לעיל אינם רלוונטיים.

התיאוריה של נוסבאום, המבוססת על גישתו של הכלכלן אמרטיה סן, מנסה לשלב בין תפיסה תיאורטית לבין ניסיון שנצבר בשטח, ומתוך שילוב זה היא מסיקה כי לאדם – בהיותו אדם – יש מכלול של **יכולות בסיסיות (capabilities)** שאותן ראוי לאפשר לו להגשים.<sup>203</sup> היכולות הבסיסיות שנוסבאום מזכירה בהקשר זה הן, למשל, היכולת לחיות חיים מלאים, שראוי לחיותם; היכולת לשמור על בריאות הגוף ועל שלמות הגוף; היכולת לעשות שימוש מלא בכל החושים, בדמיון ובמחשבה; היכולת לפתח ולהביע רגשות; היכולת לחשיבה עצמאית וביקורתית; היכולת להתחבר לאנשים אחרים ולתקשר עמם; היכולת לדאוג למינים אחרים (צמחים, בע"ח); היכולת לצחוק, לשחק ולהשתתף בפעילויות פנאי; והיכולת לשלוט במרחב האישי.<sup>204</sup> נוסבאום רואה ביכולת לפתח תפיסה ביקורתית וביכולת להתחבר לאנשים אחרים כיכולות בעלות חשיבות מיוחדת. גישתה של נוסבאום יכולה לסייע להבין טוב יותר את התוכן של זכויות אדם ואת האופן שבו יש ליישמן, וזאת בשל הזיקה הקיימת בין גישתה לבין התיאוריה של זכויות אדם.<sup>205</sup> בתוך כך, גישתה של נוסבאום יכולה לסייע בהערכת חשיבות זכות מסוימת במקרה נתון. לדוגמה, החשיבות שנוסבאום מקנה ליכולת החשיבה העצמאית וליכולת לאינטראקציה בין-אישית מעצימה את זכותו של עובד שלא יתייחסו אליו כאל "בורג במכונה".<sup>206</sup>

דרך נוספת להערכת חשיבותן היחסית של זכויות האדם היא בהיקש מתיאוריות פסיכולוגיות המציעות מדרג בין צרכים אנושיים שונים. בהקשר זה, אפשר להשתמש בפירמידת הצרכים הידועה של הפסיכולוג מאסלו (להלן: "**פירמידת מאסלו**") ולהעתיקה לשדה המשפטי. אף שתיאוריה זו זכתה לביקורת ואף שהיא פותחה לפני שנים רבות, היא עודנה משמשת בסיס למחקרים רבים.<sup>207</sup> לפי פירמידת מאסלו, הצרכים

---

MEP SELIGMAN, FLOURISH: A VISIONARY NEW UNDERSTANDING OF HAPPINESS AND WELL-BEING (2012), Rachel<sup>202</sup> Dodge, Annette P. Daly, Jan Huyton & Lalage D. Sanders, *The Challenge of Defining Wellbeing*, INTERNATIONAL JOURNAL OF WELLBEING 222, 230 (2012) 2(3)

MARTHA NUSSBAUM, WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH (2000) : ראו לדוגמה : גישתה של נוסבאום מבוססת על פיתוח התיאוריה של אמרטיה סן. לגישתו ראו, לדוגמה : AMARTYA SEN, CHOICE, WELFARE, AND MEASUREMENT (1982) .

שם.<sup>204</sup>

Virginia Mantouvalou, *Work, Human Rights and Human Capabilities*, in THE CAPABILITY APPROACH TO LABOUR LAW 202, 207-208 (Brian Langille ed., 2019).

שם.<sup>206</sup>

Jeevan D'Souza and Michael Gurin, *The Universal Significance of Maslow's Concept of Self-Actualization*,<sup>207</sup> 44(2) THE HUMANISTIC PSYCHOLOGIST 210 (2016).

(needs) של האדם נחלקים לחמש קטגוריות עיקריות לפי הסדר ההיררכי הבא-208 (1) צרכים פיזיים; (2) ביטחון; (3) אהבה; (4) כבוד; (5) הגשמה עצמית. לפי התיאוריה של מאסלו, תנאי להתהוותם ולמילויים של צרכים בכל קטגוריה, תלויה בכך שהצרכים בקטגוריה הקודמת מומשו. לדוגמה, לפי מאסלו, הצורך בביטחון (קטגוריה מס' 2) יתהווה רק בתנאי שהאדם מילא את צרכיו הפיזיים ההכרחיים. לאחר שהצרכים הפיזיים מתמלאים, הצורך הבא שמתהווה הוא הצורך בביטחון, בוודאות ובשגרה. מאסלו מזכיר דוגמות קונקרטיות לצורך בביטחון בחיי היום יום כמו עבודה קבועה, חסכוניות וביטוח. בנוסף הוא מזכיר דת כאמצעי מסדר של העולם, התומך בתחושת הביטחון וכן פילוסופיה ומדע אשר מסייעים להבנת הסביבה ולתחושת הביטחון.209 לאחר שצורך הביטחון מתמלא, האדם פנוי לנסות ליצור קשרים רומנטיים, חברתיים ומשפחתיים. חלק מצורך האהבה הוא הצורך בשייכות ובקשרים חברתיים רחבים, החורגים ממסגרת המשפחה הגרעינית. הקטגוריה הבאה, כבוד, עוסקת בצרכים כמו כבוד עצמי, הכרה בערךך על ידי אחרים (מוניטין) והצורך בעצמאות ובחופש. לבסוף, הצורך הגבוה ביותר הוא הגשמה עצמית. צורך זה שונה במהותו בין אדם לחברו ותלוי באישיות הספציפית של האדם. באופן כללי מדובר בצורך להגשים את הפוטנציאל הטמון בכל אדם.210 בנוסף, מאסלו מתייחס לחופש של האדם – כמו חופש הדיבור, חופש התנועה וחירות – כתנאי מקדמי להגשמת כלל הצרכים של האדם.211

במסגרת הערכת חשיבותה של זכות אדם במקרה מסוים, ניתן להיעזר בצרכים בפירמידת מאסלו, כמו גם בתנאים המקדמיים למימושם של צרכים אלה.212 כפועל יוצא מכך, ניתן לטעון שאין להמעיט בחשיבותו של חופש הביטוי של העובד, כיוון שהוא מהווה בסיס לצרכים פסיכולוגיים אחרים, או בחופש הדת של העובד, כיוון שהוא מהווה חלק מצורך פסיכולוגי בסיסי של האדם לביטחון. יתרונה של התיאוריה לענייננו הוא בכך שהיא עומדת על צרכים פסיכולוגיים בסיסיים של האדם ויוצקת להם תוכן, באופן שמעשיר את היכולת לבחון את חשיבותן היחסית של זכויות מתנגשות במקרים מורכבים.

חשוב לציין שמאסלו עצמו מסייג את ההיררכיה בין הצרכים השונים בכך שישנם אנשים שאצלם סדר העדיפויות שונה. לדוגמה ייתכנו אנשים שלהם ההגשמה העצמית חשובה מכל דבר אחר.213 כמו כן, אין בעיניו חובה שצורך מסוים יוגשם באופן מוחלט (100%), על מנת שהצורך הבא בהיררכיה יתהווה.214 לנוכח האמור לעיל, לא ניתן להסתמך באופן בלעדי על תיאוריה זו ביצירת מדרג של זכויות בשדה המשפט, אך ניתן להיעזר בה כאמור לצורך הערכה כללית של חשיבות הזכויות שעל הפרק.

אם כן, מוצע לקדם רעיון שלפיו הערכת חשיבות הזכות ועצמת הפגיעה בה בנסיבות העניין תיעשה במסגרת של מעגלי בדיקה – המעגל המשמעותי יותר הוא ההבחנה בין גרעין לבין פריפריה והבחנה בין זכויות הליכיות לזכויות שאינן כאלה, וכן בחינה של מושאי הזכויות והסתברות הפגיעה בהן, אולם אם מעגל בדיקה זה לא מסייע – ניתן לעבור למעגל בדיקה מעט רחוק ומופשט יותר, המבוסס על התיאוריות שפירטתי, וזאת כדי לנסות בכל זאת להעריך את חשיבות הזכויות הרלוונטיות. יודגש שוב כי הפניה לתיאוריות אלה לא

Maslow, A. H., *A Dynamic Theory of Human Motivation*, in UNDERSTANDING HUMAN MOTIVATION 26 (C. L. 208 Stacey & M. DeMartino Eds., 1958) ("Maslow"); ERNEST R. HILGARD, RICHARD C. ATKINSON, RITA L. ATKINSON, INTRODUCTION TO PSYCHOLOGY 330-333 (5<sup>th</sup> ed., 1971).

209 Maslow, ה"ש 214 לעיל, בעמ' 33.

210 שם, בעמ' 38.

211 שם, בעמ' 38-39.

212 Saetra H.S, *Toward a Hobbesian Liberal Democracy Through a Maslowian Hierarchy of Needs*, THE HUMANISTIC PSYCHOLOGIST (Online version, 2020) (השוואה בין התיאוריה של מאסלו לפילוסופיה הפוליטית של Hobbs).

213 Maslow, ה"ש 205 לעיל, בעמ' 40-41.

214 שם, בעמ' 42.

נועדה כאמור ליצירת מדרג של זכויות, אלא לצורך פיתוח אמות מידה כלליות להערכת חשיבותן במקרה נתון.

**ומכאן לסיכום הדברים עד כה.** בנוסף לקיומה של פגיעה בזכויות של פרטים משני צדי המתרחס, נדרש לבחון את התכליות והמניעים לפגיעה בכל אחת מהזכויות ואת נחיצות הפגיעה (במקרה של איזון מקביל), וכן ליישם את הקריטריונים שפורטו לעיל להערכת חשיבותן של הזכויות המתנגשות בנסיבות העניין. לתיאור המודל המוצע על גבי תרשים זרימה ראו נספח 1 למאמר זה.

### **פרק ה': הדגמת המודל המוצע**

על מנת להמחיש טוב יותר את המודל המוצע, אדגים אותו ביתר פירוט על מספר מקרים שנדונו בפסיקה בישראל וכן על מקרה מעניין בארה"ב. המקרה הראשון נדון בהחלטה בבקשה לצו מניעה זמני בעניין **נמרי**.<sup>215</sup> גב' נאדרה נמרי היא מוסלמית אשר הועסקה במשך שנים רבות כמורה בבית-ספר פרטי נוצרי-קתולי במזרח ירושלים. בבית הספר לומדות תלמידות נוצריות ומוסלמיות, וגם בסגל המורות יש מורות נוצריות ומוסלמיות. במשך 27 שנות עבודתה בבית הספר לא עטתה גב' נמרי חיג'אב (כיסוי ראש המכסה את הראש והצוואר, אך לא את הפנים), אך בשלב מסוים במהלך שנת 2010 החליטה כי ברצונה להתחיל לעטות כיסוי ראש כזה מטעמי דת. בית הספר סירב לבקשתה, והעמיד בפניה שתי חלופות – להמשיך וללמד בלי חיג'אב או פיטורים. חרף זאת, החליטה גב' נמרי להגיע לעבודה כשהיא עוטה חיג'אב, ובעקבות זאת התבקשה לעזוב את בית הספר.

גב' נמרי לא השלימה עם המצב שנוצר ופנתה לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים בבקשה לסעד זמני שמכוחו בית הספר יידרש להעסיקה עד להחלטה סופית בתביעתה נגדו, כשהיא עוטה חיג'אב. גב' נמרי התבססה בבקשתה על הטענה כי האיסור על עטית חיג'אב פוגע בזכויותיה לחופש דת ולשוויון. בית הספר מצדו טען להגנתו כי גב' נמרי החליטה באופן חד צדדי להופיע לעבודה עם חיג'אב וכי הדבר מנוגד לקוד הלבוש בבית הספר, מנוגד לצורך באחידות בהופעתן של התלמידות והמורות ממוצא נוצרי ומוסלמי ומנוגד לשיקולים פדגוגיים וחינוכיים הקשורים לאופיו ומהותו הייחודיים של בית הספר של העדה הנוצרית-קתולית.

בית הדין דחה את בקשתה של גב' נמרי לצו מניעה זמני. במסגרת החלטתו, יצא בית הדין מנקודת הנחה שלפיה עטית חיג'אב היא מצווה המוטלת על בנות הדת המוסלמית, וכי איסור על כך עולה כדי פגיעה בחופש הדת. עם זאת, נקבע כי לכאורה איסור זה מוצדק ומידתי בנסיבות העניין. בית הדין ביסס את מסקנתו על פסיקה של בית המשפט העליון, שבה נקבע כי איסור על תלמידות לעטות חיג'אב בבית-ספר הוא כדין, משום שמדובר בבית-ספר פרטי, שהכניסה אליו וולונטרית, ולא בבית-ספר ממלכתי (בג"ץ ג' בארין).<sup>216</sup> בית הדין קבע כי אף שהפסיקה בעניין ג' בארין עסקה בתלמידה, ולא במורה, היא רלוונטית גם לעניינה של גב' נמרי. בית הדין נימק קביעה זו בכך שבית הספר שבו לימדה גב' נמרי הוא מוסד פרטי נוצרי שהעבודה בו היא וולונטרית, וכי נקבע בו קוד לבוש אשר נועד לחזק מסר של פלורליזם וכבוד, שבית הספר דוגל בו מעצם היותו משרת אוכלוסייה נוצרית ומוסלמית גם יחד, וכן נועד למנוע כפייה ולחץ חברתי. בית הדין הוסיף ודחה את טענת גב' נמרי, שלפיה לא קיים בבית הספר קוד לבוש למורות, אלא רק לתלמידות, וכי בהסכם העבודה של גב' נמרי לא נקבע דבר בענייני לבוש בבית הספר. בית הדין קבע בהקשר זה כי בפועל היה קוד לבוש, אשר תקף לכולן ואינו מאפשר אבחנה בין התלמידות לבין צוות ההוראה, בשל היותן של המורות דוגמה ומופת

<sup>215</sup> ס"ע (אזורי י-ם) 9022-06-10 נמרי – בית ספר שמידט לבנות (23.8.2010) (להלן: "עניין נמרי").

<sup>216</sup> בג"ץ 4298/93 ג' בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994) (להלן: "עניין ג' בארין").

לתלמידותיהן. עוד נקבע כי מותר לבית הספר להתנהל בהתאם לערכים ולמטרות של בעלי בית הספר, שבהם אחידות ושוויון בהופעה של נוצריות ומוסלמיות, וכן נקבע כי מתן היתר לעטות חיגי'אב בין כתלי בית הספר עלול להגביר את המתח בין נוצרים למוסלמים. נקבע גם כי מדובר באיסור מידתי שכן הוא חל רק בין כותלי בית הספר. לבסוף נקבע כי מדובר בפגיעה מוצדקת בשוויון, משום שהאיסור על עטת חיגי'אב מתחייב מאופיו של בית הספר. מהטעמים שלעיל נדחתה כאמור בקשתה של גב' נמרי לסעד זמני.

אני סבורה כי התוצאה שאליה הגיע בית הדין מעוררת קושי. אבקש לנתח בקצרה את המקרה בהתאם למודל שהוצע לעיל, ואראה כי תוצאות הניתוח מובילות למסקנה שונה מזו שאליה הגיע בית הדין.

נקודת המוצא לדיון היא כי שני הצדדים – הן העובדת (גב' נמרי), הן המעסיק (בית הספר) – קיבלו החלטות אקטיביות ששינו את הסטטוס קוו, ופגעו בזכויות של הצד האחר. גב' נמרי החליטה להגיע לבית הספר כשהיא עוטה חיגי'אב (לאחר עשרות שנות עבודה שבהן לא הגיעה לבושה כך לעבודה), בניגוד להוראת מנהל בית הספר, ואילו בית הספר החליט מצדו, בעקבות החלטתה, שלא להתיר לה להגיע לבית הספר כך, תוך פגיעה בזכויותיה לחופש דת ולשוויון. ניתן לטעון, כי החלטת בית הספר אינה החלטה אקטיבית, שכן לכאורה בית הספר ביקש להשאיר את הסטטוס קוו (הוראה ללא סממנים דתיים) על כנו, ולכן החלטתו בעניינה של העובדת היא החלטה פאסיבית. אני סבורה שאף שהחלטת בית הספר לסרב לבקשת העובדת ללמד עם חיגי'אב מהווה יישום של כללי בית הספר שהיו קיימים לפני התנהגותה, ההחלטה להפסיק את עבודתה מהווה שינוי משמעותי מהמצב הקיים (כזכור גב' נמרי לימדה בבית הספר 27 שנים) ולכן היא החלטה אקטיבית, אף שהיא מיישמת כללים קיימים. במצב דברים כזה, נדרש לערוך איזון מקביל בין הזכויות המתנגשות (הזכויות לחופש דת ולשוויון מזה, והזכות הניהולית מזה), בהתאם לפרמטרים שפורטו לעיל.

תכליות ומניעי הצדדים שפורטו לעיל הם על פניו לגיטימיים, ולכן נדרש לבחון את נחיצות הפגיעה, תוך מתן דגש לשאלה אם עמדו בפני הצדדים אלטרנטיבות שיקטינו את הפגיעה בזכויות. בהקשר זה, גב' נמרי הציעה לבית הספר לצמצם את משרתה למחצית, ללמד רק את הדת המוסלמית ולשהות בבית הספר בזמן ההוראה בלבד, אולם הצעתה לא התקבלה. בית הדין מצא כי הצעה זו משקפת את ידיעתה של גב' נמרי על הקושי הצפוי מכך שתעטה חיגי'אב בבית הספר, ולכן שקל את עצם ההצעה לחובתה. ואולם, נראה כי היה מקום דווקא לשקול הצעה זו לזכותה של גב' נמרי, שכן היא משקפת הצעת פשרה שעל פני הדברים אינה בלתי סבירה, ולכל הפחות היה מקום לדרוש מבית הספר הסברים מדוע הצעה זו אינה מספקת. מנגד, בית הספר לא הציע כל חלופה פרט לפיטורים ולתשלום פיצויי פיטורים.

לעניין הערכת חשיבותן של הזכויות משני צדי המתרגם, הזכות לעטות חיגי'אב היא נגזרת ספציפית של הזכות לחופש דת. מאחר שבפסק הדין אין ניתוח של חשיבות מצוות עטת החיגי'אב (ככל שאכן מדובר במצווה דתית, כפי שהניח בית הדין), לא ברור אם מדובר בפגיעה בליבת הזכות.<sup>217</sup> גם מידת חשיבות זכותו של בית הספר בנסיבות העניין, שבהן מאפייניו הייחודיים של המעסיק (בית-ספר נוצרי קתולי), לא התבררה עד תום. מצד אחד, הצורך באחידות בהופעה של נוצריות ומוסלמיות הוצג כאחד מעמודי התווך של בית הספר ומאפייניו, ולכן לכאורה מדובר בהיבט חשוב של הזכות הניהולית. מצד שני, קוד הלבוש והאיסור על סממנים דתיים לא הופיע במפורש בחוזה העבודה. ניתן היה לצפות כי נושא שהמעסיק מייחס לו חשיבות רבה, היה נכלל בחוזה העבודה.

<sup>217</sup> גילה שטופלר "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה – מבט השוואתי" עבודה, חברה ומשפט יא 323, 339-340 (תשס"ו), ופסקי הדין המוזכרים שם.

מגישותיהם של נוסבאום ומאסלו ניתן ללמוד, כי יש לייחס חשיבות רבה יותר לחופש הדת במקרה זה. מאסלו מזכיר כאמור דת כאמצעי מסדר של העולם, התומך בתחושת הביטחון, המהווה נדבך בסיסי בפירמידת הצרכים. נוסבאום מונה ברשימת היכולות החשובות בעיניה את היכולת לשלוט במרחב האישי, אשר נראה כי לבוש הוא חלק בלתי נפרד ממנו. מנגד, הטענה לעקרונות ניהוליים המבכרים אחידות ופלורליזם בבית הספר נראית על פניה כחלשה יותר. זאת, משום שעידוד לשוויון ופלורליזם בין בנות הדתות המוסלמית והנוצרית עשוי לתמוך גם במדיניות הפוכה – המאפשרת ומעודדת את בנות כל דת לנהוג כרצונן בכל הנוגע לסממנים דתיים, ולא לחייבן להעלים אותם. לו היה בית הספר טוען כי יש טעם לפגם בכיסוי ראש לנשים משום הפגיעה הטמונה בכך בשוויון שלהן לעומת גברים, ייתכן שהיה מקום להגיע למסקנה אחרת בהקשר זה (אף שניתן לתהות מדוע לא הועלה נימוק זה מצד בית הספר). מכל מקום, בית הדין אינו מבסס בהחלטתו את ההסתברות לכך שעטיית חיג'אב (לפחות במתכונת המצומצמת שהציעה גבי נמרי) תוביל לפגיעה בפלורליזם (אלא באחידות בלבד), וממילא אינו מבסס את הסברה שלפיה היתר לעטיית חיג'אב יוביל למתח בין-דתי בין התלמידות. מלבד תצהירו של מנהל בית הספר בנושאים אלה, לא ברור אילו ראיות אחרות הוצגו לבית הדין התומכות במסקנותיו (ולו ראיות המסייעות לביסוס מסקנה לכאורית, לנוכח השלב המוקדם בהליך). יצוין כי בהחלטת בית הדין לא הובהר אם בית הספר אוסר גם על סממנים דתיים אחרים, כמו ענידת צלב וכדומה.

שיקול נוסף שלא קיבל די משקל הוא השוואה בין מאפייניהם של מושאי הזכויות. בית הדין ציין כי גבי נמרי מועסקת בבית הספר מזה כ-27 שנים, אולם גם נתון זה נשקל לחובתה. נראה כי היותה של גבי נמרי עובדת ותיקה, על כל המשתמע מכך לעניין חוזק הקשר שלה למקום עבודתה, ראוי היה דווקא להישקל לזכותה. מנגד, מאפייניו של בית הספר כבית-ספר פרטי נוצרי-קתולי לא צריכים היו לשמש נתון בהכרעה, כפי שנעשה. הן בעניין ג'בארין, וקל וחומר בעניין נמרי (שעסק במורה, ולא בתלמידה), שגה בית המשפט לדעתי במתן משקל רב להיותו של המוסד החינוכי מוסד פרטי דתי, שכן הדבר לא מאיין את זכותן של הלומדות והמלמדות בו לחופש דת ולשוויון.<sup>218</sup> גם הצבעת בית הדין על ייחודיותו כביכול של בית הספר אינה משכנעת, שכן נדבך משמעותי מהייחודיות שעליה הצביע בית הספר – פלורליזם, שוויון וכבוד הדדי – אמור לכאורה להוביל לתוצאה הפוכה, היא מתן אוטונומיה רחבה לבאים בשעריו, בין היתר בכל הנוגע לסממנים דתיים. הדברים נכונים ביתר שאת בהינתן שלא הוכח (ולכל הפחות לא צוין) כי בית הספר שומר על ניטרליות גם ביחס לסממנים דתיים נוצריים.

מכלול השיקולים שפורטו לעיל – שבתוכו היעדר בחינה מספקת של חלופות לפגיעה בזכותה של גבי נמרי מצד בית הספר, אל מול הצעתה של גבי נמרי לפשרה שלא זכתה להתייחסות ברורה; חשיבות זכויותיה של גבי נמרי מחד גיסא, והספק בדבר חשיבות זכותו של בית הספר בנסיבות העניין מאידך גיסא; ודאות הפגיעה בזכויותיה של גבי נמרי, אל מול אי הבהירות בדבר הסיכוי לפגיעה בפלורליזם וביחסים בין התלמידות בבית הספר עקב עטית חיג'אב; והוותק של גבי נמרי במקום העבודה – מוביל למסקנה כי דחיית בקשתה לסעד זמני מנימוקי בית הדין אינה משכנעת דיה. למען השלמת התמונה יצוין כי גבי נמרי הגישה ערעור על ההחלטה, אשר נדחה בהסכמה לאחר שהצדדים הגיעו לפשרה שלפיה פסק הדין של בית הדין האזורי יבוטל.<sup>219</sup> עוד יוער, כי הדיון על עטיית חיג'אב (וכיסויי ראש/פנים אחרים לנשים) הוא דיון מורכב, אשר האמור מעלה אינו בא למצותו. הרחבה על הנושא ניתן למצוא, בין היתר, במאמרה של גילה שטופלר, שבו

<sup>218</sup> לביקורת דומה על פסק הדין בעניין ג'בארין, לעיל ה"ש 223, ראו: דפנה ברק-ארוז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, **חברה ומשפט** ח 209, 218 (תשס"א).

<sup>219</sup> ע"ע (ארצי) 51754-08-10 נמרי – בית ספר שמידט לבנות (12.1.2011)

היא סוקרת מגוון גישות ופסיקה בעניין.<sup>220</sup> הדיון כאן נועד ליישם את מודל האיזון המוצע במסגרת יחסי עבודה בשוק הפרטי על נסיבותיו הפרטניות של עניין **נמרי**, אשר כמובן אינן מתקיימות בכל מקרה שבו מתעוררת דילמה הקשורה באיסור/בהיתר עטית כיסוי ראש מסוגים שונים.

מקרים נוספים הממחישים את חשיבות מודל האיזון הם מקרים שעסקו בהחלטות על השעיה או על פיטורים של עובדים שלא התחסנו לקורונה וסירבו לעבור בדיקות. למיטב בדיקתי, ברוב המקרים שהגיעו לפתחו של בית הדין, קיבל בית דין את עמדת המעסיקים בעניין. בעניין **אבישי**,<sup>221</sup> נדונה בקשה של סייעת לילדים עם צרכים מיוחדים להחזירה לעבודה, אף שסירבה להתחסן וסירבה לעבור בדיקות קורונה כדרישת מעסיקה אחת לשבוע. בית הדין עמד בפרוטרוט על חשיבות הזכויות משני צדי המתנס, בחן אפשרות לפגיעה פחותה בזכויות הסייעת (תוך הכרה בכך שבדיקת קורונה היא פולשנית ולא נעימה) והגיע למסקנה כי בנסיבות החלטת המעסיק אינה מצדיקה התערבות בדמות קבלת הבקשה לסעד זמני. על פני הדברים, מסקנת בית הדין נכונה, וזאת בשים לב לכך שהסייעת עובדת עם ילדים עם צרכים מיוחדים, תוך כדי מגע פיזי עמם; לסיכון הטמון בעבודה כזאת הן לילדים, הן למשפחותיהם; ובהתחשב בכך שהעובדת התבקשה לעבור בדיקה רק אחת לשבוע.

בעניין אחר, עניין **פיקשטיין**,<sup>222</sup> נדונה חובה שהטילה שופרסל על עובדיה (לרבות המבקשת, שהיא קופאית בסניף החברה), להתחסן או להציג תוצאת בדיקת קורונה שלילית כל 72 שעות. בשונה מההחלטה בעניין **אבישי** הנ"ל, נראה כי בית הדין לא דן באופן מספק בפגיעה בזכויות העובדת, ואף לא התחשב בעובדה שבדיקת קורונה היא בדיקה פולשנית ולא נעימה, ובנטל המוטל על הנבדק בהקשר זה (קבלת הפניה לבדיקה מרופא במקרים מסוימים, תיאום תור לבדיקה והמתנה בתור לבדיקה, כשלעתים מדובר בהמתנה ממושכת ותשלום על הבדיקה). כפועל יוצא מכך, בית הדין לא דן באופן מספק באפשרות לדרוש הצגת תוצאות בדיקה שלילית לקורונה בתדירות נמוכה יותר מהתדירות שהתבקשה (כל 72 שעות). בית הדין אף ציין כי הוא נותן משקל רב לכך שההחלטה על מנגנון חיוב העובדים בחיסון, לצד אפשרות חלופית להצגת תוצאת בדיקה שלילית, גובשה בשיתוף ובהסכמה של נציגות העובדים. ואולם, לנוכח חשיבותן של זכויות הפרט שעל הכף, שעניין באוטונומיה, בשלמות הגוף, בפרטיות ובחופש העיסוק של העובד, הסכמה קיבוצית אינה אמורה להוות שיקול בעל משקל. למקרא ההחלטה נוצר הרושם כי השיקולים העיקריים שנשקלו הם הסיכון הבריאותי (עקב חשיפה לחולה) והסיכון הכלכלי (עקב חובת בידוד של עובדים עקב חשיפה לחולה מאומת למשל), אשר מבלי למעט בחשיבותם, נראה כי יצרו הטיה לטובת החלטתה של שופרסל בעניינה של העובדת. ייתכן כי יישום מודל האיזון המוצע יכול היה להביא לתוצאה שונה, בדגש על השאלה אם היה מקום כאמור להתחשב בהסכמת ארגון העובדים למנגנון שתואר לעיל (חיסון או בדיקה שלילית כל 72 שעות) ועל השאלה אם אלטרנטיבות הפוגעות פחות בזכויותיה של העובדת (כגון דרישה לבדיקה בתדירות נמוכה יותר או עבודה חלופית במחסן שהוצעה ונשללה) הן דומות בערכן למנגנון הקיים. בהקשר זה ראוי להזכיר, כי מבין ההטיות שעמן נועדו מבחני האיזון להתמודד, קיימת הטיה ביחס לסיכונים קטסטרופליים. סיכונים כאלה, כפי שכבר ציינתי לעיל, נוטים לעורר תגובות רגשיות חזקות של חרדה וכעס, אשר פוגמות בשיפוט ומביאות לנטייה להתעלם לחלוטין ממידת ההסתברות להתרחשותו של האירוע הקטסטרופלי ולתת לו משקל מוגזם

<sup>220</sup> גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" **משפט וממשל** יב 191 (תשי"ע).

<sup>221</sup> סעי"ש (אזורי ת"א) 42405-02-21 **אבישי** – **מועצה מקומית כוכב יאיר צור יגאל** (21.3.2021); בקשת רשות ערעור נדחתה (בר"ע (ארצי) 3955-04-21) (ההחלטה בבקשה לסעד זמני). הכרעה דומה התקבלה בהליך העיקרי בעניין **אבישי** (פסק-דין מיום 8.5.2022).

<sup>222</sup> סעי"ש (אזורי חי') 33232-03-21 **פיקשטיין** – **שופרסל בע"מ** (26.3.2021); בקשת רשות ערעור נדחתה (בר"ע (ארצי) 22796-04-21).

בהחלטה. דרישה משופרסל להראות כי נשקף סיכון ממשי מהאלטרנטיבות האפשריות (כמו העסקת התובעת כקלדנית במחסן, כפי שהציעה, או בתפקיד אחר), ייתכן שהייתה משפיעה על ההכרעה. מנגד ניתן לטעון שיש לתת משקל לכך שמדובר בחנות מזון, שהוגדרה כמקום עבודה חיוני. ואולם, עובדה זו, לבדה, לא מצדיקה אי-שקילת אלטרנטיבות. כן לא נלקחו בחשבון מאפייניה הפרטניים של התובעת, ובכלל זה לא נשקל היותה עובדת מוחלשת במשרה זוטרה. ההחלטה בעניין פיקשטיין (וכן ההחלטות במסגרת הליכים נוספים),<sup>223</sup> ניתנה במסגרת בקשה לסעד זמני. מעיון במאגרי המידע עולה כי ההליכים העיקריים בעניין פיקשטיין נמחקו בראשית שנת 2022, אולם ההחלטה לא פורסמה.

מקרה שונה, אך רלוונטי להמחשת יישום מודל האיזון, אירע בארה"ב לפני שנים ספורות. מהנדס בחברת Google בארה"ב הפיץ בדוא"ל פנימי של החברה מזכר, שבו מתח ביקורת על מדיניות החברה ביחס לאופן שילובן של נשים בתפקידים טכנולוגיים בחברה.<sup>224</sup> הוא טען במזכר כי הייצוג המצומצם של נשים במקצועות טכנולוגיים נובע מהבדלים ביולוגיים בין נשים לבין גברים, וכי הדרך להתמודד עם תופעה זו היא לא באמצעות העדפה מתקנת, אלא באמצעות דרכים אחרות. מזכר זה דלף מחוץ לחברה, פורסם ברבים וגרם לסערה תקשורתית. בעקבות זאת החליטה Google לפטר את העובד, בטענה כי דעותיו מנציחות סטריאוטיפים פסולים במקום העבודה, באופן המהווה הפרה של הקוד האתי של החברה.<sup>225</sup> מעניין לציין, כי במקרה אחר, Google החליטה לפטר עובדת בכירה אחרת, לאחר שהפיצה בין העובדים דוא"ל, שבו היא ביקרה את החלטת החברה לגנוז מחקר שביצעה, שהצביע על בעיות אתיות במנגנון החיפוש של החברה הנוגעות גם לסוגיות של גיוון אתני ומגדרי. יצוין כי במקרה זה Google טענה שהעובדת התפטרה מרצונה, וכלל לא פוטרה.<sup>226</sup>

האמור במזכר הנזכר לעיל משקף את זכותו של העובד לחופש הביטוי, שהיא זכות חשובה, והסנקציות שהושתו עליו בגין פרסומו עלו כדי פגיעה בזכות יסוד זו. תכלית הפגיעה מעורפלת – הפרה של תנאי מדיניות החברה. עם זאת, ניתן להניח לזכותה של Google כי מדובר במדיניות ראויה, המבקשת ליצור אווירה סובלנית ומכבדת כלפי כלל עובדי החברה, לרבות העובדות בה. לפיכך, נראה כי האינטרס שביסוד הפגיעה בזכות העובד הוא לגיטימי. מנגד, לא ברור מדוע Google לא יכולה הייתה להסתפק בתגובה מטעם החברה לאמור במזכר, בפרט כשמדובר בחברה עתירת משאבים, אשר יכולה בקלות להבהיר הן לעובדות ולעובדי החברה, הן לציבור בכללותו כי האמור במזכר אינו על דעתה. העובד הפיץ את המזכר באופן פנימי בלבד, ולכן נראה שהאמצעי שבו נקט הוא אמצעי הפוגע בזכויות באופן מינימלי. זאת ועוד, המזכר פוגע ברגשות, אך לא בזכויות. גם מטעם זה לא ראוי היה להגבילו בדרך שבה הדבר נעשה. מבחינת הסתברות לנזק לזכויות, לו הייתה ב-Google אווירה בעייתית/עוינת כלפי נשים, ייתכן שדי היה בכך כדי להגביל את הביטוי (על יסוד הגישה הליברלית המהותית). ואולם, בהינתן ש-Google מבקשת לקדם נשים, נראה כי היה מקום להגבלת הביטוי רק אם היה קיים חשש ממשי לנזק (על יסוד הגישה הקלאסית). מסקנה זו מקבלת משנה

<sup>223</sup> להחלטות דומות בבקשות לסעדים זמניים ראו: בר"ע (ארצי) 15681-05-21 אורי חן – עיריית נתניה (11.5.2021) (עו"ס במחלקת רווחה בעירייה); פ"ה (תל אביב-יפו) 2819-03-21 ויז'נסקי – עיריית רעננה (2.6.2021) (מדריכת יוגה). יצוין כי ההחלטות בעניינם של מעסיקים מהמגזר הציבורי לא התמקדו בחובות מינהליות, ולכן הן רלוונטיות גם לענייננו.

<sup>224</sup> המזכר פורסם במלואו באתר GIZMODO. זמין ב-<https://gizmodo.com/exclusive-heres-the-full-10-page-anti-diversity-screed-1797564320>

<sup>225</sup> לתיאור השתלשלות העניינים ראו:

Ethan Baron, *Former Google engineer fired over memo drops discrimination lawsuit*, **The Mercury News** 14.5.2020; Daisuke Wakabayashi, *Google Fires Engineer Who Wrote Memo Questioning Women in Tech*, **The New York Times** 7.8.2017.

Olivia Solon and April Glaser, *Google workers mobilize against firing of top Black female executive*, **NBC News** 4.12.2020.



תוקף בהינתן שלא מדובר בעובד בכיר מאוד של החברה, ואף לא בעובד בתפקיד הקשור ביחסי ציבור או תפקיד אחר המגביר את זיהויו של העובד עם החברה, כמו שיווק למשל. כמו כן הפגיעה בזכותו של המעסיק לשם טוב ולמוניטין היא עקיפה וחלשה בלבד, ולכן מצויה בפריפריה של הזכות. זאת, לעומת פגיעה קרובה לגרעין הזכות של העובד לבטא את דעתו ביחס למדיניות מקום העבודה, המצויה בגרעין הזכות (מלבד הרציונל של האוטונומיה של הפרט להתבטא בנושאים על סדר היום שמעניינים אותו, היא גם קשורה בקידום הדמוקרטיה במקום העבודה, המהווה תכלית של דיני העבודה).

סיכומם של דברים, בהינתן שהעובד בחר בערוץ תפוצה שפגיעתו פחותה, כי קיימים אמצעים חלופיים נגד/נגד הפרסום שפגיעתם פחותה, וכי הסתברות הפגיעה בזכויות המעסיק/עובדים אחרים אינה ברורה, נראה כי החלטת Google לפטר את העובד אינה מידתית ואינה מאזנת כראוי בין זכות העובד לחופש הביטוי – אף שמדובר בביטוי מקומם ובעייתי – לבין אינטרסים/זכויות אחרים.

### סיכום

השימוש בדוקטרינות איזון שיפוטיות מסייע בהכוונת שיקול הדעת השיפוטי, כמו גם בהגברת מידת האמון הציבורית במערכת המשפט. יתרונות פונקציונליים אלה חשובים במיוחד במערכת בתי הדין לעבודה, בין היתר לצורך שיפור הבהירות והעקביות בפסיקות בתי הדין ולצורך התמודדות עם ביקורת על אקטיביזם-יתר ועל העדפה כביכול של זכויות עובדים על פני זכויות של מעסיקים. בה בעת, חשוב ליישם דוקטרינות איזון, שמקורן במשפט הציבורי, תוך התאמתן ליחודיות של יחסי העבודה בשוק הפרטי, ותוך מתן דגש למאפיינים ייחודיים של יחסים אלה ושל הצדדים להן. אף שבפסיקה ניכר שימוש במגוון רחב של דוקטרינות איזון, נראה כי ראוי ליישם עילת ביקורת אחידה ולחדד ולדייק את השימוש בה באמצעות שורת קריטריונים ספציפיים שפורטו לעיל. בין קריטריונים אלה, ניתן משקל לחשיבותן היחסית של זכויות אדם ולעצמת הפגיעה בהן במסגרת סכסוך מסוים בשוק העבודה הפרטי, ולשיקולים שונים שמסייעים בהערכתן בנסיבות העניין.

בנוסף, במאמר הנוכחי ביקשתי להציג מודל אשר יביא בחשבון את התפיסה המקובלת, שלפיה זכויות אדם הן בעלות משקל מיוחד, וישקף את הייחודיות של התנגשות בין זכויות כאלה במסגרת יחסי עבודה בשוק הפרטי. עם זאת, בהתחשב בייחודיות יחסי העבודה, טענתי כי המודל הראוי לאיזון בין זכויות של מעסיקים ועובדים בשוק הפרטי ראוי שיתבסס על פשרות הדדיות. על כן, במקרים שבהם שני הצדדים קיבלו החלטות אקטיביות שהביאו להתנגשות בין זכויות, יש להחיל איזון מקביל, שלפיו נבחנים קריטריונים השואבים את כוחם ממבחני המידתיות ומקריטריונים נוספים – כמו סוג הזכות והסתברות הפגיעה בה – משני צדי המתרס. אני סבורה כי אמות מידה אלה, שעליהן עמדתי בפירוט לעיל, מקלות על פתרון מקרים עמומים יחסית, אשר מעלים שאלות באשר לאיזון הנאות בין הזכויות המתנגשות בשוק העבודה וכן מטייבות את הדוקטרינה המשפטית הקיימת בתחום זה. אמנם, המסגרת המוצעת לאיזון – הכוללת איזון מקביל במקרים המתאימים ושימוש בקריטריונים קבועים מראש – מותירה מקום לשיקול דעת ולכן אינה מבטיחה עקביות מוחלטת או וודאות מוחלטת. עם זאת, היא עשויה לתרום לדעתי לשיפור המצב המשפטי הקיים.

**נספח 1 – מודל האיזון המוצע על גבי תרשים זרימה**

