

שביתת רופאים – היבטים משפטיים ואתיים*

ראשי פרקים:

- מבוא – הצגת הבעיה
- א. היבטים משפטיים ספציפיים
- ב. משפט עבודה קיבוצי ודיני שביתות
- ג. אתיקה
- ד. סיכום

מבוא – הצגת הבעיה

1. שביתת רופאים מעוררת קונפליקט מהותי בין אינטרסים מתנגשים: מצד אחד, מצויה חירותו של הרופא שלא לעבוד בתנאים גרועים. השביתה היא כלי חיוני של ציבור להשיג הישגים בתחום השכר. ציבור שאינו יכול לשבות מתקשה להגיע להישגים בתחום השכר. שלילת זכות השביתה היא פגיעה בחירות של ציבור, פגיעה ביכולת שלו להגיע להישגים כלכליים ואם תמצוי לומר, היא תתבטא לימים בפגיעה באיכות השירות ובכבוד המקצוע. כך, למשל, בפרשת עמית¹ קבע כב' השופט יצחק זמיר כי המכשיר העיקרי של ארגון העובדים היא הפעילות הקיבוצית והכלי העיקרי הוא עיצומים ובעיקר שביתה. בפרשת דלק² קבע ביה"ד הארצי לעבודה:

"זכות ההתאגדות שומרת על כבוד העובד במקום העבודה בו הוא מבלה בדרך כלל כשליש מיומו. כוחו של העובד הבודד מול המעביד נחות וברוב רובם של המקרים אין הוא יכול להתמקח או לנהל מו"מ הוגן. על כן, הצטרפות העובד לארגון עובדים מחזקת את כוחו ומעניקה לו איזון במו"מ עם המעסיק, שכן קבוצה מאורגנת של כלל עובדי המפעל או כלל עובדי הענף יכולה לנהל מו"מ בכוח המקביל לכוחו של המעסיק".

* במסגרת סמינר החורף של מכון שלזינגר לרפואה אתיקה והלכה, הוקדש ביום כ"ב בשבט תשע"ב ערב מיוחד לשביתות והסכמי שכר במערכת הבריאות. השתתפו ד"ר בנימין גזונטהייט – סקירה היסטורית, ד"ר אברהם וינרוט – סקירה משפטית והרב ד"ר מרדכי הלפרין – דיון הלכתי. דיונים הלכתיים בנושא כבר פורסמו באסיא: הרב משה הלוי שטיינברג, שביתת רופאים לאור ההלכה. אסיא כא, 16-17 (1978); ספר אסיא ג, 341-342 (1982); הרב מרדכי הלפרין, פסקי הלכה של הגר"י וייס, הגרש"ז אויערבאך ושל הרבנים הראשיים, בימי שביתת הרופאים. אסיא לו, 44-47 (1983); ספר אסיא ה, 30-33 (1986). הרב שלמה גורן, שביתת הרופאים בהלכה. אסיא לט, 32-45 (1985); ספר אסיא ה, 41-54 (1986). סקירת המשפטית של ד"ר אבי וינרוט עובדה על ידו למאמר עבודת אסיא.

1. בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ביה"ד הארצי לעבודה פ"ד נא(2) 63, 91.
2. דב"ע 98/4-10 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה פ"ע לג 337.

בית הדין קבע על כן שהזכות של העובדים לשבות כזכות עקרונית תישמר מכל משמר. לכאורה זכות זו מגיעה גם לציבור הרופאים. אדרבה, זכות השביתה נחוצה במיוחד בנוגע לרופאים, שכן זהו מקצוע שנדרש לשמור על כבודו ומעמדו. עסקינן במקצוע הדרוש השקעה עצומה, הן כדי להתקבל ללימודי המקצוע, הן במהלך הלימודים, הן בשלב ההתמקצעות הנמשך שנים ארוכות והן בהשקעה האינסופית הנדרשת מן הרופא במהלך עבודתו היומיומית. אם השקעה זו אינה זוכה בתגמול יש בכך כדי לתסכל את הרופא וכדי לשדר מסר כי השקעתו אינה מוערכת. גישה זו תביא לכך שאנשים טובים יירתעו מלבחור במקצוע הרפואה, ובשים לב לעובדה שחלק ניכר מהרופאים הם בנייהם ובני משפחתם של רופאים, התוצאה של תסכול ותנאים מחפירים עלולה להיות שאדם יאמר לבנו או לבן משפחתו אל תצעד בדרכי. בנוסף, רופאים מקצועיים עלולים לעזוב את הארץ או לא לשוב אליה – והתוצאה מהמכלול תהא ירידה ברמת הרפואה בישראל. השביתה היא אפוא צורך חיוני של מי שעוסק בתחום חיוני כדי לפתח את התחום הזה ולשמור על כבודו.

2. מצד שני, אפשר לצאת מנקודת הנחה די ברורה שלשביתה הרופאים יש מחיר כבד בבריאותם של אנשים או אף בחייהם. התוצאה היא שבעצם כדי שהרופא יזכה במה שמגיע לו מהמעסיק – הוא לוקח כ"בן ערובה" צד שלישי חף מפשע, התלוי בו בחייו, ונמנע מלתת שירות בתחום חיוני ואפילו קריטי. איזו הצדקה יש לאדם לנסות ולהגיע להישגים כלכליים על ידי כך שהוא פוגע בחייו של צד ג', חף מפשע? הן לא עסקינן בשביתה השוללת שירותים הנוגעים להרגלים ולאיכות חיים, אלא בתחום הנוגע – לחיים עצמם. האם אפשר לסכן חיים של צד ג' כדי לקבל יותר כסף? ובכלל, האם אפשר להחזיק מישהו כבן ערובה כאשר חייו תלויים במאבק שאינו מתנהל איתו כלל? פרופ' שמעון גליק במאמרו "שביתה רופאים שיקולים אתיים"³ דן לאחרונה בשביתה רופאים מן ההיבט האתי והביא לידי ביטוי בהקשר זה פסיקה של בג"ץ, שבה חויבה מדינת ישראל לשחרר מספר אזרחים לבנונים שנלקחו בשבי הישראלי וריצו את מאסרם בארץ. האסירים הלבנונים הוחזקו במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן קשה שישאל ניהלה לשחרורם של הנווט רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים מקרב כוחות הביטחון.⁴ ביהמ"ש בהרכב של 9 שופטים קבע כי אין זה חוקי ומוסרי להחזיק באנשים חפים מפשע כבני ערובה כדי ללחוץ על חוטפי חיילים. לדבריו של פרופ' גליק, "על רוב השביתות במגזר הציבורי ניתן ללמוד בגזירה שווה. העובדים השובתים מונעים שירותים ציבוריים מצד שלישי, האזרחים, והופכים אותם

3. שמעון גליק "שביתה רופאים שיקולים אתיים", הרפואה, 151, ינואר 2012, 15-12.

4. דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד(1) 721, מיום 12.4.2000.

לבני ערובה כדי ליצור לחץ על המעבידים. מעשה כזה ניתן לראות כבלתי חוקי ובלתי מוסרי, בהתאם לעקרון האתי המפורסם של קאנט⁵.

3. יתרה מכך, רפואה אינה עיסוק גרידא אלא זהו מקצוע שיש בו שליחות חברתית. הרופא נטל על עצמו מחויבות להיות ער למצוקה רפואית של אנשים ולסייע להם גם אם אין מי שישלם בגין כך. רופא אינו יכול לעבור לסדר היום ולהתעלם ממצוקה כזו, גם כשהדבר כרוך מבחינתו במחיר אישי. בהקשר זה, באים לידי ביטוי נורמות שיסודן בשבועת הרופאים ובהגדרת תפקידו של הרופא והמחויבות שנטל על עצמו כשבחר במקצוע הרפואה. לכאורה, רופא לא יכול לסרב לתת טיפול רפואי כשהוא יודע על צורך בקיומו של טיפול כזה והוא ויתר מראש על האפשרות להיות בן חורין לסרב להושיט עזרה רפואית כשאנשים במצוקה. הנורמה הזאת, החלה על הרופא בחיי היומיום, אמורה לכאורה לעמוד לו לרועץ כשהוא בא לשבות, שהרי הוא מחליט מסיבות כלכליות אנוכיות שלא להושיט עזרה לציבור שנוזק לטיפול רפואי, הנמצא באחריותו הישירה.

4. בהקשר זה יש כמובן להבחין הבחנה ברורה בין שני סוגי שביתות:

שביתה של מי שטוען כי התנאים לא מאפשרים לו מתן שירות, ואשר תכליתה שיפור השירות. במקרה זה, השביתה לא נועדה לשפר את מצבו של הרופא אלא את מצב החולים. שביתה שכזו היא בבחינת "סתירה" שהיא בניין, והימנעות ממתן שירות ופגיעה בחולים בטווח הקצר כדי לאפשר מתן שירות הולם ואחראי בטווח הארוך. הדבר משול למי שמנתק מכשיר רפואי מיושן למשך שעות כדי להתקין במקומו מכשיר משוכלל יותר. גם במקרה כזה קיים קושי, שהרי זו פגיעה בחולה הנוכחי כדי לאפשר טיפול הולם בחולה העתידי והכלל הוא כידוע ש"אין דוחים נפש מפני נפש"⁶. אבל ניתן לומר שאלו שיקולים הנוגעים לטובת החולה וייתכן שיש להצדיק אותם גם מזווית הראיה של מחויבות הרופא כלפי מטופליו.

לעומת זאת, שביתה שנועדה לקדם את רווחתו האישית של הרופא משולה למצב שבו אדם אומר לחולה "אני לא מטפל בך" – כי זה לא משתלם

5. קאנט חקר את מהותו של המעשה המוסרי, והסיק שחוק מוסרי הוא זה שהינך מוכן שיתנהגו איתך על פיו. (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות תרצ"ג, 79-78). קאנט סבר, בין היתר, שקיים חוק מוסרי **אוניקטיבי** וכי אנחנו יודעים אותו לא באמצעות הניסיון אלא באמצעות התבונה. מה שאינך מוכן שיהפך לחוק מחייב מכיוון שהוא עלול ביום מן הימים להיות מופעל כלפיך – אינו מוסרי (למעשה, זהו הכלל הידוע של הלל הזקן, לפיו: מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך – שבת דף לא, ע"א). לכן, סבור קאנט כי לא ניתן להיות תועלתני ולקבוע שיש מטרה המקדשת את האמצעים, שהרי אדם צריך לצפות כי ביום מן הימים יהיה הוא עצמו האמצעי. בהתאם לכך, נמצא כי שביתת רופאים נוגדת לעקרונות המוסר, שהרי הרופא השובת צריך לצפות כי יבוא יום שבו הוא עצמו, או בן משפחתו, יהא זקוק לטיפול רפואי ויימצא במצב שבו רופא אחר שובת ומשתמש בו כאמצעי כדי להשיג מטרה כלכלית מהמעביד שלו. האם יסכים לכך?!

6. סנהדרין דף עב, עמ' ב'.

לי". איך אפשר להצדיק התנהגות כזו מבחינה מוסרית ובמיוחד כשהיא באה מצד הרופא? אכן, בההרנו כי זו ראייה פשטנית, שכן לא מדובר ברופא בודד המסרב לטפל בחולה בשל בצע כסף, אלא מדובר בציבור רופאים שמחליט לשבות כדי להגן על כבוד המקצוע. לכן, גם שביחה מסוג זה נוגעת לרמת הרפואה ובסופו של יום פועלת לטובת החולה. אבל עדיין יש כאן אלמנט ברור של פגיעה בחולים מטעמים כלכליים – והשאלה האתית היא חריפה.

5. במאמר זה נדון בסוגיה זו וננתח אותה משלושה היבטים:

- היבטים משפטיים ספציפיים.
 - משפט עבודה קיבוצי ודיני שביתות.
 - האלמנט המוסרי.
- לכסוף נבקש להציע מודוס של פתרון הנובע מניתוח ההיבטים האמורים.

א. היבטים משפטיים ספציפיים

6. במשך שנים רבות שררה תפיסה משפטית לפיה שביחה חסינה מפני תביעות נזיקיות, שהרי כל שביחה כרוכה מטבעה בגרימת נזק לציבור הרחב, ואם יהיו השוכתים חשופים לתביעות נזיקיות נמצאנו מסכלים את האפשרות הפרקטית לשבות⁷. ואכן, קיימות נורמות חוקיות לפיהן מוקנית חסינות כאמור, הן במסגרת דיני העבודה⁸ והן בסעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין הקובע כי שביחה והשבתה אינם עולים כדי הפרת חוזה וממילא לא חלה העוולה של גרם הפרת חוזה. ברם, שבשנת 1987 חל שינוי מגמה בפסק הדין בעניין מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציזיק⁹ (להלן "פס"ד מפעלי רכב אשדוד").

7. בעניין מפעלי רכב אשדוד נדון המקרה הבא:

קציני הים בצי הסוחר הישראלי הכריזו על שביחה על רקע תנאי שחרם. במהלך השביחה סירבו קציני הים להיענות להוראת מנהלת נמל חיפה להעתיק ממקומן שתי אוניות מכולות שעגנו ליד רציף המכולות בנמל חיפה, למרות שמטענן נפרק זה מכבר. מכיוון שהיה זה הרציף היחיד בנמל

7. ע"א 25/71 צבי פינשטיין נ' ארגון מורי בתי הספר העל-יסודיים פ"ד כה(1) 129, בו ציין כב' השופט ח' בהן בעמ' 131: "מן המפורסמות הוא כי מטבעם של שביתות והשבתות הוא לגרום להפרות חוזים שונים ומגוונים עד מאוד: ואילו היו יוזמי השביתות או השוכתים או המשיבתים צריכים לשאת בנזק הנובע מכל ההפרות האלה, היה בכך כדי לחסל את מוסד השביחה ולעשותה לכלתי אפשרית. מותר לומר כי אין שום דבר רחוק מן המחוקק הישראלי מאשר הרצון לחסל את מוסד השביחה: אם אחד השופטים באנגליה קרא לשביחה, בפסק דין שיצא לא מכבר, בשם 'פרה קרושה', הרי אצלנו יש לראות בה לפחות מעין מסורת מקודשת, עד כדי כך שאין מתירים להרהר אחריה עוד".

8. עש"מ 1/86 קוקה נ' יו"ד רשות השידור, פ"ד מ(2) 406, בו קבע הנשיא (כתארו דאז) שמגד בעמ' 415, כי סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים בא להגן על זכות השביחה; כמו כן, ר' מנחם גולדברג "זכות השביחה במדינת ישראל" עיוני משפט ג, 606.

9. ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציזיק פ"ד מ(א)3, 169.

חיפה שנועד לפריקת מכולות, לא יכלו אוניות מכולות אחרות לפרוק את מטענן. אוניית מכולות גדולה נאלצה נוכח דמי ההשהיה הגבוהים לסוב על עקביה ולשוט לנמל נאפולי. נגרם נזק כספי כבד והוגשה תביעה כספית.

8. ביהמ"ש העליון (כב' השופט שלמה לוין) קבע כי השביתה במדינת ישראל לא שייכת לתחום הזכויות אלא לתחום החירויות ואדם רשאי לקיים את החירות שניתנה לו – רק כל עוד היא לא פוגעת באחרים (וכפי שהמשיג זאת המשל האנגלי, "חירותו של אדם להניף את ידו באופן חופשי מסתיימת במקום שבו מתחיל האף של זולתו")¹⁰. פעולה שהיא מעשה עוולה נזיקי חורגת אפוא מטבעה מגדרה של החירות לשבות ואינה יכולה להיות לגיטימית. על כן, בהתנגשות שבין חירות השביתה לבין עוולות טכניות שמסכות נזק לזולת הרי שיד האחרונות על העליונה.

9. משכך, קבע בית המשפט העליון קביעה עקרונית חשובה כדלהלן: בכל שביתה נגרמים נזקים ואין מקום לאפשר הגשת תביעות בגין עצם השביתה. שהרי אם כך תעשה, נמצאת מונעת את זכות השביתה. הטלת חובת פיצויים על ציבור שובתים שתביא להרתעה שלהם מהכרזת שביתה לגיטימית, כמוה כשלילת חופש השביתה. אבל, אם השובתים לא מסתפקים בשביתה אלא הם גם עושים פעולה (אקטיבית או פסיבית) הגורמת נזק – הרי שהם לא חסינים מפני תביעת נזיקין בגין פעולה זו ותוצאותיה.

ביהמ"ש העליון הבהיר כי מבחינה היסטורית נעוצה ההכרה בזכות השביתה בטעמים כלכליים וחברתיים, שיצרו היעדר איוון בין כוחם של מעבידים לכוחם של עובדים והעמידו את העובד במצב של נחיתות. כדי לאזן את הנחיתות הזאת נקבע כי פעולה קיבוצית של עובדים היא מותרת ואף חסינה מפני תביעות. מצד שני, אי אפשר לתת לעובדים כוח עודף על המעביד באופן שישים אותו בנחיתות בלתי אפשרית. ביהמ"ש הביא את הדין האמריקאי שמכיר בזכות השביתה של עובדים בהינתן שלושה תנאים:

א) נמסרה הודעה חוקית מוקדמת למעביד שתאפשר לו להתארגן ותאפשר לו לקיים מו"מ¹¹.

10. Chafee, Free Speech in the United States, p. 31. 9/77 חכרת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ פ"ד לב(3) 337, 344-343. מ"מ הנשיא (כתארו אז) השופט לנדוי הבהיר כי גם חופש הביטוי הינו חירות ולא זכות וכנגדה ניצבת הזכות של אדם שלא ייפגע כבודו ושמו הטוב.

11. מנחם גולדברג "השביתה בחוק בהסכם הקיבוצי ובפסיקה" הפרקליט תשמ"ז, 51, בעמ' 55 גורס כי חובת ההודעה המוקדמת על שביתה נובעת מסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המטיל על מי שבידיו כוח להפעיל את שיקול דעתו בהגינות, ביושר ובתום לב. לדידו, "על מועצת הפועלים ליתן הודעה מראש על דבר קיומה של השביתה ובכך לאפשר לעותרת להקטין את נזקה, לכלכל את צעדיה ולמנוע סבל מיותר מלקוחותיה. באווירה חברתית שבה אדם לאדם זאב אין כל מקום להודעה מוקדמת שכזו, אך לא אלה היחסים אותם מטיל החוק על בעלי החווה".

ב) השביתה איננה הפרת התחייבות של האיגוד המקצועי שלא לשבות. אם אתה מאפשר לאיגוד מקצועי שלא לעמוד בדברתו, הרי ששוב אינך מאפשר למעביד להגיע איתו להסכמים כי הוא תמיד יכול לחזור בו. ג) לא נפגעות זכויות של צדדים שלישיים תמי לב.

בפס"ד מפעלי רכב אשדוד נקבע אפוא כי שביתה כמו כל זכות משפטית, חייבת להיעשות בתום לב ואינה מקנה זכות לגרום נזק. ביהמ"ש הביא לעניין זה את פסה"ד שניתן בארה"ב בפרשה הידועה של Fulenwider¹² בה נקבע כי כבאים רשאים לשבות, אבל אינם רשאים להצית אש או לחסום רחובות שימנעו הבאתם של אמצעי כיבוי על ידי אחרים, שכן הזכות לשבות לא נושאת בחובה את הזכות לעשות מטרד או להזיק. לפי זה, גם אם לשובתים היתה זכות שלא לעבוד בנמל, לא היתה להם זכות לחסום את רציף המכולות ולהתעלם מהוראה של מנהל הנמל לפנות את הרציף הזה. פעולה זו עולה כדי סטייה מנורמות מקובלות והיא חורגת מזכות השביתה ופוגעת בזכויות צד ג' ספציפי. ביהמ"ש קבע בעניין מפעלי רכב אשדוד כי חלה על החוסם חובה לציית להוראות מנהל הנמל, שכן לבעלי המטענים היתה זכות לקבל את שירותי הנמל כדי לקדם את חופש העיסוק שלהם והחוסם היה צריך לצפות מראש שהחסימה תפגע בזכויות האנשים הללו. ביהמ"ש העליון ציין כי אכן סעיף 62(ב) לפקודת הנוזיקין קובע כי שביתה והשבתה אינם עולים כדי הפרת חוזה ולכן אי אפשר להחיל את העוולה של גרם הפרת חוזה. אבל, אין חסינות מוחלטת מדיני נזיקין ולכן הוחלו נורמות של חיוב בנוזיקין עקב עוולת הרשלנות ואולי גם עקב עילה של הפרת חובה חקוקה.

10. פרופ' נילי כהן ניתחה את פסק הדין בעניין מפעלי רכב אשדוד¹³ והבהירה כי למעשה פסה"ד דן בנוק שנגרם לא בשל מעשה רשלני, אלא בשל מעשה (או מחדל) מכוון של קציני הים. משל למה הדבר דומה? לנהג משאית המקבל במהלך נסיעתו הודעה על שביתה שהכריז ארגון נהגי המשאיות והוא מחליט לעצור את רכבו בו-במקום ולא בשולי הדרך. בכך הוא גורם לחסימת הכביש. זה לא מעשה רשלני, אלא מכוון. זכות השביתה אינה מצדיקה מעשה שכזה. קציני הים אמנם שבתו ועל כן אין לבוא עימם חשבון, אבל מכיוון שרק להם היתה אפשרות להעתיק את האוניות ממקומן הרי שהעובדה שהם שובתים לא פטרה אותם מהחובה לציית לרשויות הנמל, ומשלא עשו כן – בפנינו עוולה נזיקית.

12. Fulenwider v. Firefighters ass'n local 268D. 2S. w 649 (1982).

13. פרופ' נילי כהן "נוזקי שביתה הרשלנות הודונית הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה", **עיוני משפט** יד(1), 173.

11. אם ניישם הלכה זו ביחס לשביתת הרופאים, יימצא כי הרופאים יהיו מנועים מלנעול את שערי המוסדות הרפואיים או מסיכול אפשרות שמשרד הבריאות יתארגן למתן שירותים רפואיים לאוכלוסייה באמצעות ייבוא רופאים מחו"ל. אם כך יעשו הרופאים, הם יהיו חשופים לתביעה נזיקת חמורה שממנה אין להם חסינות.

12. יש לציין כי על פסה"ד בעניין מפעלי רכב אשדוד נמתחה ביקורת קשה של פרופ' רות בן ישראל¹⁴, שסברה כי נכון לדון בסוגיה של נזקי שביתה על פי דיני העבודה הקיבוציים ולא על פי כללי המשפט האזרחי הכלליים¹⁵. כך גם גרס נשיא בית הדין לעבודה, השופט סטיב אדלר, במאמרו על חופש השביתה בראי הפסיקה¹⁶. ברם, שהלכה זו לא שונתה ע"י ביהמ"ש העליון. יתרה מזו, נראה כי ההלכה של מפעלי רכב אשדוד הלכה והשתרשה במשפט הישראלי. כך למשל:

א) ב 1989 החליט הוועד הארצי של בנק דיסקונט להשבית את שירותי המחשב של בנק ברקליס. הוועד טען כי זו פעולה ישירה נגד המעביד ולא נגד צד ג', היות ובנק ברקליס דיסקונט הוא חלק ממערך העסקים של בנק דיסקונט. בנק ברקליס עתר לצו מניעה בהתבסס על עילות נזיקות של גרם הפרת חוזה, רשלנות, מעשה המסב נזק שלא כדין והתנהגות שלא בתום לב. בית המשפט המחוזי נענה לפניה, וקבע על בסיס הלכת מפעלי רכב אשדוד כי פעולות הוועד אינן בגדר שביתה היות וכוונתו נגד לקוח ספציפי אחד. ביהמ"ש הפך את ידיעת העובדים לגבי נזק שייגרם לצד ג' מסוים לגורם הקובע האם הפעולה לגיטימית¹⁷.

ב) החברה הלאומית לאספקת פחם הגישה תביעה נגד קציני הים¹⁸ בשל הפסקת שירותים לאזוניות המגיעות לפריקה. ביהמ"ש המחוזי בחיפה (השופט דן בייז) קבע כי השביתה לא כוונה נגד המעביד אלא היתה מיועדת להפעיל לחץ על צד ג'. שביתה כזו (secondary boycott) אינה מוגנת על ידי חסינויות כלשהן וחשופה לתביעות נזיקות בעקבות הלכת מפעלי רכב אשדוד.

ג) עובדי משרד הפנים שבתו והשופטת (כתוארה אז) אלישבע ברק קבעה כי יש סמכות להורות לעובדים למרות העיצומים להביא מסמכים לביהמ"ש כדי לשמור על תפקודו התקין של ביהמ"ש¹⁹. גם

14. פרופ' רות בן ישראל, משפט עבודה קיבוצי: השביתה (1987), 102.

15. פרופ' רות בן ישראל, "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה", עיוני משפט יד(1), 149.

16. סטיב אדלר, "חופש השביתה בראי הפסיקה", ספר ברנזון (2000), 473, 484.

17. ת"א (תל-אביב) 2233/89 בנק ברקליס דיסקונט לישראל בע"מ נ' הוועד הארצי של ארגון עובדי בנק דיסקונט.

18. ה"פ (ירושלים) 1380/93 ההברה הלאומית לאספקת פחם בע"מ נ' מרקוביץ.

19. תב"ע נב/0-4 מ"י, משרד הפנים - הסתדרות הכללית של העובדים בישראל ואח', ביה"ד

לא ניתן לסרב להנפיק תעודת זהות ולפגוע בזכויות ההצבעה בבחירות מוניציפאליות שעמדו להתקיים. השופטת ברק קבעה עוד כי השביתה פגעה בזכויות יסוד של חלק מהציבור בכך שלא הנפיקו להם דרכונים ונפגעה זכות התנועה של אזרחים המבקשים לנסוע לחו"ל לצרכי בריאות או למילוי תפקידים חשובים.

13. יתרה מכך, בהלכת מפעלי רכב אשדוד נמצא נדבך חשוב נוסף. ביהמ"ש העליון ציין דוגמא מעניינת של רופאים:

"לא יכולה להיות מחלוקת בדבר קיומה של חובה נזיקת המוטלת על העובדים במקרה של רופא כירורג שכיר המקבל ידיעה שההסתדרות הרפואית אליה הוא משתייך הכריזה על שביתה והוא משאיר חולה, שאותו כבר החל לנתח, על שולחן הניתוחים, הולך לדרכו והחולה נפטר. האם יעלה על הדעת שליוורשיו ולתלוייו לא תהיה עילה נזיקת נגד הרופא?"²⁰

ואכן, נראה ברור על פניו כי בדוגמא הקיצונית שנתן ביהמ"ש יהיה זה פשע מצד רופא להניח את הסקרפל מידו באמצע ניתוח, לצאת מחדר הניתוח ולתת לחולה למות, רק כי הוכרזה שביתה. במקרה שכזה יש אף חשש כי הרופא יואשם בפלילים. יתירה מכך, נראה כי הדוגמא האמורה של ביהמ"ש בעניין מפעלי רכב אשדוד, נכונה לגבי כל חולה המקבל טיפול ממושך, שאי אפשר להפסיקו באמצע בלא לסכן חיים. הרופא לא יוכל לצאת לשביתה יחד עם כל רופאי המחלקה ביודעין כי מצבו של החולה המסוכן הזה יתדרדר, ותהא זו אחריות של הרופא המטפל או של מנהל המחלקה לדאוג להמשך הטיפול הזה גם בזמן שביתה.

14. הרציונל המשפטי של הדברים צוין על ידי פרופ' נילי כהן במאמרה הנ"ל, עמ' 186, ולפיו: "גם בתקופת שביתה מוטלת על עובד חובת נאמנות... חל עליו האיסור לפגוע באינטרסים של המעביד". [ראה: רות בן ישראל, משפט עבודה קיבוצי: השביתה. (תל אביב, 1987) 90-85].

בהקשר זה נעמוד בקצרה על משקלה של חובת האמון כאמצעי משפטי רב עוצמה וערך. עמנואל לוינס, הפילוסוף היהודי-צרפתי הנודע, ניתח יחסים שבין אדם לחברו והבהיר כי קיימים במסגרתם שני מצבים, שיש מתח מתמיד ביניהם: מצב אחד הוא יחסי הדדיות כאשר אדם פועל ומונע מכוח האינטרס האישי שלו, אך מתחשב בזולתו, כדי לאפשר קיום הוגן בחברה; מצב שני הוא פעולה של אדם מתוך תחושת מחויבות לזולת, אשר

האזורי לעבודה בירושלים (פורסם נבו), מיום 25.5.92; וראו: פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג, תשנ"ד 21, 42-43.

20. ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם צייק פ"ד (אביב, 3) 169, 194.

במסגרתה הוא מעדיף את אינטרס האחר על פני אינטרס העצמי שלו.²¹

המשפט מאמץ הבחנה זו שבין הדדיות למחויבות. במקרה רגיל אדם לא מוותר על אינטרס אישי והמשפט מחיל נורמה המשתיתה יחסי הדדיות והוגנות. לעומת זאת, מקום שבו יש תלות של האחר - הרי שמחובתו של בעל הכוח לדאוג לשלומם של התלויים בו ולהעדיף את האינטרס שלהם על פני האינטרס של עצמו. בהתאם לכך, נראה למשל כי הורים האמונים על האינטרס של ילדיהם התלויים בהם, אחראים כלפיהם ומחויבים לתת קדימות לדאגתם זו. נורמה זו אינה מתמצית ביחסי הורה וילדו והמשפט החיל אותה בכל מקום שבו יש יחסי תלות של גורם אחד בגורם אחר המרכז בידו כוחות עודפים. חובה זו מוכתרת כ"חובת אמן" ומוחלת בשורה ארוכה של מצבי תלות, שכן המשפט מכיר בכך שכוח ללא אחריות עלול להיות מנוצל לרעה. על כן, נוצרת נורמה משפטית הניצבת כמשקל נגד לכוח האמור ואמורה לאזן אותו ולתעל את השימוש בו לאפיקים נכונים.²²

21. בהקשר זה מבהיר לוינס כי הנורמה הכללית השוררת ביחסים שבין אדם לחברו מכירה בדומיננטיות של האינטרס האישי להתקיים, שהרי שאיפתו הטבעית של כל "יש" קיים היא – להתמיד בקיומו. השאיפה הזאת היא מה שניתן לזהות כמלחמת הקיום. ובמלחמה כמו במלחמה, המטרה היא לנצח ואין מקום למחנות כלפי הצד השני. ממילא, אין חובה להעדיף את אינטרס הזולת על פני האינטרס העצמי, שהרי נורמה שכזו אם תוצב, תהא בלתי טבעית ותסתור לאינטרס הקיום האנושי. על כן, ערך היסוד הנורמטיבי הוא הדדיות ומגשש אינטרסים, אך לא העדפת האינטרס של הזולת על פני האינטרס העצמי. ברם, אם האדם מעדיף את עצמו על פני זולתו בכל מצב ובכל נסיבות, הרי ש"מוותר האדם מן הבהמה אין" ואילו האדם נברא ב"צלם אלוקים". צלמו מתבטא, בין השאר, בכך שהראגה לאחזר עשויה להיות חזקה מן הדאגה לעצמו. האנושיות של האדם מתבטאת ביכולתו להכיר בקדימות של האחר, וביכולת להתרומם מעל לאינטרס האישי ולנהוג בשאר רוח ומתוך תחושת מחויבות כלפי הזולת.
22. ההבחנה בין הדדיות לבין מחויבות היא למעשה ההבחנה בין עקרון תום הלב כבסיס לנורמת התנהגות הדדית בין אדם לחברו במשפט הפרטי, לבין יחסים המושתתים על חובת אמן היוצרת מחויבות משפטית גבוהה יותר המאפיינת את כללי המשפט הציבורי. פרופ' אהרן ברק בספרו **שיקול דעת שיפוט** (1987), עמ' 496, מבהיר כי "חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – אדם. לעומת זאת, חובת האמן קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בבחינת אדם לאדם מלאך". פירושו של מטאפורות אלה הוא, בפשטות, כדלקמן: המשפט אינו יכול לצפות מהאדם הרגיל להתגבר על הנטייה שלו לפעול לפי האינטרס שלו ולדאוג לעצמו. חובת תום הלב מנסה לעדן את מלחמת הקיום ולתעל אותה לקווים ברורים של תחרות הוגנת, בבחינת אדם לאדם – אדם, ולא זאב, וזוהי חובה מינימאלית המיועדת להשתית יחסים של הדדיות ומגשש אינטרסים בלא שאדם יונח את האינטרס האישי שלו. ברם, יש מקום שבו מצפים לנורמה גבוהה יותר, שבה אדם מעדיף את המחויבות לזולת על פני האינטרס האישי שלו. בבסיסה של נורמה זו ניצבת הנחה כי יש לפעול באופן אלטרואיסטי, נעדר אינטרס אישי – כמלאך שרת, המבצע שליחותו ומשרת בלא כל אינטרס אישי משלו. הנורמה המשפטית מאמצת את העקרונות של לוינס בדבר העדפת מחויבות על פני הדדיות מקום שבו היחסים מושתתים על חובת אמן. חובת האמן הן הבסיס הנורמטיבי לכללי המשפט הציבורי, לפיהן "אדם לאדם מלאך שרת", שכן לאיש הציבור אין משלו ולא כלום וכל אשר לו מופקד בנאמנות עבור הציבור. לאיש הציבור אסור לשקול שיקול אישי כלשהו, ושקילת שיקול אישי בשירות הציבורי עולה כדי שיקול זר.

15. חובות אמן חלות במערכות יחסים רבות שבהן יש תלות בין אדם לרעהו. פרופ' דניאל פרידמן מבהיר בספרו כי הקטגוריות שבהן הוכרו יחסי אמן הינן רחבות ביותר ואינן מהוות רשימה סגורה.²³ חובת האמן מושתתת על יסוד עיוני ברור ומיועדת למנוע שימוש לרעה בכוח כאשר אדם אחד הוסמך לנהל את ענייני זולתו. אולם, היישום של חובות אלה מסור כחומר ביד היוצר בידי הפסיקה השיפוטית ומהווה כלי משפטי רב עוצמה לפתרון סיטואציות שבהן מנוצלים לרעה עודף כוח ותלות.²⁴

16. דוגמה מובהקת ליחסי אמן כאמור – הם יחסי רופא-חולה, שהרי חובות אמן הם ביטוי לגורמות שהמשפט משית בכל מקום שבו יש חוסר איזון בין שני צדדים, והאחד תלוי במשנהו. יחסי חולה-רופא הם מן המובהקים שביחסי תלות אלו, שהרי לא עסקינן רק בפערי ידע ומיומנות בין חולה לרופא, אלא במצוקה קיומית שבה מצוי החולה, ובמי שיכול למצוא מזור למכאוביו בשעות הקשות. הסברה נותנת כי יחסי רופא-חולה ומחויבותו המוסרית והמשפטית של הרופא כלפי החולה אינה פוקעת בעת שביתה.

17. חובות האמן החלות על הרופא מחייבות אותו לתת שירות רפואי לפציינט. חובות אמן אלו אינן שובתות, ומכאן שהרופא חייב להמשיך להעניק שירות רפואי גם בזמן שביתה. ומשחלה חובה זו היא אינה מוגבלת לשירות שכבר החל ומצוי בעיצומו (כמו חולה על שולחן הניתוחים), אלא גם במקרה של טיפול שטרם החל. טלו למשל מקרה שבו בזמן שביתה מתכנסים רופאים לשמוע הרצאה מלומדת על זכות השביתה. לפתע, צונח אדם עם התקף לב וצריך לטפל בו באופן מיידי. היעלה על הדעת שהרופאים ישבו בחיבוק ידיים וימשיכו לשמוע את ההרצאה בטענה כי "עכשיו אנו בשביתה, ולכן איננו רופאים" או שמא כולם מבינים שחובת הנאמנות שלהם כרופאים ממשיכה להתקיים וממילא הם חייבים להושיט טיפול רפואי?!

נראה אפוא לאור פס"ד מפעלי רכב אשדוד, כי זכות השביתה תוגבל עת שבפנינו אינטרסים חיוניים וקיומיים של הציבור. חובת הנאמנות הבסיסית ממשיכה גם בזמן שביתה ומחייבת לכאורה להגביל את השביתה של הרופא ולא לאפשר לו להתפרק ממחויבותו המוסרית כלפי החולה. בהתאם לפסיקה זו נמצא לכאורה כי רופא שאינו מספק שירות רפואי חיוני לחולים הנמצאים במסגרת של טיפול מתמשך, ומסכן את חייהם – נחשף

23. דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שניה, 1998), 531-593.

24. לסקירה מקיפה באשר להחלת יחסי אמן בהלכה הפסוקה באנגליה ובארה"ב ראו: אברהם וינרוט *חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי* 98-103 (תשנ"ה). כמו כן ראו שם בעמ' 103-106 דוגמאות לשימוש שעושה הפסיקה הישראלית בחובות האמן כ"מפתח גנבים" המסייע בפתרון בעיות מגוונות. הלכות אלו עושות שימוש בהגינות השאובים ממאמרו הידוע של I. S. Sealy "Fiduciary Relationship" (1962) Camb. L.J 69; I. S. Sealy "Some Principles of Fiduciary Obligation" (1963) Camb. L.J.

לסיכון מפני תביעה נזיקתית. קביעה זו מגבילה מטבעה את חופש השביתה של הרופאים.

18. בנוסף לחובת האמון, שהיא פרי הפסיקה, נראה כי יש לבחון קיומה של חובה שמקורה בחקיקה, שכן בפס"ד מפעלי רכב הוחלו נורמות של חיוב בניזיקין עקב עוולת הרשלנות ואולי גם עקב עילה של הפרת חובה חקוקה. סעיף 63 לפקודת הנזיקין קובע את העוולה של הפרת חובה חקוקה, ומטיל אחריות נזיקתית על אדם שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי חיקוק שלפי פירושו הנכון נועד לטובתו או הגנתו של אדם אחר.²⁵ האם קיימת חובה חקוקה שאותה מפר רופא בעת שביתתו?

19. נראה כי בהקשר הזה באות לידי ביטוי שתי נורמות מהמשפט הכללי החלות על הרופא:

(א) סעיף 1 לחוק "לא תעמוד על דם רעך", תשנ"ח-1998, קובע כי "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו כאשר לאל ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו".

בפנינו נורמה המטילה חובה להושיט עזרה לאדם המצוי בסכנה חמורה ומיידית. אכן, נורמה זו חלה רק על מצב של אדם הנמצא לנגד עינינו. אבל נראה שרופא לא יוכל להתעלם ממה שקורה בבית החולים בטענה שהדבר לא נמצא לנגד עיניו באשר הוא לא הגיע באותו יום לבית החולים. סביר להניח שביהמ"ש יפרש את המונח "נמצא לנגד עיניו" באופן רחב, כך שהוא יחול על כל דבר שהרופא יכול להיות מודע לו אם רק לא יסיט את מבטו. נראה על כן שזכות השביתה לא תאפשר לרופא להתעלם ממצב של סכנה חמורה ומיידית לחייו של אדם. עם זאת, חוק זה הוחל על מצב של אירוע פתאומי וספק אם הוא חל על אירועים צפויים מראש.

(ב) חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, קובע בסעיף 3 כדלהלן:

"א. כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים מעת לעת במערכת הבריאות בישראל.

ב. במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".

חוק זה יוצר מחויבות כלפי החולה להעניק לו טיפול רפואי. נראה שקשה יהיה לטעון כי רופאים השובתים פוגעים בסעיף 3(א) לחוק זכויות החולה, שכן סעיף קטן (א) מטיל את המחויבות כלפי החולה על מערכת הבריאות בישראל. המחויבות גם מותנית בקיומם של תנאים

25. במקרה שחלה עוולה זו חייב המזיק לשלם בגין הנזק שההפרה הסבה ושאליו התכוון החיקוק.

והסדרים הנוהגים במערכת הבריאות ואפשר בהחלט לומר ששביתה שהוכרזה כדין היא חלק מדרך הילוכה של מערכת הבריאות. ברם, סעיף 3 לחוק זכויות החולה כולל גם את סעיף קטן (ב), הקובע כי במצב חירום זכאי החולה לקבל טיפול רפואי דחוף "ללא התניה". כאן נראה לכאורה, שזכות החולה לקבל טיפול דחוף אינה מופנית רק כלפי מערכת הבריאות על התנאים השוררים בה והמחוקק קבע במפורש שהזכות הזו היא טוטאלית ובלתי מותנית. לכאורה, רופא לא יכול לפטור עצמו ממחויבות לחולה כזה בטענה שהוא שובת ואי-מתן הטיפול רפואי חיוני – עלול לעלות כדי הפרת חובה חקוקה שממנה לא יהא הרופא חסין.

20. לאור הפסיקה והחקיקה האמורה נראה אפוא כי גם כאשר השביתה היא כדין, מוגבלת זכות השביתה במספר הגבלות, שבלעדיהן מסתכן הרופא באחריות אישית בניזיקין:

(א) הרופאים מנועים מלנעול את שערי המוסדות הרפואיים ומסיכול אפשרות למתן שירותים רפואיים לאוכלוסייה באמצעות רופאים חלופיים.

(ב) חובת האמון לא שובתת והרופאים מחויבים לספק שירות רפואי למי שנמצא במצב חירום רפואי וזאת גם בזמן שביתה.

(ג) כשם שישבה ועדת חריגים בעת שביתה הפרקליטות והחליטה באיזה תיק בכל זאת ימשיכו להופיע פרקליטים, מחייבת לכאורה חובת הנאמנות של הרופא כלפי הפציינטים שגם בזמן שביתה הרופאים תשב ועדה מקצועית (של הסתדרות הרופאים או של בית החולים) ותחליט באופן כללי וכן על בסיס אינדיבידואלי ביחס לכל חולה וחולה – איזה שירות חיוני ברמה שהפסקתו מסכנת חיים, ועל כן יש להמשיך לספק שירות זה.

21. מכאן נעבור אל המישור השני של זכות השביתה לאור דיני העבודה הקיבוציים. נראה כי דינים אלו מוסיפים מספר מגבלות נוספות.

ב. משפט עבודה קיבוצי ודיני שביתות

22. נשיא בית המשפט הארצי לעבודה בדימוס, כבוד השופט סטיב אדלר, דן בהתפתחויות של חופש השביתה בישראל ומבחין בין תקופות שונות.²⁶ בתקופה הראשונה, עם הקמת המדינה ועד לשנות ה-70, היתה חירות השביתה – חירות מוחלטת. לאחר מכן, באה התקופה השנייה, החל מתחילת שנות ה-80 ועד אמצע שנות ה-90, ובה הוטלו מגבלות על זכות

26. אדלר, לעיל, הערה 16.

השביתה²⁷. כך למשל, פסקו בית הדין הארצי לעבודה ובג"ץ כי יאסרו שביתות פוליטיות ומשפט העבודה הקיבוצי לא יחול על היעדרות קולקטיבית של עובדים מטעמים פוליטיים המכוונים כנגד הריבון²⁸. כמו כן, נקבע כי שביתה אינה יכולה לפגוע בעקרונות יסוד החשובים לדמוקרטיה, כמו למשל תשדירי שירות לבחירות²⁹. באמצע שנות ה-80 אישר ביהמ"ש העליון הרשעה של ראש וועדת עובדים ברשות השידור בגין הפסקת שירות חיוני של שידור מהדורת מבט לחדשות³⁰. ביהמ"ש קבע כי לא תינתן הגנה של משפט העבודה וכי מוצדק להיעזר בכלי של צווי ריתוק על מנת להיאבק בשביתות מסוג זה³¹. הכלי של צווי ריתוק אינו קיים עוד עם ביטול תקנות שעת חירום. חלף זאת, אנו רואים הפעלה של בתי משפט כדי לתבוע תביעות נזיקיות והחלטות של ביה"ד הארצי לעבודה המפעיל מגמה של איזונים, דהיינו של התחשבות בחירות השביתה אל מול זכויות ועקרונות משפטיים אחרים. ביה"ד יצא מנקודת הנחה שמרבית השביתות במגזר הציבורי פוגעות בזכות כלשהי של המעסיקים והציבור, אבל שביתה לא תותר כשהיא פוגעת בזכויות יסוד, כמו חופש ביטוי או בשירותים חיוניים³².

השלב השלישי נהג מאמצע שנות ה-90 ובו אימץ ביה"ד מדיניות מצמצמת נגד מתן צווי מניעה לשביתות כאשר מתקיימת הפרוצדורה החוקית. דהיינו, שהשביתה תהא מאושרת כדין ולאחר הודעה כדין. בית הדין לעבודה איזן במידה רבה את עודף הכוח שנצבר בידי הממשלה עקב

27. שביתה שאינה מוגדרת כלגיטימית אינה נהנית מהחסיוניות שהוקנו בפקודת הנזיקין ובריני העבודה השונים, ופירושה הפרת חוזה עבודה והפרת חובת המשמעת המוטלת על העובדים. במקרים אלה, השובתים ומארגני השביתה חשופים לסנקציות (פיטורין, איבוד זכויות סוציאליות, אחריות בנויין כלפי צדדים שלישיים ועוד) ולצווי מניעה; ראו: מיכל שקד "תאוריה של איסור השביתה הפוליטית" **שנתון משפט העבודה** 1999, 185.

28. בג"ץ 525/84 **חטיב נ' ביה"ד הארצי פ"ד מ(1) 673**. בית הדין הארצי לעבודה גם קבע כי שביתה של עובדי טלפון נגד כוונת המדינה להעביר את שירותי הטלפון מחסותו של משרד התקשורת לחברת בזק מותרת מכיוון שהיא מיועדת להגן על אינטרסים כלכליים. בג"ץ קבע כי היות וזו שביתה המכוונת נגד הריבון הקובע את המדיניות הכלכלית ולא נגד המעביד, הרי שהשביתה אסורה. ראו: בג"ץ 1074/93 **היוצץ המשפטי לממשלה נ' ביה"ד הארצי פ"ד מט(2) 485**. כמו כן, נדונה בפסיקה שביתה "מעין פוליטית", הנמצאת בתווך שבין שביתה פוליטית טהורה לשביתה כלכלית ומתארת מצב שבו העובדים שובתים נגד הממשל בנושא שאינו קשור ישירות בתנאי עבודתם במובן הצר, אך משפיע על זכויותיהם במישורין. ראו ענין בזק הנ"ל. כמו כן, נדונה בפסיקה "שביתת אהדה" – קרי, שביתה נגד מעביד של עובדים אחרים המבקש לפגוע בהם או מסרב לשפר את תנאי העסקתם בנושאים שניתן להסדירם בהסכם קיבוצי.

29. בג"ץ 372/84 **קלופר נהו נ' שר החינוך פ"ד לח(3) 233**.

30. עש"מ 1/86 **קוקה נ' יו"ר רשות השידור פ"ד מ(2) 406**.

31. באותה עת שררו בישראל תקנות שעת חירום שמכוון יכלה הרשות המבצעת להוציא צוויים והממשלה השתמשה בסמכות הזאת כדי להוציא צווי ריתוק על מנת למנוע שביתות בשירותים חיוניים. לענין זה ראו מרדכי מירוני, "צווי ריתוק כללי להתערבות הממשלה בסכסוכי עבודה בשירותים החיוניים", **משפטים** טו, 350.

32. דב"ע נז/41-27, **הסתדרות הכללית נ' מכתשים מפעלים כימיים**, פד"ע ל, 449.

ירידת כוחה של ההסתדרות הכללית, בעקבות חוק ביטוח בריאות ממלכתי שגרם לירידה חדה במספר המתאגדים במסגרת ההסתדרות. עם זאת, הוחלו תורות של איוונים שתכליתם להבטיח רכיב של תום לב בהפעלת השביתה והפעלת כללי משחק הוגנים: הודעה מוקדמת ומו"מ לפני מיצוי זכות השביתה, כך שהשביתה תבוא רק כשאין מנוס מהפעלת נשק השביתה.

23. דוגמא מובהקת לגישת בית הדין לעבודה היא פרשת רשות הגנים הלאומיים³³ שבה הצדדים ניהלו מו"מ במשך שישה חודשים והנה עמדה לפרוץ שביתה במהלך חג הסוכות שבו מתקבלים כ-20% מהכנסות הרשות, שכן אז נוהגים תושבי ישראל לטייל ולבקר בגנים הלאומיים. מובן כי היתה זו הפעלת כוח בלתי סבירה על המעביד וביה"ד מנע את השביתה. התברר כי "אין עם מי לדבר" במהלך החג, שכן נציג משרד האוצר וגם השר הממונה יצאו לחו"ל, אבל ביה"ד קבע כי העובדים יעבדו, יקבלו את שכרם כרגיל ואילו הכנסות הרשות שיופקו במהלך החג יופקדו בחשבון נאמנות וישוחררו רק בסיום המו"מ, בבחינת "שביתה וירטואלית". ביה"ד נוטה לחייב צדדים למצוא פתרונות של גישור ותיווך והשופט אדלר מציין כי "המשק הישראלי אינו מסוגל לספוג שביתות ובפרט שביתות ארוכות. על כן חשוב לפתח דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכי עבודה. בהעדר גורמי תיווך במגזר הציבורי נאלצים בתי הדין לעבודה לפעול גם כמגשרים על מנת להחזיר את הצדדים אל שולחן המו"מ ובכך הוא משמש כ'בית משפט בעל דלתיים רבות' (multi door courthouse)"³⁴.

24. השביתה הוכרה כזכות פרי הפסיקה הישראלית ופרי האמנות הבינלאומיות שישראל חתומה עליהן³⁵. עם כריתת חוקי היסוד התעוררה

33. דב"ע 8-98/41-8 הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים נ' אזולאי.
34. "בית משפט מרובה דלתות" (The Multidor Courthouse) כינוי שטבע פרופ' פרנק סנדר, מייסודי תנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution – יישוב סכסוכים חלופי), הדוגלת בקיומו של מרחב אפשרויות חלופיות לניהול סכסוך, בירור ויישוב, בצד הדרך של הליך השפיטה הקלאסי. ראו: Frank A. Sander, *Varieties of Dispute Processing, Address Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 70 Federal Research Division 111 (1976).

35. רות בן ישראל, **משפט העבודה הקיבוצי: השביתה**, עמ' 17-18: זכות השביתה מוענקת בהתאם לפירושים שניתנו לאמנה מס' 87 בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן משנת 1948, לפיהם קבעה "ועדת הוועד המנהל של ארגון העבודה הבינלאומי לעניין חופש ההתאגדות" (שהוא ארגון מעין-שיפוטי שהוקם לבחינת יישום אמנה זו במדינות החברות בארגון העבודה הבינלאומי) – סעיף 3 לאמנה זו קובע כי "הזכות בידי ארגוני עובדים ומעבידיים לערוך את חוקותיהם ותקנותיהם, לבחור בצנציגיהם מתוך חופש גמור, לארגן את מנהלם ופעולותיהם ולנסח את תוכניהם". הפסיקה של אותה ועדה קבעה כי במסגרת הזכות של ארגוני העובדים לארגן את "מנהלם ופעולותיהם" כלולה גם הזכות לשכוח. ובלשון הפסק: "...it is on the basis of the right which trade unions are thus recognized that the Committee has always considered the right to strike as a legitimate – and indeed essential – means by which workers may defend

השאלה האם זכות השביתה נגזרת מזכות היסוד של כבוד האדם? זאת

their occupational interests”.

הכרה מפורשת בקיומה של זכות השביתה במשפט העבודה הבינלאומי נלמדת מסעיף 8 לאמנה של האומות המאוחדות משנת 1966 בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות. הסעיף קובע כי “The States Parties to the preset Covenant undertake to ensure:... (d) The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country”.

במישור המשפט הבינלאומי האזורי, בגורתו האירופית, זכות השביתה מוכרת בסעיף 6 פסקה 4 של צ'רטר הסוציאלי האירופי משנת 1961: “6. With a view to ensuring the effective of the right to bargain collectively, the Contracting Parties undertake:... and recognize:... 4. The right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, **including the right to strike**, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into”.

במהלך המאה העשרים הוכרה זכות השביתה בשלוש מסגרות בינלאומיות:

1. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חבריות ותרבותיות (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) של האו"ם 1966. אמנה זו אושרה בעצרת הכללית ב-1966 ונכנסה לתוקפה ב-1976, לאחר שמספר המדינות הדרוש לכך אשררו אותה. סעיפים 8 ו-6 של האמנה עוסקים בזכויות עובדים, וסעיף 8 עוסק באופן ספציפי בזכות ההתאגדות וקובע כי “מדינות שהן צד באמנה זו מתחייבות להבטיח: [...] (ד) את הזכות לשכוח”. האמנה מכירה גם באפשרות להגביל את זכות השביתה ומציינת שתי הגבלות כאלה: הראשונה היא הגבלה כללית, והיא מתנה את השביתה בחקיקה הנהוגה בכל מדינה ומדינה; ההגבלה השנייה מציינת שלושה מגורים ספציפיים שאפשר להגביל את זכות השביתה שלהם: הכוחות המזוינים, המשטרה והמגזר הציבורי (“administration of the state”) מדינות אשררו את האמנה. מדינות ספורות כגון ערב הסעודית, מייאנמאר (בורמה) ומלזיה לא חתמו עליה, וארצות הברית ודרום אפריקה חתמו עליה, אבל לא אשררו אותה (United Nations, 2011).

2. מסמכים והחלטות של ארגון העבודה הבינלאומי (International Labor Organization). ארגון זה הוקם ב-1919 כחלק מחבר האומים, ולאחר מכן הפך לסוכנות של האו"ם. המסמכים המכונים של הארגון – חוקת הארגון (ILO Constitution), שנצרה ב-1919 וחודשה לאחר מלחמת העולם השנייה, ואמנה מספר 87 של הארגון מ-1948 (ILO, 1948). אמנם אינם מזכירים בפירוש את זכות השביתה, אבל הפרשנויות של הארגון למסמכים אלה רואות בזכות השביתה נגזרת ישירה שלהם. הביטוי המובהק ביותר לפרשנות זו ניתן בדוח שהגישה ועדת מומחים של הארגון ב-1994. דוח זה קובע ש“לדעת הוועדה, הזכות לשבות נגזרת ביסודה מזכות ההתאגדות המוגנת באמנה מספר 87” (ILO, 1994: 179). כמו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, גם דוח זה קובע שאת זכות השביתה לעובדי ציבור (“public servants”) ולעובדים בשירותים חיוניים אפשר להגביל, אבל הוא גם קובע שעובדים אלה זכאים לפיצוי על כך. הדוח גם עוסק בעקרונות יסוד אחרים של זכות השביתה כגון ההגנה על השוכחים מפליה ומפיתורים והאפשרות לחייב את ארגוני העובדים להקפיד על נהלים מסוימים לפני הכרזה על שביתה כגון מיצוי משא ומתן בין הצדדים (Ibid, 150). מדינות אשררו את אמנה 87 ולפיכך הן מחויבות לה (ILO, 2011A); בכל הנוגע למדינות שלא אשררו אותה, בכללן ארצות הברית, קבע הארגון בהודמנויות אחרות שגם חוקתן, ולא רק האמנה, מאפשרת להסיק על קיומה של זכות השביתה.

3. האיחוד האירופי הכיר בזכות השביתה בכמה הודמנויות. לדוגמה, הצ'רטר החברתי האירופי (European Social Charter) שאשרה מועצת אירופה ב-1961, קובע ש“כדי להבטיח את השימוש היעיל בזכות למשא ומתן קיבוצי, מתחייבים הצדדים להסכם: [...] 4. [להכיר] בזכות העובדים והמעבידים לנקוט צעדי מאבק מקצועי במקרים של ניגודי אינטרסים, ובכלל זה בזכות לשכוח.” Council of Europe, 1996: Article 6 (4) מסמך זה גם מאפשר להגביל את זכות השביתה לפי הסכמים קיבוציים שחתמו הצדדים קודם לכן.

מכיוון שלכאורה זכותו של עובד להתארגן באופן קולקטיבי וזכותו גם להיות בן חורין שלא לעבוד בכלל "ולחזור בו בחצי היום" מחובתו לעבוד, אם התנאים אינם נראים לו³⁶.

השופט ברק בספרו פרשנות במשפט, כרך ג' בעמ' 431, ציין כי זו שאלה שאינה נקיה מספקות. לדבריו, יש מקום לטענה כי אכן מהזכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו נגזר חופש השביתה של העובד וחופש ההשבתה של המעביד, ובכך באה לידי ביטוי האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מנקודת מבטו של העובד, באה גם לידי ביטוי זכותו להתאגד ולהגשים את מאבקו המקצועי באמצעות השביתה.

25. ברם, לכאורה ניתן לטעון כי חוקי היסוד דווקא פגעו בחופש השביתה, שכן הם עיגנו את זכויות הפרט בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד חופש העיסוק, ואילו הזכויות החברתיות לא נכללו כחלק מזכויות היסוד החוקתיות. על כן, כשהעלה המחוקק את מעמד זכויות הפרט, הוא בעצם הנמיך את מעמדם היחסי של זכויות חברתיות. כך, טוענת, למשל, פרופ' רות בן ישראל³⁷. לעומת זאת, אפשר לטעון כי זכות השביתה היא לא זכות חברתית אלא נובעת בעצמה מזכויות יסוד של העובד כגון זכותו לכבוד, זכות הקניין שלו על גופו ועל כוחו ולמעשה, זכותו על כוח עבודתו עומדת כשוות זכויות אל מול זכות המעביד על מקום העבודה, כך סבורה ד"ר מיכל שקד³⁸.

בארה"ב פסק ביהמ"ש פעם אחר פעם לטובת זכויות הקניין של המעביד המעוגנת בחוקה ולא לטובת זכות השביתה המעוגנת "רק" בחוק הפדראלי. עוד קבע ביהמ"ש כי זכותו של המעביד "להחליף באופן קבוע" עובדים שובתים כדי שהעסק לא ייפגע מהשביתה³⁹.

26. הפסיקה הכירה בכך שהשביתה נגזרת מחופש ההתארגנות ומוכרת **כזכות חוקתית**⁴⁰. כך למשל בענין רשות שדות התעופה⁴¹ קבע ביה"ד כי: "חופש השביתה והזכות לשבות מצויות בחברתן הטובה של

36. שולחן ערוך חושן משפט סימן של"ג סעיף ג: "התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום – חזרו ואפילו קבל כבר דמי שכירותו, שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים". ברם, יושם לב להמשך שם: "במה דברים אמורים, בדבר שאינו אבוד (כשאין נזק בלתי הפיך – א.א.); אבל בדבר האבוד – אחד פועל ואחד קבלן אינו יכול לחזור בו".
37. רות בן ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה ד, 27; רות בן ישראל, שביתה והשבתה בראי הדמוקרטיה האוניברסיטה הפתוחה (2003), 195.

38. מיכל שקד, "תאוריית של איסור השביתה הפוליטית", שנתון משפט העבודה ז, 185.

39. Pope, James Gray and Other Tales", *Michigan Law Review* 103 (3), pp. 518-553, 2004.

"זכות השביתה", פרלמנט, גיליון 68, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.
40. בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה בוק ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה פ"ד (מט) 2) 485, בעמ' 490-502 (פרשת בוק).

41. דב"ע מח/ 4-23 ההסתדרות הכללית נ' רשות שדות התעופה פד"ע יט 449.

זכויות יסוד אחרות כגון חופש הדיבור, חופש ההפגנה, חופש העיסוק שאף כי אינן כתובות עלי ספר אינן זכויות ערטילאיות אלא הן בעלות מעמד בכורה משפטי... חופש השביתה נמנה אף עם הזכויות המוכרות בדין הבינלאומי והוא מוכר באמנות בינלאומיות שישראל צד להן".

עם זאת, זכות השביתה לא עוגנה מפורשות בחוקי היסוד וגם לא בחקיקה, כנראה מתוך חוסר רצון להתערב בתחום יחסי העבודה על ידי פגיעה במשוואות האיזון הקיימות והימנעות מנוקשות שנוצרת מהגדרה המעלה את המשקל הנורמטיבי של חופש השביתה⁴².

27. ביהמ"ש ציין כי בלי השביתה כוחו של הארגון המקצועי נחלש עד למאוד והיא כלי שמאזן את הכוחות בפערי הכוחות שבין צדדים ליחסי עבודה קיבוציים⁴³. אבל כמו כל כוח מאזן לא ניתן לאפשר לו להפוך לכוח עודף ולכן למרות שמדובר בזכות יסוד איזן ביהמ"ש את הכוח הזה מול אינטרסים ושיקולים אחרים.

כך, למשל, בענין עובדי הרכבת⁴⁴ קבע בית המשפט כדלהלן:

"מראשית ימיה של המדינה, הוכרה חירות השביתה כזכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה המעוגנת במשפט הישראלי. חרף מעמדה הרם זכות השביתה אינה מוחלטת. בדומה לכל זכות יסוד הלכתית אחרת, יש לאזן בין זכות השביתה לבין זכויות יסוד אחרות. האיזונים והבלמים הנוגעים לזכות השביתה באים לידי ביטוי בין היתר בחוק יישוב סכסוכי עבודה תשי"ז-1957 בו נקבעו הכללים הבסיסיים להכרזה על סכסוך עבודה ושביתה, בכפוף למבחני סבירות ומידתיות".

28. בית הדין קבע אפוא עקרון חדש של – מידתיות, כלומר, בחינת נזקי השביתה אל מול נשוא הסכסוך. שביתה בשירות חיוני כמו רפואה יכולה להתרחש רק אם היא מידתית. זאת אומרת היא ננקטת למשך פרק זמן מוגבל שבו השירות החיוני לא יקרוס ולא ייגרמו נזקים חריפים מדי.

29. כמו כן קבע ביהמ"ש, כי יש לאזן בין זכות השביתה לבין הגבלתה עת שלא מוצו מהלכים של הידברות. ביה"ד רואה שביתה כאמצעי כוחני

42. יהודית גלילי ומיכל קורא, "זכות השביתה: מהות גבולות ושינויים עתידיים", מרכז מחקר ומידע של הכנסת, 19.1.04.

43. עס"ק 64/09 כוח לעובדים – עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים, וכן בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' ביה"ד הארצי לעבודה.

44. בר"ע 550556-09-11 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – חברת רכבת ישראל (טרם פורסם).

שיש לנקוט בו רק לאחר שהיתה הידברות והמאמצים לפתור את הסכסוך בדרך זו הגיעו למבוי סתום. זהו אמצעי אחרון אחרי שמוצו כל ניסיונות התיווך. ביה"ד, בענין חברת חשמל, למשל, או בענין בנק דיסקונט, פיתח כלים חדשים לצורך יישוב הסכסוכים הארציים, שהם למעשה מגה סכסוכים ועושה הכול כדי להחליף שביתה בגישור. מה קורה כאשר יש מבוי סתום מוחלט והגישור כשל? במקרה זה, ניצבים אנו אפוא בפני הזכות לשבות. אבל זכות זו הוגדרה תמיד כזכות מאוד יחסית שיש להפעיל אותה רק כאיזון לעודף הכוחות של המעסיק. מכאן נובע כי במקום שבו מבקשים להשבית שירות חיוני ולהפך את איזון הכוחות לכיוון השני – הרי שזו תהיה שביתה לא סבירה ולא מידתית ונראה לכאורה כי ביה"ד לא יאשר אותה.

30. בפרשת מקורות⁴⁵ הבהיר ביה"ד כי שירות הוא חיוני אם הפסקתו עלולה לסכן חיים, ביטחון אישי או את הבריאות של התושבים. ביה"ד הבחין בין גרימת אי-נוחות לציבור המרגיש מחסור בשירות שהוא רגיל באספקתו או שנראה לו באופן סובייקטיבי כחשוב, כגון טלוויזיה, אמצעי תחבורה, טיפול רפואי לא חיוני לחיים ועוד, לבין שירות חיוני. ביחס לשירות חיוני שוקל ביה"ד את הנזק שייגרם לציבור, היקף השביתה, האם השלטון מסוגל לספק את השירות במקום השובתים והאם לציבור עומדת דרך חלופית להשיג את השירות המושבת, התארכות השביתה ועוד. כלומר, יש לבחון את המידתיות של השביתה ואת שיעור נזקיה והאפשרות להימנע מהם אל מול מטרות השובתים.

31. זכות השביתה אינה זכות מוחלטת ויש לה מגבלות שהן אופייניות לשירותים חיוניים. כך למשל, לפי סעיף 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, בשירותים חיוניים כמו שירותי בריאות אי-אפשר לשבות בניגוד להסכם קיבוצי או בלא שהשביתה הוכרזה בידי המוסדות המוסמכים ולאחר הודעה מקדימה⁴⁶. זהו הדין גם במדינות רבות בעולם. למשל בלגיה, צ'כיה, אסטוניה, יוון, הונגריה, אירלנד, איטליה, מלטה, רומניה וסלובניה מטילות מגבלות חוקיות על זכותם של רופאים לשבות⁴⁷. אבל, עקרון

45. עס"ק 19/99 מקורות - הסתרות העובדים החדשה, פד"ע לו, 560.
46. על זכות השביתה אפשר להטיל הגבלות מהותיות או נוהליות. ראו סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966. הגבלות נוהליות יכולות לחול על תהליך קבלת ההחלטה על שביתה, כגון חיוב בהצבעה חשאית של העובדים, דרישת קוורום מיוחד לאישור דפוס השביתה או חיוב בתקופה שבה יש למצות הליכים ליישוב סכסוכים בטרם נקיטת צעדי שביתה, כגון תיווך, בוררות וגישור. במקרים מיוחדים זכות השביתה עשויה להיות מוגבלת עד כדי איסור לשבות וכך קורה ביחס לקבוצות עובדים מסימות בשירות הציבורי ובאספקת שירותים חיוניים.

47. European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions, **Employment and industrial relations in the health care sector** <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn1008022s/tn1008022s.pdf>

המידתיות חורג מעבר לכך וקובע כי שביתה בשירות חיוני חייבת להיות מוגבלת ולא תותר שביתה שהיא בגדר של "שובר שוויון". כלומר, "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה" מבחינת הנזקים הבלתי הפיכים שהשביתה גורמת מפאת משכה והיעדר אלטרנטיבות לציבור שנוקק לשירות חיוני קריטי. שביתה כזו נראה שאין מקום להתיר, לאור מארג הפסיקה הקיים.

32. ואכן בענין שביתת הרופאים האחרונה (בשנת 2011) קבע ביה"ד הארצי לעבודה⁴⁸ כי ההתפטרות הקולקטיבית של הרופאים אינה בגדר התפטרות אינדיבידואלית אלא בגדר של שביתה ואקט קולקטיבי. ומשהגיע למסקנה זו לא התיר ביה"ד את הפעולה בקובעו כדלקמן:

"שביתה בשירותים חיוניים, ובכלל זה במערך שירותי הרפואה בבתי החולים כבענייננו, כפופה ל'תורת האיוונים והמידתיות'⁴⁹. על התנהלות ארגון העובדים בשביתות בשירותים חיוניים עמד הנשיא (בדימוס) סטיב אדלר בעניין מקורות⁵⁰ תוך שציין כך: 'בתולדות יחסי העבודה בישראל היו שביתות בשירותים חיוניים, אך בדרך כלל פעל ארגון העובדים תוך אחריות, והמשיך לספק שירותים חיוניים שהיעדרם יסכן את החיים או את הביטחון של התושבים'.

מצב הדברים שהובא לפנינו, בדבריהם של מנהלי בתי החולים והגורמים המוסמכים במערכת הבריאות ושירותי בריאות כללית, כמפורט לעיל, מביאה לכלל מסקנה כי שביתת הרופאים בפועל הינה שביתה פראית המסכנת חיי אדם. זאת ועוד. כבר נפסק כי "תום ליבם של הצדדים למשא ומתן יישקל אף הוא במסגרת איזון האינטרסים הנוגעים לחירות השביתה"⁵¹, בבחינת מידתיות השביתה. בענייננו, שביתת הרופאים, על דרך התפטרותם הקולקטיבית, תוך הפרת תנאי השקט התעשייתי בהסכם הקיבוצי וסיכון חיי אדם עולה כדי חוסר תום לב ממשי.

ועוד זאת, עקרון יסוד במשפט העבודה הקיבוצי הוא, כי על הצדדים להסכם הקיבוצי לגלות אחריות ציבורית⁵². מכוח עקרונות יסוד במשפט העבודה, עליהם עמדנו לעיל, חל כלל זה

48. סק"כ 10-11-2376 מדינת ישראל משרד הבריאות ואח' – הר"י ואח', מיום 12.10.11.

49. עס"ק 64/09 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים-ארכיון ישראלי לסרטים (לא פורסם), 2.7.2009.

50. עס"ק 19/99 מקורות חברת המים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פר"ע לו 574, 560.

51. עניין הסינמטק, פסקה 6[ה] לפסק דינו של הנשיא; עסק 23/07 חברת החשמל לישראל בע"מ – מדינת ישראל (לא פורסם), 10.10.2007, פסקה 26(ו).

52. עניין חברת החשמל, פסקה 26(ה).

על קבוצות העובדים ויחידיהם המיוצגים על ידי ארגון העובדים ועל קבוצות מעסיקים ויחידיהם המיוצגים על ידי ארגון המעסיקים. עמדתו על עקרון האחיות הציבורית החל ביתר שאת בשירות חיוני בעניין עובדי הרכבת⁵³ תוך שציינתי כי:

'התנהלות ארגונית מידתית, סבירה ואחראית, במסגרתה נדרש פיקוח על עוצמת המחאה ומשכה. יש לזכור כי מדובר בציבור עובדים המופקד על מתן שירות ציבורי חיוני. מציבור עובדים שכזה נדרשת מידה מוגברת של אחיות בכואם לנקוט צעדים אירגוניים לגיטימיים'.

בענייננו, אף על הרופאים המתמחים לגלות אחיות ציבורית, קל וחומר בשביתה לא לגיטימית, המתבטאת בהעדר יכולת ליתן שירותי רפואה סבירים, ושירותים רפואיים חיוניים בפרט⁵⁴.

33. תוצאה זו אינה יוצאת דופן כאשר בוחנים אותה על רקע הנהוג במדינות אחרות⁵⁴. כך למשל:

(א) בבלגיה החוקה מעגנת את הזכות למר"מ קולקטיבי וכחלק ממנה גם את הזכות לשבות ועם זאת חוק השירותים החיוניים מחייב את המגזר הרפואי להמשיך ולספק שירותים חיוניים גם במקרה של שביתה בהתאם להחלטות המתקבלות על ידי ועדות משותפות לעובדים ולמעסיקים.

נראה כי זהו מודל מצוין, מכיוון שמצד אחד הוא מאפשר שביתה ומצד שני, מאפשר מתן שירותים חיוניים ספציפיים גם בזמן שביתה לפי צרכיהם של חולים הזקוקים לטיפול חירום⁵⁵.

(ב) בהולנד מתיר החוק לעובדים חיוניים לשבות ובלבד שצדדים שלישיים לא יסבלו כתוצאה מהשביתה⁵⁶. משום כך לא מקובלות שביתות ממושכות בצבא, במערכת המשפט ובבתי כלא ולגבי רופאים

53. ע"ע 50556-09-11 הסתדרות העובדים הכללית החדשה איגוד עובדי התחבורה – חברת רכבת ישראל בע"מ (לא פורסם), 28.9.2011.

54. לסקירה רחבה בעניין זה ראו מאמרו של אסף שפירא "שביתות במכש השוואתי", פרלמנט, גיליון 68, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

55. The Belgian constitution, Article 23(1), JANUARY 2009, BELGIAN HOUSE OF REPRESENTATIVES, D / 2009 / 4686 / 08; החיוניים 1948.

56. Sarah Rook, George Rodenhuis, Wouter Kortooms and Annika Blanke, The Right to Strike: A Comparative Perspective. A study of national law in six EU states, pages 80-95, The Institute of Employment Rights, www.ier.org.uk ;

12. F Dorssemont, T Jaspers and A van Hoek, Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge, Intersentia, 2007.

פסק ביהמ"ש העליון של הולנד כי גם בעת שביתה במערכת הבריאות יש להקפיד על אספקת שירותים זמינים ברמה מינימלית.

ג) בקנדה יש פרובינציות כמו אונטריו שבהן דיני העבודה אינם מתירים לרופאים לשבות כלל⁵⁷.

כך גם בבריטיש קולומביה בה נקבע בשנת 2001 כי לעובדי רפואה, לרבות אחיות ופרמדיקים, אסור לשבות ונכפה עליהם הסכם קיבוצי בחקיקה⁵⁸. מאידך יש פרובינציות אחרות בהן הותר לרופאים לשבות ובלבד שתישמר אספקה של שירותי רפואת חירום גם בזמן השביתה⁵⁹.

ד) באוסטרליה מבוקרת זכות השביתה הן ברמה הפדראלית והן ברמה המדינתית. יש ועדה שמוסמכת להקציב זמן למר"מ וגם להשעות את זכות השביתה בנוגע לשירותים חיוניים. ככלל מובטחת אספקה של שירותי רפואת חירום גם במהלך שביתות רופאים⁶⁰.

ה) בארה"ב בחלק מהשירותים הציבוריים אין זכות שביתה ובחלק יש חובת בוררות.

34. נראה לנו כי רעיון זה, של בוררות חובה (הנהוג בארה"ב), נכון לאמץ גם בישראל⁶¹.

היום אין לביה"ד אמצעי לכפות על הצדדים גישור או בוררות. בית הדין רק משתמש בזכותו לאשר את השביתה או למנעה ובדיונים שבפניו, כאמצעי ויסות שתכליתו להביא את הצדדים להגיע לכלל הידברות. אבל, צו המורה על גישור או בוררות אין בסמכות בית הדין לתת. גם אין לבית הדין

57. Annual survey of violations of trade union rights, International Trade Union Confederation, 2007.

58. Ibid.

59. Larry Haiven and Judy Haiven, *The right to strike and the provision of emergency services in Canadian Health Care*, Canadian Centre for Policy and Alternatives, December 2002.

60. Colin Fenwick, Senior Lecturer, Centre for Employment and Labour Relations Law School, University of Melbourne, Victoria, Australia and Jane Hodges, *National Labour Law Profile: Australia, 2002*, International Labour Organisation.

61. עו"ד קובי אמסלם, היועץ המשפטי של אגף השכר והסכמי העבודה במשרד האוצר, בראיון לעיתון "גלובס", מיום 31.8.11 ציין כי "חייבים ליצור כלים שבמקרה הצורך יעבירו את ניהול הסכסוך מהפסים המסורתיים של שביתה ועיצומים – שהם ארוכים וכואבים – לכלים יותר משוכללים של הידברות בלי שביתה או פיקוח צד ג' על המר"מ. הרעיון הוא מתן סמכות לביה"ד לכפות דרכים אלטרנטיביות לפתרון סכסוך. צריך לאפשר לשופט לכפות (במקום צו מניעה נגד שביתה) קיום גישור או בוררות. זה יקפא את העיצומים והשביתה וגם יביא לפתרון תוך זמן קצוב. אפשר לקבוע מנגנונים פרוצדורליים, מגבלת זמן על הגישור, ואפשר גם לאפשר לתובעים לפנות בכל עת לביה"ד בחזרה, אבל חשוב שתהיה דרך לזרז את הפתרון כשמדובר בשירות חיוני לציבור".

סמכות להביע דעה ולפסוק כי סקטור מסוים מקופח מבחינת שכרו ותנאי עבודתו, בהשוואתו לסקטורים אחרים, וכי הוא מתוגמל באופן חסר.

נראה לענ"ד כי נכון לקבל את "הצעת חוק בוורות ממלכתית בשירותים החיוניים תשנ"א-2011", (של ח"כ זבולון אורלב) לפיה מוגדרים כשירותים חיוניים פעילות חברת חשמל, חברת המים מקורות, בתי הספר היסודיים וגני הילדים ו"עבודה בכל שירותי הבריאות ומערכת האשפוז לרבות עבודה סדירה של רופאים, אחיות, כוחות פרה-רפואיים ועבודה במגן דוד אדום"⁶². הצעת חוק זו קובעת כי משהוכרז סכסוך עבודה, תהיה ההכרעה בו מסורה בידי ועדת בוורות בה יהיו חברים נשיא ביה"ד הארצי לעבודה, נציב שירות המדינה ונציג ארגון העובדים. הכרעת ועדת הבורות היא סופית. בכך מאפשרים מחד גיסא לעובדים להביא את דרישותיהם בפני גורם אובייקטיבי. מצד שני, נמנע הנזק הכרוך בדיני נפשות⁶³.

ג. אתיקה

35. התוצאה האמורה נראית לנו נכונה וראויה גם כשאנו בוחנים את ההיבט האתי של הסוגיה. מקצוע הרפואה הוא מן המקצועות הבודדים שבהם ההסמכה כרוכה בטקס שיש בו קבלת עול מוסר, הלא היא "שבועת הרופא"⁶⁴. במסגרת שבועה זו, מתחייב הרופא לטפל באדם הזקוק לעזרתו בלא לשקול שיקולים של תועלת כלכלית. שבועה זו יוצרת חובות נאמנות של הרופא כלפי החולה מכיוון שהיא מגבירה את הציפייה של הפציינט מאדם הנושא בתואר רופא ואשר נשבע בשבועה זאת. גם הרופא מצידו לוקח על עצמו עיסוק שאותו הוא עושה לא רק למען כסף אלא כשליחות וכנורמה מוסרית⁶⁵.

36. ככלל, רופא אחראי לבריאות של המטופלים. הוא אינו יכול להשליך את האחריות על המערכת הממשלתית ולפטור את עצמו, שהרי הוא

62. הצעת חוק בוורות ממלכתית בשירותים החיוניים, תשנ"א-2011 (3012/18/ב).

63. על פתרון זה עמדה בהרחבה פרופ' פרנסיס רדאי במאמרה "חירות השביתה, תביעות צד ג' ובוורות חיובה" שנתון משפט העבודה ה', 143.

64. Etzioni MB; The Physicians Creed: An Anthology of Medical Prayers, Oaths and Codes of Medical Prayers, Oaths and Codes of Ethics Written and Recited by Medical Practitioners Through the Ages. Charles. C. Thomas, USA, 1973

אברהם שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ז, עמודים 110-130.

65. ראו: אמנון כרמי בריאות ומשפט 2003, 108, לפיו "השאלה היא מה כוחה המחייב של השבועה מן הבחינה האתית, המשפטית או בכלל. לא יהיה זה נכון לשלול את תוקפה המחייב של השבועה בטבעו, כי היא מהווה אך ורק הצהרת כוונות במסגרת טקסטית פורמאלית. אם השבועה נסמכת על קוד אתי, דין הפרתה כדין הפרת הקוד, על כל ההשלכות המשתמעות מכך. מעבר לכך, עלול מפר השבועה לעמוד לדין באשמת התנהגות בלתי הולמת, מקום שהחוק מורה על כך. (פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976, סעיף 41(1)). על אחת כמה וכמה אמורים הדברים מקום שהשבועה נדרשת מכוח חוק"; וכן ראו: פרופ' משה וולמן "שבועת הרופאים ומשמעותה", רפואה ומשפט 12, (1995), 33.

בא במגע עם אנשים ספציפיים באזור מגורים מסוים, הם נותנים בו אמן ונושאים את עיניהם אליו. הכלל הוא שהמשפט והאתיקה יוצרים מחויבות בהתאם לציפיות הלגיטימיות של הציבור. מקום שבו נוצרת תלות בין פצינט לבין רופא ונוצרת ציפייה לגיטימית של החולה שהרופא יטפל בו במצוקתו הפיזית הקשה – הרי שזוהי ציפייה שאסור לאכזב אותה.

הנורמה המוסרית אינה יכולה לקבל יוצא מן הכלל לחובת הנאמנות שיחול כתוצאה מכך שלציבור הרופאים יש דרישות כלכליות שלא נענו. במקרה זה, רואה עצמו הפצינט הספציפי כמי שנבגד על ידי הרופא. הוא נתון במצוקה קיומית, על כפות המאזניים עומדים חייו ובריאותו באופן בלתי הפיך, ואילו אצל הרופא זהו אינטרס כלכלי. אין בידו להבין כיצד זונח אותו הרופא בשעה כה קשה?! המשפט והמוסר לא מאפשרים בגידה בערכים ובציפיות שהציבור רואה אותם כלגיטימיים ובסיסיים וכאשר רופאים מונעים טיפול מחולים בשביל תועלת אישית הדבר נתפס כפגיעה באמן. למרות הניסיון להגן על זכות השביתה על ידי קביעה של בתי המשפט כי השביתה מפקיעה את החוזה האישי של השוכת ועל כן אין הוא נחשב כמי שמפר חוזה⁶⁶, הרי שחובות האמן נותרות גם בזמן שביתה, ממילא אין מקום להפר את הציפיה של חולה כי יתנו לו שירות חיוני גם כאשר הרופאים אכן מקופחים מאוד מבחינה כלכלית. ואכן, בארה"ב שניים מהארגונים הרפואיים החשובים: Association of American Medical Colleges ו-American College of Physicians הביעו התנגדות לשביתות של רופאים. הם ציינו כי על רופאים להימנע משימוש בשביתה כקלף מיקוח⁶⁷.

ד. סיכום

36. מנייתח הדברים שהבאנו עולה אפוא תוצאה אופרטיבית, שאותה נבקש להציע תוך שימוש בהמשגה ובמונחים הלכתיים הנהוגים לגבי טיפול

66. ראו: בג"ץ 566/76 אלקו חרושת אלקטרומכנית ישראלית בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה פ"ד לא(2) 197, 2006-207. באותו ענין קבע כב' השופט ברנזון כי אילו היינו בוחנים את מעשיו או מחדלו של העובד השוכת במשקפיים של כללי משפט העבודה האינדיבידואליים בלבד, הוא עלול היה להיחשב כמי שמפר את חוזה העבודה, או כמי שהתנהגותו מלמדת על רצונו לזנוח את עבודתו. במקרה זה, היינו אומרים שהשביתה מנתקת את הקשר החוזי ובסיימה נכרתת מערכת יחסים חדשה. אולם, גישה זו אינה מקובלת בישראל, ורואים את חוזה העבודה כמי שהושעה וחוזר לתוקפו עם תום השביתה. לענין זה ראו גם פרופ' רות בן ישראל, *השביתה* (1987), 95-103.

67. Cooper JAD, The withholding of medical care by physicians. *J Med Ed*, 1979; 54: 122-123; American College of Physicians. *Ethics Manual* fourth edition. *Ann Intern Med*, 1998; 128:576-594; House of Delegates Position Statement H-385.943, Collective Action and Patient Advocacy, American Medical Association, 515 North State Street, Chicago, Ill. 1999.

בשנת השמיטה. יש ציווי לגבי שנת השמיטה "ושבתה הארץ"⁶⁸.

עם זאת, יש טיפול שמותר לעשות בעצים – והוא נקרא "לאוקמי" – להחיות, להחזיק בחיים. כל מה שנדרש לשם חיים – אין לגביו שביתה. זאת להבדיל מטיפול המכונה "לאברויי" – להבריא, לטפח, להשביח ולשפר – שלגביו חלה השביתה⁶⁹.

כלומר, מותר בשנת השמיטה לתת טיפול שנחוץ לצורך החיים של העץ לבל יכול, להבדיל מטיפול הנחוץ כדי לתחזק את העץ ולטפח אותו.

כלל זה נראה כי נכון לאמץ גם לגבי שביתת רופאים. מבחינה הלכתית נראה לכאורה כי למרות שהכלל הוא שמצווה המוטלת על כל העולם אין יכולים לכופף אותה על היחיד, הרי שאין הרופא יכול למנוע את עצמו ממתן שירות חיוני לפצינט שעניו נשואות אליו. הגישה ההלכתית רואה מטבע הדברים את פיקוח הנפש של החולים כעמוד גבוה מעל גבוה – וניצב מעל זכות השביתה⁷⁰.

37. האנלוגיה ברורה והמסקנות האופרטיביות המוצעות הן אלה:

א) יש להבחין בין מתן שירותים מצילי חיים לבין מתן שירותים רפואיים שהם בגדר "אחזקה שוטפת" של פצינט. פעולות שהן קריטיות להצלת חיים אי אפשר להשבית גם בזמן של "ושבתה הארץ".

ב) לצורך כך, נכון להקים בכל מוסד רפואי או באופן ארצי ועדות שיבחנו את הטיפולים הרפואיים שיושבתו ואת אלו שיימשכו, הן באופן כולל והן באופן פרטני על פי מצבו הבריאותי של חולה ספציפי.

ג) שביתת הרופאים גם לא יכולה להימשך זמן רב מכיוון שבמקרה כזה נוצרת קריסת מערכות ודברים שהם בגדר "רפואה שוטפת" הופכים להיות קריטיים. הנוק המצטבר כתוצאה מהימשכות של שביתה עלול להיות קריטי.

ד) חייבת להיות קורלציה בין חריפות האמצעים לבין הסעד המתבקש. כך, למשל, סכסוך פעוט מבחינת ההיקף הכספי לא יכול להביא לשביתה חריפה.

68. ויקרא כ"ה, ב'.

69. עבודה זרה דף "אוקמי אילנא שרי, אברויי אילנא אסור".

70. הרב שלמה גורן, "שביתת רופאים לאור ההלכה". אסיא לט, טבת תשמ"ה, 32-45; הרב יצחק זילברשטיין, מכתב אישי לד"ר נייטר, 11.11.80; הרב מרדכי לופז, "השביתה בהלכה", תורה שבעל פה כה תשמ"ד, פה-צג; הרב יהודה גרשוני, "השביתה וההשבחה", תורה שבעל פה כו תשמ"ה, כא-לב; הרבנים יצחק וייס ושלמה זלמן אויערבך, "מכתב להנהלת מרכז רפואי שערי צדק", אסיא, כסלו תשמ"ד, 45; הרב אליהו בקשי דורון, דווח בעיתון "הצופה", 1.1.01, 5; אברהם שפירא ומרדכי אליהו, "פסק הלכה" 15, תמוז תשמ"ג אסיא, כסלו תשמ"ד, 47; הרב חיים דוד הלוי, "שביתת הרופאים בהלכה", ברקאי קובץ ב', תמוז תשמ"ה, 22-33; הרב יוסף שלום אלישיב, שביתת מורים "תחומין" כרך כ"ד עמ' 73.

ה) עקרונות של מידתיות מחייבים להגביל את אמצעי השביתה ועקרונות של תום לב מחייבים את הרופאים מבחינת מ"מ ונקיטה בשביתה רק כאמצעי אחרון, כשבאמת כלו כל הקצים ונושאים מאוד מהותיים וקריטיים לא נענו.

ו) אסור לרופאים למנוע באופן אקטיבי מציאת פתרון חלופי. כך למשל, אם יבאו מחו"ל רופאים כדי לתת שירות בחדרי הניתוח בישראל הם לא יכולים לחסום את הגישה לחדר הניתוח, כפי שכבאי לא רשאי לחסום גישה לכבאיות אחרות ועובד שירות הנמלים אינו יכול לחסום גישה למסוף הפריקה. אם הרופא נוקט בפעולות שיש בהן כדי לפגוע במתן שירות חלופי, הוא יהיה צפוי לתביעות נזיקיות שמהן הוא לא חסין בעקבות פסק הדין מפעלי רכב אשדוד.

ז) והפתרון האולטימטיבי – להמיר שביתה בבוררות חובה שתחול גם על המדינה ותחייב צדדים לנהוג זה בזה בהגינות ובכבוד בהתחשב בחיוניות של השירות. כיום, אין לצדדים מנגנון של הכרעה בסכסוכים, שכן בניגוד לתפקיד הקלאסי של בימ"ש שמכריע בסכסוך בין פרטים בנוגע לזכויות וחובות, הרי שבי"ד לעבודה אינו מכריע לגופו של ענין בסכסוך בין צדדים להסכם קיבוצי ולא מוסמך לומר כי מן הראוי לעדכן שכר או לשפר תנאים או לתגמל באופן שהתקבל לגבי סקטורים אחרים. ביה"ד מוסמך להוציא צווי מניעה כנגד השביתה והוא גם מנסה לגשר, אבל אין לעובד כלים שטענותיו לגופן תישמענה בפני גוף אובייקטיבי.

בוררות חובה יכולה להוות פתרון מצוין לדבר הזה. גם אפשר לשכלל את האמצעי הזה מאוד. למשל, להגביל בוררות זו בזמן, להציב אמות מידה להכרעה וסדרי דיון מהירים ויעילים, אפשר גם לכוון היטב את איוש הנפשות הפועלות בהרכב הבוררים, או אף, במקרים מסוימים, לאפשר ערכאת ערעור על פסיקת הבורר, או להקדים גישור לבוררות.

נראה לנו כי ביחס לשירות חיוני כמו רפואה, המרת שביתה בבוררות, כמוה כהמרת אמצעי של אלימות באמצעי של טיעון משפטי. זה להמיר "סייפא" (סייף) בספרא (בספר). דיבור וטיעון משפטי עשוי להיות יעיל ובעל עוצמה לא פחות ואולי אף יותר משימוש באמצעי של שביתה⁷¹, והוא נטול בעיות אתיות ומשפטיות.

71. האמצעי של שביתה מעורר לעתים תגובת נגד, שכן סבלו של הציבור עלול לגרום היעדר אהדה לשובתים. כך למשל, הצליחה מרגרט תאצ'ר באנגליה לנטרל את כוחם של ארגוני העובדים על ידי יצירת דעת קהל עוינת כלפי השביתות. לכן, ככל שהאמצעי של השביתה יותר דרסטי וסבלו של הציבור גדול יותר, עלולה השביתה להימצא דווקא ככלי לא יעיל מבחינת השובתים וכחרב פיפיות. גם מהבחינה הזו נראה כי עדיפה בוררות חובה על פני שביתה.

38. אכן, בסייגים המפורטים לעיל יש הגבלה של זכות השביתה וכשמגבילים שימוש בכוח הרי שבמשוואה בין עובד למעביד עלול להיות מצב שבו העובד מפסיד. ברם, פתרונות אלה מאפשרים לאזן בין החירות של הרופא לשבות ולהגן על משכורתו ועל כבודו לבין מחויבותו המוסרית והאיסור החל עליו לסכן חיים.

נראה כי גם הרופאים עצמם יחוו שלמים יותר אם ימשיכו לכבד את חובות האמון שלהם גם בזמן שביתה, תוך הבחנה בין פעולות אחזקה רפואית שוטפת שדחייתה מסבה רק אי-נוחות, שלגביהן ניתן ליישם את זכות השביתה, לבין פעולות שהן חיוניות לחייו של אדם, שאותן ימשיכו לספק גם בעת שביתה, בהיותן גבול אתי שאותו אין לחצות לעולם.

תודתי מכל לב לעוה"ד אורי ישראל פז, על איסוף חומר וסיוע בעיבודו.