

המעסיק כאויב העם: על אובדנו של חופש החוזים

חירותם של עובדים ומעסיקים להגיע לחוזי עבודה מוסכמים מופרת בישראל באופן שיטתי ומוצהר בחקיקה ובפסיקה. חוסן כלכלי לא יהיה פה כל עוד תוסיף המדינה להתנהל על פי האמונה המרקסיסטית שחיי העבודה הם מלחמת מעמדות בין מנצלים למנוצלים

"משטרים קמים על מנת להגן על כל סוגי הקניין... כיוון שזו מטרתו של המשטר, משטר צודק הוא רק זה המבטיח לכל אדם, ללא משוא פנים, את ששייך לו..." (ג'יימס מדיסון, 'קניין וחירות', 29 במארס 1792)

בשנת 1905 הורשע ונקנס ג'וזף לוכנר, בעל מאפייה קטנה בעיר יוטיקה שבמדינת ניו-יורק, על כך שהעסיק את עובדיו האופים יותר מעשר שעות ביום – אף על פי שהעובדים הסכימו לתנאי זה, שנכלל בחוזה ההעסקה, ומעולם לא התלוננו עליו. הוא הורשע משום שעבר על "חוק המאפיות", חוק שאימץ בית המחוקקים של מדינת ניו-יורק כעשור קודם לכן, אשר הגביל את שעות ההעסקה של אופים במדינה ל-10 שעות ביממה ו-60 שעות בשבוע. הגבלת שעות העבודה, גרסו המחוקקים, היא צעד הכרחי לשמירת ביטחונם ובריאותם של העובדים בתעשיית האפייה. ברם, לוכנר עתר לבית המשפט העליון של ארצות הברית. לדבריו, דינו של החוק להתבטל שכן הוא עומד בסתירה לחוקה האמריקנית. מדינת ניו-יורק, טען, הפרה את זכויותיו הבסיסיות לקניין ולהתקשרות חוזית; הרי הסעיף הראשון לתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית מציין מפורשות כי "שום מדינה לא תשולל מאדם את חייו, חירותו או קניינו, בלי הליך משפטי נאות".

ברוב של חמישה לעומת ארבעה מתנגדים קיבל בית המשפט העליון של ארצות הברית את עתירתו של לוכנר. חוק המגן של מדינת ניו-יורק, נפסק, איננו חוקתי

ולכן דינו להתבטל.² על פי דעת הרוב, לא רק שלא הוצגו ראיות משכנעות שהחוק הכרחי מטעמים של ביטחון ובריאות הציבור, אלא שהתברר כי מטרתו הייתה למנוע תחרות כלכלית. יוזמי החוק ביקשו לקדם תדמית ציבורית שלפיה מטרת המהלך להגן על עובדים חלשים במגעם עם בוסים כוחניים ונצלנים – אך שופטי העליון הבינו כי מאחורי החוק עמדו האופים המאוגדים ובעלי המאפיות הגדולות שביקשו להכביד על מתחריהם הקטנים: אופים לא מאוגדים ומהגרים שזוה עתה הגיעו לארצות הברית. אלו ואלו היו מוכנים לעבוד שעות רבות בשכר נמוך יחסית במאפיות קטנות, למשל במאפייתו של לוכנר.³

הפסיקה זכתה במהרה למעמד קנוני, שכן עלה ממנה מסר חד: פגיעה שלטונית בזכויותיו הטבעיות של הפרט, כגון הזכות לחופש החוזה, והתערבות שלטונית במהלכה החופשי של הכלכלה, הן מעשים שהחוקה מציבה בפניהם מגבלות חמורות. לפיכך, "חוקי עבודה" או "חוקי מעמד" שלא ניתן להצדיקם כהכרחיים לביטחון או לבריאות הציבור דינם להתבטל. לבד ממקרים חריגים ביותר, המחוקק אינו יכול לפגוע בהתקשרות החופשית בין אזרחים, שכן אלה נהנים מן הזכות הטבעית לחיים, חירות, קניין ולחופש החוזה. "חופש החוזה" פירושו הזכות להתקשרות חופשית בין שני צדדים או יותר אשר הסכימו על תנאיה מרצונם החופשי, בלי שאנשים שאינם קשורים לעסקה יוכלו להגבילה באיזו דרך שהיא. פסיקת לוכנר משמעותה שאזרחי ארצות הברית רשאים, כיצורים אוטונומיים, להחליט אם ובאילו תנאים ייכנסו לחליפין של סחורות ושירותים.

פרק הזמן שבין סוף המאה ה-19 לבין ה"ניו דיל" של רוזוולט באמצע שנות השלושים של המאה ה-20 מכונה בהיסטוריה החוקתית האמריקנית "עידן לוכנר".⁴ מדובר בתקופה בת ארבעה עשורים שבמהלכה נהנו אזרחי ארצות הברית מחירות כלכלית נרחבת יחסית, הודות לבית המשפט העליון שסיכל, בשם חופש הקניין והחוזה המעוגנים בתיקון ה-14 לחוקה, ניסיונות מדינתיים חוזרים ונשנים להחלתה של רגולציה כלכלית מפוקפקת ודורסנית. דוגמה נוספת לפסיקה חשובה ברוח פסיקת לוכנר ניתנה ב-1915.⁵ הפעם פסל בית המשפט העליון חוק של מדינת קנזס, שאסר על מעסיקים להתנות העסקה בהסכמה חוזית מפורשת של העובד כי לא ישתייך לארגון עובדים. איסור זה, פסק בית המשפט, הוא לא חוקתי ודינו להתבטל.⁶ זכותו של המעסיק להעמיד התניה שכזו כחלק מתנאיו להיקשרות חוזית ארוכת טווח, ואין בה משום כפייה שכן העובד רשאי שלא להסכים. דעת הרוב ביטאה במקרה זה, כמו גם במקרים רבים אחרים בעידן לוכנר, אופן חשיבה ליברלי קלאסי נדיר שמן הראוי לתת לו ביטוי:

לנחלת הכלל נחשבת הידיעה כי "היכולת הכספית של מועסקים להתנהל באורח עצמאי בעת עריכת חוזים למכירת עבודתם פחותה מזו של המעסיקים בעורכם חוזים לקניית עבודה זו". אין ספק כי בכל מקום שיש בו זכות לקניין פרטי, יהיו, ומוכרחים



"אחם, בעלי ההון, כולכם אותו דבר. תירגע ניסים, יש עוד שתי דקות להפסקה"

להיות, מקרים של אי-שוויון בהון. היות שמוכן מאליו כי... לכמה אנשים יהיה רכוש רב מלאחרים, הרי זה... מן הנמנע לקיים את חופש החוזים ואת הזכות לקניין פרטי בלי להכיר בלגיטימיות של אי-השוויון בהון, שהוא תוצאה הכרחית של מימוש זכויות אלו.⁷

דוגמה שלישית היא תיק "אדקינס נ' בית החולים לילדים" משנת 1918. ברוב של חמישה נגד שלושה קבע בית המשפט העליון כי חוק שכר המינימום לנשים וילדים שהתקבל במחוז קולומביה אינו חוקתי, שכן, באורח דומה למקרה לוכנר, הוא פוגע בצורה שרירותית בחופש החוזה. שוב קבע בית המשפט כי חופש החוזים הוא עיקרון חוקתי וכי הפרתו על ידי המחוקק מצריכה סיבות יוצאות דופן בלבד. גם כאן התייצב בית המשפט להגנתן של החירויות הכלכליות לנוכח מאמציו של המחוקק לאסדר את הכלכלה.

נדגיש: שופטי העליון בעידן לוכנר לא היו ליברטריאנים. בית המשפט מעולם לא סבר כי חופש החוזה או הזכות לקניין הן בגדר זכויות מוחלטות. בית המשפט ראה עצמו רשאי להתערב – ואכן עשה כך – בכל התקשרות בין פרטים שכללה שימוש בכוח ובהונאה. אך בניגוד לימינו, העמדה הרווחת בעידן לוכנר הייתה שלמדינה עומדת הזכות לפגוע בקניין ובחופש החוזה אך ורק ממניעים ספציפיים של "הגנה על בריאות, ביטחון, מוסר ורווחת הציבור". כך למשל הכיר בית המשפט העליון בלגיטימיות של רגולציה מדינתית על תנאי העסקה במקרים שונים, כמו בנוגע לתנאי העסקה של כורים במכרות הפחם (ביוטה לדוגמה הגביל המחוקק את יום העבודה של הכורים לשמונה שעות).⁸ יתרה מכך, גם במקרה של לוכנר עצמו הוכרו כלגיטימיות לחלוטין תקנות מסוימות לגבי המאפיות, כגון אלו שעסקו בגובה התקרה ובמערכת הביוב.

אך רוב השופטים בעידן לוכנר הקפידו על הבחנה חשובה שעתידה הייתה להיזנח באמצע שנות השלושים ולהישאר זנוחה עד ימינו: ההבחנה בין חקיקה המבקשת לשמור על ביטחון הציבור לבין "חוקי עבודה", "חוקי מעמד", או כל חקיקה אחרת שביקשה לחלק מחדש בצורה שרירותית את ההון בחברה. הראשונה נתפסה כחוקתית; השנייה – כפסולה. חוקי העבודה למיניהם פגעו בזכויות הטבעיות של אזרחי ארה"ב לחירות, לקניין ולחופש בכניסה להתקשרויות חוזיות – ואף פגעו ברווחת הכלל והשחיתו את ההליך הפוליטי, שכן הם הפכו את המדינה לכלי שרת בידיהן של קבוצות אינטרס.

ליברליזם חדש

אין זה מפתיע לגלות כי ההחלטה בעניינו של לוכנר עוררה – ועודה מעוררת – התנגדות עזה בקרב חוגים שונים, שכן המקרה כולו מעלה שאלות עקרוניות בדבר תפקידה הראוי של המדינה, טיבה והיקפה של החירות הכלכלית, תפקידו של בית

המשפט העליון והאופן שבו יש לפרש את החוקה האמריקנית.

הטענות שבפי המתנגדים רבות ומגוונות. חלק מהמבקרים ראו בשופטי דעת הרוב עושי דברם של בעלי ההון, הקפיטליסטים תאבי הבצע, המבקשים להותיר את אזרחי ארה"ב לרחמיהם של תאגידי ענק. אחרים טענו, ברוח זו, כי חופש החוזים הוא זכות פורמליסטית המתעלמת מהבדלי הכוח שבין העובדים למעבידים, ועל כן אינו אלא צורה של דיכוי מעמדי. המבקרים המתוחכמים יותר גרסו כי הזכות לחופש החוזה אינה מופיעה באופן מפורש בחוקה, ושהחוקה מעניקה למדינות – להבדיל מהממשל הפדרלי המוגבל בחומרה – סמכויות רבות ובתוכן הסמכות להסדיר את הכלכלה באופן שנבחר הציבור מוצאים לנכון. עוד קבלו כי פסילת חוקי העבודה בידי בית המשפט היא פגיעה אנטי-דמוקרטית בסמכויות המחוקק על ידי גוף שאיננו נבחר.

גיבורו של המחנה הפרוגרסיבי בפרשייה זו היה אוליבר וונדל הולמס, מן הגדולים שבשופטיה של אמריקה. דעת המיעוט המבריקה שלו היא מתקפה חריפה על עקרונות הליברליזם הקלאסי שהנחו את דעת הרוב. לדעתו, שופטי הרוב הכניסו לטקסט העמום של התיקון ה-14 את דוקטרינת ה־לֶסֶה־פֶּר של הרברט ספנסר, דוקטרינת המשק החופשי, אף כי רבים בציבור אינם מקבלים את תקפותה. להבנתו של הולמס, אסור היה להם לעשות זאת, שכן החוקה האמריקנית אינה תומכת בשום שיטה כלכלית ואינה אוסרת על הרוב לבצע ניסויים חברתיים או כלכליים העלולים להגביל את זכויותיהם הטבעיות של האזרחים:

במגוון פסקי דין קבע הבית הזה שחוקות המדינות וחוקיהן רשאים להסדיר את החיים בתחומים רבים שאנו, כמחוקקים, עשויים לראות כבלתי-נבונים, או אם תרצו כרודניים, וכפוגעים בחופש החוזים... חירותו של האזרח לעשות כרצונו כל עוד אינו פוגע בחירותם של אחרים לעשות כן, שבעיני כמה כותבים ידועים היא אמת המידה לכול, מופרת בחוקי החינוך, בחוקי הדואר, בכל מוסד מדינתי או מוניציפלי המשתמש בכספי האזרח למטרות שנראות לו רצויות בין אם רוצה בכך האזרח ובין אם לא. התיקון ה-14 אינו מעגן בחקיקה את משנתו החברתית של מר הרברט ספנסר... אין זה מייעודה של חוקה לגלם תורה כלכלית מסוימת, לא תורות פטרנליסטיות ותורות בדבר יחס אורגני בין האזרח למדינה ולא את תורת ה־לֶסֶה־פֶּר. היא נוצרת למען אנשים בעלי השקפות שונות ומשונות, והשאלה אם דעות כאלה ואחרות הן בעינינו ניטרליות ומוכרות או חדשניות ואפילו מזועזעות אינה צריכה להשפיע על שיפוטנו בשאלה אם חוקים המגלמים אותן מתנגשים עם חוקת ארצות הברית... סבורני שהמילה חירות בתיקון ה-14 מסולפת כאשר מפרשים אותה כמונעת את התוצר הטבעי של דעה שלטת, אלא אם אפשר לומר שכל אדם רציונלי והוגן יודה שהחוק המוצע יפר עקרונות יסוד כפי שהובנו במסורות של עמנו ומשפטנו.

הולמס עמד על כך שזכותו של הרוב לבטא בחוק הכתוב את דעותיו, שגויות ככל שתהיינה, ושלבית המשפט לא צריכה להיות עמדה מגבילה כלשהי בסוגיה. במילים אחרות, אליבא דהולמס רשאי המחוקק לקדם כל ניסוי חברתי שירצה במטרה

להתמודד עם העידן התעשייתי שהגיע לבגרותו, ואין לבית המשפט סמכות להגבילו כל עוד אדם רציונלי יכול למצוא היגיון כלשהו בחוק זה כאמצעי להתמודד עם בעיה חברתית-כלכלית (וכי יש צעד מדינתי שלא יימצא אדם רציונלי כלשהו שיצדיקו בדרך זו?). הולמס, שדגל בריסון שיפוטי, פתח לרווחה את הדלת לכוחה של המדינה. התפיסה של ממשלה מוגבלת נעלמה כמעט כליל תחת פרשנותו של הולמס. חופש החוזה היה חשוב בעיניו פחות; ודאי פחות מדעת רוב בציבור המתורגמת לחוק.

המשנה הפוליטית שעלתה מדעת המיעוט של הולמס הפכה במהרה לעמדה החברתית הרווחת באמריקה. וודרו ווילסון, שהיה נשיאה של פרינסטון בטרם הפך לנשיא ארצות הברית, הסכים עם רוחו של הולמס בבטלו בבז את תפיסת הזכויות הטבעיות כ"קשקוש" המפריע לפעילותה הפרוגרסיבית של המדינה. עמדות ליברליות קלאסיות, במיוחד בכלכלה, היו בנסיגה אינטלקטואלית בכל החזיתות. השפל הכלכלי הגדול חיסל סופית כל תמיכה בלתי מסויגת בחופש החוזים ובזכות לקניין. המחויבות של בית המשפט העליון לעקרונות השוק בכלכלה נתפסה כחלקים גדלים והולכים בציבור כעמדה ריאקציונרית וחסרת רגישות חברתית. ניסיונותיו השונים של בית המשפט לעמוד כחומת מגן בפני בליץ חקיקת הניו-דיל תחת רוזוולט נידונו להיכשל עם חלוף הזמן, בין אם עקב הלך הרוח האינטלקטואלי והציבורי הפרוגרסיבי, ובין אם עקב איומו של רוזוולט כי ישנה את הרכבו של בית המשפט אם זה ימשיך לסכל את מדיניות הניו דיל. כפי שציין הפרשן הפוליטי ג'ורג' וויל, "מאז הניו-דיל, בתי המשפט חדלו מלהגן על חופש החוזה ועל חירויות נוספות המושתתות במסורת האמריקנית של זכויות טבעיות"¹⁰.

בשנת 1937 תם סופית עידן לוכנר כאשר בית המשפט העליון פסק, בתיק "מלון ווסט קוסט נ' פאריש", בזכות חוקתיותם של חוקי שכר מינימום – החלטה שביטלה את פסיקתו הקודמת בתיק אדקינס נ' בית החולים לילדים. מרגע זה ואילך, במה שקיבל את הכותרת "המהפכה החוקתית של 1937", בית המשפט העליון יאשר כחוקתית כמעט כל פגיעה של הממשל בחירויות הכלכליות של אזרחי ארצות הברית; בית המשפט השלים למעשה עם עיקרון הממשלה הגדולה, הכיר בלגיטימיות של תביעותיה להתערבויות חוזרות ונשנות במרקם הכלכלי-חברתי, וחדל להעניק הגנה לזכויות הקניין של הפרט. החזון הליברלי הקלאסי של זכויות טבעיות וממשלה מוגבלת נזנח לטובת מודל פרוגרסיבי של פוליטיקה דמוקרטית המנסה להגשים אידיאל חברתי באמצעות מנגנון המדינה. משעה זו, כל רגולציה מדינתית או ניסוי חברתי נתפסו כלגיטימיים. כפי שמציין החוקר ריצ'רד אפשטיין, המפנה הפרוגרסיבי כרסם בשתי הגנות על חירות הפרט: עיקרון הפדרליזם שהגביל את כוחו של השלטון המרכזי, ועיקרון חופש החוזה:

הגישה הפרוגרסיבית זלזלה עמוקות באתיקה ה"אינדיבידואליסטית" שלדעת הפרוגרסיבים עיצבה את הגישות החברתיות המסורתיות כלפי השתנות הסדר החברתי.

הם סברו שיש לקעקע מושגים משפטיים המעוגנים באתיקה מיושנת זו, מושגים השייכים לשני תחומים נבדלים. הראשון עניינו המבנה השלטוני הפדרלי, שבו ניתנות לממשל הלאומי המרכזי משימות מוגדרות מעטות המצוינות בחוקה, וכל יתר העניינים, ובכללם אסדרת הפעילות הכלכלית, נשארים בעיקרם למדינות. השני עניינו ההגנה על חירות הפרט שרווחה בחשיבה המשפטית בת הזמן – ובעיקר החירות לירות חוזים וולונטריים עם מי שהפרט חפץ ורק איתו.¹¹

סוף עידן לוכנר הוא ביטוי לשינוי מהותי כללי יותר שחל באופן הבנתו של המושג ליברליזם במערב. בעידן לוכנר הובן הליברליזם במובנו המקורי והקלאסי: לבני האדם זכויות טבעיות שאינן נובעות מהשלטון ולמעשה קודמות לו. זוהי מסורת השמה דגש בצורך להגביל את כוחה של המדינה ובחשיבות העליונה של זכויות הקניין וחופש החוזה. והנה במפנה המאות, וביתר שאת לאחר השפל הכלכלי הגדול, תפיסה חדשה של ליברליזם עלתה לקדמת הבמה. המדינה פסקה מלהיות רע הכרחי והפכה לכוח של טוב בעולם. על פי תפיסה חדשה זו, המדינה תיטיב לכוון את הפעילות הכלכלית, לפקח עליה ובעיקר לשמר צמיחה כלכלית לצד החלתו של צדק חברתי. החירות הכלכלית – הזכות לקניין וחופש החוזה – סולקה ממעמד החירות הבסיסית ביותר, החשובה ביותר והמהותית ביותר המגדירה למעשה את תפיסת העולם הליברלית. כפי שמציין נורמן בארי:

המאפיין הבולט ביותר של הליברליזם העכשווי באמריקה ובבריטניה הוא התכווצות חשיבותה של הכלכלה, ובעיקר המשק החופשי, בעיני דוקטרינה זו. אין זה אומר בהכרח שהאינדיבידואליזם ננטש; הליברלים החדשים באמריקה להוטים כבעבר להגן על "זכויות" האנשים מפני כוחה של המדינה. אך זכות טבעית זו אינה נוגעת יותר לכלכלה: הזכות להחזיק ברכוש ולהקים עסק נעשתה זכות יתר שהמדינה יכולה להחליט אם לתת אותה, ובידה להסדיר אותה, לפקח עליה ולסגת ממנה בכל עת.¹²

להבדיל מחירויות אורחיות, כגון חופש הביטוי וההתארגנות ששמרו על מעמדן הרם, הליברליזם הפרוגרסיבי החדש לא ראה שום דבר קדוש או חשוב בזכויות קניין. אותו הולמס ששמר על ריסון שיפוטי לנוכח פגיעה בחירות הכלכלית של חופש החוזה, ושהכריז כי אֵל לבית המשפט למנוע מן הרוב מלקדם את ניסויי החברתיים-כלכליים, טען באותה נשימה כי אֵל למדינה לפגוע בחופש הביטוי אלא במצב חריג של סכנה ברורה ומיידית.¹³

אם המאה ה־19, המאה של דוקטרינת הלסה־פר, כונתה בצדק "תור הזהב של החוזים", הנה במאה העשרים חל כרסום מתמיד במעמדו של עיקרון זה. פיקוח ממשלתי על מחירים ותנאי עבודה, ביטחון סוציאלי ותכנון כלכלי הולכו כאמור לשינוי ניכר ביחסו של הליברליזם עצמו כלפי המדינה. התייצבות גבולותיה של ארצות הברית (מה שמכונה סגירת הסֶפֶר) והפיכתה למדינה עירונית ותעשייתית,

כמו גם עלייתם של תאגידיים גדולים, הצדיקו לדעת הפרוגרסיבים דחייה של עקרונות שוק ואימוץ מודל של התערבות מדינתית מסיבית בשוק. זאת, אף כי בעשורים שלפני התערבות זו כבר נרשמו ירידה עקבית במספר שעות העבודה, עלייה בשיעור תעסוקת נשים וירידה בשיעור עבודת הילדים.

התפיסה של חופש החוזים, ושל חברה חוזית המבוססת על חלוקת עבודה והזכות לקניין, היא יסוד הליברליזם הקלאסי. זהו הישג מאוחר מאוד של החברה המערבית שהייתה במשך מאות בשנים חברת סטטוס: חברה מעמדית שהמאפיין העיקרי שלה היה הפקודה או הצו הכופה. המעבר מסטטוס לחוזה הוא מעבר מכפייה לחירות, וכל פגיעה בחופש החוזה מהווה צעד נוסף חזרה אל חברת הסטטוס. כפי שציין הכלכלן וההוגה לודוויג פון-מיזס:

הסדר החוזי של החברה הוא סדר של זכויות ומשפט. הממשלה נתונה כאן לשלטון החוק, להבדיל ממדינת הרווחה ומהמדינה הפטרונית... במדינה ההגמונית אין לא זכויות ולא משפט; יש רק צווים ותקנות שהרשויות עשויות לשנות מדי יום ולהפלות את מי שיחפצו. לנתנים יש רק חירות אחת: לציית בלי לשאול שאלות.¹⁴

הצמצום בחופש החוזים באמצעות הגבלות שבחקיקה הוא אנטי-ליברלי במובהק, למרות הרטוריקה המתקדמת המצדקת אותו. המאה העשרים תהיה ידועה לשמצה עקב דברים ומאורעות רבים. אחד מאותם דברים יהיה נפילתו של עקרון חופש החוזים והכחשת האמת הפשוטה כי בחליפין חופשיים שני הצדדים מרוויחים.

אצלנו בחצר

עברנו דרך ארוכה מאז הגישה שחופש החוזים פירושו שמי שמגדיר את היחסים הם הצדדים עצמם ואין להתערב ברצונם. (אלישבע ברק, סגנית נשיאת בית הדין הארצי לעבודה)¹⁵

הייתי מצפה ליותר תביעות של עובדים. המצב לא יכול להיות כזה טוב שיש כל כך מעט תביעות. (סטיב אדלר, נשיאו לשעבר של בית הדין לעבודה)¹⁶

נסביר: תכליתו של משפט העבודה היא להגן על העובד. (פרופ' רות בן-ישראל, דיני עבודה)¹⁷

מדינת ישראל לא ידעה עידן דומה לעידן לוכנר. שלא כארצות הברית, שנוסדה על עקרונות הליברליזם הקלאסי ועברה מהפכה פרוגרסיבית שנים רבות לאחר הקמתה, ישראל נוסדה מראשיתה כמדינה פרוגרסיבית – לפחות בכל הנוגע למערך האמונות הכלכלי שלה. ההבדל בין המדינות בא לידי ביטוי מובהק באתוס המייסד שלהן. בעוד הכרזת העצמאות האמריקנית קובעת במפורש כי לבני האדם זכויות טבעיות,

כי זכויות אלו קודמות לשלטון, וכי לשלטון תפקיד מוגבל בלבד, דהיינו להבטיח את קיומן של זכויות אלה – הנה הכרזת העצמאות הישראלית נעדרת כל אזכור של זכויות טבעיות, ואף מעניקה למדינה כוח רב לקיים "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה". הוסיפו לכך את העובדה שמדינת ישראל הונהגה מראשיתה בידי מפלגות פועלים שהושפעו מעולם הדעת הסוציאליסטי המזרח-אירופי – ולא תתפלאו להיווכח שזכויות הקניין בכלל וחופש החוזה בפרט לא זכו בישראל להגנה מיוחדת לא על ידי בית המחוקקים ולא על ידי בתי המשפט. יתרה מכך, לא תהיה זו גוזמה לומר כי בישראל חופש החוזה מופר בצורה שיטתית הן על ידי המחוקק שהטיל על החברה האזרחית חוקי מגן מעמדיים, הן על ידי בית הדין לעבודה המתפקד לא אחת כשלוחה של אינטרסים מעמדיים בסגנון הסתדרות העובדים.

הנחת היסוד הסוציאליסטית קובעת שבמשק מתחולל עימות מעמדי שבו עובדים חלשים מנוצלים ללא רחם בידי בעלי הון עוצמתיים ותאבי בצע. לאורה של הנחה זו התקבע בחקיקה, בתקינה ובפסיקה בישראל עיקרון הפטרנליזם על עובדים כטעוני הגנה. ספר החוקים הישראלי מלא עד אפס מקום בחוקים המכילים הוראות קוגנטיות, דהיינו הוראות כופות בדמות הסדרי מינימום חוקיים שאינן מאפשרות לצדדים לסטות מהן, להתפשר בגינן או לבטלן בחוזה חופשי. כאלה הם למשל חוקי העבודה שלנו, המכונים עד עצם היום הזה בשם המטעה "חוקי מגן" – החל בחוק שכר המינימום,¹⁸ דרך חוק שעות עבודה ומנוחה¹⁹ וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה,²⁰ וכלה בחובה החוקית המוטלת על המעביד לנהל משא ומתן קיבוצי עם ארגון העובדים היציג.²¹ מעבר לכך, כל חוזה בישראל כפוף לעקרונות-על קוגנטיים: עיקרון תום הלב ועיקרון תקנת הציבור (ביטוי לכך נמצא בחוק החוזים עצמו: "חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים, בלתי-מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל").²² שני אלה הם מונחי שסתום המאפשרים למחוקק גמישות בהבנת פסיקות משפטיות, ואילו לבתי-הדין הם מאפשרים להפעיל ביקורת שיפוטית נרחבת על חוזים.

הגבלת חופש החוזים בישראל היא תופעה כה רווחת, שאין טעם להתיימר להגיש בעמודים מעטים אלה דין וחשבון מלא לגביה. כאן נתמקד בעולם משפט-העבודה בארץ, ונסתפק בארבע דוגמאות מכתביהם של בכירים בתוכו, שיש בהן ביטוי לגישה סוציאליסטית הרואה בפגיעה בחופש החוזים עמדה לגיטימית, נורמטיבית ואף ראויה.

השופט מנחם גולדברג היה נשיאו השני של בית הדין הארצי לעבודה, וממתווי דרכו העיקריים של מוסד זה. מאמרו הדין בעיקרון חופש החוזים במשפט הישראלי ממועד חקיקתו של חוק החוזים (1973) הוא מסמך היסטורי מרתק, החושף בצורה בהירה את התפיסה הסוציאליסטית הגלויה והסמויה הרווחת בקרב האליטה המשפטית הישראלית. גולדברג עומד, להלכה, על חשיבותו של עקרון חופש החוזים במשפט הישראלי, ומציין כי הוא נמנה עם זכויות-היסוד במשפט הפרטי וכי בעיני רבים הוא

העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל. אולם הוא מודה במפורש בכרוסום המשמעותי שחל במעמדו של חופש החוזים. כך, בין היתר, הוא כותב:

התפיסה, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם ה"חופשי" של המעביד והעובד, חרף העדר שוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של "רצון הצדדים", ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמות הוראות חוק והסכמים שתרמו לתקנת-הציבור.

... הגישה המקובלת כיום בשיטתנו המשפטית, ולא רק בה, לאור החקיקה המגבילה את חופש החוזים בשטחים רבים, היא להמיר את עיקרון חופש החוזים בעיקרון של "צדק חוזי", או לקבוע שחופש החוזים קיים רק שעה שהצדדים לחוזה שווים במובן חברתי וכלכלי.²³

שוויון כלכלי בכוח המיקוח, הפיחות בקדושת רצון הצדדים והמתרו של עיקרון חופש החוזים בעיקרון "הצדק החוזי" – עקרונות סוציאליסטיים אלה הבאים לידי ביטוי אצל גולדברג הם האקסיומה הפילוסופית של בית הדין הישראלי לעבודה, ובהם טמונה ההצדקה להתערבות החוזרת ונשנית של המדינה בשוק. השופט גולדברג אף הודה במפורש בכך שבית הדין הישראלי פועל, בהתייחסותו ל"חוקי המגן" שיצר המחוקק, תחת השפעתו והשראתו של הולמס:

חוק שעות עבודה ומנוחה תשי"א-1951, חוק עבודת נוער תשי"ג-1953 וחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 מטילים הגבלות על זכות העבודה של אדם, אך הם מקובלים על הציבור ואיש אינו טוען עוד שיש בכך משום הסגת-גבול של רשות הפרט. בשנת 1971 מוכר עניין הכלל בשלומו של הפרט עליו דיבר השופט Holmes בשנת 1905, והטענה שהמדינה חייבת "לעזוב את האזרח" ולהימנע מלדאוג לשלמות גופו כל אימת שהוא חפץ להסתכן מופרכת מעיקרא. (ההדגשות בציטטות, כאן ולהלן, אינן במקור)

הנחות היסוד הסוציאליסטיות והפטרנליסטיות של גולדברג, עם הצגת העמדה החברתית הזו כעמדה שאיננה שנויה במחלוקת, מקובלת בעולם המשפט הישראלי. כך למשל ציין שופט דגול אחר, מנחם אלון, המשנה ה-11 לנשיא בית המשפט העליון וחתן פרס ישראל למשפט, שדווקא הגן לא אחת על עיקרון חופש החוזים:

גישה פטרנליסטית זו אכן מצויה היא במערכת משפטנו, והיא עולה בקנה אחד עם תפיסתנו החברתית של הגנה על החלש ועם תחושת הצדק והיושר, כגון באותם מקרים שאחד מהצדדים לחוזה נחות בכישוריו השכליים או במעמדו הכלכלי במידה כזו שקיים חשש שהוא יהיה צפוי לניצול, והמחוקק בא למסקנה שמן הראוי ומן הצדק לפרוש כנפי החוק עליו ולקבוע בחוק דרישות והנחות שיש בהן כדי לתקן פגם ונחיתות אלה.²⁴

שופט דגול אחר, חיים כהן, כתב בספרו הנודע 'המשפט' את הדברים המדהימים הבאים המדברים בעד עצמם:

בראשונה היה 'חופש החוזים' אחת הערובות החשובות לחופש הפרט, ליוזמה פרטית, לפעילות מסחרית ותעשייתית אינדיבידואליסטית... גם מבחינה פילוסופית-מוסרית, בחופש החוזים היה משום ביטוי לכבודו ולעצמאותו של האדם, לאחריותו שלו על מעשיו ולהבטחת קיום הבטחותיו. עם ההגבלה החקיקתית, ההולכת וגוברת בכל מדינות-הרווחה, של חופש החוזים, קיבל עיקרון זה תוכן שונה או נוסף – ולו רק על ידי הסרת האנוכיות החוגגת. כמו בכל ענפי המשפט האחרים... חלה גם בדיני-חוזים התפתחות ניכרת בכיוון האלטרואיזם: לא רק שטובת-הפרט נדחית בפני טובת-הכלל, אלא שטובת-הכלל נראית באור אחר. אפילו תיראה בחופש-החוזים טובת-הכלל (מן הבחינה הכלכלית-קפיטליסטית), אין להתיר עוד את קיומו אלא בכפיפות לדרישות הצדק החברתי שהאינדואיד. 'הצדק החוזי' השתלט – ועתידי להוסיף ולהשתלט – על דיני החוזים... ההנחה החקיקתית – שהיא מן הסתם האינטרס הציבורי – היא שיש חוזים רבים ומגוונים שאין להשאיר את מידת 'סבירותם' לשיקול-דעתם של בעלי אינטרסים אינדיבידואליים; ועל פי רוב מצוות ה'סבירות' היא להגן על עניים מפני עשירים... והצדק שהפרט אינו רוצה לעשות עם חברו שהיטיב עמו, כופין אותו לעשותו.²⁵

עיקרון "הצדק החוזי", שאינו אלא שם מכובס לתפיסה חברתית סוציאליסטית ואגליטרית, התקבע אפוא בקרב צמרת בית המשפט שרואה בעקרונות הליברליזם הקלאסי לא יותר מתפיסת עולם אנוכית ואנכרוניסטית.

סטיב אדלר שימש נשיא בית הדין הארצי לעבודה בשנים 1997–2010, והעמדות הסוציאליסטיות שהציג היו לוחמניות אפילו משל קודמו. תחת שרביטו יצר בית הדין לעבודה זכויות עובדים חדשות שאינן קיימות בחקיקה הישראלית, כגון זכויות מעין קנייניות של עובדים במקום העבודה.²⁶ לא אחת ביטא אדלר את אהדתו של בית הדין להסתדרות הכללית: "בנוגע להסתדרות, צ'רצ'יל אמר פעם שהדמוקרטיה היא לא מוסד מושלם, אבל זה מה שיש. אפשר להגיד על ההסתדרות דברים רעים, אבל מה לעשות, היא הגוף שמאזן בין הכוח העצום של בעלי ההון ושל המדינה, אל מול [צ"ל לבין] הכוח שלא קיים של העובדים", אמר.²⁷ כשנשאל אדלר בראיון על עקרונות היסוד שהנחו אותו בשנות עבודתו הוא לא היסס לענות כי "אחת מהנחות היסוד לאורן פסקתי היא מימוש הצדק החברתי שנועד לאזן את אי השוויון הבסיסי שבין העובד לבין המעסיק". אדלר לא רק שלא הכחיש את האקטיביזם החברתי של בית הדין לעבודה, אלא אף התגאה בו. "היות ובית הדין משמש במה לבעיות חברתיות", ציין, "הוא יכול לסייע גם בצמצום הפערים החברתיים ולמנוע אי צדק".²⁸

נילי כהן, כלת פרס ישראל לחקר המשפט לשנת תשע"ז, מבטאת אותו הלך רוח. מאמרה "ה'שוויון' מול חופש החוזים" הוא מסמך מרתק המעיד על חולשתו של חופש החוזים במשפט הישראלי.²⁹ כהן כותבת כי "דיני החוזים עברו שינוי מהפכני,

מאינדיבידואליזם לקולקטיביזם, בין השאר באמצעות כפיפותם לעיקרון תום הלב ובאמצעות התוכן שמיוחס כיום לעיקרון של תקנות הציבור". שלא כמו המסורת הקלאסית והאינדיבידואליסטית של דיני חוזים, המעוגנת בכלכלת שוק טהורה, הגישה הקולקטיביסטית מעוגנת ברעיונות של מדינת סעד ורווחה הדוחים את תורת השוק שכן זו, לדברי כהן, "מנציחה עוולות ואי-צדק חברתי". הגישה הקולקטיביסטית הנהוגה בישראל משלימה אומנם עם קיומו של פער בין הצדדים, אך היא שמה לה למטרה להגביל את כוחו של החזק. ובעיניה של כהן "הצד החזק צריך לעתים לחלוק את יתרונו עם הצד השני כדי לגשר על הפער. לצד החלש, שאינו יכול לסמוך על עצמו, מותר לסמוך על זולתו". זהו המסר הבסיסי של הסוציאליזם הרווח בבתי הדין לעבודה.

כמו גולדברג ואדלר, כהן נותנת קול לטענה כי התערבות מצד המחוקק או בית המשפט בחופש החוזים לנוכח פערי כוחות ניכרים בין הצדדים דווקא עוזרת לקיים חופש חוזים "אמיתי". לדבריה, "הנחת החקיקה היא שבמקום שיש פער בין הצדדים, יש רק לאַחַד, לחַזֵק, חופש לפעול לפי רצונו, וביכולתו להכתיב לצד השני את תנאי החוזה. לעומתו לצד השני, החלש, אין כלל חופש, או שהוא מוגבל ביותר. מכאן שההתערבות השיפוטית או החקיקתית בחופש החוזים מיועדת לשמור על חופש החוזים האמיתי, שהשתבש עקב הפער במעמד הצדדים". כתבה והוסיפה את הדברים הבאים הראויים לציטוט מלא:

"אפשר להצדיק, אפוא, את ההתערבות בחופש החוזים מטעמים של חופש החוזים עצמו. המילים "חופש החוזים" משמשות כאן במשמעות כפולה: המשמעות הפורמלית, שלפיה חוזה שנכרת ללא הטעיה או כפייה הוא חוזה שנכרת מרצון חופשי, והמשמעות המהותית, שלפיה חוזה שנכרת במצב של אי-שוויון כלכלי בולט, אינו חוזה שנכרת מרצון חופשי. ההתערבות היא בחוזה שמשקף חופש פורמלי כדי לקדם מצב של חופש מהותי".

ההנגדה בין חופש פורמלי לחופש מהותי מעוררת השתאות. עוד נתייחס לריקנותו של המושג "חופש מהותי" בהמשך.

ביטוי אחרון לקולקטיביזם החוקי הנהוג בישראל שראוי להזכיר אצל כהן הוא התייחסותה לבג"ץ נבו. ד"ר נעמי נבו, סוציולוגית בכירה בסוכנות היהודית, עתרה לבג"ץ מפני שאולצה לפרוש מעבודתה בגיל 60 – להבדיל מגברים שאולצו לפרוש בגיל 65 – בהתאם לחוזה העבודה שחתמה עליו. נבו טענה כי מדובר בסעיף מפלה שאין לנהוג על פיו בהיותו סותר את תקנות הציבור. בפסיקתו בנושא קלט בית המשפט העליון את ערך השוויון בין המינים מן המשפט הציבורי והזרימו לתוך חוזה במשפט הפרטי באמצעות העיקרון של תקנת הציבור. בהסתמך על סעיף 30 לחוק החוזים, קבע בית המשפט העליון כי ההוראה בטלה. על החלטה זו של בג"ץ כתבה כהן כי

לפסק הדין חשיבות חוקתית ממדרגה ראשונה. עקרון השוויון הוכר כעיקרון הגובר על חופש החוזים במובנו הפוזיטיבי. בית המשפט דוחה את העיקרון כי בחוזה, הצדק הוא מה שהצדדים הסכימו עליו. בית המשפט קובע אמת מידה חיצונית של צדק, עדיפה על מה שקבעו הצדדים, המושתתת על איסור הפליה, על העיקרון של שוויון בין המינים".

אין אלא להסיק כי כהן תומכת בקליטתם של ערכים ועקרונות מהמשפט הציבורי, המשקפים ערכים שוויוניים וקולקטיביים שנויים במחלוקת, למשפט הפרטי ולדיני החוזים – ומתוך כך, בהגבלת חופש החוזים של האזרח. גם אצלה חל שימוש במושגים פרוגרסיביים עמומים כגון אמות מידה חיצוניות של צדק ו"חופש מהותי" במטרה לפגוע בעיקרון הליברלי הקלאסי של חופש החוזה.

לא נוכל לחתום את החלק הנוכחי בלי להתייחס למי שהשפיע יותר מכל אדם אחר, לטוב או לרע, על המשפט הישראלי בכלל ועל דיני החוזים בפרט: אהרן ברק. אל לנו להתפלא כי גם בסוגיה זו של עיקרון חופש החוזה היה ברק, לדברי המשפטן איל זמיר, "אקטיביסט מובהק".³⁰ אף על פי שברק רואה בחופש החוזים עיקרון ראשון במעלה, שאותו הוא גוזר מעקרון כבוד האדם וחירותו, ולמרות הפרשנות המרחיבה שהוא נתן לזכות הקניין המוגנת בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו, הוא הכשיר והעמיק את הפגיעה בעיקרון חופש החוזים בשני אופנים: על ידי החלת תורתו הפרשנית, היא תורת הפרשנות התכליתית; ועל ידי השקפתו שלפיה ערכי היסוד החוקתיים חלים גם במשפט הפרטי.

לפי תורתו הפרשנית של ברק יש לפרש חוזה באופן המגשים באופן הטוב ביותר את תכליתו. תכלית החוזה, כתכליתו של כל טקסט משפטי אחר, מורכבת מתכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא כוונתם המשותפת של הצדדים, ואילו התכלית האובייקטיבית היא כלל האינטרסים, המטרות והערכים שהחוזה נועד להגשים. לב העניין בחלוקה זו הוא העתקת מרכז הכובד מן התכלית הסובייקטיבית של החוזה, המתרכזת בכוונות הצדדים, אל התכלית האובייקטיבית, המשקפת עקרונות עמומים של סבירות, היגיון ואת "ערכי השיטה".³¹ בפשטות, על אף שברק מעניק משקל לעקרון חופש החוזה המבטא לדידו את האוטונומיה של הרצון הפרטי, אין הוא מהסס, באמצעות התכלית האובייקטיבית, לשים סייגים לעיקרון זה. במילים אחרות, שיטת הפרשנות של ברק מקנה לגיטימציה להתערבות שיפוטית בחופש החוזים.

האופן השני חשוב אף יותר. לדעת ברק זכויות היסוד של האדם חלות לא רק ביחסו עם השלטון אלא גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים עצמם; ובהתאם לכך, ערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל חלים גם במשפט הפרטי באמצעות מונחי השסתום "תום לב" ו"תקנת הציבור".³² ברק פיתח את עיקרון תום הלב, הרחיב את תחולתו ועודד את השימוש בתקנת הציבור. במקרים שונים ייחס ברק חשיבות מעטה להסכמת הצדדים כפי שבאה לידי ביטוי בחוזה שלהם, והעניק חשיבות רבה לערכים

כלליים שקובע בית המשפט. השימוש ברטוריקה חוקתית בבתי הדין לעבודה גבר בהדרגה מאמצע שנות התשעים ואילך – כגון בפסקי דין של מפעילי תחנות דלק שבהם הגן בית הדין מפני פיטורין בשם חופש ההתארגנות הגובר על זכות הקניין של המעביד, וכגון בהלכות אגד וצ'ק פוינט שבשם חופש העיסוק קעקעו סעיפי איסור תחרות חוזיים. נראה כי המדיניות העומדת ביסוד פסיקה זו היא להעצים את כוחו של העובד בישראל באמצעות הגנה חוקתית בעידן שבו, על פניו, פחתה מרכזיותו של משפט העבודה הקיבוצי.³³ כך או כך, אין חולק כי מדיניות זו פוגעת בחופש החוזה של הפרט, מגבילה את חירותו ויוצרת בקרבו תחושה מתמדת של חוסר ודאות.³⁴

ביקורת הפרוגרסיביות

הדוגמאות שלעיל אינן ממצות כמובן את עמדותיהם של גולדברג, כהן, אדלר וברק, שהתגבשו לאורך שנים של עבודה משפטית ענפה. על השופט גולדברג, למשל, נהגו לומר שפסיקותיו נטו דווקא לטובת המעבידים. אולם הן מדגימות כיצד כתביהם מבטאים, באופן גלוי או גלוי פחות, סנטימנטים פרוגרסיביים המושלים עד עצם היום הזה בציבור הישראלי, בבית המחוקקים, ובעיקר במערכת המשפט. ניכרת תמימות דעים של בכירי מערכת המשפט שלנו כי חל פחות ממישי במעמדו של עיקרון חופש החוזים, וכי פחות זה הוא תופעה ברוכה. איש מן הארבעה לא דיבר בשבח חופש החוזה במובנו הליברלי הקלאסי כעיקרון-על שהמחוקק או השופט יכול לפגוע בו רק במקרים נדירים.

אישי משפט מחוץ למערכת הבחינו בבעיה. כך למשל, הנשיאה לשעבר של הקריה האקדמית אונו גבריאלה שלו קבלה על התופעה במאמרה "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים".³⁵ לדעתה, בדין הישראלי לא נותר הרבה מחופש החוזים, והדבר מוביל לפגיעה בערכים חיוניים אחרים כגון ערך קיום ההבטחות, דינמיות מסחרית, הסתמכות עצמית ויכולת תכנון. דוגמה נוספת, נהדרת בעיניי, היא מאמרו של עו"ד חיים ברנזון "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה: איזון קונקרטי וצודק בין עובדים למעבידים". בית הדין לעבודה הפך לדבריו ל"בית דין חברתי רדיקלי":

בביה"ד הארצי עבר הדגש מפסיקה ישירה והכרעה פרטנית בסכסוך הקונקרטי לפסיקה רחבת יריעה, ליצירת זכויות הלכתיות חדשות לעובדים ולארגוני עובדים, לשם הגשמת ערכים חברתיים חשובים למען קבוצות חלשות בקהילה ובעיקר לקידומן של זכויות היסוד החברתיות... כיוון שאלו טרם נחקקו על ידי הכנסת. בית הדין הארצי מצהיר בגלוי כי הוא ממלא תפקיד של חקיקה שיפוטית מחדשת במשפט העבודה המקדימה את בית המחוקקים.³⁶

במילים אחרות, במקום ליישם באופן שוויוני ואובייקטיבי את הדין, ובמקום להותיר

את ההטיות האידיאולוגיות מחוץ לכותלי בית המשפט, בית הדין לעבודה היה לכלי לשינוי חברתי המבקש לקדם אינטרסים מעמדיים.

אלא שהקולות הללו וקולות נוספים המזהירים מפני הכרסום המתמשך בחופש החוזים אינם נשענים על עמדה ליברלית קלאסית לכידה ומגובשת. מתוך כך, אין הם מציעים בגלוי חלופה עקרונית לפרדיגמה הפרוגרסיבית המושלת במחוזותינו. המבקרים את צמצום מעמדו של חופש החוזים עושים זאת מתוך אותה תפיסת עולם שבה מחזיקים אלה שתרמו לצמצום זה. כך למשל גבריאלה שלו דואגת לסייג את עצמה בסיכום דבריה ולהבהיר כי "גם תומכיו הנלהבים של עקרון חופש החוזים לא יכחישו כי מרחק רב עברנו, בעולם המערבי ובישראל, מאז שלטה בכיפה התפישה הקלאסית-אינדיבידואליסטית של חופש החוזים. דיני החוזים המודרניים הם דינים המשפים ערכים חברתיים ומוסריים של התחשבות בזולת והוגנות עסקית".³⁷ באופן דומה, ברנזון אינו קורא להיפטר באופן מוחלט מהגישה הפטרנליסטית אלא מבקש לצמצם אותה לאותם עובדים המשתייכים "לאחת הקבוצות החלשות טעונות ההגנה" או לאותם מקרים שבהם יש נחיתות אישית או קיבוצית "בולטת" של העובד. אומנם צריך לדעתו "לשנות במעט, לעדכן ולשכלל את הנוסחה העקרונית הכללית המעורפלת-מה בעניין חולשת העובד", אך ההנחה ההיסטורית בדבר חולשת העובד שרירה וקיימת בעיניו.³⁸ אנסה אפוא להשלים את החסר: להצביע על השגיאות בהנחות היסוד החברתיות של בית הדין לעבודה המקנות לו לגיטימציה לפגוע בחופש החוזה – ולהציע חלופה ליברלית.

בבסיס התפיסה "החברתית" של בית הדין לעבודה נמצאת ההנחה כי העובד הישראלי הוא ברייה חלשה, מסכנה ונטולת כוח מיקוח – להבדיל מהמעסיק החזק והנצלן החותר לְמָרְב את רווחיו על חשבון עובדיו. אף כי השנה היא 2018 והחברה שלנו היא חברת שפע, שבה עודף משקל הוא בעיה חמורה הרבה יותר מתת-תזונה, התמונה החברתית העומדת לנגד עיניו של בית הדין לעבודה לקוחה ממכרות אנגליה של המאה ה-19. בעולמו של בית הדין, העובד החלש בן-ימינו נמצא עדיין במצב של עידן חברת הסטטוס ואינו שונה באופן מהותי, להבדיל מאופן לגלי גרידא, מעובד בכפייה. הרי זה מקור האבחנה בין חופש במובנו הרגיל של המושג לבין חופש במובנו ה"מהותי" שבשמו מדבר בית הדין הפרוגרסיבי שלנו. החופש שמעניק השוק אינו חופש אמיתי, על פי תפיסה זו; תלותו של העובד בכוחות השוק כמוה כתלותו של איכר באדונו. ההצדקה לחוקי "המגן" מבוססת על התפיסה שלעובד אין ברירה אלא לחתום על חוזה עבודה – והריבון צריך, משום כך, להגן על העובד מפני בעל ההון כשם שיש להגן עליו מפני בעל העבדים.

על הנחה זו אבד כמובן הכלח זה מכבר. ישראל בת-זמננו היא מדינה עשירה, משכילה, משגשגת וחופשית. העובד המודרני הוא הרבה דברים; חסר-אונים אינו אחד מהם. אין שום סיבה שנקבל את טענתם של מבקרי חופש החוזה והליברליזם הקלאסי הגורסת

כי אי-שוויון כלכלי-חברתי משול להיעדר חופש. ניתן אולי להצטער על כך שחלוקת ההון בחברה אינה שוויונית יותר, אך לא ניתן לטעון כי אי-שוויון כלכלי-חברתי משמעו היעדר חופש "מהותי". חופש יכול להיות קיים או נעדר. הוא לא יכול להיות "מהותי" או "לא מהותי".

הליברליזם הקלאסי דוחה את הניסיון לטעון שרק חברה אגליטרית היא חברה חופשית "באמת" וכי החופש של העובד תלוי בשיעור השוויון הכלכלי הקיים בינו לבין מעבידו. אדרבה, הוא מכיר בכך שזכויות הקניין וחופש החוזה יולידו בהכרח הבדלים ניכרים בהון, וכי אין בקיומם של הבדלים אלו כשלעצמם כדי לפגוע בחירות של אחד מן הצדדים.

עוד מניח בית הדין לעבודה שבמערכת הכלכלית מתקיים קונפליקט מעמדי. לפי תפיסה זו, האויב של העובד הישראלי הוא המעסיק החזק ולא עובדים אחרים שהוא נאלץ להתחרות בהם או המדינה עצמה. היטיבה לבטא הנחה זו פרופ' פרנסיס רדאי: "החולשה של עובד אינה נבדקת באופן נקודתי או אינדיבידואלי. היא מוכרת כתופעה מעמדית שנוצרה מהתפתחות סוציו-כלכלית של החברה".³⁹ הנחה זו צועדת יד ביד עם הנחה שגויה נוספת, שלפיה יחסי העסקה חוזיים הם במהותם משחק סכום אפס שבו צד אחד מרוויח על חשבון הצד השני. לפי הנחה זו, המעסיק מרוויח על חשבון העובד ומקדם את האינטרסים שלו על ידי שעבודם של חלשים ולא, כפי שמורה תורת הכלכלה, ששני הצדדים מרוויחים כתוצאה מהחליפין המתקיימים. כיוון שכך, על המחוקק או בתי המשפט להתערב בחופש החוזה ולעמוד נגד הניצול.

ברם שתי הנחות אלו משוללות יסוד. במערכת הכלכלית לא מתקיים קונפליקט מעמדי בין בעלי ההון לעובדים אלא שיתוף פעולה רחב ממדים לתועלת הדדית. החברה היא שיתוף פעולה משתכלל-והולך המבוסס על חלוקת עבודה המיטיבה עם כולם; השוק החופשי ושוק העבודה בפרט הוא מערכת עצומה של תן וקח שבה כל אדם חותר להיטיב את מצבו. כפי שמציין לודוויג פון-מיזס:

בחברת שוק הפטורה מהתערבות חיצונית, הרווח של אדם בא לו לא מצערו ומצוקתו של חברו, אלא מכך שהוא מקל על האי-נוחות של חברו או אף מסלק לחלוטין את מה שגורם לה.⁴⁰

כמובן, כל מעביד רוצה לשלם כמה שפחות על הדברים שהוא רוכש, ביניהם כוח עבודה, ולקבל מה שיותר על המוצרים שהוא מוכר. באותה מידה, כל עובד רוצה לעבוד מה שפחות אך לקבל מה שיותר על כוח העבודה שהוא מוכר. אך בשוק מתקיימת תחרות בלתי פוסקת בין יזמים ומעסיקים על כוח עבודה, וזו מציבה גבולות לרצונות השרירותיים שלהם. ריבוי מעסיקים, ולא חוקים קונגטיים, הוא ההגנה האמיתית שיש לעובד מפני המעביד. מעביד המנצל עובדים טובים פשוט יוצר הזדמנות עסקית למעבידים מתחרים. התרחיש היחיד העלול להוביל לניצול מוחלט

של עובדים הוא קיומו של מונופול לאומי, כמו תחת החזון הקומוניסטי של מדינה כל-יכולה.

ועוד, הקונפליקט הכלכלי היחיד המתקיים בחברה הוא זה שבין קבוצות אינטרס המקבלות מהשלטון זכויות יתר חוקיות לבין קבוצות אחרות של עובדים, מעסיקים ויזמים שאינן נהנות ממשטר ההעדפות שיצרה המדינה. המדינה, ומדיניות חלוקת השלל של ההליך הדמוקרטי, הן היוצרות קונפליקטים; לא השוק החופשי המבוסס על פעולות וולונטריות. רטוריקת "הצדק החברתי" הפרוגרסיבית של המדינה אינה יכולה להסוות את העובדה שכל התערבות מדינתית כופה מטיבה, בהגדרה, עם קבוצת אנשים אחת על חשבון האחרת. כמו כן, אין להשוות יחסים חוזיים בשוק של חליפין חופשיים למצב של משחק סכום אפס שבו צד אחד מרוויח על חשבון הצד השני. שוב, כפי שמציין מיוס:

אלמלא סברו הקונה והמוכר כאחד שהעסקה היא הפעולה המקנה להם את מרב היתרונות האפשריים בתנאים הקיימים, הם לא היו נכנסים אליה. ההכרזה שברכתו של האחד היא קללתו של השני תקפה באשר למעשי שוד, מלחמה וביזה... אך מלחמה ומסחר הם שני דברים שונים.⁴¹

הנחת "הצדק החוזי", שלפיה חוזה הינו הוגן או צודק רק אם הצדדים לו היו במועד ההסכמה בעלי יכולות כלכליות שוות או לפחות דומות, הינה חסרת שחר. אין שום קשר הכרחי בין צדק או הוגנות לבין נקודת פתיחה אגליטרית. נקודת מוצא אגליטרית היא לא יותר צודקת או הוגנת מנקודת מוצא לא אגליטרית. בפועל, זיהוי הצדק עם שוויון היכולת אף מכרסם בצדק, שכן בשם אידיאלים אגליטריים בית המשפט פוגע פעם אחר פעם בהתקשרויות חוזיות חופשיות ששני הצדדים צופים להרוויח מהן, ובכך יוצר אי-צדק משווע.

תפיסת העולם הפרוגרסיבית העוינת את חופש החוזה ואשר מושלת בבית הדין לעבודה בישראל נשענת על הנחות נוספות. הללו גורסות, ולו במשתמע, כי המדינה היא כול-יודעת, כול-יכולה, ובעיקר שוחרת טוב. ההתמודדות עם אלו תישאר למאמרים אחרים.

לקראת ליברליזם קלאסי בישראל

תנועתן של חברות פרוגרסיביות היא, עד כה, תנועה ממעמד לחוזה. (סר הנרי מיינ)

עתידה של מדינת ישראל תלוי בחוסנה הכלכלי. חוסן כלכלי אינו שאלה של מזל אלא הוא פועל יוצא של מדיניות כלכלית נכונה שיש לבחור ליישמה. מדיניות כלכלית הדוגלת בשווקים חופשיים, בזכויות קניין, בחופש החוזה ובשלטון החוק היא הדרך הבטוחה ביותר לשגשוג כלכלי. האם ניתן יהיה להגיע בעתיד הלא רחוק לעידן לוכנר

ישראל שבו בתי המשפט, במקום לפגוע בחופש החוזה, יגנו עליו?

במבט ראשון נראה כי זהו אידיאל אוטופי. בהיעדר מסורת ליברלית קלאסית של ממשלה מוגבלת; ובהיעדרה של חוקה כתובה המבטיחה הגנה לזכויותו הטבעיות של הפרט לחיים, חירות וקניין; ולנוכח המסורת הפרוגרסיבית המנחה את ישראל מהיוסדה, והשליטה האינטלקטואלית הפרוגרסיבית – אין להתפלא על כך שכמעט כל פגיעה בחופש החוזה מתקבלת בדעת הקהל הישראלית כלגיטימית. בעיני הישראלי הממוצע, כל פגיעה בקניין או בחופש החוזה היא לגיטימית כל עוד התקבלה בהליך דמוקרטי תקין. רוב מזדמן ושרירותי בכנסת, ויהיה זה אפילו רוב מזערי, רשאי לפי הלך רוח פוליטי זה לפגוע בקניין בכל מועד ובכל דרך שהוא מוצא לנכון. חשש מפני כוחו הבלתי מוגבל של הרוב מעולם לא הטריד את הזירה הישראלית. בשעה שמשטרים רבים בעולם משיתים על עצמם חוקה או מחלקים את עוצמת המחוקק בין שני בתים, בישראל רווח עד היום דווקא הרצון להגדיל את עוצמתה של הכנסת. בבחירה שבין הגנה על זכויות טבעיות לבין מימוש אידיאלים חברתיים, המחוקק ובתי המשפט לא מהססים לפגוע בראשונות כדי לממש את האחרונות. בית המחוקקים ובתי המשפט רואים את עצמם חופשיים ליצור אינספור זכויות חיוביות הממומנות בכספי ציבור. ישראל נעדרת למעשה מסגרת של שלטון חוק המבטיח יציבות וודאות כלכלית. לא שלטון חוק יש בישראל אלא שלטון חקיקה, המונע בידי קבוצות אינטרס המזוהות את הכנסת כמקור נוח לכספי ציבור. מה מגן במציאות כזו על הפרט מפני חקיקה מעמדית?

כדי לשגשג, ישראל צריכה אפוא לשנות מן הקצה את האתוס הכלכלי-חברתי המייסד שלה. על הציבור בישראל לבחור בין שני חזונות נבדלים: בין החזון הפרוגרסיבי של ממשלה גדולה ומיטיבה המקדמת פעם אחר פעם ניסויים חברתיים בהתאם לאידיאלים פרוגרסיביים, לבין החזון הליברלי של זכויות טבעיות וממשלה מוגבלת שבו דגלו האבות המייסדים האמריקנים ושעליו הגן בית המשפט העליון האמריקני בעידן לוכנר.⁴² לפי המסורת האחרונה, כל אחד מאיתנו הוא יצור אוטונומי הנהנה מבעלות מלאה על גופו ועל רכושו. לכל אחד מאיתנו עומדת הזכות שלא יפעלו נגדו באלימות, כל אחד זכאי לרדוף אחר אושרו, לקיים את אמונתנו הדתית כפי שהוא רואה לנכון, ולהתארגן עם אחרים באופן וולונטרי כל עוד אינו פוגע בזכויותיהם הטבעיות של אחרים. זכויות בסיסיות אלו ידועות כ"זכויות שליליות": הן אינן מטילות על הפרט אף מחויבות חיובית, ותובעות ממנו רק לכבד את זכויותיהם הדומות של אנשים חופשיים אחרים. אך הנקודה החשובה ביותר בתפיסה ליברלית זו היא שהזכויות הטבעיות והמוסריות אינן נובעות מהשלטון. הן קודמות לשלטון בזמן ובחשיבות: קודם באות זכויות, לאחר מכן בא השלטון שמטרתו להגן עליהן. המדינה, לפי תפיסה ליברלית זו שבה החזיקו האבות המייסדים של ארצות הברית, היא רע הכרחי שבני אדם נאלצים להקים כדי לשמור על חייהם, רכושם וחירותם. עקב טבעם

הלא-מושלם, בני האדם משקרים, מפרים חוזים, פוגעים בקניינם ואף בחיים של אנשים אחרים. מציאות זו דורשת הגנה בדמות חוק ומשפט שעל המדינה לספק.

מובן אפוא שלפי תפיסה פילוסופית-פוליטית זו למדינה אין זכות מוסרית לפגוע בזכויות הטבעיות של אזרחיה, בין השאר בזכות לקניין ולחופש החוזה, ללא סיבה מוצדקת ובאופן שאיננו מידתי. במיוחד אין למדינה הזכות לפגוע בזכויות הללו כדי לקדם או להגשים אידיאל פרוגרסיבי שנוי במחלוקת, כגון המאמצים החוזרים ונשנים להגשים "צדק חברתי", "שוויון מהותי" או "תיקון עולם". קולקטיביזם דכאני שכוה, הרואה בהכרעת הרוב צידוק מספק לפגיעה בזכויות טבעיות, תופס את חירותם ואת קניינם של הפרטים בחברה כמשאבים-לשימוש, כחומר ביד המחוקק. חופש החוזה וזכויות הקניין אינם יכולים להיות בטוחים במשטר דמוקרטי שאין בו הגבלה אפקטיבית של רשויות השלטון.

המחוקק הישראלי יכול לעשות כמה צעדים פשוטים שיקרבו אותנו לאידיאל הליברלי שתיארת בקיצור נמרץ. ראשית ובאופן כללי, עליו להתחיל להתייחס לחירויות הכלכליות שלנו באותה יראת קודש שבה הוא נוהג, בדרך כלל, בחירויות האזרחיות שלנו: לראות את הפגיעה בחופש החוזה וזכויות הקניין באותה חומרה שבה הוא מתייחס לפגיעה בחופש הביטוי או בחופש הדת. כך, למשל, חוקי עבודה שמטרתם לבכר את רווחתה של קבוצת אזרחים אחת על פני רווחתה של האחרת אינם מוצדקים יותר מחוקי דת שמטרתם לסייע לדתות חלשות על חשבון דתות חזקות. התערבות של המדינה בכלכלה מסוכנת כהתערבותה בשוק החופשי של הדתות.

שנית, ובאורח פרקטי יותר: על המחוקק לצמצם את אי-הוודאות שיוצרים מושגי השסתום "תום לב" ו"תקנות הציבור", המשמשים כיום, בפרשנות "חברתית" הנעדרת בסיס חוקי, להכשרת כל החלטה להתערבות בחופש החוזה בישראל. העמימות השוררת סביבם גורמת לא רק לחוסר ודאות משפטית אלא גם לכפיית נורמות סוציאליסטיות על פועלם של אנשים חופשיים.⁴³ על המחוקק לתת למושגים אלה הגדרה מדויקת בחוק החוזים. יש להבטיח שהגטישה אליהם תהיה מצומצמת, ושאפשר יהיה להפעילם רק במקרים חריגים, וגם אז בצורה מתונה וזהירה.

שלישית, על המחוקק לבטל את רובן המוחלט של הוראות-החוק המגבילות את ההתקשרות החוזית ואשר אינן ניתנות להתנָאָה על ידי הצדדים לחוזה, כמו למשל חוק שכר המינימום. הגבלות אלו, המבקשות להגן על צדדים חלשים, לא רק שלא הוכיחו את יעילותן אלא ברוב המקרים יש יסוד להניח שהן פוגעות באותם אנשים שהן מבקשות לעזור להם.

*

ולבסוף, נקודה הפונה בעיקר למחנה השמרני המתגבש בישראל. יש להבחין בין ביקורת שיפוטית לבין אקטיביזם שיפוטי. לאחרון ראוי להתנגד, שכן איש אינו

מעוניין לחיות תחת שלטון השופטים. אולם ביקורת שיפוטית מצידה של רשות שופטת איתנה היא כלי חיוני להגן על זכויותיהם הטבעיות של האזרחים לחיים, לחירות ולקניין.

מסיבות שונות, רובן מוצדקות, המחנה השמרני בישראל ראה במהפכה החוקתית אירוע פרוגרסיבי שנועד לסכל את שלטון הימין.⁴⁴ עקב כך, הוא מגלה עוינות לכל מה שיש לו ריח של בית משפט פעיל המציב חסמים בפני כוחו של העם – ולצד התנגדותו לאקטיביזם השיפוטי תובע גם ריסון שיפוטי, דהיינו היפוכה של הביקורת השיפוטית על רשויות אחרות. אך כפי שמלמד אותנו המקרה האמריקני, אין שום קשר הכרחי בין ריסון שיפוטי לשמרנות. אדרבה, במקרה לוכנר ובמקרים רבים אחרים בארה"ב החוגים הפרוגרסיביים הם שהעדיפו בית משפט מרוסן, בעוד השמרנים חשקו בבית משפט שאינו מהסס לפסול חוקים המנוגדים לחוקה.

כמובן, שלא כמו בארצות הברית, ישראל נעדרת קוד ערכי-מוסרי ומשפטי (כלומר חוקה) שפעילות הפרלמנט כפופה לו, קוד המאפשר לבית המשפט לנקוט ביקורת שיפוטית ומשרטט את המסגרת לכך. אולם בחוקי היסוד שלנו בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק גלום פוטנציאל שמרני רב – כפי שהעידו מתנגדים "חברתיים" שונים לחוקים הללו בשעתו. נזכיר כי בחוגי השמאל היו שחששו כי המהפכה החוקתית בישראל משמעה לא פחות ממהפכה ליברטריאנית. עד כדי כך שלפחות אחד מהמבקרים הרחיק לכת לטעון כי בית המשפט העליון הפך למפלגה הליברלית בישראל!⁴⁵

יש לקוות כי מינויו האחרון של הפרופסור אלכס שטיין לבית המשפט העליון, מהלך שלגביו ראויה שרת המשפטים איילת שקד לשבחחים, הוא הסנונית הראשונה המבשרת על מפנה שמרני במערכת המשפט שלנו. מהלך מסוג זה צריך להפיה עידוד בקרב המחנה השמרני בארץ, שכן הוא מהווה ראיה לכך שבאמצעות תבונה פוליטית ניתן גם ניתן לחולל שינוי שאין להמעיט בחשיבותו במוסדותינו השלטוניים. דווקא כעת, כשתנופת השינוי בגבנו, מוטלת עלינו האחריות לחשוב לעומק על טיבו של אותו עידן שבו יחזור האיזון בין הרשויות השלטוניות בישראל. סבורני שאין זה מספיק להסתכל צעד אחד קדימה בלבד, הצעד של הקטנת סמכויותיו של בית המשפט העליון והגברת המשילות של הכנסת. יש לחשוב על הצעד הבא, ולשרטט חזון שמרני חוקתי מלא, שבו לא רק הרשות המחוקקת יודעת כיצד לשמור על מקומו הראוי של בית המשפט – אלא בתי המשפט עצמם אינם מהססים להעביר ביקורת שיפוטית על חוקים מעמדיים שאינם עולים בקנה אחד עם שמירה על חירות הפרט.

אל לה לשאיפה השמרנית להסתכם בסיסמה של "הגברת המשילות"; שכן נותר לנו עוד לבחון מהו טיבה של אותה משילות. מהי מטרתנו: להחליש את בתי המשפט כדי להעניק למחוקק את הכוח לעשות ככל יכולתו – או שמא להחזיר את האיזון בין

הרשויות כאמצעי להגדלת חירות הפרט? אם בהגדלת חירות אנחנו מעוניינים – ואכן, זהו לוז התפיסה השמרנית – עלינו להכיר בכך שהשמרנות, ככזו, אסור לה להתנגד א-פריורית לביקורת שיפוטית. האם לא היינו רוצים ביקורת שיפוטית על חקיקה סוציאליסטית משמאל?

במילים אחרות, אין זה מופרך מדי לדמיין כי בהינתן התנאים המתאימים, בית המשפט יוכל למלא תפקיד שמרני בחברה הישראלית. שום גישה המעניקה עוצמה בלתי מוגבלת לבית המחוקקים אינה יכולה להיחשב שמרנית, ולו מפני שהשמרנות מבקשת בראש ובראשונה להציב סייגים וגבולות לכווחו של השלטון. ובדמוקרטיה, נזכיר, העוצמה מרוכזת בבתי המחוקקים. כיוון שכך, ביקורת שיפוטית מתיישבת היטב עם תפיסת העולם השמרנית, ודאי בענייני כלכלה. השופט השמרן הוא אשר צריך אם כן להגן על חירות הפרט והספירה הפרטית כאשר בית המחוקקים מבקש לפגוע בה בצורה שרירותית.

1. בתוך ארנון גוטפלד, תחילתה של אומה: יישום הרעיון החוקתי בארה"ב 1776-1800, תל-אביב: פפירוס, 1989, עמ' 394-395.
2. Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1905).
3. מקרה מעניין קודם, שבו בית המשפט העליון פסק בעד חוק מגן חוק זה התגלה בדיעבד כמויק למוטביו, אירע בשנת 1908. בפסק הדין מילר נגד אורגון (Muller v. Oregon) קבע בית המשפט כי לנשים העובדות במכבסות אסור יהיה לעבוד למעלה מעשר שעות עבודה ביום, שכן הנשים חלשות מהגברים והמדינה אינה צריכה להסס להשתמש בכוחה על מנת להגן עליהן. את התוצאות של החוק הזה – החלפתן של הנשים במהגרים מן המזרח שלא היו כפופים להגבלות – ספק אם חזו המחוקק ובית המשפט.
4. נהוג לציין את תחילתו עידן לוכנר בשנת 1897, עת ניתן פסק הדין Allgeyer v. Louisiana, שבו פירש לראשונה בית המשפט העליון האמריקני את התיקון ה-14 לחוקה כמדבר על חופש ובכך ביטל לראשונה חוק של מדינת לואיזיאנה.
- David E. Bernstein, "Freedom of Contract", George Mason University Law and Economic Research Paper Series 08-51.
5. Copping v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915).
6. חוזים מסוג זה, אשר כונו בזמנו yellow-dog contracts, היו בשימוש נרחב ברחבי ארצות הברית עד אשר הוצאו מהחוק בשנת 1932 בחוק פדרלי (The Norris-La Guardia Act).
7. פסק הדין המלא נמצא כאן: <https://supreme.com>
- justia.com/cases/federal/us/236/1/case.html
8. כמו למשל בפסק דין Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898).
9. https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45#writing-USSC_CR_0198_0045_ZD1
10. George F. Will, "The 110 year-old case that still inspires Supreme Court debates", *The Washington Post*, 10.7.2015.
11. Richard A. Epstein, *How progressives rewrote the Constitution*, Cato Institute 2006, p. 7-8.
12. Norman Barry, *Liberalism and Social Welfare: A Mismatch*, p.1 זמין ברשת: <https://core.ac.uk/download/pdf/95159028.pdf>
13. אפשטיין מזכיר בספרו (בהערה 13, עמ' 102) כי הפרוגרסיבים בראשית דרכם פגעו רבות גם בזכויות אזרחיות, אך סוגיה זו חורגת מגבולותיו של מאמר זה.
14. Ludwig von Mises, *Human action*, Ludwig von Mises Institute, 2008, p. 199
15. אלישבע ברק, "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד: האיזון הראוי", בתוך אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בני-ישראל ואחרים (עורכים), ספר מנחם גולדברג: לקט מאמרים בדיני עבודה וביטחון סוציאלי, תל-אביב: סדן, 2001, עמ' 213.
16. חיים ביאור ונורית רוט, "מעסיקים רבים דורסים את העובדים", *הארץ*, 10 בספטמבר 2011.

17. רות בן-ישראל, דיני עבודה, האוניברסיטה הפתוחה, 2002, כרך א, עמ' 33.
18. חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987.
19. חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951.
20. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.
21. חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.
22. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 30.
23. מנחם גולדברג, "חופש החוזים והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוקה עבודה אישי", המשפט ב (תשנ"ד), עמ' 177-198.
24. גבריאלה שלו, דיני חוזים, כרך 1, עמ' 55.
25. חיים ה' כהן, המשפט, מוסד ביאליק, 1996, עמ' 874-875. הסוגריים במקור, ההדגשות מאת מחבר מאמר זה.
26. חיים ביאור ונורית רוט, "מעסיקים רבים דורסים את העובדים", הארץ, 9 בדצמבר 2007.
27. חיים ביאור, "יחסי העבודה בישראל במצב קטטורופולי: רק בית הדין לעבודה יכול לייצבם", דה-מרקר, 20 בדצמבר 2016.
28. מלי ורוצלבסקי וענת בהט, "בית הדין לעבודה הוא הפורום החשוב ביותר לנושאים חברתיים", עת סיוע: ביטאון האגף לסיוע משפטי (מקוון), חורף תשע"ד.
29. נילי כהן, ה'שוויון' מול חופש החוזים", המשפט א (תשנ"ג), עמ' 131-147.
30. איל זמיר, "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה", בתוך איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג (עורכים), ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק, ירושלים: האוניברסיטה העברית, תשמ"ט, עמ' 346.
31. הדוגמה המובהקת ביותר לתורת הפרשנות התכליתית היא "הלכת אפרופים". פסק דין זה נחשב, ובצדק, לפסק דינו החשוב ביותר של השופט ברק בניני החוזים, ורבות נכתב על ההלכה המשפטית שנפסקה בו. בהלכה זו היטה ברק את מרכז הכובד הפרשני מלשון החוזה עצמו אל עבר הנסיבות וההקשר הרחב.
32. המודל להחלת זכויות היסוד במשפט הפרטי נקרא בשפת המחקר המשפטית "מודל התחולה העקיפה המחוקקת". לפי מודל זה זכויות האדם החוקתיות חלות במשפט הפרטי בעקיפין באמצעות המונחים "תום לב", "רשלנות" ו"תקנת הציבור". הדוגמה המובהקת ביותר להחלתן של זכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי היא פרשת קסטנבאום (בעניין כיתוב לוועי שמשפחה ביקשה להוסיף למצבה), שבה החיל בית המשפט את הערך החוקתי של כבוד האדם באמצעות שימוש בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי הקובע את
- בטלותם של חוזים המנוגדים לתקנת הציבור. לפי ברק, הפגיעה בכבוד האדם במקרה זה כה חמורה, שיטת הצדקה להתגבר על עקרון חופש החוזים. דוגמה נוספת היא פרשת סעד, שבה קבע ברק כי חופש העיסוק, כזכות חוקתית, גובר על חופש החוזים ועל כן התחייבות חויות של עובד לא-תחרות לאחר פרישתו בטלה ומבוטלת. הפנייה לעקרונות חוקתיים דרך מושגי השסתום נולדה בתחום משפט העבודה עוד בטרם פסק דין קסטנבאום – בפסק הדין בעניין עדנה חזין, שם, בית הדין עשה שימוש במושג שסתום כדי לקלוט למשפט העבודה את עיקרון השוויון. גבריאלה שלו, "חופש העיסוק וחופש החוזים", בתוך אהרן ברק ואח' (עורכים), ספר מנחם גולדברג: לקט מאמרים בדיני עבודה וביטחון סוציאלי, תל-אביב: סדן, תשמ"ב, עמ' 490.
33. כך טוען שרון רבין מרגליות במאמרו "מה נותר ממשפט העבודה המגן?" בתוך ספר מנחם גולדברג, עמ' 461-484.
34. וכך כותבת בעניין זה גבריאלה שלו: "השקפת השופט ברק, בדבר תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גופים פרטיים, מגבילה אפוא את האוטונומיה של הפרט... על ידי הרחבת התחום הקוגנטי שאינו ניתן להתנגד, ועל ידי הטלת חובות פוטנציאליות נוספות על פרטים וגופים הפועלים במישור הפרטי המובהק. השקפה זו פוגעת בחופש החוזים, מהווה התערבות לא רצויה ולא מוצדקת בשיקוליו העסקיים של הפרט ובתהליך קבלת ההחלטות על ידיו, ועשויה לעכב את הדינמיות המסחרית שהיא חיונית למשפט הפרטי. יש בהשקפתו של השופט ברק פגיעה באינטרס ההסתמכות וביכולת התכנון של צדדים למשא ומתן מסחרי והיא עשויה להביא לחוסר בהירות. עקרונות היסוד של המשפט הפרטי, ובעיקר עקרון חופש החוזים, שוללים התערבות שיפוטית מיותרת, גם באמצעות נורמות מיובאות מן המשפט הציבורי". שלו, "חופש העיסוק וחופש החוזים", בתוך ספר מנחם גולדברג, עמ' 502.
35. גבריאלה שלו, "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים", קריית המשפט ה (2004), עמ' 335.
36. חיים ברנון, "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה: איוון קונקרטי וצודק בין עובדים למעבידים", בתוך ספר מנחם גולדברג עמ' 176. ברוח זו, מוסיף ברנון, בית הדין נתן הכשר לביטול חד צדדי של התחייבויות חויות של העובד בה בשעה שהוא אוכף באופן מדוקדק התחייבויות של המעביד.
37. שלו, "שחיקתו ההולכת ונמשכת", עמ' 346.
38. ברנון, "רדיקליזם שיפוטי", עמ' 184-186.
39. מצוטטת אצל ברנון, "רדיקליזם שיפוטי", עמ' 177.
40. Ludwig Von Mises, *Human Action: A Treatise on Economics*, Ludwig Von Mises

הלב הפכה תקנה זו "למושג שסתום ולצינור המזורים אל תוך המשפט הפרטי את ערכי היסוד של השיטה. כתוצאה מכך נוטה כיום בית המשפט העליון לבטל ביתר קלות חוזים, או הוראות שבהם, בנימוק של ניגוד לתקנת הציבור". שלו, "שחיקתו ההולכת ונמשכת", עמ' 340-342.

44. ראו למשל את רן ברץ וארו תדמור כדמויות מייצגות מיימין התוקפות פעם אחר פעם את האקטיביזם של בית המשפט העליון.

45. ראו את מאמרו הנהדר של אנדרי מרמור הגורס כי "בית המשפט העליון היה תמיד הגורם הליברלי ביותר בחברה הישראלית, ובשני העשורים האחרונים הלך הליברליזם שלו ונטה לעבר הליברטריאניזם בצעדים יציבים ומדודים". אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד, 1 (תשנ"ז) 133-160. ראו במיוחד עמ' 138.

Institute, 1998, p. 660

.41 Mises, *Human Action*, p. 662

.42. רנדי ברנט מראה בצורה משכנעת כי החוקה האמריקנית מגינה, באופן עקרוני לפחות, על החירות הכלכלית וחופש החוזה של אזרחי ארצות הברית הודות לנאמנותה לחוון הלוקיאני. גם בהמשך הדברים אשען על תפיסתו של ברנט. ראו ספרו המעולה Randy E. Barnett, *Our Republican Constitution: Securing the Liberty and Sovereignty*; Harper-Barnett, "Does the Collins: 2006 Constitution Protect Economic liberty?", Georgetown Public Law and Legal Theory Reaserch Paper No. 12-033

.43. כך כותבת גבריאלה שלו: "עקרון תום הלב, שנכנס למשפט החוזים הישראלי דרך סעיפי חוק החוזים הכללי, הוא העיקרון המרכזי ומונח השסתום העיקרי שהופעל כדי להזרים לדיני החוזים ערכים חיצוניים. בכך היווה, ועדיין מהווה, עקרון תום הלב, את הגבלתו הראשית של עקרון חופש החוזים". לדבריה, אין כמעט "אזור, נושא או גזרה שבהם לא הופעל או נדון עקרון תום הלב". על תקנת הציבור כותבת שלו כי לצד תום