

## הרבנית ד"ר שפרה מישלוב

### ויתור עובד על זכויותיו - העמדה הסוציאלית ההלכתית

#### ראשי פרקים

- א. רקע לדין מחודש
- ב. המצמצמים את ההסתמכות על חוקי המגן
  1. לחוקי המגן תוקף מחייב אך לא מוחלט
  2. חוקי המגן תקפים רק מצד המנהג ויש לבדוק אם הוא אכן נוהג
  3. תנאי שבממון גובר על חוקי המגן
  - ג. המרחיבים את תוקפם של חוקי המגן
  - ד. ריכוז השיטות ואבחון עקרון היסוד המאחד
  - ה. דוגמאות לויתורים תקפים על זכויות קוגנטיות
    1. קבלת הטבה או יתרון תעסוקתי בתמורה לצמצום זכויות קוגנטיות
    2. מנהג מקומי ומציאות כלכלית חברתית נפוצה גוברים על החוק הקוגנטי
- ו. סיכום



#### א. רקע לדין מחודש

במסגרת עבודתי בקליניקה למשפט עברי באוניברסיטת בר אילן, אני מסייעת בין השאר לעובדים ממגזרים מגוונים. כך, אני נתקלת לא פעם בהפרת זכויות עבודה בסיסיות שנמשכת על פני שנים. חוקי העבודה בישראל כוללים, בין היתר, גם זכויות עבודה קוגנטיות, דהיינו כאלו שלא ניתן להתנות עליהם בהסכם בין הצדדים. דוגמאות לכך הן: שכר מינימום, ימי חופשה, ימי מחלה, דמי הבראה, פיצויים, הפרשות לפנסיה ועוד. החוק בהקשר זה כולל, מעבר לחקיקת הכנסת, גם הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, שהגדירו חובות מעסיקים למגזרי תעסוקה ספציפיים או לכלל העובדים במשק. החוק במשמעותו הרחבה הזו, נועד להגן על העובד, מתוך הנחה שיחסי הכוחות בינו לבין המעביד אינם מאוזנים, והמעביד עשוי לדרוש ממנו לוותר על זכויותיו כתנאי לקבלתו לעבודה והמשך העסקתו. אולם, במהלך עבודתי אני נתקלת בעובדים שפונים אליי בבקשה לסיוע בתביעה מול המעסיק, לאחר שנות הפרה רבות בהן הם לא העלו ולו פעם אחת טענות כנגד תנאי העבודה. בדרך כלל הרצון לתבוע את המעסיק מתעורר לאחר סיום העבודה אצלו בנסיבות שונות. אמנם מובן מדוע העובדים חוששים לתבוע את מעסיקם כל עוד הם מועסקים אצלו. יחד עם זאת, הסכמתם ללא עוררין לעבוד בתנאים אלה במשך שנים רבות מעוררת את השאלה האם בכל מצב ראוי לשלול מכל וכל את האפשרות שהסכמתם לתנאים אלה נעשתה ברצון, או שמא ההלכה תכשיר הסכמה זו בתנאים מסוימים?

\* מאמר זה גובש במסגרת מכון 'משפטי ארץ'. תודתי לרב עידו רכניץ, מנהל המחקר במכון, שעבר על המאמר, והעיר עליו הערות מועילות וכן לחברי מערכת תחומין שסייעו בשיפור ומיקוד המאמר - ובמיוחד לרב שי סימינובסקי.

בעולם המשפט הכללי שאלת היחס לזכויות העובדים נעה עקרונית בין שתי תפיסות קיצוניות מנוגדות: תפיסה 'מרקסיסטית' הרואה את מערכת היחסים בין מעבידים לעובדים מנקודת מבט של 'מדכאים ומדוכאים', ולכן סוברת שיש להעניק הגנות מפליגות לעובדים מפני עריצות וניצול. מנגד תפיסת ימין כלכלי המתבוננת על יחסי עבודה כיחסים בין שני צדדים חופשיים אשר זכותם לעגן את ההסכמות ביניהם כרצונם. גישה זו מאפשרת חופש חוזי ומצמצמת כפייה חוקית חיצונית על מערכת היחסים. העמדה המשפטית המקובלת בישראל בחוק ובפסיקה נוטה להגנה מרחיבה על זכויות עובדים וצמצום החופש החוזי. לאחר בחינה מדוקדקת של פסיקות בתי דין פוסקים על פי ההלכה, אני סבורה כי מרבית הפוסקים מציגים עמדה מאוזנת, המכירה מחד בפוטנציאל ההתעמרות והניצול מצד מעבידים, ולכן מקבלת באופן עקרוני את דיני העבודה הקוגנטיים, אך מאידך אינה רואה בהם חזות הכל אלא נותנת גם מקום לחופש חוזי בהקשרים המתאימים.

למעלה מעשרים שנה חלפו מאז התנהל על גבי כרכי 'תחומין' שיג ושיח הלכתי בנושא ויתור עובד על זכויותיו, שהחל בעקבות דיון בפני בית הדין הרבני האזורי תל אביב על שלילת פיצויי פיטורין וזכויות עבודה נוספות מגנות ברשת גנים של אגודת ישראל. דיינים ופוסקים נחלקו בשאלה מה תוקפה ההלכתי של הסכמה בין עובד למעביד בדבר ויתור על זכויות עבודה בניגוד לחוקי המדינה: האם החוק שמבטל התניה כזאת גובר על ההסכמה, או שמא אל מול חוקי המדינה והכלל "דינא דמלכותא דינא" עומדים כללים הלכתיים אחרים שמאפשרים לעובד ולמעביד, לכל הפחות במקרים מסוימים, לקבוע ביניהם את התנאים הספציפיים להסכם הממוני ביניהם.

ישנה טענה רווחת על פיה יסוד ההבדלים בין בתי דין שונים במדיניות הפסיקה, נעוץ לא מעט בהבדלים אידיאולוגיים ביניהם בדבר היחס למדינה וחוקיה. כך בנוגע לתחומים מגוונים ורחבים, וביניהם דיני העבודה. כך, לדוגמה, טען הרב פרופ' רון קליינמן, במאמרו "הכל כמנהג המדינה!" - הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" (מחקרי-משפט לב עמ' 141). לדבריו, קו פרשת המים המחלק בין דיינים (לפחות בבתי הדין הרבניים הממלכתיים) שמכשירים התנאה על חוקי העבודה, לבין אלה ששוללים אותה, היא השתייכותם המגזרית והשקפתם החוץ הלכתית. על פי ניתוחו, מרבית הפוסקים 'החרדים' העניקו תוקף לויתור עובדים על זכויותיהם, בעוד כל הפוסקים הציוניים-דתיים שללו את הויתור. לדבריו, הטעם לחילוק הנ"ל הוא שפוסקים חרדים מלכתחילה מסויגים יותר מתוקפם של חוקי המדינה, ובנוסף - הם נוטים יותר לתמוך בעולם לימוד התורה החרדי (ולכן פסקו לטובת רשת החינוך החרדית).<sup>1</sup>

הר"ר קליינמן אמנם ציין את הבעייתיות שבטיעון שלו, שמפנה כלפי פוסקים 'אשמה' של חוסר אובייקטיביות ושל חוסר נאמנות לכאורה לכללים ההלכתיים 'היבשים'. לכן הוא הוסיף שמדובר בפער בין התפיסה העצמית של הפוסקים, שרואים בשיקולים 'מטא הלכתיים' חלק מהמנגנון הפנימי של ההלכה, לבין חוקרי ההלכה שבוחנים את הדברים מבחוץ ומאבחנים שיקולים חוץ הלכתיים כאילו אינם חלק מהמנגנון ההלכתי הפנימי.

במאמרי זה אני מבקשת לעיין שוב בעין בוחנת בעמדות ההלכתיות השונות ולברר האם אכן מדיניות הפסיקה נחלקת באופן כה דיכוטומי בין מגזרים כפי שנטען. להבנת,

1. ראו גם הרב אורי סדן, אורות החושן - דיני עבודה, 'מעמדם ההלכתי של חוקי המדינה' - המצביע אף הוא על הבדל בין פוסקים חרדיים לציוניים בעניין היחס לחוקי המדינה, אך מבהיר כי לגבי הדין האזרחי לא צריך להיות כל הבדל ביניהם, שכן גם פוסקים 'ציוניים', יסכימו שאין לתת תוקף אוטומטי לחוקים האזרחיים, ובכללם חוקי העבודה, שאם לא כן "בטלו כל דיני ישראל", כדבריו של הרשב"א (שו"ת, ג, קט).

המחלוקת בין פוסקים בעניין זה אינה נובעת בהכרח מהבדלי השקפת עולם שנוגעים לשיוך מגזרי מובהק, אלא משקפת, כאמור, דווקא הסכמה עמוקה ודי גורפת בדבר השוני בין תפיסת התורה ליחסים שבין עובד מעביד לבין תפיסות חברתיות סוציאליות של ימינו שמשקפות ביחס המחוקק ובתי המשפט לזכויות עובדים. ההלכה נוטה לאיזון בין תפיסות העולם המגנות על העובד בכל מצב, לבין תפיסות של חופש חוזי לא מפוקח. ההבדלים שאנו מוצאים בין הפוסקים נובעים בעיקר ממצייאות חברתית שונה של המגזרים השונים שמכתיבה הגדרות שונות למנהגים הנהוגים אצלם, ונוגעים בעיקר בשאלות מה השלכות המעשיות של התפיסה העקרונית בדבר מערכת היחסים בין עובד למעביד, וכיצד נכון לצקת אותם בכלים הלכתיים מוכרים. באמצעות עיון בנימוקי דיינים ורבנים, אהדד את העיקרון הערכי המשותף ביניהם, שנמצא לתפיסתי ביסוד הפסיקות השונות זו מזו, ואתבונן בכלים השונים שפוסקים נוקטים בהם בהסכמתם או בחוסר הסכמתם לויתור על זכויות עבודה שונות.

## ב. המצמצמים את ההסתמכות על חוקי המגן

1. לחוקי המגן תוקף מחייב אך לא מוחלט

הר"א שרמן, בפסק הדין שעסק בויתור זכויות של גנת ברשת גני אגודת ישראל שהוזכר לעיל, ופורסם במאמרו "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד" (תחומין יח מעמ' 245 ואילך), קבע שמבחינה עקרונית אין תוקף לויתור על זכויות עבודה סוציאליות שנועדו להגן על העובד. הטעם לכך הוא שמדובר בחוקים שנתקנו לתקנת הציבור:  
יש ליתן להם את תוקף ההלכה של דינא דמלכותא, ובכללם החוק המגן על זכויותיו הכספיות ותנאיו הסוציאליים של העובד. אלה מגנים לא רק על זכויות העובד, אלא גם על המעביד ועל כל סדרי חברה מתוקנים, יחסי עבודה הוגנים, פעילות כלכלית והנהגת משק המדינה באופן רצוי.

דבריו התבססו על שו"ת הרשב"א (ח"ב סי' שנו), שקבע שחוק שתועלתו סדרי חברה תקינים, יש לו תוקף הלכתי: "כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות". כך גם כתב היים של שלמה' (ב"ק פ"ו סי' יד).

אף על פי כן, הרב שרמן דחה נקודתית את תביעת הגנת, על רקע מצבה הכלכלי הקשה של רשת החינוך ועקב החשש לפגיעה בתלמוד תורה של יתנוקות של בית רבן אם הרשת תאלץ לשלם את מלא הזכויות לעובדיה. הוא קבע ש:  
יש להחשיב חוק זה כפוגע בתורה ובמצוותיה, ואין בזה אפוא רק עניין של בין אדם לחברו ודיני ממונות גרידא. בנסיבות אלו לא אמרינן דינא דמלכותא דינא.

דהיינו, הרב שרמן ראה בעין חיובית את היסוד העקרוני שמונח ביסוד חוקי המגן המבקשים להגן על זכויות העובד 'החלש' אל מול חשש מהתעמרות מעביד. אף על פי כן, הוא סבר שיש להגביל זכויות אלה במקרה שהן מתנגשות עם ערך אחר שגובר עליהן, כשבמקרה עליו נסוב הדיון מדובר בפגיעה בלימוד תורה.

בתגובה למאמר זה, פורסמו בכרך כ של תחומין פסק דין בדעת מיעוט של הר"י אליעזרוב שישב יחד עם הרב שרמן בתיק הגנת וחלק עליו, ושני מאמרים נוספים שכל אחד מהם הציג צדדים שונים של הסוגיה.

2. חוקי המגן תקפים רק מצד המנהג ויש לבדוק אם הוא אכן נוהג

בטרם נפנה לדון בדעות החולקות, נעמיק מעט במונחים שהדיינים נקטו בהם. כבר במשנה (בבא מציעא ז, א) נקבע שמנהג המדינה תופס מקום מרכזי ביחס לפועלים, וכי יש להעניק לעובדים את הזכויות שנהוג להעניק להם במקום בו מתבצעת העבודה:

השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב - מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון - יזון, לספק במתיקה - יספק. הכל כמנהג המדינה.

אולם נשאלת השאלה - מה נחשב מנהג המדינה בעניין זה?

במענה לכך יש לבחון את שני מרכיבי המונח - 'מנהג' ו'מדינה'. 'מדינה' אין משמעותה במובן המודרני של מונח זה - הגוף הפוליטי המכונה 'מדינה', אלא משמעותה בלשון המשנה - עיר, ובאופן כללי יותר: אזור מסוים. לכן, יתכן שיתקיימו מנהגים שונים שמאפיינים קהילות שונות, בתוך שטח מדינה במובנה הפוליטי, והם אלה שיהיה להם תוקף הלכתי לגבי הקהילה המסוימת. כך לדוגמה הר"מ פיינשטיין, בשו"ת אגרות-משה (חו"מ ח"א סי' עו) פסק לגבי פיטורי מורה באמצע שנת לימודים:

וממילא אף שמנהג בתי ספר של הנכרים שהם מסלקין גם בלא טענה, אינו כלום, דיש למיזל בתר מנהג של מקום זה יותר ממנהג המדינה.

בהקשר לכך יש להבהיר, שתוקפו של מנהג הגובר על ההלכה בתחום הממוני, מבוסס על ההנחה שיש תנאי מכללא בהסכמה שבין הצדדים, שהם מקבלים על עצמם את המנהג (רמב"ן בבא מציעא קד, א ד"ה ר' מאיר), זאת על יסוד הכלל: "דבר שבממון תנאו קיים" (כתובות נו, א). כלומר, עקרונית צדדים יכולים להתנות ביניהם ולהשכים על הסדרים ממוניים שונים מאלה שקבעו התורה וחכמים. מכוח זה הם גם יכולים לקבל את המנהג הרווח כזה שיחול על ההסכמה ביניהם, זאת גם אם לא סיכמו כן בפירוש. לכן, אם מעסיק מסוים נוהג באופן קבוע באופן שונה ממנהג המקום, ההנחה היא שהעובד ידע על תנאים אלה, וקיבל אותם עליו במקום המנהג הכללי. קל וחומר אם הדבר נאמר או נכתב בפירוש.

שאלה נוספת היא מה נחשב מנהג מחייב. חכמים קבעו גדרים שונים לתוקפו של מנהג - ביניהם שהמנהג יהיה ידוע, שכיח, תדיר וראוי (לא גרוע).<sup>2</sup> כך, אם המנהג אינו עולה בקנה אחד עם דין תורה וחכמים ואפילו באופן מצומצם, קבע שו"ת מהרשד"ם (חו"מ סי' שכז), שאין לו תוקף:

כל היכא דאיכא לפקפק פקפוק קטן, איזה שיהיה, אין לילך אחר המנהג. והטעם - שיש לנו לעשות כל מאמצי כוחנו לקרב הדברים אל דין תורה; וכל שאתה בא לעקור דין תורה ממקומו, עליך להביא ראיה.

על יסוד זה קבעו כמה דיינים, שלא כל הזכויות הקוגנטיות המוכרות באופן רשמי בחוק, אכן מיושמות בפועל, ולכן הן אינן נחשבות מנהג מחייב. כך לדוגמה כתב פתחי-חושן (ח"ד, פ"ז הערה 17), שיש לנהוג ולפסוק רק על פי דין המדינה שמקובל בין העובדים, אך לא לפי דין המדינה שלא פשט בקרב הציבור:

ונראה שבדיני ממונות, ובפרט בדיני שכירות שאמרו הלך אחר המנהג, הוא משום שמסתמא על דרך מנהג המקום עושים, ולכן כשאין המנהג שכיח, לא שייך לומר כן.

הדבר נוגע במיוחד לפסקי הדין של בתי הדין לעבודה שמפרשים את חוקי המגן או מעניקים זכויות נוספות מעבר להם. זאת מכוח הסברה שלמערכת השיפוטית אין סמכות ליצור מנהג מדינה אצל ציבור שאינו רגיל להביא את סכסוכיו הממוניים בפני ערכאות.<sup>3</sup>

2. ראו: שו"ת הריב"ש (סי' תעה); תרומת-הדשן (סי' שמב) ועוד.

3. ראו את דברי הר"א לביא בספרו (עטרת-דבורה ח"ב חו"מ סי' מח עמ' 945-947).

כך גם לגבי חוזרי מנכ"ל והוראות שלטוניות אחרות של משרדים שונים שאינם מעוגנים בחקיקה.<sup>4</sup>

על פי האמור לעיל, גם הר"י אליעזרוב, במאמרו 'מעביד החורג ממנהג המדינה' (תחומין כ מעמ' 71 ואילך) טען שאמנם מנהג מחייב, אך המנהג במקרה גננות רשת אגודת ישראל אינו דין המדינה, אלא **המנהג הנהוג בקרב הרשת המסוימת** :

בנדון שלנו אין להתעלם מכך שברשת הגנים הנתבעת קיים מנהג ברור מזה שנים רבות, שתשלומי השכר וההטבות הסוציאליות שונות מאלו הקיימות בהסכם הקיבוצי, ובכלל זה זכויות ופיצויי פרישה. כל עובדת שנכנסת לעבוד בסקטור זה מודעת לכך באופן ברור והחלטי, והדבר הוא מנהג קבוע וברור. לכן, לא יתכן, שהגננת התובעת תהיה שונה מאלף הגננות האחרות שעובדות באותה רשת, והיא תקבל הטבות אחרות ממה שקיבלו ומקבלות חברותיה.

פסק דינו של בית הדין הגדול לערעורים שדן בתיק זה (תחומין שם עמ' 77) קיבל את עמדת הרב אליעזרוב וקבע אף הוא כי :

אם ידוע שנתבעת זו יש לה מנהג אחר, השונה ממנהג המדינה, שוב אי אפשר לומר שהתחייבה כמנהג המדינה, שהרי אינה נוהגת כמנהג המדינה לגבי יתר העובדים.

מכאן, שבית הדין קבע שמנהג אמנם מחייב, אך מנהג המדינה אין משמעותו באופן אוטומטי חוקי המדינה, אלא לעיתים **מנהג של מגזר או קהילה מקומית גובר על המנהג הכללי**. כך נפסק לא פעם שבבתי ספר מהמגזר החרדי לא חלים כלל חוקי העבודה, אם נהוגים אצלם מנהגים אחרים מהמנהג הנהוג בקרב הציבור הכללי :

סקטור מסוים שנוהג בעניין זכויות העובדים שלו שלא לפי חוקי המדינה, וכל מי שנכנס לעבודה נכנס על דעת כן, המנהג הכללי אינו קובע אצלם.<sup>5</sup>

3. תנאי שבממון גובר על חוקי המגן

הדיינים התייחסו גם לטענה שחוקי המגן תקפים משום דינא דמלכותא ולא רק מכוח המנהג, ולכן ולא ניתן להתנות עליהם. בהקשר לכך קבע הרכב בית הדין בעניין רשת החינוך החרדית, כי אין לראות בחוקים אלה משום חוקים שנועדו לתקנת הציבור החורגים ממערכת היחסים הספציפית בין הצדדים, אלא כמביעים **השקפה מסוימת** של המחוקקים. ממילא אין להם תוקף משום דינא דמלכותא :

קל וחומר שאין תוקף לפסקיהם של בתי המשפט הקובעים שאין תוקף לויתורו של עובד על זכות הפיצויים שלו.

קביעה זו שניתן להתנות על חוקי המדינה ובמיוחד על פרשנותם בפסקי בתי המשפט, מתבססת על הכלל: **"כל תנאי שבממון תנאו קיים"**. הגמרא במסכת כתובות (נו, א) דנה אם ניתן להתנות על דין תורה, כשדעת ר' יהודה: "דבר שבממון תנאו קיים". קצות-החושן (סי' רט ס"ק יא) הסביר, שהתורה אפשרה מחילה על חיובי ממון שבין איש לרעהו. להלכה נקבע עקרונית כדעת רבי יהודה, שניתן למחול הן על זכויות ממוניות המוקנות על ידי התורה והן על זכויות המוקנות על ידי מנהג המקום. כך הצביע גם הר"י שטיפנהולץ, במאמרו 'ויתור עובד על זכויותיו' (תחומין כ מעמ' 78 ואילך) על שורה של פסקי דין של בתי דין רבניים (הרבנים ירח, טנא, נשר והורביץ) בהם נפסק שניתן להתנות נגד חוקי העבודה

4. ראו הרב יקותיאל כהן, בפסק דין שניתן בבית הדין הרבני אזורי באשדוד, מס' תיק 1-35-1323 ניתן בתאריך יי תמוז תשס"ח. פורסם באתר פסקים: <https://www.yeshiva.org.il/Psakim/File/1044>

5. הרב אברהם דב לוי, פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין, יא, ירושלים תשס"ט, תיק ממונות מס' 895 - סז, ניתן ביום יב טבת תשס"ז, עמ' רי.

המוגדרים 'מנהג המדינה', ושעובד יכול לוותר על זכויותיו אלה מכוח היכולת להתנות על דברים שבממון:

אם כנגד דין תורה מועיל תנאי שעושה אדם, כשהוא בדבר שבממון, כל שכן שיועיל התנאי נגד המנהג.

מכאן שדייני בית הדין הרבני לא קבלו את השקפת העולם היסודית שעומדת כפי הנראה בבסיס חוקי המגן, על פיה יש להגן על העובד באופן כמעט מוחלט. מהנחה זו נגזר שלחוקי המדינה אין תוקף מחייב של 'דינא דמלכותא דינא', אלא רק של מנהג בפועל. לכן ניתן להתגבר עליהם, הן מכוח מנהג ספציפי שנוהג בקרב מגזר מסוים, והן מכוח התנאה מפורשת בין הצדדים שהיא תנאי שבממון הגובר על המנהג הכללי.

### ג. המרחיבים את תוקפם של חוקי המגן

אל מול עמדות אלה שהובאו בפסקי הדיינים, טען הר"א דסברג, במאמרו 'ויתור עובד על זכויותיו' (תחומין כ מעמ' 80 ואילך), שהר"י מיגאש (ב"ב כא,ב) והרמב"ן (שם כב,א) פירשו את הברייתא שמובאת בבבא בתרא (ח,ב): "רשאיני בני העיר להתנות..."<sup>6</sup>, כמחייבת את כלל הסוחרים, באופן שאין אחד הסוחרים רשאי לוותר ולהפחית מהסכום שסוכם עליו בין הסוחרים. לדבריו, מכאן מוכח שלא ניתן להתנות על תקנת בני העיר. כמו כן טען הרב דסברג, שהכלל שאפשר להתנות על מה שכתוב בתורה בענייני ממון, אינו חל בכל מצב. הוא מסיק על סמך דוגמאות נוספות הן בהתנאות על דיני תורה והן בהתנאות על הלכות דרבנן (ראו שם), שהכלל שבדבר שבממון אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה, חל רק באותם דברים שהתורה גילתה דעתה שהאינטרס בהם הוא בין המקבל לבין הנותן בלבד. אולם אין הדבר כך לגבי הסכמות שהאינטרס בהם פורץ את תחומי השניים הללו, ונוגע לרבים או ליסודות שבאמונה ובהשקפה. לדבריו, כך הוא גם בנוגע לחוזה עבודה:

הוא הדין בנידוננו: זכויות הפועלים. ויתורו של פועל אחד על זכויותיו עלול למוטט כליל את מערכת הזכויות של העובדים שאליה הגיעה החברה בישראל (וברוב העולם המערבי)...אדם הבא להתקבל לעבודה עומד בדרך כלל בעמדה נחותה הרבה יותר מאשר המעביד המקבל לעבודה, ומשום כך ראתה החברה בישראל (קרי: הכנסת ומתקני התקנות שקיבלו את תוקפם ממנה) למנוע מעובד את האפשרות לוותר על חלק מזכויותיו.

נקל לראות כי הרב דסברג מזדהה עם העיקרון המוסרי שעומד בבסיס חוקי המגן, וסובר כי עיקרון זה כה חזק עד שהוא חורג מגדר יחסי הצדדים להסכם העבודה, ולכן לא ניתן להתנות עליו. זאת בשונה מענייני ממון אחרים, ובדומה לתחומים עקרוניים אחרים שקרובים לענייני ממון אך משקפים תפיסת עולם ערכית עמוקה שיש לה השפעת רוחב חברתית, כדיני ירושה.

### ד. ריכוז השיטות ואבחון עקרון היסוד המאחד

במהלך השנים נכתבו ספרים ומאמרים נוספים בבמות שונות, שאימצו עמדה כזו או אחרת.<sup>6</sup> לאחרונה סיכם הר"א סדן את הסוגייה בספרו "אורות החושן: עבודה וקבלנות", שמרכז את הלכות עבודה וקבלנות בימינו. הוא אמנם נטה (שם עמ' 57) לצד המצדדים בדעה שלא ניתן להתנות על חוקי המגן בקבעו: "חוק מול חוזה - חוק עדיף". לדבריו (שם עמ' 36), לתורה עצמה יחס מיוחד לחוזה עבודה והיא:

6. ראו לדוגמה - הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב ד"ר עדו רכניץ, "מעמד 'חוקי המגן' של העבודה על פי ההלכה" אמונת-עתיך 114 (תשע"ז), עמ' 58-63.

מטילה לא פחות מחמישה איסורים על מעסיק שאינו משלם לעובד את שכרו במועד... [זאת בשל] ההבדל המעמדי הקיים בדרך כלל בין העובד ובין המעסיק, אשר עלול לסכן את חירותו של העובד [עד כדי] מעין עבדות.

הר"ע רכניץ, במאמרו 'חוקי התורה: עבודה' (אמונת-עתיד 137 תשרי תשפ"ב, מעמ' 111 ואילך), קבע אף הוא שעל הסכם עבודה יחולו בדרך כלל חוקי העבודה של מדינת ישראל שנועדו להגן על העובד: "ובכלל זה יש תוקף לחוקים שנקבע בהם, שהם גוברים על הסכמות בין הצדדים".

יחד עם זאת, הר"א סדן הדגיש, שלא תמיד תתקבל פרשנות בתי המשפט על החוקים והכללים הקוגנטיים. בנוסף, לצד ההדגשה שחווה עבודה הוא חווה מיוחד גם לפי תפיסת התורה בשל פערי הכוח בין הצדדים, הוא מציין כי **בכל זאת יש הבדל בין תפיסת התורה לבין תפיסה המרקסיסטית שעומדת בבסיס חוקי המגן ברבות מהמדינות כיום:**

התורה אינה רואה את המעביד כחזק וכעושה פוטנציאלי ואת העובד כחלש וכעשוק מעצם היות עובד. היחסים בין הצדדים תלויים בביקוש ובהיצע של עובדים, ומשתנים מענף לענף ותלויים גם בהכשרתו של העובד, אם כי מצב בו עובד עשוי להיות נעשק ומנוצל הינו מצב שכיח, ובמצב זה עוסקת התורה. עם זאת, התורה אינה רואה בכל יחסי עובד מעביד מרכיב של דיכוי וניצול.

אם נסכם את הדברים, על אף הנטיות השונות לצד זה או אחר וההנמקות השונות למגמה להכשיר או לפסול התניות על חוקי המגן, בסופו של דבר מרבית הפוסקים והדיינים, הן מהמגזר החרדי והן מהמגזר הציוני דתי, מאוחדים בגישה שההלכה מצד אחד מבקשת להגן על העובדים, אך מצד שני היא אינה נוקטת בגישה גורפת שרואה בכל עובד עשוק ובכל מעביד עושה. בדרך כלל, הם אמנם לא יצביעו באופן מפורש על גישה זו כעומדת ביסוד פסיקתם, אך לדעתי הדבר עולה במובהק מההנמקות ההלכתיות ומתוצאת הפסיקה. מרגע שהנחנו את הנחת המוצא, ולפיה ההלכה אינה מתייחסת אוטומטית אל העובד כחלש ואל המעביד כחזק ומתעמר, ניתן לשקול את תוקף הוויתור על זכויות שונות באופן ריאלי ומציאותי באמצעות סל הכלים שעומד לרשות הפוסק. אמנם הנחת העבודה היסודית היא שאכן קל מאוד לנצל עובדים בשל כוחם המופחת המובנה במערכת, ולכן יש לבחון היטב כל הנחה אחרת, אך אין זה אומר שמדובר בתוצאה אוטומטית פשטנית כפי שנהוג לחשוב.

על פי הנחה זו, בתי הדין לגווניהם יקבלו לעיתים ויתור מסוים ומידתי של עובד על זכויות קוגנטיביות, או שהם יפרשו את החקיקה בנוגע לזכויות אלה באופן שונה מבית המשפט, ובהתאם לכללי ההלכה המגוונים שהצגתי לעיל - התנגשות עם ערך תורני אחר שגובר על ערך ההגנה על העובד; היכולת להתנות על דברים בממון; ומתן משקל למנהג ספציפי שגובר על מנהג כללי. על פי ניתוח זה, הבדלי הפסיקה אינם נובעים מהבדל סוציולוגי, על יסוד השתייכות מגזרית, אלא מתפיסת עומק של יחס ההלכה למערכת היחסים בין העובד והמעביד.

### ה. דוגמאות לויתורים תקפים על זכויות קוגנטיביות

1. קבלת הטבה או יתרון תעסוקתי בתמורה לצמצום זכויות קוגנטיביות

פסק דין של ארץ חמדה גזית בפתח תקווה, של הדיינים הר"א כ"ץ, הר"צ כהן והר"ע כהנא, ממחיש היטב את הטענה כי מה שעומד בבסיס נכונותם של פוסקים שלא לפסוק

דווקא על פי דין המדינה, אינו נובע בהכרח מהשקפת עולם ציונית או חרדית, אלא מתוך תפיסה תורנית עקרונית.<sup>7</sup>

התובע למד בכולל אברכים, ולאחר זמן מה התבקש לשמש כראש הכולל. עבור תפקידו זה, במשך שנים שולמה לו מלגה ללא תלוש שכר וללא זכויות נלוות, ולא הייתה הסכמה בין הצדדים על כך שהעסקה תהיה במסגרת עובד-מעביד. לאחר שהתובע סיים את עבודתו בכולל, הוא טען כי על פי מבחני הפסיקה בבתי הדין לעבודה, התקיימו בינו לבין הכולל יחסי עובד ומעביד, ולפיכך על הכולל לשלם לו את כל זכויותיו הקוגנטיות - פנסיה, פיצויים וכו', וכן פיצויים בגין הלנת שכרו וזכויותיו במשך השנים. נציגי הכולל טענו מצדם, שהתובע הסכים לעבוד במתכונת של קבלת 'מלגה', והיה מודע להבדל שבין מלגה למשכורת. כן ציינו, שכספי הכולל אינם באים מהמדינה אלא מתרומות פרטיות, ולכן הם אינם יכולים לעמוד בתשלומים אלה ובזמנם.

בפסיקתם קבעו הדיינים כי אכן התקיימו יחסי עובד מעביד בין התובע לכולל, על פי מבחני הפסיקה, על אף שהצדדים לא הגדירו אותם ככאלה. אולם כדי להכריע בנוגע לזכויותיו של התובע כעובד, פרסו הדיינים את רוחב היריעה של המחלוקת בדבר מעמדם של חוקי העבודה ותוקף הוויתור עליהם. הם ציינו, שהפסיקה המקובלת בבתי הדין של רשת ארץ חמדה-גזית נוטה לשלול תוקף של ויתור מעין זה, בין השאר בניתוח העמדה הערכית שיושבת בבסיס חקיקת המגן, וקרבתה לעמדת התורה:

הקוגנטיות בחוקים אלו נועדה ליצור מצב שבו הכללים בדיני העבודה, ברורים וקבועים וצודקים, ולמנוע בכך עוולות מוסריות וכלכליות, המסייעות באופן ישיר להתנהלותם התקינה של החברה והמשק... פסיקת בית דין הנותנת יד חופשית לסיכומים המנוגדים לחוק, קרוב לוודאי שתעודד מצבים של ניצול עובדים והעלמות מיסים וריקבון חברתי שאחריתו מי ישרנו.... מדובר כאן בשילוב של תפיסה כלכלית, שנועדה להסדיר בכללים ברורים את התנהלות המשק, עם השקפה ערכית שנועדה לדאוג לעובד. ברם, נראה ששני צדדים אלו עולים בקנה אחד עם רצונה של התורה. שהרי התפיסה המעונוינת להעניק זכויות והגנה לעובד, משוקעת היטב במצוות רבות בתורה ובדיני חז"ל. כמו גם בספרי הנביאים שהרבו לדרוש משפט צדק אשר יגן על העשוק מפני עושקו, כך גם דיני העבודה אשר נועדו להגן על העובד, שמטבע הדברים חלש הוא יותר מהמעביד.

על אף האמור לעיל, סיימו הדיינים את ניתוח הסוגייה בהסתייגות, ולפיה לעיתים עובד מעדיף לוותר על זכויות נלוות: "כדי לקבל משרה נחשקת, או מתוך עמדה שעדיף לתפוס מעט מאשר לא כלום". בנוסף, במקרים בהם העובד היה מודע לאורך זמן למשמעות דגם ההעסקה שבו הוא מוותר על זכויותיו, יש לעיתים לקחת בחשבון את העובדה שיש דעות הלכתיות נוספות בשאלת תוקף הוויתור. **על רקע זה, בכל מקום שהחוק ופסיקת בתי הדין לעבודה נתנו להם טווח של שיקול דעת בשאלת גובה הסכום המגיע לעובד, או שלדעת הדיינים נשאר מקום לפרשנות החוק או העובדות, נקטו הדיינים בפסק דין זה גישה מצמצמת של זכויות העובד לטובת הכולל.**

כך לדוגמה, בית הדין שלל מהתובע את הזכות לקבלת פיצויים בגין אי פירוט תנאי עבודתו על ידי הכולל, בטענה שהכולל לא סבר שמתקיימים יחסי עובד מעביד, ומטעם זה

7. 'פסק דין ביניים - עובד בכולל שהועסק במילגה', תיק מס' 75118, ז' באב תשע"ו, 11 באוגוסט 2016, ארץ חמדה-גזית פתח תקווה, פורסם באתר ארץ חמדה-גזית.



הוא לא מסר לתובע מידע על תנאי עבודתו. ממילא, הכולל אינו נחשב כמי שעשה כן 'ביודעין' (כלשון החוק).

גם בנוגע לשאר הזכויות - דמי נסיעה, הפרשות לפנסיה, פיצויים ובייחוד תשלומי הלנת שכר, פירש בית הדין את הדברים לצד טענותיה של הנתבעת בדבר גובה המשכורת ומשך ההעסקה, ופסק סכומים נמוכים משמעותית מאלו שתבע ראש הכולל.

מפסיקתו של בית הדין עולה, שעל אף המוסכמה ההלכתית העקרונית, שאין תוקף לויתור על זכויות קוגנטיות, אין לקבל באופן אוטומטי את ההנחה שהעובד הוא העשוק והמעביד הוא העושק. בנסיבות בהן ברור שהעובד ויתר על זכויותיו מרצון ובמודע וללא לחץ, ואף הייתה לו תועלת מכך - כגון שהוא זכה במשרה נחשקת וקיבל תמורה גבוהה יותר ממה שהיה מקבל כתלמיד כולל מן המניין.

אמנם לא תהיה הצהרה גורפת מצד בית הדין שהעובד יכול לוותר על זכויותיו, אך תהיה לכך השפעה על אופן פרשנות הזכויות על פי הכלים שבידי בין הדין. זאת מתוך הבנה שבמקרים כעין אלה, מעבידים שפעמים רבות מתפקדים על בסיס תרומות ונעדרים כל גמישות כלכלית, דווקא הם הצד החלש, או לפחות לא בהכרח הצד החזק והמתעמר בסיפור.<sup>8</sup> לעיתים דווקא המעסיקים הם אלו שנשחטים לאחר מעשה על ידי עובדים, שהבינו היטב את מסגרת העסקה, נהנו ממנה באופן יחסי למצבם של אחרים במגזר, ורק בחכמה של בדיעבד מנסים להתלות בחוק על מנת להפיק את המקסימום הניתן מהמעביד.

2. מנהג מקומי ומציאות כלכלית חברתית נפוצה גוברים על החוק הקוגנטי

הצורך לשקול את תוקף הוויתור על הזכויות בכלים ההלכתיים שתוארו נכון לכלל המגזרים, אולם על רקע הפרופיל הכלכלי והחברתי הייחודי של החברה החרדית, מובן מדוע סביר שנמצא יותר פסקי דין של פוסקים 'חרדים' שהכשירו הסכמת עובד לויתור על זכויותיו, על אף שגם בהם ניכר כפי שנסקר לעיל, שהם בוחנים היטב את נסיבות ומסגרת הוויתור.

עובד שחי ועובד בסביבה חרדית, מודע היטב לדגם ההעסקה ולגובה התשלום שיקבל בעת עבודתו במסגרת חינוכית, על רקע ההשקעה הנהוגה במסגרות אלה בלימוד התורה על חשבון לימודים אחרים והאילוצים התקציביים של המוסדות. יתר על כן, אם ילדיו שלו מתחנכים במסגרות חינוך חרדיות, אזי לצד משכורת נמוכה ופגיעה בזכויות עבודה מוגנות, הוא זוכה בהתאם לתשלומי חינוך פחותים (שמתאפשרים עקב הפחתת עלות השכר של העובדים במוסדות החינוך של ילדיו). בנוסף, השתייכותו לחברה החרדית גורמת לו ליהנות לעיתים גם ממנגנוני סיוע קהילתיים הכוללים בין השאר רכישות מרוכזות של מוצרי יסוד (אף שכמובן שאין קשר ישיר בין קיומם של מנגנוני סיוע קהילתיים לבין הפגיעה בזכויות

8. יש לציין שלמרות שהמשפט הישראלי נוטה להגנה רחבה על זכויות עובדים, והכלל השולט בו הוא שעובד אינו יכול לוותר על זכויותיו הקוגנטיות, גם במסגרת זו ניתן למצוא חריגים לכלל במקרים ספציפיים. כך לדוגמה נפסק (תבי"ע נגד 12-342 רות בליץ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים): "הכלל הוא כי הוראות חוקי המגן אינן ניתנות לויתור בכריתת חוזה העבודה האינדיבידואלי, אך יכול להיווצר מצב יוצא דופן, שבו מיטיב העובד באופן בולט ומשמעותי יותר ממתן הזכויות שבחוקי המגן. לדעתנו, במקרים כאלו עלולה תביעת העובד לזכויות השמורות לו בחוקי המגן - נוסף לזכויות העודפות שקיבל - להיות נגועה בחוסר תום לב ולהיכשל מטעם זה".

העובדים). מאפיינים אלה עומדים ככל הנראה ברקע מודל ההעסקה האישי במוסדות החינוך, הדת והקהילה של רבים מהעובדים במסגרת המגזר החרדי.<sup>9</sup>

למען הסר ספק, אחדד כי איני באה להכשיר הפרה רחבה של זכויות עבודה. סוד גלוי הוא שתופעת קיפוח זכויות עבודה בקרב מוסדות שמשתייכים לציבור החרדי היא תופעה רווחת למדי, ונובעת במידה מרובה מהמבנה הכלכלי הייחודי למגזר. בעיה זו היא מסוג הבעיות שהמדינה על דרגיה הגבוהים ביותר צריכה לפתור באמצעות תמריצים ומנגנוני פיקוח, אך לטעמי היא לא תיפתר על ידי אכיפת נורמות באופן גורף ובלתי מותאם במסגרת היחסים שבין עובד-מעביד ספציפיים, ובאופן שאינו עולה בקנה אחד עם גישתה היסודית של ההלכה.

יחד עם זאת, על אף ההכרה ההלכתית המסוימת בחופש חוזי עליה הצבעתי במסגרת יחסי עובד-מעביד, דומה שיש זכויות יסוד שבכל מצב, וגם אם העובד ויתר עליהן מרצונו החופשי, אין לקבל את שלילתן מהעובדים שכן שלילה מעין זו תציב את העובד בקושי כלכלי בלתי אפשרי ותיצור בעיה חברתית לא פשוטה. דוגמאות לכך הן זכאות לחופשת לידה, שכר מינימום, הפרשות לפנסיה ברף מינימלי שמאפשר קיום בעת זקנה ויתכן שגם זכויות נוספות שיש להגדיר היטב באמצעות מומחים מתחום הכלכלה החברתית, שאינם מוטים על ידי השקפת עולם כזו או אחרת, ונכונים לשקול גם את טובתם של המעסיקים ואת המאפיינים המורכבים של כלל גווני החברה.

### 1. סיכום

על רקע גישתם העקרונית האמורה של מרבית הפוסקים כפי שהצגתי אותה, אשר לא רואים אוטומטית במעבידים נצלנים ומתעמרים בפוטנציאל, מובנת הנכונות לתת משקל לוויתור עובד על זכויותיו או לצמצומן במקרים המתאימים, תוך שקילת הנסיבות המסוימות של מודל העסקה והרקע החברתי של העובד והמעביד, ועל ידי שימוש בכלים ההלכתיים שצוינו לעיל - תוקפו של מנהג מגזרי, תוקפה של התניה בענייני ממון ואיזון ערכי כולל.

כך לדוגמה, אם העובד זכה בתמורה לויתור מסוים על זכויותיו במשרה שנחשבת לנחשקת במיוחד ומשתלמת לו לאורך זמן, הדבר מצדיק הכרה מסוימת ומידתית בויתור על זכויותיו, וכך אם הוא ויתר במפורש על תנאי שכר בתמורה להגדלת שכרו, וכעת מבקש גם את השכר המוגדל וגם את תנאי השכר הנוספים.

דוגמה נוספת היא מקרה שבו מקום העבודה, המעסיק והעובד מהווים חלק מחברה שבמסגרתה שלילת זכויות העבודה הנהוגה בה ידועה היטב מראש לכלל הצדדים ומאוזנת בהטבות אחרות שניתנות לחברי המגזר, אם כי כאמור, גם כאן יש לשקול את הדברים ביחס לכל זכות וזכות.

ניסיוני מראה שלעיתים עובדים שמועסקים במוסדות החינוך והדת בחברה החרדית, בוחרים לאחר שנים רבות של עבודה שבהם לא טענו דבר נגד מודל ההעסקה, לתבוע את המעסיק דווקא בפני בתי דין 'ציוניים'. כך הם מבקשים מחד, להביא את עניינם לפני בית דין שפוסק לפי דין תורה, ומאידך מקווים לקבל סעד שונה מהפסיקה הנהוגה בקהילתם אשר ייטיב עמם. על פי הניתוח שהצעתי לעיל, ייתכן שכאשר מופיעים בפני בית דין שאינו שייך למגזר החרדי, שני צדדים שמשתייכים למגזר החרדי, ומודל ההעסקה ביניהם מושפע באופן בולט ממנהגי חברה זו, על בית הדין להביא בחשבון במקום המתאים ובאופן מידתי את מנהגי הקהילה ואת ההסכמות בין הצדדים.

9. ראו לדוגמה ממצאים בנוגע להיקף התמיכות במגזר שהוצגו במסגרת יום עיון שנערך בפברואר 2018 - מחלקת המטבע של בנק ישראל והמכון החרדי למחקרי מדיניות: <https://katzr.net/acb1de>

אך שקילת הנסיבות שעשויות לתת תוקף לויתור עובד על זכויותיו אינה קשורה לשייכות מגזרית דווקא, גם אם באופן טבעי נמצא אותה יותר רלוונטית למגזר החרדי בשל מנהגיו הפנימיים. היא מאפשרת לפוסק להרחיב את המבט ולשקול את כלל השיקולים אל מול המקרים שמגיעים לפתחו. הכרה בכך תאפשר כי יהיה זה לגיטימי לשאול בקול רם האם נכון להעניק לעובד את כלל זכויות העבודה במלואן באופן מרחיב ותוך פרשנות המיטיבה עמו אוטומטית, או שמא נכון במקרים נקודתיים דווקא לתת מקום מסוים לעקרון חופש החוזים ולצמצם את היקף פרשנות ותחולת הזכויות המוקנות, אם מוכח שהעובד היה מודע היטב למשמעות עבודתו במסגרת זו ולא התנגד לה, ומתן הזכויות באופן מרחיב עשוי לפגוע אנושות במעסיק.<sup>10</sup>

10. [הערת מערכת: המחברת טוענת שיש לחוקי המגן תוקף הלכתי, אך מצביעה במאמרה על כלים הלכתיים ששימשו את בתי הדין כדי לפרשם באופן מצמצם וכך לשלול באופן חלקי את הזכויות הנגזרות מהם. לדברי המחברת, השימוש בכלים אלה נעשה לאור הנהוג במגזר שאליו שייכים העובד והמעביד (ובמיוחד במגזר החרדי), וכאשר הייתה ביניהם הסכמה שבשתיקה מראש שלא ליישם את חוקי המגן במלואם. לעניות דעתנו נראה שלמרות הנימוקים שהובאו במאמר, יש שיקולים כבדי משקל המצדדים בהחלת חוקי המגן במלואם באופן אחיד:

א. המחברת מציינת שיש זכויות שאין לאפשר ויתור עליהן בהסכמה, אך אינה מפרטת מהן הזכויות שיש להעניק במלואן לכל העובדים, ללא קשר לשיוכם המגזרי, ומהן הזכויות שניתן לאפשר ויתור עליהן. נראה שאין הצדקה הלכתית להבחנה בין זכויות קוגנטיות מסוימות לבין זכויות אחרות.

ב. על הפסיקה ההלכתית להתחשב בכך שהתייחסות אחידה לכלל העובדים, ללא תלות בשיוכם המגזרי, תמנע רגשות מוצדקים של אפליה, תצמצם תופעות שליליות של השתמטות מתשלום מס, תקטין את הפער הכלכלי בין מגזרים שונים באוכלוסייה, ותקדם את הלכידות החברתית של העם.

ג. אחת התכליות של קביעת כללים קוגנטיים היא צמצום הידינויות והשגת ודאות, כתוצאה מכך שכל צד יודע בוודאות מהן זכויותיו ומהן חובותיו. החלה מלאה של התוקף ההלכתי של חוקי המגן תעודד תכלית זו ותמנע הידינויות משפטיות יקרות ומיותרות.

מסיבות אלה נראה שגם אם ההלכה מכירה במידה מסוימת בטענות של מחילה או התניה על תוקף חוקי המגן, דין 'אמת לאמיתו' יושג דווקא במתן תוקף הלכתי מלא לכלל הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד לפי החוק.

#### תגובת המחברת:

א. הצדקה ההלכתית להבחנה בין זכויות קוגנטיות מסוימות לבין זכויות אחרות נשענת על כך שלזכויות המגן בכללן אכן ישנו תוקף הלכתי מחייב עקרונית מכוח הגדרתן כמנהג המדינה ותקנת הציבור שנועדה להגן על ערך חברתי חשוב, אך תוקפן אינו מוחלט אלא מאוזן אל מול מנהגים מקומיים המשקפים גם הסכמה מכללא בין הצדדים - הנדרתי זאת בלשון מודרנית: זכויות מוגנות אל מול חופש חוזי.

ב. הפסיקה ההלכתית ממילא שונה ממקום למקום, ומבית דין לבית דין, כך שפסיקה של בתי דין מזרם מסוים לא תביא להערכתי להקטנת הפערים ולשאר התוצאות החיוביות שנמנו בהערת המערכת, אלא רק גורמת לבעלי דין בודדים לצאת כנגד ההסכמה הקהילתית והגישה ההלכתית הנוהגת במקומם. היא מביאה לתביעות כנגד מעסיקים שאינם יכולים לעמוד בחיוב התשלומים הבלתי צפוי הניחת עליהם, ללא שיש מערכת ציבורית כוללת שתתמוך בהשפעות תביעות אלה על המוסדות.

ג. כאמור, המדיניות ההלכתית ממילא אינה אחידה בתחום זה. דווקא קירוב בין המדיניות המוצהרת המוגדרת של בתי דין 'ציוניים' למדיניות בתי דין 'חרדיים', עשוי להגביר את הוודאות ולצמצם תביעות. נכון להיום צדדים הפונים לבית הדין לא תמיד יודעים על אילו זכויות יגן בית הדין ועל אילו לא, ובאיזה אופן והנמקה, וישנו חוסר וודאות הן ביחס למדיניות ההלכתית המבחינה בין בית דין לבית דין, והן ביחס למדיניות ההלכתית הפנימית של בית הדין הספציפי. כמובן שאין להפלוג בין מתדיינים 'חרדיים' למתדיינים 'ציוניים', אך מנגד גם לא נכון לדעתי להחיל נורמות אחידות תוך התעלמות מהמאפיינים, ההסכמות, והנהגים הייחודיים ספציפיים למגזר, ולהימנע מלתת משקל כלשהו לחופש החוזי של הצדדים שפעמים רבות אינו עולה בקנה אחד עם דרישות החוק. מאמרי זה בכוונת מכוון אינו נותן הגדרות מפורטות לאופן שבו נכון לאזן בין הצורך להגן על העובד אל מול הזכות לחופש חוזי, הוא רק מהווה קריאת כיוון לפתיחת דיון שתכליתו האחדה וודאות.