

שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה – היתר, איסור, או שביל הזהב?

מאת

פרנסס רדאי

- א. מבוא. ב. תולדות הפסיקה. ג. הפסיקה – ניתוח חוזי ומגבלותיו.
ד. שינוי חד-צדדי ודיני כפיפות. ה. שיקולי המדיניות החברתית.
ו. פתרונות בשיטות-משפט זרות. ז. תיאוריה נורמטיבית. ח. סיכום.

א. מבוא

יחסי עובד-מעביד מתקיימים בדרך-כלל, תקופות ארוכות ולרוב – בלתי-מוגדרות מראש. היחסים מוסדרים על-ידי גופים מסוגים שונים במסמכים ובדרכים שונות. ייתכן שחווה-העבודה ההתחלתי ימצא במסמך מפורט, חתום על-ידי הצדדים, או ייתכן שהוא יתבסס רק על הסכמה בעל-פה הקובעת בקושי את תיאור התפקיד. הקובעים את תנאי-העבודה החוזיים לא יהיו בהכרח רק מעביד ועובד, אלא יכולים להיות גם ארגון-מעבידים וארגון-עובדים או נציגות-עובדים אחרת. כאשר תנאי-העבודה נקבעים בהסכם קיבוצי על-פי חוק הסכמים קיבוציים, הם הופכים באופן אוטומטי לתנאי בחווה-העבודה האינדיבידואלי¹. כאשר תנאי-העבודה נקבעים בהסדרים קיבוציים שאינם הסכמים קיבוציים על-פי החוק, הם נחשבים תנאי מכללא של חווה-העבודה האינדיבידואלי, מלבד אם יש ראיות הסותרות את הכללתם². לעתים, תנאי החווה מושלמים על-ידי תנאים הנובעים מנוהג – וזאת בגלל הקושי שבניסיון להסדיר מראש, במסמכים משפטיים, את מכלול פרטי הביצוע של יחסי-עבודה מורכבים. במהלך התקופות הממושכות של יחסי-העבודה מתחוללים שינויים בסביבה התעסוקתית. שינויים אלה עשויים לנבוע מהתפתחויות טכנולוגיות וכלכליות, מתפניות

1 סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.

2 דיון מס' לה/3-7 ראובן ושמעון נ' מ"י, פד"ע 120; דיון מס' לו/26 קרן קיימת לישראל נ' סלמן, פד"ע ט 102; דיון מס' מד/29-2 שפילמן נ' מגן דוד אדום, פד"ע טז 450. יש לציין שעל-פי חוק החוזים בתי-הדין לעבודה מגדירים תנאים אלה כ"תנאי מכללא" ולא כ"נוהג". ייתכן כי לפי החוק אין תנאי מכללא כיום וצריך למלא את החווה תוכן על-ידי שימוש בנוהג ו/או אומדנותם של הצדדים, על-פי סעיפים 25-26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אך בהלכה הספציפית של דיני עבודה ממשיך בינתיים השימוש במושג תנאי מכללא ולא כאן המקום לבחון אותו. ראה ג' שלו, "תוכן החווה" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשמ"ח) 59.

במדיניות ניהול מקום העבודה או משינוי בדרך ביצוע העבודה על-ידי העובד. כדי להתמודד עם שינויים אלה, מובן שרצוי ליצור אמצעי הסתגלות במערכת יחסי-העבודה הקיימים. ניתן לתאם את תנאי-העבודה האינדיבידואליים לסביבה המשתנה באמצעות הסכמה הדדית של הצדדים לחוזה. דרך זו בוודאי איננה מעוררת כל קושי משפטי. אולם אם הצדדים לא באים לכדי הסכמה אודות השינוי, השאלה מה עתידם של יחסי-העבודה הקיימים היא שאלה שאין לה תשובה ברורה מראש. תיאורטית, הבעיה יכולה להתעורר כאשר עובד מבקש שינוי תנאים והמעביד מסרב. אולם בדרך-כלל מתעוררת הבעיה כאשר המעביד דורש שינוי בתנאים החוזיים הקיימים, והעובד מתנגד. במצב אחרון זה, אם המעביד עומד על דרישת השינוי ומשתמש בכוחו הניהולי כדי להכניס את השינוי למערכת יחסי-העבודה, לכאורה הוא מפר את חוזה-העבודה. הסוגיא הנבכנת במאמר זה היא, האם שינוי חד-צדדי של תנאי-העבודה על-ידי מעביד מהווה תמיד הפרת חוזה; ואם כן – האם כלל נוקשה כזה הוא גם רצוי? במאמר ייבחנו שיקולי מדיניות חברתית במגמה לגלות האם כלל זה רצוי או האם יש צורך בכלל גמיש יותר.

ב. תולדות הפסיקה

התייחסות בתי-הדין לעבודה לסוגיא שהיא נשוא המאמר – האם למעביד כוח משפטי לשנות חד-צדדית את תנאי-העבודה של עובדיו – היתה התייחסות אמביבלנטית במשך שנים מספר. האמביבלנטיות מודגמת היטב בעניין תיאטרון הבימה. שם טענה התובעת, שיש לה זכות להמשך תשלום ההוצאות של אחזקת רכב שאותן הפסיק תיאטרון הבימה לשלם לה³. בהחלטתו אמר בתי-הדין לעבודה, באמרת-אגב, כי

חוזה עבודה לתקופה בלתי-מוגבלת. ממהותו של חוזה כזה הוא, שעיקרו יציב ופרטיו נתונים לשינויים ולהשלמות באופן מתמיד... העיקר הוא שאין מדובר בחוזה חדש, אלא בחוזה קיים ונמשך. המתמלא לפרקים תוכן מחדש, בין על-ידי הסכמים קיבוציים ובין בהסכמה הדדית-אינדיבידואלית – תופעה שהיא כמעט מיחדת לחוזה העבודה ונוהגים לכנותה – revision⁴.

יחד עם זאת, בתי-הדין גם אמר, כי

הסכמה והתחייבות לזמן בלתי-קצוב, ניתן בדרך כלל להביא לידי גמר בכל עת, אלא אם ממהות הדברים, או מכוח דין, עולה אחרת⁵.

האמביבלנטיות ברורה: בראשונה מבין שתי אמרות אלה יש לכאורה תפישה שלפיה שינוי ייעשה דרך הסכמה חדשה בין הצדדים. אולם תפישה זאת נתמכת על-ידי שימוש בקונספציה של revision. קונספציה זו, הנלקחת מהמשפט הצרפתי, מסדירה – כפי שנראה להלן – דין שינוי חוזה-עבודה בדרך יותר מסובכת מהמשתמע בתפישתו של בתי-הדין ובעצם מכירה במידה מסוימת בלגיטימיות של שינוי חד-צדדי. יתר על כן;

3 דיון מס' לה/30-3 גלבלום נ' תיאטרון הבימה, פד"ע 1 309.

4 דיון מס' לה/30-3, עמ' 313. הרציו של הפסק היה, שההוצאות שולמו לפי הסכם שהיה בטל מחמת טעות דו-צדדית.

5 דיון מס' לה/30-3, עמ' 315.

השנייה מבין שתי האמרות מרמזת על אפשרות לשנות תנאים מתנאי החוזה ללא הסכמה הדדית.

בפסקי-דין מאוחרים יותר שב בית-הדין הארצי לעבודה וחזר על כך שיש אפשרות לשינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה על-ידי המעביד, לפחות כשתנאים אלה נבעו מהסדר קיבוצי או מנוהג ולפיכך מהווים תנאי מכללל של חוזה-העבודה⁶. בעת ובעונה אחת, ויחד עם חזרה על אפשרות של שינוי חד-צדדי, קבע בית-הדין ש"עדיף", כשהדבר ניתן, לאמץ את פירוש העובדות אשר יאפשר לו להימנע מ"ביטול זכויות אינדיבידואליות"⁷. לאחרונה נראה, שההלכה, המאפשרת שינוי חד-צדדי, הפכה להיות הנוסחה המקובלת בבית-הדין לעבודה, ויתירה מזו: יושמה בתור *ratio decidendi* בכמה פסקי-דין⁸. בשנת 1986, לראשונה, אחרי 12 שנים של נוסחאות ורמזים ללא הסבר רעיוני, נעשה ניסיון בבית-הדין הארצי לעבודה לנתח ולהצדיק הלכה של מתן כוח משפטי למעביד לשנות תנאי-עבודה באופן חד-צדדי. בעניין רשות השידור⁹, הורו ועדי-העובדים לעובדים שלא לעבוד מעבר לשעות הנוספות המותרות בחוק, למרות העובדה שבעבר עשו כך על-פי הסדר שבנוהג. יחסי-העבודה ברשות השידור הוסדרו בהסכם קיבוצי, אך נראה שהקצאת שעות נוספות מעבר למקסימום הקבוע בחוק נעשתה על-פי הנהגה במקום העבודה. רשות השידור הגיבה על פעולת הוועדים ונערכה להפעלת הטלביזיה במתכונת שעות-העבודה שהחוק מתיר לה; אי לכך קבעה, לחלק מהעובדים, שעות תחילת עבודה שונות מאלה שהיו נהוגות עד אותו מועד, ולאחרים צמצמה בצורה ניכרת את מספר השעות הנוספות שבהן הועסקו¹⁰. בית-הדין הארצי לעבודה קבע כי ניתנת למעביד הסמכות לשנות את סדרי העבודה ואת שעות תחילת העבודה¹¹. לפי דעת בית-הדין יש להסיק כי למעביד סמכות כזו, מכוח העובדה כי למעביד מסורה הסמכות לפטר:

אם נתונה למעביד הסמכות לפטר (בכפוף למגבלות ולפעולה בתום לב...), ודאי שניתנת לו הסמכות לשנות את סדרי העבודה ואת שעות תחילת העבודה, הכל כמובן בכפוף למגבלות שבהסכמים ובהסדרים הקיבוציים המחייבים...¹².

- 6 דיון מס' לח/102-3: לח/103-3 צים נ' זאב נעמן ואח', פד"ע י 225; דיון מס' מה/135-3 קליין נ' עיריית תל אביב, פד"ע יז 113, 119.
- 7 דיון מס' מה/135-3, עמ' 119.
- 8 בדיון מס' מא/20-4 מדינת ישראל נ' ההסתדרות הכללית ואח', פד"ע יג 345, 353 (ביטול על-ידי המעביד, של זכויות שהוענקו לעובדים על-פי הסדר קיבוצי אשר במשך שבע שנים קשר את תנאיהם של עובדי משרד-הבריאות לאלה של עובדי קופת-חולים, הוכר כאפקטיבי גם במישור הקולקטיבי וגם במישור האינדיבידואלי); בדיון מס' מה/10-2 אלטשולר נ' רשות ניירות ערך, פד"ע יח 85 (בית-הדין הארצי לעבודה הכיר בביטול חד-צדדי על-ידי הממשלה של הסדר קולקטיבי להצמדת משכורות); בתב"ע לו/128-3 עדה שרבני נ' מדינת ישראל, פד"ע י, ק (ביטול המעביד של זכות העובדת לשכר ולתנאי-עבודה של מורה, לאחר שהיא הועברה לתפקיד ניהולי – זכות שהוקמה במפורש בחוזה-עבודה אינדיבידואלי בזמן ההעברה חמש שנים קודם-לכן הוכר כתקף על-ידי בית-הדין האזורי לעבודה. בית-הדין קבע שהעובדת היתה זכאית להתפטר ולקבל פיצויי פיטורין). בתב"ע לו/37-3 ארוגטי ואח' נ' האוניברסיטה העברית, פד"ע יא 30 (התקבל ביטול המעביד של החזר הוצאות רכב לפי חוזה-עבודה אינדיבידואליים).
- 9 דיון מס' מז/4-6 רשות השידור נ' האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל ואח', פד"ע יח 287.
- 10 דיון מס' מז/4-6, עמ' 290.
- 11 דיון מס' מז/4-6, עמ' 293.
- 12 דיון מס' מז/4-6, עמ' 293.

פסק־דין קודם, בפרשת מילפלדר¹³ – אשר בזמן מתן ההחלטה בעניין רשות השידור היה תלוי ועומד בעתירה לבג"צ – לא גילה את ההחלטיות שהתגלתה לאחר־מכן בפסק־הדין רשות השידור, אלא נהפוך הוא: הוא המשיך את האמביבלנטיות שאפיינה את הפסיקה המוקדמת יותר. בפרשה זו, משנת 1971, הכבאים המועסקים על־ידי איגוד ערים איזור נתניה קיבלו מנוחת־פיצוי תמורת עבודה במנוחה השבועית, כת 36 שעות. העובדים המשיכו לקבל מנוחת־פיצוי זו גם אחרי החלטה של ועדה פריטטית, בשנת 1975, כי הם זכאים למנוחת־פיצוי בת 25 שעות בלבד. בנובמבר 1980 החל איגוד ערים איזור נתניה ביישום החלטת הוועדה הפריטטית. הכבאים פנו לבית־הדין האזורי לעבודה בבקשה לצו הצהרתי שלפיו הם ממשיכים להיות זכאים למנוחת־פיצוי של 36 שעות גם אחרי נובמבר 1980. בית־הדין האזורי קבע, כי לאחר החלטת הוועדה הפריטטית, הזכות למנוחת־פיצוי בת 36 שעות לא היתה יותר תנאי־עבודה מוסכם ולפיכך לא היתה מניעה לשינוי תנאים אלה על־ידי המעביד. בית־הדין הארצי לעבודה אישר את התוצאה, אך מנימוקים שונים. הוא קבע כך:

כבר פסקנו, כי נוהג, ובנוהג מדובר ולא דווקא ב"מנהג", הוא מקור לזכות חוזית – לתנאי מכללל, בחוזה העבודה... עצם העובדה שמצד אחד היחסים החוזיים בין העובד למעביד נמשכים על פני שנים רבות, ולעיתים כל שנות עבודתו של אדם, כך שההתקשרות הראשונה היא רק בבחינת גזע העץ שעליו באים במרוצת השנים ענפים חדשים ונוהלים ישנים... מהאמור... אין להסיק, כי שירותי הכבאות חייבים היו להמשיך ליתן "מנוחת פיצוי" על בסיס "מנוחה שבועית" של 36 שעות, גם אחרי 1 בנובמבר 1980... הנושא פתוח למשא־ומתן לא פחות מנושא שעות עבודה או חופשות שנחיות – בתנאי שלא פוגעים בנורמה המוגנת בחוק... באה הודעה מפורשת של שירותי הכבאות, לפיה לא ימשיכו יותר במתן "מנוחת פיצוי" כאמור. בכך היה אמנם ביטול חד־צדדי של תנאי מתנאי החוזה. להפרה כזאת של החוזה השלכות מדיני חוזים. רוצה הצד השני – רואה הוא בהפרה, "ביטול", repudiation, רוצה, עומד על קיומו (סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970). משמדובר ביחסים חוזיים שבין עובד למעביד, לתקופה בלתי־קצובה, יכול ולעובדה שמדובר בתקופה בלתי־קצובה תהיה השלכה על "התרופה" שלרשות העובד¹⁴.

במסגרת העתירה לביטול החלטה אמביבלנטית זו במילפלדר התערב בג"צ והפך את החפישה ההולכת ומתפתחת בבתי־דין לעבודה שעל־פיה יש להעניק למעביד סמכות

13 דיון מס' מג/20–3 מילפלדר ואח' נ' איגוד ערים אזור נתניה (שירותי כבאות), פד"ע יד 197.
14 שם, עמ' 213–214 בלבול מושגים ודרי־משמעות נכנסים להחלטה זו מחמת חוסר־הבהירות בסיווגים חוזיים. לא ניתן לומר שהצד המפר חוזה "מבטל" אותו לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 והביררה לראות בהפרה ביטול בידי הנפגע. כשכית־הדין אומר שהמעביד "מבטל" תנאי חוזה כאשר הוא מפסיק לקיים אותו, איך בית־הדין קובע באותה נשימה שאין המעביד חייב להמשיך לקיים אותו תנאי? זאת ועוד: אם אינו חייב להמשיך לקיים את התנאי, למה ניתנת לעובד זכות לפיצוי? האם העדר החובה רומז לכך שקיימת הגבלת סעדים, דהיינו: שהעובד יהיה זכאי לפיצויים ולא לאכיפה? לאור הסיווגים המעורפלים והמתנגשים, אין זה מדויק לומר כי בפסק־הדין "בית־הדין לעבודה גרס, כי מעביד יכול לבטל באופן חד צדדי הוראה אישית שבהסדר קיבוצי שנעשה לתקופה בלתי־מסוימת" (רות בן־ישראל, "הסדרים קיבוציים" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 457, 511–512).

לשנות תנאי-עבודה באופן חד-צדדי¹⁵. השופט ברק, שכתב את פסק-הדין, לא הבחין בנוטייה זו בפסיקת בתי-הדין לעבודה, אלא כפי הנראה ראה את הפסיקה כאילו היא תומכת בכלל שמעביד איננו רשאי לשנות תנייה מתניות החוזה. אמנם הוא התייחס, כלאחר-יד לכך שהוא מודע "כי במספר פסקי דין מצויות אמרות העשויות להתפרש אחרת"¹⁶, אך לא ניתנה הכרה לנוטייה ההולכת וגוברת להביר בסמכות המעביד לשנות תנאים באופן חד-צדדי, ופסק-הדין רשות השידור, שבו היתה הצדקה מפורשת להלכה זו, לא נזכר כלל. גם בהתייחסו לפסיקה הקודמת של בית-המשפט העליון בסוגיא זו — רוזן נ' ליזרוביץ — הדגיש השופט ברק את חלקה של ההחלטה המציין, כי "שינוי ... יכול לבוא רק כתוצאה מהסכמה הדדית" והוא התייחס ל"מספר אמרות" בפסק הדין ש"אמורות ... להתפרש אחרת" כאילו הן שוליות¹⁷.

בהופכו את החלטת בית-הדין הארצי, קבע השופט ברק כי לאיגוד ערים איזור נתניה לא היו "זכות או יכולת" לשנות את התנאי — שמכללא בחוזה, שלפיו המשיכו הכבאים גם אחרי נובמבר 1980 ליהנות מהזכות ל-36 שעות מנוחת-פיצוי. הוא דחה את הטענות כאילו כאשר ניתן למעביד כוח להפסיק את החוזה כולו — קרי: לפטר — "פשיטא שניתן לו הכוח להפסיק תנייה מתניותיו". הוא פסק, כי אפילו אם המעביד רשאי להפסיק חוזה לתקופה בלתי-קצובה במתן הודעה מוקדמת, אין הוא "רשאי (אין לו זכות) ואינו יכול (אין לו כוח) לקרוע מעל החוזה תניות אלו או אחרות". כל עוד החוזה בתוקף, "אם צד לחוזה מודיע על הפסקת התניה, ואינו נוהג על פיה, הוא נחשב כמפר את החוזה"¹⁸.

15 בג"צ 239/83 מילפלדר ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פד"י מא(2) 210, אושר בבג"צ 513/87 ראובן נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פד"י מא(3) 251.

16 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), 217.

17 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), 218; בע"א 53/71 רוזן ואח' נ' ליזרוביץ, פד"י כו(1) 48, 55, אמר השופט ברנזון באמרת-אגב, כי "שינוי בתנאי עבודה או בזכויות וחובות אישיות קיימות, פירושו החלפת הקיים בחדש; ומסתבר כי זה יכול לבוא רק כתוצאה מהסכמה הדדית. ומה על ביטול כדן? האם גם לכך דרושה הסכמה הדדית? אם כן, יוסיפו התנאים הקודמים והזכויות והחובות האישיות הקיימות להתקיים עד בלי די, כל עוד שנמשכים יחסי העבודה ואחד הצדדים מתנגד לביטול. זו תוצאה מרחיקה לכת ביותר, ולי נראה כי ביטול יכול להיעשות גם באורח חד-צדדי ובכל זאת יהיה לו תוקף חוקי". השופט ברק ציטט רק את הקטע הראשון של אמרה זו, בעניין שינוי מוסכם, ולא את הקטע השני בעניין ביטול חד-צדדי. באמרות של השופט ברנזון, ישנם עם כל הכבוד, אמרות המצדיקות את ההלכה במילפלדר וגם את ההלכה ברשות השידור.

18 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), 215. נראה כי גם בית-הדין הארצי לעבודה אימץ את גישתו זו של בג"צ בדיון מס' מו/29-2 עיריית תל-אביב יפו נ' רות מוטס, פד"ע יט 180, 184: "תנאי מוסכם שהוא חלק יסודי מן התמורה שמקבל העובד מעבודתו, ראוי לשנותו בהסכמה בין המעביד לבין העובד". ובהמשך העמוד: "שינוי בתנאי עבודה ניתן לעשות על ידי פיטורים וכריתת חוזה עבודה חדש". מאז כתיבת מאמר זה והגשתו לפרסום, בית-הדין הארצי לעבודה קיבל באמרות-אגב את עמדתו של בג"צ כאילו למעביד אין רשות חוקית לבטל תנאי-עבודה באופן חד-צדדי. יחד עם זאת, בשני פסקי-הדין שבהם נאמר כך, בית-הדין מצא דרך אלטרנטיבית למתן גושפנקא לביטול תנאי-העבודה של העובדים האינדיבידואליים על-ידי המעביד. היות שבכל אחד מהמקרים המעביד היה רשות ציבורי, בית-הדין הפעיל את הלכת מילר ומצא צידוק להתנערותה של הרשות מהתחייבותיה. לפיכך נראה שהגישות המנוגדות של בתי-הדין לעבודה ושל בג"צ משיכות להתקיים כמונחים שונים: דיון מס' מו/170-3 א מ"י דוד מצגר (טרם פורסם); דיון מס' מו/113-3 עיריית תל-אביב יפו נ' גפני (טרם פורסם).

השופט ברק ציין כי יש "חריגים" מספר לעמדה העקרונית של בג"צ: (1) תיתכן קביעה חקיקתית המאפשרת שינוי חד-צדדי; (2) יש שהצדדים לחוזה העבודה האישי כורתים ביניהם חוזה חדש שלפיו יחול שינוי בתנייה פלונית תוך שמירת שאר הוראות החוזה, ולעתים ניתן להסיק הסכמת הצדדים לשינוי התנייה מעצם התנהגותם; (3) ייתכן שהתנייה, על-פי עצם מהותה, באה לידי סיום עוד טרם מסתיים החוזה כולו; (4) ייתכן שבחוזה העבודה האישי ישנה הוראה (מפורשת או משתמעת), שלפיה נתון לאחד הצדדים הכוח לשנות תנייה זו או אחרת, בתקופת חיי החוזה. עם כל הכבוד, אין בכל "החריגים" האלה חריג אמתי אחד לעיקרון השיפוטי. כל החריגים מתבססים על חקיקה או על הסכמה, ולפיכך אין לתאר אותם כשינוי חד-צדדי על-ידי אחד הצדדים. אולם — כפי שנראה להלן — הרביעי שבין "חריגים" אלה בכל-זאת פותח דרך למתן את הדוקטרינה שעל-פיה שינוי חד-צדדי מהווה הפרת חוזה. לפי החריג הרביעי השינוי יהווה הפרה. מלבד אם הצדדים מסכימים אחרת מפורשות או מכללא. הכרה בלגיטימיות כוחו של המעביד לשנות תנאים באופן חד-צדדי, כשכוח זה "משתמע" מחוזה העבודה המקורי, פותחת דרך לבחון את ההקשר של יחסי-עבודה, שממנו משתמעת כוונת הצדדים האינדיבידואליים והקיבוציים בעניין שינוי תנאי-עבודה. הסוגיא העקרונית שאותה יש לבחון לאור תולדות הפסיקה, בהקשרם של יחסי עובד-מעביד לתקופה בלתי-מוגדרת, היא, האם המעביד רשאי להכניס שינויים בתנאי-העבודה באופן חד-צדדי או האם העובד זכאי לשמירת תניות החוזה המקורי שלו עד לסיום החוזה כולו. סוגיא זו היא נשוא מאמרי.

ישנה דעה שעל-פיה הסוגיא הנבחנת בפסקי-הדין מצומצמת יותר והיא מתעוררת רק בקשר לזכויות הנובעות מתנאי מכללא ולא מתנאים מפורשים. אכן, נכון שהמקרים של ביטול חד-צדדי של תנאי-עבודה שבאו לכלל הכרעה בפסיקה היו כולם מקרים שבהם זכויות העובד נבעו מהסדר קיבוצי או נוהג ולפיכך היוו תנאי מכללא בחוזה האינדיבידואליים של העובדים¹⁹. לפי כמה אמרות בפסיקה ולפי פרשנות אקדמית מסוימת, יש חשיבות מכרעת להבחנה בין תנאים מפורשים לבין תנאי מכללא ובין הסכמים קיבוציים לבין הסדרים קיבוציים וחוזים אינדיבידואליים לצורך זה²⁰. בית-הדין הארצי לעבודה עמד על חשיבות ההבחנה בין תנאי מכללא לבין תנאי מפורש:

תנאי מכללא מפנה את מקומו לתנאי מפורש, ובוודאי שתנאי מכללא ניתן לביטול. מכאן, שעד לביטול, היה כל אחד מהעובדים שהיו צד להליך זכאי למתחייב מההסדר הקולקטיבי²¹.

19 הסדרים קיבוציים נחשבים על-ידי בית-הדין לעבודה ככלתי אכיפים בין הצדדים הקיבוציים, אך הם יוצרים תנאי מכללא בחוזה העבודה האינדיבידואלי של העובדים שעליהם הם חלים. הסדרים קיבוציים כוללים הסכמים בין המעביד לבין מייצגיהם של קבוצות-עובדים שאינם עונים על דרישות סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, ולפיכך אינם "הסכמים קיבוציים" על-פי החוק. בכל פסקי-הדין שדנו לגופו בשינוי חד-צדדי אין אחד שבו הסכסוך נבע מהסכם קיבוצי או מתנאי מפורש בחוזה-העבודה, למעט פסק-דין רוזן נ' ליוורביץ, פד"י כו(1) 48, 55. שם השופט ברנזון התייחס, באמרת-אגב, לסוגיא של שינוי בתנאים שנבעו מהסכמים קיבוציים והפכו לתנאים בחוזה-העבודה על-פי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים.

20 דין מס' מא/20-4, עמ' 353; דין מס' מה/135-3, עמ' 118; בן-ישראל, "הסדרים קיבוציים" (לעיל, הערה 14), 511-512.

21 דין מס' מא/20-4, עמ' 353.

אולם, עם כל הכבוד, ההסבר הניתן לפי גישה זו איננו משביע רצון. בוודאי ש"תנאי מכללא מפנה את מקומו לתנאי מפורש"²¹, אך בשינוי חד-צדדי של הסדר קיבוצי לא נעשה תנאי מפורש של חוזה-העבודה. הדרך היחידה להכניס לחוזה תנאי מפורש בחוזה היא באמצעות הסכמה ולא על-פי מעשה חד-צדדי. פרופסור רות בן-ישראל אומרת:

האמור לעיל, בדבר חוסר אפשרותו של המעביד לבטל באופן חד-צדדי הוראה אישית, שמקורה בהסכם קיבוצי לתקופה מסוימת, כל עוד לא פג תוקפו של ההסכם הקיבוצי, נכון ותקף גם כשמדובר בהוראה אישית, שמקורה בהסכם קיבוצי לתקופה בלתי מסוימת, כל עוד תקף ההסכם הקיבוצי האמור. השאלה היא, אם ניתן למעביד לבטל באופן חד-צדדי הוראה שיש בחוזה-עבודה, שמקורה בהסדר קיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת, כל עוד תקף ההסדר הקיבוצי. בית-הדין לעבודה גרס, כי מעביד יכול לבטל באופן חד-צדדי הוראה אישית שבהסדר קיבוצי שנעשה לתקופה בלתי-מסוימת, מבלי שהביטול יהווה הפרה של הסדר קיבוצי²².

הצגת הדברים כאן היא נכונה, אך היא איננה מקיפה את כל הבעייתיות בנושא. כאשר הסכם קיבוצי הוא לתקופה בלתי-מסוימת, המתקן קובע מפורשות כי לאחר שנה כל צד רשאי לבטלו במתן הודעה מוקדמת על כך לצד האחר²³. לאחר ביטול ההסכם הקיבוצי לתקופה בלתי-מסוימת, מתעוררת אותה סוגיא של כוח המעביד לשנות תנאים באופן חד-צדדי, וזאת לגבי העובדים האידיבידואליים, הממשיכים ליהנות מתנאי ההסכם לאחר פקיעת תוקפו כתנאי חוזה-העבודה²⁴.

את השאלה, האם חשיבות הסוגיא של שינוי חד-צדדי בתנאי-עבודה מצומצמת להסדרים קיבוציים ולנוהג, צריך לבחון משתי זוויות: הדין הפוזיטיבי והמשפט הרצוי. לעניין הדין הפוזיטיבי, ההבדל שבין תנאים הנובעים מהסדר קיבוצי או נוהג ובין תנאים הנובעים מהסכם קיבוצי שפקע תוקפו הוא בכך שנקבע בחוק, כי אלה האחרונים תקפים "כל עוד לא שונו או לא בוטלו כדין". לעניות דעתי, בקביעה חקיקתית זו אין כדי להעניק פתרון שונה לעובדים שזכויותיהם נקבעו במקור בחוזה-עבודה, בהסכם קיבוצי, בהסדר קיבוצי או בנוהג. הנוסחה החקיקתית מחזירה אותנו לשאלה העקרונית: מהו שינוי או ביטול כדין²⁵? כל עוד ההסכם הקיבוצי הוא בתוקף, ברור שאפשר לשנות

21 ראה ג' שלו, "תוכן החוזה" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשמ"ח) 59 והלאה. הכלל שתנאי מפורש דוחה תנאי מכללא קיים במשפט האנגלי שממנו נקלט המושג תנאי מכללא. הדבר נכון במיוחד בתנאים מכללא הקיימים בחוזה-עבודה ובחוזה ספיציפי, והעדרים הסכימו בדרך אחרת.

22 בן-ישראל, "הסדרים קיבוציים" (לעיל, הערה 14), 511-512.

23 חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, סעיף 6.

24 זאת, משום שהוראות אישיות בהסכם ממשיכות לחול כתנאי חוזה-העבודה על-פי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים.

25 יש הטוענים שפסק-הדין בע"א 53/71 רוזן נ' לזרוביץ, פד"י כו(1) 48, 56 מהווה אסמכתא לגישה אחרת. שם אמר השופט ברנזון, באמרת-אגב: "הפירוש המעשי של הוראת החוק בדבר אפשרות ביטול התנאים המוסכמים, למשל על-ידי מתן הודעה מוקדמת למשך זמן מסוים. לפי האמור, גם הוראה זו במידה חלק מההוראות האישיות שבהסכם הקיבוצי, מוסיפה להתקיים לזמן בלתי-קצוב. במקרה כזה באופן רגיל מה שדרוש כדי לשים להן קץ הוא לתת הודעה מוקדמת סבירה על

תנאי-עבודה הנקבעים בו רק במישור הקיבוצי²⁶. כאשר זכויות העובד נקבעו היסטורית בהסכם קיבוצי, אלא שהן שורדות כעת רק במישור האינדיבידואלי, השאלה המשפטית איך ניתן לשנותן כדין תיענה על-פי ההלכה אשר תיקבע בסוגיא של שינוי תנאי-עבודה חוזיים במישור האינדיבידואלי בכללותו²⁷. אולם, סיווג משפטי של התנאי בחוזה, כמפורש או כמכללא, כנובע מהסכם קיבוצי או מהסדר קיבוצי, אין בו כדי לשמש קו מנחה מרכזי לצורך זה, ובוודאי לא הבחנה מכרעת^{27*}.

הרצון לבטלן, והן מתכלות בתום מועדה של ההדעה". אך נראה שאין באמרה זו משום הכרעה בשאלה. השופט ברנזון מתייחס לביטול "כאופן רגיל" ובכך מחזיר אותנו לבחון מתי "כאופן רגיל" ניתן לבטל באורח חד-צדדי תנאי-עבודה. גם ההבחנה לכאורה באותו פסק-דין בין שינוי כדון באמצעות הסכם קיבוצי חדש לבין ביטול כדון היכול להיות על-ידי הודעה חד-צדדית איננה משכנעת, כי מעביד הרשאי לבטל יבחר תמיד בדרך הביטול אם אין הסכמה הדדית לשנות את התנאי.

26 חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, סעיפים 15, 16, 19 ו-20. ראה Raday, "The Power to Alter Personal Provisions in Collective Agreements" 13 Is.L.R. (1978) 327.

27 נראה שאין ממש בטענה כאילו משתמע מההסדרים לביטול הסכמים קיבוציים כסעיפים 10, 13 ו-14 לחוק הסכמים קיבוציים, כי המחוקק קבע כי ביטול או שינוי חד-צדדי של תנאי-העבודה האינדיבידואליים, אחרי הביטול, הוא "כדין". במתן גושפנקא לביטול במישור הקיבוצי ולשמירת המשך תוקפם של התנאים במישור האינדיבידואלי, המחוקק שלל מהעובדים את הגנתה של המסגרת הקיבוצית והחזיר את העובדים למסגרת האינדיבידואלית, כאשר תוכנו של החוזה האינדיבידואלי מכיל את התנאים הקונקרטיים שהעניק ההסכם הקיבוצי שבוטל.

גם לעניין המשפט הרצוי אין הבדל עקרוני המצדיק טיפול שונה בתנאי חוזה אינדיבידואלי הנובעים ממקורות היסטוריים בעלי מעמד משפטי שונה. הסוגיא העולה מהפסיקה מפנה אותנו לשאלה יסודית יותר של המדיניות החברתית הרלבנטית לשינוי תנאי מכללא ותנאים מפורשים, תנאים מהסדרים קיבוציים ומהסכמים קיבוציים. סוגיא זו היא, האם כאשר הצדדים לא קבעו בעצמם את גבולות הזמן לתנאי-עבודה מוסכמים, אנו נבחר לראות תנאים אלה כמוקפאים כל עוד החוזה קיים והצדדים לא מגיעים לכדי הסכמה לשנותם, או שמא נבחר לראותם כניתנים לשינוי באמצעות מנגנונים אחרים. בבואנו לבחון את המדיניות החברתית המנחה במציאת המשפט הרצוי ייתכן כי ציפיות הצדדים תהיינה רלבנטיות, כפי שנראה להלן. יתר על כן: ייתכן שבניסיון לבדוק מהן ציפיות הצדדים ניעזר באופי ההסכם שביניהם; ייתכנו הבדלים בין הסכמים במישור הקיבוצי ובמישור האינדיבידואלי; ייתכנו נימוקים להגבלת סמכותו של מעביד להכניס שינוי חד-צדדי במסגרת יחסי-העבודה הקיבוציים לעומת יחסי-העבודה האינדיבידואליים — אך לצורך סיווג הגורמים הרלבנטיים ביחסי-העבודה אין להסתמך על ההבחנה בין הסכמים קיבוציים לבין הסדרים קיבוציים העלולה להיות טכנית גרידא.

27* פרופ' בן-ישראל טוענת, כי לאחר שפג תוקפו של הסכם קיבוצי או הסדר קיבוצי, שיקולי מדיניות מובילים אותנו לראות את החוזים האינדיבידואליים כניתנים לשינוי — במקרה של ההסכם הקיבוצי — על-ידי ביטול (לפי חזון ג' לזרוביץ); ובמקרה של הסדר קיבוצי — בדרך פקיעתם של כל תנאי-העבודה הנובעים מההסדר הקיבוצי ביום שפג תוקפו של ההסדר הקיבוצי. רק כך — לטענתה ייווצר תמריץ לצדדים קיבוציים להגיע להסכם או להסדר קיבוצי חדש מיד כשפג תוקפו של קודמו. פתרון זה נראה דרוגני לגבי העובדים האינדיבידואליים ואין הוא רצוי, בשל אי-יכולתו או אפילו אי-רצונו של ארגון-העובדים או של הוועד לשמור על הסכם או הסדר קיבוצי. לרוקן מתוכן את חוזה-העבודה האינדיבידואליים, אין להפלות עובדים אלה לעומת עובדים אחרים שתנאי-העבודה שלהם נקבעו על-פי חוזים אינדיבידואליים או על-פי נוהג. אם לאחרונים יש הגנה משפטית נגד שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודתם, אין כל סיבה להסיר הגנה זו מעובדים רק משום כך שהמקור ההיסטורי של תנאי-עבודתם הוא הסכם או הסדר קיבוצי שפג תוקפו. רק הגבלת תקופת הזכות תצדיק הסרת ההגנה. ואכן, אם ברצון הצדדים הקיבוציים להגביל את תקופת תלותן של הזכויות האישיות, עליהם לעשות זאת ולהגביל את הזכות בזמן הענקתה.

הגישות המנוגדות של בתי-הדין לעבודה ושל בג"צ לסוגיא הנדונה מהוות את הרקע למאמר זה. יחד עם זאת, כפי שהראיתי לעיל, אין בפסיקת בתי-הדין לעבודה מצד אחד או בזו של בית-המשפט העליון או בג"צ, מצד שני, נקיטת עמדת פסקנית. היתה מידה לא קטנה של אמביבלנטיות בפסיקת בתי-הדין לעבודה ובית-המשפט העליון והיו אמרות בבג"צ הניתנות לפירוש הממתן את ההלכה הנוקשה הדורשת הסכמה הדדית לכל שינוי של תנייה מסוימת מתוך חוזה קיים. אף-על-פי-כן יש כעת הבדל ברור בין שתי הערכאות. כדי להבהיר את הבסיס להבדל ולנתח אותו, אתרכז במאמרי בהחלטה של בתי-הדין הארצי לעבודה בעניין רשות השידור, ובפסיקת בג"צ בעניין מילפלדר המבהירות את ההבדל ומביאות לקיטוב.

ג. הפסיקה – ניתוח חוזי ומגבלותיו

בית-הדין הארצי לעבודה ובג"צ מחפשים את המפתח לסוגיא הנדונה בעקרונות חוזיים. שתי הערכאות מתחילות מאותה נקודת-מוצא – ההלכה החוזית הקיימת בעניין פיטורי עובדים. שתייהן סבורות, שלפי ההלכה המקובלת מעביד רשאי להביא חוזה-עבודה לתקופה בלתי-קצובה לידי סיום, על-ידי מתן הודעה מוקדמת ובתנאי שהוא עושה זאת בתום-לב, כלומר: למעביד זכות חוזית לפטר²⁸. מנקודת-המוצא המשותפת הזאת, שתי הערכאות ממשיכות ומגיעות למסקנות נוגדות בעניין העקרונות החוזיים שאותם יש ליישם לסוגיא של שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה.

בית-הדין הארצי לעבודה, ברשות השידור, מסיק שכוח הפיטורין כולל בתוכו בהכרח כוח לשנות תנייה מתניות החוזה. יש בפסקה היגיון מפתה לכאורה. אם מעביד יכול לשנות באופן חד-צדדי את התנאי היסודי ביותר בחוזה – כלומר: את עצם קיומו – הרי בוודאי הוא יכול לעשות פחות מכך, כלומר: לשנות תנאי אחד אחר של החוזה. השופט ברק, במילפלדר, בוחן טענה זהה²⁹ ודוחה את ההיגיון הלכאורי שבה:

האין לומר, כי משניתן לצד לחוזה הכוח להפסיק את החוזה כולו, פשיטא שניתן לו הכוח להפסיק תניה מתניותיו: לדעתי, התשובה על כך היא בשלילה. לא הרי הפסקת החוזה כהרי הפסקה (או שינוי) בתניה שבו. חוזה, שלא נקבע מועד לסיומו, ההנחה היא, כי הוא מתקיים כל עוד לא הופסק על-ידי אחד הצדדים. לעומת זאת, תניה בחוזה, ההנחה היא, כי היא מתקיימת כל עוד מתקיים החוזה. אכן, כל עוד החוזה כולו לא בא לסיומו, והוא ממשיך לעמוד בתוקפו, ממשיכות לעמוד בתוקפן תניותיו השונות...³⁰

28 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15); וכן מילפלדר נ' שירותי כבאות (לעיל, הערה 13). ניתן לטעון כי על-פי הלכת מילפלדר, כל פיטורי עובד המסרב לקבל שינוי חד-צדדי יהיו פיטורין שלא כדין הואיל והמעביד מנסה ליצור שינוי שלא כדין על-ידי פיטורין, והדבר מהווה פיטורין בחוסר תום-לב. יחד עם זאת השופט ברק מציין את האפשרות של פיטורין במצב זה ועל-כן קרוב לוודאי פיטורין שכאלה יראו לגיטימיים ובתום-לב. אין פתרון מפורש לסתירה פנימית זאת המצויה בהלכת מילפלדר.

29 על-אף שהוא אינו מזכיר במפורש את פסק-הדין רשות השידור.

30 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), 215.

גם כאן ההיגיון שבעקרונות החוזיים משכנע — מהו ערכו של חוזה הניתן לשינוי בכל עת ללא הסכמה של הצד שכנגד, הסובל מהרעת התנאים החוזיים המקוריים שלהם הוא הסכים?

לכאורה מוצדקת היא ההפרדה, המצויה בניתוח החוזי של השופט ברק, בין ההנחה שיש כוח להביא שחוזי-עבודה לידי סיום בכללותו לבין יצירת הנחה שיש כוח לשנות את תנאי החוזה כלי להביא את החוזה כולו לידי סיום. הטענה שהנחה אחת נובעת בדרך הטבע מהאחרת היא בבחינת *non sequitur*. בקביעה שלפיה קיימת פרומפציה מסוימת ביחס-עבודה חוזיים או בהכללת תנאי מכללל בתוך החוזה על-פי פרשנות שיפוטית של מהות יחסי-עבודה, המנהג והתפישה החברתית בעניין אופיים של יחסים אלה ממלאים תפקיד מרכזי. ההנחה החוזית שלפיה ניתן להביא לידי סיום חוזה-עבודה לתקופה בלתי-קצובה על-פי רצון המעביד גם היא בעצמה תוצר של השקפה חברתית לעניין אופי היחסים בין עובדים ובין מעבידים³¹. פגומה היא המיתודיקה של הסקה הגיונית שלפיה מעתיקים מהשקפה חברתית בעניין פיטורין ומההנחה החוזית שהיא מולידה ישירות לסוגיא של שינוי תנאי-עבודה. תיתכן — כפי שהשופט ברק מאשר — השקפה חברתית אשר בעת ובעונה אחת מכירה בפררוגטיבה של פיטורין, אך דוחה את הכוח לשנות תנאי-עבודה יחידים ללא פיטורין.

לפיכך הניתוח של העקרונות החוזיים במילפלדר חשף ליקוי במבנה ההגיוני שבנימוקים ברישות השידור. לעומת זאת, הוא איננו מתמודד עם הטענה, המשתמעת מנימוקים אלה, שכאשר יש כבר הכרה בזכות המעביד להביא את החוזה לידי סיום לפי רצונו אולי יהיה זה נכון להכיר גם בכוחו לשנות תנאים בודדים של החוזה. כשלמעביד כוח ורשות לבטל את החוזה כולו, הרי כלל המונע ממנו לשנות או לבטל תנאי בודד באותו חוזה ייתכן שיתיישב עם ההיגיון שבתאוריה זו, אך בוודאי שלא יהיה שימושי למעשה. נדגים זאת על-ידי עיון מחדש בהנחות החוזיות שנקבעו במילפלדר.

ההנחות שעליהן ביסס השופט ברק את ניתוחו היו כדלקמן: בחוזה-עבודה לתקופה בלתי-קצובה המעביד רשאי לפטר, בתנאי שהפיטורין נעשו בתום-לב; אם מתמלא התנאי של תום-לב, פיטורין על-ידי מתן הודעה מוקדמת אינם הפרת חוזה; אם המעביד עומד על רצונו להכניס שינוי בתניות החוזה, מותר לו להפעיל את פררוגטיבת הפיטורין שלו ולאחר-מכן להציע לעובד המפוטל חוזה-עבודה חדש עם התנאים המתוקנים³². בהתבסס על הנחות אלה באופן בלעדי — ואלה אכן ההנחות הרלבנטיות הבלעדיות המובאות במילפלדר — אפשר להראות שמתן תרופה לעובד כנגד שינוי חד-צדדי של חוזהו לא יוסיף לו למעשה הגנה משפטית אמיתית. הסיבה לכך היא כי, לפי ההנחות האלה, לעובד לא תהיה תרופה משפטית כלשהי אם המעביד מפטר אותו כדי להשיג את השינוי בתנאים שעליו הוא עומד. כך, ההלכה המונעת שינוי חד-צדדי לא תגביל את הכוח של המעביד להשיג את השינוי בסופו של דבר, אלא היא רק תמריץ את המעביד להשיג את השינוי באמצעות הטכניקה של פיטורין והצעת חוזה חדש.

31 לפני המאה ה"ח נקבע היקפו של חוזה-עבודה לפי כללי הסטטוס ואף צד לא היה יכול לבטלו מרצונו. במאה ה"ח על-דוקע הדוקטרינה הכלכלית של *laissez-faire*, נהפך החוזה מרצון לפרדיגמה המקובלת. ראה, Selznick, *Law, Society and Industrial Justice* (Russell Sage Fdn., 1969) 112-129.

32 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), 217.

כך, לפי ניתוח חוזי גרידא, ההלכה במילפלדר לא תביא לתוצאות מעשיות של חוספת תרופות משפטיות לעובד. אולם ניתוח רחב יותר של דיני פיטורין, מעבר להנחות שנבחנו במילפלדר, יתן תמונה אחרת של הקשר שבין הכוח לפטר ובין הכוח לשנות תנאי-עבודה. שכן, הפרוגטיבה של המעביד לפטר על-ידי מתן הודעה מוקדמת צומצמת על-ידי הוראות חקיקתיות ועל-ידי השגי משא-ומתן קיבוצי ואלה העניקו לעובד תרופות בשל פיטוריו במגוון של נסיבות, ולא רק כאשר הפיטורין הם בחוסר תום-לב. יש לבחון אם-כן את השפעותיה המעשיות של הלכת מילפלדר על רקע דיני פיטורין בכל מורכבותם.

ד. שינוי חד-צדדי ודיני פיטורין

הלכות מילפלדר ורשות השידור מציעות לנו לכאורה שתי דרכים מנוגדות לפתרון בעיית השינוי החד-צדדי של תנאי-עבודה: לפי הראשונה, המעביד אינו רשאי לשנות תנאים באופן חד-צדדי ולפי השנייה הוא רשאי לעשות כך. כל אחת מההלכות מוצגת כאילו היא קובעת פתרון אחד, שאותו ניתן ליישם לכל מקרה של שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה כאשר הצדדים לא קבעו בעצמם גבול של זמן להתחייבויותיהם. אולם חקירת השפעתן של ההלכות על רקע המסגרת הקיימת של דיני פיטורין ויחסי עבודה תראה, כי כל אחת מההלכות תביא לתוצאות מעשיות ומשפטיות שונות בנסיבות שונות. ישנם שלושה מצבים שונים, על רקע יחסי-העבודה, וההשפעה של ההלכות האמורות עשויה להשתנות ממצב למצב: הראשון, כשאפשר לפטר על-פי רצון המעביד, והעובד אינו זכאי לפיצויים כלל; השני, כשהעובד זכאי לפיצויים באותו שיעור במקרה של פיטורין או במקרה של התפטרות; השלישי, כשלעובד קיימת תרופה כנגד הפיטורין שלא תעמוד לו במקרה של התפטרות.

(1) אם המעביד רשאי לפטר את העובד ללא חיוב בתשלום פיצויים³³, וזהו כפי הנראה המצב שאותו בג"צ מניח במילפלדר. הלכה המונעת שינוי חד-צדדי לא בהכרח תעניק הגנה משפטית יעילה לעובד^{33*}. המעביד יוכל להשיג את השינוי בעקיפין, בטכניקה של פיטורין ובהצעת תווה חדש, כמפורט בניתוח החוזי לעיל³⁴. יחד עם זאת, ייתכן שיש מצבים מסוימים שבהם ההלכה תהיה בכל-זאת יעילה ותביא להקצאה חדשה של כוח המיקוח בין הצדדים במשא-ומתן על שינוי תנאי-העבודה, ואותם יש לבדוק. הלכת מילפלדר תשפיע על מציאות יחסי-עבודה אם היא תשנה את הישוב העלות-תועלת של המעביד. בצד התועלת, קיימים היתרונות שייגרמו למעביד מהשינוי, ובצד

33 מצב זה יכול להתרחש כאשר עובד הועסק לתקופה שאינה עולה כדי שנה (חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963, סעיף 1) ואינו זכאי לזכויות בטיחות בעבודה.

33* כשלעובד אין זכות לביטחון בעבודה כנראה המעביד יהיה רשאי לפטר ללא פיצויים חוזיים כדי להשיג את השינוי הדרוש בתנאי-העבודה של העובד. הסיכויים שבתי-המשפט יקבעו שפיטורין כאלה אינם בתום-לב, ולפיכך לא כדין, הם קטנים ביותר היות שהשופט ברק באופן מפורש נתן גושפנקא לשימוש בטכניקת הפיטורין במצב הנדון.

34 אופציה זו מוגשת במפורש על-ידי השופט ברק בפסק-דין מילפלדר (לעיל, הערה 15). צריך לזכור שהמעביד לא יוכל להשתמש בטכניקה זו כאשר התנאי שאותו הוא רוצה לשנות מעוגן בהסכם קיבוצי – במקרה הזה רק הצדדים הקיבוציים יכולים לשנות את התנאי.

העלות, קיימת העלות של אובדן העובד³⁴ * כפול ההסתברות שאכן המעביד יאבד אותו, כלומר: $Cost \times Probability = Benefit$. השאלה היא האם ובאילו תנאים הלכה המונעת שינוי, מלבד דרך פיטורין, אכן תגביר את ההפסד.

ייתכן שהלכת מילפלדר תגביר את העלות אם היא מגדילה את העלות הנובעת מאובדן העובד. היות שההנחה כאן היא שאין עלות לפיטורין, המתבטאת בתשלום פיצויים, אלא שישנה רק אותה העלות שתיגרם למעביד כתוצאה מעזיבתו של העובד בכל דרך שהיא, כולל התפטרות – אין הבדל בין הלכת מילפלדר ובין הלכת רשות השידור לצורך זה. אם העובד איננו מוכן להמשיך לעבוד בתנאים החדשים, שוב אין זה חשוב אם הוא פוטר לפי מילפלדר או מתפטר לפי רשות השידור – בשני המקרים העלות למעביד תהיה אותה עלות, ה- $transaction costs$ של החלפתו.

לחלופין, ייתכן שהלכת מילפלדר תגביר את העלות אם היא תגדיל את ההסתברות שהמעביד אכן יאבד את העובד. אם אפשר להוכיח, בכלל או בסקטור מסוים, כי הסיכוי הסוציו-פסיכולוגי שעובד יחזור לעבודה אחרי פיטורין הוא קטן יותר מהסיכוי שהוא יישאר בעבודה, כאשר בשני המקרים יש אותה הרעה בתנאי-עבודה, אז הלכת מילפלדר תעלה את ההסתברות ההפסד. ייתכן שאפשר להראות גם את ההיפך באורח אמפירי, כלומר: שהעובד ייטה יותר להשלים עם השינוי לאחר הלם הפיטורין. באין הוכחה אמפירית המראה את אחת מאלה, נוכל להניח שלא קיים הבדל אם המשך העבודה בתנאים שהורעו באופן זה נעשה אחרי פיטורין או ללא פיטורין. בהיות העובד אדם רציונלי המגדיל את תועלתו ככל האפשר, יש להניח שהוא יתנהג לפי ההיגיון הכלכלי וכאן אין שום סיבה כלכלית המצדיקה הבדל בהתנהגות בשני המצבים.

אם אין הבדל בחישוב עלות-תועלת לפי שתי ההלכות הנוגדות, מה נשאר מההבדל ביניהם במצב הנדון יחסי-עבודה? הלכת רשות השידור תשאיר בידי המעביד את ההחלטה האם לשנות או האם לפטר. הלכת מילפלדר תאלץ את המעביד לפטר כדי להימנע מהעלות של הפרת חוזה הנובעת משינוי חד-צדדי בחוזה-העבודה.

(2) במצב שבו המעביד חייב לשלם לעובד פיצויים על פיטוריו ועל התפטרותו כאחד, השוני בין הלכת מילפלדר לבין הלכת רשות השידור מנוטרל. כאשר המעביד חייב לשלם לעובד פיצוי על פיטוריו, הדבר יגביר את העלות של השינוי ויהווה לכאורה הרחעה בפני שימוש בטכניקה המוצעת במילפלדר – השגת שינוי באמצעות פיטורין. לעומת זאת, כאשר במקרה של התפטרות המעביד חייב לשלם לעובד אותו שיעור של פיצויים כמו במקרה של פיטורין, ההרתעה הזאת מנוטרלת. המעביד יהיה נתון לאותו סיכון כספי אם הוא משנה חד-צדדית את תנאי-העבודה והעובד מתפטר או אם הוא מפטר אותו והעובד איננו מסכים לחזור לעבוד בתנאים החדשים. לפיכך, השפעת השוני שבין הלכות מילפלדר ורשות השידור היא בדיוק כמו במצב של העדר חובה לתשלום פיצויים המתואר לעיל. יחד עם זאת, כאשר העלות של פיטורין ושל התפטרות גבוהה בשני המקרים, ישנה הרתעה נגד שינוי חד-צדדי לפי כל אחת מההלכות. נבחון אפוא באילו נסיבות הזכות לפיצויים לא תשתנה במקרה של פיטורין ובמקרה של התפטרות ולפיכך תופעל הרתעה נגד שינוי חד-צדדי של תנאי עבודה על-ידי מעביד, בלי קשר להפעלת הלכת מילפלדר המתיימרת למנוע שינוי כזה או הלכת רשות השידור המתיימרת להקל על שינוי כזה.

³⁴ עלות אובדן של עובד משמעה עלות החלפתו בעובד אלטרנטיבי – הדבר יכול לכלול עלויות עסקה ואולי אובדן של הון אנושי ספציפי למפעל.

המצב השני, כלומר: המצב שבו המעביד חייב אותו שיעור פיצויים להתפטרות או לפיטורין, נוצר בנסיבות מסוימות לפי חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. לפי חוק זה, עובד מפוטר זכאי לפיצויי פיטורין³⁵. גם עובד המתפטר בשל הרעה מוחשית בתנאי העבודה שלו זכאי לפיצויי פיטורין באותו שיעור – גם זה על-פי סעיף 11 לחוק. לפיכך, שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה שהעובד איננו משלים עימו והוא מעדיף אפוא להתפטר בעקבותיו, יזכה את העובד באופן כמעט אוטומטי בפיצויי פיטורין, שכן ברור כי אם השינוי לא היה מרע את תנאי עבודתו לא היה העובד מסרב לו. אין כאן אנומליה מקרית בחוק שלנו, אלא עיקרון המוכר גם בשיטות-משפט אחרות. לפי עיקרון זה, התנהגות המעביד המביאה להתפטרות העובד תיחשב כפיטורין קונסטרוקטיביים³⁶. נראה אם כן, כי הבחירה בין הלכת מילפלדר לבין הלכת רשות השידור לא חשפיע על ההרתעה החקיקתית האמורה. אפילו אם על-פי רשות השידור המעביד רשאי לשנות את התנאי, אין בכך כנראה בכדי לשנות את העובדה שתנאי-העבודה של העובד למעשה הורעו³⁷.

ייתכן כי יש המתרשמים כאילו חוק זה, לפי הפירוש האמור, ייצור תמיד הרתעה בפני שינוי חד-צדדי – ולא היא. יש נסיבות שבהן אין לעובד זכות לפיצויי פיטורין אפילו אם הוא מפוטר או מתפטר בשל הרעה מוחשית בתנאי-העבודה שלו. החוק אינו מעניק זכות לפיצויי פיטורין לעובדים שעברו פחות משנה אחת הוא גם מאפשר למעביד לקזז את זכות העובד לפיצויי פיטורין הנובעת מקרן-פנסיה לפי הסכם קיבוצי או עם אישור שר-העבודה. עובדים הזכאים לפי חוק לגמלה עקב פרישתם לא יהיו זכאים לפיצויי פיטורין³⁸.

אפילו אם, על-פני הדברים, השוני בין ההלכות איננו מעלה ואיננו מוריד לעניין ההרתעה החקיקתית הנוצרת נגד שינוי חד-צדדי, ייתכן שהשוני בתפישת יוביל להתפתחויות שונות ביישום סעיף 11 לחוק בעתיד. היות שבית-הדין הארצי לעבודה נוטה לאפשר שינוי חד-צדדי, ייתכן שבעתיד הוא יפתח פירוש מצמצם של הסעיף כדי לאפשר שינויים חד-צדדיים מסוימים ללא חשלום פיצויי פיטורין. למשל: תיתכן הבחנה בין שינויים הגורמים הרעה בתנאי-עבודה לבין אלה הגורמים הרעה מוחשית, כשרק במקרה של הרעה מוחשית העובד יהיה זכאי לפיצויי פיטורין³⁹.

חוק פיצויי פיטורין מרתיע כנגד שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה על-ידי הכנסת שיקולי עלות נוספים מעבר לחישוב עלות-תועלת הטמון בהחלטת המעביד לשנות את תנאי-העבודה ללא הסכמת העובד. העלות למעביד של השינוי ייקבע לא רק לפי מחיר החלפתו של העובד בהכפלת ההסתברות שהעובד יעזוב את מקום העבודה. ייתוסף מחיר פיצויי הפיטורין ששיעורם נקבע על-פי קריטריונים שאינם קשורים לעלות ההחלפה. גם ההסתברות לכך שהעובד יעזוב תושפע על-ידי גורמים שאינם קשורים לשינוי המוצע או ליתרונות היחסיים שיש לעובד במקום העבודה הנוכחי לאחר השינוי, בהשוואה למקומות עבודה אלטרנטיביים. הואיל ופיצויי הפיטורין נקבעים לפי שנות העבודה של העובד ומכיוון שלא יהיה זכאי לקבל פיצויים אלה בכל מקרה של סיום

35 מלבד במקרים חריגים שאופיים איננו רלבנטי לסוגיא הנדונה. ראה סעיפים 14, 15, 16, 17 לחוק.

36 ראה 185-191 (4th ed.) 1963. Rideout, *Principles of Labour Law*.

37 ראה ריון לה/8-3 מקורות נ' מרקוביץ, פר"ע 125.

38 חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963. סעיפים 1, 4 ו-15.

39 ראה את הדיון בעניין הדיון הרצוי להלן, ליד הערה 104.

יחסי עובד-מעביד, העובד ישקול בתהליך ההחלטה האם להסכים לשינוי, לא רק הפסד הערך של המשך תעסוקתו במקום העבודה, אלא גם הפסד ההזדמנות לקבל את פיצויי הפיטורין שהצטברו לזכותו.

ההשפעה של ההרתעה החקיקתית בחוק פיצויי פיטורין על ההלכות הנוגדות במילפלדר וברשות השידור היא ביצירת מערכת-הרתעה עצמאית – מערכת שבה כובד ההרתעה איננו קשור כמותית בשיקולי התועלת או הסתברות ההפסד הנובעים על-פי השוק משינוי תנאי העבודה. בנסיבות שהחוק מזהה את העובד בפיצויים בשל פיטורין או התפטרות, ההרתעה איננה משתנה על-פי הלכת מילפלדר לעומת הלכת רשות השידור.

(3) במצב שלעובד יש ביטחון בעבודה, כלומר: זכות למקום העבודה המעניקה לו הגנה בפני פיטורין או כאשר עומדת לו זכות לפיצוי עבור פיטורין כשאינו לו זכות כזו במקרה של התפטרות, הפעלת כל אחת מהלכות מילפלדר ורשות השידור תוביל לתוצאות שונות בתכלית ביחסי עובד-מעביד.

הלכת מילפלדר מובילה להרתעה משמעותית בפני שינוי חד-צדדי במצב שלישי זה, ואפילו ייתכן שבנסיבות מסוימות היא מונעת את השינוי לחלוטין. נבחון את הנסיבות השונות.

כאשר על המעביד לשלם פיצויים במקרה של פיטורין ולא במקרה של התפטרות, הרי הלכה המאלצת אותו לסיים את החוזה ולהציע חוזה חדש במקום לשנות את התנאים תוך נטילת הסיכון שהעובד יתפטר, תעניק הגנה משמעותית לעובד בפני שינויים בתנאי-העבודה, כי הפיצויים יגבירו את ההפסד הצפוי למעביד אם העובד איננו מסכים לקבל את הצעת החוזה החדש. מתי עובדים יהיו זכאים לפיצויים בשל פיטוריהם ולא בשל התפטרותם?

(א) רובם הגדול של העובדים במדינת ישראל נהנים מביטחון בעבודה המקנה להם קביעות⁴⁰. מעביד איננו רשאי לפטר עובד קבוע ללא סיבה מספקת. פיטורין ללא סיבה מספקת יזכרו את העובד בפיצויים על הפרת חוזה-העבודה שלו, נוסף על פיצויי פיטורין על-פי החוק⁴¹. לפי הלכת מילפלדר, המעביד איננו רשאי לשנות את תנאי-העבודה. משתמע מכך שסירובו של העובד להשלים עם השינוי לא יכול להוות סיבה מספקת לפיטורין. לפיכך, כאשר לעובד יש קביעות, ניסיון לשנות את תנאי-העבודה באמצעות הטכניקה של פיטורין והצעת חוזה חדש תהיה מלווה בעלות הנובעת מהפיצויים על פיטורין שאינם כדין ומפרים את החוזה.

(ב) לפי הסכמי-פנסיה מסוימים, עובד יהיה זכאי לפנסיה מוקדמת אם הוא מפוטר בנסיבות מסוימות, אך לא אם הוא מתפטר. הואיל ומדובר בפנסיה תקציבית, מעביד המפטר עובד כדי להשיג שינוי בתנאי-עבודתו ישא, לפי הסכמי-פנסיה אלה, בהוצאות הפנסיה המוקדמת⁴².

40 כל ההסכמים או ההסדרים הקיבוציים מכילים הוראות בדבר ביטחון בעבודה, ומרבית העובדים במשק כפופים להוראות כנ"ל.

41 פיצויים בשל הפרת חוזה-העבודה הם נוספים לפיצויים על-פי חוק פיצויי פיטורין, דב"ע ל/14-3 בתי מרגוע נ' שמריהו, פד"ע א 146; בג"צ 254/73 צרי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י כח(1) 372, 389.

42 על-פי חוק שירות המרינה (גימלאות), תשכ"ח-1968, ועל-פי כמה הסכמי-גמלאות (למשל: הסכם הגמלאות של עובדי האוניברסיטה העברית).

אם המעביד מנוע מלפטר את העובד, כלומר: אם העובד זכאי לאכוף את זכותו להישאר במקום העבודה. המעביד יהיה מנוע מלהפעיל את האופציה המוצעת במילפולד לשינוי באמצעות פיטורין. מתי המעביד יהיה מנוע מפיטורי העובד? כאשר הפיטורין הם בניגוד לאיסור שבחוק הם בטלים והעובד יכול לקבל תרופה של החזרה לעבודה⁴³. לחלק מהחוקים האוסרים על פיטורי עובדים השפעה זמנית בלבד; כך, למשל, האיסור על פיטורי אישה בזמן הריונה או בחופשת-הלידה או על פיטורי חייל משוחרר⁴⁴. אולם לאחרים השפעה ארוכת-טווח, למשל: איסור פיטוריו של עובד-מדינה שלא על-פי ההסדרים הקבועים בחוק⁴⁵.

אכן, לפי דיני פיטורין, במצב שלישי זה, האופציה של פיטורין כדין איננה פתוחה למעביד. ייתכנו מקרים שבהם הוא אינו יכול לפטר כלל; ובמקרים שיש לו כוח לפטר ללא זכות חוזית לעשות זאת, הוא יחויב בפיצויים על פיטורין שלא כדין. אין חולק על כך שבמצב זה העלות של שינוי חד-צדדי תגדל באופן ניכר ביותר והדבר ייצור הרתעה משמעותית בפני שינוי חד-צדדי לאור הלכת מילפולד. האם אפשר לומר כי ההרתעה שנוספה מהחובה לשלם פיצויים בשל פיטורין שלא כדין או מגיעת השינוי בכלל בעצם משרתת את מטרתה של ההלכה למנוע שינוי חד-צדדי? אי-אפשר לענות בפסקנות מה היתה הכוונה של בג"צ, משום שבית-המשפט לא ניתח את קשרי-הגומלין שבין דין שינוי חוזה ובין דיני פיטורין. יחד עם זאת, מהדגשת האופציה של המעביד לפטר משתמע כאילו בג"צ סבר שצריך להשאיר למעביד יכולת לשנות תנאים אפילו בהעדר הסכמתו של העובד. אם המכשולים בדיני פיטורין יביאו להתאבנות תנאי-העבודה בשל כך שהמחיר לשינויים הוא כה גבוה או כי אין אפשרות לבצע את הפיטורין בכלל, כנראה שהתוצאה תהיה בלתי-רצויה גם לפי הנאמר בפסק-הדין עצמו.

אם האופציה של פיטורין היא בלתי-אפשרית או יקרה מדי, האם לא ניתן להשיג את מטרתה של הלכת מילפולד באמצעות ביצועו של השינוי תוך הפרת החוזה? וזאת על-ידי כך שהמעביד יכתיב את השינוי והעובד ידרוש פיצוי על הנזק שנגרם לו מעצם השינוי. אלא שלא ברור אם אפילו אופציה זו פתוחה למעביד. ראשית, ייתכן שהעובד זכאי לאכיפת תנאי-העבודה החוזיים שלו⁴⁶. שנית, גם בלי התרופה של אכיפה, חישוב הפיצויים בשל ההפרה אמור לפצות את העובד על כל הנזק שנגרם או שייגרם לו. כלומר: במקרה של עובד קבוע, הנזק הוא כמידת ההפסד של ערך התנאי המבוטל עד לסיום החוזה כדין⁴⁷. חישוב כזה של הפיצויים ישלול כל יתרון כלכלי למעביד שהיה

43 ראה בג"צ 254/73 חברה לתעשייה פרמצבית ובימית בע"מ נ' כה"ד הארצי לעבודה ואח', פד"י כח(1) 372.

44 חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, וחוק חיילים משוחררים, תשמ"ד-1984.

45 חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, סעיף 68. עדיין נשאלת השאלה אם פיטורי עובד-מדינה עקב סירובו לקבל שינוי חד-צדדי לא-חוקי ייחשב כפיטורין משמעותיים על-פי החוק או שהשר יוכל להפעיל את סמכותו השירותית לפטר בשל סיבות לא משמעותיות על-פי סעיף 15 לדבר המלך במועצתו, 1926.

46 יתר על כן: השופט ברק נותן תמיכה לאפשרות אכיפה בהקשר של שינוי חד-צדדי בכך שהוא אומר: "צד לחוזה אינו רשאי (אין לו זכות) ואינו יכול (אין לו כוח) לקרוע מעל החוזה תניות אלו או אחרות, ולהביא בהן שינוי על ידי מעשה חד צדדי...". מילפולד (לעיל, הערה 15), 215.

47 סוגיא זאת התעוררה בפסיקה בעניין חישוב הפיצויים בשל פיטורין שלא כדין של עובד קבוע, אבל בית-הדין הארצי לעבודה ובג"צ מצאו דרכי-עקיפין לטפל בעובדות הספציפיות ואפילו לא התייחסו לאפשרות לפסוק פיצויים עד גיל הפרישה: בג"צ 473/77 ההסתדרות הכללית נ' כה"ד

ניתן להשיג מהשינוי ולפיכך למעשה ימנע אותו⁴⁸. צירוף ביטחון בעבודה או איסור פיטורין בחוק להלכה המונעת שינוי חד-צדדי ללא סיום החוזה נותן מקום לחשש כי יש סיכון שלהתאבנותם של תנאי-עבודה. תיאורטית, לא יוכל המעביד לשנות את תנאי החוזה עד שהעובד מסכים לשינוי, עוזב את העבודה מיוזמתו, פורש לגמלאות או נותן למעביד סיבה מספקת לפטרו, או עד שלמעביד זכות חוזית לפטר את העובד במסגרת צמצומי עבודה. ההלכה ברשות השידור מעניקה למעביד זכות לשנות את תנאי-העבודה וכך, כנראה, מאפשרת שינוי גם כאשר למעביד אין אפשרות לפטר כדין את העובד. יישום ההלכה במצב זה לא רק שיחתור תחת ערכם של התנאים החוזיים ששוננו, אלא גם יחתור תחת הביטחון בעבודה שהוכטח לעובד. ייתכן שהירידה בערך תנאי-החוזה תאלץ את העובד להתפטר וכך להפסיד את יתרון ההגנה בפני פיטורין⁴⁹. אם נסכם את הנאמר עד כה, הרי שבהצגת ההלכות הנוגדות בעניין שינוי חד-צדדי של תנאי-עבודה, לא בדקו בתי-הדין לעבודה ובג"צ את המורכבות של יישומן בנסיבות משפטיות שונות בהקשר של סיום יחסי-עבודה. אי-אפשר להתעלם מהקשר ההדוק בין דין שינוי חד-צדדי ובין דיני פיטורין והתפטרות. ההשפעה של כל אחת מההלכות משתנה והיא תלויה בחוקיות הפיטורין באותו המצב שבו המעביד חפץ להכניס את השינוי. לפי הלכת מילפלדר יש מצבים שבהם לא תהיה כל הרתעה נגד שינוי חד-צדדי ומצבים אחרים שבהם הכנסת שינוי חד-צדדי תהיה בלתי-אפשרית או קרובה לכך. לפי הלכת רשות השידור הסמכות לכאורה של המעביד לשנות חד-צדדית את תנאי-החוזה תהיה פחות ממושלמת במצבים מסוימים ומושלמת עד כדי חתירה תחת ביטחון בעבודה במצבים אחרים. אף אחת משתי הלכות אלה איננה יוצרת מדיניות חברתית עקיבה.

ה. שיקולי המדיניות החברתית

מהם שיקולי המדיניות החברתית שאותם צריך לקחת בחשבון בניסיון לייצב תיאוריה נורמטיבית לעניין שינוי תנאי-עבודה ביחסי-עבודה לתקופות בלתי-קצובות? האם יש צורך בכלל בתיאוריה כזו או שמא ניתן להסתמך על ניתוח חוזי טהור? מדיניות של כיבוד התחייבויות חוזיות היא מרכזית ביחסי-עבודה אינדיבידואליים וקולקטיביים כאחד. תחומו של משפט-עבודה הוא תחום של פעילות כלכלית ובעיקרו הוא מוסדר על-ידי השוק החופשי. יחד עם זאת, יש נושאים ביחסי עובד-מעביד המוסדרים בהתאם למדיניות חברתית ללא בסיס חוזי. למשל: המחוקק קובע תנאים מינימליים ל"קניית" עבודה. אולם, מעבר למינימום הקוגנטי הזה, מחיר העבודה ותנאי העסקת העובד הם נושאים לקביעה חוזית. לפיכך קיים שיקול מובהק של מדיניות

הארצי לעבודה, פד"י לב(1) 825; דב"ע 5/5-3 סלמאן סלמאן נ' ההסתדרות הכללית (לא פורסם); מ' מאני, קובץ מקורות במשפט העבודה האינדיבידואלי (אוניברסיטת תל-אביב), 348.
 48 ייתכן כי לטווח הארוך ידאגו מעבידים לפצות את עצמם על המחיר הגבוה של שינוי ברמת השכר או בעריכת חוזים לתקופות קצרות, אך פתרון זה לא קיים לגבי כל הדור הקיים של עובדים קבועים.
 49 יש אפשרות למתן את הלכת רשות השידור ואת השפעתה הבלתי-רצויה על ביטחון בעבודה על-ידי אימון המושג של פיטורין קונסטרוקטיביים או על-ידי צמצום הסמכות לשנות תנאים לאותם מצבים שבהם יש למעביד סמכות לפטר, אך אין כל רמז בפסיקת בתי-הדין לכוונה כגון זה.

חברתית הקורא להכיר בכוונת הצדדים ולאכוף אותה. כוונת הצדדים מתגלית בחוזה המקורי שביניהם, שבו הם קובעים את רצונם. חוזה זה בחלקיו הכתובים והלא-כתובים כאחד מהווה את הבסיס לקשר החוזי ההולך וממשיך בין הצדדים. נוסף על מדיניות של שמירת הבסיס החוזי ביחסי-עבודה יש צורך, על-אחת-כמה-זכמה, בפיקוח על שמירת הזכויות המוקנות של העובד היחיד⁵⁰. תופעה מוכרת היא, ואקסיומטית לרוב הגדול של יחסי עובד-מעביד, שיש אי-שוויון בכוחות המיקוח בין העובד היחיד ובין המעביד. בשל כך נדרשת דאגה מיוחדת לשמירה לא רק על תנאים מינימליים של שכר, בטיחות וזכויות סוציאליות, אלא גם על הזכויות המוקנות שהעובד זכאי להן לפי הסדרים חוזיים⁵¹.

יחד עם זאת, הצורך בהסתגלות לשינויים סביבתיים איננו פחות מהצורך לכבד את החוזה המקורי בין הצדדים. מאפיין נפוץ ביחסי-עבודה אינדיבידואליים, הוא היותם בלתי-מוגדרים בזמן. במשך קיום יחסים כאלה על פני שנים. שינויים בשיטות-ניהול ובטכנולוגיה ושינויים בתנאי שוק-העתסוקה או השוק המסחרי יכולים לטבוע את חותמם על יחסי-העבודה. כדי שמקום העבודה יתפקד ביעילות בסביבה חברתית משתנה, מן ההכרח לפתח מנגנונים של הסתגלות לשינויים. הגבלת היכולת להכניס שינוי ביחסי-העבודה לאותם מקרים שבהם השינוי מוסכם על שני הצדדים להם תמנע פיתוח מנגנונים אפקטיביים של הסתגלות.

הסוגיא של שינוי תנאי-עבודה כפי שהתעוררה בפסיקה, עוסקת בשינוי תנאים במישור האינדיבידואלי של יחסי-עבודה. לפיכך כיבוד החוזה הוא כיבוד החוזה האינדיבידואלי. ברור שהתניית הכוח לשנות תנאי-עבודה בהסכמת העובד האינדיבידואלי, המעורב בשינוי, יוצרת וטו של העובד על פוטנציאל הגמישות הניהולית. זכות של עובד להטיל וטו כזה אינה מתאימה לתיאוריות של ניהול ואפילו לא לקונספציה של דימוקרטיה תעשייתית. להחלטות של ההנהלה לשנות תנאי-עבודה יכולות להיות השלכות חשובות מעבר למסגרת האינדיבידואלית ואין זה מתקבל על הדעת שהחלטות כאלה תוכרענה לפי שיקולי העובד היחיד. לעומת זאת, התניית כוח המעביד לשנות תנאי-עבודה בהסכמת הצד הקיבוצי ליחסי עבודה — כלומר: ארגון-העובדים — איננה מעוררת אותה בעייתיות: התנייה כזו מהווה אמצעי של שיתוף ארגון-עובדים בהנהלה כאשר יש כבר במקום העבודה מסגרת של שיתוף ארגון-העובדים בניהול, התנייה כזו מתיישבת עם הקונספציה של תפקיד הארגון ביחסי-העבודה.

הניגוד בשיקולי המדיניות הנוגדים בסוגיא שלנו מיושב כאשר הצדדים בעצמם, בחוזים המקוריים שלהם, קובעים את מנגנוני השינוי או היציבות של תנאי-העבודה. כך, אם הצדדים קובעים שיש פרוגטיבה ניהולית לשנות תנאים באופן חד-צדדי, תושג הגמישות הניהולית ללא התערבותו של המשפט⁵². לעומת זאת, אם הצדדים קובעים

50 ראה דיון מס' דב"ע לט/44-3 חברה דרומית לשיווק בע"מ נ' קרופניק, פד"ע יא 94; Raday, The Power to Alter Personal Provisions of Collective Agreements (לעיל, הערה 26).

51 דוגמא חקיקתית כזו היא מתן פיצויי הלנה עונשיים לעובד ששכרו החוזי לא שולם במועד: חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, סעיפים 1, 9-13 ו-17.

52 האפשרות נשאת פתוחה בבג"צ מילפלד (לעיל, הערה 15), לפי חריג הרביעי לכלל. בעיה אנלוגית לכך היא הלגיטימיות של משא-ומתן על סעיף management function clause שנכחנה על-ידי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, שם נקבע כי מעביד יכול לשאת ולתת על

מפורשות בחוזה, שאין לשנות את תנאי החוזה ללא הסכמת העובד, הצורך לשמור על אוטונומיה חוזית ביחסי-עבודה מכתוב אי-התערבות; הצדדים השיגו את עסקת-החבילה שלהם והמעביד "מכר" את האינטרס שלו בגמישות ניהולית. כפי שתוכן תנאי-העבודה, מעל המינימום החקיקתי, הוא נושא למשא-ומתן כלכלי, כך גם תקופת תוקפם של אותם תנאים היא עניין דיספוזיטיבי. בשל כך בידי הצדדים ליחסי-עבודה נתונה האוטונומיה לקבוע את אורך תקופתו של חוזה-העבודה ואת הדרך לסיימו. כל עוד חופש חוזי ממשיך להתקיים בתחום זה, לא תהיה הצדקה במדיניות או טעם שביעילות לקבוע כלל קוגנטי בעניין שינוי תנאי-עבודה⁵².

האפשרות של הסדרת הסוגיא על-ידי החוזה עצמו נראית לכאורה כאילו היא מעניקה פתרון מושלם: מדוע לא להשאיר את קביעת האיוון בין גמישות ובין יציבות לצדדים החוזיים? אולם הפתרון הוא מדומה. למעשה, אין הסדר מפורש של הסוגיא ברוב הגדול של חוזה-העבודה הקיימים, קיבוציים או אינדיבידואליים, ואי אפשר להניח שבעתיד הנראה לעין יהיה כיסוי אוניברסלי של הסוגיא בחוזים עצמם. ניתן לכבד את הסדרת הסוגיא בחוזים כאשר היא ישנה בהם, אך נמשיך להיזקק לכלל שיורי למקרים שבהם היא איננה. יתר על כן: קביעת כלל שיורי (שבוודאי יהיה דיספוזיטיבי) משפיעה על המשא-ומתן לקראת הסדרים חוזיים מפורשים. מחד גיסא, אם הכלל מאפשר שינוי חד-צדדי, יצטרכו עובדים לנהל משא-ומתן ולשלם מחיר כדי להשיג יציבות ושמירה על תנאי החוזה המקורי. מאידך גיסא, אם הכלל מונע שינוי חד-צדדי, יועבר הנטל על המעביד "לקנות" את הגמישות הניהולית ואת הפרוגטיבה לשנות תנאי-החוזה⁵³.

לכן הלכה בעניין שינוי תנאי-עבודה נחוצה ככלל שיורי ורצויה כדי לייצב בעקיפין את המדיניות החוזית של הצדדים. בקביעת ההלכה יש לקחת בחשבון את שני הגורמים המנוגדים במדיניות החברתית — הצורך ביציבות חוזית מול הצורך בגמישות ניהולית. ברם, אין שום אילוץ לבחור בין שני הקטבים של המדיניות כפי שנעשה בדיאלקטיקה שבין בתי-הדין לעבודה לבין בג"צ. אין לוותר לחלוטין על שמירת זכויות חוזיות ועל גמישות ניהולית. יש להשיג פתרון על-ידי איוון האינטרסים שבשני הקטבים של המדיניות החברתית.

management functions clause במסגרת חובת המשא-ומתן המנדטורית ה-N.L.R.B. v. American National Insurance 343 U.S. 395: 72 S. ct. 824. לדעה הפוכה, כי משא-ומתן על סעיף שכזה היא כשלעצמה הפרת החובה לשאת ולתת בתום-לב ראה, Cox and Dunlop, "Regulation of Collective Bargaining by the National Labor Relations Board" 63 Harv.L.Rev. 389.

*52 כלל קוגנטי בסוגיא הנדונה היה יוצר קצר בין שינוי חוזה-עבודה לבין דיני פיטורין והתפטרות, ראה לעיל, הדין לאחר הערה 33.

53 בעוד שתיאוריית Coase צופה כי כללי האחריות — בדרך-כלל לא ישנו את תנאי השוק ביחס למשא-ומתן על הקצאת זכויות (1) (1960) 3 J.L. Econ. ("The Problem of Social Cost", Coase) ישנה גם דעה בספרות הנוכחית, כי העברת אחריות מצד אחד לשני, ובכך שינוי נקודת-ההפתיחה של המשא-ומתן, אפשר שתביא לשינוי גדול בעסקאות. (Schwartz, "The Enforceability of Security Interests in Consumer Goods" 26 J.L. Econ. (1983), 117, 141, n. 50; Knetsch, "Legal Rules and the Basis for Evaluation Economic Losses" 4 Int. Rev. L. & Econ. (1984) 5.

1. פתרונות בשיטות-משפט זרות

לפני שאנסה, במסגרת המשפט הישראלי, לפתח תיאוריה שתיישב את האינטרסים המנוגדים — שמירת הזכויות החוזיות המקוריות והגמישות הניהולית — אבחן נסיונות לפתור את הבעיה בשיטות-משפט אחרות.

בבית-הדין הארצי לעבודה⁵⁴ ובבג"צ⁵⁵ אוזכרה קונספציית ה-*revision*, הנובעת ממשפט-העבודה הצרפתי, וההנחה המשתמעת היתה כאילו שינוי בתנאי-עבודה חייב להתבסס על הסכמה. האם, אכן, זו גישתו של המשפט הצרפתי? אכן, בתיאוריה החוזית הקלאסית היתה זאת הקונספציה השלטת ביוריספרודנציה הצרפתית, שלפיה, מעביד אשר ניסה לשנות את החוזה באורח חד-צדדי נחשב כיוזם פיטורין — גישה המזכירה את הדוקטרינה של פיטורין קונסטרוקטיביים⁵⁶. על פניה, גישה זו דומה בתוצאותיה להלכת מילפלדר, שלפיה אם אין העובד מסכים לשינוי, האופציה הנשארת פתוחה למעביד היא לפטרו. אולם, המשפט הצרפתי מבחין, למעשה, בין סוגים שונים של שינוי חד-צדדי ומייחס לכל אחד מסוגי השינוי תוצאה משפטית שונה⁵⁷.

ראשית, היוריספרודנציה הצרפתית שמרה על פררוגטיבה ניהולית לבצע שינויים במבנה מקום העבודה ובשיטות ביצוע העבודה, וזאת במסגרת "כוח מנהלי" להבטיח את התפקוד התקין של העסק. שינוי במסגרת זו אפילו איננו מעלה את הסוגיה של *revision*, כל עוד אין בו כדי לשנות תנאי-יסוד של החוזה המקורי של העובד. כך, למשל, המעביד רשאי להחליף את עבודתו של העובד בתוך העסק כל עוד אין הרעה בדרגה או בשכר; הוא רשאי לשנות את שיטות חישוב השכר כל עוד אין הקטנה גלוברית בתמורה לעבודה; הוא רשאי לשנות הסדרי-עבודה בשעות נוספות אם הדבר נחוץ בגלל סיבות כלכליות⁵⁸.

שנית, משתמע מהיוריספרודנציה הצרפתית שישנה מעין זכות של *revision*. נכון הוא שה-*revision* נחשב כפיטורין קונסטרוקטיביים, אך, יחד עם זאת, התרופות המגיעות לעובד עבוד פיטורים קונסטרוקטיביים אלה הן מינימליות מלבד במקרה של "*abus du droit de revision*", היינו: שימוש-לרעה בזכות.

לפני 1973, עת הועבר חוק ספציפי בעניין פיטורין, עובד מפוטר היה זכאי, על-פי דיני חוזים, להודעה מוקדמת ולפיצוי פיטורין, ללא פיצויים בשל הפרת חוזה-העבודה, מלבד אם הפיטורין היו שלא כדין — *abusif*. שינוי חד-צדדי של החוזה לא הפך את הפיטורין הקונסטרוקטיביים הנובעים ממנו לפיטורים שאינם כדין — ל-*abus du droit de revision*, מלבד אם המעביד שינה את החוזה תוך *abus du droit de revision*⁵⁹.

לפי החוק של 1973, הקונספציה של *abus du droit de revision* יושמה באופן דומה וכך ממשיכים ליישמה במצב המשפטי הנוכחי. למעביד יש זכות של *revision* כאשר

54 דב"ע לה/30-3 מרים זהר גלבולום נ' התיאטרון הלאומי "הבימה", פד"ע ו 309.

55 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה מס' 15).

56 421-420 (Dalloz, 2d, ed. 1982) *Le Contrat de Travail* — *Droit du Travail*, Camerlynck.

57 יש לציין כי הגישה התחזית הקלאסית. ביחס לשינוי חד-צדדי עוצבה בהקשר של זכותו של המעביד לפטר עובד בכל עת שירצה, בכפיפות לדרישה של הודעה מראש בלבד.

58 Camerlynck (לעיל, הערה 56), 409-410, 417.

59 שם, 420-425.

הוא מגיב לאילון לגיטימי, ובמקרה זה סירובו של העובד להסכים להצעה לשינוי תנאי העבודה יהווה סיבה מספקת (reel et serieux) לפיטורין.⁶⁰ התוצאה נגזרת מהעובדה שהמעביד היה יכול לפטר את העובד בשל אותם אילוצים, כלכליים או אישיים, שהצדיקו את הצעתו לשינוי התנאים. כך, למשל, סירוב העובד להסכים לשינויים הנובעים מהכנסת חומרים חדשים או רה-ארגון של מכירות ייחשב סיבה מספקת לפיטורין.⁶¹ במקרים כאלה העובד יהיה זכאי להודעה מוקדמת ולפיצויי פיטורין, אבל לא יהיה זכאי לפיצויים בשל פיטורין שאינם כדין. רק כאשר המעביד מכניס שינוי חד-צדדי ללא אילון לגיטימי, יוכל העובד לראות את עצמו כמפוטל שלא כדין – באופן *abusif*. במקרה כזה העובד יהיה זכאי לתבוע, נוסף על הודעה מוקדמת ולפיצויי פיטורין, פיצויים בשל השינוי שאינו כדין – *abus du droit de revision* – או בשל הפיטורין שאינם כדין. כך, למשל, הוחלט שאין אילון לגיטימי לשינוי במקרים הבאים: כאשר המעביד מתנהג בזדון; נוקט אמצעים שרירותיים שאינם במסגרת רה-ארגון של העסק; מציג את השינוי כאילו העובד הסכים לו כשלא כך הוא. מוריד בדרגה עובד שהגיש את מועמדותו לבחירה כנציג עובדים; מבצע את השינוי ללא התייעצות מוקדמת; ומבצע את השינוי כדי להתחמק מחובות לפי חוק או הסכם קיבוצי.⁶²

לסיכום: המשפט הצרפתי בעצם מבדיל בין סוגים שונים של שינוי חד-צדדי. ראשית, יש הבחנה בין שינוי חד-צדדי, שהוא רק צעד ניהולי, לבין שינוי הפוגע בתנאי-יסוד של החוזה. הצעדים המנהליים אינם נחשבים כלל כשייכים לסוגיא המשפטית של *revision*, אלא הם חלק מפרווגטיבה של המעביד לנהל את העסק שלו. שנית, יש הבחנה בין שינוי בתגובה לאילון לגיטימי לבין שינוי שאיננו כך. בשני המקרים העובד יכול לראות את עצמו כמפוטל, אך רק כאשר אין אילון לגיטימי יהיו לו תרופות בשל פיטורין שלא כדין. בהבחנות אלה טמונה קונספציה של זכות המעביד לשנות תנאים באופן חד-צדדי כאשר יש אילון לגיטימי.

המשפט האנגלי גם הוא צוטט בערכאות אצלנו. לפי דעת בית-הדין האזורי לעבודה, המשפט האנגלי מאפשר שינוי חד-צדדי⁶³ ולפי דעת בג"צ הוא אוסר עליו.⁶⁴ נכון הוא, שבמשפט האנגלי הקונספציה החוזית הבסיסית היא שאפשר לשנות חוזים רק באמצעות הסכמה הדדית.⁶⁵ אך, בכל-זאת, לא יהיה זה מדויק לומר שהמשפט האנגלי קובע בפסקנות ששינוי חד-צדדי הוא אסור.

60 שם, 426.

61 שם, 428.

62 שם, 423–425, 428.

63 פסק-דין עדה שהרבני (לעיל, הערה 8).

64 בג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15).

65 *Rideout* (לעיל, הערה 36), 282. הפסקה מפרידלנד, שהובילה את בית-הדין האזורי לעבודה למסקנה כי המשפט האנגלי מתיר שינוי חד-צדדי, מתייחסת כנראה להרשאת שינוי על-ידי ויתור:

There is a widely held view that they [Contracts of Employment] also contain an equally wide provision [as that for termination of contract] for agreed variation upon notice of the length required to terminate the contract: or in other words: that there is a right to vary by notice that can be implied into the contract where there is a right to terminate by notice... and if an employment relationship continues for a substantial period following variation, it will be held that there was waiver of the right to oppose it and insist upon the former terms and conditions": (Freedland, *The Contract of Employment*, 1976) 53.

בתי-המשפט האנגליים משתמשים במגוון טכניקות של פרשנות חוזית כדי למצוא פררוגטיבה של המעביד לשנות:

In order to establish "the extent of the employer's prerogative to impose changes in the arrangements under which the employment takes place"⁶⁶.

בפסקי-דין מסוימים, בתי-המשפט האנגליים ראו את חוזה-העבודה כניתן לחלוקה לחלק בסיס ולחלק מוסף, כאשר הכירו בזכות המעביד להביא את החלק המוסף לסיום במתן הודעה מוקדמת בלי שהדבר יוביל להפרת החוזה כולו⁶⁷. בפסקי-דין אחרים מצאו מניעות על-ידי התנהגות, כלומר: שהעובד מנוע מלהעלות טענות נגד השינוי כי הוא הסכים לו על-ידי התנהגותו:

Every employment relationship is marked by numerous occasions when employer and employee do not stand strictly upon their contracts⁶⁸.

כאשר חוזה-העבודה המקורי לא קבע מפורשות ובכתב תנאים מסוימים, בתי-המשפט פירשו אותו כדיעבד מזווית-הראייה של התפתחויות מאוחרות יותר, וכך בעצם אפשרו שינוי מהכוונה המקורית הבלתי-כתובה⁶⁹.

הטכניקות האלה של פרשנות חוזית מעידות על ניסיון למצוא דרך להתמודד עם הצורך במנגנון של הסתגלות ביחסי עובד-מעביד לתקופות בלתי-מוגדרות. בתי-המשפט האנגליים, בניגוד ליוריספרודנציה הצרפתית, לא גיבשו נוסחה כוללת או סיווגים עקרוניים. הם לא פיתחו כלל אחד לכל המצבים, אלא פירשו את הכוונות המשוערות של הצדדים לפי העובדות והנסיבות הספציפיות⁷⁰. מחברים מצינים את הנטייה של בתי-המשפט לתת לגיטימציה לשינוי החוזה:

The courts have exerted considerable latitude to imply the term which will best do justice in the circumstances... [which] tends to eliminate the artificial distinctions between contractual formation and contractual variation⁷¹.

כמו-כן, במתן פירוש למושג של צמצומי-עבודה על-פי חוק — redundancy — פיתחו בתי-המשפט פרשנות המעניקה לגיטימציה לשינויים חד-צדדיים. בפסיקה הראשונית, כל שינוי ממשי בתנאי-עבודה נחשב כשווה-ערך לביטול עסקת העבודה החוזית כולה ולפיכך כמזכה את העובד בפיצויי פיטורין על-פי החוק. לעומת זאת,

Davies and Freedland, *Labour Law Text and Materials* (Widenfeld and Nicholson, 2nd ed., 1984) 298 66

Davies and Freedland; Land v. West Yorkshire C.C. (1980) 1 C.R. 234 67 (לעיל, הערה 66), 299.

Bond v. Cav L.T.D. [1983] I.R.L.R. 360, 365 68

Mears v. Safecar Securities Ltd. [1982] I.C.R. 626 (C.A.) 69

O' Breier v. Associated Firearms [1969] 1 A.E.R. 930; *Coartaulds Ltd v. Sibson* [1987] I.C.R. 70

Davies and Freedland 317, 334 (לעיל, הערה 66), 304.

Davies and Freedland (לעיל, הערה 66), 306. 71

בפסיקה מאוחרת יותר החליטו כי העובד לא יהיה זכאי לפיצויי פיטורין בשל צמצומי עבודה אם יש עדיין צורך בביצוע עבודתו המקורית אפילו אם ההמשך כפוף לשינויים בתנאי-העבודה⁷².

לסיכום: התפתחות הגישה האנגלית היא ספורדית ואיננה מעניקה לנו מסגרת עקרונית. אך ברור שבתי-המשפט האנגליים אינם יכולים להתעלם מהמתח בין קדושת החוזה המקורי לבין אילוצי ההסתגלות לשינוי בסביבה התעשייתית. הואיל והבסיס נשאר פרשנות חוזית, הכלל שאין אפשרות של שינוי חד-צדדי כדין נשאר תיאורטית על כנו. אולם יש התפתחות בטכניקות הפרשנות המעידה על מדיניות של הכרה בלגיטימיות של שינוי חד-צדדי בנסיבות מסוימות. במלים של המחברים

Davies and Freedland, The courts are, perhaps unconsciously, seeking new and different techniques for dealing with the problem⁷³.

גם בשיטות-משפט אחרות יש הכרה בצורך במדיניות מיוחדת בקשר לשינוי בתנאי תווי-עבודה. בגרמניה מאפשרים שינוי חד-צדדי אם הוא מוצדק לפי הצרכים החברתיים⁷⁴. יישום העיקרון עדיין לא נתן הגדרה יוריספרודנציאלית ברורה למושג של הצדקה חברתית. באיטליה, היתה הכרה בזכות המעביד לשנות את התנאים בחוזה עבודה (*ius variandi*). השינוי נחשב כמוצדק אם הוא נבע מאילוצי העסק, וכל עוד לא היתה פגיעה בשכר⁷⁵. מאז 1970, לפי חקיקה שחוקקה באותה שנה⁷⁶, בתי-המשפט פסקו, כי

Whatever the needs of the business, the variation must lie within the range of duties equivalent to those last undertaken and without any reduction in earnings... The unilateral decisions of the employer cannot change their [the employees] duties and their job position in such a way as not to allow the use... of the ideas, experience and skills acquired earlier in their employment⁷⁷.

כאן, נראה, שבתי-המשפט האיטלקיים צמצמו את כוחו של המעביד לשנות תנאים, וזאת ברוח החקיקה החדשה. כאשר המעביד מפעיל כדין את זכותו לשנות את תנאי העבודה (*ius variandi*) וכשהעובד מסרב לקבל את השינוי, למעביד יש סיבה מספקת לפטר את העובד והפיטורים יהיו כדין⁷⁸.

2. תיאוריה נורמטיבית

הדיאלקטיקה בתוך שיטת-המשפט הישראלית וההתפתחות בשיטות-משפט זרות, של נורמות המאפשרות סוגים שונים של שינוי חד-צדדי בתנאי-עבודה, מעידים על

72 Chapman v. Goonvean & Rostowrack China Clay Co. Ltd. [1973] I.C.R. 310 (C.A.) הגם שלעובד היתה זכאות להחזר משכורת, הוא ראה את עצמו כמפטר קונסטרוקטיבית.

73 Davies and Freedland (לעיל, הערה 66), 296-298.

74 Kündigungsschutzgesetz Civil Code, Art. 2103: Treu, Annonation

75 3 I.L.L.R. 110, 112

76 The Worker's Statute Law, No. 300 of 1970, Art. 13

77 Anatola et al v. Sabed Co. 3 Int. Labour Law Rep. 110, 111

78 שם, 111.

התמוטטות הפתרונות המצויים בתיאוריה החוזית הקלסית. המתח המצוי בשיקולי המדיניות החברתית – בין הרצון לאכוף את חוזה-העבודה המקורי לבין הצורך לאפשר גמישות ניהולית – מוצא את ביטויו בהתפתחויות המשפטיות. הביטויים המשפטיים למתח זה הם בחלקם בהכרה מפורשת בצורך לפתח כללים מיוחדים לסוגיא זו, ובחלקם – באמביבלנטיות לגבי הכללים החוזיים הקלסיים שממשיכים ליישם. במצב דברים זה נחוצה תיאוריה נורמטיבית אשר תספק מסגרת מושגית למתרחש בתחום המשפט. התיאוריה הנורמטיבית שאציגה להלן תתבסס על הניתוח המשפטי ועל שיקולי המדיניות החברתית שהוצגה לעיל. הואיל והתיאוריה אמורה לספק גם פתרון בדין הפוזיטיבי לבעיות המשפטיות של שינויים חד-צדדיים, אנסה גם להראות את האפשרויות להצדיקה לפי ההלכה הקיימת. התיאוריה הנורמטיבית שאציג להלן מתחלקת לעקרונות מספר. נבחן אותם.

העיקרון הראשון: הצדדים חופשיים להסדיר את סוגיית שינוי תנאי-עבודה לפי רצונם. האופי הדיספוזיטיבי של הסוגיא נשמר בכל שיטות-המשפט שסקרנו. הדבר מתיישב עם מושגי-היסוד של דיני חוזים ומשפט-עבודה. הואיל והצדדים חופשיים לקבוע את התנאים הקונקרטיים של חוזה-עבודה, מעבר למינימום הנקבע בחוק, ואת משך הזמן של היחסים ביניהם, הרי גם השאלה איך ניתן לבטל או לשנות את התנאים הקונקרטיים היא שאלה דיספוזיטיבית.

יחד עם זאת, כאשר הצדדים קובעים הסדרים לשינוי תנאים הם לא יהיו מנותקים לגמרי מהעקרונות של תיאוריית השינוי. לעתים קרובות הסדרים חוזיים המגדירים פרוגטיבה ניהולית להכניס שינוי או המונעים אותה, משאירים שטח רחב לפרשנות. במקרה כזה הקו המנחה לפרשנות יהיה בכללים הנורמטיביים החלים בהעדר הסדר חוזי.⁷⁹ כך, אם רוח ההוראה המפורשת היא בניגוד לעיקרון הנורמטיבי, צריך להעניק לתת להוראה פירוש מצמצם.⁸⁰ בדרך זו, גם בעקיפין, המדיניות הרצויה, הטמונה בעיקרון הנורמטיבי, תמצא את ביטויה.

העיקרון השני: בהעדר הסדרה על-ידי הצדדים, יש צורך בכלל שיורי המתבסס על ההקשר החברתי של יחסי עובד-מעביד. עיקרון זה מבוסס על הסברה שבדיני חוזים כלליים אין תשובה מספקת לשאלה מהו דין שינוי חוזה-עבודה לתקופה בלתי-קצובה, כשבחווה עצמו אין הוראה המסדירה את

79 כך על-פי הפרשנות הרגילים של הסכמים קיבוציים וחוזה-עבודה "בהקשר התעשייתי" – בנק אוצר החייל נ' מרכז הסתדרות הפקידים, פד"ע ב 260.

80 כך שהוראה מפורשת בדבר הפרוגטיבה של ההנהלה להכניס שינויים חד-צדדיים, בניגוד לכלל השיורי האוסר יישום הפרוגטיבה של ההנהלה במקרים כאלה, יש לפרשו בצורה מצמצמת: ראה *United Steelworkers v. Warrior Gulf*, 365 U.S. 574, 583 (1960), שם קבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית, כי יש לפרש בצמצום הוראה בהסכם קיבוצי המוציאה "all management functions" מהחייב להפנות סכסוכים לבוררות על-פי ההסכם, מאחר ש"כאן, בורות היא תחליף למחלוקת תעשייתית זה חלק מה"חבילה" של משא ומתן הקיבוצי בלב המערכת של שלטון עצמי תעשייתי". ראה גם רשות השידור (לעיל, הערה 9), שם קבע בית-הדין הארצי, כי יש לפרש בצמצום את כל ההוראות המגבילות את כוחו של המעביד לפטר, מאחר שהם מהווים סטייה מהכלל השיורי של הפרוגטיבה של ההנהלה לפטר. ראה, באופן דומה, הסתדרות עובדי המדינה, פד"ע יז 181, 189.

הנושא. סימן אמפירי לכך שאין בדין החוזים תשובה מספקת ניתן למצוא בהתמוטטות שאירעה ביישום התיאוריה החוזית הקלסית בבתי-המשפט בשיטות-משפט שונות. גם עיון בניתוח החוזי עצמו יביא אותנו למסקנה שאין תשובה על-פי עקרונות חוזיים כלליים. התשובה הניתנת במילפלדר על בסיס העקרונות החוזיים היא, כי אם הצדדים קבעו תנאי ולא קבעו את מועד פקיעתו, התנאי ימשיך עד אינסוף ללא שינוי. אך אין זו התשובה האפשרית היחידה. כאשר החוזה שותק בסוגיית השינוי, אי-אפשר להניח כי משמעותה של שתיקה זו היא שהצדדים התכוונו שלא יהיה שינוי. כאן, כמו בכל מקרה של שתיקה בחוזה בהבנת הכוונות של הצדדים, אפשר להיעזר בהקשרו של החוזה, באומדננותם של הצדדים ובנוהג. ייתכן כי כלי-עזר אלה יביאו אותנו למסקנה אחרת שלפיה סביר להניח כי הצדדים התכוונו לכך שהיחסים ביניהם, אם הם לתקופה בלתי-קצובה ורב-שנתית, יצטרכו להתאים את עצמם לסביבה משתנה. לפיכך היחסים יהיו דינמיים ולא סטטיים. הנחה כזאת תוביל למסקנה שהצדדים אכן התכוונו לכך שתהיה אופציה לשינוי מסוים בתנאים החוזיים כדי לאפשר הסתגלות, ללא צורך בסיום החוזה כולו. אם הצדדים אכן רואים את היחסים ביניהם כדינמיים, סביר להניח שהאחריות והפרוגטיבה להכניס את השינויים הדרושים יהיו של המעביד⁸¹.

בכלים חוזיים אין ניתן לבחור בין יחסי-עבודה סטטיים לבין יחסים דינמיים? ראשית, ייתכן שיהיה אפשר להוכיח את הנוהג הקיים בעניין זה: האם הצדדים רואים בדרך-כלל עניינים מסוימים כנופלים בתחום הפרוגטיבה של המעביד להכניס שינויים? אין מאמר זה בא לנסות ולהביא ראיות אמפיריות לנוהג הקיים⁸². אולם הייתי מעריכה כי לא תימצא בנוהג תשובה ברורה המקיפה את הסוגיא כולה. שנית, ייתכן שבמקרים מסוימים "משתמעת" מהחוזה המקורי כוונה לתת כוח לאחד הצדדים לשנות תניה זו או אחרת⁸³. ברם, שני כלים אלו תלויים בהבאת ראיה אמפירית ספציפית. אין הם נותנים לנו תשובה בכל מקרה ולפיכך הצורך בכלל שיורי עדיין נשאר.

מסורת ארוכה היא בדיני עבודה למלא חוזי-עבודה בתוכן שיורי על בסיס ההקשר החברתי של החוזה. בתי-המשפט הניחו את כוונת הצדדים בהתאם לתפישה השוררת לגבי אופיים החברתי של יחסי עובד-מעביד⁸⁴. הדוגמא הרלבנטית ביותר לדיון כאן היא בסוגיית הפיטורין. הכלל שניתן להביא לסיום חוזה-עבודה לתקופה בלתי-קצובה, על-ידי מתן הודעה מוקדמת, איננו מבוסס על נוהג או על תנאי מכללא במובן הצר של מושגים אלה. נוסף על כך, אין זה אקסיומטי שיחסי-עבודה לתקופה בלתי-קצובה יופסקו לפי רצונו של המעביד⁸⁵. ייתכן שבחוזה המקורי הצדדים אכן התכוונו לכך, אבל

81 ראה כיצד מתפקדת בפועל התפישה של הפרוגטיבה של ההנהלה בפסק-דין מקורות, פר"ע ו 125; רשות הנמלים, פר"ע ו 143.

82 על-פי דעה אחת, ניתן לראות הוראות הסכם קיבוצי כהוכחה למנהג על-ידי בתי-המשפט: בן-ישראל, המנהגים ביחסי העבודה האישיים – קשריהם להסכמים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ח-1978). אך על-פי דעה אחרת ניתן לטעון שעצם הצורך לכתוב במפורש הוראה בנושא מצביע על כך כי עדיין אין מנהג בנושא זה.

83 בכג"צ מילפלדר (לעיל, הערה 15), ציין השופט ברק אפשרות זאת.

84 דוגמאות לכך: השינויים ההיסטוריים שחלו בקביעת הפרה יסודית של החוזה – *Rideout* (לעיל, הערה 36); תובתיו וחביותיו של העובד והמעביד המשתמעות מאופיים של יחסי-עבודה ללא הוכחת נוהג או כוונה מכללא של הצדדים הספציפיים.

85 ראה לעיל, הערה 20.

הם היו יכולים להתכוון למצב הפוך, שלפיו המעביד לא יהיה רשאי לסיים את החוזה מלבד אם העובד מפר אותו או אם יש סיכול הנובע מחוסר-יכולתו של העובד להמשיך ולמלא את המוטל עליו לפי החוזה מחמת מחלה או גיל. הבחירה בדוקטרינה של פיטורין לפי רצון המעביד היא פועל יוצא מקונספציה חברתית של אופי יחסי עובד-מעביד. ההקשר החברתי חשוב באותה מידה בקביעת כלל שיורי לסוגיא של שינויים בתנאי-עבודה.

עיקרון שלישי: בקביעת הכלל השיורי צריך ליישב, במידת האפשר, את הניגוד בין הרצון לאכוף את החוזה המקורי ואת האינטרסים של העובד לבין הצורך לאפשר למקומות-עבודה לפתח מנגנוני הסתגלות לשינויים בסביבה התעשייתית.

כפי שצינו, בהקשר החברתי של יחסי עובד-מעביד יש מתח בין שני קוטבי המדיניות החברתית. בקביעת הכלל השיורי צריך לחפש סינטיזה ביניהם. הניסיון המצטבר בפסיקה בארץ ובחו"ל מספק חומר-גלם לפיתוח כלל שיורי שיענה על דרישה זו. מניסיון זה ניתן ללמוד על שני סוגי שינויים בתנאי-עבודה שיש להסדיר בכלל השיורי: הראשון, שינויים ניהוליים שאינם פוגעים בתנאי-סוד אינדיבידואליים לסוג זה אקראי שינוי מנהלי; והשני, שינויים חד-צדדיים בתגובה לאילוף לגיטימי הפוגעים בתנאי-סוד אינדיבידואליים – לסוג זה אקראי שינוי לגיטימי.

(א) שינוי מנהלי: כאן נראה, שהצורך בגמישות ניהולית הוא בעל משקל מקסימלי ושזכות העובד לשמירת תנאי-העבודה המקוריים היא בעלת משקל מינימלי כי אין פגיעה בתנאי-סוד. ניקח דוגמאות אחדות: קשה לחזות מקום עבודה שבו ההנהלה לא תוכל להחליט על שינוי בסידורי הפסקות, על רה-ארגון של המפעל הפיזי עם שינוי במיקום עבודתם של העובדים האינדיבידואליים, על שינויים בסידור שעות-העבודה כדי לשפר את השירות או את הניצול של מכונות או מבנים, או על נקיטת אמצעי משמעת כדי לייעל את הליך העבודה כמו, למשל, שינוי בשיטת רישום שעות-העבודה. כאשר בחוזה האינדיבידואלי של עובד פלוני אין תנאי-סוד המבטיח לו את ההנאה מהתנאי העומד לשינוי, האיזון הרצוי בין האינטרסים הנוגדים יצדיק הכרה בפררוגטיבה של המעביד להכניס את השינוי. כוח להכניס שינויים כגון אלה הוא פררוגטיבה של ניהול, הנחוצה כדי לשמור על הדינמיקה של מקום העבודה ועל יכולתו להסתגל לשינוי יומיום בסביבה התעשייתית.

במשפט העבודה הצרפתי⁸⁶, הכרה בפררוגטיבה להכניס שינוי מנהלי אינה נחשבת כנכללת בסוגיא של revision. העובד אינו נתפש כבעל זכות חזית להמשכיותם של התנאים המנהליים שלמעביד פררוגטיבה לשנותם⁸⁷. לחלופין, אפשר לראות את הפררוגטיבה הזו כתנאי מכללא או כתנאי המשתמע מאומד-דעתם של הצדדים, וזאת בגלל קונסנזוס שלפיו נחוץ רה-ארגון מנהלי מתמיד של כל מפעל המתחרה בשוקי המוצרים או השירותים. ההנחה שהצדדים התכוונו לאפשר שינוי מנהלי ניתנת לסתירה כאשר השינוי מוביל להפרת תנאי-סוד שבחוזה-עבודה מסוים או כאשר החוזה מתנה מפורשות את השינוי בהסכמה הדדית.

ניתן להסיק קיומו של חלק ראשון זה של הכלל השיורי הרצוי, מפרשנות יצירתית של הריאלקטיקה בפסיקה הישראלית. אפשר לפרש את הלכת מילפלדר כלא מתייחסת כלל

86 ראה לעיל, ליד הערה 58.

87 ראה לעיל, הדיון על הדין הצרפתי.

לשינויים מנהליים בהיותם שינויים בתנאים שאינם נכללים בחוזה-עבודה. הקושי המתעורר בכך הוא שבמילפולד מדובר בהסדרי שעות נוספות – נושא שעל פניו נופל במסגרת התחום של פרוגטיבה השינוי המנהלי. יחד עם זאת, השאלה שהתעוררה שם בעניין השעות הנוספות, היתה השאלה של הפיצי עבוד העבודה בשעות אלה ולא הקטנת מספרן או הגדלתן⁸⁸. ניתן לפרש את ההלכה ברשות השידור בדרך המתיישרת עם חלק זה מהכלל על-ידי פירוש מצמצם שלפיו מוענק למעביד כוח לשנות תנאים רק לשם השגת שינויים מנהליים. ניתן אולי לסווג את השינוי שהכניס המעביד שם כשינוי מנהלי שלא פגע בתנאי-יסוד של חוזה-עבודה בהיותו שינוי בסדרי עבודה שהוביל לשינוי בשעות תחילת העבודה⁸⁹.

(ב) שינוי לגיטימי: כאן, אפילו כאשר השינוי יפגע בתנאי-יסוד של חוזה-עבודה המקורי ייתכן שיהיו נסיבות שיש בהן אילוף ניהולי המצדיק את השינוי. לשינוי כזה תהיה הצדקה כשלצורך בגמישות ניהולית משקל רב יותר מאשר הערך של שמירת זכויות העובד על-פי החוזה המקורי. כדי להשיג איזון בין צורכי ניהול ובין זכויות עובד, הכלל השיורי חייב לאפשר את השינוי בכפיפות להענקת תרופה מתאימה לעובד⁹⁰. בשיטות-משפט זרות, שבהן יש הכרה בכוחו של המעביד להכניס שינוי לגיטימי באופן חד-צדדי, השיטה לקביעת הנסיבות שבהן השינוי לגיטימי היא דרך החלטות בבתי-משפט על-סמך העובדות הספציפיות. לא הוצגה תיאוריה כללית על הגדרתו של שינוי לגיטימי. אכן, הואיל וכל הנושא של שינוי חד-צדדי הוא דיספוזיטיבי, והואיל והאפשרות להכיר בכוח לשנות תנאים מבוססת על פרשנות חוזית, הרי שבסופו של דבר הלגיטימיות של השינוי יכולה להשתנות ממקרה למקרה כפי שכוונת הצדדים משתנה מחוזה לחוזה. אף-על-פי-כן, כפי שיש צורך בכלל שיורי בעניין שינוי תנאים, אפשר שצריך לפתח הגדרה שיורית הקובעת מהו שינוי לגיטימי, וזאת על בסיס ההקשר החברתי והמשפטי של יחסי עובד-מעביד⁹¹.

הגדרת הלגיטימיות לפי שיקולי המדיניות החברתית העומדים מאחורי הכלל השיורי הקובע שיש צורך להכיר בשינוי לגיטימי, תתבסס על צורכי מקום העבודה להסתגל לשינוי סביבתי. על המעביד להראות כי השינוי בא להתמודד עם שינויים כלכליים, ארגוניים או טכנולוגיים. ניתן ליישם את ההגדרה בדרך החיוב או בדרך השלילה: ייתכן שהמעביד יוכיח לשכיעות-רצונו של בית-המשפט, שהשינוי בא בתגובה לאילוף של שינוי סביבתי או ייתכן שהעובד ישכנע את בית-המשפט, שהשינוי מיועד להשיג מטרות שאינן קשורות לשינוי סביבתי. אנו רואים דוגמאות ביוריספרודנציה הצרפתית לשתי

88 ראה בבג"צ מילפלד (לעיל, הערה 15). ניתן לסווג את הפחתת הפיצויים כהפחתת שכר או כהגדלה של שעות העבודה, המשפיעה על התנאים היסודיים של ההעסקה.

89 אמרה זו של בית-הדין פותחת פתח לפרש כך את ההחלטה: "אם נתונה למעביד הסמכות לפטר... ודאי שניתנת לו הסמכות לשנות את סידרי העבודה ואת שעות תחילת העבודה", רשות השידור (לעיל, הערה 9), 293.

*89 ראה גם דב"ע לה/8-4 רשות הנמלים לישראל נ' הוועד הפועל של ההסתדרות הכללית, פד"ע ז 143, 152; מח/11-4 ועד עובדי מחלקת ים ואח' נ' רשות הנמלים בישראל ואח', פד"ע יט 429. פסקי-דין אלה קובעים את סמכותו של המעביד לנהל את המפעל, כלומר: להכניס שינויים ולבצע ארגון מחדש, מבלי שיהיה חייב להגיע להסכם מוקדם עם העובדים.

90 הנושא של הסדר ההולם נכלל בעיקרון החמישי שיידון להלן.

91 ראה לעיל, ליד הערות 79-81.

דרכי ההוכחה של הלגיטימיות. מהפסיקה הצרפתית נראה, כי דרך אי הכרתו של בית המשפט בטענת הלגיטימיות במקרים מסוימים, ניתן להקפיד לא רק על כך שמטרת השינוי תהיה לגיטימית, אלא גם על כך שהמעביד יפעיל את זכותו לשנות בהליך הוגן, בלי משוא-פנים כלפי העובד ותוך התייעצות עם נציגי-העובדים⁹². הכלל המאפשר שינוי לגיטימי אכן מיועד לאפשר התפתחות דינמית של מקום העבודה; אבל מכיוון שהשינוי פוגע בתנאי-יסוד של חוזה-העבודה המקורי, מוצדק להקפיד על כך שהמעביד יתן לעובד ולנציגי-העובדים הודעה מוקדמת והזדמנות להביע את דעתם.

פיתוח מושג הלגיטימיות יהיה תפקידם של בתי-הדין לעבודה. כפי שעל בתי-הדין ליישם את המושגים של תוס' לב וסיבה מספקת בכואם לפסוק אם פיטורין היו כדן — כך גם יישמו בתי-הדין את המושג של לגיטימיות בכואם לפסוק אם שינוי חד-צדדי היה לגיטימי. בכואם לקבוע את הפרמטרים של הלגיטימיות בסוגיית השינוי, יצטרכו בתי-הדין לקבוע את יחסיה-הגומלין בין לגיטימיות השינוי לבין סיבה מספקת לפיטורין או קיום דרישת תוס' הלב בהחלטת הפיטורים.

אפילו אם, תיאורטית, ניתן לדמיין מצב שבו אפשר לפטר אך לא לשנות תנאים או אפשר לשנות תנאים אך לא לפטר, לכאורה אין במצב כזה שלימות למעשה ולא ניתן להשיג בדרך כזאת מדיניות חברתית עקיבה⁹³. לפיכך, אם, בנסיבות השינויים בסביבה התעשייתית ועל-סמך שינויים אלה, המעביד רשאי לפטר את העובד בשל סיבה מספקת ובתום-לב, מן הדין שיהא רשאי גם לשנות תנאי-עבודה. אין יעילות בכל הסדר אחר⁹⁴. האם גם ההיפך הוא נכון? אם המעביד איננו רשאי לפטר בגלל השינוי בסביבה התעשייתית, האם הכרחית היא הקביעה שהמעביד איננו רשאי לשנות תנאי-עבודה? האם אפשר לייחס לצדדים ליחסי-עבודה כוונה לאפשר שינוי בתנאי-עבודה בשל האופי הדינמי של היחסים ביניהם אפילו אם אין בשינוי הסביבתי כדי להצדיק פיטורין במסגרת הסדר-הביטחון בעבודה של העובדים? כאשר המעביד רוצה להכניס שינוי ארגוני אשר יפגע בזכויות-יסוד — למשל: הכנסת משמרת-לילה כדי למנוע ירידה ביכולת התחרות או קיצור שבוע-העבודה כדי להקטין את עלות העבודה ללא פיטורי צמצום — האם ניתן להניח שהצדדים ציפו אפשרות של צורך בשינוי כזה אפילו אם הנסיבות לא מצדיקות פיטורין? לכאורה לא תהיה אפשרות כזאת, כי השינוי יחתור תחת בטחונם של העובדים בעבודה. יחד עם זאת, ייתכן שבכפיפות לדרישה שהשינוי הוא לגיטימי, יהיו מצבים תריגים שהשינוי בהם יהיה לגיטימי אפילו כאשר פיטורין יהיו שלא כדן. במקרים אלה על בית-המשפט יהיה למצוא את האיזון הרצוי בין האינטרס בהסתגלותו

92 ראה לעיל, הערה 62.

93 זוהי למעשה התוצאה שאליה נגיע, בנסיבות מסוימות, על-פי פסקי-הדין מילפלדר ורשות השידור. הראיתי לעיל כי ההחלטות עשויות להוביל לתוצאות לא עקיבות.

94 מקום שבו המערכת המשפטית סובלת מצב שבו זכות העובד להעסיקה ממשיכה רק כל עוד המעביד רוצה בכך, אין צורך לפתח מדיניות חברתית שונה לגבי הכוח לשינוי חד-צדדי. כוח זה מובלע בתוך הכוח לפטר. כמו שהצבעתי לעיל, מקום שהמעסיק יכול ליצור שינוי על-ידי מנגנון אלטרנטיבי של פיטורין ללא עלות. הכנסת כלל נגדי של הגבלת כוח השינוי החד-צדדי לא תשפיע על מאזן כוח-המיקוח ביחסי-העבודה בכל צורה שהיא. אם מטרתו של הכלל היא להגן על זכות העובדים על-פי החוזה להמשיך ולהינות מההוראות ומהתנאים המוסכמים כל עוד אין מאורע מתערב, אשר על-פי החוזה, מצדיק את השינויים — אזי עולה הצורך להכניס הגנה נגד פיטורין שרירותיים. אין זה אפשרי לספק את ההגנה ברמה של איסור שינוי חד-צדדי. קבלת הדוקטרינה של פיטורין על-פי רצון המעביד כוללת בתוכה קבלה משתמעת של כוח המעביד ליצור שינוי חד-צדדי.

של המפעל כולו לשינויים סביבתיים, לבין הפגיעה בתנאי-העבודה של העובד היחיד. בקביעת האיוון יש צורך בהתייחסות לשני העקרונות הנוספים בתיאוריה הנורמטיבית של שינוי — היחס בין המישור האידיבידואלי לבין המישור הקיבוצי של יחסי-העבודה והתרופה הניתנת לעובד במקרה של שינוי לגיטימי.

עיקרון רביעי: הסכם לשיתוף עובדים בהנהלה ישלול את הזכות של המעביד להכניס שינויים לגיטימיים.

כאשר הצדדים קובעים, בהסכמים ובהסדרים קיבוציים, שארגון-העובדים או ועד-העובדים יהיו שותפים להחלטות ניהוליות מסוימות⁹⁵, ברור, לפי העיקרון הראשון של התיאוריה הנורמטיבית, שלא תהיה זכות למעביד להכניס שינוי חד-צדדי באותם עניינים, אפילו אם שינויים אלה הם מנהליים או לגיטימיים. אפילו כשאין הנראה ספציפית, ייתכן שמשמעות מההסכם או מההסדר כולו הנחה שהמעביד לא ישנה תנאי-עבודה בזמן תוקפו של ההסכם או ההסדר ללא התייעצות או משא-ומתן עם הארגון או ללא הסכמתו — הכול לפי אופי ההסכם או ההסדר כולו⁹⁶. הליך המשא-ומתן הקיבוצי והסכמתו של המעביד לקבוע תנאי-עבודה בשיתוף עם ארגון-העובדים מעידים על ויתור מסוים בפרוגטיב הניהול. הסכמה לבצע את ההסכם או ההסדר הקיבוצי, בשיתוף עם ארגון-העובדים, מעידה על ויתור רחב יותר. השפעת ההסכם על זכות המעביד להכניס שינויים מנהליים או לגיטימיים באורח חד-צדדי ועל סוג המגע הדרוש עם הארגון ייקבעו על-פי אופי ההסכם או ההסדר כולו⁹⁷. יש הבדל בין שינוי מנהלי לבין שינוי לגיטימי — רק במקרים של שיתוף מלא של העובדים בהנהלה — למשל: על-פי המודל של השיטה היוגוסלבית יהיה מקום להניח שהמעביד ויתר על הפרוגטיב שלו להכניס שינויים מנהליים, הואיל ושינויים אלה אינם פוגעים בתנאי-עבודה יסודיים. כדי להימנע מההנחה שלארגון-העובדים יש זכות להשתתף בהחלטות בעניין שינוי לגיטימי, על המעביד לקבוע מפורשות, בהסכם או בהסדר, שהוא שומר על הפרוגטיב שלו להכניס שינויים לגיטימיים בעניינים מסוימים במשך תקופתו של ההסכם או של ההסדר הקיבוצי.

כלל המונע שינויים לגיטימיים בתנאי-עבודה ללא הסכמת ארגון-העובדים איננו מעורר את הפרובלימטיקה שהלכת מילפלדר מעוררת של הגבלת יכולת מקום העבודה להסתגל לשינויים סביבתיים. זכות וטו של ארגון-העובדים איננה פרובלימטית כמו

95 למשל: סעיפים הקובעים כי אי-אפשר לפטר עובד ללא הסכמת ארגון-העובדים. ראה מאמרה של כן-ישראל "Co Management — A Conflict of Loyalties — Myth or Reality" *Tel-Aviv* 58 (1977) *University Studies in Law*; וכן ראה הערה 79 על הפסיקה בארצות-הברית בנושא זה.

96 ראה רשות הנמלים, פד"ע 143. כית'הדין לעבודה דאה את שינוי התנאים באופן חד-צדדי על-ידי המעביד כשינוי שלא כדין, ועל-כן סירוב העובדים לעבוד על-פי ההסדר החדש לא היווה הפרת הליך העבודה התקין על-פי סעיף 37א לחוק ישוב סכסוכי עבודה. בארצות-הברית שינוי תנאים בעת תחולת הסכם קיבוצי מחייב ניהול משא-ומתן קיבוצי עם ארגון-העובדים. ראה *N.L.R.B. v. Katz* 369 U.S. 736, 8 S.Ct. 1107, 8 L. ed. 230 (1962).

97 כאן ייתכן שיהיה הבדל בין הסכמים קיבוציים לבין הסדרים קיבוציים מסוימים. למשל: הסדרים קיבוציים הנקבעים על-ידי המעביד בלבד כנראה שאינם מעלים הנחה של שיתוף עובדים בהנהלה באותה מידה כמו הסכמים קיבוציים או הסדרים חד-צדדיים. על-אחת-הזוכמה לא תעלה הנחה כזו כשתנאי-העבודה נקבעים בחוזה אינדיבידואלי בלבד.

זכות וטו של העובד היחיד⁹⁸. השיקולים של הארגון הם במישור הקיבוצי ולפיכך ניתן להניח כי הם לא ימצאו במצב של ניגוד אנטרסים בהחלטתם. האינטרסים של הארגון בייצוג האינטרס הקולקטיבי של העובדים כולם צריכים להתאים לאינטרס של מקום העבודה בהתפתחות דינמית ובהסתגלות לשינויי שוק⁹⁹.

ערכית, מתן עידוד למעבידים לנהל משאומתן עם ארגוני-עובדים מקדם את הדימוקרטיה התעשייתית. מעשית, שיתוף-פעולה בין הארגון ובין המעביד יכול לצמצם את עלות ההסתגלות¹⁰⁰.

עיקרון חמישי: צריך להעניק לעובד תרופות מתאימות ושונות אחת מרעותה בשל שינוי שאינו כדין, שינוי מנהלי ושינוי לגיטימי.

לפי הרין הקיים כאשר השינוי אינו כדין — וזה המצב של כל שינוי שאינו מוסכם על שני הצדדים לפי הלכת מילפלד¹⁰¹ — המעביד מפר את חוזה-העבודה בכיצוע השינוי. העובד המסרב להשלים עם השינוי יכול לתבוע פיצויים או אפילו את אכיפת זכותו להמשך התנאי הקודם¹⁰². כאשר המעביד מחליט לפטר את העובד על-דקע סירובו לקבל את השינוי, יהיו הפיטורין ברוב המקרים שלא כדין לפי הסדרי הביטחון בעבודה החלים על רוב העובדים במדינה. במצבים אלה התרופות הניתנות לעובד בשל שינוי שאינו כדין יוצרות הרתעה כבדה כנגד ביצוע השינוי.

לפי התיאוריה הנורמטיבית, כל שינוי חד-צדדי שאינו מנהלי או לגיטימי יהיה שינוי שלא כדין, והתרופות הקיימות ישמשו הרתעה רצויה במסגרת זו. היות שהסמכות להכניס שינוי לגיטימי היא רחבה יותר מהסמכות לפטר כדין, בשל סיבה מספקת ובתום לב¹⁰², לעובד תמיד תהיה תרופה בשל הפרת חוזה-העבודה, כאשר השינוי אינו כדין. אם המעביד מכניס את השינוי שלא כדין, לעובד תהיה עילה בשל הפרת חוזה-העבודה שלו; או לחלופין אם המעביד מפטר את העובד, לעובד תהיה עילה בשל פיטורין שאינם כדין¹⁰².

98 לדוגמא: כאשר המעביד מציע לבצע פיטורי-צמצום כדי למנוע סגירת המפעל, האינטרס של ארגון-העובדים, בשיקול השאלה במישור הקיבוצי, יהיה למנוע סגירת המפעל ולהגן על מקומות העבודה ועל תנאי-העבודה של העובדים. כלומר: שיקוליו יהיו, תיאורטית, במישור הרלבנטי ליכולתו של מקום העבודה להסתגל לשינויים סביבתיים. ייתכן שהארגון ישתכנע כי יש צורך בהקטנת עלות העבודה ויסכים לפיטורי-צמצום או להקטנת השכר. הארגון חייב לשקול את השפעת הסכיבה התעשייתית על המתרחש במקום העבודה. לעומת זאת, במישור האינדיבידואלי, העובד הראשון ברשימת פיטורי-הצמצום יתנגד לפיטורי-צמצום ללא קשר לצרכים כלליים, והעובדים שאינם עומדים בסכנת פיטורי-צמצום יתנגדו להקטנת השכר ללא קשר לצורני מקום העבודה כי אילוצי השוק לא יאיימו עליהם.

99 לדיון בנושא יעדי משאומתן של ארגוני-עובדים בזמננו בארצות-הברית, למשל, Kochan, *Collective Bargaining and Industrial Relations* (Irvin Inc., 1980) 167-174.

100 Hedlund, "An Economic Case for Mandatory Bargaining and Partial Termination and Plant Relocation Decisions" 95 *Yale L.J.* (1986) 949; *First National Maintenance Corp. v. N.L.R.B.*, 452 U.S. 666, 686 (1981).

101 בכפופות ל"חריגים" שצינו שם. ראה לעיל, הערה 15, עמ' 216. 102 שם, שם.

102* ראה לעיל, ליד הערה 93.

102** לפי המשפט האנגלי, שינוי שאינו כדין כנראה ייחשב כפיטורין:

By insisting on new terms to which he never agreed, the employer did, I think, terminate the old contract of employment.

(*Marriot v. Oxford And District Co-Operative Society* (No. 2), [1970] 1 Q.B. 186, Lord Denning M.R. at 191).

כאשר, לפי התיאוריה הנורמטיבית, השינוי הוא מנהלי או לגיטימי, אין לראותו כמפר את חוזה-העבודה, כי יסודות הרשות להכנסת השינוי הם בכוונת הצדדים המשתמעת מההקשר החברתי של החוזה, כך שההוראות המקוריות של החוזה מכילות גם את כוחו של המעביד להכניס שינויים כאלה¹⁰³. כאן, לכאורה, לא תהיה תרופה כלשהי לעובד. האם מצב זה יביא לתוצאה רצויה? המדיניות החברתית מדריכה אותנו לאפשר שינויים הדרושים להסתגלותו של מקום העבודה לסביבה דינמית. מאידך גיסא, אין היא מכתיבה שהעובד היחיד מוכרח להסתגל לתנאים שונים לחלוטין מאלה המוסכמים בחוזה המקורי שלו כדי שנושג מטרה זו. במקרה של שינוי הפוגע בתנאי יסוד, צריך להכיר בזכותו של העובד לתרופה. לצורך זה צריך להבחין בין תרופות בשל שינוי מנהלי ובשל שינוי לגיטימי. הואיל ושינוי מנהלי על-פי הגדרתו איננו פוגע בתנאי-יסוד אינדיבידואליים, העובד לא יהיה זכאי לכל תרופה מיוחדת בשל שינוי כזה; אם ברצונו להתפטר, הוא יהיה זכאי לאותם תנאים שמקבל כל עובד המתפטר. בדרך כלל יש להניח שהשינוי המנהלי לא יהווה הרעה "מוחשית" בתנאי-העבודה. לפי סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורין, אך ייתכן שיהיו מקרים שבתיהדין יראו את השינוי כהרעה מוחשית ואם כך, העובד יהיה זכאי לפיצויי פיטורין¹⁰⁴. לעומת זאת, העובד יהיה זכאי לתרופה מיוחדת בשל שינוי לגיטימי. אפילו אם התנאים החוזיים המקוריים מותנים בכווחו של המעביד להכניס שינוי לגיטימי (ולפיכך לא תהיה תרופה בשל הפרת חוזה), אין זה מונע מתן תרופה לעובד בשל שינוי תנאי-עבודתו היסודיים, אך התרופה תהיה במסגרת דיני עבודה ולא נובעת מדיני חוזים.

מהי התרופה המתאימה כאשר המעביד מכניס שינוי לגיטימי והעובד איננו מסכים לו? צריך להגן על חופש העובד לסרב לעבוד על-פי התנאים החדשים. יחד עם ההנחה שהעובד מסכים לשינויים לגיטימיים ביחסים הדינמיים בינו לבין מעבידו, אין לכפות עליו המשך עבודה בתנאים החדשים שנוצרו כתוצאה משינוי לגיטימי. הוא הסכים למגננון של הסתגלות, אך לא לתנאים הקונקרטיים החדשים הנוצרים על-ידו. התרופה המתאימה למצב זה היא לתת לעובד את האופציה להמשיך לעבוד בתנאים החדשים או להתפטר ללא הפסד הזכויות המובטחות לו כאשר המעביד מביא את החוזה לסיום, כלומר: מפטר אותו. אולם לא מדובר כאן בזכויות המגיעות לעובד במקרה של פיטורין שאינן כדן. צריך לתת לעובד את הפיצוי על פיטורין, כי המעביד הוא היוזם את השינוי בתנאי-העבודה. אך, יחד עם זאת צריך לתת ביטוי לכך שהמעביד רשאי לבצע אותו שינוי. לפי התיאוריה הנורמטיבית, המעביד מתנהג כדן ביוזמו את השינוי והעובד מגיב כדן אם הוא מסרב להמשיך לעבוד על-פי התנאים החדשים. אם כך, הנסיבות של סיום חוזה-העבודה דומות לאלה של פיטורים כדן ללא אשמת העובד.

עובד הבוחר להתפטר בגלל שינוי לגיטימי יראה כאילו פוטר כדן ללא אשמתו. תרופותיו יהיו בהתאם להסדר-פיטורין החלים עליו¹⁰⁵. אין קושי ליישם עיקרון זה על-פי חוק פיצויי פיטורין. ההוראות של החוק משוות כבר את מצבו של עובד המתפטר בשל הרעה מוחשית בתנאי עבודה לאלה של עובד מפוטר¹⁰⁶. יישום העיקרון על-פי

103 ראה את עמדת הדין הצרפתי והאנגלי בנדון בפרק רביעי.

104 אם אכן בית-הדין מגדיר את השינוי כהרעה מוחשית, יכולה להתעורר השאלה האם מדובר בשינוי מנהלי בכלל.

105 זאת כנראה התוצאה של הדוקטרינה של שינוי לגיטימי כחוזה-העבודה על-פי הדין הצרפתי.

106 סעיף 11. נראה כי כל שינוי התנאים היסודיים של ההסכם ייחשבו כנופלים בסעיף זה. על פניו

הסדר-הביטחון בעבודה, הקיימים לפי הסכמים והסדרים קיבוציים בעיקר, אך גם לעתים על-פי חוזים אינדיבידואליים, דורש פיתוח הדוקטרינה של פיתורין קונסטרוקטיביים¹⁰⁷. ללא דוקטרינה של פיתורין קונסטרוקטיביים, עובד המתפטר בגלל שינוי לגיטימי לא יהיה זכאי להטבות הניתנות לעובד המפוטר כדין, למשל: פנסיה מוקדמת ופיצויים מוגדלים¹⁰⁸. לפי הדוקטרינה של פיתורין קונסטרוקטיביים, התפטרות העובד תזכה אותו בכל ההטבות שהיה זכאי לקבל אילו פוטר¹⁰⁹. יש להדגיש, כי הפיתורין הקונסטרוקטיביים במקרה של שינוי לגיטימי יהיו "מוצדקים", כלומר: כאשר בהסכם הקיבוצי יש הבטחה של ביטחון בעבודה ולפיכך פיתורין יהיו "מוצדקים" על-פי ההסכם רק כשיש סיבה מספקת, יהיה על בתי-הדין לקבוע כי התרופה לשינוי לגיטימי היא זהה לתרופה בשל פיתורין בשל סיבה מספקת. אם לא, המטרה של התיאוריה של שינוי חד-צדדי לגיטימי תסוכל מאחר שאז המעביד יהיה צפוי לסנקציות בשל פיתורין על-ידי הפרת-ההסכם הקיבוצי.

דרך זו של מתן התרופות הנדונות במסגרת דיני העבודה, ובייחוד דיני הפיתורין, תשיג את ההתאמה הדרושה בין הסמכות לשנות תנאים ובין הסמכות לפטר. מעביד היכול לפטר כרצונו ללא מתן פיצוי לעובד יוכל גם להכניס שינויים לגיטימיים כרצונו ללא פיצוי. לעומת זאת, מעביד החייב לשלם פיצויים בשל פיתורין, לא יוכל להתחמק מחיוב זה על-ידי הטכניקה של שינוי בתנאי-עבודה המאלץ את העובד להתפטר בהפסדת זכויות שהיה מקבל אילו פוטר. האם ניתן לומר שבכל-זאת הסמכות להכניס שינויים לגיטימיים תחתור תחת הסדר-הביטחון בעבודה רק משום שייתכנו נסיבות שבהן יוכל המעביד לשנות כדין כאשר לא היה יכול לפטר כדין? בנסיבות אלה המעביד ישלם לעובד רק את הפיצוי עבור פיתורין כדין ולא את הפיצויים הגדולים בהרבה עבור פיתורין שאינם כדין. אכן, זה אחד מנימוקי הביקורת על הלכת רשות השידור המאפשרת

החוק קובע תרופה רגישה לפיתורין על-יסוד שינוי חד-צדדי לגיטימי המשפיע על תנאי-עבודה יסודיים. יש להוסיף לכך, ראשית, שכל מערכת-הפיצוי על-פי הדין אפשר שתחוקן בביקורת על-יסוד כלכלי-הגיוני, אך הצד המהותי של שאלה זו היא מעבר לתחום מאמר זה. שנית, החוק מאציל לצדדים למשא-ומתן קיבוצי את הכוח לדחות את הזכות להקטנת התשלום ולכן ייתכן כי הוראות ההסכם הקיבוצי יעוותו את הסימטריות המובעת בהוראות המפורשות של החוק: סעיפים 16 ו-17. לדיון בקונספציה של פיתורין קונסטרוקטיביים בישראל ראה סלמה א. פד"ע יב 206. באנגליה יש המציעים שבמקום שהעובד מסרב לקבל שינוי תקף של הסכם-העבודה, יש לראות את המעביד כמפטר אותו באופן קונסטרוקטיבי. אך יישום הקונספציה הוא בעייתי מאחר שכתוצאה מהדרך שבה פותחה התפישה של פיתורין קונסטרוקטיביים על-פי המשפט המקובל העובד יצטרך להצביע על הפרת ההסכם על-ידי המעביד. בעוד שאם השינוי הוא תקף, אין הפרה מזאת: ראה *Rideout* (לעיל, הערה 36), 185–191. יתירה מזו: על-פי פסקי-דין אנגליים, שינוי מהותי של הוראות ההסכם לא ייחשב כנסיגה מהעסקה המזכה את העובד בפיצויים מוגדלים. *Davies and Freedland* (לעיל, הערה 66), 540.

108 ראה לעיל, ליד הערות 40–42.

109 קל ליישם תרופה זו במקום שבו התוכנית של ביטחון סוציאלי שבהסכם הקיבוצי מתייחסת כללית לפיתורין מסיבה מספקת. ניתן אז לסווג פיתורין עקב סירוב לקבל שינוי חד-צדדי כפיתורין מסיבה מספקת. יהיה זה מבנה מלאכותי יותר במקום שבו ההסכם הקיבוצי קובע מהי סיבה מספקת ולא קובע את סירובו של העובד לקבל שינוי חד-צדדי כנסיבה היוצרת סיבה מספקת לפיתורין. לכן אם הדוקטרינה תתקבל על-ידי בתי-המשפט ולא על-ידי המחוקק, התפישה של "פיתורין קונסטרוקטיביים מוצדקים" לא תוכל להתבסס באופן בלעדי על פירוש של ההוראה בדבר "סיבה מספקת" שבהסכם הקיבוצי. ואז יש להתייחס אליה כתפישה משתמעת מאופיים של יחסי-עבודה.

שינוי לשמו, אך אין בו ממש כשמדובר במתן אפשרות לשינוי לגיטימי בלבד. הסדרין ביטחון בעבודה מיועדים להגן על העובד בפני פיטורין שירותיים או חסרי הצדקה חברתית, אך סיום חוזה העבודה בגלל סירובו של העובד להשלים עם שינוי לגיטימי לא נכלל בסיווג רעיוני זה. יתר על כן: רוב רובם של הסדרין ביטחון בעבודה נובעים מהסכמים או מהסדרים קיבוציים, וכפי שהראינו – לגבי הסכמים והסדרים קיבוציים יש הנחה של שיתוף העובדים במישור הקיבוצי בכל החלטה לשנות תנאי יסוד.

ההבחנה בין התרופות השונות בשל שינוי מנהלי, שינוי לגיטימי ושינוי שאיננו כדין יוצרת שיטת הרתעה מדורגת שתקדם את המדיניות החברתית בתשתית התאוריה הנורמטיבית. אם העובד איננו משלים עם השינוי – העלות של שינוי מנהלי תהיה כעלות הפסד עובד מתפטר מסיבה כלשהי, העלות של שינוי לגיטימי תהיה כעלות פיטורין עובד כדין ועלות שינוי שאיננו כדין תהיה כעלות פיטורין שלא כדין. כאן השוני בין התאוריה הנורמטיבית לבין הלכת מילפלדר, שם, אם ניתן לבצע את השינוי בכלל, עלות שינוי מנהלי ושינוי לגיטימי זהה לעלות שינוי שאיננו כדין.

האופציה האם להשלים עם השינוי או האם לגבות את הפיצוי עבורו תהיה בידי העובד¹¹⁰. ברור שאם המעביד מחליט לפטר את העובד בלי לתת לו את האופציה להשלים עם השינוי או להתפטר, המעמד המשפטי של הפיטורין יהיה לפי דיני הפיטורין ללא הזדקקות לתאוריה הנורמטיבית של שינוי בתנאי-עבודה. לפיכך, מתן אופציה לעובד מייטיב את מצבו בהשוואה למצבו על-פי הלכת רשות השידור, שם האופציה בין "לשנות" או "לפטר" היא בידי המעביד, ואם העובד נאלץ להתפטר לא יהיה זכאי לפיצוי עבור פיטורין.

ח. סיכום

הפסיקה בבתי-הדין לעבודה ובכג"צ, על-פי ניתוחים שונים של עקרונות דיני חוזים, קיטבה את הסוגיא של שינוי חד-צדדי בתנאי-עבודה לשתי גישות מנוגדות לחלוטין. בג"צ מסיק כי למעביד אין סמכות או יכולת לשנות תנאים באורח חד-צדדי, הואיל וכל שינוי בתנאייה מתניות חוזה חייב להתבסס על הסכמת הצדדים. בבתי-הדין לעבודה התנועעו בין הדרישה להסכמת הצדדים לבין הכרה בסמכותו של המעביד לשנות תנאי עבודה באורח חד-צדדי, כשיש בהם נטייה הולכת וגוברת, בפסיקה החדשה יותר, לאמץ את הגישה האחרונה. כל אחת מהגישות הקוטביות האלה מובילה לאנומליות כאשר מיישמים אותה בהקשר לדיני פיטורין. אף אחת מהגישות איננה מבוססת על הערכת ההשלכות במדיניות חברתית של שמירת תנאי-עבודה לפי "הסטטוס קוו החוזי" לעומת הדינמיקה של שינוי סביבתי במקום העבודה.

עיון בשיקולי המדיניות החברתית מראה כי על מקום העבודה להיות מוסד דינמי כדי שישגשג. כדי להסתגל לשינויים סביבתיים בכלכלה, בטכנולוגיה ובשיטות-ניהול, יש צורך בגמישות ניהולית שתאפשר להנהלה להתאים את התנאים במקום העבודה למציאות הסביבתית המשתנה. הצורך בגמישות ניהולית יסוכל אם יחסי-עבודה

110 הענקת האופציה לעובד מייתרת את השאלה, האם יש אפשרות ששינוי באמצעות פיטורין יעלה את עלות השינוי בגלל סיבות סוציו-פסיכולוגיות – אפשרות הנדונה בקשר להלכת מילפלדר (לעיל, הערה 15).

לתקופות ארוכות ובלתי-קצובות ייחשבו כאילו הם סטטיים והעובד היחיד נחשב זכאי להטיל וטו על כל שינוי. יחד עם זאת, אין לכפות על עובדים עבודה בתנאים שונים באופן מוחשי מאלה שבהם הסכימו לעבוד. יש להבטיח את האוטונומיה החוזית וחופש-הבחירה של העובד היחיד. כתוצאה מהמתח בין התכתיבים המנוגדים שבמדיניות החברתית, חל משבר ביישומם של עקרונות חוזיים קלסיים לסוגיא זו – עקרונות המונעים כל שינוי בתנאי-עבודה חוזיים שאיננו מוסכם על שני הצדדים. משבר זה מתגלה בדיאלקטיקה שבפסיקה הישראלית ובהתפתחויות השונות בסוגיא זו בשיטות-משפט אחרות.

נדרשת כאן תיאוריה נורמטיבית שעליה ניתן לבסס הלכה בדיני העבודה – הלכה שתשיב את האינטרסים המנוגדים הנוצרים בדינמיקה של מקום העבודה. לפי התיאוריה הנורמטיבית שהוצגה במאמר זה, אפשר לקבוע עקרונות מספר העונים על צורך זה. קביעת תקופת תוקפם של תנאי-עבודה והתנאים לשינויים היא, על פניה, שאלה דיספוזיטיבית, אולם דרוש כלל שיורי למקרים שבהם הצדדים לא קבעו הסדר חד-משמעי. יעדי הכלל השיורי הם לאזן את התכתיבים המנוגדים שבשיקולי המדיניות החברתית ולהתאים את דין השינוי לדיני פיטורין כדי להשיג הסדר עקיב במקום העבודה. ניתן להשיג יעדים אלה, יש להכיר בפררוגטיבה של המעביד להכניס שינויים מנהליים שאינם פוגעים בתנאי-יסוד של העובד. ונוסף על כך יש להעניק למעביד סמכות להכניס שינויים לגיטימיים אפילו אם שינויים אלה פוגעים בתנאי-יסוד. אך סמכות זאת תהיה כפופה למתן אופציה לעובד להתפטר בלי להפסיד הטבות שלהן הוא היה זכאי אילו המעביד פיטר אותו כדין.

יש לקוות, כי בתי-המשפט ייצבו שביל-זהב בין התאבנותו של מקום העבודה לבין הרס יציבותו של חוזה-העבודה.

