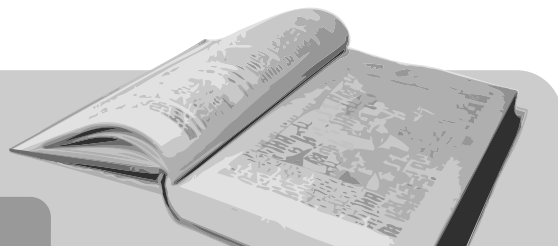


## ביקורת ספר

<<< עונר סיטבון



## משפט ושינוי חברתי

זאב סגל ולילך ליטור, "אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי -

במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה" (הוצאת נבו, 2008)

הזכויות המוגנות על-ידי חוקי היסוד החדשים. אלכשן תימצת זאת יפה בספרו: "כשזכויות חברתיות אינן מוגנות, החוקה נהפכת למכשיר שמשרת את מיעוט בעלי ההון והרכוש במאבק על משאבים מול הרוב שחסר אותם". כפי שמראים סגל וליטור, מגמה זו של פסיביזם שיפוטי, הנרתע מפסיקה הכרוכה בהקצאת תקציבים למימושן של זכויות חברתיות (להבדיל מפסקי-דין ששינו את תוואי חומת ההפרדה או שהגדילו את הפיצויים למפוני גוש קטיף, ושעלו לקופה הציבורית מאות מיליוני שקלים), נמשכה גם בשנים הבאות במספר פסקי-דין בולטים של בג"ץ, ובראשם בפרשת מחוייבות (בג"ץ הקיום בכבוד), שבה דחה בג"ץ בסוף 2005 את העתירה כנגד הקיצוץ הדרמטי, מבית מדרשו של נתניהו, בקצבאות הבטחת ההכנסה כדברי הכותבים, "גישתו האקטיביסטית החדשה של בג"ץ בנושא הביטחון הלאומי לא חילחלה לתחום 'הביטחון החברתי'" (עמ' 178). באופן מעניין מתברר כי הפסיביזם השיפוטי בעניינים חברתיים מאפיינ גם שיטות משפט מערביות אחרות (עמ' 217-222).

סגל וליטור מציינים כי גם במקרים המעטים שבהם בג"ץ נוקט קו אקטיביסטי יותר למען העובדים מאשר בית הדין הארצי לעבודה (כמו בפרשת רמת"א שבה החליט בג"ץ, בניגוד לדעת בית הדין, כי במקרה שגוף עובר הפרטה, אין לכפות על העובד התקשרות חוזית עם המעביד החדש), פסיקתו נובעת בעיקר מתוך השקפתו הליברלית.

החלק השני של התיזה מעניין יותר, בעיקר משום שהוא אכן פחות ידוע (אף כי גם בעניין זה כבר נכתבו מספר מאמרים). בית הדין הארצי לעבודה, בראשותם של נשיאו הנמרץ, השופט סטיב אדלר, ובעיקר של סגניתו, השופטת

התיזה הבסיסית בספרם של פרופ' זאב סגל, הפרשן המשפטי של "הארץ", ושל עו"ד לילך ליטור, היא פשוטה. האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ נעצר בשערי הליברליזם הפוליטי: כל עוד הוא מתבקש להגן על זכויות אזרחיות ופוליטיות אפילו תחום הביטחון אינו פרה קדושה. ברם, בתחום ההגנה על הזכויות החברתיות, בג"ץ הוא משענת קנה רצוץ. אלא שלא אלמן ישראל. אל האקום השיפוטי הזה פרץ בסערה בעשור האחרון שחקן חדש - הסוציאליסט האחרון" על-פי "דה מארקר" (30.7.08) - הלא הוא בית הדין הארצי לעבודה, שבו, הרחק מאור הזרקורים, מתרחשת מהפיכה חברתית אמיתית.

החלק הראשון של התיזה אינו מחדש רבות. הקובץ "צדק חלוקתי" שיצא בשנת 2000 בעריכת פרופ' מנחם מאוטנר היה זה שהציב לראשונה את סוגיות הזכויות החברתיות והצדק החלוקתי על סדר יומה של הקהילה המשפטית, ומאז עסקו בפסיביזם השיפוטי של בג"ץ מספר כותבים בולטים, ובהם פרופ' מאוטנר, פרופ' גיא מונדלק, ד"ר איל גרוס ופרופ' דפנה ברק-ארו (שאף זכו לתואר - המפוקפק משהו - "הכנופיה החברתית"). בשנת 2005 פרסם המשפטן והפעיל החברתי יובל אלכשן ספר חשוב בשם "זרים במשפט" (ראו "חברה", גיליון 24) שבו הוא מתאר את המחסומים הפרוצדורליים והמהותיים הניצבים בפני האוכלוסיות המוחלשות בישראל בבואן לממש את זכויותיהן המשפטיות. המחסום המהותי המרכזי שעליו הוא מצביע הוא הדרתן של הזכויות החברתיות מן השיח המשפטי החוקתי הישראלי - הן בשל אי-חקיקתן של חוקי-יסוד: זכויות חברתיות והן בשל פרשנותו הניאור-ליברלית של בית המשפט העליון את

בשורת פסקי-דין מרשימים, הנסמכים לא פעם על כלים פרשניים שפיתח בג"ץ. קידם בית הדין את ההגנה על זכויותיהם של העובדים, תוך צמצום "הזכות הניהולית", הקפיטליסטית, של המעביד.



השנים האחרונות) של כלכלה גלובלית, שבה שוק העבודה המופרט משופע בצורות העסקה חדשות שהן ארעיות, חלקיות וחסרות ביטחון תעסוקתי. עמדתו של בית הדין בהקשר זה היא פטרנליסטית, ומתבססת על התפיסה שלנוכח קיומם של פערי כוחות מובנים שבין העובד למעבידו, תפקידו של בית הדין – כתפקידה של ההסתדרות, בטרם נחלשה (והוחלשה) כל-כך – הוא לאזן את התמונה לטובת העובד. הבסיס לדיני העבודה הומר מבסיס של הסכמה (המושגת במשא-ומתן קיבוצי) לבסיס של משפט (המושג כתביעות אינדיבידואליות בבית המשפט) (עמ' 81, 254-256).

לדעת המחברים, פעלתנותו הרבה של בית הדין לעבודה נובעת מהחשיפה התקשורתית המועטה לה זוכה פעילותו, ומהסכמה שבשתיקה מצד המערכת הפוליטית. זאת, לצד היותו של בית הדין מוסד עצמאי העוסק בתחום מקצועי ייחודי (עמ' 222-223, 267-270). עם זאת, זכורה ההתקפה של ארגוני המעסיקים, בראשות אוריאל לין, על מה שהם תפסו כנטייתם המופגנת של בתי הדין להגן על זכויות העובדים. התקפה זו הובילה להקמתה של ועדת בדיקה בראשותו של השופט העליון בדימוס יצחק זמיר. הועדה אמנם המליצה שלא לפגוע בעצמאותו של בית הדין, אך סביר להניח כי בית הדין הושפע מן החרב שהתנופפה מעל לראשו (אוריאל לין אף מונה לנציג ציבור בבית הדין לעבודה...). דוגמא בולטת לכך היא נטייתו של בית הדין, בראשות הנשיא אדלר, לגשר ולפשר בין המעסיקים לבין העובדים במקרים של שביתות. בנטייה זו, שהכותבים מכנים עליה, ישנה גם בעייתיות שכן היא

אלישבע ברק, הובילו מדיניות אקטיביסטית (שסיתה במובהק מזו שהוביל קודמו של אדלר כתפקיד, השופט מנחם גולדברג) שבה בית הדין תופס עצמו כשחקן המעצב נורמות חברתיות. בשורת פסקי-דין מרשימים, הנסמכים לא פעם על כלים פרשניים שפיתח בג"ץ, קידם בית הדין את ההגנה על זכויותיהם של העובדים, תוך צמצום "הזכות הניהולית", הקפיטליסטית, של המעביד. כך, בין השאר, הכיר בית הדין בזכות לעבוד כזכות חברתית; הכיר בקיומה של זכות קניין לעובד במקום עבודתו (פסיקה שעוררה את חמתם של המעסיקים); הגן על זכותם של עובדים להתארגן ופעל לחיזוק כוחם של ארגוני העובדים; חייב מעבידים להתייעץ עם עובדיהם בזמן פיטורי צמצום כלכליים; השווה את זכויותיהם של עובדי קבלן ועובדי כוח אדם לאלו של עובדים רגילים; וביטל התניות אי-תחרות של עובדים במעבידיהם. הספר, וזהו אחד מיתרונותיו הבולטים, מתאר בפירוט רב את מגוון ההיבטים של פסיקתו האקטיביסטית של בית הדין. יחד עם זאת, בספר חסר, למרבה הצער, דיון בתרומתם הרבה של בתי הדין לעבודה לפיתוח ההגנה המשפטית על מהגרי העבודה, קבוצת העובדים החלשה ביותר בישראל.

לטענת סגל וליטור, בית הדין הארצי לעבודה מבקש למלא בפסיקתו את הואקום שנוצר בין דיני העבודה, שנחקקו ב"תור הזהב" של העבודה המאורגנת ושל ההסכמים הקיבוציים, לבין המציאות הניאו-ליברלית הנוכחית (שאותה מכנים הכותבים, באופן מעט תמוה, "העידן המודרני", כאילו החלה המודרנה רק בשלושים

**עמדתו של בית הדין בהקשר זה היא פטרנליסטית, ומתבססת על התפיסה שלנוכח קיומם של פערי כוחות מובנים שבין העובד למעבידו, תפקידו של בית הדין – כתפקידה של ההסתדרות, בטרם נחלשה (והוחלשה) כל-כך – הוא לאזן את התמונה לטובת העובד.**

החפץ בתיקון החברה אינו יכול להסתמך, בוודאי שלא באופן בלעדי, על בית הדין.

העברת המאבק לזירה השיפוטית יצרה זירה חלופית שבה העתירה לבג"ץ החליפה את המאבק הפוליטי, ושבה פסק-הדין הדוחה את העתירה מקנה לגיטימציה לעול שכנגדו היא הוגשה.

עופר סיטבון הוא חקטורנט למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ומשמש כעורכו הראשי של כתב העת "מעשי משפט - כתב עת למשפט ולשינוי חברתי". הוא חבר בקיבוץ העירוני תמוז בבית שמש.

✉ ofer@tamuz.org.il

בהכירו בזכות הקניין של העובד במקום העבודה – כבסיס להכרה בזכויות חברתיות, כעומדת בניגוד בולט לחוסר נכונותו של בג"ץ לעשות כן (למשל, במקרה שבו סירב להכיר בקיצוץ בקצבאות זיקנה כפגיעה אסורה בזכות הקניין של הקשישים). מעניין לציין, מנגד, שסגל וליטור אינם מתייחסים כמעט לפרשת עמית. במקרה זה, ביטל בג"ץ את החלטתו הבעייתית של בית הדין הארצי להכיר בארגון שהקימה הנהלת "מכבי – שירותי בריאות" כארגון עובדים. פסק-דין חשוב זה, שכתב השופט יצחק זמיר, ואשר נחשב בזמנו כעוגן הצלה להסתדרות הכללית, מייצג תפיסה פרוגרסיבית המכירה דווקא בחשיבותו הרבה של חופש ההתארגנות, ובתרומתו לצמצום פערי הכוחות שבין עובדים לבין מעבידים.

היבט נוסף שעומו הכותבים כמעט ואינם מתמודדים הוא הרקע החברתי והכלכלי לפסיביזם השיפוטי של בג"ץ. הסברם שלפיו הרתיעה של בית המשפט נובעת בעיקר מן הביקורת הציבורית והפוליטית כנגד פסיקה בעלת השלכות תקציביות (עמ' 209) הינו חלקי בלבד. כפי שמציע פרופ' דני גוטוויין במאמרו "מ'מהפכה חוקתית" ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" (שהתפרסם בינואר 2008 בכתב העת "מעשי משפט" ושניתן לקריאה ברשת), יש לראות את הזיקה העמוקה שבין ה"מהפכה החוקתית" שקידם בג"ץ לבין משטר ההפרטה הישראלי וביסוסו בשם ערכי "הציבור הנאור". "המהפכה החוקתית" פעלה לביצור זכויותיהם של בעלי ההון ולהגנה על פעולתו של השוק החופשי (למשל, באמצעות הכרה בזכות הקניין של תאגידים עסקיים), במקביל להגנה מצומצמת בלבד על הזכויות החברתיות. אמנם, האקטיביזם השיפוטי הרחיב את "זכות העמידה", ופתח את שערי בית המשפט בפני "עותרים ציבוריים", ברובם ארגונים חברתיים. אך העברת המאבק לזירה השיפוטית יצרה זירה חלופית שבה העתירה לבג"ץ החליפה את המאבק הפוליטי, ושבה פסק-הדין הדוחה את העתירה מקנה לגיטימציה לעול שכנגדו היא הוגשה. מצב דברים זה העצים את מעמדן הנחות של הזכויות החברתיות ותרם לסיכול השפעתם של המאבקים החברתיים.

סיכומו של דבר, הזרקור שמטיל הספר על פעילותו של בית הדין לעבודה מרים, למרות מגבלותיו, תרומה בעלת חשיבות לדין המתמשך במקומו הראוי של המשפט במסגרת המאבק לקידום שינוי חברתי.

יכולה לפגוע בדינמיקה של יחסי העבודה ושל המשא-והמתן, ובסופו של דבר, לעקר במידת מה את כוחו של נשק השביתה.

פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה היא אכן מרשימה, ומי שקורא את פסקי-הדין של השופטת ברק, למשל, אינו יכול שלא להתרשם מן הגישה הסוציאל-דמוקרטית שהנחתה אותה. כך, למשל, נכונותה לערער על אבחנת היסוד הבעייתית הקיימת במשפט העבודה, בין "שביתה כלכלית" מותרת לבין "שביתה פוליטית" אסורה (עמ' 190-192), ראויה לכל שבח. עם זאת, החפץ בתיקון החברה אינו יכול להסתמך, בוודאי שלא באופן בלעדי, על בית הדין. ניתן למנות לכך מספר סיבות, "סוציולוגיות" באופיין: שלב התביעה (claiming) הוא האחרון בשרשרת ההליך המשפטי, שמתחיל בשלב מתן השם (naming), שבו העובד נדרש להצביע על זכותו שנפגעה ו"לתת לה שם"; ונמשך בשלב ההאשמה (blaming), שבו העובד אוזר עוז ומתייצב מול מעסיקו בתביעה למימוש זכויותיו. אין ספק כי עובדים רבים נרתעים מפני עימות עם המעביד שעלול לעלות להם בפרנסתם, ושמכל מקום, עתיד להמשך זמן רב ולהיות כרוך בעלויות רבות. התיקים שמגיעים לבית הדין הם אפוא רק טיפה בים, והם מתאפיינים בכך שהם מוגשים, בדרך כלל, רק לאחר שיחסי העבודה כבר הסתיימו. כמו-כן, אימוץ אסטרטגיה של תביעות אינדיבידואליות מונע את תיקונן של פגיעות המשותפות לא אחת לקבוצה גדולה של עובדים, ואשר, בעידן של עבודה מאורגנת חזקה, יכלו להיפתר במהלך המשא והמתן הקיבוצי בין הארגון לבין המעסיק. בנוסף, חולשתם של האיגודים המקצועיים מצמצמת גם את פוטנציאל האכיפה של חוקי העבודה (המתקדמים למדי) שעודם קיימים בישראל, שכן היא מותירה את האכיפה בידי הממשלה, שכידוע אינה מתלהבת להקצות לכך משאבים רבים.

יוער, בשולי הדברים, כי האנלוגיה שעושים הכותבים בין בג"ץ לבין בית הדין – שמכוחה נטען כי "עלה התלמיד על רבו" (עמ' 159) – אינה שלמה וגם, במידת מה, אינה הוגנת שכן המטריה שבה עוסק בית הדין – דיני עבודה – נועדה, מעצם טיבה, לצמצם את פערי המיקוח שבין עובדים לבין מעסיקים, ובית הדין עצמו הוא גם פרום שיפוטי אוהד (בין השופטים יש נציג עובדים), שעלויות ההתדיינות בו נמוכות (בוודאי יחסית לערכאות אחרות). עם זאת, צודקים הכותבים בהצביעם (בעמ' 210) על הפרשנות השיפוטית היצרנית של בית הדין – למשל,