

בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן "המהפכה החוקתית"

יצחק לובוצקי, * דוד א' פרנקל**

פיטוריו של עובד מהווים מימוש הכוח הניהולי של מעבידו. התקופה של סיום יחסי עבודה היא תקופה בעייתית ורגישה. השאלה הנשאלת במאמר היא: האם גם בתקופה שבה זכויות חוקתיות של עובד מתנגשות עם זכויות חוקתיות של מעבידו ניתן להגיע ל"איזון חוקתי" בין מעשה הפיטורים הכוחני לבין הזכות החוקתית לסיום העבודה בכבוד? חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הצמיח זכויות מתנגשות של קניין למעביד וכבוד לעובד. המאמר בודק את האפשרות של יצירת האיזון הראוי. מסקנתו היא שניתן לנהל את הליך הפיטורים בצורה שתצמצם את ההתנגשות הדרמתית בין קניינו של המעביד לבין כבודו של העובד. ניתן אפוא לאתר "נוסחה לניהול פיטורים הוגנים", אשר שימוש מושכל בה יציב את המנהל ב"נקודת איזון חיובית". נקודת איזון חיובית פירושה סיום מכובד והגון של יחסי העבודה.

מבוא

פרק א: הגישה המסורתית ושלבי התפתחותה
פרק ב: הגדרת נקודת האיזון והקושי במציאתה
פרק ג: הנעשה בשיטות משפט אחרות

* Ph.D. במדעי הניהול, שופט בית־דין אזורי לעבודה, מורה (מן החוץ) בבית־הספר לניהול של אוניברסיטת בן־גוריון בנגב ובפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר־אילן.
** LL.D., פרופסור מן־המניין, ראש תחום המשפט, המחלקה למינהל עסקים, בית־הספר לניהול, אוניברסיטת בן־גוריון בנגב; פרופסור־אורח ב־King's College London School of Law.

תודת המחברים נתונה לחברי מערכת משפט ועסקים, ובמיוחד לעורך הראשי ד"ר גיא זיידמן ולעורך עו"ד ארו שחם, על עצותיהם והערותיהם המועילות.

1. אנגליה
 2. האיחוד האירופי
 3. ארצות-הברית
- פרק ד: הגבלת כוחו של המעביד לפטר במשפט הישראלי
 פרק ה: ניהול פיטורים הוגנים – הצעת נוסחה למנהל
 פרק ו: בחינת תקפותה של "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים"
 פרק ז: סיום

מבוא

פיטורים הם פעולה כוחנית שבאמצעותה המעביד מממש את זכותו הקניינית במפעלו. אולם משפט העבודה מאפשר להתערב בפעולה זו. כוחם של דיני העבודה להתערב בדרך של מניעת פיטורים נובע משיטת המשפט הפטרנליסטית החלה על חוזה עבודה, להבדיל מחוזה רגיל. כאשר דיני העבודה בוחרים להתערב בזכותו הקניינית של המעביד לפטר, הם עושים זאת חרף מגבלות החוק (סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970), שלפיו אין לאכוף עבודה שהיא שירות אישי.¹ אולם התערבותם של דיני העבודה במימוש זכותו של המנהל לפטר אינה בהכרח בדרך של אכיפת יחסי העבודה. לעיתים בית-הדין לעבודה קובע כי גם במקרה של פיטורים שנפל בהם פגם אין מקום לאכיפת יחסי עבודה על הצדדים, ומסתפק בחיוב המעביד בתשלום פיצוי כספי לעובד שנפגע כתוצאה מהפיטורים הפגומים.² פעמים אחרות

1 ס"ח 16. למרות הפסיקה של בית-המשפט העליון האוסרת אכיפת יחסי עובד-מעביד במקרה של פיטורים שנעשו בניגוד להסכם העבודה (ראו: בג"ץ 254/73 צרי, חברה פרמצבטית ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד כח(1) 372 (להלן: עניין צרי); בג"ץ 380/74 סלמאן נ' ביה"ד הארצי לעבודה וההסתדרות הכללית, פ"ד לו(1) 495 (להלן: עניין סלמאן); בג"ץ 473/77 ההסתדרות הכללית נ' בית הדין הארצי לעבודה וסלמאן, פ"ד לב(1) 819), קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי הוא רשאי במקרים המתאימים לאכוף יחסי עובד-מעביד, וכי ההלכה שפסק בית-המשפט העליון חלה רק במקרים שקיים בהם קשר אישי של ממש, קשר של אמון, בין מבצע העבודה לבין הבעלים או המנהל המעביד. ראו דב"ע נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ נ' יניב ואח', פד"ע לג 289 (להלן: פסק-דין מפעלי תחנות בע"מ).

2 ראו ע"ע 300235/98 אבו ג'מאע סולטאן נ' עיריית רהט, פד"ע לו 337, סעיף 14 לפסק-הדין, שבו נמנע בית-המשפט מלאכוף יחסי עבודה חרף פיטורים שנעשו ללא "שימוע". כך היה גם בע"ב (ת"א) 6067/02 מאיר איתן נ' הילטון ת"א בע"מ (טרם פורסם,

ההנחה היא שחרף הפגם שנפל בפיטורים ומעיב עליהם, לא הייתה למנהל אפשרות זולת הוצאתם אל הפועל.³

בהליך הפיטורים קיימת אי־ודאות רבה מכיוון שהדרך לפטר עובד אינה מפורטת בדרך־כלל בהסכם העבודה האישי, אם יש כזה, ואינה מוסדרת בחוקי־המגן. השוק אינו פועל באופן יעיל, שכן נראה כי הן העובד המפוטר והן המעביד נפגעים מהליכי הפיטורים באופן הלא־מוסדר שבו הם מתנהלים כיום. כאשר מעביד מפטר עובד, קיים סיכוי גבוה שתתקיים פגיעה בכבודו של העובד. פיטורים גורמים נזק גם למעביד מאחר שיש להם השפעות שליליות על האווירה במקום העבודה. כמו־כן, לנוכח נטייתם של בתי־הדין לעבודה לבחון את הליכי הפיטורים ונימוקיהם, ובמקרים רבים להחזיר את העובד למקום עבודתו אם ההליכים לא היו תקינים, המעביד נתון בסכנת תביעה מצד העובד המפוטר.⁴

השאלה המרכזית שבה נדון במאמר זה היא מהם פיטורים פרטניים הוגנים ומהי הדרך הנאותה לפטר בצורה הוגנת עובד לא־מאורגן. נבחן את המצב הקיים במדינות שמעבר לים, ונסה להציע למנהל המפעל "נוסחה לניהול פיטורים הוגנים" שתתאים לאווירה החוקתית שיצרו בתי־הדין לעבודה בטיפולם בסוגיות של פיטורים לא־מוצדקים. לאחר־

ניתן ביום 4.8.2004, סעיף 12 לפסק־הדין מפי השופט שמואל טנגבוים. בית־הדין נמנע ממתן סעד של אכיפה גם במקרים שבהם חלף זמן רב בין הפיטורים הפגומים לבין הכרותם ככאלה – ראו ע"ע 300053/96 אסנת נתאי נ' בית התפוצות, פד"ע לו 311, סעיף 13 לפסק־הדין. אפילו כאשר מדובר בשירות הציבורי נמצא כי לא כל שופטי בית־הדין הארצי לעבודה דוגלים באכיפה של יחסי עבודה על המעביד הציבורי כדבר שבשגרה – ראו ע"ע 1184/00 עמוס בוקבוזה נ' אפריר בע"מ, עבודה ארצי, כרך לג 37, סעיפים 9–11 לפסק־הדין מפי השופטת ורדה וירט־ליבנה.

3 ראו פסיקת שופטי הרוב מפי השופט שמואל צור בע"ע 1465/02 בנימין משה נ' איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, עבודה ארצי, כרך לג(81) 44, סעיפים 6–8 לפסק־הדין (להלן: עניין בנימין משה); וכן פסיקת שופטי הרוב מפי הנשיא סטיב אדלר בע"ע 98/300178 דוד ביבס נ' שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481, שם הובאו בחשבון תחושותיו וחשדותיו של מעביד נגד עובד, חרף העובדה שזה זופה מאשמה פלילית.

4 ראו גישתה המפורטת והמעניינת של השופטת נילי ארד בע"ע 1403/01 סוהייר סרוג' נ' המוסד לביטוח לאומי, עבודה ארצי, כרך לג(61) 45, סעיף 41 לפסק־הדין (להלן: פסק־דין סוהייר סרוג'). בפסיקה אחרת הדגישה השופטת ארד כי כאשר מדובר במעביד הציבורי אין להסתפק בפיצוי כספי במקום סעד של אכיפה אם הפיטורים נמצאו פגומים – ראו ע"ע 1290/02 מדינת ישראל נ' אלי שדה, עבודה ארצי, כרך לג(99) 36, סעיף 32 לפסק־הדין. כאשר מעביד פוגע בעת הפיטורים ב"זכות חוקתית", אכיפת יחסי העבודה היא סעד ראוי ומקובל – ראו עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ נ' ההסתדרות הכללית, פד"ע לה 145. גישה זו הובילה למצב שבו בית־הדין לעבודה נמנע כיום בדרך־כלל מלדחות על הסף תביעה לאכיפת יחסי עבודה – ראו דב"ע 3-68/11 אריק שקד נ' הסוכנות היהודית, עבודה ארצי, כרך לא(4) 149, מפי השופטת אלישבע ברק (להלן: פסק־דין אריק שקד).

מכּן נבחן את הנוסחה המוצעת על-פי מקרים פרטניים שהגיעו לדיון בבתי-הדין לעבודה.

פרק א: הגישה המסורתית ושלבי התפתחותה

הגישה המסורתית דבקה ככל האפשר בהימנעות מהתערבות בשיקולי המנהל המפטר ובדרך מימושם של הפיטורים. עד לסוף שנות התשעים של המאה העשרים שלטה הדעה שמסמכותו של כל מעביד לפטר עובד בכל עת, כפוף להגבלות שבחוק ולהגבלות שאותן קיבל על עצמו המעביד בחוזה עבודה אישי או בהסכם קיבוצי.⁵ גם כאשר אומצו ההגבלות לפיטורים שנקבעו בהסכם, דגלה גישה זו בפרשנות דווקנית ומצמצמת להגבלת הפיטורים.⁶

בתי-הדין לעבודה נהגו אומנם במשך עשרות שנים להתערב בהליך של פיטורים, כדבר שבשגרה, כאשר הללו היו בניגוד להוראה שבחוק, כך, למשל, הוגבלו פיטוריה של עובדת בהיריון, בחופשת לידה או בהיעדרות שלאחר לידה,⁷ כפוף לתנאים המפורטים בסעיף 9 לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954.⁸ במקרים אחרים בוטלו הסדרי פרישה קיבוציים לאחר שנמצאו מפלים מחמת גיל.⁹ ההלכה הייתה ונשארה כי פיטורים בניגוד לחוקי-מגן בטלים מעיקרם.¹⁰ גם במקרים של פיטורים שנעשו בניגוד להסכם מפורש, בין הסכם אישי ובין הסכם קיבוצי, ואשר נמצאו פגומים, זכה הצד הנפגע בסעד – לעיתים

5 ראו דב"ע לט/101-3 טוביהו נ' המועצה לענף החלב, פד"ע יא 18; דב"ע לב/4-6 ועד עובדי תחזוקה ישירה נ' אל-על, פד"ע ג 393; פסק-דין מפעלי תחנות בע"מ, לעיל הערה 1.

6 ראו דב"ע נב/4-4 ארגון מורי ביה"ס העל יסודיים נ' מועצה אזורית מנשה, עבודה ארצי, כרך (1) 28, סעיף 3 לפסק-הדין; ע"ע 300114/98 ההסתדרות הכללית ואח' נ' קופ"ח הכללית, עבודה ארצי, כרך לב(1) 264, סעיף 26 לפסק-הדין (להלן: פסק-דין ההסתדרות הכללית נ' קופ"ח הכללית).

7 ראו דב"ע מג3-113 / עיריית ראש"צ נ' לונה אמסלם, פד"ע טו 250, 256. לעניין התערבות בית-הדין בשיקולי המפקח על העבודה בהתרת פיטוריה של עובדת בהיריון ראו ע"ע 307/99 אופיר טורס בע"מ נ' זהבה גולדנברג-חייט, פד"ע לח 170, סעיף 98.

8 יצחק לובוצקי סיום יחסי עבודה (ניצן, 2004) פרק 5.

9 ראו ע"ע 1414/01 מפעלי ים המלח נ' משה ניסים, עבודה ארצי, כרך לג(8) 45, סעיף 23 לפסק-הדין מפי השופט שמואל צור; דנג"ץ 4191/97, 4773/97 רקנט ואח' נ' ביה"ד הארצי ואח', פ"ד נד(5) 330.

10 ראו דב"ע מח8-3 / אבנר קופל, סוכנות לביטוח נ' עדי וייס-ארלוביץ, פד"ע כ 57, 59.

סעד של פיצוי כספי ולעיתים סעד של אכיפת יחסי העבודה.¹¹ אולם רק בשנים האחרונות, עם התפתחותה של הגישה המחייבת מעביד לנהוג בתום-לב מוגבר ביחסיו עם עובדיו,¹² נוצרה אווירה שיפוטית התומכת בהתערבות רחבה של בתי-הדין בהגבלת כוחו של המעביד לפטר.¹³ מדובר בהטלת סייגים על הליך הפיטורים (כגון חובת "השמיעה הנאותה" קודם לפיטורים), וכן בבדיקה מסויגת של נימוקי הפיטורים. הנחתנו היא שהנטייה של בתי-הדין לעבודה "לבחון מקרוב" את הליך הפיטורים ואת נימוקיו נובעת מתחושתם כי זו הדרך המתחייבת מ"המהפכה החוקתית".¹⁴ מהפכה זו, שהעניקה מעמד נורמטיבי לזכויות-יסוד המעוגנות בחוקי-יסוד,¹⁵ הקימה אולי עילה לעובדים להתערב בתוכן העבודה או בצורת ביצועה על-מנת לשמור על הזכויות החברתיות שלהם, כגון כבודם וחופש עיסוקם. הטלת הגבלות על פיטורי העובדים באה לשמור אם כן על סיפוקם במקום עבודתם. מדובר בסיפוק נפשי (רגשי) ובסיפוק מוחשי (חומרי).¹⁶ הסיפוק הוא הפיצוי שהעובד מקבל על תרומת כוח העבודה שלו לעסקו של המעביד. הגבלת זכותו הקניינית של המעביד לפטר

11 לאכיפה מקובלת יותר בהתייחס לגוף ציבורי או לגוף "דומהותי" הנותן שירות לציבור ראו ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ ואח' נ' עבד אלחמיד ג'אבר, פד"ע לה 245.

12 ראו את דבריה של השופטת אלישבע ברק (כתוארה אז) בפסק-דין אריק שקד, לעיל הערה 4, בעמ' 149.

13 על הפרוגטיבה הניהולית מול "הזכות לעבוד", ועל האיזון שבין אילוצי המעביד לזכותו של האדם לעבוד ולהשתכר בכבוד, ראו ע"ע 359/99 לאה לוינ' נ' רשות השידור, פד"ע לו 400. על היקף "הזכות לעבוד" באמנות בין-לאומיות המחייבות את ישראל, ראו דו"ח יישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR), בהוצאת משרד המשפטים, משרד העבודה והרווחה ומשרד החוץ (הוגש בשנת 1997 למשרד לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם).

14 דוגמה מאלפת לביטול פיטורים שנועדו לפגוע בזכותו החוקתית של עובד לפנות לערכאות מצאנו בפסק-דינה של השופטת נילי ארד, ע"ע 1503/02 עופר יחיאלי נ' חברת השמירה בע"מ, עבודה ארצי, כרך לג(26) 48, סעיפים 10-11 לפסק-הדין (להלן: עניין עופר יחיאל).

15 להרחבת הדיון בסוגיית "המהפכה החוקתית", על השלכותיה ותוצאותיה, ראו: אהרן ברק "המהפכה החוקתית - בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3; אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; רות גביוון "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21. "המהפכה החוקתית" חיוקה אומנם את זכות הקניין, אך הציבה מולה את הזכויות החברתיות - ראו, בין היתר, הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

16 איבוד מקום עבודה אינו רק איבוד מקור הפרנסה, אלא גם איבוד האפשרות לסיפוק ולהגשמה עצמית - ראו את דבריה של סגנית הנשיא אלישבע ברק בדעת המיעוט בע"ע 300019/98 דב אורן נ' דניה סיבוס בע"מ, עבודה ארצי, כרך לג(4) 47, סעיף 19 לפסק-הדין (להלן: פסק-דין דב אורן).

כוחני של יחסי העבודה פוגע לא רק במפוטרי, אלא גם בסיפוק הרגשי של חבריו לעבודה. פיטורים בכבוד ימנעו פגיעה כזו.

קביעת מודל קבוע וידוע מראש של דרך פיטורים, גם כאשר זו אינה מוזכרת בהסכמי העבודה, תיצור תחושת לגיטימיות אצל העובד המפוטרי, אצל חבריו שנותרו במפעל וגם אצל המנהל המפטר. תחושה זו יכולה למתן את הפגיעה בכבוד המפוטרי, למנוע את השפלתו, וממילא למנוע נזק והשפעה שלילית של הפיטורים על האווירה במקום העבודה. במקרה כזה האינטרס של המנהל במימוש המודל של תהליך הפיטורים ("הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים") אינו נובע רק מהרצון לעוגן חוקתי, אלא גם מאינטרס ניהולי מובהק. קיימות תפיסות ניהול שונות המתייחסות להעדר קביעות בעבודה ולהשלכותיו על הצלחת המפעל. ביפן, למשל, חלק מהמרכיבים של ניהול משאבי־אנוש הוא "תעסוקה לחיים". בסביבת עבודה יפנית מעניקים לכ־30% מכוח העבודה "תעסוקה לחיים", שפירושה התחייבות מוסרית להעסקת העובד עד לגיל הפרישה.¹⁹

בישראל מדגישים את חסרונותיה של שיטת "התעסוקה לחיים", המפתחת עובדים חסרי הניעה, שאינם מתאמצים משום שמקום עבודתם מובטח, בעוד המפעל כורע תחת עול של הוצאות שכר קבועות, שאי־אפשר לצמצמן אפילו בתקופת משבר. אולם בארץ נוטים לשכוח את יתרונותיה של "הקביעות בעבודה", לאמור:²⁰

"הפירמה בטוחה שעובדיה יעמדו לרשותה בעת הצורך (ולא יעברו, למשל, לחברה מתחרה), השקעה בהדרכה משתלמת, מאחר שהכישורים הנלמדים ישמשו את הפירמה לאורך זמן, ובנוסף, השיטה עצמה מאפשרת לחברה לתכנן לטווח ארוך וכדומה."

פיטורים הם שינוי בארגון. שינוי בארגון מוליד תגובה של העובדים, וזו עלולה לפגוע בתפוקת העבודה. משך ההתאוששות עלול להיות ארוך ורצוף הפסדים, ועלול גם לגרום להתפטרותם של עובדים טובים. הליך פיטורים מובנה, הגון ומכובד עשוי לשנות את עמדת העובדים כקבוצה ולמזער את נזקי השינוי.²¹ הליך פיטורים הגון עשוי למנוע תחושת כישלון ותגובות של מפח־נפש מצד העובד המפוטרי ומצד חבריו לעבודה. מניעת מצבים של מפח־נפש חשובה לדינמיקה של תהליך ההנעה במפעל.²²

19 עודד שנקר "הניהול היפני - לקחים בישראל" תרבות הניהול בישראל (אהרון שנהר ועמוס ירקוני עורכים, 1994) 195.

20 שם, בעמ' 199.

21 על הדרך הטובה להנהגת שינויים בארגון ראו אמתי קרן שיטות ארגון וניהול (מהדורה חמישית, 1998) 107-201. על יישום תפיסה של כבוד לכל אדם במקום העבודה ראו "סיכום עבודת צוותים לטיפול מנהיגות להצטיינות" תרבות הניהול בישראל, לעיל הערה 19, בעמ' 393.

22 ג' ינאי־טאב ובלהה מנהיים הגורם האנושי בעבודה (תשמ"ז) 222-226.

בניית מודל קבוע וידוע מראש של דרך הפיטורים תיעשה על-ידי איתור "נקודת האיזון החיובית". זו תאותר באמצעות בדיקת אירועים שונים שהובאו להכרעת בתי-הדין לעבודה, ובחינת תוצאתם. אולם קודם לבניית "מודל ישראלי" של "נוסחה לניהול פיטורים הוגנים", מן הראוי להתבונן מעט בשיטות משפט אחרות ולבדוק כיצד הן מגבילות את דרכי הפיטורים ואת כוחו של המנהל לפטר.

פרק ג: הנעשה בשיטות משפט אחרות

1. אנגליה

המשפט האנגלי מבחין בין שני מצבים בהקשר של סיום חוזה עבודה: האחד, פיטורים על-פי המשפט המקובל (Common Law), הנקראים "פיטורי-עושק" (Wrongful Dismissal); ופיטורים בניגוד לחוק החרות, הנקראים "פיטורים לא-הוגנים" (Unfair Dismissal).²³

במקרה של "פיטורי-עושק" מדובר בקיומו של חוזה עבודה המגביל את הפיטורים, ובית-הדין דן בשאלה אם המעביד הפר את ההוראות החוזיות של ההסכם.²⁴ במקרה של "פיטורים לא-הוגנים", לעומת זה, בית-הדין דן אך ורק בשאלה אם הפיטורים נעשו בצורה הוגנת.²⁵ לדידנו חשוב לבדוק מה הם "פיטורים לא-הוגנים", ולכן נתרכז כאן רק באלה. על-מנת להגיש באנגליה תביעה בגין "פיטורים לא-הוגנים", העובד צריך למלא כמה דרישות מוקדמות: (א) עיקר עבודתו הייתה בבריטניה; (ב) יש לו ותק של שנה לפחות בעבודה;²⁶ (ג) תביעתו הוגשה תוך שלושה חודשים מסיום עבודתו.²⁷ נוסף על כך, עובד שסיים את עבודתו בגיל שישים וחמש ומעלה אינו רשאי לטעון ל"פיטורים לא-הוגנים",²⁸

23 ראו: The Employment Rights Act 1996, Ch. 18, Sec. 94.

24 ראו: *Shove v. Downs Surgical plc* [1984] IRLR 17 וכן *Laws v. London Chronicle Ltd.* [1959] 2 All ER 285.

25 ראו: *Janice Nairns Employment Law for Business Students* (Pearson Longman, 2nd ed., 2004) 201. The Employment Rights Act, 1996, Ch. 18, Sec. 94, states: "An employee has the right not to be unfairly dismissed by his employer".

26 ראו: Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Quality Period) Order, 1959.

27 ראו: *Jeffrey v. Laurence* ו *Western Excavating (EEC) v. Sharp* [1978] 2 WLR 344 ו *Scott & Electromotors Ltd.* [1977] IRLR 466.

28 ראו: The Employment Rights Act 1996, Ch. 18, Sec. 109(1) וכן *Waite v. GCHQ*.

וכך גם עובדי הכתר, עובדי המשטרה, עובדי הצבא, דייגים וכן עובדים המועסקים בחוזים לא-חוקיים.²⁹

בתי-הדין ובתי-המשפט באנגליה, שנדרשו לקבוע במקרים שונים אם הפיטורים היו לא-הוגנים, מצאו לנכון לשים לב לשני דברים עיקריים בהתנהגותו של המנהל: האחד, אם תגובתו הניהולית (הפיטורים) הייתה סבירה על רקע העובדות הנתונות; והאחר, אם הליך הפיטורים נעשה בצורה הוגנת. כלומר, מדובר בבחינה של הפעלת הכוח הניהולי בצורה כפולה – מהותית ופרוצדורלית.³⁰ הסיבות שהוכרו קטגורית כהוגנות הן סיבות הקשורות לבטחון המדינה או להשתתפות בשביתה פראית.³¹ לעומת זה, הסיבות שהוכרו בחוק כלא-הוגנות הן סיבות הקשורות להפליה (מחמת מין, מוצא או נכות), להיריון, להברות באיגוד מקצועי, להרשעה פלילית בעבר, להעברת הבעלות במפעל, לתגובה על תלונת העובד ולסירוב לעבוד בימי מנוחה, וכן כל סיבה הקשורה לבריאות העובד ולבטיחותו בעבודה.³² בטווח שבין הסיבות שהוכרו באופן מוחלט כ"לא-הוגנות" לבין הסיבות שהוכרו באופן מוחלט כ"הוגנות" מצויות סיבות שעשויות להיחשב לסיבות הוגנות. אלה הן סיבות הקשורות לידע,³³ לכושר עבודה,³⁴ להתנהגות,³⁵ לעודף עובדים,³⁶ לשלילת רשיון העבודה,³⁷ למעמד לא-חוקי ולסיבות משמעותיות נוספות, כגון התנגדות לארגון מחדש של המפעל³⁸ או עריכת שינויים ארגוניים בו.³⁹

-
- 714 AC 2 [1983]. עם זאת, בית-הדין לעבודה באנגליה קבע כי ההוראה בחוק המאפשרת פיטורים בגיל ששים וחמש סותרת את איסור ההפליה שבסעיף 141 לאמנת רומא של האיחוד האירופי, הגוברת על החקיקה הפנימית של המדינות השונות החברות באיחוד. ראו: *Nash v. Mash/Roe Group Ltd.* [1998] IRLR 168; *Rutherford v. Harvest Town Circle* [2002] IRLR 768 *& Secretary of State for the for Trade and Industry*. מן הראוי לציין שגיישה זו ננקטה עד כה רק בבתי-הדין, שפסקי-הדין שלהם אינם נחשבים לתקדימים מחייבים, בניגוד למעמדם של פסקי-הדין הניתנים בבתי-המשפט.
- 29 ראו: *Nairns, supra* note 25, at p. 222. לגבי המשרתים בצבא הוצאו הוראות, שטרם נכנסו לתוקף, מכוח *The Employment Rights Act 1996, Ch. 18, Sec. 192*, שלפיהן יוחלו עליהם ההוראות בדבר "פיטורים לא-הוגנים".
- 30 ראו: *Nairns, ibid.*, at p. 222.
- 31 ראו: *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992, Ch. 52, Sec. 237*, הקובע כי עובד אינו רשאי לקבול על פיטורים אם נטל חלק בשביתה לא-חוקית.
- 32 ראו: *The Employment Rights Act 1996, Ch. 18, Sec. 98(2)*.
- 33 ראו: *Blackman v. The Post Office* [1974] ICR 151.
- 34 ראו: *James v. Waltham Holy Cross UDC* [1973] IRLR 202.
- 35 ראו: *British Home Stores Ltd. v. Burchell* [1980] ICR 303.
- 36 ראו: *Williams v. Compair Maxam Ltd.* [1982] IRLR 83.
- 37 ראו: *Appleyard v. Smith (Hull) Ltd.* [1972] IRLR 19.
- 38 ראו: *Hollister v. National Farmers' Union* [1979] IRLR 238.
- 39 ראו: *St. John of God (Care Services) Ltd. v. Brook* [1992] IRLR 546.

הקבוצה השלישית היא החשובה והבעייתית ביותר על-פי הדין האנגלי. כל אחת מן הסיבות בקבוצה זו עשויה להניע את בית-המשפט לקבוע כי הפיטורים היו הוגנים אם יוכיח המעביד כי סיבה זו התקיימה במקרה הנתון וכי הליך הפיטורים היה הוגן. בית-הדין האנגלי בוחן אם הפיטורים מהווים "תגובה סבירה" על המצב שהצמיח את העילה לקיומם. במקרה של *Iceland Frozen Foods v. Jones*⁴⁰ דובר בעובד שפוטר לאחר ששכח לסגור את המבנה שבו עבד בתום משמרת-הלילה שלו. בית-הדין של הערעור הפך את החלטת הערכאה הראשונה שהצדיקה את הפיטורים, וקבע כי אין די בכך שהסיבה לפיטורים (הרשלנות) היא סיבה סבירה. בית-הדין של הערעור קבע כי יש לבחון את דרך התנהגותו של המעביד בהליך הפיטורים לפי אמת-מידה ביקורתית, קרי: לבחון אם המעביד עשה שימוש מושכל בכוחו הניהולי; אם היה ראוי להזהיר את העובד טרם פיטוריו; אם צעדיו הכוחניים של המעביד תואמים את תגובותיו על מקרים דומים בעבר; אם טיפולו של המעביד בעובד המסוים דומה לטיפולו בעובדים אחרים שהתראשו בעבודתם באותה דרגת התרשלות; ואם קודם לפיטורים שקל המעביד פתרונות אחרים לסוגיה, כגון הורדת העובד בדרגה, העברה למקום אחר, מתן הכשרה מחדש וכיוצא באלה. בית-הדין אינו מסתפק אפוא בסבירותה של החלטת הפיטורים, אלא מתחקה אחר הרקע שלה ובוחן את מידת מקובלותה במסגרת יחסי העבודה המתמשכים, את מידת השוויוניות הגלומה בה ביחס לעובדים אחרים שכשלו, ואת החלופות האפשריות לה.

גישתם זו של בתי-הדין באנגליה מעוררת אותנו להמשיך לחקור ולנסות לגלות כיצד התייחס בית-הדין האנגלי לכל אחת מהעילות שבהן הוא מכיר מראש כסיבות שעשויות להכשיר פיטורים.

ראינו כי כשל ב"כושר עבודה" יכול לשמש עילה לגיטימית לפיטורים. אולם בתי-הדין באנגליה ראו את עצמם חופשיים לשקול עד כמה הכשל שנמצא אצל העובד אכן חמור ומונע את המשכת עבודתו. לדוגמה, במקרה של *Davison v. Kent Meters Ltd.*⁴¹ פוטרה עובדת במפעל לאחר שהרכיבה חמש מאות חלקים בצורה לא-נכונה. בית-הדין קבע כי הפיטורים היו לא-הוגנים משום שהמעביד לא נתן לה הכשרה והוראות ראויות לביצוע המשימה שהוטלה עליה. מדובר אפוא בהתערבות ממשית של הרשות השופטת בשיקול-דעתו של המעביד בכל הנוגע לקביעת סדרי העבודה בעסקו. לעומת זה, במקרה של *Alidair v. Taylor*⁴² שבו פיטרה חברת תעופה טייס אשר סיכן לדעתה את חיי הנוסעים כאשר נחת בצורה מסוכנת, אושרו הפיטורים. נקבע כי המעביד איבד אמון בטייס, וכי המשכת עבודתו בנסיבות כאלה אינה אפשרית.

מסתבר אפוא שהשיקולים המנחים את בית-המשפט בבואו לבחון אם הפיטורים מוצדקים נוגעים גם באופיים של יחסי העבודה במפעל. גם כאשר מחלה היא שפוגעת בכושר עבודתו של העובד, בית-הדין אינו מצדיק

40 ראו: *Iceland Frozen Foods v. Jones* [1982] IRLR 459.

41 ראו: *Davison v. Kent Meters Ltd.* [1975] IRLR 145.

42 ראו: *Alidair v. Taylor* [1978] ICR 445.

אוטומטית את הפיטורים, אלא בוחן את אופי המחלה, את משך ההיעדרות מהעבודה ואת סוג העבודה שבה מדובר.⁴³ במקרה שבו התנהגות העובד היא שהובילה לפיטורים, בית-הדין דורש שהמעביד יספק הוכחה להתנהגות הפסולה או לפחות ישכנע את בית-המשפט כי ערך חקירה סבירה בטרם החליט על הפיטורים. מדובר אפוא בהכנסת מרכיב נוסף של חיוב המעביד בחקירה ודרישה לפני הפעלה כוחנית של זכותו הניהולית.⁴⁴ גם כאשר הפיטורים נובעים מסיבות כלכליות, כגון עודף עובדים, על המעביד להוכיח כי בחירת העובדים המועמדים לפיטורים נעשתה באופן אובייקטיבי ויושמה בצורה הוגנת. מעבר לכך, המשפט האנגלי מדבר על חובת התייעצות ברמה האישית וברמה הקיבוצית (הקולקטיבית),⁴⁵ וכן על ניסיון למצוא לעובד המפוטל תעסוקה חלופית.⁴⁶ הנושא של תעסוקה חלופית תופס מקום נכבד בשיקולי בית-הדין בבואו לבחון אם הפיטורים הוגנים. כלומר, פעולה שהיא חיצונית לפיטורים עצמם יכולה להפוך פיטורים פסולים לפיטורים הוגנים, במיוחד כאשר מדובר בפיטורים שנכפו על המעביד כתוצאה מלחץ של צד שלישי או מלחצם של חבריו לעבודה של המפוטל.

2. האיחוד האירופי

במשפט של האיחוד האירופי, כאשר מדברים על פיטורים על-פי כללים קבועים מראש, מדברים על פיטורים קיבוציים. ההנחיה (directive) שקיבלה בהקשר זה מועצת האיחוד האירופי בשנת 1998 מעדכנת ומבהירה הנחיות קודמות שהתקבלו באותו נושא, וקובעת מה הם פיטורים קיבוציים⁴⁷ ומהן החובות המוטלות על מעביד המבקש לערוך בעסקו פיטורים קיבוציים.⁴⁸

הדרישה הבולטת מכל מעביד, על-פי המשפט של האיחוד האירופי, היא שהלה יתייעץ עם נציגי העובדים זמן סביר לפני הפיטורים, וימסור להם מידע מוקדם ("שקיפות") בקשר

43 ראו: *Spencer v. Paragon Wallpapers Ltd.* [1977] ICR 301.

44 ראו: *Nairns, supra note 25, at p. 194.*

45 ראו: Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Ch. 11, Sec. 188, כפי שהוסבר על-ידי סגנית הנשיא של בית-הדין הארצי לעבודה אלישבע ברק, בפסק-הדין עס"ק 1003/01 ההסתדרות הכללית נ' אי.סי.איי. בע"מ, פד"ע לו 289 (להלן: פסק-דין ההסתדרות הכללית נ' אי.סי.איי.).

46 ראו: *Nairns, supra note 25, at p. 199.*

47 ראו: Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies *Official Journal L* 225/16. על-פי ההנחיה, פיטורים קיבוציים הם פיטורים של עשרה עובדים או יותר (או של 10% ממספר העובדים במפעל שמספר עובדיו עולה על מאה) בתוך שלושים יום, או בפיטורים של עשרים עובדים או יותר בתוך תשעים יום.

48 ראו: Roger Blanpain *European Labour Law* (Kluwer, 1996) 337.

לסיבות הפיטוריים, סוג המפוטרים ומספרם, אמות-המידה לקביעת זהות המפוטרים והיקף פיצויי הפיטורים שישולמו. במקביל לחובת ההתייעצות עם נציגות העובדים, ימסור המעביד מידע על הפיטורים הצפויים גם לרשויות המדינה המוסמכות לפקח על פעולתו. ההתייעצות שהמעביד מחויב בה אינה מן השפה ולחוץ, אלא יש לה תפקיד חשוב. מטרתה היא לחפש דרכים ואמצעים לצמצום מספר המפוטרים או להקלת שילובם מחדש במעגל העבודה.

בהחלטת בית-המשפט של האיחוד האירופי, מן ה-8 ביוני 1994, נקבע כי בכל מפעל חייבת להתקיים נציגות עובדים, ושהמעביד חייב להתייעץ עימה במקרה של פיטורים קיבוציים.⁴⁹

בהקשר של פיטורים על-פי כללים קבועים מראש, המשפט של האיחוד האירופי עוסק לפי שעה רק בפיטורים קיבוציים, ולא בפיטורים פרטניים. גם הסוגיה אם בית-המשפט של האיחוד האירופי יעסוק גם בפיטורים פרטניים טרם הוכרעה סופית. שאלה היא אם ההנחיות של האיחוד האירופי בנושאים אלה מכוונות אל המדינות החברות, כדי שהן יתאימו את החקיקה הפנימית שלהן להנחיות, או שמא הן מקנות גם זכות לפרט לתבוע לפיהן את מעבידו. הגישה שלפיה ההנחיות מכוונות אל המדינות, ואינן מקנות זכות ישירה לפרט, ננקטה במקרה של *Marshall*.⁵⁰ במקרה אחר, לעומת זה, נקט בית-המשפט של האיחוד האירופי גישה שונה, כאשר קבע שגם הפרט רשאי להסתמך על הנחיות האיחוד האירופי בנושאי תעסוקה, ולתבוע על-פיהן גופים מעבידים הנשלטים למעשה על-ידי המדינה.⁵¹

3. ארצות-הברית

ברוב מדינות ארצות-הברית פיתחו בתי-המשפט תיאוריה שלפיה רק פיטורים מ"סיבה מוצדקת" (just cause) הם פיטורים לגיטימיים. כ"סיבות מוצדקות" ראו בתי-המשפט חובות עסקיים או כלכליים של המעביד וכן סיבות מסוימות הקשורות לביצועים דלים של העובד או להתנהגות לא-הולמת מצידו.⁵² כאשר תנאי השוק או מצבו הכלכלי של העסק מחייבים צמצום בכוח העבודה, הדבר נחשב ל"סיבה מוצדקת" לפיטורים, בהנחה שחווה העבודה מאפשר פיטורים כאלה. לעומת זה, כאשר הפיטורים נובעים מסיבות הקשורות להתנהגות העובד, חייב להיות מרכיב מהותי בהתנהגות הלא-הולמת על-מנת שזו תיחשב

49 ראו: *Commission v. UK* (Cases 382/92 and 383/92)[1994] ECR 1 2435; IRLR 412.

50 ראו: *Marshall v. Southampton Area Health Authority* (Case 152/84) [1986] QB 401 [1986] ECR 723.

51 ראו: *Foster v. British Gas plc* [1990] IRLR 354.

52 ראו: Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder & Elaine W. *Shoben Handbook on Employment Law* (West Publishing Co., 1994) 541.

ל"סיבה מוצדקת". הונאה, הטרדה מינית, שכרות ואלימות הן דוגמאות להתנהגות לא-הולמת מהותית; אולם הזנחת התפקיד, גסות-רוח או הגשת תביעה נגד המעביד לא ייחשבו תמיד ל"התנהגות לא-הולמת".⁵³ לבתי-המשפט ניתן אם כן טווח רחב של שיקול-דעת ביציקת התוכן לקביעה הכללית כי רק "סיבה מוצדקת" מהווה עילה לגיטימית לפיטורים.

כאשר מדובר בהעסקה במגזר הציבורי, מצטרפת לדרישה ל"סיבה מוצדקת" דרישה נוספת, והיא שהמעביד ייתן לעובד הזדמנות להשמיע את דבריו קודם לפיטוריו.⁵⁴ ברם, חרף המדיניות השיפוטית שתוארה לעיל, ברוב המדינות של ארצות-הברית בתי-המשפט חורגים ממדיניות זו ומוותרים על דרישה נוקשה של "סיבה מוצדקת" לפיטורי עובד. כך, למשל, בית-המשפט הגבוה של מדינת ניו-ג'רזי אישר פיטורים ללא סיבה מיוחדת.⁵⁵ על כל פנים, בכל המדינות מקובלת ההשקפה כי אין לפטר עובד בגין סירוב לעשות פעולות לא-חוקיות, דיווח על פעולות כאלה, מחאות ותלונות בתוך המפעל או מילוי חובות אורחיות. דוגמאות לפעולות המוזכרות הן סירוב של העובד להעיד עדות-שקר לטובת מעבידו,⁵⁶ ודיווח של עובד על מעשים לא-חוקיים לגופים שנועדו לפקח ולשמור על החוק.⁵⁷ גם דיווחים בתוך המפעל נמנים עם הפעולות "המוגנות",⁵⁸ אולם בדרך-כלל בתי-המשפט נוטים להגן יותר על מי שמתלונן לגורמים מוסמכים חיצוניים, כגון משטרה, רשויות ממשלתיות ועירוניות.⁵⁹

53 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין של בית-המשפט העליון במדינת אילינוי במקרה של: *Mitchell v. Jewel Food Stores*, 568 N.E.2d 827 (Ill. 1990)

54 ראו: Steven Mitchell Sack *The Employee Rights Handbook: The Essential Guide for* *People on the Job* (Warner Books, 2000) 315–331 על "פיטורים לא-הוגנים" ראו: *Ibid*, at pp. 259–263

55 ראו: *Velantzas v. Colgate-Palmolive Co. Inc.*, 536 A.2d 237 (N.J. 1988) כך בקליפורניה ובמדינות רבות אחרות. ראו: *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters, Local 396*, 174 Cal.App.2d 184 (Cal. 1959) ובמחוז קולומביה צמצמו את ההגנה על העובד רק למקרים שבהם המעשה הלא-חוקי גורר ענישה פלילית, ולא רק סנקציות אורחיות. ראו: *Hancock v. Express One International, Inc.*, 800 S.W.2d 634 (Tex. 1990); *Adams v. George W. Cochran & Co.*, 597 A.2d 28 (D.C. 1991)

57 ראו: *Palmateer v. International Harvester Co.*, 421 N.E.2d 876 (Ill. 1981); *Garibaldi v. Lucky Food Stores, Inc.*, 726 F.2d 1367 (9th Cir. 1984); *certiorari denied* 471 US 1099 (1985)

58 ראו: *Cilley v. New Hampshire Ball Bearings, Inc.*, 514 A.2d 818 (N.H. 1986); *Belline v. K-Mart Corp.*, 940 F.2d 184 (7th Cir. 1991)

59 ראו: Rothstein & others, *supra* note 52, at pp. 545–549. עוד על "פיטורים לא-הוגנים" ראו: Paul C. Weiler *Governing the Workplace, the Future of Labor and Employment Law* (Cambridge, 1999) 48–106

בתי-המשפט בארצות-הברית הקדישו תשומת-לב לא רק לסיבת הפיטורים, אלא גם לדרך שבה הם נעשים. פיטורים משפילים שכללו הוצאת דיבה,⁶⁰ לחץ נפשי או חדירה לפרטיות נחשבים לפיטורים שלא כדין.⁶¹ התייחסות משפילה שנועדה להניע את העובד להתפטר, או פיטורים שנעשו לאחר חקירות לא-הוגנות, הוכרו אף הם כפיטורים פגומים, המזכים את הקורבן בסכומי כסף נכבדים כפיצוי. למשל, חקירת עובד במשך שלוש שעות ללא הפסקה, שימוש בשפה גסה, הנחת המחאות של העסק על שולחנו על-מנת להחשידו בגנבה, הטיית תוצאות של בדיקת פוליגרף – כל אלה נמצאו התנהגויות מהפירות של המעביד, שתוצאתן פגם בפיטורי העובד. כך נפסק גם כאשר המעביד לא קיים הבטחות שהבטיח לעובד,⁶² או כאשר העביר את העובד לעבודה נחותה ביהס למעמדו הקודם בחברה⁶³ על-מנת להכניסו למצוקה נפשית.⁶⁴

פסיקתם המרובה של בתי-המשפט בארצות-הברית בנוגע לשאלה מהי "סיבה מוצדקת" לפיטורים הניעה את הוועדה להאחדת חוקי המדינות של ארצות-הברית להציע בשנת 1991 חוק הכולל "מודל של סיום ההעסקה" (Employment Termination Model), הוא Uniform Employment Termination Act. חוק זה אוסר לפטר עובד אלא אם כן יש למעביד "סיבה טובה" (Good Cause).⁶⁵ בהגדרה שבסעיף 1(4) לחוק נעשה ניסיון להביא בחשבון הן את חובותיו של העובד כלפי מעבידו, שעיקרן אחריות, התנהגות הולמת וגילוי נאות, והן את חובותיו של המעביד כלפי העובד לקיים הערכות עסקיות כלכליות וניהוליות בתום-לב. בהצעה הושם דגש בהתנהגות בתום-לב (good faith) של המעביד. המעביד נדרש להוכיח כי פיטוריו של העובד התבססו על החלטות עסקיות שהתקבלו בתום-לב. כן נקבעו תנאים אימתי ניתן לפטר עובד – כנגד תמורה כספית נאותה – גם ללא "סיבה טובה".⁶⁶ אחד ממרכיבי המודל הוא "שקיפות" של נימוקי הפיטורים. אולם מעניין שהחוק מחייב שנימוקי הפיטורים יובאו בכתב לעובד המפוטר לאחר הפיטורים, ולא קודם להם.⁶⁷ תרשים 1 מסכם את גישת המשפט במדינות שמעבר לים בכל הקשור להגבלת כוחו של המעביד לפטר.

60 ראו: *Agis v. Howard Johnson Co.*, 355 N.E.2d 315 (Mass. 1976).

61 ראו: *Harris v. Arkansas Book Co.*, 700 S.W.2d 41 (Ark. 1985).

62 ראו: *Stewart v. Jackson & Nash*, 976 F.2d 86 (2d Cir. 1992) (applying N.Y. law);

Shebar v. Sanyo Business Systems Corp., 526 A.2d 1144 (N.J. 1987); affirmed 544

A.2d 377 (1988); *Varnum v. Nu-Car Carriers, Inc.*, 804 F.2d 638 (11th Cir. 1986)

.(applying Fla. Law), certiorari denied 481 U.S. 1049

63 ראו: *Wilson v. Monarch Paper Co.*, 939 F.2d 1138 (5th Cir. 1991).

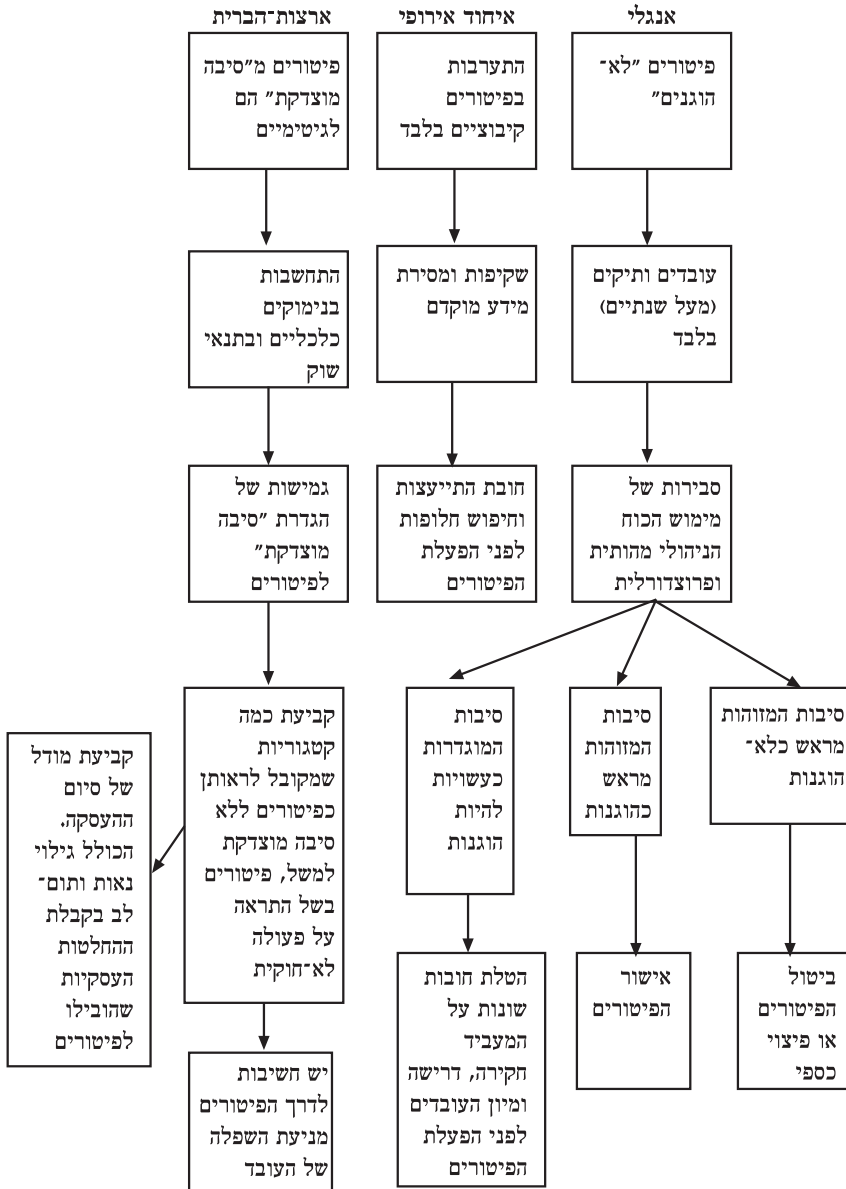
64 ראו: Rothstein & others, *supra* note 52, at pp. 553–556.

65 ראו: Uniform Employment Termination Act, Sec. 3(a).

66 ראו: *Ibid.*, Sec. 6.

67 ראו: Rothstein & others, *supra* note 52, at p. 566.

תרשים 1: סיכום משווה של גישת המשפט במדינות שמעבר לים ביחס לפיטורים לא-הוגנים או מסיבה לא-מוצדקת



פרק ד: הגבלת כוחו של המעביד לפטר במשפט הישראלי

בתי-הדין לעבודה נוטים לעיתים לא להתערב בדרך של מניעת פיטורים גם כאשר הוכרו כי הם "פיטורים לא כדין". זאת, משום שבעבר הודגשה ההלכה שלפיה קשה לאכוף עבודה, שהיא שירות אישי, בשל הוראות סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970.⁶⁸ פיטורים כאלה זיכו את הנפגע בפיצוי כספי, ובלבד שהוכח כי המעביד הגביל את עצמו בהסכם מביצוע פיטורים.⁶⁹ ההצדקה המשפטית להתיר את כוח הפיטורים השרירותיים (ללא נימוק) נבעה מזכות הבעלות של המעביד במפעלו, שהיא זכות-יסוד קניינית.⁷⁰

אולם כיום, מכוח עקרון "תום-הלב",⁷¹ המשפט הישראלי מאפשר להגביל את כוחו של המעביד לפטר גם כאשר הלה לא הגביל את עצמו בהסכם וגם בהעדר חקיקה מגבילה.⁷² נראה ש"המהפכה החוקתית" הדגישה את זכויותיו של העובד במקום עבודתו, ובעיקר את זכותו לכבוד ולחופש העיסוק.⁷³ לפיכך פיטורים שנמצאו נוגדים זכויות-יסוד, כמו-גם כאלה שנעשו לא בתום-לב, נמצאו פיטורים פגומים. אלה שנגדו זכויות-יסוד, בית-הדין עשה לביטולם,⁷⁴ ואלה שנמצאו "חסרי תום-לב" זיכו את העובד הנפגע בפיצוי כספי העולה על זה המוענק למפוטר מכוח חוק פיצויי פיטורים. כך, לדוגמה, זכותו של המעביד לפטר – ובכך לממש את זכותו הקניינית – ניגפת לפני זכויות-יסוד לשוויון ולחופש

68 ס"ח 16. בעניין צרי, לעיל הערה 1, בסעיף 11 לפסק-הדין, נקבע כי "גם בתנאי העבודה בזמננו יש צידוק שלא לכפות על בעל המפעל, להחזיק בו עובד שלדעתו אינו משתלב בו... כפיה זו יכולה בסופו של דבר, לגרוע מרווחיות המפעל ולהסב נזק למשק"; ובעניין סלמאן, לעיל הערה 1, בעמ' 501 לפסק-הדין, נקבע כי "גם לאחר פסילת הפיטורים אין חובה להחזיר את העותר לעבודתו".

69 ראו דב"ע נא/193-3 ד"ר פנחס שוינגר נ' סונול ישראל, סעיף 16 לפסק-הדין (לא פורסם, ניתן ביום 10.11.1992).

70 הדרה בר-מור "רקוויאם לקשר קיבוצי" ספר ברנזון (הוצאת נבו, 2000, חלק ב) 667; ע"ע 300335/98 ראפע נ' המועצה האזורית מטה אשר, עבודה ארצי, כרך לג(46) 23, סעיף 9 לפסק-הדין.

71 המקור הנורמטיבי לתום-הלב נמצא בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118, והשלכתו לגבי החוקים האחרים נעשית באמצעות סעיף 61(ב) שבו.

72 ראו פסק-דין אריק שקד, לעיל הערה 4, בעמ' 8; אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון (הוצאת נבו, 2000, חלק ב) 499.

73 על ההתנגשות שבין חופש העיסוק לחופש החוזים ראו גבריאלה שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" ספר גולדברג (הוצאת סדן, 2001) 485.

74 ראו, לדוגמה, את פסק-דינה של השופטת נילי ארד בפסק-דין עופר יחיאלי, לעיל הערה 14, שביטל פיטורים שנועדו לחסום את הזכות היסודית לפנות לערכאות.

ההתאגדות. בית־הדין הארצי לעבודה עמד על כך בשעה שנדרש לבטל פיטורי עובדים מאורגנים, לאחר שנמצא כי מעבידם בחר לפטר רק אותם ונמנע מפיטורי עובדים לא־מאורגנים. בית־הדין הארצי לעבודה פסק:⁷⁵

"ההגנה על זכות העובד להיות חבר בארגון עובדים, או לא להיות חבר, גם היא חלק מזכויות היסוד... זכות ההתאגדות שומרת על כבוד העובד במקום העבודה... במקרים רבים כבוד העובד כפרט יובטח רק באמצעות הצטרפותו לקבוצת עובדים, היינו: לארגון עובדים. בזכויות חברתיות יש איוון בין זכויות הפרט לבין זכויות הקבוצה, שמטרתן לחזק את זכויות הפרט. כאשר חלק מהעובדים מן השורה מאורגנים וחלק אינם מאורגנים ופיטורי הצמצום מתרחשים רק במגזר המאורגן, יחשבו העובדים כי לא כדאי להם להיות מאורגנים. פגיעה רק בעובדים המאורגנים בעת צמצומים, תלמד את העובד החדש שלא כדאי להצטרף לארגון העובדים וגורם להחלשת כוחו של הארגון. בכך יש פגיעה בחופש ההתארגנות."

יש הסבורים כי ביטול פיטורים הפוגעים בזכות־יסוד אינו הגבלה של זכות הפיטורים, אלא הרחבת הסעד של אכיפת יחסי עבודה.⁷⁶ אולם בין שמדובר בהגבלת הכוח לפטר ובין שמדובר בהרחבת הסעד התרופתי לצד הניזוק, התוצאה שווה. מנהל היודע מראש שפיטורים הנוגדים זכות־יסוד צפויים להיכשל ירסן את פעולותיו הניהוליות. אין ספק אפוא שקיימת כיום הגבלה ממשית על זכות־היתר הניהולית של מנהלי חברות בכל הקשור לפיטורים.⁷⁷

עד כה דנו ביחסם של בתי־הדין לעבודה בישראל לפיטורים שנמצא בהם פגם מהותי, אולם מקצת משופטי בית־הדין הארצי הרחיקו לכת עוד יותר, וקבעו כי גם בפיטורים שנמצא בהם פגם פרוצדורלי בלבד יש פגיעה בזכות־יסוד. לדעתם, פיטורים שרירותיים על־אתר וללא הודעה מוקדמת מהווים פגיעה בזכות־היסוד של החירות לעבוד. וכך קבעו:⁷⁸

75 דב"ע 4-10/98, 4-11/98 "דלק" בע"מ נ' הסתדרות העובדים, פד"ע לג 337, סעיף 12 לפסק־הדין. במקרה אחר הודגשה "חובת ההיוועצות" במישור הקיבוצי לפני פיטורי־צמצום, במטרה לחזק את חופש ההתארגנות ואת מעמדם של השותפים ליחסי העבודה. ראו עס"ק 1005/00 עתי"ם, סוכנות החדשות הישראלית נ' האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, עבודה ארצי, כרך לג (58) 43 (להלן: פסק־דין עתי"ם).

76 סיגל דוידוב־מוטולה "דיני עבודה – סקירה והתפתחות" עיוני משפט כב (התשנ"ט) 175, 191.

77 עלי בוקשפן "על תכליתה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה" עבודה, חברה ומשפט 10 (2004) 163 (הערת־שוליים 1), 172–173, 174 (תחת הסעיף "זכות־היתר הניהולית וזכויות קנייניות או מעין־קנייניות של עובדים במקום עבודתם").

78 דב"ע נה/264-3 חסן קייסי נ' מוסך אופיר ש. ארמוזה בע"מ, סעיף 14 בדעת המיעוט (לא

"אחרון וחשוב מכל, המערער פוטר מעבודתו על אתר. בכך נפגעו מספר ערכים. בכך נפגעה זכות יסוד שלו, החרות לעבוד. הזכות לעבוד היא זכות אדם יסודית. זוהי הזכות להתקיים בכבוד אנושי המגלמת בחובה את הזכות לתעסוקה ולתנאי עבודה הוגנים. זוהי זכות חברתית המופיעה בחוקות רבות ובאמנות בינלאומיות רבות."

לגבי מקרים שבהם אי-אפשר לתקוף במישרין את הפיטורים כנוגדים זכות-יסוד, פותחה התיאוריה כי יש לדרוש מן המעביד התנהגות בתום-לב. הרעיון הוא כי התנהגות לא בתום-לב פוגעת בקורבן הפיטורים. הפגיעה אינה רק כלכלית, אלא גם נפשית. מדובר בפגיעה בכבודו של אדם. כיום, לאחר "המהפכה החוקתית", פגיעה בכבוד היא גם פגיעה חוקתית, שהרי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בא להגן על הכבוד, לצד ההגנה על הקניין. כיום ניתן אפוא להסביר חוקתית את ההלכה, הנוהגת זה זמן רב, שלפיה הפעלת כוח הפיטורים ייעשה בתום-לב ומשיקולים רלוונטיים.⁷⁹

לפיכך פיטורים שנעשו ממניעים פסולים הם "פיטורים לא כדין", אף אם נעשו מכוח זכותו הקניינית של המעביד לפטר. דוגמה בולטת לפיטורים לא בתום-לב היא פיטורים ממניע פוליטי.⁸⁰ אולם "פיטורים פוליטיים" אינם הפיטורים היחידים שהוכרו בפסיקתם של בתי-הדין לעבודה כפיטורים שנעשו אגב הפרה של חובת ההגינות ותום-הלב. כך, לדוגמה, מצא בית-הדין הארצי לעבודה כי פיטורים שנעשו על רקע סירוב של עובדים לעבוד בשבתות נעשו לא בתום-לב.⁸¹ לעומת זה, במקרה אחר קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי דווקא ארגון עובדים, שסירב לדון עם המעביד בהשעיית עובד שהואשם באשמה פלילית חמורה, הוא שפעל לא בתום-לב.⁸² במקרה אחר אישר בית-הדין האזורי לעבודה

פורסם, ניתן ביום 9.1.1996). ראו גם פסק-דין דב אורן, לעיל הערה 16, בסעיף 19 לפסק-הדין, שם נאמר בדעת המיעוט מפי השופטת אלישבע ברק, בצורה חדה וברורה, כי "הזכות לעבוד פירושה שלא יפטרו את העובד בשרירות".

79 ראו דב"ע נב/4-4 ארגון מורי ביה"ס העל יסודיים נ' מועצה אזורית מנשה, עבודה ארצי, כרך כה(1) 28, סעיף 33 לפסק-הדין; דב"ע מט/145-9 שק"ם בע"מ נ' שלמה אלפסי ואח', פד"ע כא 124, 126. לאחרונה הדגישה השופטת אלישבע ברק את ההתנגשות שבין הזכות לעבוד לבין הזכות לפטר בעניין בנימין משה, לעיל הערה 3.

80 ראו דב"ע מח/103-3 חיים גנאל נ' רשות הנמלים בישראל, פד"ע כ 443, סעיף 4 לפסק-הדין מפי השופט סטיב אדלר.

81 דב"ע נה/3-91 ב.ג. פולימרים אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' זהבה שטול ואח', פד"ע כח 421, סעיף 26 לפסק-הדין.

82 דב"ע נוז/4-2/610 ההסתדרות הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פד"ע ל 522, סעיף 10 לפסק-הדין.

בבאר־שבע פיטורים שנעשו בעקבות תוצאה של מעקב חשאי שניהל המעביד אחר העובד. פיטורים אלה לא נמצאו כלוקים בחוסר תום־לב.⁸³ השאלה העומדת בדרך־כלל לדיון כל אימת שנטענת טענה של פיטורים לא בתום־לב היא שאלת סבירותם של הפיטורים בנסיבות שבהן נעשו. כך, למשל, קבע בית־הדין הארצי לעבודה כי פיטורי עובד בכיר בהנהלה עקב ארגון מחדש במפעל הם סבירים, ללא קשר לתרומתה או לכשלונה של ההנהלה.⁸⁴ בית־הדין מתערב רק כאשר קיימת לדעתו חריגה מ"מתחם הסבירות".⁸⁵ לדוגמה, במקרה של עובד שפוטר עקב הגשת כתב־אישום חמור נגדו, נמנע בית־הדין מלקבוע כי מדובר בפיטורים לא בתום־לב, אף שהעובד פוטר בטרם הוכרע דינו.⁸⁶ התורה הדורשת התנהגות בתום־לב בעת פיטורי עובד חלה גם לגבי עובד ב"תקופת ניסיון". במקרה של עובד כזה, פסיקת בתי־הדין לעבודה דורשת כי המעביד ישוכנע כי העובד אינו מתאים לתפקידו.⁸⁷ אולם בדרך־כלל, כאשר מדובר בעובד בתקופת ניסיון, ניתן להסתפק בקיומו של ספק סביר לגבי מידת התאמתו לתפקידו.⁸⁸ מכך ניתן ללמוד שהתייחסותם של בתי־הדין לעבודה לפיטורי העובד מושפעת ממעמדו של העובד במקום עבודתו.⁸⁹

-
- 83 תב"ע (ב"ש) 3-41/95 הרמן יוסף נ' סונול בע"מ, סעיף 29 לפסק־הדין (לא פורסם, ניתן ביום 15.9.1998), שבו נאמרו מפי השופט אייל אברהמי דברים חשובים ומעניינים. עם זאת, חובה להדגיש כי פיטורים מחמת מעילה באמון צריכים להישען על תשתית ראייתית ראויה, וכי נטל ההוכחה במקרה כזה מוטל על המעביד – ראו פסק־דין ההסתדרות הכללית נ' קופ"ח הכללית, לעיל הערה 6, סעיף 31 לפסק־הדין.
- 84 דב"ע נב/154-3 עיזבון צבי רוזנר ז"ל נ' מדינת ישראל, עבודה ארצי, כרך א(2) 256, סעיף 13 לפסק־הדין.
- 85 דב"ע נג/228-3 סעדי נ' המוסד לביטוח לאומי, עבודה ארצי, כרך כז(1) 140, סעיף 18 לפסק־הדין.
- 86 דב"ע נו/154-3, נו/173-3 זוהייקה חליל נ' בזק בע"מ, עבודה ארצי, כרך ל(2) 190, סעיף 11 לפסק־הדין.
- 87 דב"ע נד/157-3 מתתיהו נחבס נ' התעשייה הצבאית לישראל בע"מ, סעיף 4 לפסק־הדין (לא פורסם, ניתן ביום 5.10.1994).
- 88 דב"ע מז/82-3 עיריית ת"א-יפו נ' ישראל אברביה, פד"ע יט 291, 297.
- 89 לעניין פיטורים של "עובד לתקופה קצובה" ראו לובוצקי, לעיל הערה 8, בפרק 6. לקביעה כי חובת תום־הלב חלה גם בגוף פרטי, ראו את דבריו של השופט שמואל צור בע"ע 1367/01 ראובן בישרי נ' שיק שיווק, עבודה ארצי, כרך לג(62) 44, סעיף 12 לפסק־הדין.

פרק ה: ניהול פיטורים הוגנים – הצעת נוסחה למנהל

מטרתנו היא לאתר את "נקודת האיזון החיובית" בהגבלת כוחו הניהולי של המעביד. כאשר מדברים על איזון בהקשר של פיטורים, יש למצוא נוסחה שתאזן בין מעשה הפיטורים הכוחני לבין הזכות החוקתית לסיום העבודה בכבוד. הנוסחה חייבת להביא בחשבון שני מרכיבים מרכזיים – עילת הפיטורים ודרך הפיטורים. במילים אחרות, במקרה זה מהות ופרוצדורה חייבות להיות בצוותא ולהתאים יחדיו לסיום מכובד של יחסי העבודה. הנוסחה המאזנת צריכה להביא בחשבון את שאיפת המנהל שהמפעל ימשיך להתקיים, אך גם את שאיפת העובד שכבודו יישמר. עליה להביא בחשבון את שאיפתו של המנהל לממש את כוחו הניהולי והקנייני, אך גם את זכותו של העובד לממש את חופש העיסוק שלו, כלומר, להמשיך את עיסוקו במקום העבודה אשר לו תרם את כוח עבודתו במשך שנים.

הנוסחה המוצעת מבוססת על ההלכות המשפטיות הקיימות בארץ, שעיקרן הובא לעיל, ומושפעת מהמצב במדינות שמעבר לים. לדעתנו, הבסיס לקביעת הנוסחה הוא שעליה לחול לא רק במקרים של פיטורים קיבוציים. הניסיון בארץ מלמד שפיטורים קיבוציים נעשים לרוב לאחר היוועצות או הסכמה עם נציגות העובדים, ולכן הנוסחה צריכה לטפל גם – ואולי בראש ובראשונה – במקרים שבהם העובד נעדר הגנה ארגונית.

בתי-הדין לעבודה מגינים על "זכות ההתאגדות". מסיבה זו מצבו של העובד הישראלי המאורגן טוב למדי בהשוואה לעובדים לא-מאורגנים במדינות שמעבר לים. העובד הדורש הגנה, תחת המטרייה של הנורמות החוקתיות (הזכות לכבוד והזכות לעיסוק), הוא העובד הלא-מאורגן או זה שאינו זוכה בהגנה ארגונית. הטיפול בעובד כזה, שהוא פגיע במיוחד, דורש איזון בהפעלת שיקול-הדעת, הן מהותית והן פרוצדורלית.

תנאי לביקורת של שיקול-הדעת הוא קיומה של "שקיפות". לפיכך אחד התנאים הראשוניים ב"נוסחה לניהול פיטורים הוגנים" צריך להיות "שקיפות וגילוי נאות". פירושו של תנאי זה הוא שעל המעביד למסור מידע מוקדם על "כוונת הפיטורים" ועילתה קודם למימושן בפועל. אולם חובה זו תוטל רק בהתייחס לפיטורים של עובדים ותיקים. הטלת חובה כזו גם בהתייחס ל"עובדים בניסיון" ול"עובדים זמניים" היא הכבדה רבה מדי והטלת סייגים קשים מדי על כוח הניהול.⁹⁰ השאלות עד מתי עובד הוא עדיין "עובד בניסיון" ועד מתי הוא "עובד זמני" קשות למענה. לפיכך אנו מציעים לאמץ אמת-מידה דומה לזו הנהוגה בשיטה האנגלית, שלפיה "עובד ותיק" הוא עובד בעל ותק של שנתיים לפחות בעבודתו. אימוץ הגדרה זו יחסוך לנו את החיטוט העקר מיהו "עובד זמני" ומיהו "עובד

90 יש לציין כי פסיקת בתי-הדין לעבודה מהזמן האחרון מטילה על המעביד סייגים לפיטורים גם כאשר מדובר בהעסקה קצובה וזמנית. כך, לדוגמה, הוקנתה לעובד "זכות הטיעון" והוטלה על מעביד "חובת השימוע" גם כאשר דובר בעובד לזמן קצוב בעבודה זמנית – ראו את דבריה של השופטת נילי ארד בפסק-דין סוהייר סרוג, לעיל הערה 4, בסעיף 32.

בניסיון". הגדרה זו גם תציב גדר מוחלטת ששני הצדדים המעורבים – המנהל והעובד – יבחנו בנקל בקיומה.

עד כה התמקדנו בעובדים לא־מאורגנים או בכאלה שאינם נהנים מהגנה ארגונית בעת הליך פיטוריהם. נטרלנו את העובדים שאינם ותיקים, בהנחה שלגביהם די בהלכות הכלליות של חובת תום־הלב, ודרשנו הטלת חובת "שקיפות", הכוללת מסירת מידע בהתייחס לעובדים ותיקים המועמדים לפיטורים.

בכך, כמובן, לא תמה המלאכה. חובת השקיפות ומסירת המידע נועדה לאפשר את חשיפת הנימוקים האמיתיים לפיטורים. חובת "השקיפות" היא רחבה אפוא,⁹¹ וכוללת הן הודעה על כוונת הפיטורים והן הודעה על נימוקי הפיטורים. לאחר מילוי צווי השקיפות, ייבחנו כוונת הפיטורים ועילתם במבחן "תום־לב". מדובר במבחן של "חובת תום־לב מוגברת", כזו המקובלת ביחסי עבודה. החידוש בהפעלתה יהיה בכך שהיא תכלול "מבחן סובייקטיבי" בצד "מבחן אובייקטיבי": "המבחן הסובייקטיבי" יבדוק את כנותו של המנהל (העדר "כוונת זדון"), ואילו "המבחן האובייקטיבי" יכלול את הסבירות המהותית של הפיטורים (נחיצותם). הדרישה להעדר "כוונת זדון" היא מובנת, וממילא תהא זו דרישה רחבה. לעומת זה, הדרישה ל"סבירות מהותית" – קרי, בדיקת נחיצות הפיטורים לשגשוג המפעל – פוגעת באופן קשה בכוח הניהולי של בעל הקניין, ולפיכך היא תפורש בצמצום. בית־הדין לא יחליף את שיקול־דעתו של המנהל בסבירות המהותית של נימוקי הפיטורים, אלא אם כן ימצא בהם פגיעה בחוקים או בנורמות חברתיות ("תקנת הציבור").

פיטורים שאינם עומדים ב"מבחן הסובייקטיבי" או ב"מבחן האובייקטיבי" ייחשבו ל"פיטורים לא־הוגנים" או לפיטורים "מסיבה לא־מוצדקת". לפיטורים לא־הוגנים ייחשבו מטבע הדברים, פיטורים שלא יעמדו ב"מבחן הסובייקטיבי", שכן מבחן זה כולל כוונות לא־טהורות של המעביד. פיטורים מ"סיבה לא־מוצדקת" יהיו בעיקר אלה שלא עברו את "המבחן האובייקטיבי", המתייחס לנורמות חוקיות וחברתיות. אולם בכך אין די. גם כאשר הפיטורים יימצאו לגיטימיים הן לפי "המבחן הסובייקטיבי" והן מכוח "המבחן האובייקטיבי", הם לא יוכרו עדיין כ"פיטורים מוצדקים" ובתום־לב. הכרה כזו תוענק להם רק לאחר שימוצה כראוי הליך של מתן הזדמנות לעובד הנפגע להשמיע את טענותיו בקשר לעצם נחיצותם של הפיטורים, לרבות האפשרות להעלות הצעות חלופיות לפיטוריו. פעולת ה"שימוע" נועדה למנוע ניתוק קל מדי של מערך הזכויות שאותן רכש העובד בקניינו של מעבידו.

בפיטורים קיבוציים תוטל חובת שמיעה של נציגות העובדים והתייעצות עימה קודם למימוש הפיטורים.⁹² בפיטורים פרטניים תוטל חובה מרכזית של שמיעת העובד

91 לעניין חובת השקיפות בשלב כוונת הפיטורים ראו גם בוקשפן, לעיל הערה 77, בעמ' 178, הערות־שוליים 70–71.

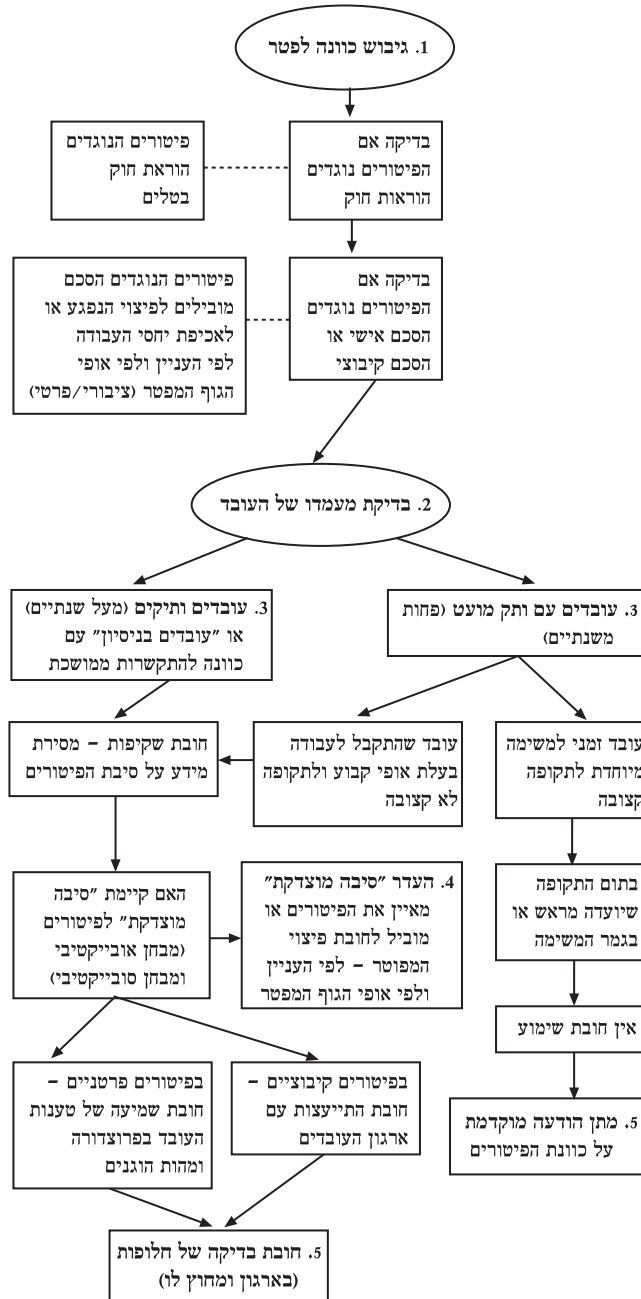
92 ראו פסק־דין ההסתדרות הכללית נ' אי.סי.איי., לעיל הערה 45, בעמ' 289, וכן את דברי הנשיא סטיב אדלר בפסק־דין עתי"ם, לעיל הערה 75. על "זכות השימוע" של "הפן האיש" בפיטורי־צמצום ראו את דבריו של השופט שמואל צור בעניין בנימין משה, לעיל הערה 3.

עצמו.⁹³ פיטורים או כוונת פיטורים הם מצבים של משבר, ודיבור נכון במצבים כאלה עשוי להקטין השפעות שליליות בארגון.⁹⁴ רמת תום-הלב שתידרש מהמעביד בשלב ה"שימוע" תהיה גבוהה. המנהל יצטרך להראות כי אוזנו הייתה כרויה בצורה עניינית לנסיונות למנוע את הפיטורים או לדחותם למועד מאוחר יותר. לדוגמה, אם העובד הציע בעת ה"שימוע" לניידו לתפקיד אחר, יהיה המעביד חייב להראות כי בדק את האפשרות הזאת וכי איישובה נבע מטעמים ענייניים. ולאחר שיורקע גורלו של העובד המפוטר לשבט, תוטל על המעביד חובת ההוכחה כי "הליך הפיטורים" נעשה בחסד, כלומר, תוך שמירת כבודו של העובד ומניעת השפלתו. שמירת הכבוד ומניעת ההשפלה יכולים להיעשות באמצעות מתן ארכה ראויה להתארגנות העובד לקראת פרישתו מהמפעל או באמצעות סיוע לעובד במציאת עיסוק חלופי. את "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים" נסכם בעזרת תרשים 2. לאחר-מכן נבחן אותה באמצעות דוגמאות מעשיות בשתי פרשיות נפרדות שהגיעו לבתי-הדין לעבודה.

93 ראו ע"א 1027/01 ד"ר יוסי גוטרמן נ' המכללה האקדמית עמק יזרעאל, עבודה ארצי, כרך לג(68) 35, פד"ע חל 448 (להלן: עניין גוטרמן). ראו גם פסק-דין סוהייר סרוג, לעיל הערה 4, בסעיף 32, שם אימצה השופטת נילי ארד את המימרה שכלל השימוע הוא "כלל אלוהי שמקורו בפרשת הבריאה".

94 בנימין כהן דרך ארץ בארגון (1992) 80-83.

תרשים 2: סיכום של הצעת "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים"



פרק ו: בחינת תקפותה של "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים"

נבחן כעת באופן מעשי את הנוסחה שהצענו, המהווה לטעמנו את הדרך הראויה לפיטורי עובדים בעידן של זכויות חוקתיות לכבוד ולחופש העיסוק, בהקשר של שתי פרשיות שונות – אחת שנידונה לפני בית-הדין הארצי לעבודה, ואחרת שהוכרעה בבית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב.

המקרה הראשון הוא עניין גוטרמן.⁹⁵ ד"ר גוטרמן התקבל לעבודתו כמרצה במכללה האקדמית עמק יזרעאל על בסיס חוזה לתקופה קצובה שחודש מפעם לפעם. בסך-הכל נמשכה העסקתו של המרצה במכללה כשש שנים. העסקתו לא חודשה על-ידי המוסד האקדמי, בטענה ש"תקופת הניסיון" בעבודתו הסתיימה, וראש המכללה יחד עם ראש החוג שבו לימד החליטו לא לקבלו כמרצה קבוע. לעובד לא ניתנו נימוקים המפרטים את ההחלטה לא להאריך את ההתקשרות עימו. כמו-כן הוא לא קיבל שום הודמנות להשיג עליה לפני מי שקיבלו את ההכרעה בעניינו. ד"ר גוטרמן לא ויתר, ופנה לעזרת בית-הדין לעבודה. המכללה הדגישה לפני בית-הדין את כוחה הניהולי ואת זכותה כמעביד לא להמשיך להעסיק עובד שלה. המכללה טענה גם כי התערבות בשיקוליה המקצועיים תפגע ב"חופש האקדמי", וממילא ברמת ההוראה והמחקר במוסדות להשכלה גבוהה בארץ.

בית-הדין הארצי לעבודה, מפי השופטת נילי ארד, לא קיבל את טענות המכללה. השופטת ארד הדגישה בפסיקתה את חשיבות "זכות הטיעון" של מועמד לפיטורים. מדובר בזכות-יסוד, שנועדה להביא לידי כך שתתקבל החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת-לב מלאה ומשקל ראוי לעמדותיו ולעניינו של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה:⁹⁶

"זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו, או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך-גיסא, מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו... ממנה נובעת החובה המוטלת על המעביד – להציג בפני העובד את הטענות המופנות כלפיו, את השאלות שעלו בעניינו אשר יש בהן כדי להשפיע על מקבל ההחלטה. כל זאת בפתירות, בהגינות ובתום לב מבלי לחדד דבר מן העובד... המדובר בהתקשרות ארוכת טווח, העשויה פלחים פלחים.

95 עניין גוטרמן, לעיל הערה 93.

96 שם, סעיף 14 לפסק-הדין. ראוי לציין כי "זכות הטיעון", חרף חשיבותה, אינה מובילה בהכרח לביטול פיטורים שבהם הפר המעביד את חובת השימוע – ראו עניין בנימין משה, לעיל הערה 3, בסעיפים 6-8 לפסק-הדין מפי השופט שמואל צור.

לאמור: העסקת העובד נעשית על פי חוזה לתקופה קצובה, אולם המסגרת בה היא מתקיימת מחזיקה בתוכה, מעצם טיבה, אפשרות ליצירת קשר מתמשך, בין לקביעות ובין להארכת החוזה מעת לעת. במקרה כזה, גם אם לעובד אין זכות קנויה למשרה, חייב המעסיק במתן הודעה מראש לעובד על כוונתו שלא להאריך עוד את ההתקשרות עמו; לפרט את הטעמים העומדים ביסוד אותה כוונה; לאפשר לעובד להביא בפניו את תגובתו וליתן לו הזדמנות הולמת לנסות ולהעביר את רוע הגזירה...".

עינינו הרואות כי השופטת ארד מחילה חובת "מסירת מידע" על המעביד, בהתחשב בכך שמדובר בעובד עם התקשרות "ארוכת טווח". היא גם מחזקת את החובה של מתן "זכות שימוע" לעובד המפוטר. השופטת ארד אינה מהססת בהמשך פסיקתה לערער על העיקרון המקודש של "החופש האקדמי", וקובעת כי זכות חוקתית של עובד, לרבות מרצה במוסד אקדמי, גוברת על הכוח הניהולי לפטר ללא הצגת סיבה ראויה. בהמשך היא מוסיפה וקובעת:⁹⁷

"פתיחות וסובלנות הן אבן הראשה בהתנהלותו של 'העולם האקדמי', והן שיעמדו לעובד בבואו לשטוח טענותיו, בעת מימוש זכות הטיעון שלו, כאשר זכות זו מחזיקה בתוכה גם את זכותו לשכנע את מקבל ההחלטה ואת חובתו של זה האחרון לפתוח את לבו ולהטות את אוזנו לטיעוני העובד, ולא לחסום בפניו את ההזדמנות לעשות כן מלכתחילה. אין לשלול מן העובד, גם אם הוא מורה או מרצה, את ההזדמנות להשמיע את טענותיו בשל כך בלבד שהוא נמצא בתקופת 'ניסיון', ואין לחסום בפני המרצה את דעת השימוע בנימוק שממילא 'לא ישכנע' כאשר ענינו נדון ונחתם בין ראש החוג לבין ראש המכללה. ודוק. בעצם מתן זכות הטיעון אין כדי להקנות לעובד זכות למשרה אף לא זכות לחידוש חוזה העבודה שלו...".

בקטע האחרון ניתן להבחין במרכיב מרכזי נוסף ב"זכות השימוע". זכות השימוע מטילה על המנהל חובה של "פתיחת לב" ו"הטיית אוזן". בסופו של דבר לא מצא בית-הדין באותה פרשה כי עילת הפיטורים הייתה פגומה, אך למרות זאת פסק לד"ר גוטרמן פיצוי כספי ניכר (של שישה חודשי משכורת) בשל צורת הפיטורים, קרי, הפרת החובה של מסירת מידע ומתן "זכות טיעון". מדובר אפוא בפגם פרוצדורלי המשפיע על המהות. מקרה זה מלמדנו כי "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים" טובה ומתאימה היטב למציאות של חיי העבודה. אילו פעל המעביד במקרה של ד"ר גוטרמן על-פי הנוסחה המוצעת, הוא לא היה מפסיד בדינו. אנו למדים מכך שניתן לבנות נוסחה ל"ניהול הליך הפיטורים".

97 שם, סעיף 20 לפסק-הדין.

כלומר, קיימת "נקודת איזון חיובית" בין כוחו של המעביד לפטר לבין זכויותיו החוקתיות של המפוטר.

המקרה של המרצה שפוטר לא בדרך הנכונה יכול ללמד על אופן ההתייחסות לעובד שעבד תקופה ארוכה יחסית ("עובד ותיק"). אולם נותרה השאלה אם הנוסחה שהצענו (שבאה לידי ביטוי בתרשים) נכונה גם במקרה של עובד שעבד תקופה קצרה (פחות משנתיים).

המקרה של יגיל לוי נ' ויצ"ו – הסתדרות עולמית לנשים ציוניות⁹⁸ הוא מקרה כזה. ד"ר לוי הועסק כמנכ"ל ויצ"ו במשך שישה עשר חודשים, עד שפוטר ביוזמת יושבת-ראש הנהלת ויצ"ו הלנה גלזר. ויצ"ו היא עמותה העוסקת בנושאי חינוך ורווחה של אלפי ילדים ובני-נוער בקהילה, ומפעילה רשת של מעונות-יום ומאות מוסדות ושירותי חינוך ברחבי הארץ. ויצ"ו היא תנועה הפועלת לקידום מעמד האישה. הנהלתה מורכבת מנשים בלבד, מתנדבות המקדישות זמנן ללא תשלום או בתשלום סמלי, לקידום עניינים אלה ברחבי הארץ ובמדינות העולם. ד"ר לוי, איש רב-פעלים, הועסק בויצ"ו כמנכ"ל לתקופה לא-קצובה, ולהעסקתו לא היה אופי זמני או ארעי.

פיטוריו של המנכ"ל נבעו ממחלוקת מקצועית שהייתה לו עם יושבת-ראש הנהלה. ד"ר לוי הסתייג מדרך התנהלותו של הארגון, והמחלוקת בקשר לכך עם יושבת-ראש הנהלה הובילה ל"משבר אמון" בין השניים. המנכ"ל פנה לבית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בבקשה ליתן צו זמני שימנע את פיטוריו. בית-הדין נענה בחיוב לפנייתו, ואכף על ויצ"ו את המשכת יחסי העבודה, ולו באופן זמני. בית-הדין מצא כי "הליך השימוע" שנעשה למנכ"ל היה פגום משום שהמעביד "חרץ דין מראש". וכך פסק בית-הדין:⁹⁹

"...יחסי עבודה עכורים ו'משבר אמון' הם שיקולים כבדי משקל שיפעלו למניעת אכיפת יחסי עבודה, גם כשמדובר בגוף ציבורי דו-מהותי, כמו זה במקרה דנן... אולם במה דברים אמורים: אכיפת יחסי העבודה לא תבוצע כאשר 'משבר האמון', ו'היחסים העכורים' מוכחים בכלים אובייקטיביים. לא מדובר במקרה שבו המעביד יוצר מלכתחילה מראית עין של 'יחסים עכורים'. המקרה דנן, שבו חבורה מצומצמת 'בלתי פורמלית' של חמש (5) חברות הנהלה עלומות שם, מתכנסות בהנהגת הגב' גלזר, ומחליטות על פיטורי המנכ"ל בהליך של מעין 'הכרעה מוקדמת' ל'שימוע', אינו מתיישב עם חובת הנאמנות ועקרון תום הלב בגופים ציבוריים ו'דו-מהותיים'..."

התמונה המצטיירת, לכאורה, היא של חריצת דין טרם הליך השימוע הפורמאלי. ההתכנסות המוקדמת הזאת, מבלי שניתן לזהות את משתתפיה, ולבדוק את שיקוליה ושיקולי פעולתו של אותו 'פורום לא

98 בש"א 001805/01 יגיל לוי נ' ויצ"ו – הסתדרות עולמית לנשים ציוניות, פד"ע לו יט.

99 שם, בעמ' כג.

פורמלי, מהווה פגם בתחילת הליך פיטוריו של המנכ"ל. פגם זה לא היה מכריע את הכף אילולא התרשמנו שגם השימוע שנעשה לא היה תקין. אנו לא מוכנים לקבל קביעה שגורלו של עובד, ובודאי עובד בכיר כמו מנכ"ל, יוכרע בגוף ציבורי או דו-מהותי, באמצעות הטחת האשמות בלתי ממוקדות. דיבורים על 'משבר אמון' ו'יחסים עכורים' שלא מלווים בדוגמאות שניתן להתגונן בפניהן אינם דברים בעלי משקל. [ההדגשות במקור]

בסופו של דבר הגיעו הצדדים להסדר כספי שסיים את סכסוך העבודה. אולם הדבר החשוב לענייננו שניתן ללמוד מן הפרשה של ד"ר לוי הוא שילוב החובות שהוטלו על המעביד בדרך לניהול פיטורים הוגנים. מדובר בשילוב פרוצדורלי ומהותי. הפרוצדורה של השימוע לא הייתה ראויה בשל "ההתכנסות המוקדמת" של מעגל מקבלי ההחלטות. פעולה זו חרצה את דינו של המועמד לפיטורים טרם שמיעתו. המהות של השימוע נפגמה אף היא משום שהמעביד לא מילא את חובת ה"שקיפות" – הוא לא הגדיר כהלכה את הטענות האמיתיות שבעטיין הוא מבקש לפטר את העובד, אלא הסתתר מאחורי טענות סתמיות של "משבר אמון", מבלי להעמיק ולגלות בצורה ממוקדת את הפגמים שנפלו בתפקודו של העובד, אם היו כאלה בכלל. דוגמה מרתקת זו ממחישה את חשיבות ההקפדה על פרוצדורה (העדר "חריצת דין מוקדמת" ו"שקיפות") למניעת כישלון בשלב המהותי של ההכרעה בגורל העובד. לפרשה של ד"ר לוי יש חשיבות נוספת. מדובר בעובד שעבד תקופה קצרה למדי, ולא נהנה משום הגנה הסכמית אישית או ארגונית-קיבוצית המונעת את פיטוריו. למרות זאת התחשב בית-הדין באופי הארגון המפטר (גוף דו-מהותי עם זיקה ציבורית) ובאופי התפקיד (מנכ"ל) בהטילו את החבויות על מעבידו. ההגנה על כבודו של המנכ"ל גזורה מזכות חוקתית שיש לו כעובד, זכות הנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פרק ז: סיום

פיטוריו של עובד בתקופה שבה זכויות-יסוד חוקתיות חדרו לתחום יחסי העבודה אינם יכולים להיעשות בצורה אינטואיטיבית, על-פי תחושתו של כל מנהל ומנהל ובהתאם לאופיו. פיטוריו של עובד בתקופה שלאחר "המהפכה החוקתית" צריכים להיעשות בצורה שיטתית, כלומר, תוך הקפדה על הפרוצדורה והמהות של הפיטורים. הקפדה על הפרוצדורה מובילה מטבע הדברים להקפדה על המהות. פרוצדורה ניתנת לשינון ולתרגול מראש. "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים" אינה אלא הצעה לכלי-עזר שעשוי לסייע בידיו של המנהל להגיע ל"נקודת האיזון החיובית" – נקודה הניצבת בין הפעלת כוחו הניהולי של המעביד לבין שמירה על זכויותיו החוקיות של העובד הכפוף למרותו. נקודת איזון זו עשויה להפחית את עלויות התפעול במקרים של פיטורים, שכן הליכה דווקנית על דרך הנוסחה המוצעת תאפשר למעביד להזייל את הליך הפיטורים עצמו. הסיבה לכך היא שנוהג מוסכם וברור מראש יאפשר אחדות במערכת ניהול כוח-האדם. התנהלות המפטר בדרך זו תיעל את הפיטורים משום שהעובד יהיה מודע מראש שקיים הליך כזה, ולא תיווצר אי-ודאות לגבי ההליך עצמו. הדברים נכונים לכל מעביד – פרטי כציבורי, גדול כקטן. בדרך זו המעסיק שנאלץ לפטר עובד או עובדים יכול לשמר את היחס האנושי, אשר מקרין על מילוי הציפייה למימוש רגשי של העובדים האחרים, שכן הללו יהיו מודעים מראש כי המעביד בחר בדרך הוגנת.

במאמרנו זה אנו מציעים מודל מובנה אשר אינו מצוי בפסיקה הקיימת כ"מודל", אך מתיישב עם ההוראות הכלליות של פסיקת בתי-הדין לעבודה המטפלת במקרים של פיטורים. המודל שהצענו אינו אלא נוסחה המביאה בחשבון שני מרכיבים מרכזיים: האחד, עילת הפיטורים; והאחר, דרך הפיטורים. ניסינו ליצור מצב שבו מהות ופרוצדורה יהיו בצוותא, ויביאו יחדיו לידי סיום מכובד של יחסי העבודה. דיברנו על "חובת שקיפות" רחבה וכוללת של כוונת הפיטורים ועילתם. לאחר-מכן דיברנו על הפעלת מבחן של "תום-לב מוגבר". מבחן זה משלב בהצעתנו שני מבחנים – סובייקטיבי ואובייקטיבי. המבחן הסובייקטיבי יבדוק את כנותו של המנהל (העדר "כוונת זדון"), והמבחן האובייקטיבי יכלול את הסבירות המהותית של הפיטורים (נחיצותם). הדרישה להעדר כוונת זדון היא מטבע הדברים עמוקה ורחבה. הדרישה ל"סבירות מהותית" היא דרישה צרה, באשר היא פוגעת בזכות-היתר הניהולית של המעביד בעל הקניין.

הפיטורים ימצאו לגיטימיים לשיטתנו רק כאשר יעמדו ב"מבחן הסובייקטיבי" וב"מבחן האובייקטיבי" גם-יחד, וכן לאחר שימוצה כראוי ההליך של מתן הזדמנות לעובד הנפגע להשמיע את טענותיו לגבי עצם נחיצותם של הפיטורים ולגבי החלופות האפשריות להם. החידוש בהצעת "הנוסחה לניהול פיטורים הוגנים" אינו במרכיביה. החידוש הוא בבניית נוסחה מובנית, אשר יישומה על-ידי מנהל המפעל, באמצעות שינון ולימוד, יוכל למנוע את ההשפעות ההרסניות האורבות לעסק כתוצאה מהעדר תשומת-לב להתנגשות בין הזכויות החברתיות-החוקתיות השונות בנקודה הרגישה של סיום יחסי העבודה.