

פרשנות החריג המצוי בס' 3 (10) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגית

1. אקדמת מילין

ברשימה זו ביקשתי לבחון נסיבות מקרה בהן מגיע לפתחו של בית המשפט, מקרה בו עובדת אשר הועסקה כשומרת בחברת שמירה ואבטחה ונמצאת תחת חלותו של הסכם קיבוצי בענף השמירה מבקשת להגיש תובענה ייצוגית בגין אי הפרשות לקרן פנסיה. הנחת המוצא לדיון הינה שטענותיה המקדמיות מראות עלת תביעה ועומדות בתנאי הסף הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות¹, התשס"ו 2006² (להלן "החוק"). במצב דברים זה עדיין יהיה על העובדת לעבור משוכה נוספת בדמות הסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק (להלן "סעיף 10 (3) לתוספת"). משוכה זו אינה קלה למעבר וזאת משום העובדה כי בפרשנות הסייג רב הנסתר על הגלוי. פרשנות הסייג פלורליסטית ואינה אחידה וזאת כאמור בלשון המעטה. למעשה ניתן לאבחן פסיקה הנעה כמטולטלת בין סוגי פרשנויות שונות, אם מצמצמת ואם מרחיבה, אם פורמליסטית ואם אקטיביסטית. ואם לא די בקושי המתואר לעיל, הרי שבנסיבות המקרה דגן מתווסף לעניינינו נוסח ההסכם הקיבוצי החל אשר מתייחס ברחל ביתך הקטנה ובמפורשות לאופן בו יש לפעול במקרה של חלוקי דעת בין הצדדים.³

ראשית אבקש לדון בשאלת פרשנות הסייג בהתייחס לנסיבות המקרה המתואר, קרי קיום הסכם קיבוצי לרבות ארגון עובדים יציג ופעיל וזאת כאמור בנוסף למנגנון אכיפה פנימי בדמות וועדה פריטטית.⁴ אך הדיון לא יהיה שלם אם לא אתייחס בקצרה אף לסוגיית הפרשנות במקרים בהם אין עסקינן בהסכם קיבוצי המכיל בתוכו מנגנון אכיפה.

מפאת קוצר היריעה, אתייחס לשני מודלים פרשניים, כפי שבאים לידי ביטוי בהלכה הפסקה, מחד גיסא פרשנות מרחיבה אשר נוקטת פרשנות דווקנית פורמליסטית אך יחד אם זאת ניתן לזהות בה פלפול אקטיביסטי. ומאידך גיסא פרשנות מצמצמת המתיישבת עם הגישה הריאליסטית למשפט. בפרק הראשון אסקור בקצרה את הליך התובענה הייצוגית מחד למול משפט העבודה הקיבוצי מנגד, סקירה זו מתחייבת שכן הבנת המטרייה בכללותה, יתרונותיו וחסרונותיו של כל הליך בפרט תהווה חלק מרכזי מהפרשנות המוצעת על ידי. בפרק השישי אתייחס לסקטור השמירה והאבטחה, הסכמי הקיבוציים לרבות הסכם האכיפה. בפרק השמיני אציג את הפרשנות הראויה לעניות דעתי, פרשנות דווקנית ברובה בתוספת פרשנות תכליתית להצדקת חברתי זו. בפרק התשיעי אציג בקצרה נתוני אמפיריים אשר עלו מניתוח דעות הסטודנטים בקורס אשר נדרשו לשאלה. ולסיום סקירה קצרה של משפט משווה לעניין המתח בין מנגנון התובענה הייצוגית למשפט העבודה הקיבוצי.

¹ קרי שאלה משותפת, מדובר בדרך היעילה וההולמת וכאשר קיים יסוד סביר כי ההליך ינוהל בתו"ל

² חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו 2006 ס"ח 2280

³ סעיף 33.1 להסכם - "בתקופת תוקפו של הסכם זה מקיימים הצדדים ועדה פריטטית ראשונה שמתפקדה לטפל, לברר ולתווך בחילוקי דעות בין הצדדים להסכם ויחידיהם בכל הנוגע לפרשנות הסכם זה, יישומו ו/או ולביצועו". סעיף 33.5 - "לא הגיעה הועדה הפריטטית הראשונה לידי הסכמה - תועבר המחלוקת לדיון והכרעה בפני ועדה פריטטית עליונה...". ס' 33.6 א - "הוועדה הפריטטית העליונה לא הגיעה לידי הסכמה - העניין יועבר על ידה לבורר...".

⁴ וועדה פריטטית היא ועדה המורכבת מנציגי שני הצדדים לסכסוך ושתפקידה ללבן בעיות במחלוקות או סכסוכים הקשורים ליחסי עבודה

2. הליך התובענה הייצוגית

מנגנון התובענה הייצוגית מאפשר ליחיד או למספר מצומצם של חברים, בקבוצה גדולה של אנשים אשר להם עילות תביעה משותפות, המעלות שאלות משותפות הדורשות הכרעה שיפוטית להיות צד להתדיינות וכאשר תוצאת ההליך היא מעשה בית דין לכלל חברי הקבוצה.⁵

שורשי התובענה הייצוגית בדיני היושר האנגליים במאה ה-17, מנגנון שהתפתח לאחר מכן בארה"ב.⁶ בישראל אפשר להצביע על ראשיתה של התובענה הייצוגית⁷ בהלכת פרנקישה⁸ והאפשרות להשתמש בתקנה 29 לתקסד"א⁹ לשם תביעה ייצוגית. אולם בעניין א.ש.ת.¹⁰ קבע העליון כי הדבר אינו אפשרי, תוך פנייתו למחוקק והבעת תקווה באשר לקידום הליכי חקיקה אשר יסדירו את הסוגייה.¹¹

חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו 2006¹² (להלן "החוק") נחקק לבסוף ביום 1.3.2006 כתוצאה מתהליך מואץ. סעיף 1 לחוק מפרט את מטרת החוק, כחוק אשר נועד לשיפור הגנה על זכויות, לקידום מימוש זכות הגישה, בפרט לאוכלוסייה המתקשה לפנות לבית המשפט, לקידום אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

2.1 תובענה ייצוגית במשפט העבודה

החוק ביקש להרחיב את השימוש בתובענות ייצוגיות ככלל ובין היתר בתחומי משפט העבודה.¹³ ואכן במהלך הדיונים הקדחתניים לחקיקת החוק, התייחסה וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט באופן ספציפי להסדר המתאים למשפט העבודה ככלל ולעניין הסדרת יחסי הכוחות בין משפט העבודה הקיבוצי לחוק.¹⁴

וכך נחקק סעיף 3(א) לחוק הקובע: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענות ייצוגיות".

התוספת השניה לחוק מבחינה בין חמש קטגוריות במשפט העבודה כמפורט: כאשר עסקינן בתביעות "ממשפחת ההפליה" קרי בעילות תביעה בגין פגיעה בשוויון בעבודה,¹⁵ הפליה בעבודה,¹⁶ הפליה הנוגעת למוגבלות בעבודה,¹⁷ או לעניין תביעה בעילה הנתונה לסמכותו הייחודית של

⁵ סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית- מה ועל שום מה?" משפטים ט 16 4 (1979)

⁶ סטיבן גולדשטיין "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית- התפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 420 (1981)

⁷ בראשית לשם הגשת תובענה ייצוגית נעשה שימוש בתקנה 17 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשכ"ט-1969, לאחר בכך באמצעות תקנה 21, ולאחר מכן באמצעות תקנה 29 לתקסד"א.

⁸ ע"א 69/69 רנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינבוויץ, פ"ד כג (2) 645 (1969)

⁹ סעיף 29 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד 1984 ק"ת 6902

¹⁰ רע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז (3) 220, 245-246 (2003)

¹¹ דני"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (2) 196 (2005)

¹² הצעת חוק תובענות ייצוגיות, כ"ו בטבת התשס"ו 2006.1.26 ה"ח 234 עמ' 256

¹³ ראה ה"ש 2

¹⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 15 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 (11.1.2006)

¹⁵ מורן סבוראי, "תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול כלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי", ספר אליקה ברק-אוסוסקין 597, 613 הנשיא דימוס סטפן אדלר 2012

¹⁶ סעיף 1(18) לתוספת השנייה- כאשר הפגיעה נופלת בגדרו של פרק ד' לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה

¹⁷ סעיף 2(18) לתוספת השנייה- כאשר הפגיעה נופלת בגדרו של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד

¹⁸ סעיף 1(19) לתוספת השנייה- כשר הפגיעה נופלת בגדרו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

ביה"ד לעבודה,¹⁸ תביעה לפי סעיף 6א לחוק שכר מינימום,¹⁹ או לעניין זכות הישיבה במקום העבודה,²⁰ **תותר הגשת תובענה ייצוגית** (ברי שאין הדבר פותר מתנאי הסף המפורטים בחוק).²¹ הסייג המגביל בסעיף 10(3) לתוספת קובע כי תובענה ייצוגית **אינה יכולה** להיות **ייתביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם קיבוצי**.²² ויובהר הסייג אינו מגביל את העילות האחרות,²³ משמע רק אם עסקינן בתובענה ייצוגית בעילות הקבועות בסעיף 10(2) קרי בעילות הייחודיות לבית הדין לעבודה, לחוק שכר מינימום, ובמקרים בהם מדובר בהעסקת עובדים על ידי קבלן,²⁴ ומדובר במקום עבודה מאוגד תחול ההגבלה. להבדיל ממקרה שבו עסקינן בייתר העילות שאז גם אם מדובר במפעל מאורגן ובהסכם קיבוצי החל בנסיבות העניין אין בכך בכדי להגביל את זכות הגשת התובענה הייצוגית וזאת לאור החשיבות הציבורית והחברתית המוגברת בהגנה ובאכיפת זכויות מסוג זה.²⁵

2.2 התוצאה הנורמטיבית של חקיקת החוק - סוף דבר או תחילת דבר?

הציפייה כי חקיקת החוק תביא לקוהרנטיות בסוגיה, קיבלה אף תוקף מעשי בטרחתו הרבה של המחוקק מחד גיסא לנקוט התייחסות מפורטת באשר לעילות והחוקים הרלוונטיים אשר במסגרתן **תותר** הגשת תובענה ייצוגית בתחום משפט העבודה, ומאידך גיסא חקיקת סייג המחריג מלכתחילה נסיבות ספציפיות בהן כאמור **לא תותר** הגשת תובענה ייצוגית.

ציפייה זו התבדתה חיש מהר כפי שיפורט בהרחבה בסקירת פסיקת בתי הדין שכן למרות חקיקת החוק והתייחסותו המפורשת של המחוקק למשפט העבודה ככלל ולמתח בין משפט העבודה הקיבוצי לכלי התובענה הייצוגית בפרט, לא "בא לציון גואל". פסיקות בתי הדין האזוריים לעבודה ובתי הדין הארציים נעו בין כמה אפשרויות פרשנויות וזאת על אף לשון הסעיף הברורה ובלא מתן מתווה קוהרנטי לפרשנות הסייג (הלכה).

¹⁸ סעיף 10(1) לתוספת – עילות הקבועות בסעיף 24(א)(1), (א) או (3) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

¹⁹ סעיף 10(2) לתוספת – כאשר הפגיעה נופלת בגדרו של חוק שכר מינימום

²⁰ סעיף 10(2) לתוספת- בעילה לפי סעיפים 2-3 לחוק הזכות בישיבה

²¹ ראה ה"ש 1

²² הסכם קיבוצי מוגדר כהסכם לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, או הסדר קיבוצי בכתב

²³ קרי סעיפים 8 ו-9 לתוספת לחוק תובענות ייצוגיות

²⁴ סעיף 10(2) לתוספת- כאשר הפגיעה נפלת בגדרו של חוק העסקת עובדים על ידי קבלן

²⁵ ראה ה"ש 11 עמ' 285

3. מאז ועד היום - קווים כללים לכוח משפט העבודה הקיבוצי

ראשית אבקש להציג בקצרה את משפט העבודה הקיבוצי, מהותו יתרונותיו וחסרונותיו מתוך הכרה כי הבנת חלופה זו, אשר כאמור מקבלת בכורה על פי לשון החוק, תסייע בידנו מחד להבנת הסייג ותכליותיו, ומאידך תסייע בידנו לבחון בשבט הביקורת השיפוטית אם חלופה זו ראויה.

לשם כך ועל מנת להבין כראוי את כוחו של המשפט הקיבוצי ומערכת יחסי הגומלין בין משפט העבודה הקיבוצי לחקיקה הנורמטיבית ככלל, עלינו לשוב במנהרת הזמן לשלהי השלטון התורכי, ותחילת ימי השלטון הבריטי.²⁶

דיני העבודה אותה עת התאפיינו בדלותם, מורשת החקיקה העותומאנית בתחום זה הייתה מועטה, ועיקר התייחסותה לאדם העובד נסבה בראותו כמצרך.²⁷ עם חילופי השלטון בארץ לא חל כל שינוי מהותי על ידי המחוקק המנדטורי, שהתאפיין באדישות חקיקתית ונמנע כמעט לחלוטין מחקיקת חוקי עבודה.²⁸ משכך מציאות החיים ייצרה צורך מיידי מצד העובדים להסדרת תנאי עבודתם "הד הוק".²⁹ על רקע זה הוקם בשנת 1920 ארגון "ההסתדרות הכללית" (להלן "ההסתדרות") אשר מטרתו הייתה להביא להגברת כוחם של העובדים ולהיותם כחלק ממשא ומתן קיבוצי.³⁰ ההסתדרות נאלצה שלא להצטמצם לתחום הצר של איגוד מקצועי "מסורתי" ופעלה תחת מספר כובעים בו זמנית: הן כאיגוד מקצועי, הן כספקית עזרה הדדית וביטחון סוציאלי, והן כמפתחת היישוב והמשק.³¹ **למעשה תנאי העבודה וההתחייבות שהתוותה ההסתדרות היוו כמעין תחליף לתחיקת העבודה.**

הלכה למעשה עקב הימנעות הריבון המנדטורי לקידום חקיקת העבודה, הורגלה ההסתדרות לפעול במערכות לבר משפטיות ללא היזקקות למערכת המשפט.³² מדובר במערכת אוטונומית שכלליה נקבעו על ידי ההסתדרות במסגרת משא ומתן קיבוצי למול המעביד.

גם לאחר הקמת המדינה היה מעמדה של העבודה המאורגנת בישראל רם.³³ מעמדה הרם נשמר גם כאשר מיסדה הממשלה את משפט העבודה כמערכת שיפוט מיוחדת ונפרדת.³⁴ ההסתדרות המייצגת את הכח הקיבוצי הגדול במשק שהייתה מורגלת למעמדה הרם ולהתנהלותה השכיחה במערכת לבר משפטית התקשתה "לקבל את מרות הדין" ואת פועלו של בית הדין לעבודה הביעה **אי רצון בולט³⁵ באשר לאפשרות שגורמים "חיצוניים" יתערבו בענייניה גם כאשר מדובר במערכת המשפט הישראלית.³⁶**

²⁶ רות בן-ישראל **דיני העבודה בישראל** – תולדות משפט העבודה הישראלי הוצאת האוניברסיטה הפתוחה 23 1989

²⁷ כאשר לשון החוק נוקטת באותן אמות מידה לשכירת אדם ובהמה

²⁸ דבר אשר נבע ככל הנראה מן הפער המובנה בדפוסי ההתנהגות בין מגזרים שונים. החקיקה המועטה שהייתה קיימת נגעה בעיקר לעבודת נשים או לבטיחות וגהות.

²⁹ הדבר נבע בעיקר לאור כך שהאוכלוסייה היהודית הייתה מורכבת ברובה מעולים חדשים ממזרח אירופה הנעדרים כל אמצעים ואו קרקעות, ועל כן מרביתם השתלבו בעיקר כפועלים שכירים.

³⁰ ראה ה"ש 26 בעמ' 24

³¹ בתחילה פעלה ההסתדרות רק בקרב המגזר היהודי כארגון סקטוריאלי

³² ראה ה"ש 26 בעמ' 28

³³ ראה ה"ש 14 בעמ' 606

³⁴ ראה ה"ש 26 בעמ' 31

³⁵ הסיבות לכך כפי שהובאו לעיל נבעו מהעדר חקיקה מתאימה והעובדה שמערכת השיפוט הכללית לא הייתה ערוכה לטפל בבעיות הייחודיות של משפט העבודה

³⁶ ראה ה"ש 26 בעמ' 32

כתוצאה מכך במהלך השנים חקיקה רבה נתפרה למידותיה של ההסתדרות ובתיאום עימה.³⁷ ברם, בראשית שנות ה-90 חל מפנה בכוחה הרם של כח העבודה המאורגנת,³⁸ והחלה ירידה דרסטית בכוחם של ארגוני העובדים המהווים את כח העבודה הקיבוצי.³⁹ בד בבד ניתן להצביע על תקופה זו כתקופה של שינויים אידאולוגיים, חברתיים וכלכליים רבים.⁴⁰ אשר במסגרתם חלה ניעות לזכויות הפרט והאינדיבידואל להבדיל מזכויות הקבוצה, חוזיים אישים נחתמו למכביר, צורות העסקה משולשות, ופרי לנסרים אשר שינוי את פני מציאות שוק העבודה ככלל ומשפט העבודה הקיבוצי בפרט.

למעשה ניתן להצביע על כח העבודה הקיבוצי, כנדבך מרכזי במשפט העבודה הישראלי. כח זה פעל עובר הקמת המדינה, יצר יש מאין מסכת רחבה של זכויות שהיטיבו את מצבם של העובדים.⁴¹ וזאת לצד ביטחון סוציאלי, קרנות פנסיה והקמתם של שירותי בריאות ענפים. פעילותו נבעה במרבית המקרים ככח עוצמתי ריכוזי ולעיתים "מתפרץ"⁴² אשר מקורו לא במסדרונות הכנסת והממשלה ואי אלו שדלנים ולוביסטים, אלא ככח העובדים, משכך עלה יהבו. ואף היום עם חלוף העתים ועל אף נסיגת מה במעמדו, נחשבים ארגוני העובדים כשחקנים מרכזיים ביחסי העבודה, האמונים על שמירת זכויותיהם של העובדים.⁴³

החלק הארי של זכויות העובדים בישראל וחובותיהם נקבע במסגרת הסכמים קיבוציים, להסכמים הקיבוציים יש אופי נורמטיבי משמע שתנאי הנקבעים בו נעשים חלק מחוזה העבודה של העובדים הכפופים להם.⁴⁴

למעלה מכך, ההליך הקיבוצי מתאפיין אף כפעולה עצמאית-מעין פוליטית, הנעשית ממניעים רחבים יותר.⁴⁵ ומציאת פתרון בדרך של סכסוך קיבוצי נתפסת כפתרון יעיל יותר מתביעה אישית או קידום חקיקה לאור יכולתו להביא לשיפור תנאים וזכויות אף מעבר לאכיפת זכויות קיימות.⁴⁶

4. השוואה בין המנגנונים- הליך התובענה הייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי

ההכרעה בדבר היקף השתרעותו של ס' 10(3) לתוספת לחוק- חשובה ביותר שכן החלה של פרשנות מרחיבה תעקר את מכשיר התובענה הייצוגית מתוכן ותמנע הגשת תובענות ייצוגיות, בפרט לאור ריבוי העובדים במשק הישראלי המצויים תחת תחולתו של הסכם קיבוצי זה או אחר. ומנגד פרשנות מצמצמת אינה מתיישבת עם לשון החוק ורצון המחוקק וגורמת להחלשת כוחו של משפט העבודה הקיבוצי ולפגיעה בוודאות ובצפיות המשפטית.

³⁷ פרנסס רדאי וגיל-עד נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן בישראל- מבט אל המאה ה-21" משפטים לד 39, 42-43 (2004)

³⁸ רות בן ישראל, דיני עבודה, כרך א 90 (2002)

³⁹ הדבר נגרם בעיקר כתוצאה מחקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי התשנ"ד, התנתקות מקופ"ח בצירוף גורמים נוספים.

⁴⁰ הפרטה, התפתחות משק קפיטליסטי, גלי עלייה גדולים ועוד.

⁴¹ כדוג' הגבלת שעות העבודה ביום, הזכות לחופשה שנתית, פיצויי פיטורים ועוד.

⁴² ד"ר טל גולן "טיפולוגיה של עוצמות קיבוציות של עובדים: מהעובדים הבכירים בפז ועד טייסי אל-על" עבודה, חברה ומשפט 40 י"ד 2014

⁴³ כאשר היקף הזכויות אינו מצומצם לדין החוק, להגן על קיומו הכלכלי של העובד ועל כבודו האנושי

⁴⁴ ראה ה"ש 26 בעמ' 52

⁴⁵ Guy Davidov, Collective Bargaining: Purpose and Scope 85-86, 20INT'L J.COMP.LAB.

⁴⁶ איתי סבירסקי "לא על המשפט לבדו, לא על ההסתדרות לבדה, קידום התארגנות עובדים ככלי יעיל לאכיפה עצמית של זכויות ולהעצמה חברתית" מחקרי משפט ב 87, 87 (2009)

מדובר בבחינת שני הליכים דיונים, אך ההכרעה בדבר אופן הפרשנות בכוחה להשפיע רבות על זכויות וחובות משפט העבודה הן באופן ישיר והן באופן עקיף.

ראשית, יש מן המשותף בשני המנגנונים, שניהם חורגים מכלל הייצוג העצמי שעל פיו כל אדם הוא המוכשר להביא את עינינו בפני בית המשפט ומושתים על התפיסה המכירה בכוחם וביתרונם של רבים על פני היחיד להביא לשינוי איכותי חברתי או משפטי.⁴⁷

משפט העבודה הקיבוצי מאפשר התארגנות ארגון עובדים "כארגון קבע" משכך פעילותו הינה **ארוכת טווח** המתמקדת במבט רוחבי על כלל יחסי העבודה, פעילות אשר בחלקה הארי מתקיימת ללא תיווכו של בית המשפט. יתרון נוסף אשר ליתן עליו את הדעת, הוא הפעילות הענפה בהליכים מעין בג"צים למול המדינה בניסיון להביא לשינוי חקיקה ולהטבת תנאי ההעסקה וזכויות עובדים.⁴⁸

לפיכך ניתן להצביע על משפט העבודה הקיבוצי ככלי הטומן בתוכו יתרונות רבים, **הן באפשרות לשמש ככלי להשמעת קולם של העובדים, הן ע"י קידום יעילות ופרודוקטיביות, צמצום עלויות משא ומתן למול יחידים, יכולתו להביא לשיפור תנאי העבודה תוך השמת דגש על יצירת שינויים מהותיים ועמוקים לטווח הרחוק.**⁴⁹ יתרונות אשר מתעצמים לאור פער יחסי הכוחות האינהרנטיים בין הצדדים ליחסי העבודה.

לעומתו התובענה הייצוגית בעלת מאפיינים שונים, מלכתחילה מטרתה העיקרית נסבה לגבי עלות תביעה צרכניות ועל כן קיימת התאמה רבה דווקא לתביעות מסוג זה. כמו כן מתאפיינת התובענה הייצוגית כהתארגנות אד הוק למקרה מסוים, ולא קיימת כל אפשרות למשא ומתן מתמשך אשר חורג מגדר הקונפליקט. כך גם עתירה כנגד המדינה הוגבלה הן בחוק⁵⁰ והן בפסיקה⁵¹ בנוסף התובע הייצוגי ועורך הדין המייצג אינם נבחרים בבחירות דמוקרטיות, על אף היותם כפופים לפיקוחו של בית המשפט, הרי שקיימים בהליך פערי מידע וכח אינהרנטיים.

לפיכך, בעוד המשפט הקיבוצי מאפשר התייחסות לתקופת זמן ממושכת, שבה עשויות הנסיבות להשתנות, והתאמתו פחותה לנסיבות קונפליקט ספציפי⁵¹ דבר שכאמור מתיישב עם תחום יחסי העבודה המאופיינים כתחום בו עסקינן במערכת היחסים שחשיבותה לפרט גבוהה ביותר.⁵² ניתן להצביע על התובענה הייצוגית ככלי המאפשר פיתרון מיטבי לנסיבות מקרה ספציפי אך בצירוף החשש כי יחיד שכלל לא ידע על התביעה עלול למצוא עצמו נפגע (כמעשה בית דין).⁵³ כך אף פערי המידע האינהרנטיים ואינטרסים פרטניים של התובע המייצג ובא כוחו יכולים להוות כר פורה לקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים ולקידום התובע המייצג על חשבון יתר חברי הקבוצה אם ממניעים פסולים כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. יתרה מכך, התביעה הייצוגית אף אם אין בה כל ממש - עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד

⁴⁷ ראה ה"ש 14 בעמ' 598

⁴⁸ שם, בעמ' עמ' 608

⁴⁹ שם, בעמ' 606

⁵⁰ סעיף 8(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו 2006 ס"ח 2280

⁵¹ ראה ה"ש 14 בעמ' 608

⁵² עובד/מעביד

⁵³ עקב מעשה בית דין

שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה. יחד עם זאת אין חולק כי מנגנון זה מרתיע מעסיקים ויכול להוות אפקט מצנן ומרתיע בפני פגיעה בזכויות עובדים.

כפי שפורט לעיל לשני הכלים הן התובענה הייצוגית והן למשפט העבודה הקיבוצי חסרונות בצד יתרונות. כאשר שיקולי מדיניות ויעילות משפטית יטו את הכף לטובת משפט העבודה הקיבוצי אך אין הדבר סוף דבר ויש לבחון בנוסף יש אף לבחון את חלופת התביעה האישית שכאמור עומדת לתובע.

4.1 תביעה אישית-

העובדה כי על אף הסייג פתוחה בפני התובע הדרך לתביעה אישית משמשת כמגן בפני הביקורות לסייג ובפרט לפרשנותו המרחיבה (כפי שיפורט בהמשך). התביעה האישית בהקשר זה מוצגת כחלופה מיטבית לתביעת זכויות משפט העבודה בעלת יתרון למציאת פיתרון מיטבי לנסיבות מקרה קורנקרטי. יתרון זה נכון הן ביחס להליך התובענה הייצוגית והן באשר להליך הקיבוצי. וזאת לאור העובדה כי בשניהם מדובר בהליכים קולקטיביים. יחד עם זאת בהליך התובענה הייצוגית לא נבחנים יחסי העובדה לרוחבם ולכן ניתן לראות בהליך התובענה הייצוגית כהליך אשר מצמצם את גדר המחלוקת בין הצדדים לעומת משפט העבודה הקיבוצי.

באשר לשאלה היכן גלומים יתרונות רבים יותר, לעובד המבקש להגיש תביעה אישית למול העזרות במשפט העבודה הקיבוצי, הרי שפשיטא כי הכף תיטה למשפט העבודה הקיבוצי. ביסוד תפיסה זו עומדת ההכרה כי "השלם גדול מסך חלקיו" וכדי לאפשר קיומם של יחסי עבודה קיבוציים יש להביא בחשבון קיום אינטרסים שמעבר לאינטרסים פרטיקולריים של יחיד או קבוצה במקום העבודה".⁵⁴ "ארגון עובדים אינו נציג של כל עובד ועובד, אלא נציג של כלל העובדים".⁵⁵

באשר להשוואה בין תובענה ייצוגית לתביעה אישית הרי ששיקול פרגמטי שעולה בספרות בעשורים האחרונים נוגע לחולשתה של הליטיגציה המקצועית למול ובהשוואה לפעולה קבוצתית מאורגנת, אשר ביכולתה לעקוף מכשולים רבים העומדים בדרכו של תובע לתבוע צדק בהיכל המשפט.⁵⁶ כמו כן מחירה הגבוה של ההתדיינות המשפטית יכולים להטות את הכף לטובתה של התובענה הייצוגית בפרט כאשר מדובר בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות ובכוח עבודה שניוני.

חלופה זו של תביעה אישית עומדת לתובע להבדיל ממדיניות אחרות בהם לא ניתן להגיש תביעה אישית במקומות מאורגנים. **לפיכך יש לזכור כי קיום הסייג קרי חלות הסכם קיבוצי אינו מונע מעובד את זכות הגישה לערכאות ואת יומו בבית המשפט.**

⁵⁴ עב' (אזורי חי') 3270/01 ועד המהנדסים בחב' חשמל-מרחב צפון- חברת החשמל בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2003)

⁵⁵ דב"ע (ארצי) לד/3-66 סוקירנסקי- הסתדרות מדיצינית הדסה, פד"ע ו 70, 80 (1974)

⁵⁶ יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל 35-85 (2005)

5. עמדת בית הדין בהלכה הפסוקה במעוף הציפור-

התפיסה המקובלת סברה כי קיום מנגנון משפט העבודה הקיבוצי מיותר או למצער עליו לסייג באופן ניכר את השימוש בכלי התובענה הייצוגית. הווי אומר, הוטמעה הפרשנות כי קיומו של משפט העבודה הקיבוצי מצריך התייחסות זהירה כלפי אישורה של תובענה ייצוגית.⁵⁷ גישה זו באה לידי ביטוי אף בעניין **התעשייה האווירית**⁵⁸ שם נקבע כי יש הדרך המרכזית לבירור סכסוך קיבוצי הנוגע להסכם קיבוצי הוא בדרך של סכסוך קיבוצי המתנהל בין הצדדים להסכם.⁵⁹ בפסק דין **ביברינג**⁶⁰ עוגנה ההלכה לפיה **במקרה בו הוגשה תובענה ייצוגית נגד מקום עבודה מאורגן יעיל ונכון לנהל התדיינות במסגרת סכסוך קיבוצי ולא בדרך של תובענה ייצוגית**. פסק הדין קובע חזקה לפיה ארגון עובדים פועל לטובת העובדים ביחידת המיקוח, וכי העדפת כלי התובענה הייצוגי עלול לגרום להחלשת ארגון העובדים. על אף קביעת ההלכה מוסיף בית המשפט כי ככל כלל יכולים לחול מצבים אשר הינם בבחינת חריג לכלל, אך לשם כך יש צורך **בהצדקה חריגה** כדוגמת מקרים בהם ארגון העובדים פועל מטעמים פסולים.

בעניין **אלתר**,⁶¹ עלתה השאלה באשר להגשת תובענה ייצוגית בעניינים של אחים ואחיות עובדי משרד הבריאות, אשר ביקשו כי תואר ראשון שניתן להם יוכר לצרכי קידום ושכר, בית הדין האזורי קבע כי מאחר **ועילת התביעה אינה נובעת מההסכם הקיבוצי החל על הצדדים, יש להתיר הגשת תובענה ייצוגית**. בפועל הגשת התובענה לא אושרה עקב אי התקיימות התנאים המקדימים כנדרש על פי החוק אך לדיונו אין הדבר גורע ממשמעות הדברים כדלקמן: **ראשית** מדובר בפסק דין שניתן על ידי בית הדין האזורי,⁶² אשר נוקט התנהלות אקטיביסטית במובהק, **שנית** פרשנות זו עומדת בסתירה ללשון הסעיף או למצער מעניקה פרשנות מצמצמת עד מאד לתחולת הסייג, **שלישית** פרשנות זו אומצה תדיר על ידי בתי הדין ומלומדים בתחום המשפט⁶³ כדרך המלך לפרשנות הסעיף.

פרשנות נוספת מעניינת בה בית הדין עושה לדין לעצמו, יוצר יש מאין ניתן למצוא בפסק דינו של השופט פליטמן בעניין **גרוס**.⁶⁴ בית הדין הארצי קבע כי **אין לאשר תובענה ייצוגית**, כאשר סוגיות רבות נותרות לבירור בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, וכפי שגרס השופט פליטמן אין לאשר תובענה ייצוגית כאשר אינה מעלה **סוגיות מהותיות, חדשניות, עקרוניות או כאלה העומדות בבסיס משפט העבודה**.⁶⁵

לאור היריעה הקצרה, והפסיקות הרבות לכאן ולכאן, אבקש לסכם את האנומליה השוררת לאחר חקיקת החוק במעוף הציפור. מחד פסקי דין רבים אימצו את הפרשנות המרחיבה שהוצעה בעניין גרוס, פסק דין שיצא כאמור על ידי ערכאה אזורית, ואשר סבר כי אין לנקוט פרשנות מצמצמת

⁵⁷ ראה הי"ש 14 עמ' 612

⁵⁸ ע"ע (ארצי) 300031/98 **התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' מורג**, פד"ע לה 289, 308 (200)

⁵⁹ הי"ש 14 עמ' 612

⁶⁰ ע"ע (ארצי) 1210/02 **ביברינג נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** פד"ע לח (203) 115, 136 (2002)

⁶¹ עב' (אזורי חי') **אלתר נ' מדינת ישראל- משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 27.12.2006)

⁶² ראה הי"ש 14 בעמ' 615

⁶³ כך לדוג' פרשנות זו אומצה על ידי אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות במאמרם האם השתנו כללי המשחק? **עיוני משפט** לא 382, 380, 369 (2009)

⁶⁴ ע"ע (ארצי) 1154/04 **גרוס נ' משרד הביטחון**, פס"5-6 לפסק דינו של השופט פליטמן (פורסם בנבו, 9.1.2007)

⁶⁵ שם, פסקה 5 וכדבריו "לא מצאתי כי מבחינה מערכתית, תצמח תועלת כלשהי מאישור התביעות כתובענות ייצוגיות".

בפרשנות הסייג, קרי במסגרת הכלל אין לאשר תובענות ייצוגיות במקום מאוגד אשר מצוי תחת תחולת הסכס/הסדר קיבוצי. לצד פרשנות זו ניתן להצביע על פרשנות יצירתית במיוחד של השופט פליטמן בעניין גרוס, "המייבא" עקרונות ומטרות רבות ויפות בפרשנות המוצעת על ידו, אך ללא כל אחיזה בלשון החוק, בפסיקה הענפה הקיימת, ובכוונת המחוקק. תוך יצירת פרשנות שהחוק יתקשה לשאת. בעקבות גרוס, ניתן אף להצביע על פסיקות בית הדין הארצי אשר נימוקיהם לדחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נבעו מדרישה לאחדות בין חברי הקבוצה (דבר שכאמור אינו עולה מלשון החוק) ופרשנותם כי קיום הבדלים בין חברי הקבוצה נחשב כטעם מספיק לדחיית הבקשה.⁶⁶

מן העבר השני, מוצעת פרשנות מצמצמת של הסייג הקבוע בסעיף 10(3) על ידי השופטת ברק אשר הציעה קונסטרוקציה שונה לפרשנות, ויצאה "לרעות" בשדות זרים ונושקים, "שדות" שיקולי צדק והמוסר. "במסעה" זה "יבאה" לתוך פרשנותה הצדקות מוסריות בצד שיקולי מדיניות, תוך הכרתה בחשיבות מוגברת **דווקא לאישור תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים**.⁶⁷ ואם לא די בכך הרי שלצד כל אלה, ניתן למצוא אף פסיקה ענפה אשר בחרה כלל שלא להכריע לעניין הפרשנות הראויה לסייג, תוך הטיית הדיון לעילות התביעה, ולתנאי הסף בחוק, תוך נימוק (אשר לדידי מצטייר כאמתלה) כי בנסיבות העניין מתן פרשנות לסייג אינו נדרש.⁶⁸

בערכאות דלמטה ניכר הבלבול באשר לפרשנות הסייג ביתר שאת, בעניין **שמואלביץ** אשר ניתן על ידי בית הדין האזורי,⁶⁹ התייחס בית הדין פסק דין גרוס, וקבע כי ניהול התביעה בדרך של תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה להכרעה במחלוקת.⁷⁰ פסקי דין אזוריים אחרים,⁷¹ אימצו את עמדת השופט פליטמן בעניין גרוס.⁷² בעוד אחרים⁷³ נוקטים פרשנות מצמצמת תוך הדגשת ההגנה על אינטרס הפרט ואינטרס הציבור.

כך ראוי לציין את קביעת בית הדין האזורי בעניין **בן שלמה**,⁷⁴ שכן קביעה זו מנומקת ומפורטת. בו נדונו זכויותיה על עובדת בחברת שמירה. ביה"ד קבע כי יש ליתן לסייג פרשנות כי החוק במתכונתו הקיימת מבטא את **העדפת המחוקק** לניהול הליכים בתחום העבודה **במסגרת סכסוך קיבוצי**, שכן חזקה היא כי ארגון העובדים פועל לטובת כלל העובדים. **אך יחד עם זאת בית הדין מבקש להבחין בין מקרים שהם עילת התביעה היא מכח הסכס קיבוצי, אז יחול הסייג. לבין מקרה בו עילת התביעה היא מכח צו הרחבה ו/או חוקי מגן אשר אז לא יחול הסייג.** פרשנות זו אימצה למעשה את הצעת המלומדים,⁷⁵ קלמנט ורבין מרגליות.⁷⁶

⁶⁶ כדוגמת ע"א (ארצי) 1537/04 כץ נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 9.1.2007)

⁶⁷ דעתה זו אשר הייתה כאמור דעת הרוב בפס"ד רבינוביץ, התקבלה כדעת מיעוט בפסק דין גרוס. גם מכך ניתן להתרשם באשר לחוסר הקוהרנטיות הרבה, הבלבול השורר, והתנודות הפרשניות הרבות.

⁶⁸ כדוגמת ע"א (ארצי) 1537/04 כץ נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 9.1.2007)

⁶⁹ בש"א (אזורי ת"א) 8436/06 שמואלביץ נ' קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו 11.3.2007)

⁷⁰ ראה ה"ש 14 בעמ' 617

⁷¹ בש"א (ת"א) 10239/06 וירון נ' תבל אבטחה ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 21.10.2007)

⁷² ראה ה"ש 64

⁷³ עב' (אזורי חי') 750/05 סבצ'קוב נ' ביטחון לאומי בע"מ (פורסם בנבו 23.12.2007)

⁷⁴ בש"א (אזורי ת"א) 10440/06 בן שלמה נ' ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ (פורסם בנבו 11.9.2008)

⁷⁵ ראה ה"ש 14 בעמ' 619

⁷⁶ ראה ה"ש 63

6. ענף השמירה כסקטור מובחן "המועד לפורענות"-

מחד ניתן לראות כי החוק נתן ביטוי למדיניות בית הדין כפי שיושמה ערב חקיקתו, להעדפת אכיפת זכויות העובדים באמצעות ארגון העובדים והמשפט הקיבוצי מתוך ראייתם כגוף משפטי אשר ייצג באופן הנאמן והראוי ביותר את עניינם של כלל העובדים שבמקום העבודה מאורגן.⁷⁷ עם זאת, בשורה של פסקי דין כפי שפורט לעיל וכפי שיפורט להלן שיצאו בשנים האחרונות על ידי בתי הדין לעבודה ואשר נוגעים לאישור תובענות ייצוגיות בכלל, ובענף השמירה בפרט, נקבעו הלכות המסייגות את הוראת סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק. זאת, נוכח המצב שעיימו נאלצו להתמודד עובדים, מוחלשים בדרך כלל, כמו עובדי קבלן ואשר ההסתדרות שהייתה ברוב המקרים ארגון העובדים היציג, לא פעלה לאכיפת זכויותיהם שנקבעו בהסכמים הקיבוציים ולמיצוי. במקרים אלו נקבע, כי לא ניתן להעמיד את העובדים מול "שוקת שבורה" הן במקרים שבהם ההסכם הקיבוצי נותר אות מתה מבחינת העובדים והן במקרים שבהם הצטרפו החברות המעסיקות לארגון הארצי בדיעבד ולצורך התגוננות מפני התובענות הייצוגיות.

יפים לענייננו דברי השופטת וירט ליבנה בעניין וירון:⁷⁸ "התמונה הכוללת.. בענף השמירה היא תמונה עגומה. בענף זה קיימת תופעה של הפרה שיטתית וגסה של זכויות העובדים. הסיבות לכך הן רבות, אך הבולטות שבהן הן העדר אכיפה מספקת של חוקי המגן וחוסר המודעות של העובדים לזכויותיהם".

בארגון המעסיקים של ענף השמירה חברות רוב חברות השמירה הגדולות, בהן מועסקים כשלושים אלף עובדים, שהם כשני שלישים מכלל עובדי חברות השמירה. עובדות אלו מעצמות את הרושם של הפרת החוק השיטתית ואת אוזלת ידם על העובדים המעטים שבחרים לפנות לערכאות.⁷⁹

מדו"ח בנושא "זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה" שהוצא בכנסת עולה, כי חולשתם של השומרים מנוצלת במודע ובמכוון פעמים רבות על ידי מעסיקים ובעלי חברות, ובמקרים רבים הפרת החוק השיטתית הופכת ל"משתלמת". זאת, מפני שגם אם חלק מן העובדים בוחרים לפנות לערכאות המשפטיות מתוך תקווה לזכות במגיע להם, ההליכים המשפטיים הארוכים והעדר המשאבים והמימון להגנה משפטית, מרפים את ידיהם של רבים, וההפסד הסופי עבור המעסיק המפר הופך לזניח ביחס לתועלת הישירה שהוא מפיק מרמיסת זכויות עובדיו.

6.1 הסכמים קיבוציים בענף השמירה-

ביום 12.7.1972 נחתם הסכם קיבוצי כללי בענף השמירה, בין ההסתדרות, האיגוד הארצי של עובדי השמירה והאבטחה ובין הארגון הארצי של מפעלי השמירה בישראל.
ביום 2.11.2008 נחתם הסכם קיבוצי כללי חדש בענף השמירה, בין ההסתדרות ובין הארגון

⁷⁷ ע"ע 339/07 רותי אורן - בנק הפועלים בע"מ, [פורסם בנבו] ניתן ביום 18.1.2009

⁷⁸ ע"ע 629/07 יגאל וירון - תבל אבטחה [פורסם בנבו] ניתן ביום 3.1.2011

⁷⁹ ע"ע (ארצי) 53348-01-12 גרמן ישייב נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה [פורסם בנבו] ניתן ביום 29.8.2013

הארצי ⁸⁰ (להלן "ההסכם מ-2008")⁸¹ הקובע מנגנון אכיפה פנימי תחת הכותרת "ישוב חילוקי דעות וסכסוכים".

"בתקופת תוקפו של הסכם זה מקיימים הצדדים ועדה פריטטית ראשונה שמתפקידה לטפל, לברר ולתווך בחילוקי דעות בין הצדדים להסכם ויחידיהם בכל הנוגע לפרשנות הסכם זה, יישומו ו/או ולביצועו". לרבות מדרג וועדות במקרה של אי הסכמה.⁸²

6.2 הסכם האכיפה ועדה פריטטית - נקודת מפנה

בנוסף ביום 27.6.2011 נחתם הסכם **לאכיפת זכויות בענף השמירה והאבטחה (להלן "הסכם האכיפה")**, בין הארגון הארצי ובין ההסתדרות, אשר מיועד לטפל **באכיפת חוקי העבודה בענף השמירה והאבטחה**⁸³ ואשר קובע מנגנון של ברור ואכיפה של זכויות עובדים. ההסכם חל על חברות העוסקות בתחום השמירה ו/או האבטחה ו/או המעסיקות עובדים בתחום השמירה ו/או האבטחה.⁸⁴ במסגרת מנגנון זה נדרש כל מעסיק להמציא הצהרה שנתית,⁸⁵ המאשרת את עמידתו בחובותיו על פי דין.⁸⁶ המנגנון קובע אף כי תוקם וועדת אכיפה פריטטית בה יישבו נציג הארגון הארצי, נציג ההסתדרות ורואה חשבון חיצוני, אשר יתמנה על פי הכללים הקבועים בהסכם. במקרה של מחלוקת בוועדת האכיפה, יועבר העניין להכרעת ועדת מעקב, אשר מורכבת ממנכ"ל הארגון הארצי ויו"ר האגף לאיגוד מקצועי בהסתדרות שתפקידה לעקוב אחרי ביצועו של ההסכם ולהכריע לעניין חילוקי דעות לרבות חילוקי דעות בוועדת האכיפה.

בהתאם להסכם קיימת חובת שיתוף פעולה מלא מצד המעסיקים. כך גם ועדת האכיפה תקיים ביקורת מדגמית מדי שנה אצל מספר מעסיקים באשר לעמידתם בחובותיהם, ודוק' ועדת האכיפה מוסמכת להורות למעסיק לתקן ליקויים גם לגבי תקופה החורגת מתקופה ההתיישנות.

בהתאם לכך כל עובד אשר לו טענה בדבר פגיעה בזכויותיו מכוח דיני העבודה, יוכל לפנות באמצעות נציג האיגוד הארצי למנגנון יישוב חילוקי הדעות הקבוע בהסכם הקיבוצי משנת 2008. כמו כן, הצדדים רשאים להפנות את פניית העובד לוועדת האכיפה.

עוד יש לציין, כי בהתאם למנגנון הקבוע בהסכם האכיפה, כאמור, החבר השלישי בוועדת האכיפה, מעבר לנציגי ההסתדרות והארגון הארצי, הוא רואה חשבון חיצוני, כך שעומד לרשות הצדדים גורם מקצועי זמין. זאת, בעוד שבהליכים המתנהלים בבית הדין, במיוחד בתובענות

⁸⁰ הסכם קיבוצי מס' 7041/2008 בין ההסתדרות לבין ארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה לאכיפת זכויות בענף השמירה והאבטחה (2.11.2008)

⁸¹ הסכם שכאמור הורחב בצו הרחבה ביום 21.6.2009 אשר מחיל את הוראות ההסכם על כל העובדים והמעבידים בענף השמירה והאבטחה בישראל.

⁸² ככל שהוועדה הפריטטית הראשונה לא הגיע לידי הסכמה – תועבר המחלוקת לדיון והכרעה בפני ועדה פריטטית עליונה. וככל שזו לא הגיע להסכמה העניין יועבר לבורר

⁸³ וההסכם חל על כל המעסיקים החברים בארגון בעת חתימת ההסכם, או שיצטרפו אליו לאחר חתימתו.

⁸⁴ "עובדים" – כל עובד המועסק על ידי חברה בעבודות שמירה ו/או אבטחה, ובכלל זה עובד חודשי ועובד בשכר, בין אם מועסק במשרה מלאה ובין אם מועסק במשרה חלקית

⁸⁵ על כל מעסיקה החברה בארגון הארצי להמציא לצדדים להסכם, ב-31 בינואר כל שנה, אישור על עמידה בכלל חובות המעסיק על פי דיני העבודה, לרבות הסכמים קיבוציים וצווי ההרחבה. על האישור להיות חתום גם על ידי רואה חשבון חיצוני לחברה

⁸⁶ על האישור להיות חתום בידי מורשה חתימה מטעם המעסיק ועל ידי רואה חשבון חיצוני.

ייצוגיות, ייאלץ בית הדין למנות מומחה מטעמו לחישוב זכויותיהם של כלל חברי הקבוצה, עניין שעלול לייקר, לסבך ולהשהות את ההכרעה בתביעה.⁸⁷

יודגש אין בהסכם האכיפה כדי לשלול הגשת תביעות אישיות על ידי העובדים שזכויותיהם קופחו, או הגשת תביעה בגין ייצוג בלתי הולם נוכח אי אכיפת ההסכם.

בעניין **ישיב**⁸⁸ בו נדונה בקשה לאישור תובענה כייצוגית בגין אי הפרשות לקרן פנסיה, לאחר חתימתו של הסכם האכיפה, דחה בית הדין הארצי לעבודה את הבקשה תוך פסיקתו כי "בנסיבות דהיום, כאשר ההסתדרות פועלת, הלכה למעשה, בהתאם להסכם האכיפה, אין מקום לאישורן של תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, שבהם החברה המעסיקה חברה בארגון הארצי, וחל עליה הסכם אכיפה. שאם נאמר אחרת, נרוקן מתוכן את הוראתו המפורשת של המחוקק, כפי שהיא קבועה בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק. למעשה בית הדין מתייחס ברחל ביתך הקטנה לעובדת קיום הסכם אכיפה תוך שהוא מוסיף: "שכיום, לאחר חתימתו של הסכם האכיפה, אין מקום לסטות מהוראתו המפורשת של החוק".⁸⁹

אף בעניין **ברבי**⁹⁰ שנדון בפני בית הדין הארצי לאחרונה נדחתה הקשה לאישור תובענה ייצוגית לאור דעת המותב כי בנקודת זמן זו פועלים השותפים ליחסי העבודה הקיבוציים בדרך של הידברות ובמסגרת מנגנוני האכיפה.

למרות פסיקות אלו ואחרות עדיין אין מדובר בפסיקות קוהרנטיות ואחידות גם לעניין סקטור השמירה בהתייחס למנגנוני האכיפה הקיימים כך לדוגמה בעניין **בוסיקליה**⁹¹ בית הדין **קיבל** את בקשות התובעים לאישור התביעה לתשלום תוספת ותק כתובענה ייצוגית. נפסק, כי בנסיבות העניין לאור אינטרס ההגנה על הפרט ובשים לב כי עובדים אחרים לא יטרחו כלל הגיש תביעה מאחר והם אינם מודעים לזכאותם זו, ולאור הנזק הקטן יחסית, ובפרט נוכח אינטרס הציבור לאכוף את הוראות החוק. בית הדין קבע כי במקרה דנן, בירור התביעות כתובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת ביותר בעיקר כאשר ההסתדרות אינה נוקטת בכל פעולה קיבוצית בכדי לאכוף תוספת הוותק באופן רחבי.

בעניין **בן שלמה** אשר נדון בפני בית הדין הארצי נותרה על כנה החלטת האזורי לאשר תובענה ייצוגית בעילה של הפרשות לקרן פנסיה תוך שבית הדין מצייין כי לא מוצדק לדחות את הבקשה בגלל מתווה של אכיפת זכויות שכן במתווה הנ"ל אין גמול כלשהו לתובע המייצג ובעוד פסק דין הוא בר אכיפה בהוצל"פ מה שאין כן באשר למתווה.⁹²

למעשה פרשת **וירון**⁹³ מבטאת למעשה את המהפך הפסיקתי בקביעה כי במקרים חריגים יהיה הניתן להגיש תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן. העמדה זו של השופטת וירט-ליבנה גרסה

⁸⁷ ראה הי"ש 79 פסיקה 49

⁸⁸ שם, פסיקה 62

⁸⁹ שם, פסיקה 62

⁹⁰ ת"צ 13266-09-11 **ברבי נ' שלג לבן (1986) בע"מ** (פורסם בנבו) ניתן ביום 10.3.2014

⁹¹ בר"ע 28114-10-13 **עמישב שירותים בע"מ נ' בוסיקליה** פורסם בנבו ניתן ביום 3.9.2012

⁹² ראה הי"ש 74

⁹³ ראה הי"ש 78

וקביעתה כי לבית הדין שיקול דעת רחב אשר מושפע מטיב הזכות, סוג הענף, פעילות ו/או העדר פעילות הארגון המייצג, למעשה ביטלו את הפרשנות המרחיבה בעניין **גרוס וביברינג**.⁹⁴

אשר לדידי, סבורתני כי ככל שתוגש בקשה המבקשת לעקוף את המנגנונים הקבועים בהסכם הקיבוצי, יוטל נטל השכנוע על המבקש להוכיח נחיצות אכיפת המנגנון הקבוע. בשלב הראשון יש לבחון קודם התרת הגשת התובענה הייצוגית, **את דבר קיום מנגנון האכיפה ומידת האפקטיביות של אותו מנגנון**. מן הראוי הוא שעובד המעוניין להגיש תובענה ייצוגית יפנה תחילה אל המעסיק, ובמיוחד לארגון העובדים, ורק אם אלו אינם פועלים, יוכל לבקש אישורה של התובענה כייצוגית. (וזאת כחלק מרציונאל מיצוי הליכים) בשלב זה במסגרת מאזן הנוחות יתבקש העובד להצביע על התועלת שתצמח לו כתוצאה מקבלת בקשתו ו/או הנזק שייגרם לו במקרה של אי התרתה למול הנזק שייגרם לנתבע תוך מתן דגש להשלכות הקשות שעלולות להיות לאישור התובענה הייצוגית על המעסיק.

כאמור לעיל, עניין הפנייה המוקדמת אל המעסיק ואל ההסתדרות נדרשת לא רק מתוך הסיכוי לייתר את עצם ניהול ההליך, הן ההליך האישי והן הייצוגי, אלא על מנת להקים את תשתית ראייתית שאותה נדרש התובע להקים כבר בשלב הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.⁹⁵

הסכם האכיפה מהווה נקודת מפנה של ממש במידת מעורבותה של ההסתדרות בהגנה ובאכיפת זכויותיהם של העובדים בענף השמירה והאבטחה. זאת, ככל הנראה, גם מתוך הפנמת פסיקת בתי הדין לעבודה. במסגרת הסכם האכיפה לקחה על עצמה ההסתדרות לפעול בשיתוף פעולה מלא עם הארגון הארצי, לאכיפת זכויות העובדים בענף.

אשר על כן במצב בו אנו עומדים היום, **לאחר** חתימת הסכם האכיפה, נוכח המנגנונים היעילים שנקבעו בו והשקיפות בה מחויבות החברות המעסיקות לגבי זכויות עובדיהן, ומשההסתדרות מצויה בעיצומן של הבדיקות המדגמיות, ואף בדיקות עומק, אצל המעסיקים השונים בענף, מן הראוי לחזור אל **ההיגיון הבסיסי** העומד בבסיסו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק, והוא מתן האפשרות לארגוני העובדים לפעול במישור יחסי העבודה הקיבוציים מול ארגוני המעסיקים וחבריהם. זאת, בהתאם למדיניותו רבת השנים של בית הדין לעבודה, לפיה ארגון העובדים הוא הגוף המשפטי שייצג באופן הנאמן והראוי ביותר את עניינם של כלל העובדים שבמקום העבודה המאורגן, ויפעל למיצוי זכויות העובדים בכללם באופן המיטבי והיעיל ביותר. אישור הגשת התובענה הייצוגית במצב שבו ההסתדרות פועלת בהתאם להסכם האכיפה, משמעותו תהיה ריקון מתוכן של סעיף 10(3), אשר תכליתו כאמור היא מתן עדיפות ברורה לאכיפת זכויות העובדים במקום עבודה מאורגן באמצעות ארגון העובדים.

7. מודלים פרשניים

למעשה נפרסת לפנינו התלבטות בפרשנות הסייג, הנעה מטוטלת בין הראוי למצוי, בין פסיקה לחקיקה, בין קביעות האזורי לארצי. בפרשנויות השונות נפרסות בפנינו עֶרְב רב של הצדקות ועקרונות, שיטות ותורות משפט, שיקולי מדיניות לטווח הקצר והארוך, שיקולים מתחום יחסי העבודה, המשפט הקיבוצי ושיקולים לבר משפטיים. בפרק זה אבקש לבחון 2 מודלים של

⁹⁴ ראה ה"ש 42 בעמ' 40

⁹⁵ ראה ה"ש 79- במקרה זה נדון עניין הפנייה המוקדמת בהרחבה

פרשנויות שניתנו על ידי בית הדין תוך קטלוגם תחת מסגרות פרשנויות מתחום תורת המשפט כדלקמן:

7.1 פרשנות מרחיבה-

פרשנות זו נותנת בכורה ללשון הסייג, ועל פיה אין להתיר הגשת תובענה ייצוגית כאשר מדובר במקום עבודה אשר בו קיים הסכם קיבוצי. פרשנות ברוח זו עלתה בעניין גרוס,⁹⁶ בו קבע בית הדין כי **אין לאשר הגשת תובענה ייצוגית** תחת שימוש במגוון טיעונים ביניהם, הצורך במניעת סרבול הדיון, וחשש מיצירת מעשה בית דין כלפי עובדים שאינם מעוניינים בכך.

פרשנות מעניינת נוספת שעולה בעניין גרוס ניתן למצוא בפסק דינו של השופט פליטמן אשר נהג באקטיביזם שיפוטי ויצק נימוקים והצדקות בנוגע למנגנון התובענה הייצוגית אשר אינם מתיישבים עם לשון החוק ואין להם כל אחיזה בחוק.

פרשנות מרחיבה זו בעייתית מכמה סיבות- **ראשית** מחד ניתן לטעון כי דווקא התובענה הייצוגית היא זו שמונעת את סרבול הדיון לעומת אפשרות צירוף תובעים, יתרה מכך ברי כי נחסך זמן שיפוטי יקר למול חלופה של ריבוי תביעות אישיות. לעניין מעשה בית דין, אף המשפט הקיבוצי אינו דורש הסכמה פרטנית מכל יחיד ביחידת המיקוח.

שנית בהתייחס לנימוקי השופט פליטמן, שכאמור אומצו בפסקי דין רבים אחרים,⁹⁷ הרי שפרשנות זו אינה מדויקת שכן דרישות החוק אינן דורשות זהות בין התובעים, אלא דיי בכך שהשאלות המהותיות תהינה משותפות לכלל חברי הקבוצה, קרי השאלה המשותפת לא תהיה שולית ותו לא. מכך אין להסיק כי ככל שלאחר בירור התובענה, עומדות לפלוגי סוגיות אחרות לבירור הרי שהדבר מהווה טעם לאי אישור התובענה מלכתחילה. בעיתיות נוספת עולה מהדרישות אותם "מעמיס" פליטמן בפרשנותו לתוך החוק. אמנם החוק מתייחס למידת שיתוף הפעולה בין חברי הקבוצה וזאת בכדי להבטיח שהשאלה המשפטית המשותפת לא תהיה שולית.⁹⁸ בעוד השופט פליטמן אשר מזוהה עם הפרשנות המרחיבה, מפרש החוק בדרך בה על מנת לאשר בקשה לתובענה ייצוגית יש צורך בכך שהשאלה הנדונה תעורר שאלות **מהותיות** של עובדה, וכי מדובר בשאלות **חדשניות, עקרוניות**, או סוגיות אשר עומדות **בבסיס משפט העבודה**, ככל שלא מדובר בסוגיה הטומנת דרישות אלו הרי שאין מקום לאישור הבקשה, וכדבריו בעניין גרוס: "... משכך לא מצאתי כי מבחינה מערכתית תצמח תועלת כלשהי מאישור התביעות כתובענות ייצוגיות". בעיתיות זה רבה שכן כפי שצינתי לעיל אין החוק דורש כי התובענה תהיה בנוגע לסוגיות חדשניות מהותיות ביחס לדיני העבודה, אלא בדרישה לשותפות מהותית בין ולא שולית בין חברי הקבוצה בשאלות הנבחנות.⁹⁹ פרשנות מוצעת זו אינה יכולה להתקבל, גם משום העובדה כי מדרך קבע מגיעים לפתחו של בית המשפט סוגיות רבות שהן מעשה של יום ביומו וללא כל חידוש משפטי. ולמעלה מכך בתחום התובענה הייצוגית בפרט, כלי אשר מזוהה בעיקר עם תובענות צרכניות, הרי שהשאלות הנדונות באותם מקרים הינן שאלות שכיחות ודומות במרבית המקרים.

⁹⁶ ראה הי"ש 64

⁹⁷ ראה הי"ש 78

⁹⁸ ראה הי"ש 14 בעמ' 621

⁹⁹ שם בעמ' 621

7.1.1 גישה מרחיבה בראי תורת המשפט

כאמור הגישה המרחיבה מתיישבת כאמור עם הגישה הפורמליסטית המושתת על התפיסה שהמשפט היא מערכת סגורה של נורמות בעלת היגיון פנימי. על פי הפורמליזם המשפט נתפס כמדע דוקטורני מובנה, כל כולל ואוטונומי אשר מבוסס על עקרונות לוגיים כמו מדעיים. על פי הפורמליסטים שופטים הם **טכנאים** שהמשימה והמיומנות שלהם הם מכניים לאתר את הנורמה המשפטית הרלוונטית- להצהיר על תוכנה – להחיל את ההוראות הקבועות מראש.¹⁰⁰ לפיכך לשיטתם על השופט להיות מוגבל ביצירתיות, ואל לו להעביר עקרונות מתחום אחד למשנהו. אלא ליישם את הנורמה החלה בדווקנות.

מחד ניתן לומר כי הפרשנות המרחיבה בגרוס ובפסקי הדין שהלכו בעקבותיו הינה פורמאליסטית, אך ניתן גם לענייניו ליישם את הגישה המרחיבה אפילו בצורה מיטבית יותר מקביעה כי מדובר בגישה פורמליסטית נקייה עם תורתו של הארט אשר סבר כי יש להפריד בין חוק ומוסר אך יחד עם זאת מכיר בצורך בשקל"ד לשופטים.¹⁰¹ גישתו של הארט מתיישבת עם הפרשנות המרחיבה שכן בבסיס פרשנות זו- יש היצמדות ללשון החוק כבעניינו תוך שימוש בשיקול דעת במקרים קשים אשר מחייבים זאת ולא על דרך הכלל. המותב בעניין גרוס נותן בכורה ללשון החוק ומביע רצון וניסיון כן ואמתי להיצמד ללשונו, דבר שכאמור מתיישב עם הגישה הפורמליסטית למשפט, יחד עם זאת כאשר חש השופט כי אין די בקביעה סתומה תוך הפנייה ללשון החוק, מנמק השופט את שיקוליו תוך שימוש בשיקולים רחבים יותר לרבות שיקולים לבר משפטיים.

כאמור הגישה הפורמליסטית¹⁰² מבוססת על צורה ולא על מהות, לפיה המערכת המשפטית מאופיינית בקשר אנכי¹⁰³ חוקי יסוד יוצרים חוקים היוצרים תקנות. אך בצידי הקשר האנכי מצוי הקשר האופקי המאגד מספר תחומים תחת "עיקרון על" בכל תחום על פי יחודו.

עם זאת ניתן לראות ולזהות את גישתו של השופט פליטמן בפס"ד גרוס- כשונה מהגישה המרחיבה המפורטת לעיל לרבות גישתו של הארט. למעשה אני מוצאת בפרשנותו של פליטמן אשר מחד "נצמדת ללשון החוק" אך מנגד מעמיסה על החוק או במילים אחרות קוראת פנימה עקרונות שאינם נמצאים בו כלל דווקא את גישתו של דוורקין, כפי שיפורט להלן: דוורקין אמנם היה תלמידו של הארט, אך בפרשנותו "עושה רצח אב"- כך שלדידו השוליים המתוארים על ידי הארט אינן כלל שוליים אלא העיקר בעוד מקרים בהם המשפט מספק תשובה חד משמעית הם השוליים. על כן נכון וראוי לראות במלוא הדרם בפסיקות השופטים את שיקול דעתם הרחב של השופטים, שיקול דעת המופעל על פי סטנדרטים משפטיים רחבים.

דוורקין סובר ששיקול דעת זה אינו לבר משפטי אלא פנים משפטי, ועל כן גם אם שקל"ד אינו נתמך בכלל המשפטי דיי בתמיכת העיקרון משפטי (PRINCIPLE) אשר נמצאים למכביר "בחלל

¹⁰⁰ חנוך דגן, "התפיסה הריאליסטית של המשפט", ספר דליה דורנר (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם – עורכים, תשס"ט) 303

¹⁰¹ על פי שתפיסתו של הארט אשר מתיימרת להיות פורמאליסטית- ניתן לקטרגה כפורמליסטית "מתונה"- במרבית המקרים הכללים המשפטיים מספקים מענה לפתרון הסוגיה ובשולי הדברים נמצאים מקרים "קשים" בהם הכלל מתקשה ליתן תשובה חד משמעית, באותם מקרים יידרש השופט להשתמש בשקל"ד לרבות בשיקולים לבר משפטיים לפיכך על פי הערט במקרים קשים שכאמור אינם שכיחים יידרש השופט להפעיל את שקל"ד

¹⁰² מקס וובר הוא אחד מהוגיה החשובים.

¹⁰³ בדומה לגישה הקלזינאית

המשפט" עקרונות אלה עוטפים את הכללים ברוחם. ועל כן ככל שיש לפרש את הכלל התשובה נמצאת בתוך שיטת המשפט – בעקרונות.

בעוד הכלל הוא בינארי עקרונות אינם בינאריים ובמסגרתם מצוי שיקול דעת לשופט להכריע כמה משקל יש ליתן לעיקרון זה או אחר, לעיתים יבחר השופט ליתן משקל למספר עקרונות בו זמנית ואזי יהיה עליו להכריע על פי המשקל הראוי של כל אחד מן העקרונות איזה עיקרון גובר. על פי דוורקין ההכרעה בדבר המשקל אותו יש ליתן לעיקרון אחד על פני אחר אינו נובע משיקול דעתו והשקפת עולמו האישית, אלא על פי **עקרונות המערכת המשפטית**. פסיקתו של השופט פליטמן כאמור מתיישבת עם גישה פרשנית זו בחיפושיו אחר תועלת מערכתית כוללת ודרישה לשותפות מהותית בין חברי הקבוצה וזאת כאמור מתוך רציונאל של יעילות.

7.2 פרשנות מצמצמת

מן העבר השני של סעיף 10(3) לתוספת נמצא את הפרשנות המצמצמת, כשמה כן היא, פרשנות זו מבקשת "לצמצם" את תחולת הסייג, מתוך ראייה כי לשון הסייג פישטא, ו/או הפרשנות המרחיבה המיושמת בחלק מפסקי הדין ואשר מונעת מתובע את זכות הגישה לערכאות ואת יומו בבית המשפט ולו רק משום העובדה שבנסיבות העניין קיים הסכם קיבוצי, לרבות מקרים בהם אין כל נגיעה בין עילת התביעה לנושאים המוסדרים מכח ההסכם הקיבוצי הינה פרשנות מרחיקת לכת שאין לקבלה.¹⁰⁴ וכדברי קלמנט ורבין מרגלית, פרשנות אשר "תעקר את מכשיר התובענה הייצוגית מתוכן".¹⁰⁵

עיקר הנימוקים והצידוקים לפרשנות המצמצמת הינו החשש כי פרשנות רחבה לסייג תביא לשלילית זכויות של קבוצות עובדים רבות, בין אם מדובר בזכויות מגן ובין אם לאו ולו רק מן הסיבה שהצדדים חתומים על הסכם קיבוצי. וזאת כאמור גם כאשר מדובר בהסכם קיבוצי שאין לא כל נגיעה לעילת התביעה. **הווי אומר, עצם קיומו של הסכם קיבוצי בין הצדדים אינו כשלעצמו טעם בלעדי לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.**¹⁰⁶

פרשנות זו מתיישבת עם קביעת בית הדין בעניין **אלתר**,¹⁰⁷ ועם תפיסתם של המלומדים קלמנט ומרגליות אשר רואים בכלי התובענה הייצוגית ככלי המבטיח אכיפה מלאה.¹⁰⁸

על פי תומכי הגישה צריך שיתקיים תנאי נוסף, המצמצם את תחולת הסייג. לגבי מהות התנאי הנוסף מתחלקות האסכולות, יש הסוברים כי התנאי הנוסף המתבקש הינו הצורך לבחון את מהות הזכות הנתבעת, כך **ככל שמודבר בזכות הנוגעת להסכם הקיבוצי, זכות אשר מוסדרת בהסכם או בהסדר הרי שיחול הסייג ולא תאושר הגשת תובענה ייצוגית** וזאת עקב ההנחה שההסכם הקיבוצי מבטא הסכם בין הצדדים, אשר התגבש בסיומו של ממשא ומתן. ואילו כאשר מדובר בזכות לבר הסכמית, קרי שאינה חלק ממו"מ בין הצדדים ושאינה באה לביטוי בהסכם ו/או ההסדר הקיבוצי החל בין הצדדים, תוך השמת דגש ויתר חשיבות כאשר מדובר בזכויות מגן

¹⁰⁴ ראה ה"ש 61

¹⁰⁵ ראה ה"ש 63 בעמ' 382

¹⁰⁶ ראה ה"ש 14 בעמ' 624

¹⁰⁷ ראה ה"ש 61

¹⁰⁸ ראה ה"ש 63 בעמ' 382

הרי שעצם קיום הסכם שריר וקיים אינו טעם מספיק בכדי להביא לדחייה אוטומטית של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

הרעיון הגלום בפס"ד **אלתר**¹⁰⁹ ובפרשנותם של קלמנט ורבין מרגליות¹¹⁰ אומץ על ידי בית הדין במקרים רבים.¹¹¹ הסיבה לכך נעוצה בעיקר משום שנימוק זה נשען את טיב וסוג הקשר בין משפט עבודה הקיבוצי לתובענה הייצוגית. וככל הנראה לאור פשטות המודל ובהירותו, מה שאיפשר העזרות בו כמעין "כלל אצבעי".¹¹² פרשנות זו שם יתבה על האפשרות התוצאתית של החלת פרשנות רחבה של הסייג – עד כדי עקירת מכשיר התובענה הייצוגית מתוכנו. ועל היתרונות הגלומים ביישום פרשנות זו המאפשרת להגיע **לאכיפה מיטבית והרתעתית**.¹¹³

נימוק נוסף אותו מציינים קלמנט ורבין מרגליות במאמרם הינו הצורך להביא לחיזוק העבודה המאורגנת וכח העבודה הקיבוצי, משכך סוברים הם כי פרשנות אחרת מזו המוצעת על ידם¹¹⁴ תעודד מעסיקים לעקוף את מערכת היחסים הקיבוצית על ידי החלת הסכמים כסוג של "מגן" ותו לא. ועל דרך החיוב החסינות שהחוק מעניק לצדדים להסכם קיבוצי תעודד מעסיקים לתמוך בהתארגנות עובדים למראית עין ולהרחיב את תחולת ההסכם על ערב רב של תחומים, ואם לא מאהבת מרדכי הרי משנאת המן.

בפרשת **חבושה**,¹¹⁵ הודגש כי אמנם העובדים היו מאורגנים על ידי ההסתדרות אולם זו לא פעלה בעניינם ועל כן משמעות הקביעה שאי התרת הגשת תובענה ייצוגית תהא שהעובד כפרט יישאר קירח מכאן ומכאן.¹¹⁶

במודל זה מובאים שיקולים לבר משפטיים רבים – שיווין לעניין הגישה לערכאות, חיזוק משפט העבודה הקיבוצי ככלי יעיל לקידום והגנת זכויות העובדים,¹¹⁷ חולשתו של העובד למול כוחו של המעביד קרי פערי הכוחות האינהרנטיים המצריכים מודל ייחודי וקוגנטי, חשש לריקון חוק תובענות ייצוגיות מתוכנו לעניין דיני עבודה, חשש בו עובדים רבים ימצאו עצמם בפני שוקת שבורה בנסיבות בהם ארגון העובדים אינו ממלא את תפקידו ועוד.. ניתן לראות כי המצדדים בפרשנות זו מביטים בחשש לעבר הפרשנות המרחיבה כפרשנות אשר תוביל ו/או למצער תסייע להחלשה נוספת במעמדם של העובדים.

¹⁰⁹ ראה ה"ש 61

¹¹⁰ ראה ה"ש 63 בעמ' 382

¹¹¹ ע"י דעת המיעוט של השופטת ברק כאחד הטעמים לאישור תובענה ייצוגית בעניין גרוס ראה ה"ש 64 וכן בפס"ד אלתר ראה ה"ש 110, בעניין בן שלמה ראה ה"ש 75 ועוד.

¹¹² ראה ה"ש 47 עמ' 625

¹¹³ קלמנט ורבין מרגליות במאמרם קרה ה"ש 63 מדגישים יתרון זה.

¹¹⁴ קרי כשיש הסכם קיבוצי בנושא הנתבע - לא תותר הגשת תביעה- לעומת נושאים כחקיקת מגן בהם תותר הגשת תובענה ייצוגית

¹¹⁵ עב' (אזורי ת"א) 4524/06 **חבושה-יבטח-אבטחה ושמיירה** בע"מ (פורסם בנבו 15.7.2009) ערעור לבית הדין הארצי לעבודה נדחה: ע"ע (ארצי) 67/10 **יבטח בע"מ-חבושה** (פורסם בנבו 14.3.2012)

¹¹⁶ ראה ה"ש 63 בעמ' 37

¹¹⁷ ראה ה"ש 47 עמ' 599

למעשה פרשנות זו מצביעה של **פרשנות ליבראלית** מאד של הסייג וזאת בעיקר במקרים של עובדים בשוק השניוני,¹¹⁸ שבהם הוכח לטעמו של בית הדין שארגון העובדים לא היה פעיל מול המעסיק.¹¹⁹

כבוד השופטת בדימוס אלישבע ברק – אוסוסקין אף היא מצדדי הגישה המצמצמת וכלשונה: "שלילה מוחלטת של סמכות לדון בכל תביעה של עובדים בדרך של תובענה ייצוגית כאשר העובדים משתייכים למקום עבודה מאורגן, היא פגיעה חמורה בהגנה על זכויות אדם ואכיפתם".¹²⁰ להשקפתה אין סתירה בין הרציונאל הקיבוצי לרציונאל התובענה הייצוגית. ארגון עובדים לא מתערב בכל סכסוך, טלו לדוגמה מקרה בו המעסיק נוהג לנכות שלא כדין סכומים קטנים משכר העובד. אשר על כן לאור אחת ממטרות החוק שהינה מימוש זכות הגישה לבית המשפט לרבות בעבור אוכלוסייה אשר מתקשה בכך, לשיטתה פשיטא כי עובדים שכירים הינם דוגמה מובהקת לאוכלוסייה שנגישותה נמוכה, על כן אין לשלול מלכתחילה את הגשת התובענה הייצוגית ויש להותיר שיקול דעת רחב לבית המשפט להכריע בכל מקרה לגופו.

נימוק נוסף העולה על ידה כי יש לשים לב לעובדה כי ככלל הארגון העובדים הוא אשר אמון על ניסוח ההסכם הקיבוצי לפיכך תדיר לא יראה הארגון צורך לייצג את העובד ו/או להגן עליו בפני כשלים המתגלים בפרט כאשר הוא מנסחו של ההסכם.

7.2.1 פרשנות מצמצמת בראי תורת המשפט-

פרשנות זו מתיישבת עם הגישה הריאליסטית למשפט. הגישה הריאליסטית עלתה "לגדולתה" בשלהי שנות ה-80 של המאה הקודמת, תקופה אשר ניתן לכנותה כלשונו של מאוטנר: "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"¹²¹ מגמה זו התאפיינה בעליית **שקילת שיקולים ערכים**, בזליגה וערבוב בין תחומים, ערכי יסוד, **יצירתיות גבוהה**, שימוש במונחים ערטילאיים כדוגמת "תו"ל", "סבירות" אשר נתפסו והושרשו כמושגים שגורים. לצד פרקטיקה של פסקי דין ארוכים יותר ואשר מכילים בתוכם רטוריקה פילוסופית ופוליטית. למעשה ניתן לזהות בהכרעה השיפוטית "ערך מוסף" שהוא מעבר ליישום הכלל.¹²²

הריאליזם המשפטי מאופיין ב-"ספקנות כללית"- (ביחס למשפט) ובתפיסה ביקורתית לפיה כללים אינם מסוגלים להכתיב תוצאות משפטיות, שכן מערכת הכללים הנורמטיבית מלאה פערים, סתירות ועממיות. **לטענתם העמימות ויכולת תמרון** הנלווים למתודה הפורמליסטית היא בלתי אפשרית מושגית. עוד נטען כי המתודה הפורמליסטית משמשת כאמצעי להסוואת בחירות ערכיות וליצירת בסיס מפוברק לסמכות מקצועית. לפיכך הכרעות השופטים לא מבוססות על כללים בלבד אלא גם על שקל"ד ולכן האפיון של צפיות ההליך השיפוטי הוא בלתי אפשרי. תפקיד השופט אינו רק יישום הכלל (גישה הפוכה פורמליזם ולהיות השופט "טכנאי משפט") לשיטתם על השופט לבחור בין הכללים, שכן יש עמימות ופערים בין הכללים במרווח זה על השופט להשתמש בשיקול דעתו.

¹¹⁸ הכוונה בעיקר לעובדי שמירה וכוח אדם

¹¹⁹ ראה ה"ש 42 בעמ' 37

¹²⁰ אלישבע ברק אוסוסקין "ממרומי נבו – תובענה ייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי: היחיו שניהם יחדיו? בעקבות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 **ספר גבריאל בך** 583

¹²¹ מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים " **עיוני משפט** י"ז (1993) 503

¹²² מאוטנר הטיב לתאר מגמה זו תקופה זו במאמרו ירידת הפורמליזם ועליית הערכים ראה ה"ש 120

משכך ניתן לראות כי הגישה המצמצמת אינה נשענת על הכלל המשפטי קרי סעיף 10(3) לתוספת אלא יוצרת יש מאין פרשנות שאין לה תימוכין בלשון החוק ואשר נובעת באופן מוצהר משיקולי מדיניות וערכים תוך מתן קונסטרוקציה יצירתית **ליצירת תנאים נוספים** אשר רק בהתקיימם יחול הסייג. יצירתיות זו מתיישבת עם הגישה הראליסטית למשפט שכן על פי על הראילסטיים, פרקטיקה בה השופטים עושים שימוש רב בשיקולי מדיניות, עקרונות ותכליות **הינה המצב המצוי ולדדים גם הרצוי**. שכן הכללים הם גם בראשונה כלי להגשמת מטרות חברתיות.

פרשנות זו מתיישבת אף גישתו של הולמס¹²³ גישת השיטה הראילסטית אשר רואה במשפט ככלי של התנסות ולא ככלי לוגי¹²⁴ תוך מתן דגש רב על **ההכרעות בפועל** של בית משפט שכן המשפט הוא כלי דינאמי.

יפים לעניינו גם דבריו והשקפותיו של יוסף רו המכיר בפונקציות ישירות אך לצידן גם בפונקציות עקיפות, קרי ייתכנו מקרים בהם על אף שהמטרות התוצאותיות אינם מופיעות בחוק, הרי שבפועל יישום החוק יגרום להתקיימות מטרות אלו. לגישתו הליבראלית למשפט תפקיד מרכזי בחברה, כך גם יכול המשפט לתור ולהיות מודרך על ידי עקרונות חברתיים ואין הכרח לתור אך ורק אחר עקרונות משפטיים, ולפיכך תפקיד השופט אינו מצטמצם לסמכות יישום בלבד אלא מדובר גם בסמכות הכרעה.¹²⁵

בעניינו על פי שעיון בהיסטוריה התחקיתית מביאה לתוצאה כי פרשנות זו יוצאת נגד מטרת החוק ו/או המחוקקים ובפרט שמתן פרשנות ליבראלית זו ניתנת בסמיכות לחקיקת הסייג ועל אף בהירותו. טענה זו נהדפת על ידי המצדדים בפרשנות הראילסטית למשפט בטענה כי יש ליתן אמנם משקל להיסטוריה התחקיתית אך המשקל שיש ליתן לכך אינו המכריע, והריהו רק אחד מהגורמים שיש לקחת בחשבון בעבודת הפרשנות.¹²⁶

8. **מודל פרשני ליישום** (המוצע עלי ידי)

כפי שנסקר לעיל מדובר בשתי פרשנויות שונות, אשר מביאות הלכה למעשה לתוצאה פרקטית שונה. על פי הפרשנות המרחיבה ידחה תובע אשר מועסק במקום עבודה אשר הוא צד להסכם קיבוצי כשם שבא, ואילו על פי הפרשנות המצמצמת תיבחן עילת תביעתו, וככל שמדובר בעילה אשר מוסדרת בהסכם אזי אז תידחה בקשתו.

לדידי עובדת היות החוק "רך בשנים" ובדגש עם פרק הזמן הקצר בין חקיקתו לפרשנויות הרבות אשר נשזרו לסייגו מצריכות בחירת בדרך "בית שמאי", קרי הצורך להקפיד על עיקרון הפרדת הרשויות מתעצם ביתר שאת, שכן כל פרשנות אחרת אשר אינה מתיישבת עם לשון הסייג משמעותה ריקון תפקיד המחוקק מתוכנו, פגיעה קשה באושיות הדמוקרטיה וברצון הבוחרים. **לפיכך אבקש להציע מודל פרשני המתיישב עם לשון החוק.**

המודל הראוי בעיני הוא מתן פרשנות **דווקנית ללשון** הסעיף, אך בשונה מהפרשנות המרחיבה לעיל נימוקי מושתים על **פרשנות תכליתית** והטענה כי פרשנות דווקנית לשונית ראויה בשל

¹²³ הוליבר טנדל הולמס Oliver Wendell Holmes

¹²⁴ The life of the law has been logic it has been expirience

¹²⁵ יוסף רו עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי **משפטים ב'**(תש"ל-תשל"א) 317 327

¹²⁶ אהרון ברק, על השופט כפרשן **משפטים יב'**, תשמ"ב 248 252

תכליות משפט העבודה. **למעשה בצידוקי אני משתמשת בפרשנות תכליתית אשר בכוחה לתמוך את הפרשנות הדווקנית כפי שיפורט להלן:**

על כן ניתנת על ידי בכורה ללשון החוק. ראשית משום שהחוק הוא תוצרתו של המחוקק, אשר נבחר על ידי הציבור. כל סטייה מלשון החוק ככלל ובפרט במקרה דנן מקרה בו הסטייה מן החוק לא הביאה לידי הלכה ברורה וקוהרנטית פוגעת חמורות בוודאות המשפטית. הצורך ליציקת תוכן פרשני וסטייה מלשון החוק מאופיין בחוקים שחלף הזמן מחקיקתם והשינוי במדיניות ובחברה יוצרים הכרח לאקטיביזם שיפוטי.

יפה לעניינו האימרה¹²⁷ כללים ברורים אינם טעונים פירוש.¹²⁸ אכן, על השופט לפרש את החוק באופן שיגשים את מטרת החקיקה בפרט כדי למנוע את האבסורד, אך תנאי הכרחי בדרך כלל שיהיה למטרה החקיקתית בית קיבול בלשון החוק. חייב להתקיים קשר מינמאלי בין הלשון למטרה.¹²⁹ בעניינו קיים קשר הדוק אפוא ושאינו מינמאלי כלל בין לשון החוק למטרתו ובוודאי שהותרת דלתא רחבה להתנהלות משפט העבודה הקיבוצי אינה מהוה אבסורד.

יש ליתן דגש לעובדה כי סמכות החוק נגזרת מכך שהוא נחקק על ידי אנשים אשר "מומחים" לכך יותר מאזרחים מן השורה. החוקים מגלמים את התועלת החברתית ועל כן יש לכבדם.¹³⁰

8.1 לשון הסייג-

להשקפתי סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק ברור ואין בו כל סייגים, וסטייה ממנו, אם בכלל, תיעשה במקרים קיצוניים בלבד - לפיכך יש לפרשו לפי לשונו, שכן פרשנות מילולית מתיישבת עם מטרת החקיקה - מבחינה סובייקטיבית ראוי ונכון כי ארגון העובדים ייצג את העובדים ואת האינטרסים שלהם ולכן על עובד שזכויותיו נפגעו לפנות ראשית לארגון העובדים למיצוי זכויותיו. עמדה זו השתקפה גם בישיבות ועדת חוק חוקה ומשפט בכנסת מיום 1.3.2006 שם הובעה עמדה מפורשת זו כי נכון וראוי שארגון העובדים ייצג את העובד ולא הליך התובענה הייצוגית.¹³¹ אשר לתכלית האובייקטיבית של החוק, עומדת התפיסה כי הכלים הקיבוציים עדיפים שכן מטרתם להשוות את מעמדם של העובד והמעביד.

8.2 נימוק תכליתי הנשען על קיומו של מנגנון אכיפה בענף השמירה

ענף השמירה מאופיין ביחסים ארוכי טווח בין להסתדרות יחסיים ארוכי טווח עם ארגוני השמירה, אשר במהלכם נחתמו מספר הסכמים קיבוציים, ובפרט הסכם האכיפה, אשר חל על כל זכויות העובדים על פי משפט העבודה, לרבות חוקי העבודה, הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה וכן חל גם על תקופות המעבר, מבלי הגבלת התיישנות.¹³²

¹²⁷ "In Claris non fit inter pretatio"

¹²⁸ ראה ה"ש 126 בעמ' 252

¹²⁹ שם, בעמ' 255

¹³⁰ כך אף אפשר להשתמש בתיאורמת קונדורסה כנימוק ולהאדרת החלטת הרב על פני היחיד על פי תיאורמה זו יש מצבים שבהם רצוי להעביר החלטה לגוף של יחידים בעלי כשירות נמוכה יותר מאשר ליחיד בעל כשירות גבוהה.

¹³¹ ראה ה"ש 79

¹³² ראה ה"ש 79 פסקה 15

בנוסף ניתן להצביע על יתרונות רבים הגלומים בהסכם האכיפה ופעילות הוועדה הפריטטית למול התובענה הייצוגית, בעוד פעולות האכיפה אינן כרוכות בתשלום שכר טרחה, הרי שבהליך התובענה הייצוגית משלשל לכיסו ב"כ התובע המייצג שכר טרחה נאה לרבות גמול לתבוע המייצג, כך גם בהשוואה תביעה אישית, הרי שהדבר כרוך בעלויות כספיות אשר מושתות על התובע (למצער בתחילה). כך אף איתור העובדים אפקטיבי ונטול אינטרסים, והסכם האכיפה מבוצע באמצעות הליך של בדיקה מקצועית ותיקון הליקויים בפועל לטובת כלל העובדים.

למעלה מכך על פי המתווה הקיים וועדות האכיפה פועלות במקרה של **חשש לאי אכיפת זכויות**, בשלב הראשון מבצעת וועד האכיפה "בדיקות עומק" לרבות במקרים בהם יש צורך ותוך אפשרות הארכת תקופת ההתיישנות. עם סיום בדיקת העומק מוגשת לחברה המעסיקה תוצאות הבדיקה שכאמור אמורות להיות מפורסמות על ידה באופן גלוי.¹³³

נימוק מעניין שעלה על ידי בית הדין¹³⁴ למתן עדיפות למשפט העבודה הקיבוצי התייחס למקרים בהם מדובר בזכות שעניינה הפרשות לפנסיה, שהיא כאמור זכות יציר המשפט הקיבוצי, ולא יציר החוק, ולפיכך דווקא אישור הבקשה עלול לפגוע במקום יחסי העבודה הקיבוציים בענף השמירה.

לעניין זה יוער, כי אף לגרסתם של המצדדים בפרשנות המצמצמת של הסייג הרי כשמדובר בתובענה ייצוגית הנוגעת לזכות יציר הסכם קיבוצי, להבדיל מזכות הנובעת מחוקי המגן, הרי שיידרש מקרה קיצוני כדי להתגבר על הסייג כפי שגורסים גם קלמנט ורביץ מרגליות.¹³⁵

בעייתיות נוספת אותה אני מזהה ואליה אף התייחס בית הדין בהכרעתו בעניין **ישיב**¹³⁶ הינה החשש הכלכלי הטמון בתובענה ייצוגית אשר יכול לגרום להתמוטטות הגוף המעסיק. בית הדין מביא דוגמה הממחישה את בעייתיות כדלהלן: אם עסקינן במקרה שבו חברה מעסיקה 1,000 עובדים לשנה, וכל עובד מועסק 12 חודשים בשכר מינימום, כאשר גובה ההפרשה לעובד לחודש לפנסיה עומד על כ-250 ש"ח. במצב דברים זה, לו היה אחד העובדים מגיש תובענה ייצוגית, היה הסכום הנתבע מגיע לסך של כ-21 מיליון ש"ח, בהתחשב בתקופת ההתיישנות, וזאת לבד מההוצאות שיהיה על המעסיק לשלם לתובע המייצג ולבא כוחו במקרה של זכייה בתביעה. הדוגמה האמורה ממחישה את ההבדל המשמעותי שבין הסכומים הנמוכים להם זכאי כל עובד לחודש, לעומת הסכומים העצומים שאליהם עלולה להגיע התובענה הייצוגית. סכום כזה, לו ייפסק בתובענה ייצוגית ופירעונו יידרש לאלתר, קרוב לוודאי שימוטט את החברה המעסיקה, ובכך יישמט מקור לחמם של עובדיה הפעילים, ומובן שלא יהיה בקריסת החברה כדי לסייע למיזוי זכויותיהם של העובדים אשר כבר פרשו ממנה.

לעומת זאת, ארגון העובדים יכול במצב כזה לפעול מול המעסיק באופן שלא יגרום לקריסתו הכלכלית מחד, אך ישמור על זכויות כלל העובדים בצורה המיטבית מאידך, באמצעות הסדר

¹³³ על החברה לפרסם על חשבונה תוך 7 ימים את רשימת הזכאים הסופית

¹³⁴ נימוק זה העולה בעניין ישיב ראה ה"ש 79 פסקה 10

¹³⁵ ראה ה"ש 63 בעמ' 382

¹³⁶ ראה ה"ש 79

תשלומים או גמישות בתשלומים, ויתור על חלק מהזכויות תמורת הבטחת תשלומן של זכויות אחרות, וכו'.¹³⁷

8.3 נימוקי תכלית

מציאת התכלית מתבקשת משום שמילות החוק נבחרו בכדי להגשים מדיניות מסוימת.¹³⁸ על הפרשן המשפטי לחשוף בפרשנותו את המשמעות אשר תגשים את לשון החוק. שכן החוק אינו מבצר הנכבש בעזרת מילון, אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי.¹³⁹ וכדברי השופט ברק לא ניתן לעמוד על משמעות החוק בלי לעמוד על מטרת החוק¹⁴⁰ ויובהר מטרת החוק היא מגמת החקיקה ומטרותיה ולא מגמת המחוקקים ומטרותיהם. לא מחשבתו הסובייקטיבית של המחוקק קובעת אם כי מגמתו האובייקטיבית של החוק היא הקובעת, "בפרשנות חוק אנו עוסקים באנאליזה של החוק ולא בפסיכואנליזה של המחוקק."¹⁴¹

על כן מצאתי לנכון לנמק ולתמוך את הפרשנות המוצעת על ידי תכלית החוק. לפיכך הפרשנות המוצעת על ידי מתיישבת אף עם עקרונות השיטה ככלל ודיני העבודה בפרט. פרשנות זו מכירה בחשיבותו של משפט העבודה הקיבוצי ובאופן עקיף מאדירה את כוחו כפי שיובהר להלן:

ראשית אבקש להתייחס לתכליתה של התובענה הייצוגית- התובענה הייצוגית מטרתה מתן "קול לציבור דומם" בעוד שבמקרה של ציבור עובדים מאורגן אין מדובר בציבור דומם אלא אם כן בציבור בעל קול בדמות ארגון העובדים.¹⁴²

שנית, ידוע כי ככלל מעסיקים לא ששים להביע תמיכתם בהתאגדות עובדים, ולא אחת נוקטים בדרכים שונות ומגוונות ואף כאלה שאינן לגיטימיות למניעת ההתאגדות, לעיתים ניתקל בתמיכת המעביד בארגון עובדים מתחרה, אשר משרת את אינטרס המעביד ולא את מטרותיהם של העובדים, לרבות באיום בפיטורי העובדים המתאגדים.¹⁴³ משכך פרשנות דווקנית לשונית היא זו שיכולה לתמרץ מעסיקים לחסות תחת מערכת היחסים הקיבוצית. כך גם במתכונתו הנוכחית מבטא העדפה ברורה של עוצמה קיבוצית – ריכוזית.¹⁴⁴

אכן יהיו שיטענו כי תמריץ זה פסול, שכן המניע אשר עומד בבסיס רצון המעסיקים אינו הטבת ו/או הסדרת זכויות העובדים אלא שימוש בכלי זה כאמצעי להדיפת תביעות ייצוגיות. סבורתני כי אין בכך כל פסול, שכן נתקשה למצא מעסיקים אשר בוחרים להיות צד להסכם קיבוצי ולו רק מטעם זה, הסכם קיבוצי מוסיף על זכויותיו של העובד ואינו גורע מהם ועל כן הסבירות שמעביד יהיה צד להסכם קיבוצי ולו רק מטעם זה שגויה. בעוד ההגנה שמעניק הסייג בפני תובענות ייצוגיות מאדיר את כוחו של משפט העבודה הקיבוצי ככלי לפתרון סכסוכים.

¹³⁷ בהנחה שלא מדובר בזכויות מגן לעניין הוויתור

¹³⁸ ראה ה"ש 126 בעמ' 251

¹³⁹ ע"פ 787/79 חיים מזרחי נ' מד"י, פ"ד ל"ה(4) 421, 427.

¹⁴⁰ ראה ה"ש 126 בעמ' 252

¹⁴¹ שם בעמ' 252

¹⁴² ראה ה"ש 79 פסקה 15

¹⁴³ ר' עניין חיפה כימכלים לשם דוג' - התארגנות עובדי חיפה כימיקלים בשנת 2003, הובילה לשביתה והמפעל הפעיל כוח תרתי משמע לשבירת השביתה לרבות פיטורי המתאגדים - אולם בשנת 2010 - נחתם לבסוף הסכם קיבוצי - מכח משפט העבודה - וההסתדרות צירפה לשורתיה 120 מתוך 140 עובדי המפעל.

¹⁴⁴ ראה ה"ש 42

למעלה מכך לשיטתי יש להחריג ולא לאשר **תביעות לזכויות מגן** באופן גורף וזאת משום הגישה הרווחת בישראל באשר לזכויות מגן. כאמור גישת הדין לעניין זכויות מגן הינה גישה נוקשה וברורה הדורשת אכיפה **מלאה**. מרבית חוקי המגן קובעים זכויות קוגנטיות, והמחוקק נוקט גישה פטרנליסטית. משכך כל פרשנות המצמצמת את תחולת הסייג ומאפשרת הגשת תובענה ייצוגית (על פי גישות מסוימות – דווקא כאשר מדובר בזכויות מגן) מערערת נוקשות זו וזאת לאור מהותו של כלי התובענה הייצוגית המאופיין בפשרות כתוצאה מכך ובעקיפין הקוגנטי הופך לדיספוזיטיבי ותוצאה זו אין לקבל.

בהקשר זה ראוי לציין, מקרה היכול להמחיש את הקושי לעיל¹⁴⁵ מקרה שבו אושרה פשרה במסגרת תובענה ייצוגית, במסגרת תביעה בגין אי הפרשה לקרן פנסיה, פסק הדין מאשר את הסכם הפשרה בין הצדדים, כאשר הסכום אשר לא הפריש המעביד בעבור חלקו לקרן פנסיה באותו מקרה עמד על כ- 1,062,000 ₪¹⁴⁶ וסך הפשרה שאושרה עומדת על סך של 250,000 ₪ !!! הפרשנות המוצעת על ידי למעשה מעניקה בכורה למשפט העבודה הקיבוצי מכח לשון הסעיף, ורצון המחוקק ונימוקי תכלית. ברי, כאשר מוצע על ידי מנגנון האכיפה הקיבוצי, ככלי יעיל ומעודד, נקודת המוצא היא שאכן עסקינן בארגון עובדים אותנטי המאופיין כארגון הדואג לרווחת העובדים מתוך ראייה כוללת ורחבה.¹⁴⁷ בעוד

ארגון אשר אינו פועל כלל, או חמור מכך פועל כנגד יחידת המיקוח לאור אינטרסים פגומים, הינה "רעה חולה" אשר גם אם קיימת הרי אינה שכיחה במחוזותינו, יחד עם זאת ביקורת זו כלפי ארגוני העובדים הינה לב ליבה של ועיקר הביקורת כלפי משפט העבודה הקיבוצי ומשמש תדיר כנימוק להעדפת התובענה הייצוגית. לגישתי גם לו היה ממש מטענה זו בדבר חשש לפעילות אינטרסנטית צרה של ארגוני העובדים הרי שחשש זה אינו מתייתר בהכרח בחלופת התובענה הייצוגית, למעשה בכלי התובענה הייצוגית **מוחרפת** בעיה זו עם על ידי בעיית הנציג, קבלת פשרות המיטביות עם התובע הייצוגי על חשבון יתר חברי הקבוצה, פשרה בין אוהבים¹⁴⁸ ובעצם היותה כר פורה ליצירת קנוניה בין התובע המייצג.¹⁴⁹

הדרך הנכונה והיעילה להתמודד עם בעיית פעילות צרה ואינטרסנטית של ארגוני עובדים הינה באמצעות משפט העבודה והמחוקק. בעוד שמתן פרשנות מצמצמת לסייג, מאיינת את רצון המחוקק וגורמת להחלשת המשפט הקיבוצי אך אינה מאיינת כלל את החשש מפעילות ארגון אינטרסנטית ו/או העדר כל פעילות. למעלה מכך, התנהלות אינטרסנטית כנגד יחידת המיקוח ו/או העדר פעילות כלל משיקה וניתן לראותה אף כפגיעה בתקנת הציבור.

¹⁴⁵ ב"ש"א (אזורי ת"א) 8436/06 שמואלביץ נ' קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו 11.3.2007)

¹⁴⁶ כעולה מפסק הדין ועל פי הערכות החברה

¹⁴⁷ ככל שלא כך מדובר והדבר נתמך בנתונים אובייקטיביים שמדובר בארגון עובדים למראית עין ותו לא- הרי שבמקרה זה נכון לצקת פרשנות תכליתית ורחבה למושג "ארגון עובדים" /הסכם קיבוצי"- קרי כאשר מדובר בארגון ו/או הסכם בעלי נפקות הלכה למעשה להבדיל מארגון ו/או הסכם בעלי פורמט צורני חיצוני ככזה ותו לא.

¹⁴⁸ נפוץ בעיקר בארה"ב- "פשרה בין אוהבים" הכוונה היא **שנתבע פוטנציאלי** אומר לעצמו אני מראש ומלכתחילה לאור מחדל שידוע לו מבקש להקטין את החשש והפגיעה הצפויה בהגשת תובענה ייצוגית כנגדו- על כן אותו נתבע פוטנציאלי/מעוול פונה ומציע לעו"ד לתבוע אותו וכך מראש בעל החלטה לגבי תוצאות ההליך שכאמור ייסגר בפשרה. שכלול תופעה זו- מכירה פומבית הפוכה- בה אותו עו"ד בוחר מלכתחילה את העו"ד הנוח ביותר ופועל באמצעותו.

¹⁴⁹ ראה ה"ש 14 בעמ' 604

הגישה המוצעת על ידי מתיישבת אף עם הלכת **ביברינג**¹⁵⁰ לפיה הכלל המונע הגשת תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן ייסוג וכאשר בית הדין מגיע למסקנה שהצדק מחייב חריגה מן הכלל אם לאור יחסי העבודה שאינם תקינים או ארגון עובדים הפועל ממניעים פסולים. גישה זו מתיישבת גם עם גישת השופטת ברק בעניין **גרוס**, אשר לשיטתה כי ככל שארגון העובדים אינו נאבק בעניין מסוים, ראוי לאפשר לעובדים לממש את זכותיהם.

העדיפות המוצעת על ידי למשפט העבודה הקיבוצי נובעת בין היתר מהעובדה כי הפעלת כלי התובענה הייצוגית הינה הפעלת כח שלילי, במובן זה שכלי זה אינו חותר לחבירה יחדיו של עובדים ומעסיקים ואינו תורם לכך, מדובר בפתרון הנותן מענה לאחר מעשה וכמעט תמיד לאחר סיום יחסי העבודה ולא בזמן אמת לפיכך כלי זה יכול לכל היותר לאכיפת זכויות לאחר מעשה ואינו צופה פני עתיד.¹⁵¹

ויובהר במסגרת הצעתי אבקש להמליץ ולחזק את מנגנון האכיפה כפי שנאכף לעניין סקטור השמירה, על ידי החלתו על סקטורים נוספים, ואם בעידוד השימוש בו אם על ידי בית המשפט ואם על ידי הסברה.

8.4 פרשנות מוצעת על ידי בראי תורת המשפט

לעניין פרשנותי מצאתי כי הינה מתיישבת עם גישת **"ההליך השיפוטי"**¹⁵² ועם גישת הפרשנות **התכליתית** של ברק כפי שיפורט להלן:

גישת ההליך השיפוטי רואה בהליך המשפטי כלי לפתרון בעיות. למעשה זרם זה הוא תולדה של הזרם הרילאסטי ובעקבות הקושי שנבע מהביקורת כלפיה.¹⁵³ על פי גישת ההליך המשפטי תפקיד המשפטן והמשפט הוא להביא לפתרון בעיות לשם כך יש להיעזר בכללים. על השופט לאתר את התכלית והעקרונות העומדים מאחורי הכללים ולאזן ביניהם. ודוק האיזון המדובר אינו פוראמליסטי אלא איזון הכולל את העקרונות שכאמור נמצאים בטווח, השופטים בתבונתם אמורים לפתח מחשבה תבונתית לפיה מאחורי הכללים יש תכליתיות וההחלטה המשפטית צריכה לאזן ביניהם. על השופט לשוות למול עינו לא רק את הכלל הספציפי ותכליתו אלא איך ההכרעה תשרת ותתרום להרמוניה עם המוסדות האחרים.

על כן הגישה המוצעת על ידי מתיישבת עם זרם זה שכן מחד תִּרְתִּי אחר התכלית תוך הכרה בתפקיד המשפט ככלי לפתרון בעיות. הפתרון המוצע על ידי מאזן בין המוסדות השונים תוך אבטחת אכיפה מריבית אשר שווה לפתרון הבעיה. כך הכללים הינם הבסיס תוך מתן דגש לחשיבותם הנימוקים הינם תכליתיים ובטווח מתאפשרת אכיפה יעילה אם על יד מנגנוני האכיפה, ואם על ידי משפט העבודה הקיבוצי, וכמוצא אחרון (אך עדיין אפשרי) התובענה הייצוגית.

¹⁵⁰ ראה ה"ש 60 בעמ' 139, 142

¹⁵¹ ראה ה"ש 42 בעמ' 43

¹⁵² "The legal process"

¹⁵³ עיקר הביקורת כלפי הרילאסטים נסבה סביב הניתוק וההטפה לבידול בין משפט למוסר. ביקורת זו התעצמה בעיקר לאור ההכרה בסכנת קיום חוקים שאינם מוסריים בעליל כדוגמת השימוש בחוק על ידי המפלגה הנאצית. על כן זה צומחת גישת "ההליך השיפוטי" אשר למעשה לוקחת את הספקנות ריאליסטית ביחס למשפט אשר סוברת שכללים לבדם אינם מסוגלים להנביע תוצאה.

מודעת אני לביקורת על גישת ההליך השיפוטי,¹⁵⁴ לפיה גישה זו הינה תאורטית ואינה מעשית הלכה למעשה שכן על אף שגישה זו מצדדת בהתערבות נמוכה של המשפט בפועל פסיקת בתי המשפט מתאפיינת בהעדר ניטרליות ובאקטיביסטייות. בתשובה לביקורות זו הרי שגם אם הרצוי אינו בהכרח מצוי אין בכך כדי לייתר את הנטען. למעלה מכך לעיתים שכיחות הדבר הנובע מהלך הציבור הדורש האדרת זכויות ופסיקה פרוגרסיבית דבר אשר משפיע על הכרעות השופטים ואף מביא לעיתים לשינוי חקיקתי בעקבות כך, למעשה כך אף ניתן לטעון כי בהסכם האכיפה בענף השמירה כתוצר עקיף של התערבות נמוכה של המשפט אשר מכוחה נוצר מנגנון לבר משפטי יעיל.

הפרשנות המוצעת על ידי מתיישבת אף עם מודל הפרשנות התכליתית של ברק הסובר כי יש לפרש טקסט משפטי על פי תכליתו.¹⁵⁵ על פיו למטרת החוק "חיים" משלה, ובצטטו דבריי שמגר "דין הוא דבר המחוקק כפי שנתפרש על ידי השופט" ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק נתונה בידי בית המשפט.¹⁵⁶

יחד עם זאת גם לשיטת ברק על השופט לשאוף **למירב האובייקטיביות** האפשרית במלאכת הפרשנות, השאלה היא אינה מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה. לשם כך לבחור בדרך הציבור וכלשונו של השופט לנדוי "פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב".¹⁵⁷ אך על פי כן אין הדבר אומר כי על השופט "להסס ממלכת לפני המחנה" קרי בעת הצורך וככל שמתבקש הדבר ייצק השופט אף תפיסות אידאולוגיות. אך יחד עם זאת רואה בגבול הפרשנות את גבול הלשון, קרי הפרשן אינו רשאי ליתן ללשון הטקסט משמעות שהיא אינה יכולה לשאת.¹⁵⁸

ברק מודע לקושי המעשי המצוי בפני שופט לבצע איזון פרשני על פי התפיסה, שכן הפרשנות התכליתית מתחשבת הן ביסוד הסובייקטיבי והן ביסוד האובייקטיבי.¹⁵⁹ אך לגישתו הצורה הסופית המגבשת את החוק היא הצורה שהשופט נותן לו, מכאן כי שניים שותפים למלאכת החקיקה- המחוקק היוצר משפט בדרך חקיקתית, והשופט היוצר משפט בדרך שיפוטית. בכך מביא אותנו ברק ליציר הפסיקה- יציר הפסיקה מוגבל מכוחו של המחוקק ועליו להיות נאמן לחוק אך יציר הפסיקה אינו סותר את עיקרון הפרדת הרשויות, אלא עולה בקנה אחד עמו, שכן הרשות המחוקקת והשופטת משלימות זו את זו¹⁶⁰ - "אם החוק הוא החומר, והמטרה התחקיקתית היא הרוח, הרי שהשופט נופח נשמה בגוף"¹⁶¹

משכך ניתן לראות בגישתי הוספה למלאכת החקיקה שנתפסת כאמור לעיל אף לשיטתו וגישתו של ברק כמלאכה משותפת הן של המחוקק והן של המשפטן הוספה שמכוחה במקרים חריגים ובמשורה של כשל ייצוגי תותר הגשת התביעה.

¹⁵⁴ בין המבקרים הבולטים ניתן למצא דווקא את תלמידיו של הארט- דנקן קנדי ורוברטו אנגר – אשר יוצאים נגד ההליך השיפוטי עיקר טענותיהם כי לא ניתן לערוך חלוקה מוסדית אובייקטיבית לאור מאבקי הכוח והפוליטיקה הקיימת ביסוד ההחלטות המשפטיות. בספרה המקומית גד בריזילי מטיב להתייחס למאבקי בכח והפוליטיקה המשורשים במשפט במאמרו גד בריזילי, "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי", **דין ודברים** ד(1) (תשס"ח) 55.

¹⁵⁵ אהרון ברק עקרונות כללים של המשפט בפרשנות 2 המשפט ספר ויסמן

¹⁵⁶ בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141.

¹⁵⁷ אהרון ברק, על השופט כפרשן משפטים יב, תשמ"ב 248 254

¹⁵⁸ אהרון ברק עקרונות כללים של המשפט בפרשנות המשפט ספר ויסמן 2 (תשס"ב) 2002

¹⁵⁹ שם, בעמ' 4

¹⁶⁰ ראה ה"ש 126 בעמ' 256

¹⁶¹ אורי דין "ישוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו (תשל"א) 190, 191

המגמות הפרשנויות בפירוש הסייג כתמונת מראה לפרשנות במשפט הישראלי

למעשה בפרשנות הסייג ניתן לאבחן מספר "גלים". הגל הראשון הינו פורמליסטי הבא לידי ביטוי הן בפסיקות בית המשפט בעניין א.ש.ת.¹⁶² והן בפסיקות בית הדין הדורות מפתחן דיון בסוגיה שכן על פי התנאים הפרוצדוראליים הפורמאליסטים, לא תותר הגשת תביעה במקום עבודה אשר הצדדים לו הינם צד להסכם קיבוצי.¹⁶³ לאחר מכן ניתן לזהות היפוך מגמה בהחלת הגישה הראלסטית למשפט אשר הביאה לפרשנות הסייג את יחסה דינאמי "והמחפש תדיר" למשפט, משכך פסיקות בית הדין מתאפיינות בבחינה החלטות וקביעות בתי המשפט למול הקביעות הראויות לשיטתם.¹⁶⁴ ובשנים האחרונות המאופיינות בנסיגת "הריאליזם הקיצוני" ועלית גישת ההליך השיפוטי וגישת הפרשנות התכליתית - קרי יש להשתמש בשיקול דעת רחב במשורה. למעשה יישום גישה זו מתיישבת גם צמיחתה של מערכת מקבילה של מנגנוני האכיפה, אשר מאפשרים התערבות נמוכה מחד של מערכת המשפט כאשר התוצאה המתקבלת ראויה ומתיישבת הן עם העקרונות הפורמליסטים והן עם עקרונות הצדק וההיגיון.

גלים אלו מאפיינים גם את מערכת המשפט הישראלית, אשר עם הקמתה התאפיינה בגישה פורמליסטית למשפט. יחד עם זאת עם חלוף השנים ובפרט עם השתרשותו של בית המשפט העליון ניתן לאבחן גישה אקטיביסטית למשפט, אך עסקינן בגישה אקטיביסטית מרוסנת, מתונה וזהירה. מגמה זו הגיעה לקיצה בשנות ה-80 של המאה ה-20 כאשר חל מעבר לאקטיביזם שיפוטי "חרף", שהרחיב באופן דרסטי את שיקול דעת בית המשפט.¹⁶⁵ כאשר לאחרונה קיימת מגמת ריסון והכרה כי אקטיביזם שיפוטי קיצוני גובה מחיר יקר פגיעה של באנטומיית הצדדים, הצפיות והאמון בבתי המשפט. ואינו מביא בהכרח לתוצאות עדיפות יותר מבחינה ערכית.¹⁶⁶

ברי, כי מאפיינים דומים אלו בפרשנות הסייג לבין המגמות הפרשנויות בישראל אינם נובעים מקורלציה גורוריאנית. אך ייתכן והינם מצביעים על כי מסלול החתחתים, דרך ההתוויה והפרשנות אחידים בסופו של יום. אשר על אף שההשוואה זו אינה דיכוטומית, יש בכוחה להצביע כי הסייג "בתוך עמו הוא יושב".

9. סקירה אמפירית של החברים לכיתה-

ככלל אם נבקש לאמוד מבחינה אמפירית את גישת בתי הדין לסוגיה, נמצא קושי להגיע להכרעה חד משמעית. מחד ניתן לראות כי פעמים רבות מיושמת הגישה המרחיבה, אך יחד עם זאת קיימים מקרים רבים בהם יושמה פרשנות מצמצמת. יחד עם זאת ניתן לראות מגמת נסיגה באישור תובענות ייצוגית לעניין ענף השמירה לאחר הסכם האכיפה. כאשר הועלתה השאלה בקרב ציבור סטודנטים לתואר שני באוניברסיטת חיפה (חברי הנכבדים לכיתה) ניתוח תושבותיהם והנתונים העולים מכך מראים כי הכף נוטה לפרשנות דווקנית. יחד עם זאת עדיפות זו ניתנה בעיקר לאור הצגת השאלה לעניין סקטור השמירה בו כאמור קיים הסכם אכיפה ועל כן כפי שעולה מנימוקיהם ראו במנגנון חלופי זה חלופה ראויה ולפיכך הכריעו כי יש להעדיף את המנגנון

¹⁶² ראה ה"ש 10

¹⁶³ ראה ענין ביברינג ה"ש 60 ועניין גרוס ה"ש 64 ועניין בוסקילה ה"ש 91 בו מתעלם בית דין אף מחלותו של מנגנון האכיפה

¹⁶⁴ ראה פסק דין אלטר ה"ש 61

¹⁶⁵ דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים - ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט י"א 9 (2007)

¹⁶⁶ שם, בעמ' 25.

הקיבוצי והוועדה הפריטטית.¹⁶⁷ מגמה נוספת שעלתה מניתוח הנתונים העלתה כי הסטודנטים נטו לייחס משקל רב לעובדת היות ההסכם קיבוצי "מנגנון הסכמי" המלווה במשא ומתן בו נושאים ונותנים הצדדים, ועל כן יש לתת בכורה ליישוב בדרך שבה ניכרת ההסכם, קרי הדרך הקיבוצית.

10. משפט משווה

לא בכל המדינות רווח כלי התובענה הייצוגית. ניתן להצביע על ארה"ב כתורמת ומפתחת פיתוח מרבי של כלי התובענה הייצוגית, עד כי בתחום דיני העבודה לא ניתן להגיש תביעה אישית במקומות מאורגנים,¹⁶⁸ למעשה העילה האישית משמשת בסיס הכרחי להגשת תובענה ייצוגית.¹⁶⁹

בעניין Kay Word¹⁷⁰ שנדון בקליפורניה באשר לבקשת עובדים להכיר בעתירתם להלנת שכר כתובענה ייצוגית, דעת הרוב קבעה כי כאשר הסכסוך בין הצדדים אינו נוגע להסכם קיבוצי, אין חובה להעבירו לבוררות (כפי שנדרש על פי ההסכם הקיבוצי החל) ואפשר להתיר תובענה ייצוגית. דעת המיעוט סברה כי אין להתיר הגשת תובענה ייצוגית במקרה זה לאור החשש כי התרתה עלולה לגרום להחלשת העבודה המאורגנת.

עמדה זו מתיישבת במידת מה עם הפרשנות המצמצמת של פס"ד **אלתר**,¹⁷¹ ושל המלומדים קלמנט ורבין מרגליות¹⁷² שקבעה אין להעביר את הסכסוך לבוררות מאחר שהסכסוך אינו נוגע לחובות וזכויות מכח הסכם קיבוצי,¹⁷³ ולפיכך יש להתיר את התובענה הייצוגית. בעוד דעת המיעוט הייתה נחרצת כי אין להתיר את ניהולה של התובענה הייצוגית כאשר מדובר במפעל מאורגן מאחר שאישורה עלול לסכל את מטרותיו של משפט העבודה הקיבוצי.¹⁷⁴

בעניין Bisailon¹⁷⁵ נדונה הסוגיה בבית משפט העליון בקנדה, בעניין סכסוך באוניברסיטה בנוגע להפעלתה של תכנית פנסיה, כאשר באותו מקום עבודה היו קיימים הסכמים קיבוציים שונים לתכנית הפנסיה. דעת הרוב קבעה כי לבית המשפט אין סמכות לאשר את התובענה הייצוגית תוך נימוקם כי הזכויות הנדונות הן הסכמיות וכי קיים מנגנון בהסכם הקיבוצי המחייב להעביר את העניין לבורר שמונה לכך בהסכם הקיבוצי. דעת המיעוט סברה כי במקרים בהם חלים במקום העבודה כמה הסכמים קיבוציים שונים, יש מקום לאשר את התובענה הייצוגית.

¹⁶⁷ מתוך 15 סטודנטים שנדרשו לשאלה- 6 בחרו בפרשנות מצמצמת אשר תאפשר הגשת תובענה ייצוגית כאשר השימוש בסייג יעשה במשורה למול 9 סטודנטים אשר בחרו בפרשנות דווקנית, ומתן אפשרות להגשת תובענה ייצוגית במשורה כאשר מדובר במקומות עבודה מאוגדים.

¹⁶⁸ אם משום שארגוני העובדים התפתחו דווקא יותר באותן מדינות שבהן לא רווח כלי התובענה הייצוגית

¹⁶⁹ ראה ה"ש 14 בעמ' 651

¹⁷⁰ Bisailon V. Concordia University (2006) 1 S.C.R.666 2006 SCC 19

¹⁷¹ ראה ה"ש 61

¹⁷² ראה ה"ש 63

¹⁷³ Kay Ward al V. The Superior Court of Los Angels County 2001 34-36 Cal.AppUnpublished

¹⁷⁴ ראה ה"ש 14 בעמ' 641

¹⁷⁵ Kay Ward al V. The Superior Court of Los Angels County 2001 Cal.App. Unpublished

גישה זו שוללת הגשת תובענה ייצוגית כאשר קיימים ארגוני עובדים רלוונטיים וגורסת כי אישורה תכרסם במעמדם וסמכותם של ארגוני העובדים לייצוג עובדים שכן עדיפות ארגוני העובדים חולשת על כל ההיבטים של יחסי העבודה ולא רק על ההיבטים ההסכמיים.¹⁷⁶

11. אחרית דבר -

ברי כי על אף עיקרון הפרדת הרשויות, לעיתים מתקשה הפרשן המשפטי שלא לצקת תוכן פרשני ללשון החוק, בפרט כאשר הימנעותו מלעשות כן יכולה להביא לתוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. שכיחות מקרים אלה עולה בפרט כאשר מדובר בחוקים ארכאיים בהם "נהנה" הפרשן ממרווח תמרון רב יותר, אם לאור חלוף הזמן והשינויים התפיסתיים שהתחוללו בפרקי הזמן הארוכים שבין חקיקת החוק למלאכת הפרשנות, ואם בשל קושי לשוני מעשי לרדת לסוף דעת המחוקק בעיקר כאשר מדובר בכמה פרשנויות סבירות. מקרה זה אינו נמנה על מקרים אלה, עסקינן בחוק חדש, שזה עתה "נולד" בפרט כאשר מדובר במונחי זמן משפטי.

למעלה מכך, ניתן להצביע כי בעתות קונפליקט פועל משפט העבודה הקיבוצי לאכיפת זכויות ו/או השגת זכויות, למעשה רבות נשמעת הטענה "כי ידם קלה על ההדק" וזאת בעיקר לשימוש בסנקציית ההשבתה. יחד עם זאת אכן קיימת היחלשות מנגנון זה,¹⁷⁷ ודווקא משום כך יש ליתן פרשנות דווקנית ללשון הסעיף, שכן פרשנות מצמצמת גורמת להיחלשות נוספת של מנגנון זה.

בשנים האחרונות מתאפיין ההליך הקיבוצי כהליך מעין בגצ"י, לא רק בשל הרכב משתתפיו וזהותם, אלא אף מבחינת טיב הנושאים שהינם כאמור בעלי אופי ציבורי מובהק אשר גובלים בסוגיות מנהליות וחוקתיות.¹⁷⁸ מכאן ניתן לראות את מידת התאמתו הרבה של משפט העבודה הקיבוצי לטיפול בסכסוכים הנוגעים למספר רב של פרטים ובדומה לכך מציאת פיתרון כללי ומקיף.

אם יישום בלתי משתפר של הטקסט מוביל לתוצאה צפויה יותר מאשר פרשנות אקטיביסטית הרי שיש ליתן בכורה לגישה הטקסטואלית יותר, ובד בבד יש לבחון את פסיקות בתי הדין בפועל. בעניינו ניתן לראות כי הפרשנות הריאלסטית מביאה לפסיקות שונות וסותרות וכתוצאה מכך יכולה להוביל אף לפגיעה עקיפה בלגיטימציה של הפרשנות התכליתית.¹⁷⁹

משכך הפתרון המיטבי הכולל הראוי הינו בדמותו של ההסכם הקיבוצי ומשפט העבודה הקיבוצי. לאור כל זאת, די ברור שהתובענה הייצוגית אינה צריכה להחליף את ההליך הקיבוצי. לפיכך יש לראות בהליך התובענה הייצוגית כהליך אשר בא להוסיף על ההליך הקיבוצי וזאת רק כאשר מדובר בכשל ייצוגי חמור של ההליך הקיבוצי ולשם אכיפת זכויות אשר אינן נאכפות. הצפייה הטבעית היא פעולה מצד ארגון העובדים המייצג, אשר תפקידו לדאוג לאכיפת ההסכם, ולכן ככל שאינו פועל בדרך זו – ואין באמתחתו שיקולים מוצדקים להעדר פעילותו ו/או מניעות לפעולה – רק אז יש לאשר את התובענה הייצוגית.

¹⁷⁶ שם, בעמ' 28

¹⁷⁷ ראה ה"ש 39

¹⁷⁸ ראה ה"ש 14 בעמ' 632

¹⁷⁹ Norms, Empiricism, and canons in statutory Interpretation/William N.Eskridge.Jr

לפיכך מתווה הפרשנות המוצע והראוי לטעמי הינו מודל פרשנות דווקנית לשונית עם חריגים במשורה משמע לא תתאפשר הגשת תובענה ייצוגית כאשר עילת התביעה של התובע מוסדרת בהסכם קיבוצי החל על הצדדים וככל שמדובר בזכויות מגן- לא תותר הגשת התובענה. למעשה מתווה זה מותיר פתח צר לאישור התובענה הייצוגית- וזאת כאמור כאשר הצדדים אינם צד להסכם קיבוצי ו/או כאשר מדובר בארגון עובדים ו/או הסכם קיבוצי שאינם פעילים ו/או נאכפים. (להלן "כשל ייצוגי") ברוב המקרים הבחינה ביחס למהות ארגון העובדים ואם מדובר בארגון נכשל ו/או מתחזה הינה פשוטה יחסית¹⁸⁰ אך ככל שתידרש הטענה בדבר "כשל ייצוגי" יהיה על התובע לעמוד בנטל ההוכחה אובייקטיבי לאי פעילות הארגון במקרה הקונקרטי.¹⁸¹

מסקנה זו מתבקשת גם לאור העובדה כי תמיד שערי בית הדין פתוחות בפני התובע להגשת תביעה אישית גם כאשר מדובר במקום עבודה מאורגן וזאת כאמור בניגוד להסדר הנהוג בארה"ב, אשר שערי בית המשפט נעולים בפני עובד במקום עבודה מאורגן.¹⁸²

יתרה מכך בשנים האחרונות עולה יהבם של המנגנונים להבטחת אכיפה קבועים בהסכם קיבוצי. יותר ויותר הסכמים מכילים מנגנוני אכיפה, וכך אף בעניינינו קרי בענף השמירה והאבטחה. פסקי הדין שניתנו לאחרונה בסקטור זה עולה בבירור מדיניות בתי הדין לעבודה לפיה ארגון העובדים הוא הגוף המשפטי שייצג באופן הנאמן והראוי ויפעל למיצוי זכויותיהם של כלל העובדים במקום העבודה המאורגן באופן המיטבי והיעיל ביותר.

¹⁸⁰ שם בעמ' 639

¹⁸¹ שם בעמ' 637

¹⁸² שם בעמ' 651