

הסברים התנהגותיים למשפט העבודה ויחסי עבודה*

שרון רבין-מרגליות**

מאמר זה עוסק בשאלה מהן ההשלכות האפשריות של תחום הכלכלה ההתנהגותית (Behavioral Economics) על משפט העבודה ויחסי העבודה בישראל, תוך בחינה של שלושת הכשלים המרכזיים שתחום מחקר זה עוסק בו: חסמים רציונליים, חסמים על כוח-הרצון, וחסמים על פעולות לקידום האינטרס האישי. לגבי כל אחד מן הכשלים המאמר מציג כמה דוגמאות הממחישות כיצד ניתוח התנהגותי יכול לסייע בהבנת כלל משפטי שגובש על-ידי המחוקק או בתי-הדין לעבודה, או להציע הסדרים חלופיים לאלה הקיימים.

המאמר דן בדוגמאות הבאות תוך הדגשת ההיבט ההתנהגותי: היקף הביטחון התעסוקתי של העובדים; אם חקיקת-המגן חייבת להיות קוגנטית; מדוע עובדים מעוניינים בזכויות תלויות-זתק; כיצד ניתן לעודד עובדים לחסוך יותר בתוכניות פנסיוניות; מדוע פיטורי צמצום עדיפים על הפחתת שכר; מדוע עובדים שובתים; מדוע העסקת עובדים באמצעות חברות כוח-אדם לתקופות זמן ארוכות אינה מקובלת עלינו; חשיבותן של זכויות פרוצדורליות במקום העבודה; ואם יש עובדים שאין צורך לפקח על היקף שעות העבודה שלהם.

מטרה

פרק א: חסמים רציונליים (Bounded Rationality)

1. השלכות על היקף הביטחון התעסוקתי של העובדים
2. מעמדה הקוגנטי של חקיקת-המגן במשפט העבודה
3. זכויות הנצברות על-סמך ותק

פרק ב: חסמים על כוח-הרצון (Bounded Will Power)

* תודה ליורם מרגליות, אסף יעקב, אלון קלמנט וחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים על הערותיהם.

** מרצה בכירה למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

פרק ג: חסמים על נקיטת צעדים לקידום אינטרס אישי (Bounded Self-Interest)

1. כללי
2. פיטורי צמצום
3. זכות השביתה
4. העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם
5. זכויות פרוצדורליות בעת פיטורי עובדים ובעת שינויים מבניים
6. שעות עבודה ומנוחה, פיקוח על עובדים ותגמול

פרק ד: סיכום

מטרה

מאמר זה עוסק בשאלה מהן ההשלכות האפשריות של תחום הכלכלה ההתנהגותית (Behavioral Economics) על משפט העבודה ויחסי העבודה בישראל.¹

הכלכלה ההתנהגותית הינה דיסציפלינה שהתפתחה בתגובה על הנחות היסוד של הכלכלה המסורתית לגבי ההתנהגות האנושית, שבמרכזן שלוש ההנחות הבאות: (1) אדם פועל להשאת תועלתו האישית; (2) השאת התועלת האישית נעשית מתוך מערכת יציבה של העדפות; (3) השאת התועלת האישית נעשית תוך צבירת כמות מידע מיטבית ממגוון שווקים.² הכלכלה ההתנהגותית קוראת תיגר על הנחות יסוד אלה, ומצביעה על כך שאנשים בעולם האמיתי, בניגוד להומו־אקונומיקוס (Homo Economicus), נופלים קורבן למגוון של כשלים קוגניטיביים שאינם מאפשרים להם לפעול באופן רציונלי להשאת העדפותיהם האישיות; שהעדפותיהם של אנשים אמיתיים אינן עקביות או יציבות; וכי לא תמיד הם פועלים לקידום תועלתם האישית. בעוד המסורת של ענף הניתוח הכלכלי של המשפט נוטה להתייחס לשחקנים המשפטיים כאל מי שפועלים תמיד באופן רציונלי לקידום אינטרס אישי, ניתוח כלכלי-התנהגותי של המשפט יצביע על סטייה מהנחות יסוד אלה, ויבחן שאלות משפטיות תוך הכרה בהטיות הקוגניטיביות.

הכלכלה ההתנהגותית הינה דיסציפלינה אמפירית שנשענת בעיקרה על מחקרים ניסויים. בדרך-כלל מטרת הניסויים היא להבליט כי אנשים אינם פועלים באופן המצופה

1 לסקירה כללית של השלכות הכלכלה ההתנהגותית על הניתוח הכלכלי של המשפט ראו: *Behavioral Law and Economics* (New York, Cass R. Sunstein ed., 2000); Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471.

2 ראו: Gary S. Becker *The Economic Approach to Human Behavior* (Chicago, 1976) 14.

על-פי הנחותיה של הכלכלה המסורתית. טרם גובשה אומנם תיאוריה כוללת שבכוחה להסביר את התוצאות המתקבלות בניסויים, ובעיקר מדוע אנשים אינם פועלים באופן רציונלי ומדוע הם נוהגים באופן אלטרואיסטי כאשר היינו מצפים שיקדמו דווקא את האינטרס האישי שלהם, אולם בשני העשורים האחרונים הצטברו ראיות למכביר המאשרות כי הנחות-המוצא המסורתיות לגבי האופן שבו אנשים פועלים אינן מדויקות. ניתן לחלק את התצפיות המעידות על סטייה מהתנהגות רציונלית לשלוש קבוצות מרכזיות.³ הקבוצה הראשונה עוסקת בחסמים רציונליים (Bounded Rationality). רעיון זה מיוחס במקור ל־Herbert Simon בשנות החמישים,⁴ ומתייחס למגבלות הקוגניטיביות של הפרט, שעיקרן יכולות החישוב המוגבלות של המוח האנושי ואי-שלמותו של הזיכרון. האדם מתמודד עם מגבלות קוגניטיביות אלה באמצעות שימוש בטכניקות של קיצורי-דרך חישוביים ושימוש ב"כללי-אצבע". ניתן אומנם לטעון ששימוש בכלים אלה הינו רציונלי, במובן זה שהוא מאפשר לנו לייעל את העלויות הכרוכות בקבלת החלטות המצריכות חישוביות מסובכת או זיכרון מושלם. אך גם אם השימוש בקיצורי-דרך ו"כללי-אצבע" הינו רציונלי במובן זה, הוא עלול להוביל לטעויות ניתנות לצפייה. ביחס למגבלות קוגניטיביות מסוג זה נערכו ניסויים רבים, המצביעים על כך שאנשים אינם משקללים הסתברויות בצורה מדויקת, נוטים לאופטימיות-יתר או מציגים העדפות לא-עקביות.⁵ קבוצה שנייה עוסקת בחסמים על כוח-הרצון (Bounded Will Power).⁶ חסמים אלה משקפים את היכולת האנושית המוגבלת לפעול מתוך שליטה עצמית. אנשים נוקטים לא-אחת פעולות תוך ידיעה שהן עומדות בסתירה לאינטרס האישי שלהם בטווח הארוך. מסתבר שהמין האנושי מתאפיין בדחיינות (procrastination) – דברים שניתן לדחות למחר אינם מתבצעים היום, ולעיתים קרובות אינם מתבצעים לעולם. הקבוצה השלישית עוסקת בחסמים על נקיטת צעדים לקידום אינטרס אישי (Bounded Self-Interest).⁷ בהקשר זה אין מחלוקת שגם במסגרת ניתוח כלכלי, פונקציית התועלת

3 בחלוקה זו אני עוקבת אחר החלוקה שהוצעה על-ידי: Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* note 1, at p. 1476; Christine Jolls "Fairness, Minimum Wage Law, and Employee Benefits" 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002) 47.

4 ראו: Herbert A. Simon "A Behavioral Model of Rational Choice" 69 *Q. J. Econ.* (1955) 99.

5 ראו: Richard H. Thaler "From Homo Economicus to Homo Sapiens" 14 *J. Econ. Persp.* (2000) 133.

6 ראו: Richard H. Thaler & Shlomo Benartzi "Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving" 112 *J. Pol. Econ.* (2004) S164; Richard H. Thaler & Hersh M. Shefrin "An Economic Theory of Self-Control" 89 *J. Pol. Econ.* (1981) 392.

7 ראו: Ernst Fehr "Psychological Foundations of Incentives" 46 *European Economic Rev.* (2002) 687 (hereinafter: Fehr "Psychological Foundations of Incentives"); Ernst Fehr & Urs Fischbacher "Why Social Preferences Matter - The

של אנשים כוללת לפעמים התחשבות ברצון, בהעדפות או ברווחה של אנשים אחרים או של גורמים חיצוניים. אך בעוד הכלכלה המסורתית יכולה להתמודד עם תופעות של אלטרואיזם, הטיפול בחסמים על פעולה לקידום אינטרס אישי הינו רחב יותר, ומתייחס לכך שאכפת לנו ושנחננו מתנהגים באופן שנחזה כאכפתי כלפי אנשים אחרים, כולל זרים. נוסף על כך, חשוב לנו מאוד שינהגו כלפינו באופן שנתפס בעינינו כהוגן, ואנו נוטים לנהוג כך כלפי הזולת, אף אם איננו חוששים שתוטל עלינו סנקציה כלשהי אם נבחר לנהוג באופן לא-הוגן. מרכיב חשוב של תבנית התנהגות זו הוא שאנשים שנהנו מיחס הוגן נוטים לאמץ קו התנהגות דומה כלפי מיטיבם (מתוך הדדיות), אף אם יש לכך עלויות מבחינתם. באותו אופן, אנשים מעדיפים להעניש את מי שהתנהג כלפיהם באופן שנתפס על-ידיהם כלא-הוגן, גם כאשר להענישה יש מחיר מבחינת המעניש. כתוצאה מתבנית התנהגות זו, אנשים הינם מצד אחד "נחמדים" יותר מכפי שהמודל הכלכלי חוזה, אך גם נקמנים יותר (כאשר הם חושבים שנהגו בהם באופן לא-הוגן).

כאמור, מטרת המאמר היא להצביע על ההשלכות האפשריות של התובנות החדשות לגבי ההתנהגות האנושית על משפט העבודה ויחסי העבודה. בכוונתי לבחון אם ניתן לעצב מדיניות משפטית בתחום דיני העבודה שתביא בחשבון או תמנף לעזרתה את תבניות ההתנהגות האנושית.

המאמר כולל שלושה פרקים הדנים בשלוש התופעות שנצפו: חסמים רציונליים, חסמים על כוח-הרצון וחסמים על פעולות לקידום האינטרס האישי. בכל אחד מן הפרקים אבחן כיצד ניתן לשלב בין ההתנהגות האנושית לבין הכלל המשפטי או המדיניות המשפטית שאנחנו מעוניינים לקדם. פרק הסיכום כולל דיון במגבלות השימוש בכלכלה ההתנהגותית בתחום המדיניות המשפטית.

כמה הערות מקדמיות לגבי הדיון עצמו: ראשית, מאמר זה אינו כולל תיאורים של הניסויים עצמם, למעט כמה חריגים, אלא מסתפק בהצגת המסקנה העולה מהם לגבי טיב ההתנהגות או אופן קבלת ההחלטות של הפרטים שהשתתפו בניסוי. שנית, במסגרת מאמר קצר זה איני מתימרת לכלול את כל היישומים של הכלכלה ההתנהגותית במשפט העבודה, אלא להצביע על כמה יישומיים אפשריים של תחום מחקרי זה בהקשר של שאלות אחדות שהתעוררו לאחרונה במסגרת משפט העבודה הישראלי. הניתוח של נושאים אלה הינו ראשוני ומתייחס בקצרה למספר רב של נושאים, כאשר הרעיון המאחד את הדיון הוא שהכלכלה ההתנהגותית מאפשרת לנו לחזות טוב יותר התנהגויות שרלוונטיות למשפט העבודה ויחסי העבודה. ברור שדרושים עדיין עבודה רבה ומחקר נרחב על-מנת להצדיק

Impact of Non-Selfish Motives on Competition, Cooperation and Incentives" 112 *The Econ. J.* (2002) C1; Ernst Fehr "Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity" 14 *J. Econ. Persp.* (2000) 159 (hereinafter: Fehr "Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity"); Ernst Fehr, Georg Kirchsteiger & Arno Riedl "Does Fairness Prevent Market Clearing? An Experimental Investigation" 108 *Q. J. Econ.* (1993) 437

הערכה סופית של כל אחד מן הנושאים המשפטיים המוצגים כאן. זהו בסך-הכל ניסיון לחשוף את היתרונות הרבים של התחשבות בתבניות ההתנהגות האנושית בעיצוב מדיניות משפטית.

פרק א: חסמים רציונליים (Bounded Rationality)

1. השלכות על היקף הביטחון התעסוקתי של העובדים

בשנים האחרונות התפתחה בישראל פרקטיקה של הוצאת עובדים מתחולת ההסכמים הקיבוציים החלים במקום עבודתם, תוך פגיעה בביטחון התעסוקתי של אותם עובדים. פרקטיקה זו קיבלה הכשר של בית-הדין הארצי לעבודה בשורה של פסקי-דין.⁸ הכוונה היא לעובדים המועסקים במקום עבודה שמתנהלים בו יחסי עבודה קיבוציים, אך בהסכם הקיבוצי יש סעיף "מילוט" שעל-פיו ההסכם הקיבוצי לא יחול על עובדים המועסקים בחוזה עבודה אישי.⁹ אפשרות זו הינה חוקית לנוכח הפרשנות שניתנה על-ידי בית-הדין לעבודה לסעיפי התחולה של חוק הסכמים קיבוציים.¹⁰ עמדתו של בית-הדין לעבודה היא שהצדדים

8 ראו, לדוגמה: דב"ע מט/4-161 הוצאת עיתון "הארץ" – האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, פד"ע כ 198; דב"ע מט/4-41 ההסתדרות הכללית – רשות הדואר, פד"ע כא 350, 356 (יש תוקף להסכמים קיבוציים הקובעים במפורש שעובדים שיועסקו בחוזה אישי יוצאו מתחולת ההסכם הקיבוצי). ראו גם סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר בר-ניב (תשמ"ז) 17, 31.

9 דב"ע מב/2-51 ההסתדרות הכללית – אגודת העובדים הבכירים בפז, פד"ע יד 367 (להלן: פסק-דין אגודת העובדים הבכירים בפז), 399: "לולא ההוראה בהסכם הקיבוצי, הקובעת שאין הוא חל על עובדים מסויימים – היה ההסכם חל [על כל העובדים]... אלא מאי? שעובדים מסויימים... מוצאים מתחולת ההסכם, מכוח ההסכם עצמו... הטעם להוצאת עובדים מסויימים מתחולת ההסכם ידוע, והכוונה, לרוב, היא לכך, שאותם עובדים יעבדו על-פי חוזה אישיים."

10 חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, ס"ח 63 (להלן: חוק הסכמים קיבוציים). לאחרונה יושמה הלכה זו לגבי קבוצת עובדים בבזק, ראו עס"ק 28/99 הסתדרות העובדים החדשה – בזק (לא פורסם, ניתן ביום 23.9.2003): "סעיפים 20, 22 ו-23 לחוק הסכמים קיבוציים אינם חלים על המת"חים אשר הוצאו מתחולתו של ההסכם הקיבוצי מכוח הוראות אותו הסכם קיבוצי. כלל הוא, כי הצדדים להסכם קיבוצי רשאים לקבוע על איזה עובדים ביחידת המיקוח יחול ההסכם ועל איזה לא יחול. במקרה דנן בוק וההסתדרות הסכימו על הוצאתם של המת"חים מתחולתו של ההסכם ויש לתת להסכמה זו תוקף."

ליחסי העבודה הקיבוציים הם המגדירים מיהם העובדים שעליהם יחול ההסכם הקיבוצי, וניתן להשתמש לצורך הגדרה זו במאפיינים שונים, כולל במאפיין אם נחתם עם העובדים חוזה אישי אם לאו.¹¹

בעקבות פיתוח כלל משפטי זה רבו המקרים שבהם מעסיקים פונים אל עובדים שונים בארגון ומציעים להם לעבור לעבוד במסגרת של יחסי עבודה אישיים. אותם מעסיקים מבהירים לעובדיהם שמרגע שיחתמו על חוזה העבודה האישי, לא יחול עוד עליהם ההסכם הקיבוצי המפעלי או הענפי, ותנאי העסקתם ייקבעו אך ורק במסגרת המשא ומתן האישי. נתונים כלליים לגבי שיעור העובדים בשוק העבודה הישראלי שלא חל עליהם כל הסכם קיבוצי¹² מלמדים שקרוב למחצית השכירים כיום מועסקים במסגרת חוזים אישיים.

מדוע עובדים כה רבים מסכימים למתכונת העסקה זו? ומדוע הם נכונים לוותר בקלות יחסית על ההגנות המוקנות להם מכוח ההסכם הקיבוצי הקיים? חבילת התמריצים כוללת בדרך-כלל העלאה משמעותית במשכורת החודשית. נוסף על כך, עובדים לא-מעטים תופסים העסקה בחוזה עבודה אישי כקידום, כסמל מעמד וכהוכחה לכך שעתה הם נמנים עם רובד העובדים הבכירים בארגון. אך להסכם הקיבוצי יש יתרון מובהק אחד שנעדר מכל אותם חוזים אישיים: כמעט בכל ההסכמים הקיבוציים נכללים הסדרי ביטחון תעסוקתי מפורטים, קרי, שורה של נהלים ותנאים שרק על-פיהם ניתן לפטר עובדים. זאת, על-מנת להבטיח את העובדים מפני פיטורים שרירותיים של המעביד שלהם. לעומת זה, ההסכמים האישיים כוללים בדרך-כלל הסדרים שמקילים על המעביד לפטר את העובדים, כפוף לחובה הקבועה בחוק בנוגע למתן הודעה מוקדמת.¹³ מבחינה מהותית, הסכמים אישיים אלה מאפשרים לפטר את העובדים תחת הכלל המשפטי של "פיטורים על-פי רצון

הצדדים היו רשאים לקבוע, כי ככל שייחתם חוזה אישי עם המת"חים לא יחול עליהם ההסכם הקיבוצי. אף המת"חים עצמם הסכימו להוצאתם מתחולת ההסכם הקיבוצי, כאשר חתמו על חוזה העבודה האישיים."

11 פסק-דין אגודת העובדים הבכירים בפז, לעיל הערה 9, שם ("שאלת תחולת ההסכם קיבוצי, אף היא חלק מתוכנו של ההסכם הקיבוצי, והצדדים רשאים בהסכם קיבוצי לקבוע על מי יחול, ולהוציא מתחולתו קבוצות עובדים").

12 על ממדי התופעה ניתן ללמוד בעקיפין גם ממחקרם של ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור המאורגנים בארגוני עובדים וכיסוי הסכמים קיבוציים: תמונת מצב 2000" (הרשות לתכנון כח אדם, 2001) 14, נגיש ב-http://www.moital.gov.il/NR/exeres/0100B602-1111-4DB8-A019_7F76F5494A3A.htm (3.5.2005). נתוני המחקר מלמדים כי 43.9% מהעובדים השכירים בישראל הועסקו רק במסגרת חוזים אישיים (קרי, לא חל עליהם כל הסכם קיבוצי). כיסוי ישיר של הסכם קיבוצי היה רק ל-35.2% מהשכירים. כלומר, לכמחצית העובדים במשק אין כל הגנה קיבוצית במקום העבודה שלהם.

13 חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001, ס"ח 378 (להלן: חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות). על-פי חוק זה, מעביד המבקש לפטר עובד וכן עובד המבקש להתפטר חייבים להעביר מראש אל הצד האחר הודעה על כך בכתב.

המעביד", כלומר, מכל סיבה שהיא – טובה או גרועה – או אפילו ללא כל סיבה.¹⁴ האפשרות ליהנות מגמישות ניהולית ולפטר עובדים מבלי להזדקק להליכי הפיטורים המסורבלים של ההסכם הקיבוצי היא שמניעה את המעסיקים לפנות לערוץ של חוזי העבודה האישיים, ולכן אין זה סביר שעובד יחיד ישכנע את מעסיקו, במסגרת המשא-ומתן על תנאי העבודה האישיים, לכלול הסדרים שיגנו על הביטחון התעסוקתי שלו. לחסמים הרציונליים יש כוח מסביר ביחס להחלטה לוותר על הביטחון התעסוקתי תמורת שכר גבוה יותר. מסתבר שהמין האנושי הינו אופטימי. לדוגמה, רובנו נוטים להעריך שהסיכוי שנהיה מעורבים בתאונת-דרכים נמוך מהממוצע, אף שסטטיסטית תוצאה זו אינה אפשרית.¹⁵ בכיתות לימוד, כאשר הסטודנטים מתבקשים בתחילת הקורס להעריך את ההסתברות שהם יקבלו ציון גבוה מהחציון, רוב התלמידים מעריכים כי יעמדו ברף זה בסוף הסמסטר. שוב, תוצאה זו אינה אפשרית. תופעה קשורה היא בטחון-היתר שלנו. אנחנו מפגינים אמונה מוגזמת ביכולתנו לצפות מה העתיד צופן לנו. כך, כאשר מבקשים מאיתנו במבחן לענות רק על שאלות שאנחנו בטוחים בתשעים אחוז בנכונותן, אחוז השגיאה שלנו הוא שלושים אחוז במקום עשרה אחוזים בלבד. נוסף על כך אנחנו נוטים לחשוב שאחרים מתנהגים כמונו או חושבים כמונו. לכן, כאשר נישאל לאיזה אחוז באוכלוסייה יש טלפון סלולרי, תשובתנו תהיה מוטה במידת-מה לפי הימצאותו או אי-הימצאותו של מכשיר כזה ברשותנו.¹⁶ הטיה דומה נצפתה לגבי עמדות. למשל, אנחנו נוטים לחשוב שהמצב המשפטי לגבי השאלה באילו מצבים מעביד יכול לפטר עובדים משקף את הערכים שאנחנו חושבים לראויים. לכן, אם אני מאמינה שאין זה הוגן לפטר עובד בלי סיבה עניינית, אטה להניח שהכלל המשפטי הוא אכן כזה שאינו מאפשר לפטר עובדים באופן שרירותי, אף אם לאמיתו של דבר הכלל המשפטי מאפשר פיטורי עובדים מכל סיבה שהיא.¹⁷

14 כלל הפיטורים בדין הישראלי נקבע בדב"ע לג/91-3 "צרי" – ד"ר ריקס, פד"ע ד 477, 496 (להלן: פסק-דין צרי); "כשמדובר ביחסי עובד מעביד שלא נקבע להם תקופה, רשאי המעביד לפטר את העובד, בכל עת ומכל סיבה, אלא אם על פיטוריו של אותו עובד חלה הוראה שבחוק מיוחד, בחוזה אישי, או בהסכם קיבוצי". לדיון מקיף בכלל הפיטורים בארץ ראו גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב (תש"ס) 819.

15 ראו: Neil D. Weinstein "Unrealistic Optimism About Future Life Events" 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* (1980) 806.

16 כל הדוגמאות על ההטיות הקוגניטיביות נלקחו ממאמרו של Thaler. ראו: Thaler, *supra*, note 5.

17 ראו לעניין זה: Pauline T. Kim "Norms, Learning and Law: Exploring the Influence on Workers' Legal Knowledge" 1999 *U. Ill. L. Rev.* (1999) 447. עובדים נטו להעריך כי ההגנה שלהם מפני פיטורים שרירותיים מקיפה יותר מן ההגנה שהחוק ובתי-המשפט הקנו להם. הם נטו לבלבל בין הנורמות החברתיות, הנוהג במקומות עבודה והעמדה

כתוצאה מההטיות הקוגניטיביות השונות אנשים מחשבים באופן מוטעה את הסיכונים שאליהם ייחשפו בעקבות שינוי הכלל בדבר זכות הפיטורים של המעביד: הם לוקים באופטימיות יתר ולכן סבורים כי הסיכוי שהם יפוטרו בעתיד נמוך מן הממוצע. יתר על כן, כתוצאה מ"בטחון-יתר" הם משוכנעים שהערכותיהם לגבי ההסתברות שהם יפוטרו בעתיד מדויקות מכפי שהן באמת. שילובם של כשלים קוגניטיביים אלה מניע אותם לוותר על הביטחון התעסוקתי שלהם. נוסף על כך, מכיוון שרוב העובדים השכירים בישראל מחזיקים בעמדה שפיטורים שרירותיים הינם בלתי-מוסריים ונוגדים נורמות נהוגות במקומות עבודה, הם מאמינים שהכלל המשפטי משקף עמדה זו. לכן, גם כאשר הם חותמים על חוזה עבודה אישי הכולל תנאי מפורש שלפיו הפיטורים ייכנסו לתוקף כפוף להודעה מוקדמת בלבד, הם משוכנעים שהכוונה היא לפיטורים שביסודם סיבה מוצדקת, הכפופה לביקורת שיפוטית, וכי ההגנה היחידה שהם מוותרים עליה היא מעורבותו הפרוצדורלית של ארגון העובדים בהליכי הפיטורים, ולא ההגנה המהותית הנוגעת בעילת הפיטורים עצמה.

מה ניתן ללמוד מתופעה זו לעניין גיבוש כללים משפטיים?

הגישה המסורתית של הניתוח הכלכלי של המשפט תצביע על כך שמדובר בצעד וולונטרי של העובד היחיד. יש כאן עסקת חליפין בין העובד למעסיקו שאינה נעשית מתוך ניצול עמדת הכוח של המעביד. העובד נהנה משכר גבוה יותר (ולעיתים מהטבות נוספות אחרות), ואילו המעביד נהנה מגמישות ניהולית – מהאפשרות לסיים את יחסי העבודה באופן מהיר. עקרון חופש החוזים מקדש הסכמה מסוג זה, ובתי-הדין לעבודה אמורים לאכוף בדיעבד הסכמה זו, תוך דחיית תביעותיהם של עובדים שחתמו על חוזה אישי ואשר פוטרו מאוחר יותר בהתאם להסדר שנקבע בחוזה שלהם.¹⁸

גישת הכלכלה ההתנהגותית עשויה להציע מגוון של פתרונות נוספים: ראשית, ניתן לפתח כלל משפטי המונע באופן גורף הוצאת עובדים יחידים מתחולת ההסכם הקיבוצי. זה הדין בארצות-הברית, שם נקבע כי מרגע שנחתם ההסכם הקיבוצי חל איסור על עריכת

האישית שלהם לגבי החלטות פיטורים ראויות לבין הכלל המשפטי המצוי. רוב הנשאלים חשבו שהכלל המשפטי משקף את הנורמה הנוהגת ותואם את עמדותיהם האישיות.

18 גישה חוזית זו באה לידי ביטוי בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה בדב"ע נב/30-3 גבי ארז – לרום מלונות (בינ"ל) בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 26.12.1996), פסקה 10: "משהסכימו הצדדים להסכם הקיבוצי להתיר לבתי המלון לחתום על חוזה עבודה אישי עם עובדים בכירים, וכאשר נוסח חוזה העבודה נקבע בהסכם הקיבוצי, אומד דעתם היה להרשות למלון לשלם לעובד הבכיר שכר ותנאי עבודה גבוהים מאלה אשר הוענקו בהסכם הקיבוצי תמורת הסכמת העובד, בין היתר, לזכותו של המלון לפטר אותו בכל עת, בלי להודיע לועד או לקיים ועדה פריטטית. נוסף כי ידיעת דיינים היא, כי הכוח לפטר עובד בכיר בלי התערבותו של הועד הוא אחת התמורות שמקבל מעביד החותם על חוזה עבודה אישי." ראו גם דב"ע 4-4/11 – ההסתדרות הכללית – מוריה תל אביב (לא פורסם, ניתן ביום 26.12.1996).

משא-ומתן עם עובדים ואין תוקף לחוזים האישיים.¹⁹ כלל משפטי זה פותח אומנם על-מנת להגן על כוחו של ארגון העובדים היציג, ולמנוע מצב שבו במקביל למערכת יחסי העבודה הקיבוציים המעביד מפתח רשת ענפה של יחסי עבודה אישיים עם עובדים בעלי כוח מיקוח - פרקטיקה המחלישה בהכרח את כוחו של ארגון העובדים לדאוג לאינטרסים של כלל העובדים כקבוצה אחת.²⁰ עם זאת, ניתן לשקול בחיוב את יישום הכלל האמריקאי גם לנוכח היוריסטיקות (heuristics) של הכלכלה ההתנהגותית. שלילת האפשרות להציע לעובדים לעבור למסלול של יחסי עבודה אישיים תגן עליהם, אם גם באופן פטרנליסטי למדי, מפני הכשלים הקוגניטיביים שהם מועדים להם במסגרת ההחלטה אם לוותר על הגנות ההסכם הקיבוצי תמורת שכר ומעמד. פתרון נוסף הוא לגבש כלל משפטי כללי המגן על עובדים המועסקים בחוזים אישיים מפני פיטורים שרירותיים, מגמה שהחלה להתפתח בשנים האחרונות בפסיקתם של בית-הדין הארצי לעבודה ובתי-הדין האזוריים לעבודה.²¹ פתרון זה עולה בקנה אחד עם העמדות של ציבור העובדים לגבי כלל הפיטורים הרצוי, ויפחית את להיטותם של מעסיקים להעביר את עובדיהם למסלול ההעסקה האישי, שכן בבוא היום, כאשר יחליטו לפטר את עובדיהם, תופעל ממילא ביקורת שיפוטית לגבי עילת הפיטורים.

2. מעמדה הקוגניטיבי של חקיקת-המגן במשפט העבודה

אחת השאלות החשובות ביותר בתחום משפט העבודה היא אם ראוי שחוקי-המגן יהיו קוגניטיביים, כלומר, אם הזכויות המוקנות לעובדים מכוח חקיקת-המגן הענפה חייבות להיות מוגנות באמצעות כלל משפטי שלפיו אי-אפשר לוותר על זכויות אלה, לא מראש ולא בדיעבד.²² חוקי-המגן בישראל קובעים בדרך-כלל שזכויות העובד אינן ניתנות לוותר. כך, לדוגמה, בחוק שכר מינימום.²³

ההנחה, שקיבלה גם גושפנקה מבתי-הדין לעבודה בפסיקתם, היא שבלא כלל קוגניטיבי יתנו הצדדים לחוזה העבודה על זכויות-המגן שבחוזה העבודה האישי, ועל-כן כלל

19 ראו: *J.I. Case Co. v. NLRB*, 321 U.S. 332 (1944).

20 *Ibid*

21 ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) - עבד אלחמיד ג'אבר, פד"ע לה 245; ע"ע 359/99 לאה לוי - רשות השידור, פד"ע לו 400 (להלן: פסק-דין לאה לוי); ע"ע 30053/96 אסנת נתאי - בית התפוצות (לא פורסם, ניתן ביום 24.4.2002).

22 ראו דיון בשאלות אלה בדב"ע לג/12-3 אילה ציבורי - אטלקה אברהם, פד"ע ד 173 (להלן: פסק-דין אילה ציבורי); דב"ע לח/3-59 סלישי - ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י 44.

23 סעיף 12 לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, ס"ח 68, קובע כי "זכותו של עובד, לפי חוק זה, אינה ניתנת להתניה או לויתור". אך ראו חריגים מפורשים, כגון סעיפים 28 ו-29 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, ס"ח 136 (להלן: חוק פיצויי פיטורים).

דיספוזיטיבי אינו אפקטיבי.²⁴ אם המטרה היא לאפשר לעובדים ליהנות מחופשה שנתית, לקבל התרעה לפני פיטוריהם או להיעדר מן העבודה על-מנת לטפל בילד חולה, חייבים לקבע את הזכות באמצעות כלל קוגנטי. זכויות שניתנות לוותר לכל היותר יחזקו במעט את כוח המיקוח הראשוני של העובדים בעת גיבושם של תנאי העבודה, אך במהלך המשאומתן הראשוני יידרשו העובדים לוותר על זכויות אלה, במקרה הטוב תמורת תוספת לשכרם.

תפיסה זו תואמת את הגישה הכלכלית המסורתית, ובמיוחד את התיאורמה של Coase,²⁵ שלפיה להקצאת הזכויות הראשונית של הכלל המשפטי אין השפעה על הקצאתן הסופית. על-פי תיאורמה זו, צדדים הרשאים להתנות על הכלל המשפטי יגיעו תמיד לאותה תוצאה סופית של הקצאת הזכויות, שהינה גם היעילה ביותר מבחינה כלכלית, וזאת בהנחה שעלויות העסקה הן אפס. על-פי Coase, לכלל המשפטי יש השפעה רק על הצדק החלוקתי בין הצדדים למשאומתן. אם ניישם תיאורמה זו למשפט העבודה המגן – כל עוד הזכות לחופשה שנתית הינה דיספוזיטיבית, יערכו הצדדים משאומתן ביניהם אם להשאיר את הזכות על כנה או שמא יוותר העובד על הזכות תמורת זכות אחרת או תוספת שכר. השאלה אם העובד ייהנה בסופו של דבר מחופשה שנתית תלויה בשווייה של זכות זו מבחינת העובד לעומת עלות הספקתה לגבי המעביד. בכל מקום עבודה שבו העובדים מוכנים "לשלם" (באמצעות הפחתת שכר) בעבור הזכות לחופשה סכום ששווה או גבוה מהעלות הכרוכה במתן החופשה מבחינת המעביד, יאמצו הצדדים מדיניות של חופשות שנתיות. בכל יתר מקומות העבודה יוותרו העובדים על זכותם לחופשה.

דוגמה מספרית יכולה להמחיש היטב את עקרונות התיאורמה: עובדים במפעל משתכרים שכר של 5,000 שקלים לחודש. אותם עובדים מעוניינים ליהנות מזכות לחופשה שנתית בת שבועיים. שווי הזכות לגבי עובדים אלה היא 300 שקלים לחודש, כלומר, עובדים אלה מוכנים להשתכר רק 4,700 שקלים בחודש ולצאת לחופשה שנתית. נניח כי העלות של מתן החופשה מבחינת המעביד עומדת על 250 שקלים לחודש. במקרה זה ינהלו העובדים והמעביד משאומתן להכללת זכות לחופשה בחוזה העבודה, ובסופו של דבר יופחת שכר העובדים ב-250 עד 300 שקלים (הטווח שבין עלות הזכות לגבי המעביד לבין שווי הזכות מבחינת העובדים). אולם אם נניח שעלויות המעביד הכרוכות במתן חופשה שנתית בת שבועיים גבוהות מ-300 שקלים (שווי ההטבה מבחינת העובדים) – למשל, 350 שקלים – לא יזכו העובדים בחופשה שנתית. אילו הוענקה לעובדים מלכתחילה הזכות לחופשה שנתית, היינו מגיעים לתוצאה זהה מבחינת הקצאת הזכויות. גם במקרה זה היו העובדים שומרים על זכותם לחופשה שנתית בהנחה ששווי הזכות לגביהם גבוה מן העלות

24 ראו, למשל, את פסק-דין אילה ציבורי, לעיל הערה 22, בעמ' 178: "ברור שהוראות החוק, במידה שהוא בא להגן על העובד, חוק בלי-עבור הוא, שאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם, כשבאו לשמור על עובד מפני ניצול..."; ראו גם עמרי ידלין "תום-לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב (תש"ס) 867.

25 ראו: Ronald H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 J. L. & Econ. (1960) 1

למעביד. אולם אם עלויות המעביד גבוהות משווייה של זכות החופשה לגבי העובדים (בדוגמה שלנו – עלות של 350 שקלים לעומת שווי של 300 שקלים לגבי העובד), אזי העובדים "ימכרו" את זכותם לחופשה שנתית תמורת סכום הנע בין 300 ל-350 שקלים, וכך יעלה שכרם מ-5,000 שקלים לשכר מרבי של 5,350 שקלים. דוגמה זו מבהירה שההשפעה היחידה של הקצאת הזכויות הראשונית היא על שכר העובדים הסופי, ולא לעניין השאלה אם העובדים יצאו בפועל לחופשה שנתית.

כאמור, השקפת עולם זו מצאה את ביטוייה בכך שחקיקת-המגן בישראל (ובעולם) הינה קוגנטית בדרך-כלל. ייתכן שבמקרים רבים גיבוש הזכויות בחקיקה באופן קוגנטי הינו מהלך ראוי. הוא בוודאי מפשט את הליך המשא-ומתן בין המעביד ועובדיו, שכן אין דרך לעקוף הכללת זכויות אלה בחוזה העבודה. היא גם מקילה על בתי-הדין לעבודה לאכוף את חוזה העבודה, ומקדמת אינטרס של ודאות – יש סל זכויות שחייבים להעניק לעובדים. אך האם יהיה נכון להניח שהקניית זכויות בפורמט הדיספוזיטיבי הינה לעולם מיותרת שכן היא אינה משפיעה על הקצאת הזכויות הסופית בין המעביד לעובדיו?

ניסויים מתחום הכלכלה ההתנהגותית מצביעים על כך שהנחה זו אינה מדויקת. מניסויים אלה עולה כי קיים אפקט בעלות (endowment effect), קרי, התמורה שאנשים דורשים בעבור נכס שבבעלותם גבוהה לעיתים קרובות מן הסכום שהם עצמם מוכנים לשלם על-מנת לרכוש אותו נכס.²⁶ להלן דוגמה מן הספרות לאפקט הבעלות: כלכלן חובב יינות רכש לפני שנים מספר ארגו יינות במחיר של 50 שקלים לבקבוק. כיום בקבוקים אלה נמכרים במכירות פומביות ב-500 שקלים לבקבוק. אולם הכלכלן, שמדי פעם פותח ושותה את אחד הבקבוקים שבבעלותו, אינו מוכן למכור במחיר השוק את הבקבוקים שנותרו לו, אך גם אינו מעוניין לרכוש בקבוקים חדשים במחיר זה.²⁷ מחקר אחר מצא שהפיצוי המינימלי שאנשים דורשים בעבור העלאת הסיכון של מוות פתאומי ב-0.001 גבוה פי שניים או שלושה מן הסכום שהם מוכנים לשלם בעבור הפחתת הסיכון באותו שיעור.²⁸ באופן דומה, לאחר שמחוקקים חוק חופשה שנתית המקצה לעובד זכות לחופשה, העובדים מעריכים את שווייה של הזכות לחופשה כגדול יותר מאשר אילולא הוקצתה להם זכות זו מלכתחילה.²⁹

26 המונח endowment effect הוטבע על-ידי Thaler. ראו: Richard Thaler "Toward a Positive Theory of Consumer Choice" 1 *J. Econ. Behav. & Org.* (1980) 39

27 הדוגמה לקוחה מהמאמר: Daniel Kahneman, Jack Knetsch & Richard Thaler "Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias" 5 *J. Econ. Persp.* (1991) 193. במאמר זה מתוארים בפירוט ניסויי המעבדה השונים שנערכו במהלך שנות השמונים, המאשרים כי קיים פער בין הנכונות לשלם (WTP - willingness to pay) לבין הנכונות למכור נכסים שבבעלותנו (WTA - willingness to accept).
Thaler, *supra* note 26

28 ראו יישום דומה לעיקרון זה אצל: Cass. S. Sunstein "Human Behavior and the Law of Work" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 205, 220–225

דוגמה מספרית עשויה לסבר את האוזן גם בעניין זה: נחזור אל קבוצת העובדים שלנו הנושאת ונותנת על הזכות לחופשה שנתית. לנוכח אפקט הבעלות צריך לבחון מהו שווייה של הזכות לחופשה מבחינת העובדים כאשר הזכות הוקצתה להם מראש, לעומת מצב שאין בחוק זכות לחופשה שנתית. ללא חוק חופשה שנתית העובדים צריכים "לרכוש" את הזכות לחופשה. במקרה שלנו הם מוכנים לרכוש את הזכות תמורת הפחתת השכר החודשי ב־300 שקלים. אפקט הבעלות מלמד כי אילו הוקנתה זכות החופשה לאותם עובדים בחוק, ועתה הם היו נדרשים לוותר עליה, הם היו דורשים בעבור ויתור זה תגמול גבוה יותר, נניח 360 שקלים.³⁰ אם עלות הענקתה של הזכות לחופשה עומדת על 330 שקלים, אזי במקרה של הקצאת הזכות בחוק לא יצלח המשא-ומתן בין המעביד לעובדיו לויתור על הזכות (מכיוון ששווי הזכות עומד על 360 שקלים ועלותה למעביד היא רק 330 שקלים). כאשר אין חוק המעניק זכות לחופשה שנתית, לא "ירכשו" העובדים את הזכות לחופשה מן המעביד, כי במצב זה הם מעריכים את שווי הזכות לחופשה ב־300 שקלים בלבד, וסכום זה נמוך מן העלות למעביד (330 שקלים). לכן, אם קובעי המדיניות מעוניינים לתמרץ עובדים לצאת לחופשה שנתית, אזי בהקצאת הזכויות הראשונית עליהם להעניק את הזכות לחופשה לעובדים, על-מנת להביא לידי כך שהעובדים יעריכו את שווי החופשה בסכום גבוה יותר. התיאורמה של Coase, כמו-גם גישת הפסיקה, אינן מכירות בהשלכות של ההקצאה הראשונית של הזכות על הערכת שווייה של הזכות, ומייחסות חשיבות אך ורק לשאלה אם הזכות הינה קוגנטית או דיספוזיטיבית. מודעות לאפקט הבעלות עשויה לעודד את המחוקק ובת-הדין לעבודה לעשות שימוש מושכל בכללים דיספוזיטיביים. אפקט הבעלות מלמד שכללים דיספוזיטיביים הינם "דביקים", כלומר, עלות הסטייה מהם גבוהה מכפי שהמודל הכלכלי המסורתי מניח. לכן גיבוש זכויות לחופשה, להודעה מוקדמת או לדמי מחלה במסגרת דיספוזיטיבית לא יוביל בהכרח לויתור על זכויות אלה, והתגמול שיינתן לעובד בעבור נכונותו לוותר על זכויותיו יהיה בוודאי גבוה מן המחיר שאותו היה מוכן לשלם בעבור רכישת זכויות שלא הוקצו לו בחוק. עם זאת, כללים דיספוזיטיביים אינם מתאימים לכל זכויות-המגן. איני חושבת שמתכונת זו מתאימה לכל הזכויות המוקנות במסגרת משפט העבודה. לדוגמה, זכויות כגון

לגבי זכויות משפטיות, ולא רק לגבי נכסים מוחשיים, ראו: Cass R. Sunstein "Switching the Default Rule" 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002) 106, 113
 Daniel Kahneman, Jack Knetsch & Richard Thaler "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem" in *Advances in Behavioral Economics* (New York, Colin Camerer, George Loewenstein & Matthew Rabin eds., 2004) 55, 72, שבו מראים המחברים כי אפקט הבעלות חל גם לגבי זכויות משפטיות.

30 ההכרה בקיומו של אפקט הבעלות אין בה משום קביעה שלנכס מסוים (או לזכות משפטית מסוימת) יש שווי "אמיתי" שבא לידי ביטוי במחיר שבו בעל הנכס (או הזכות) מוכן להיפרד ממנו. נהפוך הוא, אפקט הבעלות מכיר בעובדה שאין שווי אמיתי לנכס (או לזכות), אלא השווי נגזר מהקצאת זכויות הבעלות.

הזכות לשוויון או לבטיחות בעבודה הינן זכויות שיש להן מאפיינים של מוצרים ציבוריים (אי-אפשר להעניקן לפרט אחד מבלי להעניקן ליתר העובדים, וההנאה של עובד אחד מזכויות אלה אינה גורעת מיכולתם של עובדים נוספים ליהנות מהן).³¹ מקום שזכות-המגן הקוגנטית מספקת מוצר ציבורי, הפיכת הכלל המשפטי לכלל דיספוזיטיבי תוביל לויתור על הזכות, עקב בעיית הטרמפיסט החופשי, על-אף קיומו של אפקט הבעלות. נוסף על כך, לגבי הזכות לשוויון תעסוקתי – לאכיפת עקרון השוויון יש החצנות חיוביות מעבר למערכת יחסי העבודה המסוימת, ולכן לא נהיה מעוניינים לאפשר לצדדים לוותר על הזכות לשוויון, גם אם אנו מאמינים שבמקרים אחדים ויתור כאמור משרת את האינטרסים של שני הצדדים ליחסי העבודה. לעומת זה, כאשר מדובר בזכויות שניתנות על בסיס יחידני, ובוודאי כאשר הן מבטאות אינטרס כלכלי גרידא, כגון פיצויי פיטורים או זכות להודעה מוקדמת, יש לשקול בחיוב הגמשה של הכללים הקוגנטיים על-מנת לאפשר לצדדים לחוזה העבודה לעצב את תוכן החוזה לפי ראות עיניהם.³² ייתכן שהגמשה כאמור תיטיב ותעשיר את העובדים קבוצה.

3. זכויות הנצברות על-סמך ותק

אחד ההסדרים הרלווחים בחוזה עבודה אישיים ובהסכמים קיבוציים הוא שהזכויות נצברות על-סמך ותק העובד במקום העבודה. ככל שהעובד צבר ותק רב יותר, היקף זכויותיו רחב יותר: שכרו גבוה יותר, החופשה השנתית שלו ארוכה יותר, והוא זכאי לימי מחלה רבים

31 חשבו על החלטה של מעביד לגדר מכוונות מסוכנות במפעל. גידור המכוונות מגן בו-זמנית על כל העובדים.

32 אכן, הדין הפוזיטיבי עוקב במידת-מה אחרי הבחנה זו. הזכות לשוויון בחוק שוויון ההודמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: חוק שוויון ההודמנויות בעבודה), אינה ניתנת לויתור בשום תנאי, וכך גם הזכות למקום עבודה בטוח, על-פי פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תשל"ל-1970, דמ"י 16, 337. לעומת זה, לגבי הזכות לפיצויי פיטורים קיים הסדר מיוחד בסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, לעיל הערה 23, המאפשר (בהעדר קיומו של הסכם קיבוצי המחייב תשלום פיצויי פיטורים) להתום על הסכם עבודה שבו נקבע מפורשות כי פיצויי הפיטורים כלולים בשכר העבודה (אם כי הסדר כזה טעון אישור של שר העבודה). גם בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, לעיל הערה 13, יש הסדר (בסעיפים 6 ו-7 לחוק) המאפשר למעשה הן למעביד והן לעובד להמיר את חובת ההודעה המוקדמת בתשלום פיצוי בגובה שכרו הרגיל של העובד בעד תקופת ההודעה המוקדמת. ההסדר בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות הינו אומנם קוגנטי, במובן זה שהחלופות למתן ההודעה המוקדמת קבועות בחוק עצמו, אולם הוא מאפשר תמרון מסוים לגבי אופן מימוש הזכויות, כך שגם למעביד וגם לעובד יש אפשרות לקטוע את מערכת היחסים לאלתר ולשאת בנטל כלכלי מסוים על-מנת לממש העדפה זו.

יותר. זכויות תלויות-ותק רווחות גם בחקיקת-המגן.³³ לתופעה זו של זכויות התלויות בוותק במקום העבודה ניתן בדרך-כלל הסבר כלכלי מסורתי אחד. אימוץ תבנית זו של זכויות תלויות-ותק נועד לעודד יחסי עבודה ממושכים.³⁴ מטרת תבנית זו היא לתמרץ את העובד לא לעזוב את מקום העבודה, שכן השווי של שכרו וזכויותיו עולה עם הזמן, ומקטין מבחינתו את הכדאיות הכלכלית של התפטרותו. מעסיקים מעדיפים אם כן לקבוע חבילות תגמול ששוויין עולה עם הוותק במקום העבודה, על-מנת לצמצם תופעות של עזיבה רצונית של עובדים. במקביל קיימים מנגנונים פורמליים ולא-פורמליים המונעים מעסיקים מלפטר באופן שרירותי עובדים בעלי ותק רב.³⁵

אך ההסבר החווי-הכלכלי אינו ההסבר האפשרי היחיד. גם לכלכלה ההתנהגותית יש כוח מסביר ביחס לתופעה. לאנשים יש העדפה ברורה ששכרם ישתפר על-פני ציר הזמן.³⁶ העדפה זו אינה רציונלית אם שיפור זה אינו טומן בחובו שיפור במצבו הכלכלי של האדם. אסביר את דבריי: נניח כי מוצעות לעובד שתי עקומות שכר שונות, אחת עולה ואחת יורדת כפונקציה של הזמן, אך סכום הערכים הנומינליים של שתי עקומות השכר זהה (100,000 שקלים כל אחת). אותו אדם צריך להעדיף את עקומת השכר היורדת על זו העולה, שכן את השכר שהתקבל במועד מוקדם יותר ניתן להפקיד בתוכנית חיסכון וכך ליהנות מתשואה על ההשקעה. מכאן שאם מביאים בחשבון שיקולים של השאת הערך הנוכחי, העובדים צריכים להעדיף עקומות שכר יורדות.³⁷ אף-על-פי-כן, רוב האנשים

33 כך, לדוגמה, שיעור פיצויי הפיטורים על-פי חוק הינו תלויותק (סעיף 12(א) לחוק פיצויי פיטורים, שם); סעיף 3 לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, ס"ח 234, קובע כי מכסת ימי החופשה תלויה בוותק, החל בארבעה-עשר יום בכל אחת מארבע השנים הראשונות ועד לתקרה של עשרים ושמונה ימי חופשה; באופן דומה, סעיף 4 לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976, ס"ח 206, קובע סולם תלויותק למספר הימים שהעובד זכאי להיעדר מחמת מחלה: "יום וחצי לכל חודש עבודה מלא שהעובד עבד אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה... ולא יותר מ-90 יום...".

34 להרחבה בנושא ראו יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות "עבודה ורווחה: על הקשר בין דפוסי ההעסקה המשתנים לבין זכויות הרווחה של העובדים" עיוני משפט כה (תשס"ב) 601, 616.

35 המנגנונים הפורמליים כוללים, בין היתר, הסכמים קיבוציים המגבילים את זכות המעביד לפטר עובדים בעלי ותק, וכן החובה לשלם פיצויי פיטורים על-פי חוק או חוזה. המנגנונים הלא-פורמליים כוללים נורמות שמתפתחות במקום העבודה וכן רצונו של המעביד לשמר מוניטין של מעביד הוגן.

36 ראו: George Loewenstein & Nachum Sicherman "Do Workers Prefer Increasing Wage Profiles?" 9 *J. Lab. Econ.* (1991) 67.

37 למעסיקים יש כמובן אינטרס הפוך: להם כדאי יותר כלכלית לאמץ עקומות שכר שעולות עם הוותק, מכיוון שתשלום השכר במועד מאוחר יותר הינו שווה-ערך לקבלת הלוואה מן העובדים.

שנחשפו לטיעון הערך הנוכחי העדיפו בכל־זאת עקומות שכר עולות, והסבירו זאת בכך שהם מפיקים הנאה מיוחדת מההעלאה בשכר.³⁸

ניתן לרתום העדפות אלה לפתרון סכסוכי עבודה, כפי שאכן נעשה בהליך גישור שנערך בסכסוך בעניינו של איגוד סגל המחקר.³⁹ ביסוד הסכסוך עמדו טבלות השכר של ההסכם הקיבוצי שחל על עובדי מוסדות המחקר ועובדי המחקר בשירות המדינה. הטבלות יצרו מצב שבו עלייה של עובד בסולם הדרגות האקדמיות של דירוג המחקר (אשר זהה לסולם הדרגות של הסגל האקדמי באוניברסיטות) הובילה לירידה בשכרו הכולל, מכיוון שהוא איבד את תוספת הוותק שצבר בדרגה הקודמת שלו. העובדים שנפגעו מהסדר זה טענו כי העובדה ששכרם פחת עם קידום בדרגה אקדמית אינה מתקבלת על הדעת ופוגעת במורל. הפתרון שהציע איגוד סגל המחקר, שייצג את העובדים בגישור, היה שהעובדים שהועלו בדרגה ימשיכו לקבל את השכר הקודם, אך תשלומי־היתר שמשלמים כעת לעובדים על־פי טבלות השכר הרלוונטיות יקוזזו בבוא היום מהעלאת שכר עתידית שהעובדים הנוגעים בדבר יהיו זכאים לה. פתרון זה התקבל בסופו של דבר. פתרון הסכסוך לא שיפר אומנם את מצבם הכלכלי של העובדים, אך תאם את העדפתם שלא תהיה כל פגיעה בשכר הנומינלי כעת. הסכם קיבוצי שנחתם מאוחר יותר עיגן הסדר זה.⁴⁰

לעובדה שהעובדים מעדיפים עקומות שכר שעולות לאורך ציר הזמן יש השלכות נוספות על יחסי עבודה והחלטות ניהוליות. כך, בעיתות של מיתון כלכלי או קשיים כלכליים, מנהלים מעדיפים מדיניות של פיטורי צמצום על מדיניות של הפחתת שכר כוללת לעובדים. ראיונות שערך Bewley⁴¹ עם כמאתיים וחמישים מנהלים בתעשיות שונות בצפון־מזרח ארצות־הברית חשפו כי המנהלים מאמינים, על־סמך נסיון חייהם, ששיקולי מורל ותפוקה מחייבים העדפת מדיניות של פיטורי צמצום על הפחתת שכר, אפילו תהיה זו זמנית ומוצדקת. החלטה על פיטורי צמצום מובילה אומנם לחוסר שקט במקום העבודה, וכרוכה בויתור על כוח עבודה מיומן ובתשלום פיצויי פיטורים, אך נזקים אלה הינם זמניים. לעומת זה, הפחתת שכר גוררת דה־מורליזציה ואובדן תפוקה של כוח העבודה כולו.⁴² מכאן שמנהלים מעדיפים להישאר עם כוח עבודה מצומצם יותר, שמרוצה

38 ראו: Loewenstein & Sicherman, *supra* note 36, at p. 72. שלוש טבלות השכר שהוצגו למשתתפים בניסוי היו עקומת שכר יורדת לאורך שבע שנות העסקה שהערך הנוכחי שלה 120 אלף דולר, עקומת שכר קבועה שהערך הנוכחי שלה 119.8 אלף דולר, ועקומת שכר עולה שהערך הנוכחי שלה 117.1 אלף דולר.

39 על הליך גישור זה סיפר לי ד"ר ישראל זיידרמן, יושב־ראש איגוד סגל המחקר, בכנס השנתי של האגודה למשפט העבודה בים המלה, 2004. אימות הפרטים לצורך כתיבת מאמר זה נעשה ביום 10.2.2005.

40 סעיף 11 בהסכם הקיבוצי המיוחד 548/2001 בין איגוד סגל המחקר לבין מדינת ישראל, נגיב ב־ <http://molssa.gov.il/avodaagr/HTML/48/20010548.html> (5.5.2005).

41 ראו: Truman. F. Bewley *Why Wages Don't Fall During a Recession* (Cambridge, 1999).

42 *Ibid*. ראו גם דיון להלן בתת־פרק ג2.

מכך שלא פגעו בתנאי העבודה ובתנאי השכר שלו. נקיטת מדיניות של פיטורים בעת מיתון מסבירה מדוע השכר אינו נופל בעת משבר כלכלי אך שיעורי האבטלה עולים. עקרון איסור אפליה מחמת גיל, המעוגן בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אוסר על מעביד לסרב לקבל לעבודה מועמד מחמת גילו.⁴³ אולם מעבידים רבים מצהירים כי העדפתם להעסיק עובדים צעירים נובעת משיקולים כלכליים או ארגוניים.⁴⁴ המעסיקים טוענים, בין היתר, שלעובד מבוגר יש ציפיות גבוהות יותר ביחס לשכר ותנאי עבודה מאשר לעובד צעיר.⁴⁵ מבחינה משפטית יש לדחות טענה זו. כל עוד העובד המבוגר מסכים לתנאי העבודה שהוצעו לו, אין להתחשב בעובדה שיייתכן כי הוא מאוכזב מרמת התגמול הנוכחית לנוכח התנסויותיו הקודמות בשוק העבודה.⁴⁶ אולם העמדה המשפטית מנותקת מן המציאות שהמעסיקים מדווחים עליה: ההגניעה (המוטיווציה) של העובד הצעיר הינה גבוהה יותר בדרך-כלל מזו של העובד המבוגר. ההסבר להבדל ברמת ההגניעה נעוץ ככל הנראה בצורך הפסיכולוגי בתחושת התקדמות. בעוד רמת התגמול המוצעת לעובדת הצעירה נתפסת כצעד ראשון (או שני) בשוק העבודה, שממנו רק תתקדם הלאה, אותה רמת תגמול עלולה להיתפס בעיני העובדת המבוגרת יותר כצעד אחורה, אם במקומות עבודה קודמים תוגמלה טוב יותר.

43 סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, לעיל הערה 32: "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת... גילם".

44 לטענה בדבר שיקולים ארגוניים לאי-גיוס של עובדים מבוגרים ראו בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 368 (להלן: פסק-דין האגודה לזכויות האזרח), שם טענה משטרת ישראל כי היא אינה יכולה לגייס שוטרים מעל גיל שלושים וחמש מכיוון ש"העסקתם של שוטרים מבוגרים בפיקודם של שוטרים צעירים יותר עלולה להוליך לקשיים מעשיים ולפגוע בתפקוד המשטרה המבוסס על היררכיה". לטענה שגיוס מורה מבוגרת בעלת ותק אינה כלכלית מבחינת המעביד, לנוכח סולמות השכר בהסכם הקיבוצי, ראו: *EEOC v. Atlantic School District*, 879 F.2d 434 (8th Cir., 1989).

45 טיעון מסוג זה, כהגנה מפני תביעה בגין אפליה בקבלת עובדים מבוגרים, טרם נידון בפסיקה הישראלית.

46 מסקנה זו עולה גם מפסיקת בית-המשפט העליון בפסק-דין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 44, בעמ' 370, בהיקש מדחייט טענותיה של המשטרה בדבר פגיעה במאפיין המדרגיות שלה. הנשיא ברק קובע כי "אדם המתקבל לשורות המשטרה אינו מתקבל לשירות ללא תנאי... חוקה על המשטרה כי תדע להתמודד עם אותם מתגייסים מבוגרים שלא יוכלו לתפקד כראוי בפיקודם של גורמים צעירים מהם במידה שיתעוררו קשיים מעין אלה מלכתחילה. ודאי שאין בכך כדי לשלול באופן כולל ממי שגילו עולה על גיל 35 להצטרף לשירותיה". לעמדה דומה של בתי-המשפט בארצות-הברית ראו: *Metz v. Transit*, *Mix. Inc.*, 828 F.2d 1202 (7th Cir., 1987), שם נקבע כי כאשר עובדים מבוגרים נכונים לספוג הפחתת שכר כחלופה לפיטוריהם אך המעביד מתעקש לפטרם מבלי לשקול קודם את החלופה של הפחתת שכר, הוא פועל באופן מפלה.

אף שאני מסכימה כי יש לפתח כלל משפטי שלפיו אין לעשות שימוש באמת-המידה של גיל כמנבא (פרוקסי) של רמת הַנְיֵעָה שאיתה יגיע העובד לעבודה, וזאת מטעמים של צדק חלוקתי של הקצאת הזדמנויות תעסוקה לעובדים מבוגרים,⁴⁷ יש להכיר בכל-זאת בעובדה שמעביד המעלה שיקולים מסוג זה אינו פועל בהכרח על-סמך דעה קדומה, אלא נסמך על הערכתו (המדויקת) שקיימת העדפה אנושית לעקומות שכר עולות, ושעובד ששכרו נפגע יהיה ככל הנראה מרוצה פחות. כלומר, השיקול שמנחה מעסיקים המעדיפים עובדים צעירים על מבוגרים שהשתכרו בעבר שכר גבוה יותר הינו שיקול כלכלי לרוב: אותם עובדים יפגינו הַנְיֵעָה פחותה בגלל ציפיות השכר הנסמכות על השכר הקודם שהשתכרו במקומות עבודה קודמים. במקרים שבהם פער השכר בין המשכורת הקודמת לזאת המוצעת הינו משמעותי, ייתכן שיש מקום להכיר משפטית בהעדפתו של מעסיק לגייס עובד שציפיות השכר שלו נמוכות יותר, וזאת אף-על-פי שיש מתאם בין דרישות שכר לבין גיל.

פרק ב: חסמים על כוח-הרצון (Bounded Will Power)

נקיטת צעדים אופרטיביים לקידום האינטרסים שלנו מצריכה לא-אחת הפעלת כוח-הרצון. כל מי שניסה אי-פעם להפחית את משקלו יודע עד כמה הפעלת כוח-הרצון הינה מרכיב הכרחי להצלחת הדיאטה. הכלכלה המסורתית מניחה כי אם "עלות" המאמץ הכרוך בנקיטת אותם צעדים נמוכה מהתועלת שנפיק מהתוצאה הסופית, אזי נבחר לנקוט אותם צעדים, גם אם נזדקק להפעיל כוח-הרצון משמעותי. אך בהקשר זה אנחנו נתקלים שוב בכשלים התנהגותיים, הפעם בהפעלת כוח-הרצון.

אנשים אינם מצליחים לפעול תוך שליטה עצמית.⁴⁸ לדוגמה, רוב האנשים מעוניינים לחסוך לעתיד, לעת פרישתם מהעבודה, אך אינם מצליחים לנקוט צעדים שיאפשרו להם לממש העדפה זו.⁴⁹ להלן שלושה חסמים מרכזיים המובילים להעדר יכולת לפעול תוך שליטה עצמית:

47 על חשיבות קידומה של הזכות לשוויון תעסוקתי של האוכלוסייה המבוגרת הרחבתו במאמר אחר, ראו שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב (תשס"ב) 131 (שיעור המועסקים בגילאי חמישים וחמש ומעלה נמוך מאוד, ומשליך על היקף העוני בקרב האוכלוסייה המבוגרת).

48 ראו: Richard H. Thaler & H.M. Shefrin "An Economic Theory of Self-Control" 89 *J. Pol. Econ.* (1981) 392

49 Thaler & Benartzi, *supra* note 6

1. קוצר-ראות (myopia)⁵⁰ – אנחנו מסתכלים רק על הטווח הקצר, ומייחסים חשיבות רבה יותר למאויים מיידיים. לכן, לדוגמה, עובדים יעדיפו תמיד העלאה מיידיית בשכר על זכויות אחרות שמועד מימושן רחוק יותר, כגון ביטוח פנסיוני. צריכה בהווה מועדפת על היסכון או ביטחון במועד מאוחר יותר. קוצר-ראות יכול להסביר גם תופעה שדנתי בה קודם לכן – נכונותם של עובדים לוותר על ביטחון תעסוקתי, או על היסכון לטווח ארוך, תמורת שכר גבוה יותר בהווה.
2. דחיינות (procrastination) – קיימת העדפה ברורה לדחות בזמן מטלות הכרוכות במאמץ.⁵¹ אנחנו משוכנעים שאכן נבצע מטלות אלה במועד מאוחר יותר, וכי הביצוע העתידי יהיה טוב יותר. לכן אנשים נכונים ליטול על עצמם מטלות כאשר מועד ביצוען רחוק או לדחות את הצורך להתעמק בהסדרים המורכבים של ההסדרים הפנסיוניים על-מנת להכריע איזו תוכנית מתאימה לצורכיהם.⁵²
3. הטיה לטובת שימור המצב הקיים או הטיית הסטטוס-קו (Status Quo Bias)⁵³ – אנשים אינם נוטים לשנות החלטות שקיבלו והתחילו לפעול על-פיהן, ומצבים שהתגבשו ב"שטח" נוטים להשתמר.⁵⁴ ייתכן שהטיית הסטטוס-קו הינה למעשה ביטוי של אפקט הדחיינות.⁵⁵ מכל מקום, הטיית הסטטוס-קו באה לידי ביטוי בכך שההסדרים הפורמליים שגובשו בעת החתימה על חוזה העבודה לא ישונו במהלך יחסי העבודה, ואם יש צורך בשינויים כלשהם, הדבר ייעשה בהתנהגות, ולא בשינוי פורמלי של החוזה עצמו. לכן, אם עובדים לא בחרו להצטרף לתוכנית פנסיה בעת קבלתם לעבודה, סביר להניח שמצב זה יתקבע, והם לא ינקטו צעד אקטיבי לשינוי בחירה זו. בתי-הדין לעבודה צריכים להכיר בתופעה זו, ולא לייחס משמעות לעובדה שתנאי העבודה המשתנים לא עוגנו בחוזה העבודה הפורמלי.⁵⁶

50 לביטויים של קוצר-ראות אצל עובדים ראו: Bewley, *supra* note 41, at pp. 268–270.
 51 ראו: Ted O'Donoghue & Matthew Rabin "Doing It Now or Later?" 89 *A.E.R.* (1999) 103.

52 כך, אטה להתחייב ביתר קלות לכתוב מאמר או להרצות בכינוס אם ההתחייבות היא רק לעוד חצי שנה (ולא רק כי היומן שלי פנוי באותו מועד).

53 ראו: Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra* note 27.

54 *Ibid.*, at pp. 197–198.

55 דחיינות נוטה לשמר מצב קיים כי היא מתאפיינת באי-נקיטת פעולה אקטיבית.

56 בבג"ץ 239/83 מילפלדר ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מא(2) 215 (להלן: פסק-דין מילפלדר), ציין השופט ברק כי שינוי החוזה יכול שיהיה בהתנהגות. ראו גם דב"ע נד/86-3 יוחנן גולן – אי.א.ל.די. בע"מ, פד"ע כו, 270, שם הכיר בית-הדין הארצי לעבודה כי הסכמה להפחתת שכר יכול שתינתן על-ידי התנהגות העובד, קרי, נכונותו להמשיך לעבוד לאחר שהמעביד בישר לו כי שכרו יופחת. סעיף 3 לחוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב-2002, ס"ח 210, מחייב כיום את המעביד למסור לעובד הודעה בכתב על שינוי בתנאי העבודה לא יאוחר משלושים ימים מיום השינוי. חוק הודעה לעובד הינו חוק

את החסמים השונים על כוח-הרצון ניתן לרתום כיום לעידוד והגדלה של החיסכון הפנסיוני. טרם נחקק בישראל חוק פנסיה ממלכתי, ולכן יש מגזר רחב של עובדים שאינם מבוטחים מעבר לזכאותם בבוא היום לגמלת הזקנה מכוח חוק הביטוח הלאומי. מכיוון שקרנות הפנסיה החדשות הינן קרנות מבטיחות-הפרשות (defined contributions),⁵⁷ ולא עוד קרנות מבטיחות-זכויות (defined benefits),⁵⁸ חשוב מאוד לעודד חיסכון בקרב העובדים. בקרנות מבטיחות-הפרשות שיעור הגמלה קשור באופן הדוק לתקופת החיסכון ולשיעור החיסכון במהלך שנות העבודה. בתוכניות מבטיחות-הפרשות ובביטוחי המנהלים למיניהם (להבדיל מתוכניות מבטיחות-זכויות) העובדים נושאים באחריות רבה יותר לגבי היקף ההפרשה, וקיים חשש שעובדים לא יצטרפו לתוכניות החיסכון או יחסכו מעט מדי בהתחשב בתוחלת החיים הצפויה שלהם. משקי-בית רבים מדווחים כי היו מעוניינים לחסוך יותר אך חסר להם כוח-הרצון לממש העדפה זו.⁵⁹

בניסוי שערכו Thaler & Benartzi נעשה שימוש בהטיות ההתנהגותיות על-מנת לעודד חיסכון בקרב עובדים.⁶⁰ במסגרת התוכנית "חסוך יותר מחר" (Save More Tomorrow) שיזמו החוקרים הוצע לעובדים בארצות-הברית להצטרף לתוכניות חיסכון פנסיוני מבטיחות-הפרשות. אולם בניגוד לתוכניות הקיימות, התחייבו העובדים בעת ההצטרפות לחסוך שיעור מסוים מההעלאות העתידיות בשכרם. כך רתמו יוזמי התוכנית את שלושת החסמים על כוח-הרצון לקידום שיעורי החיסכון בקרב העובדים: ראשית, העובדים היו נכונים להצטרף לתוכנית עקב מאפיין הדחיינות – הם לא התחייבו להתחיל לחסוך בהווה, אלא רק בעתיד, כאשר יקבלו העלאה במשכורת, ולכן היה להם קל ליטול על עצמם התחייבות שמועד מימושה רחוק;⁶¹ תכונת קוצר-הראות תרמה אף היא לנכונותם של העובדים להתחייב בעתיד, שכן כל אירוע עתידי מוערך בחסר לעומת ההווה; לבסוף,

ראייתי – מטרתו להבטיח שלעובד יינתן מסמך המעגן את תנאי העבודה וכן כל שינוי שנעשה בהם; אולם אין בחוק כדי לפגוע בתוקף השינוי עצמו אם המעביד או העובד יצביעו על ראיות חלופיות לכך שאכן הוכנס שינוי לחוזה העבודה על-דרך ההתנהגות.

57 קרנות פנסיה מבטיחות-הפרשות דומות יותר לתוכניות חיסכון. המבוטח (והמעביד שלו) מפקידים מדי חודש שיעור קבוע מן השכר לתוכנית הפנסיה, וגובה הגמלה החודשית בעת הפרישה אינו מובטח מראש, אלא יחושב במועד זה על-פי הסכומים שהצטברו בקרן הפנסיה שלו.

58 קרנות פנסיה מבטיחות-זכויות רווחו בישראל עד אמצע שנות התשעים. הסדרים אלה הבטיחו למבוטחים שיעור גמלה ידוע מראש, שחושב על-פי שכרם בעת הפרישה ומספר השנים שבהן היו מבוטחים בקרן הפנסיה. שיטת ביטוח זו הבטיחה לעובדים המבוטחים שיעור תחלופה ידוע מראש של השכר שלהם. על ההבדלים בין ההסדרים הפנסיוניים השונים ראו יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא (תשס"א) 529, 549.

59 Thaler & Benartzi, *supra* note 6

60 *Ibid*

61 78% מהעובדים שהוצע להם להצטרף לתוכנית החליטו להיענות להצעה (*ibid*).

הטיית הסטטוס־קו מסבירה את העובדה שרוב העובדים בחרו להמשיך להשתתף בתוכנית גם כאשר הועלתה משכורתם, אף־על־פי שההעלאה במשכורת חייבה אותם על־פי תנאי התוכנית לחסוך יותר – מכיוון שכבר בחרו בעבר להצטרף לתוכנית החיסכון האמורה, התגבשה העדפה להמשיך לדבוק בה אף ששיעורי החיסכון עלו.⁶² לאחר ארבעים חודשים שבהם פעלה התוכנית, עלה שיעור החיסכון של העובדים שהצטרפו לתוכנית מ־3.5% משכרם ל־13.6% משכרם.⁶³

שיעורי החיסכון הגבוהים בתוכנית הפנסיונית "חסוך יותר מחר" מוכיחים שההטיות ההתנהגותיות של עובדים יכולות לסייע בעיצוב תוכניות חיסכון פנסיוני אפקטיביות אף בטרם נחקק בישראל חוק פנסיה ממלכתי. נוסף על כך ניתן ללמוד מניסוי זה, כמו ממחקרים רבים נוספים שעסקו בהרגלי החיסכון של משקי־בית, שתוכניות חיסכון שהצטרפות אליהן הינה אוטומטית מעודדות חיסכון. כלומר, גם אם העובד יכול לפרוש מהתוכנית באופן וולונטרי, עצם העובדה שהוא משתתף בה מראש, ושעליו לנקוט צעד אקטיבי של פרישה על־מנת לצאת מן התוכנית, מעלה את שיעור העובדים שישתתפו בתוכנית.⁶⁴

פרק ג: חסמים על נקיטת צעדים לקידום אינטרס אישי (Bounded Self-Interest)

1. כללי

מודלים כלכליים סטנדרטיים מניחים שאנשים פועלים להשאת התועלות האישיות שלהם בלא התחשבות בנורמות חברתיות של הגינות או הדדיות. הנחה זו מאפשרת ניתוח כלכלי אנליטי של שאלות משפטיות, אך מוליכה לא־אחת לתחזיות לא־מדויקות לגבי האופן שבו ינהגו האנשים במציאות.⁶⁵ מספר רב של מחקרים ניסויים מדגימים שקשה להסביר התנהגויות אנושיות רק על־סמך קידום אינטרס אישי של הפרט. מרכיב אחד של ההתנהגות האנושית שיש להביאו בחשבון הוא רצונם של אנשים לנהוג בהגינות (in

⁶² Ibid, at pp. 169–170. 80% נשארו בתוכנית גם לאחר העלאה רביעית בשכר.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ ממצא זה מחזיר אותנו אל הדיון בחשיבות הכלל הדיספוזיטיבי לגבי הקצאת הזכויות הסופיות.

⁶⁵ ראו: Gary Charness "Attribution and Reciprocity in an Experimental Labor Market" 22 *J. Lab. Econ.* (2004) 665.

(fairness) כלפי הזולת.⁶⁶ מרכיב חשוב אחר, אם כי קשור, הוא תכונת ההדדיות (reciprocity): מכיוון שלאנשים חשוב שינהגו כלפיהם בהגינות, הם נוטים להגיב על יחס הוגן ביחס הוגן, וביחס עוין ("מעניש") על יחס שנתפס על-ידיהם כלא-הוגן, אף אם פעולת התגמול אינה משרתת את האינטרס האישי שלהם.⁶⁷

דוגמאות אחדות מן המעבדה ומן החיים יכולות לשפוך אור על תכונות ההגינות וההדדיות. משחק הדיקטטור מדגים את תכונת ההגינות. במשחק מעבדה זה המשתתפים נחלקים לזוגות. בכל זוג אחד הצדדים מקבל סכום כסף שאותו הוא נדרש לחלק בינו לבין בן-זוגו. כל חלוקה של הכסף מתקבלת, ולכן החלוקה המתבקשת על-פי שיקולים של אינטרס אישי היא שהמחלק ישמור אצלו את כל הכסף ולא יעביר לבן-הזוג דבר. למרבה ההפתעה, המחלקים בניסוי מעבדה זה מעבירים בין 10% ל-25% מסכום הכסף המקורי לבן-זוגם.⁶⁸ משחק דומה ומוכר יותר בספרות הוא משחק האולטימטום. חוקי המשחק זהים למשחק הדיקטטור בהבדל אחד: כאן, לאחר שהמחלק מצהיר על אופן החלוקה, הצד האחר יכול להחליט אם לקבל את הצעת החלוקה או לדחותה. אם יממש הניצע את זכות הסיור, תתבטל העסקה ושני הצדדים לא יקבלו דבר, ואם יסכים הניצע לחלוקה, תתבצע החלוקה על-פי ההצעה של המחלק. משחק האולטימטום אמור לשקף משא-ומתן מסוג "הכל או לא-כלום", ולכן אין אפשרות לערוך משא-ומתן לאחר שההצעה לגבי חלוקת הכסף נמסרת לניצע. גם במשחק זה ההנחה הכלכלית בדבר קידום אינטרס אישי צריכה להכתיב שהמחלק יציע לבן-זוגו סכום מינימלי בלבד, מתוך הערכה שבן-הזוג יסכים לקבל כל חלוקה שהיא (שכן כל סכום עדיף על ביטול העסקה כולה). משחק האולטימטום בוחר אם פרטים ינהגו מתוך הדדיות שלילית, ויסרבו להצעות חלוקה שנתפסות בעיניהם כלא-הוגנות, תוך ויתור על סכום הכסף שהיו מקבלים אילו יצאה העסקה אל הפועל. בעשרות ניסויים, שנערכו בתנאים שונים ובארצות רבות, נמצא כי כמחצית הניצעים דוחים הצעות

66 Fehr & Fischbacher, *supra* note 7; Fehr, Kirchsteiger & Riedl, *supra* note 7
67 Fehr "Psychological Foundations of Incentives", *supra* note 7; Fehr "Fairness
and Retaliation: The Economics of Reciprocity", *supra* note 7

68 תיאור הניסוי והתוצאות שהתקבלו לקוחים מהסקירה הכללית של משחקי המעבדה השונים:
Colin Camerer & Ernst Fehr "Measuring Social Norms and Preferences Using
Experimental Games: A Guide for Social Scientists" (Working Papers, 2002) 16–
18, available at <http://ssrn.com/abstract=299143> (4.5.2005)
הינו "מצב חלש" מכיוון שההקצאה הממוצעת עשויה להשתנות באופן משמעותי כאשר
משנים את האופן שבו המשחק נערך. כך, במשחקים שבהם עורכי הניסוי מבטיחים שלא
יהיה אפשר לזהות מי מחלק איזה סכום (אנונימיות), קידום האינטרס האישי של המחלקים
בולט יותר, וכ-70% מן המשתתפים אינם מעבירים כל סכום כסף לבן-הזוג, בעוד היתר
מחלקים בין 10% ל-20% מהסכום לבן-הזוג. לעומת זה, במשחקים שבהם לפני החלוקה
בן-הזוג מוסר תיאור קצר של עצמו למחלק, הסכום הממוצע שמועבר לבן-הזוג עומד על
כמחצית הסכום. שתי צורות קיצוניות אלה מלמדות שמשחק הדיקטטור עשוי להיות
מושפע ממשתנים רבים.

חלוקה המקצות להם פחות מ-20% של הסכום.⁶⁹ נראה שהמחלקים בניסוי צופים התנהגות זו של הדדיות שלילית, ולכן מציעים בין 30% ל-50% מהסכום, ובדרך-כלל 60% מהמחלקים מציעים חצי מהסכום.⁷⁰ תוצאות חלוקה אלה עקביות בתרבויות שונות ולגבי סכומים שונים.⁷¹

אך לא רק בתנאי מעבדה אנשים חושפים העדפות לתבניות התנהגות של הגינות והדדיות. תכונת ההגינות יכולה להסביר מדוע אנשים מעניקים תשר (טיפ) לנותני שירותים במסעדות או לנהגי מוניות, וזאת גם כאשר ברור לנותן התשר כי הוא לא יפקוד שנית את המסעדה או ייתקל שנית בנהג המונית המסוים (למשל, כאשר הוא מבקר באופן חד-פעמי בעיר אחרת או במדינה אחרת). הדדיות חיובית באה לידי ביטוי בשוק העבודה כאשר עובדים מגיבים על יחס הוגן מצד המעסיק במאמץ מוגבר מצידם לעשות את העבודה על הצד הטוב ביותר, וזאת גם כאשר אפשרויות הפיקוח של המעביד מוגבלות⁷² – ממצא חשוב שעוד אחזור לדון בו בהרחבה בהמשך.⁷³

תכונה אנושית נוספת היא שלאנשים אכפת יותר ממצבם היחסי מאשר ממצבם המוחלט.⁷⁴ לכן אנשים מעדיפים להשתכר שכר נמוך יותר (5,000 שקלים), ובלבד שהוא מעל הממוצע במקום עבודתם (4,000 שקלים), ולא להשתכר שכר גבוה יותר בערכים מוחלטים (6,000 שקלים) במקום עבודה שבו השכר הממוצע גבוה יותר (7,000 שקלים).⁷⁵ תכונה זו קשורה לתכונת ההגינות וההדדיות: ייתכן שאנשים סירבו במשחק האולטימטום

⁶⁹ *Ibid*, at p. 14

⁷⁰ *Ibid*, at p. 15

⁷¹ *Ibid*. בדרך-כלל הסכום העומד לחלוקה נע בין מאה לארבע מאות דולר, סכום המהווה במדינות עולם שלישי, כגון הודו, שכר של חודשיים או שלושה. נמצא כי למאפיינים דמוגרפיים יש השפעות חלשות בלבד על שיעור הסכום המוצע ועל נכונותו של הניצע לקבל את ההצעה. כך, נשים נוטות להציע יותר ממחצית הסכום לגברים מושכים, ילדים קטנים נוטים לקבל הצעות נמוכות יותר, ותלמידי כלכלה מציעים סכומים נמוכים יותר ומוכנים גם לקבל הצעות נמוכות יותר. יצירת זכות בעלות בסכום, כגון דרישה שהמציע יענה על שאלת טריוויה לפני שיוחלט כי הוא המחלק, גוררת הצעות נמוכות יותר והסכמה מצד הניצע לחלוקה שוויונית פחות של הסכום.

⁷² עיקרון זה עומד ביסוד ממצאיו של Bewley לגבי קשיחות השכר (כלפי מטה). מנהלים אינם מעוניינים להפר את תבנית ההדדיות החיובית על-ידי הפחתת שכר. הם אינם מאמינים שאמצעי כפייה יהיו יעילים בהתמודדות עם העובדים, ומעדיפים לבנות תבניות של שיתוף-פעולה וולונטרי בינם לבין העובדים. ראו: Bewley, *supra* note 41; Fehr, "Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity", *supra* note 7.

⁷³ ראו להלן תת-פרק 6.

⁷⁴ על העדפות יחסיות ראו: Richard H. McAdams "Relative Preferences" 102 *Yale L. J.* (1992) 1; Robert H. Frank *Choosing the Right Pond* (New York, 1985).

⁷⁵ הדוגמה לקוחה מהמאמר: Robert H. Frank & Cass Sunstein "Cost-Benefit Analysis and Relative Position" 68 *U. Chi. L. Rev.* (2001) 323.

להצעות חלוקה לא-שוויוניות מכיוון שחלוקת הסכום באופן לא-הוגן מקבעת את מצבם היחסי הנחות לעומת המחלק. אעבור עתה לדון במקצת ההשלכות שיש להגינות, להדדיות ולחשיבות שאנשים נוטים לייחס למצבם היחסי על דיני העבודה.

2. פיטורי צמצום

כאשר מעסיק נתקל בקשיים כלכליים, הוא נאלץ בדרך-כלל לבחור בין שתי חלופות להתמודדות עם הצורך לצמצם את עלויות כוח-האדם שלו. דרך אחת היא להפחית שכר או לפגוע בחלק מן הזכויות הנלוות של העובדים שלו⁷⁶ (כל עוד הפגיעה אינה מהווה הפרה של הסטנדרט הקבוע בחוק); והדרך האחרת היא לפטר עובדים במסגרת פיטורי צמצום.⁷⁷ ניתן כמובן לשלב בין פתרונות אלה, כך שהעובדים יסכימו להפחתת שכר מסוימת תמורת הבטחה שהיקף הפיטורים יהיה קטן יותר.

אף-על-פי שהאפשרות להפחית שכר (בהסכמה) תקפה מן ההיבט החוקי, רובם המוחלט של המעסיקים מעדיפים את האפשרות השנייה, דהיינו, פיטורי עובדים. מעסיקים מעדיפים לפטר עובדים, ולא להפחית את השכר, גם במצבים שבהם הם מפטרים עובדים מצוינים שהם עצמם השקיעו משאבים רבים בהכשרתם המקצועית. ההעדפה הבולטת של פיטורים על הפחתת שכר מובילה לכך ששכר העובדים הינו קשיח, כמובן זה שהוא אינו נוטה לרדת גם בעיתות של מיתון כלכלי. וקטור השכר לגבי רוב העובדים הינו חיובי, כלומר, שכרם עולה עם הוותק בארגון.⁷⁸ כבר הזכרתי את העדפותיהם של העובדים לעקומת שכר עולה,⁷⁹ אולם כאן אנו עוסקים במצב חירום שבו מקום העבודה מצוי במשבר כלכלי, ולעובדים ברור שבאמצעות הסכמתם להפחתת שכר זמנית ייתכן שיהיה אפשר להימנע מפיטורי צמצום. מכל מקום, המעביד בוחר לרוב לפטר עובדים, גם אם הוא מעריך שיוכל להשיג את הסכמתם של העובדים להפחתת שכר ולפגיעה בתנאים הסוציאליים.

ממחקרו של Bewley עולה שההתנגדות המרכזית להפחתת שכר באה דווקא מההנהלה

76 כפוף לעיקרון שעל-פיו אסור למעביד להכניס שינוי חד-צדדי בחוזה העבודה. ראו פסק-דין מילפלדר, לעיל הערה 56; ולאחרונה בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 2.6.2004). הכוונה היא למצבים שבהם העובדים נותנים את הסכמתם להפחתת השכר או לפגיעה בזכויות הסוציאליות על-מנת למנוע את פיטוריהם.

77 פיטורים אלה אינם באים בתגובה על רמת התפקוד של העובד, אלא בעקבות החלטה לצמצם את מצבת כוח-האדם של הארגון.

78 לסקירת ספרות החוקרת את התופעה של קשיחות השכר ראו: Truman Bewley "Fairness, Reciprocity, and Wage Rigidity" (Working Papers, 2004) 2-3, available at <http://ssrn.com/abstract=348140> (4.5.2005).

79 ראו לעיל פרק א(3).

הבכירה של הארגון.⁸⁰ הסיבה המרכזית להעדפת מדיניות של פיטורים על הפחתת שכר היא החשש מפני פגיעה במורל של העובדים. תחושה של הגינות משפרת את המורל במקום העבודה ותורמת לתחושה של אמון הדדי. מנהלים מוטרדים מנושא המורל מכיוון שהמורל משפיע על התפוקה, על שיעור תחלופת כוח-האדם בארגון ועל היכולת לגייס כוח-אדם חדש. עובדים לא-מרוצים נכונים לעזוב את מקום העבודה הנוכחי מייד עם מציאת עבודה חלופית. סוכני הגיוס הטובים ביותר של ארגונים רבים הם העובדים הקיימים, וחשוב לארגון שעובדיו לא יתלוננו על המעביד שלהם. כאשר מנהלים מתארים את הקשר בין מורל לתפוקה, הם מתכוונים לנכונותם של עובדים לעשות דברים מעבר למה שנדרש מהם: לסייע לעובדים אחרים ולעודד אותם, להציע הצעות, ולעבוד היטב גם כאשר אין פיקוח ישיר על עבודתם.⁸¹ כלומר, המנהלים מתארים תבנית התנהגות הנכנסת למסגרת של הדדיות חיובית.

המורל של העובדים נפגע בעקבות הפחתת שכר לא רק עקב הפגיעה ברמת החיים של העובדים. פגיעה בשכר מתפרשת כהפרה של ההסכמה המשתמעת של דפוס ההדדיות החיובית בין המעביד לעובדיו. אף שהפחתת שכר לכלל העובדים אינה משליכה אישית על העובד, מדיניות זו תעורר מסע תלונות של העובדים בינם לבין עצמם, ודינמיקה זו תחדד את חוסר שביעות-הרצון של כל אחד מן העובדים. פיטורים פוגעים במורל פחות מהפחתות שכר, שכן הליך הפיטורים מוציא את העובדים המתוסכלים (אלה שפוטר) אל מחוץ לשערי המפעל. מדיניות ניהולית נכונה היא לפטר בו-זמנית מספר רב של עובדים (ולא טיפין-טיפין) תוך העברת מסר משכנע לעובדים שנותרו כי עתה לא יהיו פיטורים נוספים במשך תקופת-זמן. כל פגיעה במורל עקב פיטורי צמצום תהיה זמנית, בעוד שהפגיעה במורל עקב הפחתת שכר תהיה קבועה.

העובדה שמנהלים מייחסים חשיבות רבה לשימור תבנית של הדדיות חיובית בינם לבין עובדיהם יכולה לסייע בעיצוב כללים משפטיים – לדוגמה, כאשר מתעורר סכסוך משפטי לגבי לגיטימיות של תוכנית פיטורי צמצום, כפי שהיה בעניין פיטורי הגננות בעלות הוותק בפסק-דין בוסין נ' הנהלת רשת גני אגודת ישראל⁸² או בפרשת פיטורי

80 Bewley, *supra* note 78. מחקרו של Bewley נשען על ראיונות-עומק שערך עם מאתיים ארבעים ושישה מנהלים בחברות עסקיות בצפון-מזרח ארצות-הברית ועם תשעה-עשר מנהיגים של ארגוני עובדים, במהלך שנות התשעים, כאשר שיעור האבטלה בארצות-הברית היה גבוה עקב המיתון הכלכלי.

81 *Ibid*. המורל שעליו דיברו המנהלים כלל לרוב כמה מאפיינים: הודהות עם הארגון והפנמת מטרותיו; אמון במערכת ההבטחות המשתמעת בין העובדים להנהלה, אשר בנויה על מנגנון של הדדיות; אווירה במקום העבודה שמעוררת אצל העובדים נכונות להקריב קורבן אישי לטובת הארגון ועובדים אחרים; והבנה שסיוע לארגון או לעובדים אחרים יתוגמל בבוא העת, גם אם בהווה הוא אינו זוכה בהתייחסות מיוחדת.

82 ע"ב 5646/03 שמחה בוסין – הנהלת רשת גני אגודת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 31.8.2003) (להלן: עניין בוסין).

העובדים המאורגנים בפסקי־דין דלק נ' הסתדרות העובדים החדשה.⁸³ שני סכסוכים אלה נסבו על החלטת המעביד לפטר במסגרת פיטורי צמצום קבוצה של עובדים שעלות העסקתם הייתה גבוהה מזו של קבוצות עובדים אחרות.⁸⁴ מכיוון שסכסוכים אלה נבחנו במסגרת עקרון השוויון,⁸⁵ היה המעביד אמור לשקול חלופה להחלטת הפיטורים של קבוצות העובדים שפגיעתה בזכות לשוויון תהיה פחותה.⁸⁶ אולם בשני המקרים לא שקל בית־הדין לעבודה אפשרות של הפחתת שכר כחלופה להחלטת הפיטורים.⁸⁷ המעביד נדרש במסגרת הצו האופרטיבי לתקן את רשימת העובדים המפוטרים כך שנטל הפיטורים לא ייפול באופן לא־שוויוני על קבוצת העובדים המאורגנת (בעניין דלק) או המבוגרת (בעניין בוסיה). בסכסוכים אלה הייתה עשויה להתעורר השאלה אם ראוי שבית־הדין לעבודה יתערב בהחלטה על פיטורי הצמצום ויורה למעביד לשקול הפחתת שכר כחלופה לפיטורים. אולם לנוכח המחקרים המדגימים שהפחתת שכר עלולה להיות הרסנית ליחסי עבודה המושגתים על תבנית של הדדיות חיובית, נראה שבית־הדין לעבודה אכן צריכים להימנע מלחייב מעסיקים לאמץ חלופה זו, ולהעדיף הסדרים אחרים, כגון אלה שהוצעו בשני פסקי־הדין לעיל (תיקון רשימת המועמדים לפיטורים).

3. זכות השביתה

זכות השביתה הינה זכות חוקתית הנגזרת מחופש ההתארגנות.⁸⁸ על־פי דין, הזכות

83 דב"ע 4-10/98 דלק – הסתדרות העובדים החדשה, פד"ע לג 337 (להלן: עניין דלק).

84 בעניין בוסיה, לעיל הערה 82, בעמ' 3, פוטרו גננות בעלות ותק של עשרים וחמש שנה: "האמצעי הראשון בו בחרה המשיבה לצורך השגת היעד של הפחתת עלויות השכר הגבוהות היה: פיטוריהן של כל העובדות אשר צברו מעל 25 שנות וותק. לעניין זה נכתב על ידי המשיבה... 'עקב ההכרח לקצץ ולצמצם בשיעורים ניכרים ביותר, ועפ"י משא ומתן בין החשבת המלווה את תוכנית ההבראה ובין משרד האוצר, נאלצנו לפטר את הגננות שהוותק שלהן הגיע ל-25 שנים ומעלה, כדי לחסוך את העלויות הגבוהות של השכר, הכרוכות בותק גבוה'" [ההדגשות במקור]. בעניין דלק, שם, פוטרו עובדים מאורגנים, ששכרם היה גבוה מזה של עובדים שהועסקו בחוים אישיים.

85 בשני הסכסוכים ביססו העובדים המפוטרים את תביעתם על עילת אפליה. בעניין בוסיה, שם, טענו העובדות בעלות הוותק שפיטוריהן מהווים אפליה מחמת גיל, ובעניין דלק, שם, טענו העובדים שפיטוריהם מהווים אפליה מחמת השתייכות ארגונית.

86 ראו מבחן האמצעי הפוגע פחות בבג"ץ 6051/96 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289.

87 בשני פסקי־הדין לא נזכרת כלל החלופה של הפחתת שכר.

88 בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי ובזק נ' בית הדין לעבודה, פ"ד מט(2) 485 (להלן: פסקי־דין היועץ המשפטי ובזק); עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – ההסתדרות הכללית, פד"ע לה 145. לדיון כללי במעמדה של זכות השביתה וההשבתה בדין הישראלי

לשבות קמה לחיים כאשר המשא־ומתן הכלכלי נכשל והעובדים מעוניינים להפעיל כוח ארגוני כנגד המעביד על־מנת להובילו בחזרה אל שולחן המשא־ומתן, תוך ריכוך עמדותיו הקודמות לגבי מוקדי הסכסוך.⁸⁹ במסגרת שביתה כלכלית העובדים עשויים לנקוט מגוון של צעדים – החל בשביתה מלאה, המשך בשביתה חלקית, בשביתת־שָׁבֶת ובשביתת־הקפדה, וכלה בשביתת מחאה קצרה⁹⁰ – והכל על־מנת להפר את המהלך התקין של העבודה ולגרום נזק כלכלי למעביד. בתגובה המעביד רשאי להשבית את מקום העבודה בהשבתת־מגן.⁹¹ ההשבתה היא נשקו של המעביד במאבק המקצועי, ובמסגרתה הוא מסרב לאפשר לעובדים לעשות את עבודתם, וכך מוקנה לו פטור מתשלום שכר העבודה לאותם עובדים. אף ששביתה חוקית אינה מהווה הפרה של חוזה העבודה,⁹² במהלך השביתה אין העובדים זכאים לתשלום שכרם.⁹³

כללי המשחק של דיני השביתות מהווים לדעתי דוגמה לדינמיקה של דפוס התנהגות של הדדיות שלילית:⁹⁴ עובדים שובתים מוכנים לספוג נזק אישי – אי־תשלום שכרם בעת תקופת השביתה, ובמדינות מסוימות, כגון ארצות־הברית (אך לא ישראל),⁹⁵ גם נטילת הסיכון שהמעביד יגייס בתקופת השביתה עובדים אחרים תחתיהם⁹⁶ – וכל זאת על־מנת

ראו: רות בן־ישראל שביתה והשבתה בראי הדמוקרטיה (האוניברסיטה הפתוחה, 2003); סטיב אדלר "חופש השביתה בראי הפסיקה" ספר ברנזון (2000, כרך שני) 475.

89 ההגדרה המסורתית של שביתה כלכלית בדין הישראלי מקורה בפסק־דין דב"ע לו/4-5 משה גינסלר ואח' – מדינת ישראל, פד"ע ח 3 (להלן: פסק־דין גינסלר). להגדרות מאוחרות ראו: פסק־דין היועץ המשפטי ובזק, שם; ס"ק 13/03 לשכת המסחר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (לא פורסם, ניתן ביום 18.11.2003); עס"ק 1013/04 בנק דיסקונט נ' הסתדרות המעוף ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 26.9.2004). המכנה המשותף למכלול ההגדרות השונות של שביתה כלכלית הוא הרעיון שביסוד השביתה מונח רצונם של העובדים להפעיל לחץ כלכלי על המעביד שלהם (או על גורם שלישי) על־מנת לשפר את תנאי העבודה שלהם.

90 פסק־דין גינסלר, שם.

91 דב"ע מא/4-18 הסתדרות הכללית – מפעלי ים המלח, פד"ע יד 225.

92 ראו את הסיפא של סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, לעיל הערה 10, הקובע כי "השתתפות בשביתה לא יראו כהפרת חובה אישית". סעיף 19 לחוק אימץ את תיאוריית ההשעיה של חוזה העבודה בעת שביתה. ראו גם דב"ע לא/4-4 ועד פועלי החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל – החברה לכבלים ולחוטי חשמל, פד"ע ד 122.

93 דב"ע מג/2-8 רשות השידור – אלברט מצדה, פד"ע טו 147.

94 לתיאור הדינמיקה של הדדיות שלילית ראו לעיל תת־פרק 11.

95 ס"ק (ב"ש) 1001/05 הסתדרות הכללית החדשה במרחב הנגב – מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 7.2.2005). לנוכח פסיקה חדשה זו, המעביד הישראלי נתפס כמי שפוגע בזכות השביתה כאשר הוא מגייס עובדים חלופיים תחת עובדים השובתים.

96 בארצות־הברית אומץ כלל המאפשר למעביד לשכור ממלאי־מקום לעובדים השובתים, ואין הוא חייב לפטר עובדים אלה בתום השביתה; *NLRB v. Mackay Radio and Telco*, 304 U.S. 333 (1938).

להסב נזק כלכלי למעביד, שנתפס על-ידיהם כמי שאינו נוהג עימם בהגינות במסגרת המשא-ומתן הקיבוצי. פרק-הזמן שבו העובדים שובתים והמעביד משבית את מקום העבודה מהווה תקופה שבה כל צד מעוניין להסב נזק לצד האחר גם אם במחיר של גרימת נזק לעצמו. כזכור, אלה המאפיינים של ההדדיות השלילית – הנכונות של צד למערכת יחסים לפגוע באינטרס האישי שלו על-מנת לפגוע באינטרס של הצד האחר.

מכיוון שבמהלך השביתה ניזוקים כל הצדדים – המעביד, העובדים ולעיתים גם צדדים שלישיים כגון הציבור הרחב – נשאלת השאלה איזה אינטרס השביתה משרתת ומדוע הזכות לשבות מוגדרת כזכות חוקתית. לדעתי, אחת התשובות לשאלה זו מצויה בהכרה שלנו בחשיבות הדינמיקה של הדדיות, חיובית ושלילית, לשימור מערכות יחסים המבוססות על שיתוף-פעולה. השביתה נועדה להחזיר בסופו של יום את הצדדים לשולחן המשא-ומתן,⁹⁷ תוך כינון מחודש של יחסים המבוססים על הדדיות חיובית. בלא היכולת לסגת מההדדיות החיובית אל עבר ההדדיות השלילית (השביתה) לא יהיה אפשר לקיים לאורך זמן את מנגנון המשא-ומתן הקיבוצי. זכות השביתה היא הכוח "להעניש" מעביד שסוטה ממסגרת ההדדיות החיובית, על-מנת להחזירו למערכת יחסים שבה כל צד מייטיב עם האחר אף שאין הוא מחויב על-פי דין לעשות זאת.

לדעתי, בכללי המשחק של דיני השביתות משתקפים היסודות העומדים בבסיס משחק האולטימטום כאשר משחקים אותו כמה פעמים. מוקדם יותר הוזכר משחק זה כאשר המציע והניצע ערכו סבב אחד בלבד של חלוקת הסכום (תוך קבלת ההצעה או סירוב לה). אולם ניתן לשחק אותו משחק בכמה סבבים,⁹⁸ כך שהניצע יכול לבנות לו מוניטין כמי שמנהל משא-ומתן קשוח, על-ידי סירוב לקבל הצעות חלוקה שמקצות לו חלק קטן (לטעמו) מהסכום המחולק.⁹⁹

במשחק האולטימטום החוזר, רובם המכריע של הניצעים (קצת יותר מ-80%) מעלים את רצפת הסכום של ההצעות שהם מוכנים לקבל.¹⁰⁰ כלומר, המשתתפים הבינו שצריך לשנות את אסטרטגיית המשחק בין משחק יחיד לבין סדרת משחקים חוזרת, והגיבו באמצעות הדדיות שלילית חזקה יותר במשחק החוזר.

הצדדים למשא-ומתן קיבוצי – ארגון העובדים היציג והמעביד באמצעות ההנהלה – משחקים "משחק" דומה למשחק האולטימטום החוזר. ארגון העובדים, בדומה לניצע במשחק, חייב לבנות לו מוניטין של שותף קשוח למשא-ומתן. הדרך לבנות מוניטין זה היא קטיעת ההידברות ופנייה לערוץ השביתה, המהווה החלטה מקבילה להחלטת הסירוב של הניצע במשחק האולטימטום (בשני המצבים ההחלטה מלווה פגיעה באינטרס האישי של

97 אדלר, לעיל הערה 88.

98 Camerer & Fehr, *supra* note 68, at pp. 4–23.

99 ניתן לשחק את משחק האולטימטום החוזר (הרב-סבבי) בשני אופנים: אותו זוג משתתף בכמה סבבים של המשחק; או שהזוגות מתחלפים, כך שבכל סיבוב יש זוגות חדשים של מציע וניצע, אך המידע על התנהגות הצדדים בסיבובים קודמים ידוע למשתתפים.

100 Camerer & Fehr, *supra* note 68, at pp. 4–23.

מקבל ההחלטה יחד עם פגיעה באינטרסים של הצד האחר). באמצעות שימוש בנשק השביתה ארגון העובדים מחזק את כוח המיקוח שלו בסבב הבא של המשא-ומתן הקיבוצי, אם במסגרת הסכסוך הקיים ואם במסגרת סכסוכים עתידיים.¹⁰¹

4. העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם

חוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם כמו-גם הפסיקה של בג"ץ ובתי-הדין לעבודה¹⁰² מנסים להתמודד בשנים האחרונות עם התופעה החברתית-הכלכלית של עובדים המועסקים פרקי-זמן ארוכים אצל מעסיקים מבלי שנקשרים יחסי עבודה פורמליים בין המעסיק בפועל לבין עובדיו.¹⁰³ עובדים של קבלני כוח-אדם מועסקים במסגרת חוזית שעל-פיה המעביד הפורמלי שלהם הוא קבלן כוח-האדם, בעוד חברת כוח-האדם מתקשרת בחוזה להספקת שירותים עם המעסיק בפועל. ההסדר הרגולטיבי שאימץ המחוקק כולל הוראות שעל-פיהן אין להעסיק עובד במתכונת העסקה זו במשך תקופה העולה על תשעה חודשים,¹⁰⁴ ויש להשוות בין העובד של קבלן כוח-האדם לבין עובדיו הקבועים של המעסיק

101 ניתן אומנם לראות בהחלטה לפתוח בשביתה כמו-גם בהחלטה להשבית את מקום העבודה החלטות רציונליות. כאשר עובדים מממשים את זכות השביתה שלהם כנגד המעביד, הם חושבים לא רק על הסכסוך הנוכחי, אלא גם על סכסוכים עתידיים. מכאן שהנזק שהשביתה הנוכחית מסיבה (לעובדים עצמם אך גם למעסיק) ישמש אותם גם בהידברויות העתידיות שלהם, תוך שכוח המיקוח שלהם גובר עם כל שביתה שגררה נזק כלכלי למעביד. באופן דומה, השבתת מקום העבודה מהווה כוח מרתיע מפני שביתות עתידיות. עם זאת, ההסבר "הרציונלי" אינו חותר תחת קיומו של רובד התנהגותי לדיני השביתות. העובדה שמדובר במערכת יחסים מתמשכת שבמסגרתה הצדדים בונים מוניטין זה כלפי זה, מוניטין שישירת אותם במשאים-ומתנים נוספים, אינה פוגמת בכך שלכללי המשחק הללו יש היבטים התנהגותיים חוקיים.

102 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996, ס"ח 201 (להלן: חוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם); בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כח אדם נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (להלן: פסק-דין תנופה שירותי כח אדם); דב"ע נב/3-142 עליאה אליהרינת - כפר רות, פד"ע כד 535 (להלן: פסק-דין עליאה אליהרינת); ע"ע 00/1189 אילנה לוינגר - מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 20.9.2000; להלן: פסק-דין אילנה לוינגר); ע"ב 911583/99 חני אבני-כהן - הנהלת בתי המשפט (לא פורסם, ניתן ביום 29.7.2001; להלן: פסק-דין חני אבני-כהן).

103 לסקירת התופעה בהקשר הישראלי ראו: יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות, לעיל הערה 34; רות בן-ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, פרשנות אחרת - המרת העסקה הפורמלית בעסקה האותנטית" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 5; מוטי מירוני "מיהו המעביד - הגדרת יחסי עובד ומעביד בתבניות העסקה מודולריות" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 505.

104 ראו סעיף 12א(א) לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם, לעיל הערה 102, הקובע

בפועל מבחינת תנאי העבודה.¹⁰⁵ הפתרון הפסיקטי שונה במעט. בית-הדין לעבודה אימץ מבחן מהותי לבחינת השאלה מיהו המעביד האותנטי של עובד המועסק באמצעות חברת כוח-אדם. המבחן המהותי אינו מקנה חשיבות מכרעת להסדר החווי, אלא בוחן את דפוס ההעסקה שהתפתח בשטח, תוך בדיקה בעסקו של מי מן המעסיקים השתלב העובד.¹⁰⁶ נשאלת השאלה מדוע הן המחוקק והן בתי-הדין לעבודה מצאו לנכון לפקח על תנאי העסקתם של עובדים המועסקים באמצעות קבלני כוח-אדם. לכאורה אין צורך בפיקוח מיוחד על דפוס העסקה זה. עובדים של חברות כוח-אדם נהנים מההגנה המלאה של חוקי-המגן וצווי ההרחבה הרלוונטיים בענף שבו הם מועסקים,¹⁰⁷ ולכן אין זה ברור כלל שיש מקום לפקח באופן מיוחד על תנאי העסקתם. אילו התמצה פיקוח זה בהסדרי הרישוי שנקבעו בחוק¹⁰⁸ ובנסיונות לאכיפה מוגברת של זכויות-המינימום בענף כוח-האדם, אזי

כי "לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים...". מעבר לתקופה זו עובד של קבלן כוח-אדם נהפך לעובד של המעסיק בפועל (סעיף 12א(ג)). הסדר זה טרם נכנס לתוקף מכיוון שתחולתו הוקפאה בחוק המדיניות הכלכלית לשנת 2005 (תיקוני חקיקה), תשס"ה-2005, ס"ח 346, עד לתאריך 1.1.2008.

105 סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם, שם, קובע: "תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי - הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי הענין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולותק בעבודה אצל המעסיק בפועל." סעיף זה של השוואת התנאים אינו חל על עובדים שתנאי עבודתם הוסדרו בהסכם קיבוצי כללי שתנאיו הורחבו בצו הרחבה (סעיף 13(ג) לחוק). ביום 1.9.2004 פורסם צו הרחבה בענף אספקת שירותי כח אדם, תשס"ד-2004, י"פ 3872, ועל-כן סעיף השוואת התנאים אינו רלוונטי לעובדים של חברות כוח-אדם המועסקים במגזר הפרטי (עובדים אלה ייהנו רק מתנאי העבודה המוקנים להם בחווי העבודה מול קבלן כוח-האדם, בהסכמים הקיבוציים שלו ובצו ההרחבה). צו ההרחבה אינו חל על עובדים של חברות כוח-אדם המוצבים אצל מעסיקים במגזר הציבורי, שם עומד בתוקפו ההסדר המחייב השוואת תנאים.

106 המבחן המהותי משתמש בסממני-העזר של מבחן ההשתלבות (המבחן המסייע בקביעה אם מועסק הינו קבלן עצמאי או עובד) על-מנת לענות על השאלה היכן למעשה "השתלב" העובד של קבלן כוח-האדם - בעסקו של המעסיק בפועל או בעסקו של קבלן כוח-האדם. ראו פסק-דין עליאה אליהרינת, לעיל הערה 102; פסק-דין חני אבני-כהן, לעיל הערה 102.

107 ראו תב"ע מט/6-16 קרן הביטוח והפנסיה - זמיר שרותי כוח אדם, פד"ע כד ה, שם נקבע כי תנאי העבודה החלים על עובדי הבניין של המעסיק בפועל, מכוח צווי הרחבה, יחולו גם על העובדים של חברת כוח-האדם, מן הטעם שעובדים אלה מועסקים בענף הבנייה.

108 הסדרי הרישוי והפקדת הערובה מוסדרים בפרק ב לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני

היה אפשר להניח שהמחוקק מעוניין להבטיח את תשלום שכר-המינימום ואת אכיפת זכויותיהם של מי שנתפסים כעובדים פגיעים בשוק העבודה. אך כאמור, גם החוק וגם הפסיקה הולכים צעד אחד קדימה ומבקשים להשוות את מעמדם של עובדי חברות כוח-האדם למעמדם של העובדים הקבועים של המעסיק בפועל, תוך "חיסול" התופעה של שתי קבוצות עובדים באותו מקום עבודה.¹⁰⁹

לדעתי, המדיניות האמורה משקפת עקרונות של הגינות. הפרקטיקה של גיוס כוח-האדם באמצעות קבלני כוח-האדם בלא כל כוונה לקלוט אותם ברבות הימים לתוך הארגון – פרקטיקה שהלכה והתרחבה במהלך שנות התשעים בקרב מעסיקים רבים, כולל משרדי ממשלה – קוממה את חוש הצדק.¹¹⁰ לא גובה השכר או היקף הזכויות של עובדי חברות כוח-האדם עמד על הפרק (שכן פורמלית זכויות אלה עמדו בסטנדרט שהחוק בישראל קובע), אלא הפערים בין זכויותיהם של עובדי חברות כוח-האדם לבין אלה של העובדים הקבועים באותו מקום עבודה.¹¹¹

כאמור, בני-אדם סולדים מפערים. עובדי חברות כוח-האדם סבלו מן הפערים בתנאי העבודה בינם לבין העובדים הקבועים, אף אם תנאים אלה היו טובים מאלה שהיו זמינים

כוח-האדם, לעיל הערה 102. חוקיותם נידונה ואושרה בפסק-דין תנופה שירותי כח אדם, לעיל הערה 102.

109 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון), תש"ס-2000, ה"ח 403: "מטרת החוק היא הסדרת ההעסקה של עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, כהעסקה זמנית. המצב החוקי כיום הוא שלעובדים רבים של קבלן כוח אדם תנאי עבודה מופחתים ביחס לתנאי העבודה של עובדי המעסיק בפועל. במצב זה, צורת ההעסקה באמצעות קבלני כוח האדם משמשת לצרכים שלהם היא לא נועדה, תוך יצירת דור חדש של עובדים בלתי קבועים החשים ניצול וקיפוח." ראו גם את דברי הנשיא ברק בפסק-דין תנופה שירותי כח אדם, שם, בעמ' 443, כאשר הוא מצטט מתוך המאמר רות בן-ישראל "כוח אדם זמני בישראל – המימד המשפטי" ניהול 2000 – ניהול גמיש (אמירה גלין ועוזר כרמי עורכים, תש"ן) 44, 45: "המדובר באינטרס העובדים והאינטרס הציבורי המחייבים הבטחת תנאי עבודה הוגנים מינימליים לכלל העובדים תוך שמירה על עקרון הביטחון התעסוקתי, כמו גם הבטחת עקרון השיוויון."

110 ראו בהקשר זה את תפיסתה של השופטת ברק בפסק-דין אילנה לוינגר, לעיל הערה 102: "ההעסקה באמצעות חברות כוח אדם נעשתה... על מנת להעסיק את המערערת מבלי לקלוט אותה בדרכים המקובלים ומבלי לתת לה קביעות למרות תקופת העבודה הארוכה... צורת ההעסקה המנסה בכל דרך לעקוף את דרכי ההעסקה המקובלות ואת ההגנה שמשפט העבודה נותן לעובדים היא שמעוררת תמיהה. ספק אם יש תום לב בדרך ההעסקה."

111 ראו, לדוגמה, את דברי השופטת וירט-ליבנה בפסק-דין חני אבני-כהן, לעיל הערה 102: "הפגיעה הנגרמת מצורת העסקה זו אינה בהכרח פגיעה קונקרטית, זו פגיעה הנוגעת ליחסי העבודה במקום העבודה, לתרבות הארגונית במפעל, למידת הנאמנות ותחושת ההשתייכות של עובד לארגון בו הוא פועל, כל אלה קשורים קשר הדוק למונח הרחב של 'כבוד האדם'..."

להם בשוק העבודה החיצוני לארגון. הפער הוא שקובע, ולא המצב המוחלט. לכן גם הטענות שנשמעו בזמנו, כי דרישה להשוואת תנאי עבודה ו/או קליטה של עובדי חברות כוח-האדם אל תוך מקומות העבודה שהם מועסקים בהם רק תוביל לפיטוריהם של אלפי עובדים של חברות כוח-האדם, תוך פגיעה במקור פרנסתם, לא הצליחה לשכנע את מעצבי המדיניות. ההצהרה כי "לא ייתכן שעובדים העושים אותה עבודה, זה לצד זה, במשך שנים רבות ישתכרו שכר שונה וייהנו מזכויות סוציאליות שונות" מבטאת עמדה אחרת – של הגינות וסלידה מפערים תוך-ארגוניים – ותפיסה שהמעמד היחסי בתוך הארגון חשוב יותר מהמצב המוחלט של אותם עובדים, אף אם אכיפת הסטנדרט החדש תוביל לפיטוריהם של חלק מן העובדים.

5. זכויות פרוצדורליות בעת פיטורי עובדים ובעת שינויים מבניים

בשנים האחרונות התפתחה פסיקה ענפה בבתי-הדין לעבודה הדנה בזכויות הפרוצדורליות של עובדים בעת הליכי פיטורים ובעת שינויים מבניים במקום העבודה. כך, נקבע שלכל עובד יש זכות טיעון בטרם פיטוריו,¹¹² כולל בפיטורי צמצום,¹¹³ ושהחלטות פיטורים חייבות להיות מנומקות. כללים פרוצדורליים אלה הוחלו גם על עובדים שלא נהנו במסגרת יחסי העבודה שלהם מביטחון תעסוקתי פורמלי, ושההסדר החוזי שלהם עם המעביד התיר לו לפטר אותם בהודעה מוקדמת בלבד. כלומר, הזכויות הפרוצדורליות הוחלו הן על עובדים בחוויים לתקופה בלתי-קצובה¹¹⁴ והן על עובדים שהועסקו בחוזה עבודה לתקופה קצובה שלא הוארך עם סיומו.¹¹⁵ לכאורה אין היגיון רב בהענקת זכויות

112 ע"ע 1027/01 ד"ר יוסי גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל (לא פורסם, ניתן ביום 17.1.2003): "זכותו הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו, או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך-גיסא, מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו... עד כאן הזכות וממנה נובעת החובה המוטלת על המעביד – להציג בפני העובד את הטענות המופנות כלפיו, את השאלות שעלו בעניינו אשר יש בהן כדי להשפיע על מקבל ההחלטה. כל זאת, בפתיחות, בהגינות ובתום לב מבלי לכחד דבר מן העובד." [ההדגשות במקור].

113 ראו פסק-דין לאה לויין, לעיל הערה 21, שם נקבע כי פיטורים כלכליים אינם כדין אם הם נעשים ללא היוועצות עם נציגות העובדים, אלא בהחלטה של המעביד.

114 ע"ע 1268/01 החברה הממשלתית למדליות בע"מ – רחל כהן (לא פורסם, ניתן ביום 18.7.2001); ע"ע 1349/01 ופא אסחאק – מדינת ישראל – משרד החינוך והתרבות (טרם פורסם, ניתן ביום 16.2.2004): "זכות הטיעון עומדת למי שצפוי להיות נפגע בכל דרך שהוא. זכות זו עומדת לו גם כאשר הדבר לא עולה ממסמך כלשהו. זוהי זכות יסוד הנובעת מכללי הצדק הטבעי."

115 ראו ע"ע 1290/02 מדינת ישראל – אלי שדה (לא פורסם, ניתן ביום 6.3.2003), שבו נקבע כי חובה על המעסיק לתת זכות שימוע לעובד לגבי אי-הארכת חוזה עבודה אישי

פרוצדורליות לעובדים כאשר הזכות המהותית לפטר אינה מוגבלת.¹¹⁶ מה הטעם לחייב בפרוצדורה מסוימת אם כלל הפיטורים הוא "פיטורים על-פי רצון המעביד"?¹¹⁷ ביחס לשינויים מבניים במקום העבודה גובשה הלכה דומה: נקבע שהזכות לקבל החלטה על שינוי מבני הינה חלק מזכות-היתר הניהולית של המעביד, ואינה כפופה להסכמתה של נציגות העובדים או לחובה לנהל משא-ומתן קיבוצי, אולם לפני עריכת השינוי המבני יש להעביר מידע לארגון העובדים ולהיוועץ עימו על הנושא.¹¹⁸ שוב נשאלת השאלה מדוע מוענקות לעובדים זכויות פרוצדורליות אם בסופו של דבר המעביד יכול לערוך את השינוי המבני גם מבלי לקבל את הסכמת העובדים.

מקובל לחשוב שמערך של זכויות פרוצדורליות משפר את איכות ההחלטות המתקבלות בזכות הגדלת מאגר המידע העומד לפני מקבל ההחלטה, אולם תמיכה בכללים אלה ניתן למצוא גם בספרות מתחום הפסיכולוגיה הארגונית הדנה בגורמים המשפיעים על שביעות-הרצון של עובדים ועל נאמנותם ומחויבותם לארגון.¹¹⁹ ספרות זו, הבנויה על תצפיות, בדרך-כלל באמצעות מילוי שאלונים, תומכת במסקנה שמדדים טיפוסיים למורל העובדים – כגון שביעות-רצון מהעבודה, מחויבות לארגון ונכונות לבצע מטלות הגולשות מעבר להגדרת התפקיד הפורמלית (מאפייני "ההתנהגות האורחית" בארגון) – תלויים בשאלה אם הארגון נתפס על-ידי העובדים כפועל בהגינות. הגינות פרוצדורלית, ובמיוחד מיסוד של מנגנונים פרוצדורליים אינטראקטיביים שקיימת בהם התייחסות נאותה מצד הממונים (נימוס, כבוד, התחשבות) ושהעובד מעורב בהם (כגון עיגון זכות שימוע לעובד בטרם מתקבלות החלטות המשפיעות על תנאי העבודה שלו או על זכויותיו), נמצאה כמשתנה המשפיע ביותר על רמת "ההתנהגות האורחית" של העובדים בארגון, אף יותר

לתקופה קצובה, באופן שיאפשר לו למצות את זכות הטיעון. ראו גם ע"ע 1403/01 סוהייר סרוגי – המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, ניתן ביום 3.5.2004), שבו נקבע כי העסקתו של עובד ב"חוזה מיוחד" לזמן קצוב אינה שוללת את החובה לנהוג כלפיו בהגינות ובתום-לב על-ידי קיום זכות הטיעון כהלכתה ובמלוואה, וקיום ההיוועצות הנדרשת עם נציגות העובדים בטרם פיטוריו.

116 מובן שתמיד יש מגבלות לזכות הפיטורים, הנובעות, לדוגמה, מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, לעיל הערה 32.

117 כאמור, כלל זה אומץ בדין הישראלי בפסק-דין צרי, לעיל הערה 14, שם: "כשמדובר ביחסי עובד מעביד שלא נקבע להם תקופה, רשאי המעביד לפטר את העובד, בכל עת ומכל סיבה, אלא אם על פיטוריו של אותו עובד חלה הוראה שבחוק מיוחד, בחוזה אישי, או בהסכם קיבוצי". לדיון מקיף בכלל הפיטורים בארץ ראו מונדלק, לעיל הערה 14.

118 בדב"ע 3-7/98 מנשה מועדים – משרד הבטחון, פד"ע לג 441, נקבע כי על-פי עקרונות-היסוד של משפט העבודה, אופיים של יחסי העבודה הקיבוציים מחייב כל צד להם לקיים היוועצות עם הצד האחר בנושאים שבמסגרת סמכותו וכוחו הנוגעים בכלל העובדים או שיש להם משמעות עקרונית מיוחדת במקום העבודה.

119 סקירת הממצאים מתחום הפסיכולוגיה הארגונית ומדע הניהול נשענת על המאמר: .Bewley, *supra* note 78

ממשתנה התמורה (תנאי העבודה ושכר העובדים בפועל).¹²⁰ כלומר, בניגוד להנחה המקובלת של הכלכלה המסורתית שלעובדים חשובים בעיקר גובה שכרם וההטבות הסוציאליות הנלוות, עולה שדווקא היחס כלפי העובד והתחושה שנוהגים בו בהגנות חשובים לו יותר ומשפיעים יותר על שביעות-רצונו ועל מחויבותו למקום העבודה. פיתוח כללים משפטיים המחייבים מעבידים בהפעלת מנגנונים פרוצדורליים, כגון מתן מידע, שימוע, הנמקה, היוועצות ומשא-ומתן, אינו מקדם בהכרח את הקצאת הזכויות היעילה ביותר או הצודקת ביותר, אולם תורם לתחושתם החיובית של העובדים כי נוהגים כלפיהם בהגנות, ומסייע להם לקבל את החלטת ההנהלה, אף אם ההחלטה התקבלה באופן חד-צדדי ואף אם היא פוגעת בזכויותיהם. מסקנה זו עולה גם ממחקר שנערך בשתי חברות שבהן החליטו המעבידים על הפחתת שכר. בחברה הראשונה התלווה להפחתת השכר הסבר משכנע מדוע היא הכרחית, ואילו בחברה השנייה נעשתה הפחתת השכר ללא הסברים. בחברה שנמנעה ממתן הסברים עלו תחושות הקיפוח של העובדים ושיעורי הגיבה של רכוש המעביד באופן חד, בעוד שבחברה שערכה מסע הסברה היו תוצאות אלה שוליות.¹²¹

6. שעות עבודה ומנוחה, פיקוח על עובדים ותגמול

חוק שעות עבודה ומנוחה קובע בין היתר את היקף יום העבודה השבועי ואת אורך שבוע העבודה, ומטיל איסור העסקה ביום המנוחה השבועי, חובת מתן הפסקות ואיסור העסקה בשעות הלילה.¹²² עם זאת הוציא החוק מתחולתו, בין היתר, "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי"¹²³ וכן "עובדים שתנאי עבודתם

120 משתנה הצדק החלוקתי בודק מהן הזכויות בפועל של העובדים מבחינת שכר והטבות סוציאליות. לעומת זה, משתנה הצדק הפרוצדורלי בוחן מהו המנגנון שהוביל להקצאת הזכויות הסופית. לכן מנגנון של שכר-מינימום מהווה מנגנון של צדק חלוקתי, בעוד המנגנון של משפט העבודה הקיבוצי הינו מנגנון של צדק פרוצדורלי.

121 ראו: Jerald Greenberg "Employee Theft as a Reaction to Underpayment Inequity: The Hidden Costs of Pay Cuts" 75 *J. App. Psych.* (1990) 561. מחקר דומה בתן תגובות של עובדים על הקפאת שכר. גם במחקר זה, חלק מן העובדים קיבלו הסבר משכנע לגבי הצורך בהקפאת השכר, וחלק מן העובדים לא קיבלו הסבר כלל. מתן הסבר הפחית תחושות של כעס כלפי הארגון, ומנע ירידה ברמת שביעות-הרצון מן העבודה. ראו: John Schauboeck, May Douglas & William Brown "Procedural Justice Explanations and Employee Reactions to Economic Hardship: A Field Experiment" 79 *J. App. Psych.* (1994) 455.

122 ראו סעיפים 2, 3, 7 ו-20-22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה).

123 סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, שם.

ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.¹²⁴ עובדים אלה אינם כפופים למגבלות הקבועות בחוק, אין כל פיקוח חוקי לגבי היקף העסקתם וזמן העסקתם, ואין חובה לשלם להם גמול בעבור שעות נוספות. פטור זה עלול לפתוח פתח לניצולם הפיזי (מספר השעות שעובדים בשבוע) והכלכלי (גמול לשעת עבודה) של עובדים – למשל, במסגרת עבודה במשק-בית, כאשר העובד מתגורר יחד עם מעסיקו ומשכר סכום כולל.¹²⁵

קבוצת העובדים הראשונה (תפקידי הנהלה ויחסי אומן מיוחדים) הוצאה מתחולת החוק מתוך הנחה שעובדים אלה נמנים עם שכבת הנהלה של הארגון, קרי, עובדים "חזקים", שגם אם הם עובדים שעות רבות ורצופות, הם מתוגמלים בהתאם (כלומר, אינם מנוצלים כלכלית). עבודתם המאומצת נעשית מתוך בחירה אישית, בדרך-כלל במסגרת פיתוח קריירה. הסרת הרגולציה במקרים אלה נעשית על-מנת לשרת הן את צורכי המעביד והן את האינטרס האישי של אותם עובדים.¹²⁶

קבוצת העובדים השנייה הוצאה מתחולת החוק בגלל בעיה מעשית של פיקוח על שעות העבודה. אין להטיל חובה על מעביד לשמור על מסגרת עבודה חוקית מבחינת שעות העבודה ומועדי ביצועה כאשר אין לו יכולת אפקטיבית לעשות כן. חריג זה רלוונטי לעובדים העושים את העבודה מחוץ לחצרי המעביד, כגון נותני שירותים העושים עבודה בבית הלקוח וכן מי שעובד מביתו-הוא.

האם קיימים מנגנוני "שוק" חלופיים המגינים על עובדים אלה מפני ניצול לרעה של הפטור?

הכלכלה המסורתית מציעה מודל המסביר מדוע מעסיקים מעוניינים לשלם לעובדים מסוימים שכר שגבוה משכר השוק (השכר שבו ניתן לגייס עובדים). מודל זה יכול להסביר גם מדוע אין מקום לחשש רב מפני ניצול כלכלי של אותם עובדים אף בהעדר רגולציה לגבי גובה השכר ושעות העבודה שלהם. מדובר במודל שכר ההתייעלות (efficiency wages model),¹²⁷ אשר טוען בעיקרו את הדבר הבא: לגבי עובדים שלמעבידם יש יכולת

124 סעיף 30(א)6 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שם.

125 ע"ע 1113/02 יוהאנה טודוראנג'אן – מעיין משה (לא פורסם, ניתן ביום 25.1.2004).

126 אך ראו ביקורת על גישה זו, תוך קריאה לביטול הפטור, מן הטעם שמעבידים מנצלים את הפטור על-מנת להעסיק עובדים מספר שעות רב ביותר, וכי העובדים (כולל עובדים "חזקים") אינם יכולים לסרב לדרישה זו עקב בעיית ה"collective action" (כל עובד חייב להסכים לשעות העבודה המוכתבות כי הוא חרד שחבריו יסכימו והוא ייתפס כחריג). כתוצאה מכך שעות העבודה של העובדים הפרופסיונליים הולכות ומתרבות. Vicki Schultz "Life's Work" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 1881; Jerry A. Jacobs & Kathleen Gerson "Toward a Family-Friendly, Gender-Equitable Work Week" 1 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* (1998) 457.

127 ראו: George A. Akerlof & Janet L. Yellen *Introduction to Efficiency Wage Models of the Labor Market* (George A. Akerlof & Janet L. Yellen eds., 1986).

פיקוח מוגבלת על שעות העבודה שלהם ועל טיב עבודתם – אם משום שהעבודה נעשית לא בנוכחות המעביד ואם משום שמדובר בעבודה שמושגת על מאמץ קוגניטיבי ואשר אינה נמדדת רק בתפוקה חיצונית – ההנחה היא שהמעסיקים מתגברים על כשל פיקוחי זה באמצעות תשלום שכר גבוה יותר משכר השוק. תשלום השכר הגבוה מתמרץ עובדים לא לנצל לרעה את העדר הפיקוח בשל המחיר¹²⁸ שהם עלולים לשלם על כך, קרי, פיטורים.¹²⁹ שוט הפיטורים מהווה איום יעיל על-מנת להניע עובדים לעבוד ברמת המאמץ המצופה, שכן העובדים מודעים לכך שהחלופות שלהם בשוק טובות פחות מבחינת שכר ותנאי עבודה.¹³⁰

מודל זה מתיישב עם עקרונות של קידום אינטרס אישי (הן של המעביד והן של העובד) שכן עובד "רציונלי" אמור להגיב על סכנת הפיטורים ממקום עבודה שהשכר בו גבוה בהגברת מאמץ, אולם המודל אינו עולה בקנה אחד עם ממצאים אמפיריים המראים שאיזמים תמידיים בפיטורים פוגעים בשיתוף-הפעולה מצד העובדים ומעכירים את האווירה במקום העבודה (בין היתר כי הם נתפסים על-ידי העובדים כלא-הוגנים).¹³¹

משחק נוסף, "משחק החלפת מתנות" (gift exchange), מתאר דפוס התנהגות של הדדיות חיובית בהקשר של שכר ומאמץ, וזאת מבלי להיזקק להנחות של קידום אינטרס אישי. במשחק זה, ששימש בסדרה של ניסויי מעבדה,¹³² מחלקים את המשתתפים לשתי קבוצות – "מעבידים" ו"עובדים". למשחק שני שלבים: בשלב הראשון כל מעביד מציע הצעת שכר לעובד, והצעת השכר מתקבלת או נדחת (בדומה למשחק האולטימטום); בשלב השני עובדים שנתנו את הסכמתם להצעת השכר מחליטים על רמת מאמץ. כל מעביד יכול להעסיק רק עובד אחד, וכל עובד יכול לקבל רק הצעת עבודה אחת. הרווח של העובד מחושב כפונקציה של השכר שהסכים לקבלו פחות העלות המיוחסת לרמת המאמץ שהתחייב עליה (לרמת מאמץ גבוהה יותר מיוחסת עלות גבוהה יותר). הרווח של המעביד עולה עם רמת המאמץ שהעובד התחייב, ופוחת עם רמת השכר שהציע. יש לשים לב שבמשחק זה אין דרך לאכוף את רמת המאמץ שהעובד התחייב עליה (על-מנת לשקף את בעיית הפיקוח). במהלך המשחק חוזרים על שני השלבים בין עשר לחמש-עשרה פעמים.¹³³

128 הפער בין השכר שהם מקבלים כעת לבין השכר בשוק.

129 גם בהנחה שאין למעביד יכולת פיקוח מלאה על טיב העבודה, על אופן ביצועה או על רמת המאמץ, קיימת אפשרות שבמקרה קונקרטי ייחשף עובד כמי שאינו עומד בדרישות המעביד.

130 המודל הבסיסי הוא של: Carl Shapiro & Joseph E. Stiglitz "Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device" 74 *Am. Econ. Rev.* (1984) 433.

131 ראו: Bewley, *supra* note 78.

132 ראו: Ernst Fehr, Georg Kirchsteiger & Arno Riedl "Gift Exchange and Reciprocity in Competitive Experimental Markets" 42 *Eur. Econ. Rev.* (1998) 1; Fehr, Kirchsteiger & Riedl, *supra* note 7.

133 בחלק מן הניסויים הזוגות קבועים לאורך כל המשחקונים, בחלק מהם הזוגות מתחלפים

ניסוי זה מלמד שהצעת שכר גבוה זיכתה את המעביד בהבטחה לרמת מאמץ גבוהה, ושארף-על-פי שבדיעבד כדאי לעובד להפר את הבטחתו לרמת המאמץ שהתחייב עליה (על-מנת שהרווח שלו יהיה גבוה יותר), עובדים רבים בחרו לקיים את הבטחתם.¹³⁴ ההתנהגויות שנצפו תואמות מודל של הדדיות חיובית.¹³⁵

איני טוענת שכל העובדים המוצאים מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה נהנים מהגנה חוץ-משפטית מפני ניצול פיזי וכלכלי. מובן שיש מעסיקים שמשתמשים לרעה בכוח השוק שלהם על-מנת להעסיק עובדים שעות רבות מדי בשכר זעום. עם זאת, משחק החלפת המתנות מדגים כי גם בהעדר הגנה משפטית קיימת חלופה התנהגותית המושתתת על הדדיות חיובית, שעשויה למתן נסיונות ניצול כאלה. יש מקום לשער שההחלפה הקבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה (אשר מקובלת גם בשיטות משפט אחרות) – של עובדים בכירים, של "עובדי אמון" ושל עובדים שאין יכולת מעשית לפקח עליהם – נשענת על האינטואיציה ונסיון החיים של המחוקק, שלפיהם קבוצות עובדים אלה נהנות מהגנה של מנגנון חוץ-משפטי.

פרק ד: סיכום

מאמר זה הינו ניסיון ראשון לבחון את משפט העבודה הישראלי מנקודת-המבט של הכלכלה ההתנהגותית, ולהצביע על יישומים והסברים אפשריים של ענף מחקרי זה בהקשר של הדין המקומי. החשיבות המרכזית של הפרספקטיבה ההתנהגותית בהקשר של יחסי עבודה היא ביכולת לנבא כיצד יגיבו הצדדים על הכלל המשפטי, ולכן היא תיאורית (דסקריפטיבית) בעיקרה.¹³⁶

בכל משחקון, ובגרסה שלישית יש תחרות בין המעבידים לבין העובדים על השכר ורמות המאמץ.

134 אך לא כולם. אוכלוסיית העובדים בניסויים אלה נחלקת בדרך-כלל לשניים: חלק מהאנשים בוחרים לנהוג באופן אנוכי ולא לעמוד ברמת המאמץ שהתחייבו עליה, אולם רוב האנשים פועלים מתוך הדדיות ועומדים בהבטחה שנתנו.

135 ניתן להסביר דפוס התנהגות זה גם באמצעות מודל כלכלי מסורתי שבו עובדים "מעניקים" למעביד רמת מאמץ גבוהה כתשורה על השכר הגבוה שמשתלם להם, כך שמתפתחת דינמיקה של "החלפת מתנות" מסוג "זה תמורת זה" (quid pro quo) בין מאמץ ושכר. ראו: George Akerlof & Janet L. Yellen "The Fair Wage-Effort Hypothesis and Unemployment" 105 *Q. J. Econ.* (1990) 255; George A. Akerlof "Labor Contracts as Partial Gift Exchange" 97 *Q. J. Econ.* (1982) 543.

136 לדוגמה, בהקשר של עיגון משפטי של זכויות פרוצדורליות, זכויות אלה מחזקות את

חשוב לציין שהכשלים הקוגניטיביים שנסקרו במאמר אינם משפיעים באופן מונוליתי על כל השחקנים ביחסי העבודה. ההנחה שכל האנשים הינם לא-רציונליים באותה מידה הינה כוללנית בדיוק כמו ההנחה שכל האנשים פועלים רק באופן רציונלי.¹³⁷ לדוגמה, התברר שיחידים מאמצים דפוס התנהגות חזק יותר של הדדיות מאשר קבוצות (ארגונים).¹³⁸ חייבים להביא הטרוגניות זו בחשבון כאשר רוצים לבחון את השפעת הכלל המשפטי על התנהגותם של עובדים ומעבידים.

נוסף על כך, הטיות שונות "מושכות" לכיוונים שונים, כך שקשה להעריך מראש את התוצאה הסופית של פעולת כל ההטיות המשפיעות בו-זמנית על מקבל ההחלטה. העובדה שאנשים לוקים באופטימיות-יתר, ומאמינים כי הכלל המשפטי משקף את ההסדר שנראה להם הוגן, תעודד אותם לוותר על הגנות משפטיות המוקנות להם (לדוגמה, ביטחון תעסוקתי); מאידך גיסא, אפקט הבעלות והעובדה שאנשים הינם שונאי סיכון (הפסדים)¹³⁹ יניאו אותם מלוותר על הגנות שיִשְׁנו את הסטטוס-קוו ויחשפו אותם לסיכונים חדשים (פיטורים). בדרך-כלל רק תצפיות בדיעבד יאפשרו לנו לאתר לאילו מן ההטיות הרלוונטיות הייתה השפעה מכרעת על מקבל ההחלטה. לבסוף, יש לזכור שגם מי שקובע את המדיניות המשפטית נופל קורבן להטיות קוגניטיביות, יהא זה המחוקק, הממשל או בית-המשפט.

תחושתם של העובדים כי נוהגים כלפיהם בהגינות, ומסייעות לעובד לקבל שינויים חד-צדדיים שהוכנסו לחוזה העבודה (כולל את פיטוריו). ביסוס הזכויות הפרוצדורליות מונע התפתחות של סכסוכים משפטיים עקב השינויים.

137 לתיאור התופעה ולפירוט הסכנות הטמונות בהנחה מונוליתית של העדר רציונליות ראו: Gregory Mitchell "Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence" 91 *Geo. L. J.* 67 (2002).

138 ראו: Fei Song "Trust and Reciprocity: Groups versus Individuals and Behavior versus Perceptions" (Working Papers, 2004) available at <http://ssrn.com/abstract=604524> (4.5.2005).

139 הטיה זו לא נזכרה במסגרת המאמר. שנאת סיכון (או שנאת הפסד) היא הטיה שעל-פיה אנשים מעריכים את הכאב הנובע מהפסד כחזק פי שניים בערך מן השמחה שמסב להם רווח שווה-ערך מבחינה כלכלית. כלומר, הפסד של שקל אחד מסב לנו צער בעוצמה ששקולה להנאה המופקת מרווח של שני שקלים. Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra*. note 27.