

## “ענוחה” – בין עבודה למנוחה בעידן הדיגיטלי

מאת  
חני אופק־גנדלר\*

### תקציר

חוק שעות עבודה ומנוחה מושתת על ההנחה שניתן לקבוע חיץ בין שעות העבודה לשעות המנוחה. לאור הנחה זו, תפקיד החוק הוא לקבוע מדדים כמותיים לחיץ זה, הנתפס כחשוב לשם הגנה על בריאות העובד ורווחתו. בכלכלת המידע נפתח פתח לערעור החיץ בין העבודה לבין המנוחה ממנה, שכן המשאב המרכזי בה הוא המידע, שהינו מופשט, נטול קיום פיזי, ונע בקלות באמצעים טכנולוגיים מנקודה לנקודה במרחב ובזמן. משכך, ביצוע העבודה – ובפרט עבודה אינטלקטואלית – יכול להתרחש בכל מקום ובכל עת, ולעיתים במקביל לפעילות אחרת, ואינו חייב להיות תחום במרחב מסוים. בעקבות הקדמה הטכנולוגית זמן העבודה עובר דיפוזיה ומתערבב עם זמן המנוחה עד לבלי הפרד. את הדיפוזיה הזו ניתן לכנות “ענוחה”, דהיינו, שילוב עד לבלי הפרד של עבודה ומנוחה. הענוחה נחשבת סמויה מאחר שעל פני הדברים לא ניתנת לה הרעת באופן מספק על־ידי הצדדים ליחסי העבודה ובשיח הציבורי.

המאמר מציג את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה ואת האופן שבו הענוחה ותרבות הזמינות הכמעט־מתמדת פוגעות ברצינות החברתי שעליו הוא מיוסד. לאחר־מכן המאמר בוחן את ההגדרה של “זמן עבודה” בחקיקת משפט העבודה, ומוצא כי בדין הבין־לאומי והמדינתי אין כמעט התייחסות ישירה בחקיקה לסוגיה מושא המאמר. בהמשך מוצגים שיקולי המדיניות שחולשים על סוגיה זו, ואשר יש להתחשב בהם בעת כינונה של הסדרה משפטית. לבסוף, המאמר מתווה קווים לדין הרצוי, תוך התמקדות בצורך בכינון תהליכי חשיבה ושיח מושכלים שיתניעו את תהליך השינוי החברתי־התרבותי והמשפטי. בעיניי, היעד החברתי הוא שהענוחה תוסדר ותוגבל, תוך מציאת דרך להשיב ליושנה את עטרת החיץ הנכסף – גם אם חלק ממרכיביו יהיו גמישים – בין עבודה למנוחה.

מבוא

א. תכלית הסדרתן של שעות העבודה ושעות המנוחה

1. הגנה על בריאות העובד

2. הגנה על כבוד העובד ורווחתו

\* דוקטור למשפטים. ברצוני להודות לד"ר יוסי גנדלר, לפרופ' גיא דוידוב, לעו"ד דנה בריסקמן, למיכל דניאלי ולחברי מערכת עיוני משפט – משי בן־נפתלי, איליה גולדשטיין, אסף קרמר ויורי קטלן – על הערותיהם, אשר השביחו את המאמר. האחריות לטעויות, אם ימצאו, היא שלי בלבד.

3. שיקולי צדק חלוקתי
4. התכליות של גמול שעות נוספות
- ב. הגדרת "זמן עבודה" בדין המצוי
  1. ארגון העבודה העולמי ועבודה מהבית
  2. חקיקה מדינתית
  3. מגמות בפסיקה בארצות-הברית
  4. הסכמים קיבוציים
  5. הדין המצוי – סיכום-ביניים
- ג. הגדרת "זמן עבודה" בכלכלת המידע – שיקולי מדיניות וביקורות אפשריות
  1. זוטי-זוטות
  2. קושי ממשי בפקוח
  3. קושי ראיתי
  4. השלכות פוטנציאליות חיוביות של מתכונת הענוחה?
  5. בין עבודה סמויה לאבטלה סמויה
  6. דילמות יישומיות-ערכיות
- ד. נתיב השינוי – מהמצוי לרצוי

## מבוא

חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, מושתת על ההנחה שניתן לקבוע חיץ בין שעות העבודה לבין שעות המנוחה. לאור הנחה זו, תפקיד החוק הוא לקבוע מדדים כמותיים לחיץ זה, דהיינו, לתחום ביחידות זמן שונות (יום/שבוע/חודש) את היקף העבודה ביחס להיקף המנוחה. חיץ זה נתפס חשוב לשם הגנה על בריאות העובד ורווחתו.

חיץ כזה היה קל יחסית לכוונן בכלכלה החקלאית, שבה העבודה הייתה קשורה לקרקע, שכן ביצועה חייב נוכחות בחצרי המעסיק. ייחוד המיקום שבו נעשתה העבודה אפשר תיחום של היקף שעות העבודה והקמת חיץ משפטי בינן לבין שעות המנוחה. גם בכלכלה התעשייתית, שבה נעשתה העבודה בעיקרה במפעלים – דהיינו, בחצרי המעסיק – תוך שימוש באמצעי ייצור המוניים, אפשר מיקום הביצוע את תחמתן של שעות העבודה. אולם את הכלכלה החקלאית והכלכלה התעשייתית החליפה כלכלת המידע, שבה המשאב המרכזי הוא המידע, שהינו מופשט, נטול מיקום פיזי, ונע בקלות באמצעים טכנולוגיים מנקודה לנקודה במרחב ובזמן. בכלכלה זו ביצוע העבודה – ובפרט עבודה אינטלקטואלית – יכול להתרחש בכל מקום ובכל עת, ואינו חייב עוד להיות תחום במרחב מסוים. התפתחות זו פתחה את הפתח לערעור תוקפה של ההנחה בדבר האפשרות לקבוע חיץ ברור בין העבודה לבין המנוחה ממנה, במיוחד בקרב עובדי הצווארון הלבן, שכן עבודה לא-מבוטלת יכולה להיעשות גם מחוץ לחצרי המעסיק וסביבת העבודה, ובכלל זה במרחב הפרטי. כך נהפכו שעות הפעילות מבינריות (עבודה או מנוחה ממנה) ל"מעורבות", שכן כיום ניתן לעשות בזמנים פעולה המהווה עבודה (כגון שיחת טלפון לצורכי עבודה או מענה למסרון) ופעולה שאינה מהווה עבודה (כגון נהיגה, שהייה בבית, יציאה לביילוי משפחתי ועוד). הקדמה

הטכנולוגית, המצויה בכסיסה של כלכלת המידע, יצרה אפוא איום על תיחום שעות העבודה והמנוחה ועל האפשרות להציב חיץ משפטי ביניהן. התפתחותה של תרבות תעסוקתית שאחד מיסודותיה הוא הציפייה שהעובד יהא זמין לצורכי העבודה גם מחוץ לשעות העבודה היוותה כר פורה להתממשותו של איום פוטנציאלי זה. נוסף על כך, תהליכי גלובליזציה של העבודה, שבה העבודה מתרחשת לעיתים בחלקים שונים של כדור-הארץ, מעצימה איום זה. הסכרון בין העובדים במדינות השונות אינו אפשרי כמעט מבלי שעבודתו של העובד היחיד תחרוג מגדרי יום העבודה המקובל במדינתו. קושי זה העצים את הציפייה לזמינות מתמדת ולהשתרשותה של תרבות עבודה כזו.

בהקשר זה אחרד כי אופייה המעורב של הפעילות – עבודה ומנוחה ממנה בעת ובעונה אחת – הוא מתעתע, ופעמים רבות פעולות אלה, בשל אופיין המעורב, אינן נתפסות בתודעה כ"עבודה". נוסף על כך, כיום ניתן לבצע מטלות עבודה לסירוגין (שיחת טלפון, מענה להודעת דוא"ל או חליפת מסרונים) תוך קטיעה של רצף הפנאי. זאת ועוד, לעיתים עבודה זו, כאשר היא נבחנת בגפה, נחזית כנקודתית וזניחה (למשל, מענה "נקודתי" לדואר אלקטרוני או למסרון), אולם חיזיון זה עלול לתעתע, שכן מושא הבחינה צריך להיות האפקט המצטבר שיש לאוסף של פעולות נקודתיות כאלה וההשלכה שיש לקטיעה חוזרת ונשנית של רצף הפנאי על איכותו. בבחינה כוללת כזו, תדירותה של הזמינות הנדרשת היא אבן-בוהן להערכת פועלן ומשמעותן של הפרעות הנחזות כ"נקודתיות". לעיתים ההשלכה המצטברת שיש לקטיעות של רצף המנוחה עולה על סך חלקיה, כך שיחידת זמן הנחזית כמנוחה מעבודה נהפכת – עקב סדרת קטיעותיה ה"נקודתיות" – לשעת עבודה סמויה. על-מנת לחדד את הדברים, ניתן לדמות את זמן הפנאי למים צלולים ואת הקטיעות הנקודתיות של הפנאי לצורכי עבודה לתרכיז של מיץ. לעיתים די בטיפות ספורות (קרי, במספר לא-גדול של קטיעות נקודתיות של רצף הפנאי) להביא לידי כך שהמים יאבדו מצבעם הצלול ומטעמם, ולמעשה כבר לא יהיו מים. למעשה, כשם שתרכיז המיץ מתפשט בתהליך של דיפוזיה, כך גם זמן העבודה האמור עובר דיפוזיה ומתערבב עם זמן המנוחה עד לבלי הפרד. יתר על כן, לעיתים דווקא נוזל-הביניים – שבו המים אינם צלולים עוד (קרי, זמן הפנאי אינו איכותי) אך לא נהפכו עדיין למיץ של ממש (קרי, קשה לאפיין את הזמן כעבודה מלאה) – הוא כזה שאי-אפשר ליהנות מלגימתו. נראה כי חוויית הקיום של העובד המודרני המכהן בתפקיד שבו המידע הוא מרכיב משמעותי משולה לחוויית הלגימה ממשקה-ביניים זה. את הדיפוזיה הזו של עבודה ומנוחה ניתן לכנות "ענוחה", דהיינו, שילוב עד לבלי הפרד של עבודה ומנוחה.<sup>1</sup> לשילוב זה אין הטעם המרענן של המנוחה המלאה, וגם לא את תחושת הסיפוק הטמונה בעבודה כאשר נלווית אליה הציפייה למנוחה צרופה בעקבותיה. ה"ענוחה" היא בעלת פוטנציאל ל-24/7, והיא אינה תחומה וגדורה בציר הזמן.

מאמר זה בא לבחון מתכונת זו של ענוחה בקרב עובדים החשופים אליה באופן תדיר. מדובר בעובדים הממלאים את מכסת שעות העבודה הנדרשת בחצרי המעסיק או באתר אחר, ולאחר מילוי מכסה זו – כאשר הם מצויים לכאורה במנוחה מעבודה – הם ממשיכים

1 באנגלית הביטוי המקביל הוא "weisure time", הלקוח מן הכתבה: Thom Patterson, *Welcome to the 'Weisure' Lifestyle*, CNN (May 11, 2009), <http://edition.cnn.com/2009/LIVING/worklife/05/11/weisure/>

לעבוד שעות נוספות סמויות. לצורכי מאמר זה, "עבודה סמויה" או "ענוחה" הינה פעילות שמקדמת את האינטרס של המעסיק ונעשית מחוץ לחצרו, לא במסגרת הגדרת יום העבודה, ברציפות או לסירוגין, בין אם במקביל לביצוע פעולה פיזית אחרת שאינה עבודה ובין אם לאו, ואשר האפקט המצטבר שלה על רצף הפנאי ואיכותו הוא משמעותי, ולא זניח. הענוחה נחשבת סמויה מאחר שעל פני הדברים לא ניתנת לה הדעת באופן מספק על-ידי הצדדים ליחסי העבודה ובשיח הציבורי. נסביר: מתכונת עבודה זו אינה מתוכננת מראש, ואינה מהווה חלק פורמלי ממשלוח החובה המוטלות על העובד על-ידי מעסיקו. היא נושאת אופי אקראי יותר, המתאפשר עקב התפתחות הטכנולוגיה ועקב כך שהמכשיר הסלולרי הינו מעין משרד קטן ונייד הנלווה לעובד לכל מקום ומקום ומאפשר את זמינותו לעבודה כמעט בכל מקום ובכל עת. בכך הענוחה נבדלת מדפוסי עבודה אחרים שבהם קיימת מזיגה בין עבודה למנוחה (דוגמת הכוננות). זמן הכוננות מתוכנן מראש, מוגדר מראש כחלק ממשלוח העובד, פרוש על-פני מספר שעות מסוים, ולכן קל להסדירו. הענוחה, לעומת זאת, נושאת אופי אקראי, והיקפה הכמותי – להבדיל מהשלכותיה המצטברות – עשוי להיתפס באופן מתעתע כמועט מכדי שייצרב בתודעה כזמן עבודה המצריך התייחסות והסדרה. גם טכניקות שונות להגמשת "זמן העבודה" (כגון הגמשת חופשת הלידה, משרות חלקיות ושעות עבודה מופחתות) מובחנים מן העניין מושא המאמר, שכן אלה מניחים כי ניתן להפריד בין זמן העבודה לזמן המנוחה, ופשוט עוסקים בחלוקה פנימית גמישה יותר ביניהם.<sup>2</sup> ביסוד הענוחה, לעומת זאת, מצויה התפיסה כי זמן העבודה וזמן המנוחה התמזגו ונהפכו לתרכובת, עד כדי כך שכל ניסיון להפריד ביניהם שוב יהיה מלאכותי. מטעמים אלה – קרי, אקראיותה של הענוחה ואופייה המתעתע, הן משום שהיקפה הכמותי (להבדיל מהשלכותיה) עשוי להיות נמוך והן משום שלעיתים קרובות היא אינה מונעת פעילות פנאי במקביל (אך בהחלט פוגמת באיכותו של זמן הפנאי) – הענוחה נותרת סמויה. זאת, לא רק מן הצדדים ליחסי העבודה, אלא גם בשיח הציבורי, אשר אינו זורה אור מספיק על היקף התופעה והשלכותיה.<sup>3</sup> ניתן להעריך כי עבודה זו היא נחלתם של מקצועות "הצווארון הלבן" למיניהם. היא כוללת בוודאי את עובדי ההייטק, אך היא אינה מוגבלת להם. יש להניח שהיא כוללת את

- 2 להרחבה בנושא ראו אורלי אלמגור-לוטן "הסדרים להגמשת שוק העבודה עבור הורים – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 24.2.2008) [www.knesset.gov.il/mmm/24.2.2008.data/pdf/m02002.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/24.2.2008.data/pdf/m02002.pdf). נייר העמדה סוקר דרכים מקובלות להגמשת שוק העבודה במימד של זמן העבודה, כגון משרות חלקיות, הגמשת חופשת הלידה ועוד. בשולי המאמר מוזכרות דרכי הגמשה נוספות, שאינן מעוגנות בחקיקה, אלא מוסדרות בהסכמה בין העובד למעסיק. בין אלה מוזכרת גם העבודה מרחוק (teleworking), אשר ביחס אליה נאמר (שם, בעמ' 11) כי "האמצעים הטכנולוגיים הקיימים בשנים האחרונות מקטינים את התלות של עובדים רבים במקום העבודה שלהם ומאפשרים עבודה מחוץ למשרד. עם זאת, האפשרות לעבוד מחוץ למשרד מטשטשת את הגבולות בין עבודה לפנאי, ולכן היא עשויה ליצור מצב שעובדים דווקא יגדילו את מספר שעות העבודה שלהם בפועל, לעתים בלי משים".
- 3 תופעה זו זוכה בהתייחסות במחקר נרחב שערכו דורג'ובה ואולי: LENKA ĐURANOVÁ & SANDRA OHLY, PERSISTENT WORK-RELATED TECHNOLOGY USE, RECOVERY AND WELL-BEING PROCESSES JUDY WAJCMAN, PRESSED: FOCUS ON SUPPLEMENTAL WORK AFTER HOURS (2016) – ראו גם: FOR TIME: THE ACCELERATION OF LIFE IN DIGITAL CAPITALISM (2015)

כל המקצועות שבהם המידע הוא מרכיב משמעותי בעבודה (כגון עורכי־דין, רואי־חשבון ועוד). המחקר העובדתי לגבי היקפיה והשלכותיה של מתכונת עבודה זו מצוי בחיתוליו. מבלי להתיימר למצות, אציין כי בגדרי מחקר מסוג זה חשוב לטעמי לבחון מכלול רחב של סוגיות, ובכלל זה כיצד ניתן לאפיין את המקרים שבהם ההשלכה שיש להצטברות של קטיעות נקודתיות של רצף הפנאי עולה על סך חלקיה, קרי, מתי זמן מנוחה אשר נקטע באופן נקודתי על־ידי רגעי עבודה נהפך לזמן שניתן להגדירו מבחינה מהותית כזמן עבודה יותר מאשר כזמן מנוחה. בתוך כך חשוב לבחון מגוון של נתונים, כגון: כמה תקשורות אלקטרוניות (שיחות טלפון, מסרונים, הודעות דוא"ל) ערך העובד מעבר לשעות העבודה מדי יום? כמה זמן הוקדש במצטבר לאותן תקשורות אלקטרוניות? בהנחה שהיו כמה תקשורות כאלה, מה היה פיזורן ומה הייתה תדירותן? היכן שהה העובד בעת המענה להן? האם המענה האמור היה עקב ציפייה של המעסיק שהעובד יהא זמין למתן מענה גם מעבר לשעות העבודה השגרתיות? ככל שקיימת ציפייה כזו, האם היא נמסרה לעובד בצורה פורמלית או שמא היא חלק מתרבות העבודה? האם המעסיק אסר מענה כאמור מעבר לשעות העבודה השגרתיות? האם המעסיק הותיר היבט זה עמום?

דומה כי עבודה במהלך חופשה היא מופע קיצוני של עבודה סמויה זו, הממחיש את הבעייתיות הכרוכה בה ולמעשה את היקפה המוערך. הדעת נותנת כי הציפייה לעבודה במהלך חופשה בעזרת אמצעים טכנולוגיים לא הייתה כה גבוהה אלמלא נפיצותה של העבודה במהלך ימי העבודה מעבר לשעות העבודה. מכאן ראוי שכל מחקר הבוחן את דפוס הענוחה יתייחס גם לעבודה במהלך חופשה, ולא רק בשעות שאחרי יום העבודה.<sup>4</sup>

לאחר בחינה כזו יהיה אפשר לשרטט את קווי המתאר של דפוס זה, ולנסות לאמוד את השלכותיו הפסיכולוגיות, הפיזיולוגיות, החברתיות, התרבותיות והמשפטיות, ובמסגרת זו לבחון אם התכליות הראויות המונחות ביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה מוגשמות או מוחמצות. בהקשר זה יוער כי באביב 2015 פרסמה מחלקת יחסי העבודה הפדרלית בארצות־הברית בקשה לקבלת מידע על־אודות שימוש של עובדים בטכנולוגיה, לרבות במכשירים ניידים, לא במקום העבודה ומחוץ למסגרת שעות העבודה.<sup>5</sup> תוצאות איסוף המידע טרם הוצגו, ומוקדם לנבא אם אלה יניבו שינוי במצב המשפטי, אולם הדבר מלמד – וזה העיקר – על רצונן של רשויות השלטון להעמיק את החקר והידע בנושא, ולא לעצום עיניים אל מול

4 בהקשר זה אציין כי בישראל נערך סקר בנושא זה בקרב מדגם שכלל 287 עובדים. אין הוא מקיף דיו לבסס מסקנות מרחיקות־לכת, אולם עולה ממנו כי כ־91% נוהגים לעבוד בחופשה מהעבודה, ו־58% טוענים כי מקום עבודתם דורש מהם לעבוד בחופשה. עוד עולה מהסקר כי העבודה בחופשה כוללת מענה לטלפונים הקשורים לעבודה, קריאה של הודעות דוא"ל ומתן מענה להן, ובדיקת הודעות קוליות. 42% מהמשיבים ענו כי הם נוהגים לקחת עימם את המחשב הנייד לחופשה, ו־15% לוקחים עימם מחשב־לוח (טבלט). יותר מ־70% מהמשתתפים בסקר השיבו כי הבאת מכשירים אלה לחופשה מגדילה במידה משמעותית את הסבירות שהם יעבדו במהלך החופשה. ראו דפנה ברמלי "מה הסיכוי שנלמד מצרפת ונתנתק מהמיילים אחרי העבודה?" **גלובס** 28.4.2014 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000934181](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000934181)

5 Department of Labor, Hours Worked Under the Fair Labor Standards Act – Request for Information, RIN n.1235-AA12 (2015), <http://www.reginfo.gov/public/do/eAgendaViewRule?pubId=201504&RIN=1235-AA12>

דפוס עבודה זה. מאמר זה יתמקד בדפוס עבודה זה בלבד (להבדיל, כאמור, מדפוס עבודה מובנים אחרים שבהם תיתכן מזיגה בין העבודה למנוחה), ויבקש להאיר את היבטיה השונים. בפרק א אציג את תכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, ואבחן באיזו מידה הענוחה ותרבות הזמינות הכמעט-מתמדת פוגעות ברציונל החברתי שעליו הוא מיוסד. פרק ב יעסוק בהגדרה של "זמן עבודה" בחקיקת משפט העבודה, ובפרק ג אסקור את שיקולי המדיניות החולשים על סוגיה זו. לבסוף, בפרק ד, אתווה קווים לדין הרצוי. אבקש לחדד כי לטעמי מרכז-הכובד של הדיון הוא בפן ההסדרתי, דהיינו, כיצד יש להגדיר ולגדור את זמן העבודה על-מנת שהתכליות של חוק שעות עבודה ומנוחה יוגשמו באופן הולם.

## א. תכלית הסדרתן של שעות העבודה ושעות המנוחה

ההכרה בחשיבותה ובנחיצותה של הסדרה צודקת של זמן העבודה היא עתיקת-יומין.<sup>6</sup> בעידן המודרני היא באה לידי ביטוי בשורה של אמנות מראשית המאה העשרים. הראשונות היו אמנות של ארגון העבודה העולמי, שאליהן אתיחס בהמשך.<sup>7</sup> כעבור כמה עשורים, בשנת 1948, נקבע במסגרת ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם כי "כל אדם זכאי למנוחה ולפנאי, ובכלל זה הגבלת שעות העבודה במידה המתקבלת על הדעת וחופשה בשכר לעתים מזומנות" (סעיף כד). בהמשך, בשנת 1966, ניתן ביטוי לחשיבות של הסדרת זכותו של אדם להנאה מתנאי עבודה צודקים גם במסגרת האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, ולענייננו חשוב המימד של "מנוחה, עיתות פנאי, הגבלה סבירה של שעות העבודה וחופשות תקופתיות בתשלום, וכן תשלום בעד ימי פגרה כלליים".<sup>8</sup> במרוצת השנים הועמקה החשיבה על-אודות מהותו של זמן עבודה הוגן ומאפייניו. כך, למשל, בשנת 2007 הגדיר ארגון העבודה העולמי כמה מאפיינים שצריכים להתקיים ב"זמן עבודה הוגן", הנותן ביטוי לצורך לאזן בין צורכי העובד לצורכי המעסיק.<sup>9</sup> מאפיינים אלה כוללים:

- זמן עבודה מקדם בריאות – שעות עבודה ממושכות מסכנות את בריאות העובד ובטיחותו, עקב הגברת הסיכון להתרחשות תאונות, ולעיתים עלולים להיות מעורבים בתאונה גם בני משפחתו וחבריו.
- זמן עבודה ידידותי למשפחה ולחיים האישיים – היקף שעות העבודה קובע אם העובד מסוגל ליטול חלק פעיל בחיי המשפחה או בכל חוויה חברתית אחרת.

6 לתרומת המשפט העברי למימד זה של יחסי העבודה ראו מיכאל ויגודה "תרומת המקורות היהודיים לחקיקת העבודה" (משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, 2002, [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/34-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/34-2.htm) (כמיוחד חלק ז).

7 ראו להלן בתת-פרק 1ב.

8 ס' 7(ד) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992) (ההדגשה הוספה).

9 International Labour Office, *Decent Working Time – Balancing Workers' Needs with Business Requirements*, (להלן: *Decent Working Time*), (ISBN 978-92-2-119901-4, 2007).

- זמן עבודה המקיים שוויון מגדרי – היעד הוא שחלוקת שעות העבודה תהא שווה בין המגדרים השונים, שכן הזמינות לעבודה משליכה בהמשך על ההתקדמות בה. על-מנת שיעד זה יוגשם, יש חשיבות רבה בהסדרת זמני העבודה, שכן שעות עבודה ממושכות מקשות שילוב של אחריות מקצועית עם אחריות משפחתית. בחברה שבה כעניין עובדתי – ומבלי ליתן לו הצדקה ערכית – נשים הן שנושאות בדרך-כלל בנתח המרכזי של האחריות ההורית, המשמעות של היות יום העבודה הסטנדרטי ממושך היא שנשים רבות מוצאות את עצמן עובדות במשרה חלקית, בערבים או בסופי השבוע, על-מנת לשלב יחדיו את המחויבויות, וזאת חרף הפגיעה בהזדמנות לקידום עקב זמינותן המופחתת יחסית לעבודה. דפוסי עבודה כאלה מכרסמים ביעד של הגברת השוויון המגדרי בשוק העבודה.<sup>10</sup>
  - זמן עבודה פורה – קיימים מחקרים הכורכים את יעילות העבודה בצמצום היקפה (למשל, עקב הגברת ההנעה לעבודה יעילה בקרב העובדים, חיסכון בעלויות תפעוליות שונות למעסיק ועוד).
  - זמן עבודה הכולל מרחב בחירה לעובד בנוגע לשעות העבודה – גמישות מסוימת בזמן העבודה היא מבורכת, שכן היא מעניקה לעובד מרחב בחירה באשר לזמני העבודה, ומאפשרת לו לשלב יחדיו את מחויבויותיו השונות. אולם מצב שבו העובד "מחויב" להיות זמין 24/7 אינו נותן מרחב ושליטה, ולו חלקי, ביחס לדפוסי העבודה. למעשה, חמשת המאפיינים האמורים מבטאים שלושה סוגי טעמים להסדרת "זמן העבודה" מבחינת האינטרסים של העובד, והם הגנה על בריאותו של העובד, הגנה על כבודו ורווחתו (פניות לחיי משפחה ולחיים חברתיים, מרחב בחירה לעובד) ושיקולי צדק חלוקתי (שוויון מגדרי).
- לשלושת הטעמים האלה ניתן ביטוי בדין הישראלי, כפי שארחיב להלן. אקדים ואציין כי שלוש התכליות האמורות משלימות זו את זו ולכן הן דרות בכפיפה אחת. בהצעת החוק המקורית, משנת 1950, לא ניתן כלל ביטוי לתכלית החקיקה, אלא נסקרו הוראותיה.<sup>11</sup> עם זאת, בפסיקת בתי-המשפט ניתנה לאורך השנים בולטות בעיקר לשיקול ההגנה על כבוד העובד ורווחתו. כך, למשל, בפסק-דין של בית-המשפט העליון משנת 2009 נאמר כי מטרת החוק היא "להבטיח כי יתקיים איזון ראוי בחייו של אדם בין השעות שאותן הוא מקדיש לעבודתו לבין שעות הפנאי. החוק יוצא חוצץ נגד המגמה הרווחת בשוק העבודה של עבודה לאורך שעות ארוכות ביותר ומבקש לשמור על כבודם של העובדים. שתי הגבלות חשובות הקבועות בחוק נוגעות לחובה ליום מנוחה שבועי ולמשכם של יום העבודה ושל שבוע

10 כך, למשל, בישראל נערך מחקר על-ידי משרד העבודה בנוגע לפערים בדפוסי העבודה בין נשים לגברים. מהמחקר עלה כי שיעור הנשים המשלכות את המטלות הארגוניות עם אלה הביתיות בדרך של המשך העבודה מהבית גבוה משיעור הגברים הנוהגים כך (55% לעומת 45%, בהתאמה). לעומת זאת, בקרב העובדים רק במקום העבודה נמצא כי חלקם של הגברים (53%) גבוה מזה של הנשים (47%). להרחבה ראו נירית תושב אייכנר "מי ממשיך לעבוד בבית?" (משרד התמ"ת, מינהל מחקר וכלכלה – דפי מידע בנושאי שוק העבודה, 2006). [www.economy.gov.il/Research/Documents/avodababait.pdf](http://www.economy.gov.il/Research/Documents/avodababait.pdf)

11 ראו הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, התש"י-1950, ה"ח 157.

העבודה".<sup>12</sup> ברוח זו גם ציין בית־הדין לעבודה, בשנת 2000, כי "את חוק שעות עבודה ומנוחה יש לפרש כחוק אשר נותן ביטוי למדיניות חברתית־סוציאלית ראויה. מדיניות זו קובעת מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק ומונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד. החוק מגביל את חופש הפרט לקבוע את שעות עבודתו, אך המטרה בהגבלה זו היא הגנה על העובד מפני פגיעה בצלם האנוש שבו. המטרה הראשונית היא לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של מי שמבצע עבודה, על ידי כך שתוחמים את יום העבודה, ובכך למעשה מגדירים גם את שעות הפנאי. כך גם נמנע ניצול אפשרי של מעסיקים שלולא החוק המגביל את שעות ההעסקה, היו עלולים להעסיק עובד אחד במקום שני עובדים תוך דרישה למספר שעות רב וללא צורך לפצות את העובד על שעות העבודה הרבות".<sup>13</sup> באשר לרציונל הבריאותי־הבטיחותי, הגם שבתחילה הוא לא בלט בפסיקה בישראל, בשנים האחרונות ניתן לזהות התייחסות נפרדת אליו בספרות הישראלית (עקב התפתחות המחקר המדעי)<sup>14</sup> וכן במקורות החוקיים ההשוואתיים (האמנה האירופית, שאליה אתיחס בהמשך).

להלן אסקור תכליות אלה, ואפתח בהגנה על בריאות העובד, וזאת עקב זיקתה של תכלית זו לערך של קדושת החיים ושלמות הגוף והנפש.

## 1. הגנה על בריאות העובד

ההשלכות הרפואיות שיש לעבודה מאומצת, לרבות בזמן ענוחה, והפגיעה הפוטנציאלית בשלמות הגוף והנפש מתבטאות בכמה ממדים. לצורכי מחקר זה אתמקד בארבעה מהם:<sup>15</sup> הגברת הסיכון להתרחשותן של תאונות־עבודה או תאונות אישיות; מצב דחק והשלכותיו האפשריות; הגברת הסיכון לסרטן, במיוחד בעבודת לילה או בעבודה במשמרות; וישיבה ממושכת ונזקיה. הבחירה בממדים אלה נבעה מכך שהם מאפיינים במידה רבה את הענוחה, הגם שהם אינם ייחודיים לה. אבהיר: הטכנולוגיה מאפשרת לעבוד על־נקלה בשעות לא־שגרתיות (כגון שעות הלילה באמצעות המחשב). כמו־כן היא מאפשרת זמינות, וכפועל יוצא מכך יוצרת דריכות נרחבת של העובד. שילובם של אלה הופך את דפוס העבודה המודרני

12 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין לעבודה, פ"ד סג(3) 209, 227 (2009). ראו גם דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013) (להלן: דנג"ץ גלוטן).

13 ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ נ' טל, פד"ע לה 703, פס' 5 לפסק־דינו של הנשיא אדלר (2000).

14 עדנה רבנו "תיקון חוק שעות עבודה ומנוחה לגבי מנהלים ונושאי משרות אמון (תיקון מס' 14): האם הגבלת שעות העבודה תפחית שחיקה בעבודה?" מאזני משפט ט 339 (2014).

15 סקירת הממדים להלן מתבססת על ILO, *Decent Working Time*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3-6. סוגיית היקף תחולתו הראוי של חוק שעות עבודה ומנוחה שנויה במחלוקת בספרות הישראלית. מחד גיסא, יש הגורסים כי אין מקום להחרגת עובדים מתחולתו של החוק לנוכח תכליותיו. ראו שרון אהרוני־גולדנברג "עבודת יתר: השלכות והצעות לפתרון" עבודה, חברה ומשפט יג 219, 222-226 (2012); רבנו, לעיל ה"ש 14. לעומת זאת, יש הגורסים כי אין להחיל את החוק על עובדים בכירים ועובדי הנהלה. ראו מיכל עופר־צפוני "ביטול החרגתם של עובדי הנהלה ונושאי משרות אמון מגדר חוק שעות עבודה ומנוחה – האומנם תיקון נדרש ואפקטיבי?" מאזני משפט ט 315 (2014).



למאומץ יותר לא רק בהיבט הפיזי, אלא גם בהיבט המנטלי, וזאת כמעט 24/7. נוסף על כך, העבודה – ככל שהיא כרוכה בכתיבה – נעשית בישיבה. ארבעת הממדים שאליהם אתייחס בניתוח ההגנה על בריאות העובד נותנים ביטוי למאמץ המוגבר, להסחת-הדעת המובנית בדפוס עבודה זה, ולבסוף לכך שהיא נעשית בישיבה. לאחר הבהרה זו ארחיב כעת בנוגע לממדים שבהם בחרתי להתמקד:

**הגברת הסיכון להתרחשותן של תאונות-עבודה או תאונות אישיות בהיסחת-הדעת –** אקדים ואציין כי שעות עבודה מאומצות גורמות לירידה בריכוז, לירידה בדריכות ובערנות, לעייפות מוגברת ולהתארכות זמן התגובה. הפגיעה בריכוז ובערנות עלולה להימשך גם מעבר לשעות העבודה, ובכך לפגוע בבטיחותה של הפעילות הנעשית לאחריה ולסכן את המשתתפים בה. אכן, עבודה בענוחה עשויה להיחשב מאומצת, שכן טמונים בה התנאים לזמינות נרחבת הקרובה ל-24/7. לכאורה ניתן לטעון כי העובד יכול לבחור את זמינותו הקונקרטיה בטווח זמן זה, אולם בתרבות תעסוקתית שבה מסירותו של העובד ונאמנותו נמדדות, בין היתר, גם בזמינותו, מרחב הבחירה שלו מוגבל. אומנם, זמן העבודה בפועל עשוי להיות מועט יחסית, אולם המדד אינו רק כמותי (מספר הסחות-הדעת ומשכן), אלא פונקציונלי (דהיינו, ההשלכה שיש לקטיעה החוזרת ונשנית של רצף הפנאי על איכותו), כפי שהמחיש הדימוי של טיפות המיץ.

זאת ועוד, כאשר אדם מצוי לכאורה בשעות פנאי, הסחת דעתו על-ידי העבודה מגבירה את הסיכון להתרחשות תאונה. עבודה הנעשית במקביל לפעילות פנאי או במרווחי זמן קצרים בין פעילויות פנאי עלולה להגביר את הסיכון להתרחשותן של תאונות אישיות או אחרות. אציין כי הדברים מכוונים בעיקר לפעילויות ה"מעורבות" (כגון, נהיגה/הליכה תוך כדי שיחת טלפון לצורכי עבודה), אשר דווקא אופיין המעורב הוא המגביר את הסיכון להתרחשות תקלות, בין בפעילות הפנאי ובין בעבודה שנעשתה בגדרה. כעת אתמקד בהגברת הסיכון לתאונה אישית עקב היות הפעילות מעורבת. בפעילות מעורבת זו יש פיצול בין הגוף (המבצע לכאורה פעילות פנאי) לבין התודעה (השקועה בעבודה). מכיוון שהעבודה גוזלת קשב וריכוז, הפעולה הפיזית המתבצעת במקביל לה נעשית בתנאים של קשב וריכוז פחותים. במצב דברים כזה גוברת הסכנה להתרחשות של תאונה או פגיעה אחרת. בהקשר זה אציין כי הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים קבעה בנייר עמדה מטעמה כי "על בסיס ממצאי המחקרים שנסקרו ניתן לגבש עמדה נחרצת לגבי רמת המסוכנות הגבוהה הכרוכה בשימוש בטלפון סלולארי בעת נהיגה". נוסף על כך קבעה הרשות לבטיחות בדרכים כי "שימוש בטלפון גורם להיסח דעת משמעותי בקרב הולכי רגל ורוכבי אופניים ומהווה בעיה ממשית", וכי "הנושא בעייתי לא רק בהקשר של תאונות דרכים אלא גם בתאונות עצמיות (למשל, התקלות באובייקטים ונפילות)".<sup>16</sup>

**מצב דחק והשלכותיו האפשריות –** עבודה מאומצת יוצרת תחושת דחק ולחץ בקרב העובד, ומצב זה עלול להוביל להפרעות שינה, למשטר תזונתי לא-בריא, לצריכת אלוהול, להעדר פעילות גופנית ועוד. בטווח הארוך ההשלכות של אלה עלולות לבוא לידי ביטוי,

16 הדס מרציאנו ודליה מנדלר "היסח דעת – השימוש בטלפון נייד בזמן נהיגה" 10 (הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, 2014) [www.rsa.gov.il/meidamechkar/pirsumim/Documents/2014\\_bbb14.pdf](http://www.rsa.gov.il/meidamechkar/pirsumim/Documents/2014_bbb14.pdf)

להערכת ארגון העבודה העולמי, בהפרעות קרדילוגיות, בבעיות גסטרונומיות, בהפרעה בחילוף החומרים ועוד.<sup>17</sup> נוסף על כך, למצב דחק מתמשך יש גם השלכה רגשית-נפשית, העלולה להתבטא בתחושות של שחיקה מוגברת, דיכאון, כעס ועוד. נוסף על כך, המתח הטבוע במצבי הדחק אינו מאפשר (או למצער מאט) תהליכים של הרפיה רגשית, שהם מרכיב חיוני בחוסנו הרגשי והנפשי של האדם. הסיכון להתפתחות של מצב דחק, על השלכותיו השונות, מתקיים גם בענוחה, ואולי אף מועצם. כאן הטענה היא כי עבודה מחוץ למקום העבודה ולשעות העבודה מגבירה את השחיקה הנפשית, וזאת במיוחד כאשר עסקינן בפעולות "מעורבות", שכן התהליך של הרפיית מתח – אשר אופייני לשעות פנאי מובהקות – נשחק.<sup>18</sup> ניתן להוסיף ולטעון כי בפעולות כאלה קיימת התפרקות של התודעה (השקועה בעבודה) מן הגוף (המצוי במרחב הנחזה כפיזי פרוט). תהליך התפרקות זה, כשלעצמו, מחדד באופן יומיומי את הכרתו של העובד שאין כמעט מרחב בעולם שבו הוא יהא חסין מהציפייה לזמינות מתמדת לעבודה, וכי מבחינה זו ביתו אינו עוד מבצרו. תובנה זו, לאורך זמן, מגבירה תחושות של מתח ותסכול, ופוגעת בחוסנו הנפשי של האדם העובד. מחקרים ראשוניים מצביעים כי לאלה עלולה להיות השלכה על בריאותו של העובד, והקריאה בספרות היא להמשיך עריכת מחקרים בנושא זה.<sup>19</sup>

הגברת הסיכון לסרטן, במיוחד בעבודת לילה או בעבודה במשמרות – צוות מומחים של IARC – הארגון הבינלאומי לחקר הסרטן, הפועל מטעם ארגון הבריאות העולמי (WHO) – סיווג בשנת 2007 עבודה במשמרות, הכרוכה בהפרעות במקצב הצירקדי, כגורם שהוא קרוב לוודאי מסרטן בבני-אדם (Group 2A – probably carcinogenic to humans). ההסבר לכך הוא שחשיפת עובדי המשמרות לאור בלילה גורמת לדיכוי בהפרשת ההורמון מלטונין ולהפרעה במקצב הצירקדי.<sup>20</sup> קיימת השערה שהפרעה זו קשורה לתחלואת-יתר בסרטן השד ובסרטן המעי הגס. תפיסה זו אומצה על-ידי משרד הכלכלה הישראלי, אשר פרסם את התייחסותו לקשר בין בריאות העובדים לעבודה במשמרות, וזאת במיוחד בתעשייה ובשירותים רבים הנדרשים לתת מענה סביב השעון, כגון שירותי בריאות וסיעוד, אבטחה,

17 ILO, *Decent Working Time*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 4.

18 Jan Dettmers, Tim Vahle-Hinz, Eva Bamberg, Niklas Friedrich & Monika Keller, *Extended Work Availability and Its Relation With Start-of-Day Mood and Cortisol*, 21 *J. OCCUP. HEALTH PSYCHOL.* 105 (2016).

19 Anna Arlinghaus & Friedhelm Nachreiner, *When Work Calls – Associations Between Being Contacted Outside of Regular Working Hours for Work-Related Matters and Health*, 30 *CHRONBIOL. INT'L* 1197 (2013), <http://dx.doi.org/10.3109/07420528.2013.800089>; Anna Arlinghaus & Friedhelm Nachreiner, *Health Effects of Supplemental Work from Home in the European Union*, 31 *CHRONBIOL. INT'L* 1100 (2014), <http://dx.doi.org/10.3109/07420528.2014.957297> (להלן: *Health Effects of Supplemental Work*).

20 Roger R. Rosa & Michael J. Colligan, *Plain Language about Shiftwork* (U.S. Department of Health and Human Services 1997), <http://www.cdc.gov/niosh/docs/97-145/pdfs/97-145.pdf>.

משטרה, שירותי כבאות והצלה, תחבורה, צבא, ימאות, חברות תקשורת ועוד.<sup>21</sup> אומנם, הענוחה לא צוינה בהקשר זה באופן מפורש, אולם ככל שהיקפה בחיי הפרט משמעותי, וככל שהוא נדרש "לתת מענה מסביב לשעון", ובכלל זה בשעות שאינן שגרתיות, הרציונל שביסוד החשש הבריאותי האמור מתקיים גם לגבי עובדים אלה.

**ישיבה ממושכת ונזקיה** – כפי שעולה מרף מידע שפרסמה ד"ר יוהנה גייגר מהמוסד לבטיחות ולגיהות, ישיבה ממושכת עלולה בתנאים מסוימים לגרום נזקים בריאותיים.<sup>22</sup> על-פי הפרסום:

"עבור אנשים רבים, שעות הישיבה הרבות במהלך היום – בעבודה, ברכב, מול המחשב או מול הטלוויזיה – אינן משאירות זמן רב לפעילות גופנית. לאלה נצפה סיכון כפול: אל הסיכונים הבריאותיים של היעדר פעילות גופנית מתווספים הסיכונים הכרוכים בישיבה ממושכת.

גם אנשים שמקווים לפצות על היעדר הפעילות בשעות העבודה על ידי עיסוק עקבי בפעילות ספורטיבית עדיין חשופים לסיכון בריאותי משמעותי: מחקרים חדשים מצביעים על כך שהישיבה עצמה, ולא רק היעדר הפעילות הספורטיבית, תורמת להידרדרות במצב הבריאות.

שעות ישיבה ממושכות נקשרו עם עליה בלחץ הדם, הגברת רמת השומנים והכולסטרול בדם, הפרעה בספיגת הגלוקוז בתאי השריר והשמנת-יתר. השפעות שליליות אלה נצפו ללא קשר לרמת הפעילות הספורטיבית של הנבדק: כלומר, גם אדם המבלה מספר שעות שבועיות בפעילות במכון כושר, או שמגיע לעבודתו בהליכה או ברכיבה על אופניים, לדוגמה, נמצא בסיכון מוגבר כאשר הוא יושב במשרד שעות ארוכות.

המדענים מגלים כי לישיבה השפעה שלילית ניכרת על חילוף החומרים בגוף, על פעילות השרירים ועל מערכת הלב והריאה...

ישיבה ממושכת (מהווה גם) גורם סיכון לגב... ישיבה ממושכת במשרד או ברכב מעבירה עומס מוגבר על מפרקי הגב, לרבות הדיסקים הבין-חולייתיים, הרצועות והשרירים, ומהווה גורם סיכון ידוע להחלשות השרירים ולפגיעות גב.<sup>23</sup>

העבודה בכלכלת המידע כרוכה בישיבה ממושכת מול מחשב, ולכן יש לתת את הדעת גם לסיכונים האמורים.

**לסיכום**, עבודה מאומצת טומנת בחובה סיכונים פיזיולוגיים ומנטליים רבים. בהקשר זה אעיר כי ביפן, הידועה בעומס העבודה המוטל על העובדים בה, נקבע מונח ייחודי – קרושי (karoshi) – המציין מוות כתוצאה מעבודה מפרכת (עבודת-יתר). ברוב המקרים קרושי מתבטא בשבץ או בהתקף לב, אך לעיתים הוא מתבטא גם בהתאבדות על רקע

21 רן רזניק "משרד התמ"ת: עבודה בלילה מגדילה הסיכון לסרטן" הארץ 23.9.2008 [www.haaretz.co.il/news/health/1.1350866](http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1350866)

22 יוהנה גייגר "ישיבה ממושכת: פעילות מסוכנת לבריאות" אתר המוסד לבטיחות ולגיהות (2011) [www.osh.org.il/uploadfiles/nl\\_1110\\_joan\\_yeshiva.htm](http://www.osh.org.il/uploadfiles/nl_1110_joan_yeshiva.htm)

23 שם.

העומס המנטלי.<sup>24</sup> על רקע תובנה זו מתחדדת חשיבות הסדרתן הקפדנית של שעות העבודה והמנוחה, תוך מתן הדעת לאותן שעות עבודה סמויות, אשר אינן נתפסות אולי בתודעה כשעות עבודה מלאות, אך ייתכן בהחלט שגם בהן טמונים הנזקים הקיימים בעבודה ממושכת בחצרי המעסיק.<sup>25</sup> מאחר שהסיכון הבריאותי על רבדיו השונים מתקיים גם בשעות העבודה הסמויות, ובחלקו אף מועצם, נחוצה הסדרה והגדרה ברורה של היקף שעות העבודה. הסדרה זו חשובה על-מנת שהעבודה, שהיא נדבך מרכזי בהוויה האנושית, לא תיהפך חלילה לאיום על בריאותו – הפיזית או הנפשית – של העובד.

## 2. הגנה על כבוד העובד ורווחתו

הסדרת זמן העבודה מקדמת את ההגנה על ערך הכבוד בשני מובנים, המשלימים זה את זה. ראשית, נקודת המוצא היא שלכל מין קיימת חוויית קיום בסיסית האופיינית לו. גם למין האנושי יש חוויית קיום בסיסית, וכל אדם, מעצם השתייכותו למשפחת המין האנושי, זכאי לחוות חוויה זו. מדובר בחוויית קיום שכל אדם זכאי לה בשל היותו אדם, כישות אינטלקטואלית וחברתית שיש לה צרכים רגשיים ורוחניים בסיסיים. תפיסה זו מעוררת שאלות כגון: מהי המתודולוגיה לקביעת מרכיביה של חוויית הקיום האנושי הבסיסית, להבדיל מצרכים מסדר שני? מה כוללת חוויית הקיום האנושי במתכונתה הבסיסית? האם מרכיבים אלה אוניוורסליים ונצחיים או שמא הם משתנים מחברה לחברה ומתקופה לתקופה? ועוד. לשם המחשה ניתן להסתייע בתיאוריית הצרכים של הפסיכולוג אברהם מסלו. על-פי תיאוריה זו, קיימים צרכים אוניוורסליים אשר משותפים לכל בני-האדם ומניעים אותם. צרכים אלה עשויים לבוא לידי ביטוי בצורה שונה בתרבויות שונות, ומכאן שהתיאוריה משלבת מימד אוניוורסלי (הצורך המופשט) ומימד יחסי (ביטוי של הצורך). על-פי התיאוריה, קיים מדרג בין הצרכים על-פי סדר חיוניותם, והם כוללים: צרכים פיזיולוגיים, צורך בביטחון, צורך בהשתייכות, צורך בהערכה חברתית וצורך במימוש עצמי.<sup>26</sup> תיאוריה זו שוכללה על-ידי הפסיכולוג קלייטון אלדרפר לכלל תיאוריית קיום-השתייכות-צמיחה, שבה הצרכים מחולקים לשלוש קבוצות: צורכי קיום (הכוללים צרכים פיזיולוגיים וצורכי ביטחון), צורכי השתייכות (צורך בהשתייכות חברתית) וצורכי צמיחה (צורך בפיתוח כשרונות ייחודיים). כמו-כן, לפי תיאוריה זו, אין בהכרח סדר מדרגי בין הצרכים, וסיפוקם של צרכים מקבוצות שונות יכול להיעשות במקביל.<sup>27</sup> הניסיון להתחקות אחר מרכיביה של חוויית הקיום האנושי הבסיסית, ובמיוחד אחר מופעיה היחסיים המשתנים מתרבות לתרבות, מצריך מחקר בין-

Katsuo Nishiyama & Jeffrey V. Johnson, *Karoshi – Death from Overwork: Occupational Health Consequences of Japanese Production Management*, 27 INT'L J. HEALTH SERV. 625 (1997)

Arlinghaus & Nachreiner, *Health Effects of Supplemental Work*, לעיל ה"ש 19. 25

A.H. Maslow, *A Theory of Human Motivation*, 50 PSYCHOL. REV. 370 (1943) 26

CLAYTON P. ALDERFER, EXISTENCE, RELATEDNESS, AND GROWTH: HUMAN NEEDS IN ORGANIZATIONAL SETTINGS (1972) 27

תחומי, המשלב אמות-מידה אמפיריות ונורמטיביות, ועל-כן לא אערוך אותו כאן.<sup>28</sup> מכל מקום – וזה העיקר לענייננו – חוויית הקיום של הפרט מושפעת באופן ישיר ובמידה רבה מהעבודה ומתנאיה. שעות עבודה מרובות פוגעות ביכולתו של הפרט לחוות חלק מחוויות הקיום הבסיסיות בהתאם לבחירתו, כגון חיי משפחה, חיי חברה וקהילה, מעורבות פעילה במרחב הציבורי ובתרבות, ועוד. זאת, מכיוון שהוא טרוד בענייני העבודה, ואין לו הפנאי והפניות הנדרשים לפעילויות חברתיות נוספות, שהן חלק מחוויית הקיום הבסיסית של אינטראקציה חברתית, בין בקרב המשפחה הגרעינית ובין במעגלים חברתיים רחבים יותר. משכך, הסדרת זמן העבודה נועדה להבטיח לעובד זמן פנוי ופניות נפשית לממש צרכים פסיכולוגיים, חברתיים, תרבותיים ואחרים. הגנה על אלה מבטאת הגנה על כבוד האדם העובד. שנית, העסקת עובד במשך שעות מרובות משל היה אמצעי ייצור ותו לא – תוך התעלמות מאנושיותו, מצרכיו ומרצונותיו כבן-אנוש – פוגעת בכבודו. הנשיא אדלר העיר באחד מפסקי-הדין (בהתייחסו לדעת המיעוט) כי "חוק שעות עבודה ומנוחה הינו חוק מגן, שמטרתו להגן על האדם, באשר הוא, גם מפני עצמו. מטרתו של החוק היא, להבטיח לכל עובד חיים פריטים, שלא יהיה עבד לעבודתו".<sup>29</sup> על יסוד זה ניתן לטעון כי החוק – בהציעו חיץ בין שעות העבודה לשעות המנוחה – מחייב את המעסיק לכבד את צורכי העובד ורצונותיו כבן-אנוש. הוא מונע מן המעסיק את האפשרות להטיל על העובד מטלות תעסוקתיות ללא הרף משל היה אמצעי ייצור ללא מאויים ורצונות. הטמעתה של נקודת-מבט זו, כשלעצמה, מקדמת את ההגנה על כבוד העובד כאדם. גם במובן זה הסדרת זמן העבודה מקדמת את ההגנה על כבודו של האדם העובד ומונעת את ניצולו. הצורך בהגנה על כבוד העובד מתקיים, ואולי אף מועצם, כאשר עסקינן בעבודה סמויה. שעות העבודה הסמויות נחזות כמנוחה, אולם בפועל נעשית בהן עבודה לכל דבר ועניין. ענוחה משפיעה על פניותו הנפשית של העובד לחוות את חוויית הקיום האנושי הבסיסית בהתאם לרצונו ולבחירותיו, ומכאן שגם שיקול זה תומך בהסדרת שעות העבודה (הסמויה) והמנוחה.

### 3. שיקולי צדק חלוקתי

חוק שעות עבודה ומנוחה נשען גם על תפיסות של צדק חלוקתי. כדוגמה לכך ניתן לציין את סעיף 13 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שעניינו "שעות נוספות והגברת תעסוקה", המסמיך את שר התמ"ת לאסור או להגביל העסקה בשעות נוספות, אף אם הן מותרות, מטעמים של הגברת התעסוקה. סעיף זה מבטא את הכפיות הפוטנציאלית של המשאב המוגבל (זמן עבודה) לשיקולי צדק חלוקתי. לכאורה, אחת הדרכים לקדם חלוקה צודקת יותר של יום העבודה היא באמצעות הסדרה של משך יום העבודה באופן שימנע מצב שבו עובדים מעטים יחסית יועסקו שעות רבות ללא הרף ואילו אחרים לא ישולבו כמעט בשוק

28 להרחבה באשר לחוויית הקיום הבסיסית, ובאשר להשלכותיה על המודל העיוני לקביעת שכר-מינימום, ראו: Hani Ofek-Ghendler, *Globalization and Social Justice: The Right to Minimum Wage*, 3 L. & ETHICS HUM. RTS. 267, 272–74 (2009).

29 רב"ע נג/188-3 אי.בי.סי. ניוז אינטרקונטיננטל אינק. נ' מור, פד"ע כח 284, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא גולדברג (1995) (ההדגשה הוספה). העתירה לבג"ץ בעניין זה נדחתה. ראו בג"ץ 5993/95 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם).

העבודה בתחום מומחיותם. השאלה כאילו תנאים ונסיבות – אם בכלל – הפחתת שעות העבודה אכן תורמת לצמצום ממדי האבטלה ומגבירה את חלוקתו הצודקת של המשאב הכללי הנקרא "זמן עבודה" – חורגת מגבולותיו של מאמר זה. עם זאת, אעיר כי ממחקר שערך מרכז המחקר והמידע בכנסת עולה כי –

"ברוב מדינות המערב חלה בשנים האחרונות הפחתה במספר שעות העבודה, ומנגד במדינות מסוימות חלה עלייה. המטרה העיקרית של הפחתת מספר שעות העבודה, מעבר לרצון לשפר את תנאי העבודה ואת רמת החיים, היא מלחמה באבטלה (worksharing). הצלחתה של מדיניות להפחתת שעות עבודה במונחים של השפעה על האבטלה ועל התעסוקה תלויה בגורמי רקע רבים ובתנאים במשק בעת השינוי, ולכן התוצאות של מדיניות זוהי המופעלת במדינות שונות עשויות להיות שונות. מבחינה מחקרית, הקושי באמידת הצלחתה של מדיניות כזאת טמון בחוסר היכולת להפריד בין ההשפעה של השינויים בשעות העבודה הנובעים מהמדיניות לבין ההשפעות של גורמי הרקע, כמו שינויים בקצב הצמיחה ובפריון. מרבית המחקרים האמפיריים שנעשו בנושא אכן מעריכים כי להפחתת שעות העבודה יש השפעה חיובית על התעסוקה, ומקצתם מעריכים כי אין השפעה או אף שההשפעה היא שלילית."<sup>30</sup>

שיקול הצדק החלוקתי חל מעצם טיבו לא רק על שעות העבודה השגרתיות, אלא גם על אלה הסמויות. לגבי אלה כאלה קיים אינטרס שהמשאב הקרוי "זמן עבודה" יתחלק בצורה שוויונית יותר, באשר הדבר יקדם חלוקת הזדמנויות שוויונית יותר בשוק העבודה ויתרום בכך לכינונה של חברה שוויונית יותר.

#### 4. התכליות של גמול שעות נוספות

לצד ההסדרה של שעות העבודה, סעיף 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה הישראלי מטיל על המעסיק חובה לשלם לעובד – ככל שהחוק חל עליו – פיצוי מוגבר עקב העסקתו מעבר למכסת השעות הקבועה בחוק. מדוע נקבעה חובת הפיצוי המוגבר, המכונה "גמול שעות נוספות"? כאן ניתן להעלות על הדעת שני הסברים עיקריים: (א) הסבר תועלתני-מניעתי – הסבר זה עניינו העמדת תמריץ כלכלי שלילי להעסקה בשעות נוספות. ייקור ערכה הכלכלי של העבודה הנוספת אמור לכאורה להקטין את ההנעיה להעסקה בשעות הללו.<sup>31</sup> על-פי היגיון זה, הפיצוי המוגבר הוא מכשיר להגברת הציות למגבלות המהותיות הקבועות בחקיקה המסדירה את שעות העבודה והמנוחה. במאמר מוסגר אעיר כי לנוכח היקפן הגדול של שעות העבודה הנוספות בפועל ניתן להרהר אם שיעור הפיצוי המוגבר אכן הצליח להגשים באופן מספק את התכלית של צמצום היקפי העבודה הנוספת. נראה אפוא כי תכלית זו מהווה הסבר חלקי ובלתי-ממצה. (ב) הסבר מוסרי – הסבר זה מתמקד

30 סמי כהנאי "שינוי שבוע העבודה – השלכות כלכליות" 15 (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 30.1.2005) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01256.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01256.pdf)

31 בדנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 12, העיר השופט הנדל (בפס' 3 לפסק-דינו) כי "החובה לשלם גמול שעות נוספות נקבעה על מנת להטיל על המעבידים עומס כלכלי שיהווה תמריץ שלילי להעסיק עובדים בשעות הנוספות-היתרות-החורגות מעבר לשעות העבודה הרגילות".

בהשלכותיה של העבודה הנוספת מבחינת העובד, מקום שהוא נדרש לכך על-ידי מעסיקו. פגיעתה של העבודה הנוספת ברווחתו של העובד, ובכלל זה ביכולתו לפתח תרבות פנאי אפקטיבית, גדולה מזו של העבודה במסגרת המכסה היומית של שעות העבודה. הטעם לכך הוא שככל ששעות העבודה מתרבות (בפרט מעבר למכסה היומית), מתמעט הזמן שניתן להקדיש לתרבות פנאי, פוחתות האנרגיות הפנויות לקיומה, ומעבר לרף מסוים אף ניטלת האפשרות המעשית לכך. משכך, מתחייבת כריכה בין גורל הפגיעה להיקף הפיצוי, ועל-כן התגמול בגין השעות הנוספות צריך לתת ביטוי לפגיעה המיוחדת בעובד הטמונה בהעסקה בשעות נוספות.

את הדיון המופשט בתכליתה של החובה לשלם גמול שעות נוספות אי-אפשר לנתק מהיקפה של החובה. היקף תחולתה של החובה לשלם גמול שעות נוספות הוא עניין של מדיניות חברתית-כלכלית, המשתנה ממדינה למדינה. בישראל, לדוגמה, חוק שעות עבודה ומנוחה חל על נתח משמעותי מהעובדים – לרבות אלה העובדים בתעשיות-עילית – ומחריג מתחולתו רק את אלה הקבועים בסעיף 30 לחוק.<sup>32</sup> בארצות-הברית, לעומת זאת, הזכות לגמול זה נתונה בעיקר לעובדי צווארון כחול, על-מנת שלא ימצאו את עצמם עובדים שעות מרובות בעד שכר-מינימום או שכר הנושק לו. משכך, החוק האמריקני קובע כי עובד המשתכר מעבר לסכום נקוב בחוק אינו זכאי כלל לגמול שעות נוספות בעבור עבודה נוספת. החוק האמריקני בנוגע לשעות נוספות ולשכר-המינימום נועד לחול בעיקרו על עובדי צווארון כחול, ואילו עובדי צווארון לבן מוחרגים מתחולתו.<sup>33</sup> הגדרת עובד צווארון לבן מורכבת משלושה רכיבים: צורת תשלום השכר – תשלום שכר לא על בסיס תפוקת ואיכויות; גובה השכר, כאינדיקציה למהות התפקיד, כששכר מעל רף מסוים עשוי לשלול את הזכאות לגמול שעות נוספות; ולבסוף סוג התפקיד, דהיינו, אם עסקינן בתפקיד ניהולי (executive), מנהלי (administrative) או מקצועי (professional). במאי 2016 פרסם הנשיא

32 ס' 30(א) ו-30(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה מחריגים מתחולתו של החוק עובדי הנהלה בכירים ונושאי משרת אמון, וגם את החריגים האלה פירשה הפסיקה בצמצום רב, כך שרק שכבת ההנהלה הבכירה – להבדיל מדרגי-ביניים ניהוליים ובוודאי מכלל עובדי הצווארון הלבן – יצאה מתחולתו. ראו, למשל, ע"ע 13-09-13867 חברת אדוונטק טכנולוגיות (אפלט) בע"מ נ' זלוסקי, במיוחד פס' 36-57 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 8.11.2015). בהקשר זה ראו גם פסיקה מוקדמת של בתי-הדין האזוריים: מחד גיסא, עב' (אזורי ת"א) 4608/04 קייזמן נ' חברת אנדרומדה מחשבים בע"מ (פורסם בנבו, 23.1.2007); ומאידך גיסא, עב' (אזורי ת"א) 1206/02 טמיר נ' פבליקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.3.2004). לדיון מקיף בשאלת נחיצותו של החריג המצומצם ראו אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 15; שרונה אהרוני-גולדנברג "תזכיר חוק לתיקון חוק שעות עבודה ומנוחה" מאוני משפט ט 311 (2014); עופר-צפוני, לעיל ה"ש 15; רבנו, לעיל ה"ש 14. לסקירה השוואתית ראו שלי לוי "החרגת עובדי צווארון לבן מהסדרים לתשלום עבור עבודה בשעות נוספות" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 12.7.2009). [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02270.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02270.pdf)

33 Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C § 213(a)(1); 29 CFR part 541 (2008) (להלן: FLSA).  
 כן ראו: Sean L. McLaughlin, *Controlling Smart-Phone Abuse: The Fair Labor Standards Act's Definition of "Work" in Non-exempt Employee Claims for Overtime*, 58 U. KAN. L. REV. 737 (2010)

אובמה תיקון לחוק שהגדיל את רף השכר הקבוע בו, והדבר מלמד על המגמה לצמצם את הגדרת עובדי הצווארון הלבן וכד בבר להרחיב את תחולת החוק.<sup>34</sup> בגדרי מאמר זה אין צורך בהרחבת פרטי החוק, שכן מה שחשוב לענייננו הוא שמהלך זה מבטא נכונות של המשפט האמריקני להגביר את ההגנה הניתנת לעובדי הצווארון הלבן. אומנם, רובד ההגנה הניתן הוא בדמות גמול שעות נוספות (שכאמור נראה כי אין בו כדי להביא לידי צמצום היקפן באופן משמעותי), ואין בו התייחסות ישירה לנושא של הסדרת זמן העבודה, בפרט בהקשר של העבודה הסמויה, שהיא סיכון משמעותי שעובדי הצווארון הלבן חשופים לו עקב התפתחות הטכנולוגיה. אולם דומה כי הרחבת ההגנה על עובדי הצווארון הלבן – הגם שהיא ממוקדת בממשק הצר שבין עבודה בשעות נוספות לבין גובה התגמול הכלכלי – מבטאת הגברה של הרגישות כלפי עובדי הצווארון הלבן וזמן עבודתם.

כעת, לאחר שניתחנו את תכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, וראינו כי הן חלות – על-פי הגיון הפנימי – גם על העבודה הסמויה, נפנה לבחון את המאפיינים של הסדרת זמן העבודה בדין המצוי, ולבדוק באיזו מידה – אם בכלל – הוא מתמודד עם תופעת הענוחה.

### ב. הגדרת "זמן עבודה" בדין המצוי

בפרק זה אבחן את ההגדרה של "זמן עבודה", ואם קיימת במשפט המשווה הסדרה משפטית לתופעת הענוחה. כפי שאראה, ההתייחסות הקיימת לנושא זה בדין הבין-לאומי – בחקיקה או בפסיקה – הינה מועטה יחסית, וגם המעט הקיים הינו מהעת האחרונה ממש. הדבר מלמד כי המשפט מצוי בראשית התהליך של עיצוב התייחסותו לתופעה זו.

ניתוח הדין המצוי ייעשה בהקשר של דיני העבודה עצמם. במערכת דינים זו יש חשיבות להגדרת שעות עבודה ולזיהוין לצורך בחינה אם מספר שעות העבודה שצבר העובד בפועל חצה את הרף הכמותי-הנורמטיבי שנקבע ליחידת הזמן הנדונה (יום, שבוע או חודש), וככל שהוא חצה את הרף, נדרשות בהמשך פעולות לאכיפת הדין ביחס לחריגה. מימד נוסף בדיני העבודה עצמם הוא תשלום גמול שעות נוספות ככל שנעשית עבודה מעבר למכסה שנקבעה. יודגש: היבט ההסדרה נותן ביטוי לתכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, וככזה יש לעיסוק בו חשיבות רבה יותר מאשר לעיסוק בפן הכלכלי ובזכויות לגמול שעות נוספות. במאמר מוסגר אעיר כי באופן תיאורטי סוגיית ההגדרה של "זמן עבודה" עשויה להתעורר גם בהקשרן של מערכות דינים נוספות, כגון דיני הביטוח הסוציאלי. כך, למשל, עשויה להתעורר השאלה אם פציעת אדם בעת הליכה/נסיעה מחוץ למקום העבודה ומעבר לשעות העבודה, ותוך כדי ביצוע שיחה טלפונית בטלפון הסלולרי לצורכי עבודה, מהווה תאונת-עבודה.<sup>35</sup> אולם העיסוק בסוגיה נוספת זו חורג מגבולות המאמר, ולכן לא ארחיב עליו להלן.

34 Wage and Hour Division United States Department of Labor, *Final Rule: Overtime* (2016), <https://www.dol.gov/whd/overtime/final2016/index.htm>. להרחבה על מהות

הרפורמה ראו גם: United States Department of Labor, *Guidance for Private Employers on Changes to the White Collar Exemptions in the Overtime Final Rule* (2016), <https://www.dol.gov/whd/overtime/final2016/general-guidance.pdf>

35 בהקשר זה ראו ס' 79 ו-83 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. כן ראו עב"ל 376/03 אלגריסי נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 6.4.2005). ראו גם ב"ל 1520-08



בדין המצוי, מטבע הדברים, קיימות הגדרות שונות לזמן עבודה. להלן אערוך ניתוח של הדין הפוזיטיבי, ובגדרו אנסה לבחון באיזו מידה קיימת בדין המצוי – בחקיקה, בפסיקה, בהסכמים קיבוציים ובדין המשווה – הסדרה של תופעת הענוחה, על המורכבות המיוחדת הכרוכה בה. סקירת הדין המצוי תיעשה בכמה רבדים: תחילה אציג את הסדרת העבודה מהבית באמנת ארגון העבודה העולמי; בהמשך אציג את החקיקה המדינית; לאחר־מכן אסקור את המגמות בפסיקה בארצות־הברית; ולבסוף אתיחס להסכמים קיבוציים.

## 1. ארגון העבודה העולמי ועבודה מהבית

ניתוח האמנות של ארגון העבודה העולמי העוסקות בהגדרת זמן עבודה או בעבודה מהבית מוביל למסקנה כי אלה אינן מסדירות את הענוחה, על מאפייניה הייחודיים, וקשה להחיל או להקיש לגביה מן ההסדרים החלקיים הקיימים. כאשר לאמנות העוסקות בהסדרת זמן עבודה, אלה הותקנו בראשית המאה העשרים. אמנת ארגון העבודה העולמי משנת 1919 עוסקת בזמן העבודה בתעשייה. האמנה נמנעה מלהגדיר מהי "שעת עבודה", וההתייחסות בה היא בעיקר להגבלת היקפן של שעות העבודה.<sup>36</sup> נזכיר כי בתעשייה המסורתית ההבחנה בין עבודה למנוחה הייתה קלה יותר, שכן העבודה יכלה להיעשות כמעט רק בחצרי המעסיק, שם נמצא הציוד המכני שנדרש לייצור התעשייתי. אמנה מאוחרת יותר, משנת 1930, עוסקת במסחר ובעבודה משרדית,

---

טרגר נ' המוסד לבטוח לאומי, פס' 13ב לפסק־הדין (פורסם בנבו, 15.2.2012), שם נאמר: "בענייננו, התובעת אמנם שוחחה בטלפון בענייני עבודה כשנפלה ונחבלה, אולם עצם השיחה אינו הגורם לנפילתה. לכך תרמו חוסר הריכוז שלה, נסיונה לנהל שתי שיחות טלפון במקביל, הירידה המהירה במדרגות, וכן העובדה כי נשאה עמה, בו זמנית, שני תיקים ושני מכשירי טלפון, שוודאי הכבידו עליה, ולכל הפחות סרבלו את הליכתה. לטעמנו, לא ניתן לומר, לכן, כי הסיכון נבע מביצוע העבודה או מן התנאים הסביבתיים בהם עובדה (כאמור – הנפילה ארעה בביתה). נראה, כי לא קיימת זיקה של ממש, במקרה זה, בין העבודה לתאונה ואין לומר, כי נפילתה של התובעת באה 'עקב' עבודתה" (ההדגשה במקור). בהמשך פסק־הדין (שם, פס' 16) נאמר כי "ברי, כי לא ניתן לומר, תוך הסתמכות על דוגמאות אלה, כי המחוקק ביקש להכיר ב'סיכון' אותו טוענת התובעת כי 'נשאה', היינו, ירידה במדרגות ביתה, בזמן שניהלה שתי (!) שיחות טלפון במקביל, ובעודה נושאת 2 תיקים, כאשר אחד מהם מכיל חומר עבודה, ככזה המגבש את יסוד ה'תוך כדי' (אף על דרך הפרשנות המרחיבה שניתנה ליסוד זה). על אף שניכר כי צרוף פעולות אלו עלול להוביל לפגיעה ולנזק, אין מקום לייחס פגיעה זו דווקא לאופי עבודתה של התובעת". עוד ראו ב"ל 11-06-25478 בר נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.8.2012); עב"ל 12-09-53174 המוסד לביטוח לאומי נ' בר, פס' 19 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 2.9.2014), שם נאמר: "אף לא מצאנו כי בנסיבות המקרה הנוכחי, יש מקום להכיר במערערת כנפגעת בעבודה, בשל כך שהייתה בעיצומה של שיחת טלפון בעת התרחשות התאונה, ולמעשה כך משתמע אף מקביעת בית הדין האזורי בענייננו."

36 International Labour Organization, Convention Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings to Eight in the Day and Forty-eight in the Week, Nov. 28, 1919, [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=normlexpub:12100:0::no::p12100\\_instrument\\_id:312146](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=normlexpub:12100:0::no::p12100_instrument_id:312146)

ובגדרה נעשה ניסיון לאפיין את זמן העבודה באמצעות מבחן השליטה,<sup>37</sup> אולם אפיון זה אינו מספיק על-מנת ליתן מענה למאפייניה הייחודיים של הענוחה, שבה העובד אינו מצוי בשליטת המעסיק אך מפגין בהחלט זמינות נרחבת לצרכיו אף שהוא נמצא מחוץ לחצריו. כאשר לאמנה העוסקת בעבודה מהבית, אציין כי באמצע שנות התשעים ניסה ארגון העבודה העולמי להתמודד עם התופעה ההולכת ומתרחבת של ביצוע העבודה מחוץ לחצרי המעסיק, באמצעות אמנה והמלצה ייחודיים למתכונת עבודה זו.<sup>38</sup> בשנת 1996 גיבש ארגון העבודה העולמי את האמנה בדבר עבודה מהבית (להלן: האמנה).<sup>39</sup> גם באמנה זו אין התייחסות ייחודית להגדרה של שעת עבודה, אף שהגדרה כזו נחוצה שכן גם אצל עובדים אלה מתקיים – ואולי אף ביתר שאת – הסיכון של מזיגה בין שעות העבודה לשעות המנוחה, באופן שהופך אותן לתרכובת שאינה ניתנת להפרדה על-ינקלה. אומנם ההגדרה של עבודה מהבית הינה רחבה מבחינת המיקום הפיזי שבו ניתן לבצעה, שכן היא אינה מוגבלת למקום מגוריו של העובד, אלא יכולה להתקיים בכל מקום אחר שיבחר שאינו חצרי המעסיק (סעיף 1(a)(i) לאמנה). אולם זאת בתנאי שמיקום זה הוא מקום עבודתו הרגיל, ואין די בביצוע העבודה בו מפעם לפעם (סעיף 1(b) לאמנה). יש להניח כי תנאי זה נועד להקנות בהירות וודאות ככל הנוגע במיקום העבודה, ובדרך זו למנוע ניצול לרעה של הגמישות הקיימת בדפוס עבודה זה. לנוכח ההבהרה המופיעה בסעיף 1(b) לאמנה, ברור כי זו מיועדת לחול רק על עובדים שעובדים דרך קבע מחוץ לחצרי המעסיק, ואשר קיימת ודאות לגבי המיקום הקבוע שבו הם עושים את עבודתם (בהתאם להגדרה הרחבה של המונח "בית" באמנה). מכל מקום – וזה העיקר לענייננו – היא אינה מיועדת לחול על עובדים אשר מועסקים בחצרי המעסיק במשך יום העבודה ה"רגיל" וממשיכים לאחר-מכן לעבוד מחוץ לחצרי המעסיק באופן אקראי ולא-קבוע מבחינת המיקום, הכמות והתדירות. על פניה היא אינה מותאמת למצב שבו העבודה נעשית כל פעם במיקום שונה ואף בזמן נסיעה ממקום למקום. סמוך לכינון האמנה גובשה גם המלצה.<sup>40</sup> ההמלצה אינה מרחיבה את הגדרת העובדים שהאמנה חלה עליהם, ומתייחסת גם היא בעקיפין בלבד לנושא שעות העבודה. נבהיר: האמנה אינה מגדירה באופן ישיר מה נחשב "שעות עבודה". עם זאת, מצויות בה הוראות המשליכות בעקיפין על היבט זה. כך, למשל, יש בה הוראה שלפיה אין להדיר את העובדים מהבית מהסדרים הקובעים מכסות יומיות או שבועיות של שעות עבודה. על כך ההמלצה מוסיפה כי גם עובדים אלה צריכים להיות זכאים לחופשה יומית ושנתית בשכר וכן להיעדרות על רקע מחלה בשכר. וכך נאמר בסעיפים 23 ו-24 להמלצה:

37 International Labour Organization, Convention Concerning the Regulation of Hours of Work in Commerce and Offices, art. 2, June 28, 1930. "For the purpose of this Convention the term hours of work means the time during which the persons employed are at the disposal of the employer; it does not include rest periods during which the persons employed are not at the disposal of the employer"

38 מיכאל אטלן "העבודה מן הבית במשפט העבודה" ספר מנחם גולדברג – לקט מאמרים בדיני עבודה וביטחון סוציאלי 89 (אהרן ברק עורך, 2001).

39 International Labour Organization, Convention Concerning Home Work, June 20, 1996

40 International Labour Organization, Recommendation Concerning Home Work, June 20, 1996

- “23. A deadline to complete a work assignment should not deprive a homeworker of the possibility to have daily and weekly rest comparable to that enjoyed by other workers.
24. National laws and regulations should establish the conditions under which homeworkers should be entitled to benefit, as other workers, from paid public holidays, annual holidays with pay and paid sick leave.”

אציין כבר עתה כי הקביעה שיש להשוות את תנאיהם של העובדים מהבית לאלה של "עובדים אחרים" (הכוונה לעובדים בחצרי המעסיק) אינה תורמת לליבון הסוגיה מושא מאמר זה, שהיא הדין החל על ענוחה. זאת, מכיוון שבמקצועות מסוימים גם העובדים בחצרי המעסיק – שבהם למעשה המאמר מתמקד – חשופים לסיכון של עבודה סמויה לאחר שעות העבודה ומחוץ לחצרי המעסיק. לכן, מבחינת הסוגיה מושא המחקר, ההשוואה אליהם אינה מעלה ואינה מורידה.

עוד יוער כי בפרק המסדיר את הפיקוח על העבודה מהבית יש המלצה שהמעסיק ידווח לרשויות שעובד המועסק אצלו הוא בבחינת "עובד מהבית" כהגדרתו באמנה ובהמלצה.<sup>41</sup> כמו־כן מומלץ שהמעסיק ינהל פנקס שיאפשר לעקוב אחר שעות העבודה של העובד.<sup>42</sup> עם זאת – וזה העיקר לענייננו – גם בהמלצה אין הגדרה של שעות עבודה. משמע, ההמלצה אינה מתמודדת עם האתגר הכרוך באפיון של שעות העבודה מחוץ לחצרי המעסיק, ובוודאי אינה מתיימרת להתמודד עם תופעת הענוחה, המתרחשת מעבר לשעות העבודה השגרתיות המתקיימות בחצרי המעסיק.

## 2. חקיקה מדינתית

אקדים ואעיר, בזהירות המתחייבת, כי נראה שההתייחסות הישירה בדין המצוי לסוגיית הענוחה, על מאפייניה הייחודיים והאתגרים המיוחדים הכרוכים בהסדרתה, היא מועטה ביותר. להלן אתייחס לשתי מדינות (צרפת וברזיל) שהסדירו סוגיה זו באופן ישיר. צרפת – ביום 8.8.2016 היתוסף פרק לחוק העבודה הצרפתי שעניינו "התאמת דיני העבודה בעידן הדיגיטלי". בפרק זה נכלל גם סעיף־מסגרת כללי המתייחס לעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות בחצרי המעסיק, והוא נכנס לתוקף ב־1.1.2017.<sup>43</sup>

41 שם, ס' 17(1).

42 שם, ס' 37(3)(a).

43 LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels [Law 2016-1088 of August 18, 2016 Relating to Employment, Modernization of Social Dialogue and Securing Professional Life], Journal Officiel de la République Française [J.O.] [Official Gazette of France], Sept. 9, 2016, text 3, available at <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/8/8/> ET SX1604461L/jo: ס' 55 לחוק החדש קובע:

“I. – L'article L. 2242-8 du code du travail est ainsi modifié:

בסעיף 25 להצעת החוק ממאי 2016 הוסבר הרקע לחקיקה זו, תוך שימת דגש בהשלכות במישור הבריאותי וברוחות העובד. וכך נאמר בו:

“The development of information and communication technologies, if badly managed or regulated, can have an impact on the health of workers. Among them, the burden of work and the informational overburden, the blurring of the borders between private life and professional life, are risks associated with the usage of digital technology.”<sup>44</sup>

חוק העבודה הצרפתי החדש מבטא הכרה כללית ומופשטת ב"זכות העובד להתנתק" מהעבודה לאחר שעות העבודה. פרטי מימושה של ההגנה על זכות זו אמורים להיקבע בהסכם פרי משא-ומתן בין המעסיק לבין ארגוני העובדים. בהעדר הסכם כאמור, על המעסיק לקבוע זאת בצורת קוד התנהגות, וזאת לאחר התייעצות עם אחת ממועצות העובדים או עם נציגים של צוות העובדים. כן נקבע כי יש לפעול לעריכתם של מסעות הסברה להגברת

1° Le 6° est complété par les mots: «, notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise;»

2° Il est ajouté un 7° ainsi rédigé:

«7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.»”

ובתרגום חופשי: "סעיף 8-2242 של קוד העבודה תוקן כדלקמן... לשם מימוש מלא של זכות העובד להתנתק, יישם המעסיק רגולציה המסדירה את השימוש בכלים דיגיטליים על-מנת להבטיח כיבוד של מועדי המנוחה והחופשה, כמו-גם של החיים האישיים והמשפחתיים. בהעדר הסכם [בין המעסיק לבין ארגוני העובדים], על המעסיק לנסח קוד התנהגות, לאחר התייעצות עם אחת ממועצות העובדים או עם נציגים של צוות העובדים. קוד ההתנהגות אמור להגדיר את דרכי מימוש הזכות להתנתק וכן נוהלי ביצוע ופיקוח לשם יישום הזכות להתנתק של עובדים וכוח-אדם ניהולי. כמו-כן יש לקיים הדרכות ומסעות הסברה להגברת המודעות לשימוש סביר באמצעים דיגיטליים."

כן ראו: Morgan Lewis & Bockius LLP, *France Instates 'Right to Disconnect' into Labor Code*, LEXOLOGY (Sept. 12, 2016), <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=660d3555-33d4-4e43-82d3-629b8e15c8a5>; *After the "Work Law": Flat-Rate Pay and the Right to Disconnect*, BERSAY ASSOCIES (Sept. 15, 2016), <http://www.bersay-associes.com/en/2016-09/after-the-work-law-flat-rate-pay-and-the-right-to-disconnect/>; Michele Debczak, *Leaving Work at Work Is Now a Legal Right in France*, MENTAL FLOSS (May 25, 2016), <http://mentalfloss.com/article/80608/leaving-work-work-now-legal-right-france>.

המודעות לשימוש סביר בכלים דיגיטליים. החוק החדש אינו מתייחס לתוצאות שיהיו להפרת החובה להסדיר את זכות העובד להתנתק ברמה הקיבוצית או להשלכות שיהיו לאי-ציות של המעסיק להסכם או להסדר קיבוצי שמסדיר זכות זו.

החוק החדש קובע אפוא מסגרת עקרונית לעיצוב ההגנה על עובד בעידן הדיגיטלי מפני עבודה לאחר שעות העבודה השגרתיות, אך הוא אינו קובע מגבלות או הוראות מהותיות האמורות להיות חלק מהסדר עתידי. עיצוב ההגנה ברמה הקיבוצית אינו מפתיע, וזאת בהתחשב במיעוט ההסדרה בחקיקה, ובכך שצרפת הינה אחת המדינות החלוצות באירופה בהטלת הגבלות על עבודה דיגיטלית במסגרת הסכמים קיבוציים, כפי שנפרט בהמשך. ניתן לטעון כי מסגרת חוקית זו גמישה מכדי לספק הגנה הולמת לעובדים. אולם, מבלי להקל ראש בביקורת אפשרית זו, אבקש להעיר כי ההסדרה בדין הצרפתי אומנם אינה מפורשת, אך היא לפחות מפורשת. היא מבטאת הכרה בנחיצות הסדרתה של צורת עבודה זו, ולכן טמונה בה התקדמות ביחס למצב ברוב המדינות, שבהן הדין שותק ביחס לצורת עבודה זו. זאת ועוד, הגם שההסדרה גמישה, היא נוקטת את מטבע-הלשון "הזכות להתנתק". להמשגה זו יש חשיבות, שכן לעיתים שפה מכוננת תודעה, וככזו היא עשויה גם לעצב מציאות. הכרה בזכות זו עשויה לעורר שיח ציבורי חשוב על-אודותיה, ובכך להגביר את המודעות לחשיבות הסדרתה של צורת עבודה זו.

ברזיל<sup>45</sup> – בברזיל קבע המחוקק כי עבודה וירטואלית, הנעשית באמצעות מענה לדואר אלקטרוני או מסרונים, מהווה "עבודה". ביסוד ההסדרה מונחת התפיסה כי עבודה זו נעשית על-דעתם ובידיעתם של המעסיק או נושאי-משרה בכירים מטעמו. זו ההסדרה המפורשת הקיימת, וגם היא דלה מכדי ליתן מענה לבעיות יישומיות העתידות להתעורר (כגון כיצד יש להשקיף על זמן "מעורב" או על סדרה של קטיעות נקודתיות של זמן המנוחה לצורכי עבודה). גם מידת הציות להסדרה ושיעורי אכיפתה לוטים בערפל. אולם – וזה העיקר – מדובר בהתייחסות מפורשת של המחוקק לסוגיית הענוחה, תוך הכרה בזמן הענוחה כזמן עבודה. ביתר המדינות, שבהן לא נדרש המחוקק לסוגיה זו באופן מפורש, חלות התבניות הכלליות להבחנה בין זמן עבודה למנוחה. תבניות אלה אינן מותאמות להתמודדות עם מאפייני הייחודיים של הענוחה ועם האתגרים הייחודיים לעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות. כך, למשל, חלק מההסדרים מבוססים על מודל בינרי של זמן עבודה וזמן מנוחה, כך שהגדרת זמן המנוחה היא שירותית לזמן העבודה. בגדרו של מודל בינרי זה אין אפשרות מבחינה מושגית למזיגה בין העבודה למנוחה. התפיסה הבינרית באה לידי ביטוי מפורש בכמה הוראות בדין המצוי – למשל, בדירקטיבה האירופית,<sup>46</sup> באירלנד<sup>47</sup> ובבריטניה.<sup>48</sup> המודל הבינרי התאים לכלכלה החקלאית או התעשייתית, שבה

ROGER LeROY MILLER, THE LEGAL ENVIRONMENT TODAY – SUMMARIZED CASE EDITION 481 45  
(8th ed. 2014).

European Parliament and Council Directive 2003/88/EC, art. 2, 2003 O.J. (L 299) p. 46  
10: "1. 'working time' means any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice; 2. 'rest period' means any period which is not working time"

.Organisation of Working Time Act (1997) 47

.Working Time Regulations, n. 1833 (1998) 48

העבודה נעשתה – מעצם טיבה – בחצרו של המעסיק, ולכן היה אפשר לנסות לתחום את שעות העבודה באמצעות מיקום העובד. מיקום העובד היווה אפוא אבן-בוחן טובה (אך לא בלעדית) לתיחומן של שעות העבודה והמנוחה. מודל זה, מעצם טיבו, אינו מותאם לכלכלת המידע, שבה לנוכח אופיו המופשט של המידע, מיקום העובד אינו יכול להוות עוד אבן-בוחן לתיחומן של שעות העבודה והמנוחה. אכן, חלק מן המדינות שאימצו את המודל הבינרי כללו לעיתים גם התייחסות מפורשת בחקיקה למקום ביצוע העבודה. כך, למשל, בבריטניה הגדרת "זמן עבודה" היא פעילות לטובת המעסיק המתבצעת בחצרי המעסיק. דגם פיזי משוכלל יותר מצוי באירלנד, שם החוק מגדיר כי עבודה הינה פעילות לטובת המעסיק המתבצעת בחצרי המעסיק או בבית העובד.<sup>49</sup> גם בהסדרה זו נשמרת בלעדיותו של המבחן הפיזי, אלא שהגדרת המקומות שבהם ניתן לבצע את העבודה הורחבה כך שתכלול גם את בית העובד. דגם זה – על-אף גמישותו המסוימת – נועד לחבוק (לצד העבודה בחצרי המעסיק) רק עבודה המתבצעת כולה בבית העובד (ברוח האמנה של ארגון העבודה העולמי), והוא אינו מיועד להתמודד עם האתגר הכרוך בעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות בחצרי המעסיק. משכך, הוא אינו נותן ביטוי לעובדה שבעידן המודרני פעילות המקדמת את האינטרס של המעסיק יכולה להיעשות בכל מקום ואתר, לרבות מקומות בילוי מובהקים.

לצד המודל הבינרי (אשר המבחן הפיזי הוא לעיתים אחד ממרכיביו) ניתן לזהות גם דגם פונקציונלי, שבו הדגש הוא בזמינותו של העובד לעבודה. האמת צריכה להיאמר, המבחן הפונקציונלי נועד בעיקר לאפשר תשלום שכר לעובד שאינו נוכח בעבודה מפאת אייכולת של המעסיק לספק לו עבודה בפועל (למשל, מחמת קלקול בציוד של המעסיק אשר חיוני לביצוע העבודה השוטפת). במקרים כאלה נקבע כי זמינות העובד לעבודה, הגם שזו לא התממשה בפועל מחמת אילוצים הקשורים למעסיק, מצדיקה תשלום שכר לעובד. דגם זה מופיע לראשונה בדין העות'מאני<sup>50</sup> – שנים רבות לפני התפתחותה של כלכלת המידע – ובעקבותיו בדין הישראלי,<sup>51</sup> בדין הרומני<sup>52</sup> ועוד. אם כן, מבחן הזמינות נועד במקור לנמוק קיפוח של זכות העובד לשכר במצבים נקודתיים שבהם המעסיק פוטר את העובד מהתייצבות לעבודה מחמת אייכולתו שלו לספק לו עבודה. מודל זה לא נועד להתמודד עם אתגריה הייחודיים של העבודה בעידן הדיגיטלי. נחדד: יישומו של מודל זה "באופן טכני" יביא לידי כך שזמן העבודה של העובד המודרני יהא בקירוב 24/7, שכן זהו פוטנציאל זמינותו. תוצאה זו קשה הן מבחינת המעסיק (בשל העלויות הכרוכות בה), הן מבחינת העובד (מבחינת המסר הטמון בה באשר לזכותו לפנאי) והן מבחינה ציבורית

49 לעיל ה"ש 47.

50 לתיאור הדין העות'מאני בהקשר זה ראו ע"א 638/70 איחוד בתי-ספר טכניקום – מדרשה טכנית, גימנסיה עיונית, הרמס – בית-ספר לפקידות בע"מ, חיפה נ' ארלר, פ"ד (כה) 679 (1971), המפנה לס' 425 למג'לה (ספר החוקים העות'מאני); וכן רות בן-ישראל דיני עבודה כרך ב 605 (טובה צורף עורכת, 2002).

51 ס' 2 לחוק שעות עבודה ומנוחה מגדיר "שעות עבודה" כך: "שעות עבודה" פירושו – הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה, לרבות הפסקות קצרות ומוסכמות הניתנות לעובד להחלפת כוח ואויר ולרבות הפסקות לפי סעיף 20א(א), חוץ מהפסקות על פי סעיף 20" (ההדגשה הוספה).

52 Romanian Labour Code, Law No. 53/2003 (2003)

(לנוכח תכליתיו של חוק שעות עבודה ומנוחה). משכך, גם תבנית זו, הנחזית כגמישה יותר, אינה מצליחה להתמודד ביעילות עם האתגרים הכרוכים בעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות. לכן היא אינה יכולה להוות תחליף להסדרת הענוחה תוך התייחסות למאפייניה הייחודיים.

חשוב לציין כי לצד המודל הבינרי והמודל הפונקציונלי קיימים בשיטות המשפט השונות הסדרים משפטיים הנוגעים בדפוסי עבודה שאינם שגרתיים.<sup>53</sup> כך, למשל, לכוננות (שבה העובד נמצא בביתו וממתין לקריאה מעבודתו) יש לכאורה קווי דמיון מסוימים לנושא העבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות, וזאת בהיבט של הדריכות והזמינות לצורכי המעסיק מחוץ לחצריו ומעבר לשעות העבודה השגרתיות. אולם הענוחה מעוררת אתגרים מורכבים בהרבה מהאתגרים הכרוכים בכוננות, שכן הכוננות, מעצם טיבה, מתוכננת מראש ותחומה בזמן, ואילו הענוחה אקראית ומצריכה זמינות פוטנציאלית מתמדת כמעט של 24/7. משכך, הנדון אינו דומה לראיה, ואי־אפשר להסתייע בתבנית זו להתמודדות עם תופעת הענוחה. גם המקרים שבהם העובד נדרש ללון במקום העבודה אך אינו נדרש לבצע כל פעילות בשעות הלילה שונים מענייננו, ובמובנים רבים נראה שנקודות המוצא הפוכות ממש: בדפוס הענוחה העובד מצוי במרחב פרטי ובגדרו הוא זמין לצורכי העבודה ולעיתים אף נדרש לבצעה, ואילו לינה במקום העבודה משמעה נוכחות פיזית של העובד במרחב העבודה אך הוא משוחרר מביצוע מטלות תעסוקתיות בזמן זה. לנוכח היפוך זה נראה כי גם נדון זה אינו דומה לראיה, ועל־כן אי־אפשר ללמוד ממנו לענייננו. במובנים מסוימים נראה כי הענוחה מקיימת את קווי הדמיון הרבים ביותר דווקא למצבם של מטפלים סיעודיים בבית המטופל, הנדרשים לנוכחות מתמדת במרחב, שהוא בד בבד ביתם ומקום עבודתם, מתוך הנחה שחלק לא־מבוטל מן הזמן הם יוכלו להקדיש לפעילות פנאי (כגון קריאה), אך הכל תוך זמינות ודריכות ללא הרף לצורכי המטופל. בדומה לענוחה, היענות לצורכי המטופל עשויה לקטוע באופן נקודתי את רצף הפנאי, וגם כאן ההתכוננות צריכה להיות על המכלול, ולא על כמות הקטיעות הנקודתיות. נחדד כי גם כאן ההקבלה חלקית בלבד, ולא מלאה, שכן המטפל הסיעודי נדרש לשהות במרחב התחום שבו המטופל מתגורר, ואילו הענוחה – מעצם טבעה – יכולה להתקיים בכל מרחב ומקום. עם זאת, דווקא הקבלה זו, הגם שאינה מלאה, ממחישה את חיוניות ההסדרה המיוחדת של הענוחה. טעם הדבר הוא ששיטות משפט רבות פיתחו דין מיוחד בנוגע לזמן עבודתם של המטפלים הסיעודיים, ובישראל עמד בית־המשפט על נחיצותה של הסדרה מיוחדת כזו.<sup>54</sup> למעשה, בהקשר של צורות עבודה אלה – המתאפיינות בזמינות ובדריכות משמעותיות – ההגדרות הכלליות של זמן עבודה ומנוחה אינן מספיקות, ונדרשת הסדרה מיוחדת.

סיכומם של דברים: נראה שההתייחסות הישירה בדין המצוי לסוגיית הענוחה, על מאפייניה הייחודיים והאתגרים המיוחדים הכרוכים בהסדרתה, היא מועטה ביותר. נתון זה מפתיע, שכן התבניות המשפטיות הכלליות להגדרת זמן עבודה ומנוחה – בין לפי הדגם הפונקציונלי וקל וחומר לפי הדגם הבינרי – אינן מתאימות להתמודדות עם דפוס עבודה

53 לסקירת המצב המצוי בישראל ראו דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 12, במיוחד פס' 20-27 לפסק־דינה של השופטת ארבל.

54 שם, במיוחד פס' 8 לפסק־דינו של השופט הנדל.

זה. למעשה, גם הדרכים להגמשת זמן העבודה בתבניות הקיימות (כגון כוננות) אינן נותנות מענה מספק למאפייניה הייחודיים של תופעה זו. דומה כי צורת עבודה זו, בדומה לצורות עבודה אחרות המבוססות על זמינות מתמדת (כגון זו של מטפלים סיעודיים בבית המטופל), מצריכה הסדרה מיוחדת בחקיקה. למיטב ידיעתי, הסדרה ישירה כזו של הענוחה קיימת במידה מסוימת בברזיל, ולאחרונה גם בצרפת. במדינות אלה מתכונת ההסדרה אומנם מפורשת, אך בשלב זה היא אינה מפורטת דייה. דומה כי המשפט המדינתי מצוי בראשית התמודדות עם תופעת הענוחה. זהו ההסבר למיעוט ההסדרה הישירה של הנושא, ולכך שההסדרה הקיימת רק משרטטת מסגרת גמישה להסדרה עתידית, ואינה קובעת את הכללים המהותיים החולשים על הזכות להתנתק.

### 3. מגמות בפסיקה בארצות-הברית

בחנית הפסיקה ההשוואתית תיעשה מול ארצות-הברית, מן הטעם שבה ניסו תובעים לפעול בזירה השיפוטית, ולאחרונה אף ניתן בה פסק-דין מקיף יחסית בסוגיה. משכך, אסקור להלן בקצרה את הנסיונות האלה ואת תוצאתם. סוגיית ההכרה בענוחה כזמן עבודה לצורך Fair-Labor Standards Act of 1938 נדונה בפסיקה ובספרות בארצות-הברית,<sup>55</sup> ולנוכח הדיון המקיף יחסית שהתקיים בספרות, ארחיב את הדיבור קמעה על המצב המשפטי במדינה זו. גם החוק האמור בארצות-הברית אינו כולל הגדרה מפורשת ומפורטת למושג "זמן עבודה".<sup>56</sup> משכך, גם בארצות-הברית, בדומה למצב בישראל ובמדינות אחרות, מדובר בשאלה פרשנית, שההכרעה בה אמורה להיגזר משיקולים של מדיניות ראויה. בשנת 1944 הציב בית-המשפט העליון בארצות-הברית כמה אבני-בוחן להגדרת "זמן עבודה", ביניהן דריכות פיזית ונפשית, על-פי שליטת המעסיק או בקשתו, המבוססות על צורך שהנהנה הראשוני ממימושו הוא המעסיק.<sup>57</sup> אבני-בוחן אלה, כשלעצמן, מאפשרות – או למצער אינן מונעות – הכרה בענוחה כזמן עבודה, והשאלה היא כאמור שאלה של מדיניות משפטית פרשנית.

סוגיית זכאותם של עובדים לגמול שעות נוספות בגין עבודה במכשירים סולריים שהם עושים מעבר לשעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק נדונה בכמה מקרים, שחלקם נותרו ללא הכרעה פומבית. כך, למשל, בעניין *Agui v. T-Mobile USA Inc.*<sup>58</sup> טענו שלושה עובדים לזכאותם לגמול כזה. זאת, מכיוון שהם נאלצו להשתמש במכשירי טלפון ניידים שהחברה הפקידה בידיהם, ונדרשו על-ידי המעסיק לענות לדואר אלקטרוני או למסרונים בענייני עבודה מעבר לשעות העבודה. אחד העובדים טען כי מנהלו הישיר אמר לו במפורש כי אלה הסטנדרטים הנקוטים בחברה. להערכתם, הם עבדו מדי שבוע 15-10 שעות נוספות בדרך זו. במאי 2010 הגיעו התובעים והמעסיק להסכם מחוץ לכותלי

Jana M. Luttenegger, *Smartphones: Increasing Productivity*, 33 *McLaughlin* 55  
*Creating Overtime Liability*, 36 *J. CORP. L.* 259 (2010); Maria L. Barbu, *The Ubiquitous*  
*Blackberry: The New Overtime Liability*, 5 *LIBERTY U. L. REV.* 47 (2010)

שם 56

*Tennessee Coal Co. v. Muscoda Local No. 123*, 321 U.S. 590, 598 (1944) 57

*Agui v. T-Mobile USA Inc.*, No. 09-cv-02955 (E.D.N.Y. July 10, 2009) 58



בית־המשפט, שעל פרטיו הם התחייבו לשמור בסודיות. בגדרי ההסכם נותרה שאלת עצם הזכאות לגמול בלתי־מוכרעת.<sup>59</sup> בעניין *Rulli v. CB Richard Ellis, Inc.*<sup>60</sup> התעוררה טענה דומה, אלא ששם ביקש התובע להכיר בתובענה כייצוגית. גם בעניין זה יושב הסכסוך מחוץ לכותלי בית־המשפט באמצעות הסכם סודי.<sup>61</sup>

לעומת שני מקרים אלה, בדצמבר 2015, לאחר כשש שנים שבהן נותרה הסוגיה תלויה ועומדת, הכריע בה בית־המשפט של מדינת אילינוי. היה זה בעניין *Allen v. City of Chicago*,<sup>62</sup> שבו נדונה תביעה של שוטרים במחלקה ללחימה בפשיעה מאורגנת בנוגע לחיובם לעבוד מחוץ לשעות העבודה באמצעים טכנולוגיים למיניהם. הטענה כאן הייתה שהמעסיק פרסם מדיניות שלפיה עליהם להיות זמינים לעבודה באמצעים טכנולוגיים גם מעבר לשעות העבודה השגרתיות. בית־המשפט של אילינוי דחה את התביעה. בפסק־הדין נקבעו כמה קביעות חשובות לענייננו: ראשית, בית־המשפט קבע כי זמן עבודה במכשירים סלולריים מעבר לשעות העבודה השגרתיות עשוי להיחשב זמן עבודה, המצדיק תשלום גמול שעות נוספות. זאת, במיוחד כאשר העבודה שבוצעה במכשיר הסלולרי הייתה חלק מהותי מהגדרת תפקידו של העובד. כך, למשל, עבודה שאינה סובלת דיחוי ואינה יכולה להמתין ליום המחרת עונה לכאורה על הגדרה זו. הנה כי כן, עלימנת שזמן העבודה במכשיר הסלולרי ייחשב זמן עבודה, עליו לעמוד בראש ובראשונה במבחן הנחיצות בראי הגדרת התפקיד. שנית, זמן עבודה במכשיר סלולרי לא ייחשב זמן עבודה אם העובד יכול עדיין לנצל את זמנו הפנוי מעבודה שגרתית לצרכיו האישיים ללא הפרעות תדירות ("primarily for their own benefit without persistent interruptions"). במקרה כזה שימוש במכשיר הסלולרי, הגם שהוא לצורכי עבודה, עשוי להיחשב זוטי דברים. שלישיית, אם המעסיק מבנה תהליך סביר המאפשר לעובד לרווח על זמן שעבד בו מחוץ לשעות העבודה השגרתיות, אזי המעסיק יהא פטור מאחריות לתשלום אם הוא מוכיח שהעובד לא ציית לעקרונות התהליך שהבנה. מאידך גיסא, הבניית תהליך כאמור לא תפרוק בהכרח את המעסיק מאחריות לתשלום גמול שעות נוספות, וזאת אם העובד יצליח להוכיח מדיניות בלתי־כתובה של המעסיק לדחות תשלום גמול שעות נוספות. רביעית, בהיבט היישומי נקבע כי מבחינה אובייקטיבית, חלק מהעבודה שנעשה על־ידי השוטרים באמצעות המכשירים הסלולריים לאחר שעות העבודה השגרתיות (אך לא כולה) מהווה "עבודה" המזכה בגמול שעות נוספות. נזכיר: אופי העבודה המשטרית – המחייב תגובה מהירה ללא דיחוי וללא אפשרות להמתין ליום המחרת – עונה לכאורה מטעם זה על הגדרת "זמן עבודה". עם זאת, התביעה נדחתה שכן התובעים לא הצליחו להוכיח כי המעסיק ידע או היה עליו לדעת שהעובדים לא קיבלו פיצוי בעבור זמן העבודה האמור. התובעים הודיעו כי ככוונתם לערער על פסק־דין זה.

Steven M. Gutierrez & Joseph Neguse, *Emerging Technologies and the FLSA*, 39(11) 59  
COLO. LAW. 49, 51 (2010)

.*Rulli v. CB Richard Ellis, Inc.*, No. 2009cv00289 (E.D. Wis. Mar. 13, 2009) 60

Anna M. Pepelnjak, *Employee Use of Smartphones: FLSA Implications*, WEISS BERZOWSKI 61  
LLP (Sept. 14, 2011), <http://www.wbb-law.com/employee-use-smartphones-flsa-implications/>

.*Allen, et al. v. City of Chicago*, No. 10-C-3183 (N.D. Ill. Dec. 10, 2015) 62

מה המסקנה העולה מסקירה קצרה זו? דומה כי המסקנה העיקרית העולה בבירור היא שחשוב לקיים דיון ציבורי לשם עיצוב מושכל בחקיקה של דין מיוחד לתופעת הענוחה, אשר יהא פומבי, בהיר ומפורט. למעשה, עצם העובדה שבשני הליכים הגיעו הצדדים לפשרות חסויות ממחישה את טענתי בדבר היות התופעה סמויה. זאת, לא רק מבחינה שעות העבודה עצמן (כפי שטענתי בתחילת המאמר), אלא גם מבחינת השלכותיה הנורמטיביות במישור יחסי העבודה. זאת ועוד, העובדה שרק לאחרונה ניתן פסק־דין פומבי בסוגיה, לאחר שהתובענה נותרה תלויה ועומדת שש שנים בקירוב, מלמדת על מורכבותה של הסוגיה ועל חשיבות הסדרתה. לבסוף, בית־המשפט במדינת אילינוי היה נכון באופן עקרוני להכיר בשעות הענוחה כשעות עבודה, בנסיבות מסוימות, אך לצד זאת גם היה נכון לפטור את המעסיק מאחריות אם הקים מנגנון סביר המאפשר לעובד לרווח על עבודתו באמצעים טכנולוגיים בשעות לא־שגרתיות. פסיקה זו מהווה התקדמות מסוימת. כלים לניתוחה הביקורתי בראי שיקולים של מדיניות משפטית ראויה יפורטו להלן.

#### 4. הסכמים קיבוציים

לארגוני עובדים ולנציגויות עובדים יש תפקיד חשוב בעיצוב ההסדרים החולשים על עבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות, וזאת משלושה היבטים: ראשית, ארגוני העובדים פועלים לקידום ההסדרה בתחום זה על־אף העדרה של חקיקה מסדירה, ואולי אף דווקא בשל העדרה. את החלל הקיים בהסדרה המדינית ובמהלצות של ארגון העבודה העולמי ניסו ארגוני העובדים בכמה מדינות אירופיות למלא באמצעות הסכמים קיבוציים. כך, למשל, בצרפת (לפני חקיקת החוק בשנת 2016) נחתם באפריל 2014 הסכם קיבוצי, אשר בתמצית הביא לידי כך שלאחר השעה 18:00 מבוצעת חסימת הודעות דוא"ל מהמעסיק בשרתי ה־Blackberry של החברה, וזאת על־מנת לאפשר לעובדים ליהנות מ־11 שעות מנוחה לפחות.<sup>63</sup> גם בגרמניה נקטו כמה חברות מסחריות מהלך כזה באופן וולונטרי (BMW, Volkswagen, Eon and Henkel, Deutsche Telekom ועוד).<sup>64</sup> כהמשך לכך, הרשויות המוסמכות בגרמניה שוקלות אף הן מהלך דומה שיעוגן בחקיקה מתאימה.<sup>65</sup> גם באנגליה צדדים יחסי העבודה הקיבוציים שוקלים הנהגת מהלך דומה באמצעות הסכמה קיבוצית.<sup>66</sup> אציין כי ההסכמות מתייחסות לעיתים לעבודה עם Blackberry, אשר אינו נפוץ כבעבר. אולם חשיבותם של הדברים אינה דווקא בהיבט הטכנולוגי, אלא בניסיון

63 *Do French Employees Really Have To Clock Off at 6 P.M.?*, BERSAY ASSOCIES (May 2014), <http://www.bersay-associates.com/en/employment-and-labour-law-may-2014/>

64 Martin Koch, *Banning e-Mail After Work*, DW (Feb. 20, 2014), <http://www.dw.com/en/banning-e-mail-after-work/a-17445387>

65 Alexander C. Kaufman, *Germany to Consider Ban on Late-Night Work Emails*, HUFFINGTON POST (Sept. 29, 2014), [http://www.huffingtonpost.com/2014/09/29/germany-work-email\\_n\\_5883924.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/09/29/germany-work-email_n_5883924.html)

66 *Volkswagen Turns Off BlackBerry Email After Work Hours*, BBC (Mar. 8, 2012), <http://www.bbc.com/news/technology-16314901>

לשוב ולהקים חיץ ברור בין שעות עבודה לשעות מנוחה באמצעות הגדרת טווח שעות שבו הטכנולוגיה – היא סוגה אשר היא – אינה פועלת.

עם זאת, אין לכחד כי הסכמה קיבוצית, מבלי להקל ראש בחשיבותה, עשויה להיות בלתי־מספקת כשלעצמה. נקדים ונעיר כי הסכמים קיבוציים נעשים על־ידי ארגוני עובדים. משכך, במדינות או בענפים שבהם שיעורי ההתארגנות נמוכים הסיכוי לגיבוש הסכם קיבוצי בנושא נמוך. מכאן שיעילות ההגנה בדרך של הסכמים קיבוציים מושפעת מהיקפה ומעוצמתה של זכות ההתאגדות במדינה המסוימת או בענף המסוים. אכן, נכון לעת הזו רק במדינות מעטות יחסית נכרתו הסכמים קיבוציים המסדירים סוגיה זו. נוסף על כך, הדרישה לעבודה באמצעים טכנולוגיים מעבר לשעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק יכולה להגיע לא רק בצורה ישירה מהמעסיק, אלא גם מגורמים חיצוניים לו (כגון קולגות או לקוחות). משכך, הסדרה יעילה צריכה להיות כוללת, ואין די בהסדרה בדרך של הסכם קיבוצי רק של מימד היחסים שבין העובד למעסיק. ללא הסדרה כללית רחבת־היקף גובר החשש מפני הפרת ההסכם על־ידי גורמים שאינם המעסיק.

שנית, הניסיון הצרפתי בנוגע להסדרת העבודה בעידן הדיגיטלי מלמד כי הסכמה קיבוצית עשויה להוות תשתית וזרז לגיבוש חקיקה בנושא. נציין כי תהליך זה אינו מפתיע. גם בישראל קדמה להגנה החקיקתית על חלק מהזכויות המהותיות של העובדים (כגון שכר־מינימום או הודעה מוקדמת) הסדרה בהסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, אשר היוו תשתית לפיתוח החקיקה. משכך, הסכמים קיבוציים בנוגע לענוחה עשויים להתניע מהלך שיוביל בסופו של יום להסדרתה בחקיקה.

שלישית, גם לאחר עיגון הענוחה בחקיקה עשוי המחוקק, ככל שימצא לנכון, לשמור בגדרה את מעמד המיוחד של ארגוני העובדים. כך, למשל, החקיקה המסדירה – כפי שעולה מהניסיון הצרפתי – עשויה לתת מעמד לארגוני העובדים או לנציגיהם בעיצוב ההסדרים הנוגעים בעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות בחצרי המעסיק. הנה כי כן, ניצני ההסדרה הקיבוצית, בהינתן החלל הנורמטיבי הקיים בסוגיה זו, הם סנונית חשובה, אשר אין להקל בה ראש, אולם חשוב להיות ערים לכך שהסדרה זו כשלעצמה אינה מספקת. זאת, לנוכח העובדה שיעילותו של מכשיר זה מושפעת, בין היתר, מהיקף ההתאגדות ומעוצמתה במדינה המסוימת או בענף המסוים. נוסף על כך, השינוי הנדרש הוא בתרבות העבודה, ועל־מנת שזה יתהווה, דומה כי נדרשת הסדרה בחקיקה, שכן זו, מעצם טיבה, כללית ורחבה. כמו־כן, עצם ההסדרה בחקיקה עשויה להעביר מסר ערכי חברתי למעסיקים ולעובדים כאחד. דומתני כי מאחר שהשינוי הנדרש הוא בתרבות יחסי העבודה, התהוותו בשני כיוונים במקביל – "מלמטה" באמצעות הסכם קיבוצי ו"מלמעלה" באמצעות חקיקה כללית וברורה – היא המיטבית.

## 5. הדין המצוי – סיכום־ביניים

ברין הבין־לאומי והמדינתי אין כמעט (למעט בצרפת ובברזיל) התייחסות ישירה לסוגיה מושא המאמר. מניתוח המבחנים הכלליים של דיני העבודה עולה המסקנה כי הדין המדינתי דובר שעות עבודה ומנוחה מותאם בעיקרו לאופיין של הכלכלה החקלאית והכלכלה התעשייתית. הדבר משתקף היטב בתפיסה הבינרית ובמבחן הנוכחות הפיזית.

מבחן הזמינות – אשר יסודו בדין העות'מאני – עשוי לכאורה להוות כלי קיבול לתפיסה שלפיה זמן של עבודה באמצעים דיגיטליים הוא זמן עבודה לכל דבר ועניין, הגם שלא זו הייתה תכליתו ההיסטורית. אולם דומה כי לנוכח כלליותו, הוא אינו מספיק להתמודדות עם שלל הסוגיות וההכרעות הערכיות הכרוכות בעיצוב ההסדרים בנוגע לעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות. אומנם, כפי שהצגתי לעיל, במדינות ספורות ניתן לזהות ניצנים של הסדרה קיבוצית, אשר על חשיבותה ומוגבלותה עמדתי לעיל. דומה כי הסדרה זו מהווה נדבך חשוב במארג הנורמטיבי, אך היא אינה יכולה למצותו ואינה יכולה להיות תחליף לחקיקה כללית וברורה. עיצוב חקיקה המסדירה את זמן העבודה בכלכלת המידע יצריך, לצד מסד נתונים, גם הכרעות בשיקולי מדיניות והתמודדות עם ביקורת אפשרית. את זאת אערוך להלן.

### **ג. הגדרת "זמן עבודה" בכלכלת המידע – שיקולי מדיניות וביקורת אפשריות**

נקודת המוצא היא ששלוש התכליות שבגינן עלה הצורך בהסדרת זמן העבודה – הגנה על בריאות העובד, הגנה על רווחתו וכבודו, ושיקולי צדק חלוקתי – מתקיימות גם מקום שהעבודה נעשית באמצעים טכנולוגיים מעבר לשעות העבודה השגרתיות. לכן נקודת המוצא הראויה היא כי משביצע העובד עבודה בפועל שהמעסיק הפיק ממנה תועלת כלכלית, קמה הצדקה ראשונית לסייוג הזמן שהוקדש לכך כזמן עבודה. חשוב לציין כי זמינותו ודריכותו של העובד הן לא אחת פרי ציפייה של המעסיק שהעובד יהיה זמין למתן מענה גם מעבר לשעות העבודה השגרתיות. ציפייה זו עשויה להיות מפורשת, ואף למצוא ביטוי בחוזה העבודה, והיא יכולה להיות אילמת במובן זה שבמקום העבודה מונהגת תרבות ארגונית של עבודה 24/7. במקרה השני העובד נשאב לתוך מציאות זו ומוצא את עצמו נוהג בעל-כורחו על-פי כלליה, שכן אי-זמינות עלולה להתפרש כהעדר מסירות ומחויבות, והיווצרות של תדמית כזאת לעובד עלולה לפגוע באפשרות הקידום הכלכלי או המקצועי שלו. נוסף על כך, קשה לומר שהמעסיק אינו מודע לעבודה במתכונת הזו, שכן הוא הנהג מתוצריה, ומכיוון שהוא מכיר את תהליך העבודה, חזקה עליו שהוא מודע לאופן שבו הושגו התוצרים בעילות כזו. יתר על כן, לעיתים הוא שותף לדפוס עבודה זה במישרין באמצעות מנהליו, שכן לא אחת המנהלים הם שמתקשרים לעובדים או שולחים אליהם הודעות דוא"ל, מסרונים וכיוצא בהם. מכאן שנקודת המוצא הראויה היא שזמן שהוקדש לעבודה מעבר לשעות העבודה באמצעים טכנולוגיים שונים יוכר כזמן עבודה. האם נקודת מוצא זו היא גם נקודת הסיום או שמא קיימים שיקולי מדיניות נוספים אשר מצמצמים או שוללים אותה? להלן אציג כמה שיקולי מדיניות פוטנציאליים המכרסמים לכאורה בנקודת מוצא זו, ואנתח אותם באופן ביקורתי.

#### **1. זוטריזוטות**

מקדמת דנא מקובל כי אין חוק נועד לזוטות (de minimis), ולכן אין להביא בגדר החוק את מה שהוא לא נועד לכסותו. זהו עיקרון משפטי בסיסי החוצה בישראל ענפי

משפט שונים.<sup>67</sup> בתחום יחסי העבודה ניתן ביטוי צר לתפיסה זו במסגרת שיקול-הדעת שניתן לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה כאשר להחלטה אם לרונ בתלונות.<sup>68</sup> השאלה אם דוקטרינה זו מתאימה להחלה בישראל בתחום יחסי העבודה, על רבדיו השונים, ואם יש מקום להבחנה בין חוקי-מגן קוגנטיים לבין הסכמות חוזיות, חורגת מגבולות מאמר זה. מבלי להתיימר למצות, אציין כי ככל שמדובר בתחום של חקיקת-המגן, הבאה לעגן – או ליתר דיוק לכפות – הגנה על זכויות בסיסיות של העובד, קשה להלום החלה של דוקטרינה זו.<sup>69</sup> טעם הדבר הוא שחקיקת-המגן מעגנת את הרובד הבסיסי של הזכויות, ואלה נקבעו כקוגנטיים, דהיינו, שאין באפשרותו של העובד לוותר עליהן. אופייה הקוגנטי של הזכות משמיע כי אין מקום להקל ראש בחשיבות מימושה, אף אם שיעורה הכמותי נמוך. לעומת זאת, בהקשרים שבהם המימד החוזי הוא הדומיננטי, שאז אפשר תיאורטית לוותר על זכויות, יש מקום למחשבה אם ניתן (וכיצד ניתן) להחיל דוקטרינה זו בשינויים המחויבים ותוך רגישות להנחות-היסוד של דיני העבודה.

העיקרון המשפטי שלפיו אין חוק נועד לזוטות מקובל גם בשיטות משפט אחרות, לרבות בתחום יחסי העבודה. כך, למשל, במשפט האמריקני דוקטרינה זו ניתנת להחלה גם בתחום יחסי העבודה, וניכרת פתיחות מסוימת – אם כי המגמה טרם התייצבה סופית – להחלתה אף בתביעות לתשלום גמול שעות נוספות מכוח ה-FLSA בגין עבודה בפרקי-זמן קצרים מאוד של דקות ספורות.<sup>70</sup> לאחרונה נתן בית-המשפט בקליפורניה החלטה כי אם אדם תובע גמול שעות נוספות בגין עבודה שעשה באמצעים טכנולוגיים מעבר לשעות העבודה השגרתיות, עליו להוכיח את טענתו בדבר עבודה כזו בראיות מתאימות. טענת המעסיק כי אין מקום להכיר בעבודה כזו כמזכה בגמול שעות נוספות – נדחתה.<sup>71</sup> בספרות האמריקנית הובעה

67 ראו ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968; ס' 6 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; וכן ס' 4 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712. כן ראו אבישי אוד "עקרון 'זוטי דברים' (*De Minimis*) כעקרון יסוד בהצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (הקודקס האזרחי החדש) "המשפט יב 121 (2007).

68 ס' 18(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, קובע את דרכי הטיפול בתלונה. בס' 18(ג) (1) הוסמך הנציב "לדחות את התלונה על הסף, אם סבר כי התלונה הוגשה בחוסר ניקיון כפיים או חוסר תום לב הניכרים על פניהם, או כי התלונה על פניה חסרת בסיס כלשהו או מעלה ענין שהוא בגדר זוטי דברים, או כי עברה יותר משנה מאז שנוצרה העילה לתלונה".

69 מסיבה זו גם סברתי כי אין מקום להכפיף את חקיקת-המגן לעקרון תום-הלב. ראו חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים 63 (2007).

70 Anderson v. Mt. Clemens Pottery Co., 328 U.S. 680, 692 (1946); Lindow v. United States, 738 F.2d 1057 (9th Cir. 1984). בית-המשפט החיל את דוקטרינת "זוטי הדברים" תוך שהוא מתווה כמה אבני-בוחן שיש לתת להן את הדעת בתהליך גיבושה של ההכרעה, ואלה הן: (א) הזמן היומי שהוקדש לביצוע העבודה הנוספת – זמן עבודה כולל של שניות או דקות ספורות הוא שיקול בעד אי-חיוב המעסיק בגמול שעות נוספות; (ב) הקושי המעשי בתיעוד היקף העבודה הנוספת; (ג) ההיקף המצטבר של העבודה הנוספת; (ד) תדירות העבודה הנוספת. Kelly Butler v. Homeservices Lending LLC et al, No. 3:2011cv02313 – Document 57 (S.D. Cal. 2013).

הדעה כי אין מקום להכיר בתחולתה של דוקטרינת "זוטי הדברים" בהקשר של עבודה באמצעים טכנולוגיים מעבר לשעות העבודה השגרתיות.<sup>72</sup> נטען כי גם אם הזמן היומי שהוקדש לעבודה וירטואלית הסתכם בדקות ספורות, בחינה כוללת של הזמן המצטבר והתדירות עשויה להוביל למסקנה שאין מדובר בתוספת זניחה. יתר על כן, נטען כי יש לתת את הדעת לכך שבפרקי-זמן קצרים יכולה להתבצע תרומה מהותית לקידום תהליך העבודה, וגם מטעם זה החלת הדוקטרינה של זוטי דברים מעוררת קשיים.

לטעמי, יש לבחון בזהירות יתרה את תחולתה של דוקטרינת זוטי הדברים, תוך מתן הדעת למכלול רחב של שיקולים: ראשית, מבחינת העובד היחיד, אין זה ברור כלל שהיקף העבודה הנוספת זניח כפי שטענת זוטי הדברים מניחה. ייתכן שהתבוננות על התמונה הכוללת – קרי, היקפה המצטבר של עבודה זו, תדירותה וההשלכות שיש לסדרה של קטיעות נקודתיות של זמן המנוחה על בריאות העובד ורווחתו – תוביל למסקנה שונה. שנית, מבחינת המעסיק, תועלתה של העבודה הנוספת עשויה להיות רבה אף אם משכה קצר יחסית. אכן, בהקשר אחר – אבל עם קווי דמיון לנושא דיוננו – אומצה נקודת-מבט רחבה הנותנת ביטוי לא רק לנזקו של התובע היחיד, אלא גם לטובת-ההנאה שהפיק הנתבע כתוצאה מהצטברות הדברים. הכוונה לתובענות ייצוגיות, אשר גם בהן ה"נזק" לצרכן היחיד הינו קטן יחסית, אולם התועלת המצטברת לספק מכלל הצרכנים היא משמעותית. בתחום התובענות הייצוגיות בחר המשפט, כעניין של מדיניות, לא להבליג על נזק זה, הגם שמבחינת התובע היחיד הוא קטן יחסית. משכך, טענת זוטי דברים אינה יכולה להישמע כטענת הגנה מצד הנתבע כלפי התובע, הגם שהנזק האישי של האחרון קטן יחסית. לא זו אף זו, המשפט פתח כלים להגדלת כדאיותה של תביעה זו, לנוכח היקפו המצומצם של הנזק האישי, באפשרו את הגשתה על-ידי קבוצה. מבחינה רעיונית קיים דמיון בין הדברים, שכן אף אם נניח לצורך הדיון כי באופן תיאורטי ה"נזק" מבחינת העובד היחיד הוא קטן יחסית – וכאמור, גם הנחה זו שנויה במחלוקת – התועלת המצטברת הצומחת למעסיק מקיומו של דפוס זה בקרב עובדים רבים עשויה להיות גדולה. הרציונל המונח ביסוד מוסד התובענה הייצוגית והשאיפה לאחדותה של שיטת המשפט אמורים להוביל למסקנה שיש מקום לבחינה משולבת הן של הנזק לעובד והן של התועלת למעסיק. בחינה משולבת כזו תיתן ביטוי, לצד הנזק לעובד היחיד, גם לתועלת שהמעסיק מפיק ממתכונת עבודה זו, ולנוכח תועלת זו יש לנקוט זהירות יתרה בשימוש בדוקטרינת זוטי הדברים. שלישית, מבחינת החברה בכללותה, הזמינות והדריכות ללא הרף כמעט תורמות להתהוות תרבות עבודה של 24/7, ותרבות זו פוגעת בתכליות הציבוריות המונחות ביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה. משלושת הטעמים האלה אני סבורה כי אין להשקיף על דפוס עבודה זה כעל זוטי-זוטות. מדובר במתכונת עבודה בעלת השלכות משמעותיות הן מבחינת העובד היחיד (הפגיעה בבריאותו וברוחותו), הן מבחינת המעסיק (התועלת שהוא מפיק) והן מבחינת החברה בכללותה (התפתחות תרבות עבודה של 24/7). מכאן שיש חשיבות בהסדרתה, ואין הצדקה עיונית לפטור מכך.

72 McLaughlin, לעיל ה"ש 33.

## 2. קושי ממשי בפיקוח

טענה אפשרית נוספת היא שלמעסיק יש קושי ממשי לפקח על זמן העבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה ומחוץ לחצריו. על-פי הטענה, יכולת העבודה באמצעים טכנולוגיים אינה ניתנת לתיחום ולגדירה, שכן האמצעים הטכנולוגיים מאפשרים עבודה כמעט בכל מקום ובכל עת. זאת ועוד, מקורות העבודה מגוונים (לקוחות, קולגות, ממונים ועוד), כך שמחולל העבודה אינו מרוכז עוד בידי המעסיק. על-פי הַלְך טיעון זה, מאחר שפוטנציאל העבודה עצום, המשפט אינו יכול לפקח בצורה יעילה על היקפה. על-כן, וברוח סעיף 30(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, המחריג מתחולת החוק "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם", אין מקום להסדרה משפטית של מתכונת עבודה זו.

המענה לטענה זו הוא בפשטות – היא הנותנת. מאחר שפוטנציאל העבודה באמצעים דיגיטליים בכלכלת המידע הוא כללי ונרחב, ולא בבחינת חריג (כפי שמניח סעיף 30(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה), נדרשת הסדרה. נוסף על כך, במצב הנוכחי העבודה באמצעים דיגיטליים נטולת כל הגבלה מהותית כמעט, ולכן היא יכולה להדור דרך כל חריץ וסדק לשעות הפנאי של העובד. מכאן, לנוכח היקפה של התופעה והשלכותיה על בריאות העובד ורווחתו, כמו-גם על דמותה של החברה, עולה הצורך בהבניית של תרבות עבודה המכבדת את זמן המנוחה והחופשה של העובדים. בנסיבות אלה הקושי בפיקוח אינו מצדיק פטור מניסיון להביא לידי הגשמת תכליותיו הראויות של חוק שעות עבודה ומנוחה גם בכלכלת המידע. תחת זאת יש להקדיש מחשבה על האפשרויות להבניית מנגנוני פיקוח חדשים ויעילים שייתנו מענה לקשיי הפיקוח. כך, למשל, ומבלי להתיימר למצות, ניתן לעגן בחקיקה באופן עקרוני את זכות העובד להתנתק (ברוח ההסדרה העקרונית בצרפת), וניתן לקבוע טווח שעות שבו העבודה באמצעים טכנולוגיים אסורה אלא במקרים שאינם סובלים דיחוי למחרת הבוקר (ברוח ההסדרה בהסכם הקיבוצי בצרפת). מבלי לנתח בשלב זה מנגנונים אלה, אעיר כי עצם כינונם מהווה מסר ברור בדבר גבולותיה הלגיטימיים של מתכונת עבודה זו בכלכלת המידע. מסר זה עשוי לתרום לשינוי תרבות העבודה בכלכלת המידע, וגם שינוי זה עשוי להוביל לצמצומה של מתכונת עבודה זו. משכך, הקושי בפיקוח אינו מהווה לטעמי הצדקה לסטייה מנקודת המוצא, אלא הוא אתגר שיש להתמודד עימו בעת כינון ההסדר העתידית, על-מנת שתכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה יוגשמו, ולא יוחמצו.

## 3. קושי ראייתי

קושי נוסף, שהוא בבואה של הקושי המהותי שנסקר לעיל בפיקוח מצד המעסיק, הוא במישור הראייתי. כאן הכוונה לקושי להוכיח שנעשתה עבודה באמצעים טכנולוגיים או את היקפה הכולל של העבודה שנעשתה בדרך זו. לטעמי, קושי מסוג זה – בכל הכבוד הראוי – אינו צריך להצדיק סטייה מנקודת המוצא האמורה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, כלל גורף הנמנע מהכרה בזמן זה כזמן עבודה עקב קשיים ראייתיים אינו נחוץ או אינו מידתי. הימנעות זו אינה נחוצה מכיוון שבשיטות משפט שבהן נטל ההוכחה מוטל על העובד, אם בסופו יום לא הרים העובד נטל זה, תביעתו ממילא תידחה על בסיס ראייתי קונקרטי, ואין

צורך בכללים גורפים ורחבים.<sup>73</sup> אומנם, קיימות גם שיטות משפט שבהן מצא המחוקק לנכון להחמיר עם המעסיק ולהטיל עליו את נטל ההוכחה בצורה מלאה או חלקית.<sup>74</sup> אולם בשיטות מחמירות אלה אין מקום לפרוק את המעסיק מחובה נורמטיבית מוגברת זו באמצעות קביעה כי העבודה הנוספת הנעשית במסגרת הענוחה אינה נחשבת זמן עבודה, אף שהתבצעה בגדרה פעילות לטובתו. נוסף על כך, כלל גורף הנמנע מהכרה בזמן זה כזמן עבודה אינו מידתי, מכיוון שאם עלה בידי העובד במקרה קונקרטי להרים את נטל ההוכחה, אין סיבה שזמן זה לא יוכר כעבודה רק מפאת קושי ראייתי פוטנציאלי בהקשרים אחרים. אכן, ברוח זו דחה לאחרונה בית-המשפט בקליפורניה את טענתו הגורפת של המעסיק כי אין מקום להכיר בעבודה וירטואלית שנעשתה מעבר לשעות העבודה השגרתיות וללא דיווח מתאים "בזמן-אמת". תחת זאת קבע בית-המשפט כי על העובד להתכבד ולהביא ראיות לכיסוס טענתו בדבר עבודה כאמור.<sup>75</sup>

שנית, הדיון הראייתי לגופו מורכב מכפי שהוא נחזה במבט ראשון. אומנם, יש קושי להוכיח את היקפיה המדויקים של העבודה באמצעים דיגיטליים הנעשית מחוץ לשעות העבודה השגרתיות, אולם כבר כיום ניתן לצמצם באופן חלקי את ממדיו של הקושי האמור. אקדים ואעיר כי מתן טלפונים/מחשבים ייעודיים לעובדים לצורכי העבודה בלבד עשוי להקל את מלאכת ההתחקות אחר היקפי העבודה. מעבר לכך, עוצמת הקושי הראייתי אינה אחידה, ומושפעת מסוג הפעילות. כך, למשל, ככל שמדובר בשיחות טלפוניות לצורכי עבודה, ניתן להתחקות אחר מועדי ביצוען ומשכן באמצעות פלט שיחות או תיעוד המצוי באמצעים הטכנולוגיים עצמם. יש להניח כי לעובד יהיה תמריץ לשתף פעולה בהבאת ראיות אלה, שכן עליו מוטל נטל הבאת הראיה. אם יימנע העובד מהבאת ראיה חשובה זו, המצויה באמתחתו, יפעל הדבר לחובתו במישור הראייתי. בהקשר זה אציין כי החשש מפני פגיעה בפרטיות אינו צריך להניא את העובד מלהביא פלט כזה, שכן הוא יכול להשחיר את החלקים הפרטיים ולהעמיד לעיון המעסיק רק את החלקים הקשורים לעבודתו, אשר לגביהם הזכות לפרטיות אינה קיימת כלפי המעסיק. נראה אפוא כי בהקשר של שיחות טלפוניות, לטיעון בדבר קושי ראייתי יש משקל מועט יחסית. שונים פני הדברים ביחס לשליחת מסרונים או דואר אלקטרוני, הכרוכים בכתיבה. כאן ההיבט הראייתי מורכב יותר. אומנם, ניתן להתחקות בקלות אחר מועד שליחתם, ומכאן שקל להתחקות אחר רכיב התדירות, אולם קשה יותר

73 זה המצב במשפט האמריקני. ראו McLaughlin, לעיל ה"ש 33.

74 בהקשר זה אציין כי ס' 25 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שתוקן בעקבות תיקון מס' 12 לחוק שעות עבודה ומנוחה, קובע כי על המעסיק לנהל באופן שוטף את פנקס שעות העבודה והמנוחה (ס' 24(1א)(1)), וכי אם לא עשה כן – באמצעים מכניים, דיגיטליים או אלקטרוניים – אזי ככלל ייחתם הרישום מדי יום על-ידי העובד ויאושר על-ידי אחראי שמינה המעסיק (ס' 25(1א)(2)). בהתאם לס' 26 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, הימנעות של מעסיק החייב בניהול פנקס שעות עבודה ומנוחה מניהול כאמור תביא לידי כך ש"תהא חובת ההוכחה על המעסיק כי העובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת" (ס' 26ב(א)). על המעסיק מוטל אם כן לנהל פנקס מסודר של היקף העבודה: ככל שהוא ינהל פנקס כזה, נטל ההוכחה יהא על העובד; ככל שהוא יימנע מלעשות כן, יושת נטל ההוכחה עליו, שכן הימנעותו מניהול הפנקס הסבה נזק ראייתי לעובד.

75 לעיל ה"ש 71.



להתחקות אחר המאמץ והזמן שהושקעו בניסוחם. אורכם של המסרונים או של הודעות הדוא"ל עשוי להיות מרד, מתוך הנחה שיש מתאם בינו לבין הזמן שהושקע בניסוח, אולם מרד זה אינו יכול להיות מכריע, שכן לעיתים מלאכת ניסוחו של מסר קצר וקולע ממושכת יותר ממלאכת ניסוחו של מסר ארוך. מכאן שמדובר במרד או באינדיקציה הנותנים אומדן לסדר-הגודל של המאמץ שהושקע, אך לא להיקפו המדויק. אם נסכם את המורכבות הראייתית, ביחס לשיחות טלפון קל יחסית להתחקות בצורה מדויקת אחר היקפן ותדירותן, ואילו ביחס להודעות כתובות קל להתחקות אחר תדירותן, אך את הזמן שהוקדש לניסוחן ניתן להעריך רק בקירוב, ולא באופן מדויק. המסקנה העולה היא שיש הקשרים שבהם הקושי הראייתי אינו חל (שיחות טלפוניות), ויש הקשרים שבהם תחולתו חלקית (הודעות טקסט). במצב דברים זה נשאלת השאלה אם מבחינת מאזן הצדק בין העובד למעסיק עדיפה הכרה בזכאות העובד חרף הקושי הראייתי, תוך הבנה כי משמעות הדבר היא שההכרה בחלקה מדויקת ובחלקה מקורבת, או שמא עדיפה שלילה מוחלטת של הזכאות חרף קיומם של הקשרים שבהם ניתן לגבש זכאות מדויקת והקשרים אחרים שבהם ניתן להעריכה באופן מקורב. לטעמי, הטעות הגלומה בהכרה שבחלקה מקורבת בלבד עדיפה על הטעות הקיצונית הטמונה בשלילה המוחלטת. היקף הסיכון לטעות בהערכה המקורבת נמוך מאשר בשלילה המוחלטת, ולכן ההכרה עדיפה. זאת ועוד, המעסיק יכול להפחית את הקשיים הראייתיים אם יגבש ויאכוף – כמי שנהנה מפירותיה של צורת עבודה זו – מדיניות ברורה לגבי העסקת עובדים באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות.

**סיכום-ביניים:** נקודת המוצא היא שזמן עבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק ראוי שיוכר כזמן עבודה. מהניתוח עד כה עולה כי מנקודת מוצא זו אין מקום לסטות בשל הטענה שמדובר בזוטי דברים, בשל קושי מהותי בפיקוח או בשל קושי ראייתי בהוכחת היקפה של עבודה זו. הקושי הפיקוחי והקושי הראייתי מהווים אתגר הניצב לפתחן של הרשויות המוסמכות כבואן לעצב את מנגנוני הפיקוח, אך הם אינם מצדיקים פטור מפיקוח.

שאלה נפרדת, שיש לה לכאורה גוון יישומי אך גם המענה לה נגזר משיקולי מדיניות, היא אם הקו המנחה בעיצובם של מנגנוני הפיקוח צריך להיות מחמיר וקפדני או גמיש ומקל. התשובה לשאלה זו כרוכה, בין היתר, בבחינה ביקורתית של השאלה באיזו מידה, אם בכלל, מתכונת עבודה זו טומנת בחובה גם יתרונות לעובד ולמעסיקו ולכן ראוי לשמרה. את השאלה הזו אבחן כעת.

#### 4. השלכות פוטנציאליות חיוביות של מתכונת הענוחה?

טענה אפשרית נוספת היא שלעבודה באמצעים דיגיטליים מעבר לשעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק יש השלכות חיוביות הן מבחינת העובד והן מבחינת המעסיק, ושיש להביאן בחשבון בעת התווייתה של נקודת האיזון. לטענה זו אין ביכולתי להסכים, הן מבחינת האינטרס של העובד והן מבחינת האינטרס של המעסיק, כפי שיפורט להלן.

**מבחינת האינטרסים של העובד** – לכאורה ניתן לטעון כי צורת עבודה כזו נותנת מענה לשאיפות העובד להשיג גמישות בעבודתו, שכן האמצעים הטכנולוגיים מאפשרים לו לצאת מהמרחב הפיזי של חצרי המעסיק במקום להמתין במרחב זה לשיחה או למסרון קצרים. על-פי

טענה זו, הודות לכך זמן הפנאי נעשה דווקא נגיש יותר לעובד. המענה לטענה זו הוא כפול: ראשית, על-מנת שעבודה בשעות הפנאי תקדם את האינטרס של העובד בזמן פנאי, עליה להיות מצומצמת מאוד בהיקפה ובתדירותה. כאשר הנפח המצטבר של העבודה באמצעים דיגיטליים (מבחינת הזמן או התשומות המושקעים בה) או תדירותה גבוהים, שעת הפנאי מאבדת ממהותה ככזו, ונהפכת לעיסה חסרת גבולות של ענוחה. התועלת הפוטנציאלית הטמונה במתכונת עבודה זו מבחינת העובד מתעמעמת, ואילו נזקיה והשלכותיה השליליות מתגברים בהתאמה. בהקשר זה הכמות מבטאת מהות. מאחר שתוקפה של הטענה האמורה מותנה בכך שהיקף העבודה במתכונת זו נמוך, אי-אפשר להישען על טענה זו לצורך הקלת משטר הפיקוח; נהפוך הוא, נחוץ פיקוח קפדני על-מנת להבטיח שהתועלות הכרוכות במתכונת העסקה זו הן שיתממשו, ולא חסרונותיה. שנית, טענה זו מבוססת על ההנחה שהחלופה לעובד היא המתנה בחצרי המעסיק בתשלום. אולם אין זה מובן מאליו שזו לעולם החלופה היחידה. לפחות מבחינה תיאורטית קיימת אפשרות נוספת, והיא דחיית ביצועה של העבודה למחרת היום, במסגרת שעות העבודה השגרתיות. בפועל, עקב זמינותו של העובד והקלות שבה ניתן לרתום אותו לעבודה באמצעים טכנולוגיים בשעות לא-שגרתיות, הצורך המעשי בבחירה בין שתי אפשרויות אלה אינו מתעורר כלל. יתר על כן, מדובר במעגל-קסמים: העובד זמין לעבודה גם בשעות לא-שגרתיות, וזמינות זו, כשלעצמה, מעודדת פנייה אליו בשעות לא-שגרתיות באמצעים טכנולוגיים, וחוזר חלילה. מכאן שניתוח מדויק של מערך האינטרסים של העובד מוביל למסקנה כי למתכונת עבודה זו עשויים אומנם להיות יתרונות מסוימים בנסיבות מסוימות (שבהן המינון והתדירות של העבודה באמצעים הדיגיטליים נמוכים), אולם החשש המרכזי הוא שהיקף העבודה במתכונת האמורה יגבר עד כדי כך שיתממשו דווקא חסרונותיה, שעליהם עמדתי לעיל, ולא יתרונותיה. לשם כך בדיוק נחוץ מגנון פיקוח קפדני.

**מבחינת האינטרסים של המעסיק (ואולי אף של המשק בכללותו) – ניתן לטעון במבט ראשון כי עבודה זו מקדמת את היעילות של המעסיק (ושל המשק), שכן היא מאפשרת קידום משמעותי של תהליך העבודה באמצעות פעולות נקודתיות של העובד, ועל-כן אין לדקדק בהיקפה. המענה המהותי לטענה זו הוא שחוק שעות עבודה ומנוחה, הקובע מסגרת לפיקוח על היקפן של שעות העבודה ושעות המנוחה, מתווה הלכה למעשה נקודת איזון בין שיקולי יעילות לבין הצורך בשמירה על בריאות העובד ורווחתו. משכך, אין מקום לכרסם בנקודת איזון זו בין האינטרסים באמצעות פתיחת פתח בלתי-מבוקר לעבודה בשעות לא-שגרתיות ובאמצעים טכנולוגיים, וזאת בשם היעילות. הדברים מקבלים משנה תוקף ככל שהיקף העבודה באמצעים טכנולוגיים ותדירותה גדלים, שכן אז הסטייה מנקודת האיזון גדלה בהתאמה. יתר על כן, במבט נוסף עצם ההנחה בדבר קידום היעילות אינה כה פשוטה. קיימת תשתית מחקרית סותרת לגבי ההשלכה שיש לטלפונים חכמים על היעילות.<sup>76</sup> בעוד התרומה ליעילות העבודה נהירה, עקב קידום תהליך העבודה, אבקש למקד כעת את הזרקורים בשתי סיבות שבעטיין הנוק בענוחה עלול לעלות על התועלת שבה: ראשית, עבודה באמצעים**

Amod Choudhary, *Smartphones and Their Impact on Net Income per Employee for Selected U.S. Firms*, 5(2) REV. BUS. & FIN. STUD. 9 (2014), <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/ibf/rbfstu/rbfs-v5n2-2014/RBFS-V5N2-2014-2.pdf>

דיגיטליים מגבירה את שחיקתו המנטלית של העובד, ושחיקה זו כשלעצמה פוגעת בפריון העבודה. מכאן שלצד התועלת של דפוס עבודה זה בטווח הקצר יש לו גם מחיר בטווח הארוך, וזאת באותו מישור של פריון ויעילות. שנית, עבודה וירטואלית נעשית מעצם טיבה בתנאי ריכוז ודריכות פחותים. עקב כך מוגבר בה הסיכון לטעויות בעבודה עצמה (לצד הגברת הסיכון להתרחשות תאונה אישית). הגברת הסיכון לטעות מגבירה בהתאמה את הסכנה האורבת ליעילות העבודה.

מכאן, הגם שלעבודה באמצעים טכנולוגיים בשעות לא־שגרתיות עשויות להיות – בנסיבות של מינון מופחת מאוד – השלכות חיוביות, אף על העובד, אין בכך כדי להצדיק את הקלת הפיקוח והבקרה על היקפה של עבודה זו. נהפוך הוא, מאחר שתועלת פוטנציאלית זו מותנית בכך שהיקפה של עבודה זו נמוך עד־מאוד, יש צורך בהנהגת משטר פיקוח קפדני על־מנת להבטיח את התקיימותו של תנאי זה.

## 5. בין עבודה סמויה לאבטלה סמויה

טענה נוספת היא כי האמצעים הטכנולוגיים הגבירו את הסיכון לא רק לעבודה סמויה מחוץ לחצרי המעסיק, אלא גם לאבטלה סמויה בחצרי המעסיק. בכלכלת המידע, על חידושיה הטכנולוגיים, קל יותר – בהשוואה לכלכלות מסורתיות – לנכוח פיזית בעבודה ולבצע פעילות פנאי שאינה משרתת את האינטרס של המעסיק (כגון שליחת מסרון, שיחת טלפון או גלישה במרשתת שאינן תורמות לפריון העבודה), וזאת בין אם במקביל נעשית גם פעילות המקדמת את האינטרס של המעסיק ובין אם לאו. מכאן שיש לא רק חשש שפעילות לצורכי עבודה תזלוג לשעות הפנאי, אלא גם חשש שפעילות פנאי תזלוג לזמן האמור להיות מוקדש לעבודה בחצרי המעסיק. במציאות כזו יטען הטוען כי חל "קיוזו" רעיוני בין האבטלה הסמויה לעבודה הסמויה, ולכן אין מקום לגיבושם של מנגנוני פיקוח הדוקים.

איני יכולה לקבל טענה זו. אקדים ואעיר כי אבטלה סמויה, בדומה לעבודה סמויה, אינה ראויה. במיוחד מוקשית בעיניי האפשרות שזמן העבודה וזמן הפנאי ייהפכו לעיסה אחת, שבה מתקיימים בערכוביה הן יסודות פנאי והן יסודות עבודה. משכך, אין לתקן עוול בעוול, דהיינו, את העוול הכרוך באבטלה סמויה אין לתקן באמצעות עבודה סמויה. תחת זאת יש לשאוף לצמצם את הסיכון להתרחשותן של שתי התופעות. נוסף על כך, את ממדי האבטלה הסמויה יש ביכולתו של המעסיק לנטר ולצמצם ביתר קלות מאשר את היקפה של העבודה הסמויה, וזאת באמצעות הגברת הפיקוח על פעילות העובדים בזמן העבודה ובחצרי המעסיק ובאמצעות בקרה על תפוקתם. לבסוף, לא מן הנמנע שמניעת העבודה הסמויה, כשלעצמה, תסייע במידה מסוימת בצמצום האבטלה הסמויה, שכן מניעת זליגת העבודה לעיתות הפנאי תגדיל את זמן הפנאי של העובד ותאפשר את ניצולן לייעודן. במילים אחרות, ייתכן ששימור החיץ בין העבודה לפנאי עשוי לסייע בשמירה על הסטנדרטים המצופים בשעות העבודה.

## 6. דילמות יישומיות־ערכיות

אימוץ נקודת המוצא שיש להכיר בעבודה באמצעים דיגיטליים הנעשית מעבר לשעות העבודה ומחוץ לחצרי המעסיק כזמן עבודה, בצירוף התוכנה שיש צורך במנגנוני פיקוח קפדני על מתכונת עבודה זו על־מנת להבטיח שתועלתיה הפוטנציאליות הן שיתממשו, ולא

חסרונותיה, אינם ממצים את ההיזקקות לשיקולי מדיניות. כעת, ולנוכח מאפייניה הייחודיים של מתכונת עבודה זו, עתידות להתעורר שלל שאלות יישומיות, הכרוכות בהכרעות ערכיות. כך, למשל, עשויה להתעורר השאלה אם עבודה הנעשית באמצעים טכנולוגיים במקביל לפעולה פיזית אחרת (כגון הליכה) שקולה לשעת עבודה או שמא היא מזכה בתמורה שונה מזו המשתלמת בעבור שעת עבודה רגילה – בין תמורה פחותה (שכן בוצעה פעילות "פנאי" במקביל) ובין תמורה גבוהה יותר (שכן השפעותיה לטווח הארוך על השחיקה הנפשית מוגברות). זאת ועוד, כיצד ראוי להתייחס מבחינה משפטית לסדרה של קטיעות נקודתיות המסתכמות, למשל, ב-10 דקות עבודה אך נפרשות על שלוש שעות פנאי? מחד גיסא, הסתפקות במשכן המצטבר של ההפרעות הנקודתיות (10 דקות) עלולה להוביל לתת-הגנה על העובד, שכן סכום זה נמוך ורחוק מלבטא את ההשלכה השלילית המצטברת שיש לסדרה כזו של הפרעות נקודתיות. מאידך גיסא, גם סיווג של כלל הזמן בין הקטיעות הנקודתיות (שלוש שעות) כזמן עבודה אינו חף מקשיים. סיווג זה עלול להגביר את התמריץ לקיים שיחות קצרות בענייני עבודה במהלך שעות הפנאי, וכך לזכות בגמול שעות נוספות בעבור זמן הפנאי.

דילמות אלה מדגישות כי ההכרעות הערכיות עתידות לאפוף גם את יישום החוק. לטעמי, הגישה להכרעה בסוגיות אלה מצריכה מציאת שביל-זהב. מחד גיסא, אין הצדקה להתמקדות בזמן העבודה הצרוף (העשוי להיות דקות ספורות), שכן התמקדות כזו עלולה לגרום להחמצת החומרה הטמונה בדפוס עבודה זה. נזכיר: על פני הדברים הפוטנציאל לעבודה כזו הוא 24/7. כלומר, אין כמעט פרק-זמן (אפילו חופשה, זמן בילוי מובהק או שעת לילה מאוחרת) שחסין מפני הסיכון לעבודה וירטואלית סמויה. בפוטנציאל זה אין להקל ראש, שכן משמעותו היא איום פוטנציאלי נרחב על שעות הפנאי ועל יכולתו של העובד להחליט לעצמו ובעצמו מה לעשות בהן. על כך מיתוספת העובדה שכפל הפעולות או סדרת הקטיעות של זמן הפנאי מגבירים בטווח הארוך את שחיקתו המנטלית של העובד לאין ערוך בהשוואה למצב שבו הוא היה נותר בעבודה פרק-זמן נוסף ומבצע אותן פעולות במרוכז.<sup>77</sup> מכאן שהתייחסות רק למימד הכמותי (קטיעות נקודתיות) או לחזות החיצונית (שבינתיים בוצעה במקביל פעולת פנאי) עלולה להחמיץ את המהות ואת ההשלכה העמוקה שיש לעבודה זו על חוויית הקיום של העובד ועל שחיקתו המנטלית. מאידך גיסא, סיווג מחמיר מדי הרואה את כלל זמן הפנאי שבין הקטיעות הנקודתיות כ"זמן עבודה" בהקשר של גמול שעות נוספות אינו מעשי. יש לו השלכות כלכליות כבדות-משקל על המעסיק, וסופו שהוא יפגע בעובדים. כמו-כן, גישה זו עלולה ליהפך לחרב-פיפיות, שכן היא עלולה ליתן לגיטימציה להמשך פנייה לעובד בשעות הפנאי, שהרי המעסיק כבר משלם בעבורן גמול שעות נוספות ומנקודת-השקפתו הוא "פדה" אותן. מהו אפוא שביל-הזהב הראוי בגיבוש מנגנון הפיקוח ובעיצוב ההכרעות הערכיות אגב יישומו? לסוגיה זו אתייחס להלן.

77 ראו לעיל ה"ש 18 ו-19 והטקסט שלידן.

## ד. נתיב השינוי – מהמצוי לרצוי

כלכלת המידע – בניגוד לכלכלה החקלאית או לכלכלה התעשייתית – מאתגרת באופן עמוק ומהותי את החיץ בין שעות העבודה לשעות המנוחה. כיום, בזכות הקדמה הטכנולוגית, עבודה הכרוכה בשימוש במידע יכולה להיעשות כמעט בכל מקום ובכל זמן. ערעור החיץ בין העבודה למנוחה הוביל להיווצרות יחידת זמן חדשה, שאינה עבודה ואינה מנוחה. את יחידת הזמן הזו כיניתי "ענוחה", והיא מהווה מזיגה בלתי־ניתנת להפרדה של עבודה ומנוחה. במהלך הענוחה נעשית עבודה באמצעים דיגיטליים לאחר שעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק.

הגם שהענוחה היא בגדר חזון נפרץ, היא נותרה במוכנים רבים סמויה מן השיח המשפטי. למעשה, שיח משפטי על־אודות גבולותיה הלגיטימיים של הענוחה – מבחינת היקפה, שכיחותה והשלכותיה – מצוי בשלבים ראשוניים בלבד. גם המשפט הבין־לאומי – ובמיוחד האמנות של ארגון העבודה העולמי – אינו מסדיר בצורה ישירה את סוגיית הענוחה. במשפט המדינתי אין כמעט הסדרה בחקיקה (למעט בצרפת ובברזיל, שגם בהן היא אינה מפורטת דייה), וגם ההתייחסות הישירה בפסיקה לסוגיה זו מועטה יחסית. את החלל הנורמטיבי שהיה קיים ניסו ארגוני עובדים בכמה מדינות אירופיות להשלים באמצעות הסכמים קיבוציים. דלילותם של ההסדרים המשפטיים תרמה להתהוותה של תרבות עבודה שבה עובד מסור מצופה להפגין זמינות כמעט מתמדת וליתן מענה לצורכי העבודה השונים באמצעים דיגיטליים שונים מחוץ לחצרי המעסיק ומעבר לשעות העבודה השגרתיות. בתרבות עבודה זו התכליות החברתיות המצויות ביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה – ובמיוחד ההגנה על בריאות העובד, כבודו ורווחתו – עלולות להיות מוחמצות. משכך, נחוץ שינוי משולב בתרבות העבודה ובשיח המשפטי: השינוי המשפטי נדרש שכן המשפט קובע דרכי התנהגות ומבנה מסגרות מחשבתיות, וככזה הוא יכול להעביר מסר חברתי וכן לחולל או למצער להתניע שינוי התנהגותי, הודות לכוח הכפייה שלו; ואילו השינוי התרבותי נדרש שכן בלעדיו השינוי המשפטי צפוי להיתקל בנסיונות לעוקפו בדרכים יצירתיות, כביכול חוקיות, על־ימנת לשמר את תרבות העבודה הקודמת.

המפתח לשינוי – על שני פניו – נעוץ אפוא בראש ובראשונה בהגברת המודעות להיקפם של דפוסי עבודה אלה ולהשלכותיהם. זאת, בדרך של איסוף נתונים שיטתי על־אודות דפוסי העבודה במגזרים השונים, תוך ירידה לפרטי־פרטים (כגון: כמה פעמים ביום העובד נדרש לקטוע את פעילות הפנאי שלו ולהפנות את מרצו לעבודה באמצעים טכנולוגיים? באיזו תדירות הדבר קורה? מה סך הזמן שמוקדש לכך? האם הדבר קורה גם במהלך חופשה? באיזו מידה ובאיזו תדירות? ועוד). לאחר איסוף נתונים כזה יהיה אפשר לפתח שיח מושכל על־אודות מידת תובענותם של דפוסי העבודה הקיימים ומידת פוגענותם. מכאן קצרה הדרך למתן שם לתופעה ולהכרה בנחיצותה של הסדרה משפטית הולמת, אשר תוביל לשינוי בתרבות העבודה (הענוחה) ולשינוי משפטי.

במסגרת תהליך ההסדרה המשפטית יידרשו, מטבע הדברים, הכרעות ערכיות שונות. הכרעות כאלה יידרשו, ראשית, בהמשגה של זמן עבודה (למשל, אם יש מקום לנסות לשמר את המודל הבינרי, לפחות בחלק משעות היממה, כפי שנעשה בהסכמים הקיבוציים המתהווים במדינות אירופה, או שמא יש לנסות לפתח מודל משוכלל אחר, שיאפשר עבודה כזו במשורה

תוך הגשמת תכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה). בגדרי המשגה זו היא צורך ליתן מענה בהיר לשתי סוגיות ייחודיות שמתעוררות כיום ואשר הדין המצוי אינו נותן להן מענה ברור: האחת, האם שעות מעורבות – שבהן מתבצעת עבודה באמצעים טכנולוגיים תוך כדי פעילות פנאי – הן שעות עבודה לכל דבר ועניין, והאם ה"חומרה" הגלומה בהן גבוהה מזו הגלומה בשעות עבודה נוספות במשרד, נמוכה ממנה או שקולה לה? שנית, מה היחס הראוי לסדרה של קטיעות נקודתיות של שעות הפנאי, וכיצד יש לבחון את ההשלכה המצטברת שיש לקטיעות תדירות של רצף המנוחה לצורך עבודה נקודתית באמצעים טכנולוגיים? הכרעות אלה הן ערכיות מובהקות, ועל-מנת שיהיה אפשר לגבשן באופן מושכל, יש צורך בהעמקת החקר של תמונת-המצב החברתית. בהמשך לכך יידרשו הכרעות ערכיות בנוגע לדרגת מופשטותה של ההסדרה, קרי, אם ההסדרה תכלול רק הכרה כללית ומופשטת, ותותר את קביעת פרטי מימושה של ההגנה בידי הצדדים ליחסי העבודה (בדומה לדין הצרפתי, אשר הכיר באופן עקרוני בזכות להתנתק מבלי לשרטט את גבולותיה), או שמא ההסדרה תהיה מפורשת ומפורטת (דבר שאין לו בשלב זה תקדים). הכרעות ערכיות נוספות יידרשו בנוגע לטיבו של מנגנון הפיקוח, קרי, באיזו מידה יהיה אפשר להבטיח את יעילות הפיקוח על ההסדרה המשפטית, בהינתן הקושי המוכנה לפקח על צורת עבודה זו לנוכח ריבוי מקורותיה (מעסיק, קולגות ולקוחות); ובנוגע להבניית התמריצים הכלכליים בדמות גמול שעות נוספות והמדדים לקביעת שיעורו. זאת, במיוחד בהינתן שהעבודה אינה נעשית בהכרח ברציפות, ועל-כן יש למצוא שביל-זהב בין הגנת-חסר (אם הגמול ישולם רק בגין זמן העבודה הצרוף) לבין הגנת-יתר (אם לעולם ישולם הגמול בגין כל פרק-הזמן שבתוכו נערכו הפרעות הנקודתיות של הפנאי לצורכי עבודה, במנותק מהיקפה ומתדירותה של העבודה שנעשתה בתוך אותו פרק-זמן). מעל לכל, ההסדרה בחקיקה טעונה הכרעות ערכיות בדבר מידת הרצון לכבד את התכליות שבבסיס חוק שעות עבודה ומנוחה ולשמור עליהן; ובדבר מידת הנכונות להשלים עם חוויית הקיום של ענוחה או לחלופין מידת הרצון לצמצמה.

מהו תוכן ההסדרה הראוי? מאחר שנדרש לא רק שינוי משפטי, אלא גם שינוי בתרבות העבודה, דומתני כי תכניה של ההסדרה צריכים לתת ביטוי לחשיבותו של תהליך השינוי, ולא להתיימר לקבוע לפרטי-פרטים, כבר בשלב זה, את ההסדרים הסופיים. משכך, מוצע שההסדרה בחקיקה תכלול שלושה שלבים מרכזיים, אשר כל אחד מהם יתקיים בטווח זמן שונה:

כשלב הראשון תוטל חובה על הרשות השלטונית הרלוונטית לשקוד על איסוף נתונים ופיתוח תוכניות להגברת המודעות הציבורית לענוחה, להיקפה ולהשלכותיה הבריאותיות והחברתיות. איסוף הנתונים והגברת המודעות חשובים, שכן הם יובילו – לאחר שיח ציבורי בנושא – להכרעה מושכלת בסוגיה שהיא בעלת מימד ערכי משמעותי. מוצע שהמחוקק יקבע לוחות-זמנים ומקורות תקציביים על-מנת למלא חובה זו.

כשלב השני, לאחר איסוף הנתונים והגברת המודעות, יש לקבוע בחקיקה פרק-זמן שבגדרו יהא על ארגוני העובדים וארגוני המעסיקים לנסות לפעול בשקידה ראויה לגיבושו של הסדר בנושא זה. כאן אעיר כי הפרספקטיבה ההשוואתית מלמדת שיש לנקוט משנה זהירות לפני גיבושם של הסדרים קשיחים בחקיקה. נזכיר: אין כמעט מדינות שהסדירו את הנושא בחקיקה, והדגם הצרפתי מלמד על הכרה בזכות מופשטת, כשפרטי מימושה של ההגנה אמורים להיקבע בשיתוף עם ארגוני העובדים; אם שיתוף זה לא יניב פרי, יקבע

המעסיק את תוכן הרגולציה בעצמו. הצעתי – בדומה למודל הצרפתי – היא לשתף את ארגוני העובדים בתהליך עיצובם של ההסדרים, שכן בדרך זו תתאפשר הבניה של ההגבלות בשני רבדים בריזמנית – מלמעלה (החקיקה) ומלמטה (ההסכמה הקיבוצית). ככל שתגובש הסכמה קיבוצית נאותה, יהיה אפשר להרחיבה בהמשך באמצעות צווי הרחבה מתאימים. כמו־כן, משתגובש הסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה על־אודות דפוסי העבודה, יש להניח כי תוכנה של הסכמה זו יקרין על מערכת היחסים שבין העובדים לבין גורמים נוספים (כגון לקוחות וספקים), שכן לאחר שיותו גבולות ההעסקה בשעות לא־שגרתיות, סביר שהגורמים הנוספים יכבדו הסדר זה, אף שמבחינה משפטית צרופה הוא לא יחול עליהם. נוסף על כך, הסדרה כזו עשויה להעצים את העובד בבואו להימנע מביצוע עבודה בשעות הפנאי שלו אם היא אינה רחופה וסובלת דיחוי למחרת היום. אם השערות אלה יתברו, יהא ביכולתו של הרגולטור לקבוע הגנות משלימות להסכמה הקיבוצית שיתייחסו לאותם גורמים אשר אינם צד ליחסי העבודה אך יכולים להשפיע על מתכונתה של העבודה. ככל שלא תתגבש הסכמה קיבוצית בתוך פרק־הזמן שייקבע, מוצע שהמחוקק עצמו יקבע את תוכן ההגבלות בחקיקה עתידית (וזאת להבדיל מהמודל הצרפתי, שם הכוח ניתן במקרה כזה למעסיק).

**השלב השלישי** יהא בעל משמעות מעשית אם ארגוני העובדים וארגוני המעסיקים לא יצליחו לכונן הסכם נאות בפרק־הזמן שנקבע לכך. במקרה כזה לא יהא מנוס מגיבוש ההסדרים בחקיקה על־ידי המחוקק. גיבוש ייעשה לאחר שתיצבר תשתית אמפירית (השלב הראשון) וייערך שיח על־אודות ההסדר הרצוי בין השחקנים הרלוונטיים ליחסי העבודה (השלב השני), כך שהתשתית לחקיקה תהא מפותחת יותר מזו הקיימת כיום. משכך, אני סבורה כי כיום מוקדם מדי להתייחס לפרטי ההסדרה הנדרשת בחקיקה. אולם בתמצית, ומבלי לקבוע מסמרות, אעיר כי לטעמי הסדרה זו צריכה לכלול שלושה רכיבים מרכזיים. ראשית, היא צריכה לכלול הגדרה כללית (מפאת עיגונה בחקיקה) ובהירה של שעות שבהן עבודה באמצעים דיגיטליים (לא בחצרי המעסיק) תהא אסורה ככלל. האיסור יחול על כולם – על העובד, המעסיק, קולגות ולקוחות. שנית, ההסדרה צריכה לכלול גמישות מבוקרת שתאפשר ליתן מענה לצורכי עבודה רחופים באמצעות מתן היתר פרטני לעבודה מעבר לשעות העבודה השגרתיות ומחוץ לחצרי המעסיק. ההיתר יינתן על־ידי ממונה שמינה המעסיק לצורך זה מקרב עובדיו (בדומה לממונה בטיחות), אשר אמור להכיר את צורכי העבודה על־מנת להעריך את דחיפותה כמו־גם את התשתית המחקרית שנצברה על־אודות השלכותיה של מתכונת עבודה זו. שלישית, על ההסדרה לכלול חובת דיווח לגורם שלטוני מרכזי בדבר היקף ההיתרים שניתנו על־ידי הממונה שמינה המעסיק. דיווח כזה יאפשר פיקוח שלטוני על היקפי העבודה והמנוחה.

כפי שניתן להבחין, הצעתי להסדרה אינה מתייחסת כמעט לתכניה, אלא מתמקדת בצורך בכינון תהליכי חשיבה ושיח מושכלים שיתניעו את תהליך השינוי החברתי־התרבותי והמשפטי. לתהליך עיצובה של מדיניות מושכלת בנושא הענוחה יש ערך כשלעצמו, שכן משמעותו היא קיום שיח ציבורי בסוגיה חשובה זו. יש לקוות כי המדיניות שתעוצב תכבד את תכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, אשר ליחן לא נס בכלכלת המידע, וכי יהא בה מענה הולם לאתגרים הייחודיים שכלכלה זו מציבה לחוק שעות עבודה ומנוחה. בעיניי, היעד החברתי הוא שהענוחה תוסדר ותוגבל, תוך מציאת דרך להשיב ליושנה את עטרת החיץ הנכסף – גם אם חלק ממרכיביו יהיו גמישים – בין עבודה למנוחה.

