

ביטחון תעסוקתי במקום העבודה: לקראת הסדרי ביניים מאוזנים

מאת

גיא דוידוב* ועידו עשת**

להסדרי ביטחון תעסוקתי (המכונים לעתים הסדרי "קביעות") יתרונות ברורים לצד חסרונות בולטים. מחד יש צורך חיוני לעובדים בהגנה מפני פיטורים שרירותיים, ומאידך יש הכרח לאפשר למעסיקים לפטר עובדים כאשר יש סיבה טובה לכך, וזאת בהליך מהיר ויעיל. נדרשים אפוא פתרונות ביניים יצירתיים בין שני הקצוות של "קביעות" חזקה מדי וסמכות פיטורים מוחלטת למעביד. מאמר זה מתמקד בבחינת פתרונות אפשריים בהתייחס לפיטורים בעילת "אי-התאמה" (להבדיל מפיטורי משמעת או צמצום). לאחר דיון קצר בהצדקות לכלל שאוסר על פיטורים ללא "סיבה מספקת", לצד הביקורת על כלל כזה, בוחן המאמר פתרונות ביניים אפשריים במישור התאורטי, ובכלל אלה שיטת ה-Flexicurity; כלל "סיבה מספקת" בעל מעמד של בררת מחדל דיספוזיטיבית בלבד; כלל סיבה מספקת כחלק מהסדר "חצי קונגנטי"; שימוש בעקרון תום הלב כמכשיר למניעת פיטורים שרירותיים; לבסוף, הצעה של זירוז ופישוט ההליכים הפרוצדורליים לפיטורים מבלי לפגוע בהגנה המהותית. לאחר מכן פונה המאמר לסקור כמה וכמה התפתחויות מרתקות בתחום זה, אשר יוצרות ספקטרום רחב של אפשרויות – רמות שונות של ביטחון תעסוקתי – אשר המשותף להן הוא ההתמקדות בפן הפרוצדורלי. נעמוד על ההסכם הקיבוצי של עובדי החברה הלאומית לדרכים משנת 2005, אשר אפשר לראות בו חלוץ המהפכה בתחום זה; על ההסדר החדש שאומץ בחקיקה בשנת 2008 בנוגע לפיטורי עובדי מדינה, שתחולתו רחבה בהרבה, והשלכותיו אפוא חשובות במיוחד; על ההסדרים החדשים בנוגע ל"פיטורים פדגוגיים" של מורים, שהוסכמו כחלק מהרפורמות בתחום זה; על הסכמים חדשים במגזר הפרטי שממשיכים את אותה מגמה. המאמר מנסה להעריך באיזו מידה מספקים הסדרים חדשים אלה פתרון ביניים מאוזן וראוי.

הטיעון המרכזי של המאמר הוא כפול: ראשית, במישור התיאורי אנו מבקשים לחשוף את השינויים המתרחשים לאחרונה בתחום הביטחון התעסוקתי ולמקם את ההסדרים החדשים בהשוואתם זה לזה וכן אל מול ה"קצוות" של ספקטרום הביטחון התעסוקתי. שנית, במישור הנורמטיבי נבחן את ההסדרים החדשים אל מול הדיון התאורטי (הצדקות

* הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מחקר זה (מספר 1064/09) נתמך על ידי הקרן הישראלית למדע. תודות לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המועילות ולעמוס נווה על סיוע מצוין במחקר.
** תלמיד התואר השלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

וביקורות) בנושא ה"קביעות" בעבודה תוך השוואה לפתרונות אפשריים אחרים. בשורה התחתונה מסקנת המאמר היא אוהדת אך זהירה. להסדרים החדשים פוטנציאל חיובי, אך הצלחתם תלויה גם באופן שבו יפעילו בתי הדין את הביקורת השיפוטית על פיתורים מכוחם.

מבוא. א. בין "קביעות" חזקה לפיתורים מכל סיבה. ב. פתרונות ביניים – מבט רחב. 1. Flexicurity; 2. כלל "סיבה מספקת" דיספוזיטיבי; 3. הסדר "חצי קונגטי"; 4. חובת תום לב בפיתורים; 5. "מוצדק ויעיל" – מנגנון מהיר ויעיל לפיתורים מסיבה מספקת; 6. הערכת הסדרי הביניים למול התכליות; ג. התפתחויות חדשות – השינוי בהגנה הפרוצדורלית. 1. החברה הלאומית לדרכים; 2. חוק שירות המדינה (מינויים); 3. ההסכמים עם ארגוני המורים; 4. הסכמים קיבוציים חדשים במגזר הפרטי; 5. הערכת ההסדרים החדשים; סיכום.

מבוא

בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, ה"קביעות" בעבודה נחשבת הגנה כמעט מוחלטת מפני פיתורים. "קביעות" מורכבת בדרך כלל משילוב של הגנה מהותית (כלל שאוסר על פיתורים בהיעדר "סיבה מספקת") והגנה פרוצדורלית (כלל שמחייב הסכמה של ארגון העובדים לפיתורים, או לפחות הליך מורכב בשיתוף עם ארגון העובדים להכרעה אם מדובר ב"סיבה מספקת" או לא). הסדרים מעין אלה מכונים "הסדרי ביטחון תעסוקתי", והם מופיעים בהסכמים קיבוציים לצד הוראות בחקיקה (שקובעות כלל של "סיבה מספקת" לפיתורי עובדי ציבור) וכן הסדרים קיבוציים חד-צדדיים שמעבידים מסוימים מקבלים על עצמם (כמו הסדרי הקביעות של סגל אקדמי באוניברסיטאות). למונח "קביעות" כשלעצמו אין הגדרה בדין או בספרות, אולם ברור שהכוונה היא להסדרי ביטחון תעסוקתי חזקים במיוחד, שמקשים על פיתורים במידה רבה מאוד. דומה שלצד ההוראות המשפטיות המגבילות פיתורים – אם באופן מהותי או פרוצדורלי – נוצר גם נוהג, או תרבות ארגונית, אשר גורמים למנהלים (לפחות במגזר הציבורי) להימנע כמעט לחלוטין מניסיונות פיתורים.

מעצם היותה של ה"קביעות" כלי שמונע פיתורים כמעט לחלוטין, היא נתפסת על ידי עובדים, וארגוני עובדים המייצגים אותם, כהישג חשוב שמונע פיתורים שרירותיים ומבטיח פרנסה יציבה (למעשה מבטיח תעסוקה לאורך זמן כמעט בלתי מוגבל, לרוב עד לגיל הפרישה). בה בעת היא זוכה לביקורת רבה מצד מעסיקים ומנהלים בשירות הציבורי על שהיא מונעת מהם לפטר עובדים גרועים – דבר שכמובן פוגע קשות ביעילות.

נקודת המוצא של המאמר היא כי שני הצדדים צודקים במידה רבה. יש צורך חיוני לעובדים בהגנה מפני פיתורים שרירותיים, כלומר במידה של ביטחון תעסוקתי, ועם זאת

יש הכרח לאפשר למעסיקים לפטר עובדים כאשר יש סיבה טובה לכך, וזאת בהליך מהיר ויעיל. נדרשים אפוא פתרונות ביניים יצירתיים בין שני הקצוות של "קביעות" חזקה מדי מחד גיסא וסמכות פיטורים מוחלטת למעביד (גם ללא סיבה מספקת) מאידך גיסא. מתברר שבשנים האחרונות כבר קיימת ב"שטח" נהירה לעבר פתרונות ביניים כאלה, הן בהסכמים קיבוציים חדשים, אשר יוצרים מגוון של הסדרי ביניים שאינם מגיעים לכדי "קביעות" חזקה, והן בחוק שירות המדינה (מינויים), אשר תוקן בסוף שנת 2008 באופן שיוצר הסדר פיטורים חדש ומהיר יותר לעובדי מדינה. הסדרי ביניים חדשים אלה טרם זכו להתייחסות בספרות האקדמית וגם לא לתהודה בשיח הציבורי. אולם יש בהם פוטנציאל למהפכה של ממש בתחום הביטחון התעסוקתי. מטרתו של מאמר זה היא לסקור ולהעריך הסדרים חדשים אלה.

בטרם נציג את מבנה המאמר נדרשת הבחנה מקדמית חשובה. לא כל הפיטורים עשויים "עור אחד". מקובל לחלק בהקשר זה את סוגי הפיטורים לשתי קבוצות עיקריות:¹ הקבוצה הראשונה היא "פיטורי אשמה" או "פיטורים אישיים". פיטורי "אשמה" מניחים פגם מסוים בהתנהגותו או בתפקודו של העובד, אשר מצדיק את סיום קשר העבודה. לעתים מדובר על התנהגות בעייתית במקום העבודה, המובילה לפיטורים מחמת משמעת. לעתים אין מדובר על "אשמה" במובן המשמעת אלא על חוסר התאמה לתפקיד. אולם בכל המקרים המשותפים לסוג הפיטורים האמור הכוונה היא שסיבת הפיטורים נעוצה בעובד עצמו, בתפקודו, בהתנהגותו ובביצועיו. הקבוצה השנייה היא קבוצת הפיטורים הכלכליים. בקבוצה זאת סיום קשר העבודה אינו תוצאה של אשמת העובד או של תפקודו אלא של גורמים כלכליים חיצוניים לקשר העבודה, שבגינם מבקש המעביד לסיים את קשר העבודה עם העובד. יש להבהיר כי אין מדובר בדיכטומיה מוחלטת.² מכל מקום, מאמר זה עוסק בעילת פיטורי אי-ההתאמה בלבד, המשתייכת לקבוצת הפיטורים האישיים.

פרק א יסקור סקירה ביקורתית את שני ה"קצוות" של קביעות חזקה ופיטורים מכל סיבה שהיא ויצדיק את הצורך בחיפוש אחר פתרונות ביניים מאוזנים. נעמוד על ההצדקות הבסיסיות לכלל של "סיבה מספקת" ועל הצורך בהגנה פרוצדורלית שתיצור מגבלות על פיטורים. מנגד נעמוד גם על המחירים של כללי קביעות נוקשים מדי. פרק ב

1 ראו למשל ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע לט 646, 661 (2004); ע"ע (ארצי) 359/99 לוי – רשות השידור, פד"ע לו 410, 400 (2001); ע"ע (ארצי) 378/08 פרג'ון – חברת הדואר (פורסם בנבו, 12.11.2008); ע"ע (ארצי) 442/09 עיריית לוד – מיכאלי (פורסם בנבו, 11.7.2010). הבחנות דומות מקובלות במדינות רבות נוספות; ראו למשל HUGH COLLINS, JUSTICE IN DISMISSAL: THE LAW OF TERMINATION OF EMPLOYMENT ch. 2 (1992).

2 לדוגמה, בעת גיבוש רשימת המפוטרים בפיטורים כלכליים אפשר להתחשב גם ביעילות העובד, כלומר גם במאפיינים האישיים של העובד. ראו דב"ע (ארצי) מז/132-3 אגלסמן – עמית, פד"ע יט (1987) 227, 225.

יפרוס גישות שונות לפתרון, ממבט רחב שיכלול חיפוש אחר חלופות שונות להשגת אותה מטרה. במסגרת זו נתייחס בקצרה לשיטת ה־Flexicurity, שזוכה לעניין רב באירופה; לאפשרות של קביעת כלל "סיבה מספקת" כבררת מחדל דיספוזיטיבית בלבד; לרעיון של הסדר "חצי קוגנטי"; לשימוש בעקרון תום הלב כמכשיר למניעת פיטורים שרירותיים על ידי בתי הדין לעבודה; להצעה של זירו ופישוט ההליכים הפרוצדורליים לפיטורים מבלי לפגוע בהגנה המהותית. האפשרות האחרונה היא אשר זוכה בימים אלה לתנופת פיתוח וניסוי ב"מעבדות" ההסתדרות הכללית ונציבות שירות המדינה. פרק ג יסקור את ההתפתחויות המרתקות בתחום זה. נראה כי ההסכמים החדשים יוצרים ספקטרום רחב של אפשרויות – רמות שונות של ביטחון תעסוקתי – אשר המשותף להן הוא ההתמקדות בפן הפרוצדורלי. נעמוד על ההסכם הקיבוצי של עובדי החברה הלאומית לדרכים משנת 2005, אשר אפשר לראות בו חלוץ המהפכה בתחום זה; על ההסדר החדש שאומץ בחקיקה בנוגע לפיטורי עובדי מדינה, שתחולתו רחבה בהרבה, והשלכותיו אפוא חשובות במיוחד; על ההסדרים החדשים בנוגע ל"פיטורים פדגוגיים" של מורים, שהוסכמו כחלק מהרפורמות בתחום זה; על הסכמים חדשים במגזר הפרטי שממשיכים את אותה מגמה. על סמך קריאה של ההסכמים והפסיקה ועל סמך ראיונות שקיימנו עם כמה מהפעילים המעורבים ביישום ההסדרים החדשים הלכה למעשה ננסה להעריך באיזו מידה יש בהם כדי לענות על הביקורות שפורטו בפרק השני, ולספק פתרון ביניים מאוזן וראוי.

הטיעון המרכזי של המאמר הוא כפול: ראשית, במישור התיאורי אנו מבקשים לחשוף את השינויים המתרחשים לאחרונה בתחום הביטחון התעסוקתי ולמקם את ההסדרים החדשים בהשוואתם זה לזה ואל מול ה"קצוות" של ספקטרום הביטחון התעסוקתי. שנית, במישור הנורמטיבי נבחן את ההסדרים החדשים אל מול הדיון התאורטי (הצדקות וביקורות) בנושא הקביעות בעבודה תוך השוואה לפתרונות אפשריים אחרים. בשורה התחתונה מסקנת המאמר היא אוהדת אך זהירה. להסדרים החדשים פוטנציאל חיובי, אך הצלחתם תלויה גם באופן שבו יפעילו בתי הדין את הביקורת השיפוטית על פיטורים מכוחם, כמו גם בהפנמת משמעות השינוי מצד מנהלים בשירות המדינה.

א. בין "קביעות" חזקה לפיטורים מכל סיבה

מקובל לעמת בין שתי גישות קיצון לסוגיית הסמכות לפיטורי עובדים. בקצה אחד נמצאת הגישה האמריקאית, המכונה "Employment at Will", אשר מבוססת על מודל של

שוק חופשי.³ המעביד רשאי לסיים את ההתקשרות בכל עת, בדיוק כפי שהעובד רשאי להתפטר בכל עת. כפי שנאמר בפסיקה האמריקאית, המעביד יכול לפטר את העובד מסיבה טובה, מסיבה רעה או אף ללא סיבה כלל.⁴ במשך השנים התפתחו בארצות הברית חריגים לא מעטים לגישה זו אשר יוצרים מגבלות שונות על פיטורים,⁵ אך מגבלות אלה מונעות לכל היותר כמה "סיבות רעות" לפיטורים. עדיין חל הכלל הבסיסי שלפיו המעביד אינו צריך לנמק את פיטוריו ואינו צריך לספק סיבה מוצדקת כלשהי לביסוסם.⁶ חריגה מבררת מחדל זו מקובלת בהסכמים קיבוציים, אשר בהם הצדדים מסכימים לעתים קרובות על כלל שלפיו אי אפשר לפטר אלא על יסוד "סיבה מספקת" ("Just Cause") או כאשר אפשר להסיק כי המעביד קיבל על עצמו מגבלות עצמיות כאשר לפיטורים.⁷ אבל מספרם של העובדים הנהנים מהסכמים קיבוציים בארצות הברית הוא כיום מצומצם ביותר.⁸

- 3 על הרקע לאימוץ הגישה האמורה וביקורת עליה ראו Arthur S. Leonard, *A New Common Law of Employment Termination*, 66 N.C. L. REV. 631, 640–642 (1988).
- 4 פסק דינו של בית המשפט העליון במדינת טנסי משנת 1884 מצוטט בספרות באופן נרחב כמייצג את הגישה האמורה. ראו Payne v. The W. & Atl. R.R Co., 81 Tenn. 507 (1884), שם נפסק בעמוד 517 כי: "If the service is terminable at the option of either party, it is plain no action would lie even to the employee; for either party may terminate the service, for any cause, good or bad, or without cause, and the other cannot complain in law".
- 5 ראו למשל Clyde W. Summers, *Employment at Will in the United States: The Divine Right of Employers*, 3 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 65 (2000); Katherine V.W. Stone, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace*, 36 INDUSTRIAL L.J. 84 (2007); Nicole B. Porter, *The Perfect Compromise: Bridging the Gap Between At-Will Employment and Just Cause*, 87 NEB. L. REV. 62 (2008).
- 6 זאת למעט מדינה אחת בארצות הברית – מונטנה – אשר סתתה באופן גורף מהדוקטרינה האמורה בעקבות פסיקה עקיבה של בית המשפט העליון שם וקבעה בחקיקה דרישה לקיום סיבה מוצדקת בעת פיטורים. ראו MONT. CODE ANN. § 39-2-904 (2009). לדיון במדינת מונטנה כמקרה מבחן ראו Leonard, לעיל ה"ש 3, בעמ' 663–671.
- 7 ראו שם, בעמ' 649–653. ה"חריג החוזי" לכלל בררת המחדל מוכר ב-38 מדינות בארצות הברית; ראו Charles J. Muhl, *The Employment At Will Doctrine: Three Major Exceptions*, 124 MONTHLY LAB. REV. 3, 7–8 (2001).
- 8 לפי נתוני משרד העבודה בארצות הברית (<http://stats.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>), בשנת 2011 שיעור החברות בארגוני עובדים בארצות הברית היה 11.8% בלבד מכוח העבודה (כ-14.8 מליון עובדים). למספר זה אפשר להוסיף את אלו שאינם חברים בארגוני עובדים אך מיוצגים על ידי ארגון עובדים באופן קיבוצי – כ-1.5 מליון עובדים.

מנגד, במדינות רבות אחרות – ובכלל זה מרבית מדינות אירופה – מעוגן כלל שמחייב "סיבה מספקת" לפיטורים בחקיקה.⁹ בדרך כלל מוגדרות שלוש סיבות כלליות ככאלה שיכולות להצדיק פיטורים: אי-התאמה (סיבות אישיות/מקצועיות), משמעת ופיטורי צמצום (סיבות כלכליות), שאינן קשורות באשם מצד העובד הספציפי.¹⁰ לכן נשמרת בהחלט אפשרות מעשית לפטר עובדים. אולם בררת המחלף הפוכה. למונח "סיבה מספקת", שמשמש הן בהסכמים קיבוציים והן (במדינות שונות) בחקיקה, אין הגדרה אחת אחידה. לעתים מעדיף המחוקק ניסוח שלילי, וכך פיטורים אסורים אם הם "בלתי הוגנים" (unfair dismissals),¹¹ אולם למעשה גם במקרים כאלה הבחינה היא על סמך שלוש הסיבות העיקריות שפורטו לעיל, אשר נחשבות כסיבות מספקות (לגיטימיות) לפיטורים. מאמר זה מתמקד כאמור בעילת "אי-התאמה" בלבד, כלומר במקרים שבהם המעביד מבסס את הפיטורים על טענה של תפקוד לא מספק, אי-עמידה בדרישות וכיוצא בזה.

לצד הכלל המהותי נודעת חשיבות רבה לפרוצדורה אשר אותה צריך לנקוט המעביד המעוניין לפטר עובד. בעיקר נשאלת השאלה מי יקבע אם הייתה סיבה מספקת לפיטורים, וכיצד על המחליט לבסס את הקביעה האמורה. לשון אחר, האם תהיה ביקורת חיצונית כלשהי על טענת המעביד בנוגע לתפקוד לא מספק, או בחינה חיצונית של סבירות הדרישות מהעובד? ומהי הדרך הפתוחה בפני העובד לחלוק על טענות המעביד כנגדו? ככל שהחוק או ההסכם הקיבוצי אינם קובעים פרוצדורה נגישה לעובד להכרעה בסוגיה, וככל שלא נדרש ביסוס אובייקטיבי כלשהו הניתן לבחינה וביקורת, תיוותר בידיו הגנה חלשה למדי. אם הנטל הוא על העובד לפנות לבית דין לעבודה ולהוכיח כי לא הייתה סיבה מספקת לפיטורים, אפשר להניח כי רק במקרים יוצאי דופן יצליחו עובדים להתגבר על המכשולים הרבים בדרך להגשת תביעה כזו והצלחתה. ואכן, במדינות רבות נקבעו פרוצדורות להגנת העובד בחקיקה.¹² באחרות מוסדר המרכיב הפרוצדורלי של ההגנה בהסכמים קיבוציים.

בישראל נוהגת, כבררת מחלף, הגישה של Employment at Will, כלומר אפשר לפטר מכל סיבה שהיא.¹³ עם זאת החריגים אצלנו רבים יותר ובעלי משקל רב יותר מאשר בארצות הברית. ראשית, קיימות הוראות חוק רבות אשר מונעות פיטורים מ"סיבות

9 לסקירות ראו (Malcolm INT'L LABOUR OFFICE, TERMINATION OF EMPLOYMENT DIGEST (2004) ch. 2 (2004); OECD, EMPLOYMENT OUTLOOK ch. 2 (2004); Crotty et al. eds., 2000). ראו גם מאגר המידע הערכני באתר ארגון העבודה הבינ-לאומי: www.ilo.org/dyn/eplx/termmain.home.

10 שם.

11 כך למשל באנגליה; ראו § 98, c. 18, Employment Rights Act, 1996.

12 ראו המקורות לעיל בה"ש 9.

13 בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974) (להלן: עניין צרי). ראו גם דב"ע (ארצי) לו/33-3 וינשטיין – אל על נתיבי אוויר לישראל, פד"ע ח 44, 52 (1976).

רעות" (כמו פיטורים בשל היריון או בשל הפליה או בשל פעילות בארגון עובדים).¹⁴ שנית, על פי חוק החוזים חייבים הצדדים לחוזה העבודה לנהוג זה עם זה בתום לב, וחובה זו חלה גם על החלטות פיטורים.¹⁵ שלישית, קיימות הוראות חוק אשר יוצרות תמריץ שלילי מפני פיטורים שרירותיים (בייחוד החובה לשלם פיצויי פיטורים).¹⁶ רביעית, קיימות בחקיקה גם הוראות שקובעות פרוצדורה לפיטורים בנסיבות מסוימות (כמו ההוראה בפקודת העריות אשר מונעת פיטורים של עובדים בכירים ללא החלטה של מועצת העירייה).¹⁷ חמישית, מרבית ההסכמים הקיבוציים מקנים לעובדים ביטחון תעסוקתי מסוים, רובם תוך שילוב מרכיב מהותי (דרישה של "סיבה מספקת" לפיטורים) עם מרכיב פרוצדורלי, היוצר מנגנון של שיתוף ארגון העובדים בהכרעה, במידה כזו או אחרת, או לפחות אפשרות להביא סכסוך בנושא להכרעה מהירה בבוררות.¹⁸ ושישית,

- 14 ראו ס' 33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; ס' 10(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 2(ב) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997; ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; ס' 28 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; ס' 41 לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949.
- 15 לפירוט נוסף ראו להלן פרק ב.4.
- 16 חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001. ראוי לציין כי התמריץ האמור הועם במקצת לנוכח הוראות צו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק מיום 30.12.2007, שלפיהן הפרשות לפיצויי פיטורים שנעשו לפי צו ההרחבה נשארות בקרן הפנסייה של העובד גם במקרה של פיטורים.
- 17 ראו ס' 171 לפקודת העריות [נוסח חדש].
- 18 ראו למשל ס' 70 לחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות: "פיטורי עובדים, חוץ מעובדים בתקופת נסיונם, ייעשו רק מסיבה מספקת ותוך הסכמה הדדית בין הרשות ובין ועד העובדים [...]. ובאין הסכמה עוברת ההכרעה לבוררות מוסכמת [...]."; ס' 28.2 ו-28.8 להסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה (7041/2008): "פיטורי עובד קבוע אפשריים מסיבה מספקת, ויקדים אותם מו"מ בין הצדדים [...] הודיעה נציגות העובדים על התנגדותה – יועברו חילוקי הדעות לוועדה פריטטית [...]."; ס' 2 לפרק שש-עשרה לחוקת העבודה לעובדים במוסדות ההסתדרות: "לא יפוטר עובד קבוע מן העבודה אלא לאחר מו"מ עם ועד העובדים"; ס' 30.2 להסכם הקיבוצי הכללי בתעשיית היהלומים (7001/2008): "פיטורים רגילים של עובדים לאחר תקופת ניסיון אפשריים מסיבה מספקת [...]."; ס' 7.3 להסכם הקיבוצי הכללי ברשתות לשיווק מזון (7019/2009): "המעסיק רשאי לפטר עובד קבוע מחמת [...] אי התאמה לתפקיד [...] הזנחה חוזרת בעבודה (לאחר שקיבל 2 אזהרות בכתב) [...] הפיטורים [...] ייעשו על ידי המעסיק בהסכמת ועד העובדים וההסתדרות [...] אם לא תושג הסכמה – יובא העניין להכרעה הועדה המשותפת שתורכב מנציגי הסתדרות המעו"ף ומנציגי המעסיק"; ס' 49 להסכם הקיבוצי הכללי בענף המלונאות (7003/2011): "פיטורי עובדים [...] אפשריים רק מסיבה מספקת"; ס' 29 להסכם הקיבוצי הכללי לתעשיית הטכסטיל וההלבשה (7050/1976): "פיטורים רגילים של עובדים לאחר תקופת ניסיון אפשריים מסיבה מספקת"; והוראות דומות בס' 32 להסכם

חלק גדול מצווי ההרחבה הענפיים הנהוגים במשק הישראלי כוללים הוראה האוסרת על פיטורים שרירותיים, כלומר המרכיב המהותי הורחב בענפים רבים גם למקומות עבודה שאינם מאורגנים.¹⁹

מגבלות אלה על פיטורים – בין שנקבעו בחקיקה ובין בהסכם קיבוצי או בצו ההרחבה – זוכות לביקורת מצד חוקרים בעלי השקפה נאו-ליברלית, אשר סבורים כי התערבות כזו בשוק ה"חופשי" אינה ראויה.²⁰ במקומות עבודה מאורגנים רבים, בעיקר במגזר הציבורי, קיימת תפיסה שלפיה אי אפשר לפטר עובדים כמעט בכלל. מציאות זו נובעת בדרך כלל משילוב בין הוראות בהסכם קיבוצי המקנות מעמד לארגון העובדים בעת הדיון בפיטורים, עם נטייה של הארגון להתנגד באופן כמעט אוטומטי לכל פיטורים, ועם תרבות ארגונית שלפיה המעביד איננו נוטה להעביר סכסוכים בנושא למנגנוני ההכרעה הקבועים בהסכם. בנסיבות אלה אין פלא כי הגמישות הניהולית והיעילות נפגעות.

עם זאת הטיעון הכלכלי חזק פחות כאשר קיימים הסדרים המאפשרים הלכה למעשה לפטר עובדים בשל סיבה מספקת. בנסיבות כאלה אין אמורה להיות פגיעה ניכרת ביעילות. להפך, לפחות במקומות עבודה בינוניים וגדולים שבהם יש הפרדה בין המנהל/אחראי בשטח לבין הבעלים/המנהלים הבכירים, הסדר משפטי שמונע פיטורים שרירותיים (ללא סיבה מספקת) הוא אמצעי לפיקוח על החלטות שהתקבלו בשטח. פיטורים שאי אפשר להצדיק אותם באחת הסיבות שהוזכרו לעיל – אי-התאמה, משמעת או צמצומים – הם פיטורים לא רציונליים, שרק פוגעים באינטרס של המעסיק (וביעילות). המחיר, ככל שקיים, הוא רק בשל העלויות הנובעות מהצורך להצדיק את הפיטורים בפני גורם חיצוני, ולעתים לספוג עלויות הנובעות מטעות שיפוטית. אבל אפשר להניח שעלויות אלה לא יהיו ניכרות, לפחות כאשר מדובר במעבידים גדולים

קיבוצי כללי לתעשיית הפלסטיקה (1216/1967); ס' 32 להסכם קיבוצי כללי לתעשיית הגומי (7032/1973); ס' 28 להסכם עבודה קיבוצי כללי לתעשיית הנעלים (1216/1967).
 19 ראו ס' 49.2 לצו ההרחבה בענף המלונאות, התשע"א–2011, י"פ 6425: "פיטורי עובדים [...] אפשריים רק מסיבה מספקת"; ס' 28.2 לצו ההרחבה בענף השמירה, התשס"ט–2009, י"פ 4942: "פיטורי עובד קבוע אפשריים מסיבה מספקת"; ס' 69 לצו ההרחבה לאולמות וגני האירועים בישראל, התשס"ח–2008, י"פ 2728: "ניתן לפטר עובד קבוע רק מסיבה מספקת"; ס' 30(2) לצו ההרחבה בענף תעשיית היהלומים, התשס"ט–2009, י"פ 1924: "פיטורים רגילים של עובדים [...] אפשריים מסיבה מספקת"; והשוו ס' 51 לצו ההרחבה בענף הבניין, התש"ע–2010, י"פ 4321: "יש להימנע משרירות לב בכל הנוגע לפיטורי עובדים".

20 ראו למשל Richard A. Epstein, *In Defense of the Contract At Will*, 51 U. CHI. L. REV. 947 (1984).

(ואף בינוניים).²¹ מעבידים קטנים במיוחד אכן מוחרגים במדינות רבות מהחקיקה בתחום זה.²²

ביקורת שנייה על כללים המגבילים פיטורים נוגעת לפגיעה באוטונומיה של המעביד. לפי התפיסה המקובלת, ה"עסק" שייך למעביד בלבד, וכחלק מזכות הקניין שלו זכותו לקבל החלטות באשר לעסק – לרבות בשאלה מי יהיו העובדים – כרצונו. זכות הקניין מוצדקת בספרות הן על יסוד טיעוני יעילות והן על יסוד האוטונומיה של הפרט (בין השאר).²³ אכן, במידה מסוימת דיני העבודה כולם פוגעים באוטונומיה של המעביד. השאלה היא אם בהקשר הנוכחי מדובר בפגיעה ניכרת. בעניין זה יש לתת את הדעת על כך שאין כופים על המעביד להעסיק מלכתחילה עובד מסוים; ההתערבות נעשית רק בשלב שבו הוא מבקש לסיים את היחסים ומתקשה להצביע על סיבה מספקת לכך. כאשר מדובר במעביד קטן, למשל כזה שעובד בעצמו בעסק לצד מספר קטן של שכירים, הפגיעה באוטונומיה באיסור על פיטורים תהיה קשה. ייתכן שה"כימיה" בין המעביד לעובד אינה טובה, ודי בכך כדי להצדיק פיטורים גם אם הוא מתקשה להצביע על סיבה אובייקטיבית לכך. זוהי סיבה נוספת להחרגה המקובלת של מעבידים קטנים מחקיקה בתחום זה. לעומת זאת כאשר מדובר במעבידים גדולים יותר, כאשר אין קשר אישי ישיר בין ה"מעביד" (בדרך כלל תאגיד או רשות) לבין עובד מסוים, קשה לקבל טענה של פגיעה באוטונומיה.

- 21 לריכוז מחקרים אמפיריים המלמדים כי ביטחון תעסוקתי לא בהכרח פוגע ביעילות או בתעסוקה ראו Guy Davidov, *In Defense of (Efficiently Administered) 'Just Cause' Dismissal Laws*, 23 *INT'L J. OF COMP. LAB. L. & INDUSTRIAL RELATIONS* 117 (2007) (להלן: Davidov); BARRY D. ROSEMAN, AMERICAN CONSTITUTION SOCIETY, *JUST CAUSE*; ראו גם *DEFENSE IN MONTANA: DID THE BIG SKY FALL?* (2008) www.acslaw.org/files/Roseman%20Issue%20Brief_0.pdf; Bradley T. Ewing, Charles M. North & Beck A. Taylor, *The Employment Effects of A 'Good Cause' Discharge Standard in Montana*, 59 *INDUSTRIAL & LAB. RELATIONS REV.* 17 (2005) ודוקו: איננו טוענים שכלל של "סיבה מספקת" בהכרח מקדם יעילות, או ששיקולי יעילות מצדיקים כלל כזה. לשם כך יש להסביר גם מדוע קיים כשל שוק שבגללו המעביד נמנע מיצירת מנגנונים (כלשהם) שימנעו פיטורים שרירותיים. ייתכן בהחלט שקיימים כשלים כאלה שקשורים ליחס שבין בעלי המניות למנהלים (אשר מעוניינים באופן טבעי בגמישות מרבית ובמינימום התערבות בהחלטותיהם). אולם לצרכים הנוכחיים די לנו להצביע על שטיוען הנגד לכלל של "סיבה מספקת", כאילו הוא פוגע ביעילות, בדרך כלל אינו משכנע.
- 22 לדוגמה, בגרמניה מגבלות חוקיות על פיטורים בעילת אי-התאמה חלות על מעבידים המעסיקים מעל עשרה עובדים. באיטליה חלק מהמגבלות אינן חלות על מעבידים שלהם פחות מ-15 עובדים וכיוצא בזה. ראו מאגר המידע של ארגון העבודה הבין-לאומי, לעיל ה"ש 9.
- 23 לדין בנושא ראו יהושע ויסמן דיני קניין כרך ראשון – חלק כללי 20 (1993); וראו גם בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 546 (2004).

ראינו אפוא כי לאחר החרגת מעבידים קטנים כלל של "סיבה מספקת" איננו מוביל בהכרח לפגיעה ביעילות או באוטונומיה, לפחות לא פגיעה ניכרת. אולם מהן ההצדקות לכלל כזה? נקודת המוצא של המחקר ובתי הדין לעבודה – בישראל ובמדינות אחרות – היא כי על חוזה עבודה, כמו על כל חוזה אחר, חלים כללי המשפט הפרטי שמעגנים את תפיסת השוק החופשי. כלומר, הנחת המוצא היא כי יש לאפשר לצדדים להסכים על תנאי החוזה כרצונם, וכל חריגה מכך מחייבת הצדקה. ברמה הכללית ביותר אפשר להצדיק כלל של "סיבה מספקת" על סמך הערך של כבוד האדם ועל סמך עקרונות של צדק פרוצדורלי.²⁴ באופן ספציפי יותר, אפשר להצדיק כלל שנותן לעובדים ביטחון מפני פיטורים בשני נימוקים עיקריים:²⁵ ראשית, האופי של יחסי העבודה ייחודי. מבחינת העובד, לעבודה חשיבות רבה לא רק מבחינה כלכלית אלא גם מסיבות אישיות, פסיכולוגיות וחברתיות. לעבודה תפקיד מרכזי בחייו כמקור למימוש עצמי, הגדרת הזהות האישית, יצירת ביטחון עצמי, מקור לסטטוס חברתי וליחסים חברתיים ועוד.²⁶ העובד מסתמך במידה רבה על היחסים עם מעביד ספציפי לשם הגשמת צרכים אלה. הדרישה ממעביד כי לא יביא את היחסים לכדי סיום ללא סיבה רציונלית מבטאת את התפיסה החברתית בדבר חשיבות העבודה לפרט ואת האינטרס החברתי בהגנה על צרכים אלה.²⁷ דרך אחרת להבין זאת היא בהבנת הנחיתות המובנית של העובד ביחסים. למעביד יש כוח עדיף ביחסים אלה, והדרישה היא למעשה כי יפעיל את כוחו באחריות ויימנע מפיטורים שרירותיים.²⁸

24 ראו רעות שמר בגס "צדק פרוצדורלי וכבוד העובד בהליך הפיטורים" (צפוי להתפרסם בעבודה, חברה ומשפט יג, 2012). על הקשר בין חקיקה המגבילה פיטורים לבין כבוד האדם (dignity) ראו גם COLLINS, לעיל ה"ש 1. על חשיבותו של צדק פרוצדורלי מבחינתם של העובדים ראו KATHERINE V. W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE CHANGING WORKPLACE ch. 5 (2004).

25 Davidov, *Defense*, לעיל ה"ש 21.

26 גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

27 יש הטוענים כי הסתמכות העובד אף מקימה לו "זכות מעין קניינית" במקום העבודה. ראו דב"ע (ארצי) לג/9-3 צרי חברה לתעשייה פרמצבטית וכימית בע"מ – ריקס, פד"ע ד 477 (1973); גיא מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחול חונית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819, 829 (1999) (להלן: מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית"); מיכל הורוביץ "בחינת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט ח 127 (2001); סיגל דוידוב-מוטולה "שנת משפט העבודה שעברה" עבודה, חברה ומשפט ח 69, 80 (2001); הדרה בר-מור "רקוויאם לקשר קיבוצי: על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על עובדים" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 627 (2000).

28 השוו לגיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני עבודה" עיוני משפט לא 5, 34 (2008) (להלן: דוידוב "עקרון המידתיות").

הנימוק השני נוגע לאופי ההתקשרות בחוזה עבודה, שמבוסס בעיקרו על הסכמה של העובד להכפיף את עצמו להוראות המעביד – לקבל על עצמו מידה של subordination, ולמעשה להשלים עם חסר דמוקרטי – וזאת בתמורה לביטחון מסוים בהמשכיות היחסים. אפשר לומר כי העובד, כפרט השונא סיכון, רוכש סוג של "ביטוח" מפני סיכוני השוק. בניגוד לקבלן עצמאי, אשר נהנה מסיכויי השוק אך גם מסתכן בסיכוני השוק, העובד אינו צריך לדאוג על בסיס יום-יומי לקיומם של לקוחות (וכולו), אך מנגד הוא אינו נהנה מהרווח השיורי של המיזם אלא רק מהתמורה החוזית המוסכמת. במובן הזה המעביד מבטיח לו משכורת קבועה אך יציבה כנגד הסכמתו להכפיף עצמו ולמלא כל הוראה שיקבל.²⁹ זוהי המהות הבסיסית, גם אם בדרך כלל משתמעת, של חוזה העבודה. אולם קיים חשש כי המעביד ינצל את כוחו העדיף כדי לקבל כפיפות מהעובד אך לא לספק לו כל ביטחון בתמורה. על כן יש הצדקה להתערבות רגולטיבית שתבטיח מידה מינימלית של הוגנות בעסקה – ביטחון מינימלי לעובד מפני פיטורים. אין משמעות הדבר כמובן הגנה מוחלטת אלא רק מניעת פיטורים שהמעביד איננו יכול לספק להם סיבה של ממש.

יוער כי לא רק בתחום דיני העבודה פעולה בשרירות (ללא סיבה של ממש) מצד בעל כוח או סמכות נתפסת כבעייתית. המשפט אינו מאפשר לבעל זכות קניינית או לצד לחוזה להשתמש לרעה בזכותו אלא מכפיף את המחזיקים בכוח/סמכות לכללי התנהגות מסוימים, המחייבים מידה מסוימת של הוגנות.³⁰

ב. פתרונות ביניים – מבט רחב

ראינו אפוא שקיימות הצדקות לכלל של "סיבה מספקת", ועם זאת יש גם מחיר לכלל כזה, אשר בולט ובוטה בנסיבות שבהן כמעט שאי אפשר לפטר באופן מעשי. מכאן הצורך לחפש אחר פתרונות ביניים, אשר יבטיחו מידה של ביטחון תעסוקתי לעובדים, ובאותה עת יאפשרו גם לפטר, ללא עלויות ניכרות, כאשר יש סיבה טובה לכך (ובפרט, עובדים לא מתאימים). בפרק הנוכחי נעמוד על חמישה הסדרים שאפשר לראות בהם, ממבט-על הבוחן את הרגולציה בשוק העבודה בכללותה, פתרונות ביניים. נעמוד על היתרונות והחסרונות של כל אחד מהם. בסיכומו של הפרק ננסה להעריך באיזו מידה

29 ראו Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L.J. 357 (2002).

30 ראו למשל רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 275 (1999); והשוו דוידוב "עקרונות המידתיות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 37-38; עידו עשת "גבולות הויכוח סביב יחידת המיקוח" (צפוי להתפרסם בעבודה, חברה ומשפט יג, 2012).

יכולים פתרונות אלה להביא לאיזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים ולהגשים את התכליות שפורטו בפרק הקודם.

1. Flexicurity

פתרון מקורי לבעיית ההתנגשות בין הצורך של העובדים בביטחון לצורך של המעביד בגמישות פותח בדנמרק ומכונה Flexicurity.³¹ כמדינה סוציאל-דמוקרטית דנמרק משקיעה משאבים רבים ברווחה, ודיני העבודה שם מפותחים מאוד. עם זאת שלא כמו המקובל בשאר מדינות סקנדינביה, אשר בהן קיימת הגנה חזקה לעובדים מפני פיטורים, בדנמרק אין כמעט מגבלות כאלה. במקומן קיימת מערכת נדיבה במיוחד של תמיכה בעובדים מפוטרים לא רק בשלב האבטלה אלא גם ברכישת הכשרה וסיוע במציאת עבודה חדשה (לרבות הסרת מחסומים עקיפים לכך). דנמרק משקיעה אפוא משאבים רבים גם ב"רשת ביטחון" לעובדים מפוטרים וגם בצעדים אקטיביים לשילובם מחדש בשוק העבודה. השילוב של שוק עבודה "חופשי" יחסית ממגבלות על פיטורים עם הגנה חזקה של המדינה מצליח ליצור גמישות למעבידים ובאותה עת מידה לא מבוטלת של ביטחון תעסוקתי לעובדים. אמנם אין מדובר בביטחון במקום עבודה מסוים (Job Security) אלא ביטחון בקיום עבודה כלשהי (Employment Security), וכן בקיומו של מקור הכנסה גם בתקופות שבין עבודות (Income Security), אבל העובדים בדנמרק מדווחים על תחושת ביטחון גבוהה,³² והשיטה בכללותה זוכה להערכות חיוביות. העתקה של השיטה הדנית למדינות אחרות כרוכה בקשיים ניכרים. ראשית בגלל העלויות הגבוהות: מימון דמי האבטלה הנדיבים ותכניות ההכשרה והסיוע למציאת עבודה משמעו נטל מס גבוה. העלאה ממשית של נטל המס כרוכה בקשיים פוליטיים ניכרים; שנית, דומה כי הצלחת המודל הדני מתבססת בין השאר על מבנה קורפורטיסטי

31 המונח Flexicurity משמש גם לתיאור ניסיונות אחרים לשילוב של גמישות עם שיפור תנאי העסקה של אותם עובדים בהסדרים גמישים. למשל, בהולנד מקלים על מעבידים לפנות לצורות העסקה לא שגרתיות (במשרה חלקית, לתקופה זמנית וכולי), ובד בבד הרגולציה מתיימרת לחזק את ההגנה על העובדים בצורות אלה. ראו למשל Sonja Bekker & Ton Wilthagen, *Europe's Pathways to Flexicurity: Lessons Presented from and to the Netherlands*, 43 INTERECONOMICS 68 (2008). ההתמקדות במאמר הנוכחי היא במודלים אשר מבטיחים מידה של ביטחון תעסוקתי, כפי שמובהר להלן. לדיון נרחב ב-Flexicurity ראו לילך לוריא עבודה משתנה: התאמת דיני העבודה והרווחה למודל התעסוקה הפוסט-פורדיסטי (עבודת גמר לתואר שלישי במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2011).

32 PETER AUER, INT'L LABOUR ORG., IN SEARCH OF OPTIMAL LABOUR MARKET INSTITUTIONS 12 (2007), available at www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113902.pdf

עם מסורת של שיתוף פעולה בין הממשלה, ארגוני העובדים והמעבידים³³ כמו גם על תפיסות חברתיות-תרבותיות של שיתופיות ונכונות לתרום לטובת הכלל (public-spiritedness), ובאופן ספציפי – נכונות לסיוע נדיב במיוחד למובטלים.³⁴ מכל הסיבות האלו יהיה קשה ליישם את מודל ה-Flexicurity בישראל. מלבד זאת גם המישור התאורטי אינו נקי מקשיים. אמנם אם המטרה היא להבטיח עבודה (כלשהי), או פרנסה, אזי הסדרים שמקנים דמי אבטלה נדיבים וסיוע אקטיבי של המדינה למציאת עבודה חדשה יכולים להיות תחליף במידה לא מבוטלת להסדרים שמגבילים פיטורים. אולם כפי שראינו בפרק הקודם, ההצדקות לכלל של "סיבה מספקת" אינן מוגבלות להבטחת פרנסה. מטרתו של הכלל היא גם להגן על העובד כאשר לעבודה הספציפית חשיבות מבחינתו מלבד הפרנסה (במובנים של קשרים חברתיים, סיפוק והגשמה, סטטוס חברתי וכו'). כמו כן השאיפה היא להבטיח שהמעביד איננו מנצל לרעה את כוחו העדיף בעסקה ודורש מהעובד להסכים לכפיפות/חסר דמוקרטי מבלי לתת כל ביטחון בתמורה. המודל הדני מביא למעשה להחצנה ניכרת: סיכונים ועלויות שהמעביד אמור לשאת בהם מועברים לעובד ולחברה בכללותה.

2. כלל "סיבה מספקת" דיספוזיטיבי

באופן מסורתי דיני העבודה הם קוגנטיים.³⁵ זאת על סמך התפיסה כי בשל פערי הכוחות בין הצדדים כל אפשרות לויתור על זכויות תנוצל לרעה על ידי מעבידים. מאחר שהתכלית של דיני העבודה היא מלכתחילה להתמודד עם הנחיתות היחסית של העובד ביחס למעביד,³⁶ הכרחי להבטיח כי מעבידים לא יוכלו לנצל את כוחם העדיף כדי לדרוש מהעובדים להסכים לויתורים. על רקע זה חקיקה שתקבע כלל של "סיבה מספקת" באופן דיספוזיטיבי נראית לכאורה חסרת טעם. אפשר להניח כי העובדים, רובם

33 Per Kongshøj Madsen, *Flexicurity in Danish – A Model for Labour Market Reform in Europe?*, 43 INTERECONOMICS 74 (2008). על המבנה הקורפורטיסטי ודעיכתו בישראל ראו GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION* (2007).

34 Yann Algan & Pierre Cahuc, IZA, *Civic Attitudes and the Design of Labor Market Institutions: Which Countries Can Implement the Danish Flexicurity Model?* (2006), *available at* <http://ftp.iza.org/dp1928.pdf>. המחברים מביאים נתונים אמפיריים לכך שבמדינות הים התיכון מידת ה-public-spiritedness נמוכה. זאת ועוד, בשנים האחרונות המגמה בישראל היא של שחיקה מתמשכת ביכולתו של ביטוח האבטלה להבטיח את ביטחונם הסוציאלי של המובטלים; ראו ג'וני גל "על מטוטלת ביטוח האבטלה בישראל 1972-2003" *ביטחון סוציאלי* 67, 109 (2004); ג'וני גל "ביטוח אבטלה – עת לשינוי" *ביטחון סוציאלי* 80, 5 (2009).

35 דב"ע (ארצי) לג/3-12 צ'יבוטור – אברהם, פד"ע ד 173 (1972); ע"ע (ארצי) 1144/04 מרחיב – מוקד אמון סביון (1981) בע"מ (פורסם בנבו, 21.12.2006).

36 ראו Guy Davidov, *The (Changing?) Idea of Labour Law*, 146 INT'L LAB. REV. 311 (2007).

ככולם, ייאלצו לחתום על מסמכים שלפיהם הם מוותרים על זכות זו.³⁷ למעשה, גם במקרים שבהם העובד מצוי בעמדת כוח יחסית בעת הכניסה ליחסים (למשל עובד בעל כישורים מיוחדים בתחום שבו קיים ביקוש גבוה לעובדים), אפשר להניח כי העובד יסכים לחתום על הסכם שבו הוא מוותר על זכויות הנוגעות לשלב הפיטורים. זאת בשל שני כשלים: העובדה שמדובר ב"סיכון" מרוחק בזמן ובמהות (לעובד קשה להעלות על הדעת בעת הקבלה לעבודה כי יבקשו לפטר אותו); הרצון של עובדים להימנע ממתן "איתות" שלילי למעביד בעצם הבקשה להתדיין על כללי הפיטורים (העובד מבקש להראות ביטחון ביכולותיו ולא כי הוא חושב על אפשרות כזו כבר בעת הכניסה).³⁸ לכלל דיספוזיטיבי בכל זאת כמה יתרונות: ראשית, הוא מביא לידי מודעות טובה יותר של העובדים למצבם המשפטי. מחקרים בארצות הברית הראו כי רוב מכריע של העובדים סבורים כי המעביד אינו רשאי לפטר אותם ללא סיבה מספקת אף שהמצב המשפטי הפוך לחלוטין.³⁹ אפשר להניח כי גם בישראל מדובר בטעות נפוצה. כלל משפטי שהופך את בררת המחלף יגרום שמעבידים יבקשו במפורש מהעובדים לוותר על זכותם ואגב כך יבהירו להם כי אפשר לפטר אותם מכל סיבה שהיא. ידיעת המצב המשפטי הנכון חשובה, ובזכותה עובדים יכללו את צעדיהם טוב יותר. עם זאת ברור כי מדובר בהגנה חלשה ביותר מבחינת התכליות של כלל "סיבה מספקת".⁴⁰ שנית, מחקרים מלמדים כי לבררת המחלף החוזית יש, ככלל, משקל לא מבוטל.⁴¹ אף שאפשר להניח כי מעבידים רבים ידאגו להחריג את חווי העבודה שלהם מכלל דיספוזיטיבי, יהיו מקרים שבהם בכל זאת העדיפות המובנית שקיימת לבררת מחלף חוקית תישמר. לכן לפחות חלק מהעובדים יוכלו ליהנות בכל זאת מכלל של "סיבה

- J. Hoult Verkerke, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate*, 1995 WIS. L. REV. 837, 867 (1995) 37
- על הטיית האופטימיות (בהקשר הנוכחי – המחשבה כי לא אפטר) כחלק מהכשלים ההתנהגותיים ראו דניאל כהנמן ועמיתים רציונליות, הוגנות, אושר (מבחר מאמרים) 105 (מיה בר הלל עורכת, 2005). 38
- Pauline T. Kim, *Bargaining with Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions of Legal Protection in an At-Will World*, 83 CORNELL L. REV. 105 (1997) 39
- זאת ועוד: אפשר להניח כי עובדים רבים חותמים על חוזה ההעסקה מבלי לעיין בו או מבלי להבין אותו, ולכן עדיין לא יהיו מודעים לשינוי. אולם אפשר לצמצם קושי זה במידה מסוימת באמצעות דרישות קונקרטיות בחוק בדבר אופי היידוע של העובדים על דבר השינוי. 40
- לכלל ברירת המחלף כממלא תפקיד של הוראה עונשית חוזית ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989). וראו גם איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 61–78 (1996). לאימוץ כללי בררת מחלף חוזיים בחקיקה ראו לדוגמה ס' 64 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 ואת התקנון המצוי של בעלי הדירות בבית משותף המצורף כתוספת לחוק. 41

מספקת". אולם בהקשר הספציפי של יחסי עבודה מחקרים מלמדים כי יהיה זה מיעוט קטן בלבד.⁴²

היתרון השלישי של כלל דיספוזיטיבי הוא בכך שאפשר באמצעותו לעודד ולאפשר הסדרים אשר מתאימים למקום העבודה הספציפי, להבדיל מהסדרים כלליים שנוסחו באופן גס יותר שמתאימו להתאים לכל מקום עבודה שהוא. אם נצא מנקודת הנחה שהסדר המגביל פיטורים אשר מתאים לענפי תעשייה (למשל) לא יתאים לענפים אחרים, או לפחות שקיימים מקומות עבודה חריגים שהסדר "רגיל" לא יתאים להם, אזי כלל דיספוזיטיבי יכול להשאיר את הגמישות הנדרשת כדי ליצור התאמות ולמנוע נזקים מהחלת כלל בלתי מתאים באופן כפוי. עם זאת דומה כי הצורך בהתאמה מעין זו עשוי להיות רלוונטי רק בהתייחס להליכי הפיטורים ולא לעצם הכלל המחייב סיבה מספקת (אשר אין סיבה שלא יתאים למקום עבודה מסוים, מלבד הרצון של מעבידים להימנע ממגבלה זו). וחשוב מכך, בשל פערי הכוחות בין הצדדים וכשלי הרציונליות שתוארו לעיל, שב ועולה החשש כי המעביד ינצל כל דיספוזיטיביות כדי לבטל זכויות עובדים לחלוטין.

3. הסדר "חצי קוגנטי"

פתרון מסוים לבעיה האחרונה קיים כאשר ההסדר מביטח מינימום מוגדר ומאפשר מרווח מסוים ליצירת הסדר המתאים למקום העבודה הספציפי, אך זאת (א) רק בגבולות שמתיר ההסדר, ו-(ב) תוך מתן תמריץ חיובי למעביד ליצור הסדר ייחודי כזה. הסדר מסוג זה מכונה "סעיף הפחתה" או "חצי קוגנטי".⁴³ חקיקה חצי קוגנטית קובעת הסדר בררת מחדל שמגן על העובדים אשר אפשר לסטות ממנו, אבל בתנאים מסוימים בלבד.⁴⁴ כלומר, אין תוקף לויתור מוחלט של העובד על הזכות, אולם בהינתן "ביטחונות" מסוימים החוק מכיר בהסכמה של הצדדים על הסדר חלופי. ה"ביטחונות" יכולים להיות הן פרוצדורליים (למשל: חריגה בהסכם קיבוצי בלבד, צורך באישור השר הממונה להסכם) והן מהותיים (קביעת מינימום של הגנה שאי אפשר לוותר עליו).

בהקשר הנוכחי גיא מונדלק הציע קביעת הסדר מפורט המבוסס על "סיבה מספקת" בחקיקה, אשר המעביד יוכל לחרוג ממנו אם יאמץ מנגנון פנימי להכרעה בסכסוכים במתכונת המבוססת על "מועצות המפעל" האירופיות.⁴⁵ מונדלק טוען כי השאלה אם

42 לעיל ה"ש 37.

43 מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית", לעיל ה"ש 27.

44 ראו לדוגמה ס' 5 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; ס' 13(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח-אדם, התשנ"ו-1996; ס' 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

45 מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית", לעיל ה"ש 27, בעמ' 859-864. להצעה מפורטת לאימוץ מודל של מועצות מפעל בישראל ראו פנינה אלון-שנקר "מועצות עובדים בישראל: לקראת מודל משולש לייצוג ושיתוף של עובדים" עיוני משפט ל 319 (2007).

הסיבה לפיטורים ספציפיים היא "סיבה מספקת" או לא אינה ניתנת לתשובה אחידה, והיא תלויה בהקשר של כל מקום עבודה. ראוי לעודד את הצדדים להכריע בנושא בעצמם במקום להעביר כל מקרה להכרעת בתי הדין. בזכות התמריץ למעביד להקים "מועצת מפעל" בשיתוף עם נציגי העובדים – כדי להימנע מתחולת ההסדר שנקבע בחוק כברת מחדל – תושג גם מטרה של יצירת מנגנון לשיתוף פעולה בין הצדדים ולשיפור יחסי האמון ביניהם.

הצעה זו משתלבת היטב עם המגמה העכשווית לחיפוש אחר פתרונות של "רגולציה רכה". על רקע קשיי האכיפה הניכרים של דיני העבודה חוקרים רבים מצביעים בשנים האחרונות על היתרונות שעשויים להיות לרגולציה שמבוססת על יצירת תמריצים חיוביים למעבידים, להבדיל מהרגולציה המסורתית הכופה מסוג של "command and control"⁴⁶. השאלה הגדולה היא עד כמה יש מקום לוותר למעבידים על דרישות מהותיות כדי לתמרץ אותם לשותף פעולה עם נציגי העובדים (בין שמדובר בארגון העובדים היציג או בגוף מקומי שיוקם דוגמת "מועצת מפעל") להכרעה בשאלות של פיטורים ובכלל. כמובן, בעת מתן אפשרות למעביד לחרוג מבררת המחול יש לתת את הדעת על הצורך להבטיח את הגשמת התכליות של כלל "סיבה מספקת". אפשרות שנראית לנו ראויה היא לקבוע כי קיומו של מנגנון הכרעה בסכסוכים שעומד בתנאי החוק יביא להיפוך נטל ההוכחה, כלומר בהיעדר מנגנון כזה יהיה הנטל על המעביד להוכיח את הסיבה המספקת לפיטורים. לעומת זאת כאשר קיים מנגנון כזה – כלומר שנציגי העובדים היו שותפים בצורה כזו או אחרת להכרעה בשאלת קיומה של "סיבה מספקת" – יהיה הנטל על העובד להוכיח בבית הדין כי הפיטורים לא היו מוצדקים. בהקשר זה חשוב להדגיש כי הכלל הדיספוזיטיבי אינו צריך לקפל בתוכו, לטעמנו, ויתור על עצם הדרישה לקיומה של סיבה מספקת. הכלל הדיספוזיטיבי יכול לאפשר גמישות מסוימת באשר להוכחת הסיבה המספקת ולשינוי בנטלי ההוכחה במידת הצורך, אולם אין מקום להתיר שינוי של הנורמה הבסיסית הדורשת סיבה מספקת במסגרת ההסדרים המבקשים לאמץ כלל "חצי קוגנטי".

4. חובת תום לב בפיטורים

בשנים האחרונות חלו התפתחויות רבות בפסיקה העוסקת בדיני פיטורים. למשל, נקבע איסור על פיטורי עובדים בשל פעילות ארגונית (שלאחר מכן עוגן גם בחקיקה) – ובעיקר נקבע כי אפשר לתת סעד של אכיפה במקרים כאלה;⁴⁷ נקבעה חובה להיוועץ בנציגי

46 לדין ביקורתי ראו Guy Davidov, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, 26 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUSTRIAL RELATIONS 61 (2010).

47 ראו דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996); ס' 33 ו-33יא(1) לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

העובדים בטרם ביצוע פיטורי צמצום;⁴⁸ נקבעה חובה כללית לערוך שימוע קודם לפיטורים, גם במגזר הפרטי.⁴⁹ התפתחויות אלה עוגנו, במידה כזו או אחרת, דרך ה"שסתום" של החובה החוזית לנהוג בתום לב.⁵⁰

השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין היא היחידה שהביעה בפסיקה עמדה שלפיה מחובת תום הלב צריך לנבוע כלל האוסר על פיטורים ללא סיבה מספקת.⁵¹ שאר השופטים בבית הדין הארצי לעבודה לא הביעו תמיכה בכך.⁵² עם זאת המגבלות שיצרה הפסיקה קובעות למעשה רשימה של "סיבות רעות" אסורות לפיטורים. ויתרה מכך: הדרישה לבצע שימוע כורכת בחובה גם דרישה להודיע לעובד מהי סיבת הפיטורים כדי שיוכל להתגונן ולהכין טענותיו כנדרש. על כן אף על פי שאין כלל האוסר על המעביד לפטר ללא "סיבה מספקת", עצם הצורך לפרט סיבה בפני העובד מחייב את המעביד לספק הצדקה כלשהי לפיטורים. הנה כי כן, דיני השימוע, אשר יוצרים לכאורה כלל פרוצדורלי בלבד, משמשים במשפט העבודה הישראלי מחזקי הביטחון התעסוקתי המהותי. אפשר להניח כי הלכה למעשה נשללה מהמעביד האפשרות לפטר עובדים בשל "סיבות רעות" או באופן שרירותי ללא סיבה כלל – גם אם נותר לו שיקול דעת רחב מאוד להחליט איזו סיבה מצדיקה את הפיטורים.⁵³

לשון אחר: אפשר לומר כי בפסיקה הישראלית פותח הסדר ביניים שלפיו אמנם אין איסור על פיטורים ללא סיבה מספקת, אבל חל איסור על פיטורים בחוסר תום לב. איסור

48 עניין לוי, לעיל ה"ש 1.

49 ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 29.12.2002); ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח (2003) 459, 448.

50 על התפתחויות מקבילות במדינות אחרות ראו גיליון נושא של כתב העת 32 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (Spring 2011) המוקדש לסוגיית תום הלב ביחסי העבודה האישיים.

51 ע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו(1) 494, 481 (2001); ע"ע (ארצי) 357/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ – גיאבר, פד"ע לה(1) 245, 256 (2000). להצעה ברוח זו ראו גם יצחק לובוצקי ודוד א' פרנקל "בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן 'המהפכה החוקתית' משפט ועסקים ג 161 (2005).

52 אמנם קיימות אמירות בפסיקה שמהן אפשר להבין כאילו מחובת תום הלב נובעת החובה להימנע מפיטורים ללא סיבה מספקת (ראו למשל דב"ע (ארצי) מח/ 19-3 בוקובה – ביטא הנדסה ופיתוח בע"מ, פד"ע יט 390, 388 (1988)), אולם דומה כי אמירות אלה נעשו כלאחר יד, ואין בהן כדי לשנות את הכלל הוותיק שמתיר פיטורים מכל סיבה.

53 שרון רבין-מרגליות טוענת כי הלכה למעשה ההגנה שהתפתחה היא פרוצדורלית בלבד; ראו Sharon Rabin-Margalioth, *Regulating Individual Employment Contracts Through Good Faith Duties*, 32 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 663 (2011). אולם גם אם בפועל מסתמנת, בשלב זה, חוסר נכונות של השופטים לבחון את נימוקי הפיטורים לגופם, זוהי בהחלט אופציה אפשרית לאור הפסיקה עד כה.

זה יוצר לכאורה מגבלה ניכרת על פיטורים שרירותיים או מסיבות "רעות". יתרונו של מודל זה בכך שלשופטים מוקנה שיקול דעת רחב, אשר מאפשר להם לשקול כל מקרה לפי נסיבותיו, למנוע פיטורים שאינם מוצדקים ולאפשר פיטורים מוצדקים. עם זאת מכאן גם נובעים החסרונות של הסדר כזה: ראשית, אין כל מנגנון להכרעה בסכסוכים לבד מפנייה לבית הדין, שכרוכה בעלויות ניכרות ודורשת זמן רב, והנטל על העובד ליוזם פנייה כזו. שנית, בהליך עצמו הנטל הוא על העובד להוכיח כי הפיטורים אכן נעשו בחוסר תום לב, וזהו נטל כבד ביותר. שלישית, מאחר שמדובר ב"סטנדרט" עמום אשר תוכנו מגובש ממקרה למקרה, ואין כללים ברורים באשר למותר והאסור, עמימות זו תפעל לטובת המעביד. מלבד כל המשוכות הרגילות שמקשות על תביעה של עובדים למימוש זכויותיהם (חוסר בידע, חוסר במשאבים, חשש מהתנכלות או מוניטין שלילי),⁵⁴ כאן מצטרף גם הסיכון הנובע מחוסר הבהירות באשר לסיכויי התביעה – אשר נובע מהשימוש ב"סטנדרט" פתוח מעין זה.

5. "מוצדק ויעיל" – מנגנון מהיר ויעיל לפיטורים מסיבה מספקת

חלופה חמישית שאפשר לראות בה פתרון ביניים מתבססת על הבחנה חדה בין הכלל המהותי להליך שצמוד לו לשם יישומו. הניתוח בפרק א לעיל לימד כי חסרונות ה"קביעות" מצויים בעיקר בקיומו של הליך מסורבל, אשר יכול לעכב מאוד פיטורים מוצדקים או אף למנעם, והוא כרוך בעלויות. לעומת זאת עצם הצורך להימנע מפיטורים בהיעדר "סיבה מספקת" אינו יוצר נטל מכביד במיוחד ואינו פוגע ביעילות – לפחות בהתחשב בהנחה המקובלת הכוללת טווח רחב של סיבות כ"מספקות" לצורך זה, וכן פטור למעבידים קטנים במיוחד. על רקע זה פתרון ביניים המתבקש בטווח שבין Employment at Will מחד (אין כלל מהותי ואין הליך מסורבל) לבין ה"קביעות" המוכרת מאידך (יש כלל מהותי ויש הליך מסורבל), הוא שילוב של קיום כלל מהותי עם הליך שאינו מסורבל.

הרעיון הוא אפוא ליצור כלל מהותי שמבטיח הגנה לעובדים נגד פיטורים ללא סיבה מספקת, ובאותה עת כלל פרוצדורלי שיאפשר פיטורים במהירות ובקלות כאשר יש הצדקה לכך.⁵⁵ יתרונו של גישה זו בכך שלעובדים אין מוקנית הגנה אוטומטית מפני פיטורים – עליהם להוכיח את עצמם באופן שוטף, והמעביד אינו כבול לעובדים גרועים שאינם מתפקדים, אולם באותה עת העובדים יכולים לדעת שאי אפשר לפטר אותם באופן

⁵⁴ לבעיות אלה ראו באופן כללי William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc'y. Rev. 631 (1980). וראו בהקשר של דיני העבודה הישראליים: Guy Davidov, *Enforcement Problems in 'Informal' Labor Markets: A View from Israel*, 27 COMP. LAB. L. & POL'Y. J. 3 (2006).

⁵⁵ ראו Davidov, *Defense*, לעיל ה"ש 21.

שרירותי או לא ענייני אלא על סמך שיקולים לגיטימיים בלבד. ברם כדי שיושג יתרון זה אכן צריך להיות בנמצא הליך שהוא גם מהיר ויעיל וגם מקנה הגנה ממשית לעובדים. אם ההליך יכביד מדי על המעביד, ישובו ויעלו החסרונות של ה"קביעות" החזקה, ואם ההליך יאפשר פיטורים בקלות רבה מדי, העובדים יישארו רק עם האפשרות לפנות לבית הדין כדי שישלול את קיומה של סיבה מספקת, דבר שכאמור אינו מקנה הגנה מספקת. הצלחתו של מודל זה, שנכנה אותו כאן לצורך הנוחות "מוצדק ויעיל", תלויה אפוא לחלוטין בפרטי ההליך, והשאלה היא באיזו מידה רעיון זה ישים ואפשרי, וכיצד (אם בכלל) אפשר להגיע באמצעותו לאיזון הראוי. בפרק הבא נבחן התפתחויות "בשטח" בתחום זה, אשר אפשר לראות בהן יישומים של מודל ביניים זה.

6. הערכת הסדרי הביניים למול התכליות

עמדנו על חמישה הסדרי ביניים אפשריים והתייחסנו ליתרונות ולחסרונות של כל אחד מהם. לסיכומו של הפרק אנחנו מבקשים לבחון אותם זה מול זה, במשקפיים של שני פרמטרים מרכזיים, אשר לכל אחד מהם גם מרכיבים משניים. ראשית, באיזו מידה משיג כל הסדר ביניים את התכלית של הקניית ביטחון לעובדים מפני פיטורים ללא סיבה מספקת (כלומר פיטורים שרירותיים או מסיבות "רעות")? כדי להגיע למסקנות בעניין זה צריך לבדוק גם באיזו מידה קיימת ביקורת של גורם חיצוני על החלטת פיטורים של המעביד; באיזו מידה קיימת אפשרות מעשית לעובד לתקוף את ההחלטה בפני גורם חיצוני (ולעניין זה יש לבדוק אם קיים מנגנון פנימי ליישוב סכסוכים, או שמא העובד צריך לפנות לבית הדין לעבודה, וכן באיזו מידה מבטיח ההסדר מודעות של העובדים לזכויותיהם); מהי הסבירות שעובד יצליח למנוע באתו הליך פיטורים לא מוצדקים (לעניין זה יש לבדוק אם קיימים כללים ברורים שהעובד יכול לתקוף את הפרתם, וכן אם המעביד צריך להוכיח סיבה מספקת או העובד צריך להוכיח היעדרה). שנית, באיזו מידה מצליח כל הסדר למזער את החסרונות של פגיעה ביעילות ובאוטונומיה של המעביד. לעניין זה יש צורך לבדוק גם באיזו מידה של קלות יכול המעביד לפטר עובד כאשר יש סיבה מספקת לכך, ואם קיימת אפשרות להתאים את ההסדר לצרכיו של מקום העבודה הספציפי.

המודל הראשון שבחנו (Flexicurity) מסייע בהשגת מטרת-העל של הבטחת כבוד האדם, על ידי סיוע בהבטחת הכנסה חלופית וכן מציאת עבודה חלופית. אולם הוא אינו משיג כלל את המטרה של הקניית ביטחון לעובדים מפני פיטורים. אמנם אין בו כל פגיעה ביעילות או באוטונומיה של המעביד, אבל ברור כי הוא איננו יכול להיות פתרון ביניים ראוי על יסוד המטרות שהוגדרו. גם המודלים השני והרביעי שנבחנו – הסדר דיספוזיטיבי ואיסור על פיטורים בחוסר תום לב – אינם מספקים בעליל. אשר לדיספוזיטיביות קיימת הנחה סבירה כי רוב מכריע של העובדים לא ייהנה מכל הגנה מפני פיטורים אם יאומץ הסדר כזה, וממילא לא תושג במידה מספקת התכלית של השגת

ביטחון לעובדים (גם אם העובדים יהיו מודעים טוב יותר לזכויותיהם). אשר לתום לב, מאחר שהסדר זה איננו מציע מנגנון ליישוב סכסוכים מלבד פנייה לבית הדין, הקושי העומד בפני מימוש זכויות רב. כמו כן מאחר שמדובר בסטנדרט מעורפל מדי, ונטל ההוכחה מוטל על העובד, ההסתברות כי גם במקרה של פנייה לבית הדין לא יצליח העובד למנוע פיטורים לא מוצדקים – גבוהה. גם המעבידים מצדם צפויים להצר על הפגיעה ביעילות בגלל חוסר הוודאות המשפטית, המובנית בסטנדרט פתוח מסוג של "תום לב".

נותרנו עם המודלים השלישי והחמישי: הסדר "חצי קוגנטי" והסדר "מוצדק ויעיל". בשני המקרים ראינו כי קיים פוטנציאל לאיזון ראוי. אשר להסדר "חצי קוגנטי", אם אפשר לחרוג מהכלל של סיבה מספקת, קשה לראות כיצד תושג במידה מספקת התכלית של הקניית ביטחון לעובדים. במקרה כזה דומה כי ההסדר "יקריב" את המטרות הישירות לטובת מטרות עקיפות, שחיצוניות להקשר הספציפי (כמו עידוד התארגנות עובדים ושיתוף פעולה בין מעבידים לארגוני עובדים באופן כללי). לעומת זאת אם נתבסס על ההנחה כי ההסדר ידרוש כלל מהותי של סיבה מספקת כמינימום שאי אפשר לחרוג ממנו, כאשר הפתח לגמישות "חצי קוגנטי" יתייחס להליך בלבד, אזי ברורים מאליהם קווי הדמיון בין מודל זה לבין המודל של "מוצדק ויעיל". השוני הוא בכך שהמודל האחרון מבקש לקבוע את פרטי ההליך (פרטים שטרם נגענו בהם), ואילו מודל "חצי קוגנטי" מבקש להשאיר לצדדים את המלאכה, אם במישור הקיבוצי הפורמלי (בהסכם קיבוצי) ואם בדרך חלופית, שתבטיח שיתוף נציגי העובדים הן בקביעת ההליך והן ביישומו, והתמריץ למעביד להסכמה להסדרים כאלה מוקנה בדרך של היפוך נטל ההוכחה (למשל).

שני המודלים יכולים בהחלט להתיישב זה עם זה ולהתאחד למודל אחד. נחזור לאפשרות זו בסיכום המאמר. אולם תחילה נבחן אותם במשקפי הפרמטרים שפורטו לעיל: שניהם עשויים להבטיח מידה גבוהה יחסית של ביטחון לעובדים, במיוחד אם יהיה קיים כחלק מההסדר מנגנון פנימי שיאפשר תקיפה של פיטורים בהליך זול ומהיר יותר מאשר פנייה לבית הדין לעבודה (או לפחות יאפשר ביקורת ראשונית לפני פנייה כזו). כמו כן ככל שההסדר יכלול כללים פרוצדורליים ברורים שיגבירו ודאות לשני הצדדים, תהיה בכך גם תרומה לאפשרות המעשית לתקוף פיטורים לא מוצדקים וגם צמצום של הפגיעה ביעילות. עם זאת אף על פי שהפוטנציאל קיים, אי אפשר להעריך בכנות הסדרים אלה מבלי לבחון בדקדקנות את פרטיהם. במודל ה"חצי קוגנטי" השאלה הגדולה היא אפוא מהם הגבולות המדויקים שבתוכם יינתן חופש לצדדים לקבוע את ההליך המתאים להם (ומה בדיוק תהיה הגדרת ה"צדדים"), ובמודל ה"מוצדק ויעיל" שאלת המפתח היא מה בדיוק יהיו ההליכים לפיטורים, ואם אמנם הם יהיו גם מהירים ולא מכבידים למעביד וגם (באותה עת) יותירו לעובדים אפשרות מעשית לממש את זכותם שלא להיות מפורטים ללא סיבה מספקת.

הפרק הבא מבקש להשלים חסר זה באמצעות בחינה של כמה הסדרים פרטניים אשר גובשו בשנים האחרונות בשדה העבודה הישראלי וטרם זכו להתייחסות מחקרית. הוא מוקדש לסקירה של התפתחויות אלה ולדיון בהן. בסיכומו של הפרק נשוב ונבחן אם יש בהסדרים החדשים כדי להשיג את האיזון האופטימלי.

ג. התפתחויות חדשות – השינוי בהגנה הפרוצדורלית

בשנת 2005 נחתם הסכם קיבוצי בין ההסתדרות הכללית לבין החברה הלאומית לדרכים, חברה ממשלתית שהוקמה כדי להחליף את מע"צ (שהייתה יחידת סמך במשרד התחבורה).⁵⁶ במסגרת השינוי המבני הפכה החברה מגוף מבצע לגוף מפקח ומנהל בלבד, שבו מספר עובדים מצומצם בהרבה. המדינה ביקשה לנצל את ההזדמנות כדי לעבור למתכונת העסקה יעילה יותר, ללא הקביעות הנוקשה של שירות המדינה.⁵⁷ לאחר משא ומתן ממושך סוכם על מבנה חדשני שאוסר על פיטורים ללא סיבה מספקת אך תוך שינויים דרמטיים באופי ההגנה הפרוצדורלית.

הסכם זה לא היה מתאפשר לולא חלו שינויים בתפיסות אצל ראשי ההסתדרות הכללית, אשר מגלים כיום נכונות רבה לגמישות בהסדרי הביטחון התעסוקתי. ראיונות שערכנו עם בכירי ההסתדרות העלו כי קיימת אצלם הבנה רבה לקשיים שמעוררת "קביעות" נוקשה מדי ונכונות להסכים לפתרונות ביניים – אם כי תוך עמידה על כך שכל ויתור בתחום זה יזכה לתמורה בתחומים אחרים.⁵⁸

על רקע זה אין זה מפתיע כי הסכם החברה הלאומית לדרכים לא נותר בגדר חריג יוצא דופן אלא סימן את הדרך להתפתחויות נוספות. למשל, בשנת 2008 תוקן חוק שירות המדינה (מינויים) באופן שהקל הקלה ניכרת את הפרוצדורה לפיטורים בשירות המדינה, ללא התנגדות גדולה מצד ההסתדרות.⁵⁹ גם ארגוני המורים הסכימו לשינוי בהליכי הפיטורים של מורים בלתי מתאימים כחלק מהרפורמות "אופק חדש" ו"עוז לתמורה". ולבסוף, גם במגזר הפרטי נחתמו בשלוש השנים האחרונות כמה הסכמים קיבוציים שיוצרים רמות שונות של ביטחון תעסוקתי, שכולן חלשות בהרבה

56 ההסכם נגיש דרך אתר הסתדרות המהנדסים בישראל: www.engineers.org.il/_Uploads/1169heskemmaaaz070705.pdf.

57 כפי שיפורט להלן, נראה כי מדובר בתפיסת הכלל המשפטי יותר מאשר בכלל המשפטי הפורמלי עצמו.

58 ריאיון עם מר יצחק רוז, יו"ר הסתדרות המהנדסים בישראל ויו"ר הוועדה לשינוי מבני העסקה במשק (20.7.2010), וריאיון עם עו"ד שי תקן, היועץ המשפטי לאגף לאיגוד מקצועי בהסתדרות העובדים הכללית החדשה, דאז (15.4.2010).

59 אף שהועלתה התנגדות מצד הסתדרות עובדי המדינה, הנושא לא זכה לתשומת לב רבה ולא נכלל במסגרת עסקת החבילה שנחתמה בין ההסתדרות הכללית לבין הממשלה באותה תקופה.

מה"קביעות" המסורתית. בשלב זה התקבלו ההסכמים החדשים רק בנסיבות שבהן היה לחץ מיוחד על ההסתדרות להסכים לכך, אם בשל הפרטה (כמו במקרה של החברה הלאומית לדרכים), אם במסגרת רפורמה כוללת שלווה בהטבות רבות (כמו בהסכמים עם המורים), או במקרים של התארגנות ראשונית, כאשר מעבידים סירבו לחתום על הסכם קיבוצי ראשון שיגביל יתר על המידה את הפררוגטיבה הניהולית שלהם בפיטורים. אולם אפשר להניח כי המעבר להסדרים מהסוג החדש רק ילך ויתרחב. נסקור את ההסדרים לפי סדרם. לאחר מכן ננסה להעריך אם יש בהם משום בשורה במסגרת החיפוש אחר הסדר פרטני שימלא אחר הדרישות של המודל שפרסנו בשלהי הפרק הקודם.

1. החברה הלאומית לדרכים

ההסכם הקיבוצי משנת 2005 כולל הוראות מפורטות בדבר חוות דעת תקופתיות שיש להכין על אודות כל עובד, עם הסדרים מפורטים שבאים לוודא את תקינות ההליך. הממונה הישיר צריך לערוך מדי שישה חודשים חוות דעת כזו, במועדים קבועים. לעובד ניתנת הזדמנות להגיב על חוות הדעת, והחברה צריכה לשקול את טיעונו, ובמידת הצורך – לתקן את חוות הדעת.⁶⁰

חוות הדעת מהוות בסיס, לפי ההסכם, הן לתשלום תוספות לעובדים מצטיינים מחד גיסא והן לפיטורי עובדים בשל אי-התאמה מאידך גיסא. החברה רשאית לפתוח בהליך פיטורים רק לגבי עובד אשר קיבל "במשך שנתיים, לפחות שתי חוות דעת שהצביעו על נקודות מהותיות הטעונות שיפור, במישור המקצועי או האישי, אשר לא תוקנו על ידו לשיעור רצון הממונה".⁶¹ במקרה כזה נפתח הליך שכלליו מפורטים בהסכם: הודעה מנומקת על הכוונה לפטר מועברת לעובד וכך לבד לזוועד העובדים; העובד רשאי להגיב בתוך 14 יום (בעצמו או באמצעות הזוועד); שימוע מתקיים שבעה ימים לפחות לאחר מכן; אחריו תקבל החברה החלטה סופית, ואם החליטה לפטר תיתן הודעה מוקדמת מאותו הזוועד.⁶²

אם כן, ההסכם שומר על כלל מהותי שלפיו נדרשת סיבה מספקת לפיטורים. בה בעת במישור הפרוצדורלי ניכר שינוי דרמטי ביחס למודל שהיה מקובל עד לאותה עת בהסכמים קיבוציים. ההסכם החדש מקנה לחברה המעבידה סמכות חד-צדדית לפטר עובדים לא מתאימים, מבלי להידרש להסכמה של ארגון העובדים ואפילו ללא חובת

60 ס' 21–26 להסכם, לעיל ה"ש 56.

61 ס' 137 להסכם, שם. באופן כללי אפשר לזהות כאן ייבוא של שיטות ניהול מהסקטור הפרטי, הקושרות במישרין בין ביצועים לבין תגמול וכן ביטחון תעסוקתי.

62 שם.

היוועצות עם הוועד.⁶³ זאת בכפוף לקיום פרוצדורות נוקשות למדי אשר אמורות להבטיח לעובדים כי לא יפוטרו אלא על סמך הצטרות נתונים אובייקטיביים (יחסית) באשר לתפקודם. כך ניתנת להם הזדמנות לערער ובכך ליוזם בדיקה של חוות הדעת על ידי גורם אחר נוסף על הממונה הישיר, וכן ניתנת להם הזדמנות לתקן את תפקודם לאחר חוות דעת שלילית בטרם ייחשפו לסיכון של פיטורים (שאפשרי רק לאחר שתי חוות דעת חצי-שנתיות שליליות).

ביקשנו לבדוק באיזו מידה מגשים ההסכם את האינטרסים של שני הצדדים. לשם כך קיימנו ראיונות עם מנהלת אגף משאבי אנוש בחברה ועם בכירים בהסתדרות הכללית שהיו מעורבים הן בגיבוש ההסכם והן ביישומו (יו"ר הסתדרות המהנדסים ויו"ר האגף לאיגוד מקצועי).⁶⁴ שני הצדדים הביעו שביעות רצון גבוהה מההסכם ומאופן ביצועו, אם כי עמדת ההסתדרות אינה מעידה בהכרח על תחושותיהם של העובדים עצמם.⁶⁵ מכל מקום, עמדות הצדדים שהיו שותפים להסכם, אף שהן מעניינות, אינן מדד מספיק כמובן להכרעה בשאלה אם מדובר באיזון ראוי.

סקירת הפסיקה העלתה כי עד כה הגיעו לבתי הדין האזוריים לעבודה רק שלוש תביעות של עובדים שפוטרו מהחברה.⁶⁶ כל המקרים עסקו בעובדים שעבדו בחברה עוד קודם לשינוי המבני בשנת 2005. בכל שלושת המקרים בחן בית הדין את תקינות ההליך בלבד, ומשנמצא כי החברה פעלה על פי הפרוצדורות הקבועות בהסכם הקיבוצי, סירב להתערב, ולמעשה סירב לבחון את החלטת הפיטורים לגופה.

דומה כי קיימות שתי דרכים מנוגדות זו לזו לפירוש המציאות החדשה בחברה הלאומית לדרכים מבחינת הביטחון התעסוקתי. תיאור חיובי יאמר כי ההסכם מונע בצורה טובה פיטורים ללא סיבה מספקת, שכן הוא מבטיח את הכלל המהותי ויוצר פרוצדורות שימנעו פיטורים מהירים ולא ענייניים על יסוד גחמה כלשהי של ממונה

63 ויובהר: זכות שימוע לעובד, שבה יש לו אפשרות להיות מיוצג על ידי הוועד, חשובה אבל מתבצעת לאחר שכבר התקבלה החלטה עקרונית בדבר הפיטורים. לעומת זאת כאשר קיימת חובת היוועצות עם הוועד, ניתנת לנציגות העובדים אפשרות לסכל את ההחלטה בשלב מוקדם יותר. זאת ועוד, כאשר קיימת חובת היוועצות, כל מקרה של החלטה בניגוד לעמדת הוועד עשוי להיתפס כפגיעה ביחסים בין הצדדים ברמה הקיבוצית, והמעביד צריך להפעיל זהירות רבה יותר, או לשאת במחיר של פגיעה כזו.

64 ריאיון עם הגב' סיגל ראובן בלון, מנהלת אגף משאבי אנוש בחברת החברה הלאומית לדרכים (2.2.2010). וראו לעיל ה"ש 58.

65 ביקשנו לראיין גם את יו"ר הוועד המקומי בחברה, אך ללא הצלחה. כמו כן הכנו שאלון אשר ביקשנו להפיץ לעובדים, אך לצערנו לא הצלחנו להגיע אליהם.

66 עב' (אזורי נצ') 1023/10 סויפר – מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל (פורסם בנבו, 26.6.2011); תע"א (אזורי חי') 2993/07 לב – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2010); ס"ע (אזורי חי') 20517-09-09 שוחט – מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.11.2009).

ישר. בה בעת למעביד יש אפשרות מעשית להביא לידי פיטורי עובדים לא מתאימים. אף שההליך אינו קצר, הוא מבטיח למעביד את הפיטורים במידה רבה של ודאות. אפשר לומר כי ההליך החדש הופך, בשביל המעביד, את הסטנדרט הפתוח-יחסית של איסור פיטורים ללא סיבה מספקת לכלל קונקרטי וודאי יותר, שלפיו יכול המעביד לכלכל צעדיו ולדעת מתי בדיוק מותר לפטר עובד וכיצד.

מכיוון אחר, ביקורתי, אפשר לומר כי ההסכם אמנם מאט את תהליך הפיטורים, אבל הוא איננו מספק כל הגנה ממשית לעובדים. לפי גישה זו, הפרוצדורה מחליפה את המהות; אין החברה נדרשת אלא לעבוד עם ייעוץ משפטי צמוד ולעקוב בקפדנות אחר הפרוצדורות. אם עשתה כן, אין שום ביקורת על עצם ההחלטה, וממילא אין הגנה מפני פיטורים לא ענייניים.

אנו סבורים כי יש גרעין של אמת בשני התיאורים. להסכם החדש יתרונות רבים: הוא עשוי לגרום לביקורת אמתית על הממונה הישיר בחברה (על ידי הממונים עליו או על ידי מחלקת משאבי אנוש) שתמנע ממנו לפטר באופן שרירותי. מנגד קיימת אפשרות סבירה שהממונה יזכה לגיבוי אוטומטי מצד החברה, וההליך כולו לא יהיה אלא מתן גושפנקה להחלטתו, ללא ביקורת אמתית. כדי לוודא קיומה של הגנה אמתית לעובדים על בתי הדין לעבודה לפתח כלים לביצוע ביקורת שיפוטית מתאימה להסכמים מעין אלה. למשל, ראוי לשמוע את עדותם של גורמי הביקורת בתוך החברה כדי להתרשם מהמידה שבה נעשה הליך אמתית של ביקורת פנימית. לעניין זה אין להסתפק במסמכים שנוסחו על ידי עורכי דין. יש להתרשם באופן בלתי אמצעי מהגורמים המעורבים עצמם. גם אין להסתפק בהוכחות בדבר עמידה בהליכים בלבד. יש לבחון באיזו מידה ניתנה לעובד הזדמנות אמתית להעלות טענותיו בפני גורם שאינו הממונה הישיר, ובאיזו מידה ניתנה לו הזדמנות אמתית להשתפר. רק כאשר בית הדין מתרשם מכנותם ומרצינותם של ההליכים שנועדו להבטיח את זכויותיו של העובד, יש הצדקה להימנע מבחינה של שאלת ההצדקה לפיטורים לגופה.

הנחת המוצא שלנו הייתה כי למעביד צריכה להיות אפשרות לפטר עובדים בלתי מתאימים מהר ויעיל ככל האפשר. כמו כן ברור כי המעביד זקוק למידה גבוהה של ודאות – ידיעה כי בעמידה בתנאים מסוימים הפיטורים יהיו תקפים וסופיים. על כן המודל הבסיסי שלפיו אם יעמוד בכללים פרוצדורליים מסוימים יוכל המעביד לפטר לפי שיקול דעתו, נראה לנו ראוי. כמו כן הגישה הבסיסית של בתי הדין, אשר יצרו מעין "חזקת תקינות" לפעולת המעביד, אם יוקפדו הפרוצדורות הנדרשות, נראית הגיונית. החשש שהבענו לעיל הוא כי הפרוצדורה תחליף את ההגנה המהותית. לכן חשוב כי בית הדין יסכים להיכנס לעובי הקורה ולבחון אם אמנם ניתנה לעובד הזדמנות מספקת להשתפר, ואם אמנם בוצעה ביקורת אמתית של גורמים נוספים אצל המעביד (מעבר לממונה הישיר) באשר להצדקה לפיטורים. במקרה של עמידה בדרישות הפרוצדורליות, הנטל צריך להיות על העובד להוכיח כי למעשה לא הייתה הצדקה ("סיבה מספקת") לפיטורים. אולם חשוב שבית הדין ייתן לו אפשרות מעשית להוכיח זאת.

2. חוק שירות המדינה (מינויים)

שינוי בעל השלכות רחבות בהרבה, אבל בעל קווי דמיון להסכם הקודם, אפשר לאתר בתיקון משנת 2008 לחוק שירות המדינה (מינויים). מפתיע לגלות כי ה"קביעות" המפורסמת של עובדי המדינה אינה מעוגנת מבחינה משפטית כקביעות נוקשה. סמכותה של המדינה לפטר עובדים מעוגנת עד היום בחקיקה מנדטורית, שבה נקבע כי "הממשלה רשאית, כשתראה סיבה מספקת לכך, לפטר כל אדם המכהן במשרה ציבורית בישראל"⁶⁷. אין חקיקה שמקנה הגנה פרוצדורלית לעובדי המדינה בהקשר של פיטורי אי-התאמה (מעבר להגדרת בעל הסמכות לפטר ואפשרות ערר כפי שיפורט להלן), ומתברר במפתיע שגם בהסכמים קיבוציים לא עוגנה הגנה כזו. תקנון השירות של עובדי המדינה (התקשי"ר) אמנם קובע כי פיטורי עובד קבוע בשל אי-התאמה "טעונים משא ומתן מוקדם עם ועד העובדים"⁶⁸, אולם משתמע כי הכוונה היא לחובת היוועצות בלבד. לא נקבע בתקשי"ר או במקור אחר מנגנון המחייב קבלת הסכמה מארגון העובדים לפיטורים ואף לא מנגנון שמחייב העברת מחלוקת לוועדה פריטטית או לבוררות.⁶⁹

67 סימן 15 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947 (ההדגשה הוספה – ג"ד וע"ע). יש לציין כי פסיקה ישנה מרמזת על נכונות מועטה של בית המשפט להתערב בשיקולי הפיטורים: "[...] הסיבה המספקת בסימן 15 היא הסיבה הנראית לשר המפטר כמספקת [...] אין אנו יכולים, אפוא, למוד את הסיבה המספקת לפי מבחן שלנו, או אפילו לפי מבחן אובייקטיבי" (בג"ץ 27/51 כהן נ' שר החקלאות, פ"ד ז 1085, 1091 (1953); אושרר בעניין צרי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 381). אולם כידוע גישה מצמצמת זו להתערבות בשיקול הדעת המינהלי אינה מקובלת עוד. זאת ועוד, על אף הרטוריקה המצמצמת, הלכה למעשה גם בפסקי הדין הישנים בחן בית המשפט את שיקולי הפיטורים לגופם (לדוגמה בולטת ראו בג"ץ 76/55 כץ-שמואלי נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ט 1839 (1955)).

68 ראו תקנון שירות המדינה, ס' 82.237, [147.237.72.225/doc/nasham/nashamprod.nsf](https://www.nashamprod.nsf/doc/nasham/nashamprod.nsf).

69 למיטב בדיקתנו, וכפי שעלה גם מריאיון עם עו"ד רון דול, היועץ המשפטי של נציבות שירות המדינה (11.3.2010), החריג היחיד שבו ניתנה הגנה פרוצדורלית חזקה בשירות המדינה מצוי בהסכמים הקיבוציים הנוגעים למורים (פיטורים פדגוגיים). גם הגנה זו הוחלפה לאחרונה במודל חדש שמקנה גמישות רבה יותר למעסיק – ראו להלן. והשוו להגנה שהוקנתה לעובדי המדינה במקרה של פיטורי צמצום, שם קיים מנגנון שלפיו בהיעדר הסכמה עם ועד העובדים מועברת ההחלטה לוועדה פריטטית ולבוררות (פרק 82.27 לתקנון שירות המדינה, לעיל ה"ש 68). גם בפיטורים בשל הפרת משמעת קיימת הגנה פרוצדורלית חזקה: אי אפשר לפטר עובד מדינה בעילה זו אלא על סמך פסק דין של בית הדין למשמעת (ס' 68 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג–1963; וראו דב"ע (ארצי) 3-93/לז מדינת ישראל – חנוכי, פד"ע ט(1) 14 (1977)). השוו גם להגנה שממנה נהנים עובדי הרשויות המקומיות, גם בהקשר של פיטורי אי-התאמה: "פיטורי עובדים, חוץ מעובדים בתקופת נסיונם, ייעשו רק מסיבה מספקת ותוך הסכמה הדדית בין הרשות ובין ועד העובדים או מרכז הסתדרות הפקידים ובאין הסכמה עוברת ההכרעה לבוררות מוסכמת [...] (ס' 70 לחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות). למען שלמות התמונה יש לציין כי סעיף 82.237(ג) לתקנון שירות המדינה מציין בסוגריים כי "על חילוקי דעות דובר פיטורי עובד הכלול ברשימת כוח אדם עורף ראה פסקה 11.337", ואילו סעיף אחרון זה קובע מנגנון של ועדה פריטטית

אמנם ככל החלטה אחרת של גורם ממשלתי החלטה בדבר פיטורי עובד כפופה לכללי המשפט המינהלי.⁷⁰ הביקורת השיפוטית על פיטורי עובדי מדינה, אשר מתבססת על כללים אלה (חובת קיום שימוע, איסור על ניגוד עניינים וכולי) מקנה הגנה פרוצדורלית מסוימת. אך הגנה זו אינה בת-השוואה לזו שמוקנית על ידי פרוצדורה שמחייבת הסכמה של נציגות העובדים לשאלת קיומה של סיבה מספקת לפיטורים והעברה לבוררות במקרה של אי-הסכמה. כלומר, בניגוד לתפיסה המקובלת, אשר מניחה כי לעובדים בשירות המדינה יש "קביעות" נוקשה ביותר מבחינה משפטית, למעשה ההגנה לה זכאים עובדים אלה אינה כה חזקה. מבחינה משפטית, אפשר לפטר עובדי מדינה בלתי מתאימים בקלות יחסית.

מהי אפוא הסיבה להימנעות הכמעט-גורפת של מנהלים בשירות המדינה מפיטורי עובדים, שמקנה לעובדים אלה בפועל – גם אם לא באופן משפטי-פורמלי – קביעות יציבה? דומה כי לכך שתי סיבות מצטברות: האחת נעוצה בתרבות הניהולית-ארגונית המקובלת בשירות הציבורי בישראל. מנהלים חוששים להתעמת עם ועד העובדים, חוששים ליצור התנגדות בקרב העובדים, וכנראה גם אין להם תמריץ חזק מספיק להתייעל. כמו כן נראה כי הם מסתמכים על תפיסות מוטעות בכל הנוגע לקיומה של "קביעות" משפטית חזקה.⁷¹ הסיבה השנייה קשורה, כפי הנראה, בביורוקרטיה הפנים-ממשלתית. הסמכות לפטר נתונה כאמור בידי "הממשלה". סמכות זו הואצלה בשנת 1984 למנהלים הכלליים של משרדי הממשלה.⁷² כלומר שהסמכות הייתה מצויה (עד לתיקון משנת

וברורות במקרה של אי-הסכמה עם ועד העובדים בעניין פיטורי עובד ששמו כלול ברשימה זו. מסעיף 11.332 עולה כי עובדים "העומדים בפני פיטורים" נחשבים לכוח אדם עודף וחל עליהם ההליך הנ"ל. לכאורה אפשר לטעון כי סעיף זה חל גם על פיטורי אי-התאמה (וראו עב' (אזורי ב"ש) 1470/03 חורש – לשכת התעסוקה סניף באר שבע (פורסם בנבו, 17.1.2005)). אולם ספק רב אם כוונת התקשי"ר הייתה לחייב בעקיפין בדרך זו הליך יישוב חילוקי דעות בפיטורי אי-התאמה. ואכן, מפסיקת בית הדין הארצי משתמע כי משמעות החובה שבסעיף 82.237 היא היוועצות בלבד (ראו בר"ע (ארצי) 164/99 סגל – רשות העתיקות, פד"ע לד 222, 236 (1999)).

70 ראו באופן כללי מנחם גולדברג "פסיקת בית הדין לעבודה על פי עקרונות המשפט המינהלי" ספר לנדוי כרך שני 699 (אהרן ברק ואלינוער מזוז עורכים, 1995).

71 דומה כי זוהי דוגמה נוספת לפער שבין הכלל המשפטי לתפיסת המציאות המשפטית על ידי הצדדים, בדומה לפער שזוהה על ידי Kim, לעיל ה"ש 39. שם דובר בתפיסה מוטעית של העובדים את קיומו של ביטחון תעסוקתי, ואילו כאן מדובר בתפיסה מוטעית של המנהלים. בשני המקרים לתפיסת המציאות המשפטית על ידי הצדדים השפעה רבה על הפרקטיקה הנוהגת.

72 ביום 13.3.1951 פרסמה הממשלה הודעה שלפיה "כדי להסיר ספקות" החליטה הממשלה להעניק לכל אחד מהשרים את הסמכות לפטר פקידים בתחום משרדו (פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948: הודעה בדבר סמכויות השרים, י"פ התשי"א 919). ביום 30.12.1984 הסמיכה הממשלה כל שר לאצול את הסמכות למנהל הכללי במשרדו (הודעה על הסמכת שרים לפי חוק-יסוד: הממשלה, י"פ התשמ"ה 958). בסמוך לאחר מכן פרסמו השרים הודעות על אצילת סמכויות כאמור.

2008, שידון להלן) בידי גורם בכיר ביותר בהייררכייה של הפקידות הממשלתית, עם אפשרות לערעור נוסף לגורם פוליטי (השר המופקד על המשרד, שיכול ליטול לידי את הסמכות).⁷³ לפי הסדר זה, הממונה הישיר, אשר נחשף לעובד בלתי מתאים וסבור כי יש לפטר, צריך לפנות לממונים עליו, ומשם כפי הנראה הדרך במעלה ההייררכייה – עד למנכ"ל שצריך לבצע את הפיטורים בפועל – ארוכה מכדי להיות הליך קאלי לפיטורים. לכך יש לצרף את החשש של פקידי השירות הציבורי כי החלטתם תיחפך בסופו של דבר על ידי הגורם הפוליטי (השר הממונה), אשר מטבע הדברים חושש במיוחד מפני עימותים עם ועד העובדים.

הממונה הישיר שמעוניין להתחיל בהליך פיטורים מסתכן אפוא בשני סיכונים ניכרים: ראשית, כי בתקופה שתחלוף עד לאישור סופי של הפיטורים (תקופה שעשויה להימשך זמן רב, בשים לב למספר השלבים בהייררכייה שיש לעבור) יחולו שיבושים במקום העבודה או לפחות באווירה שבמקום העבודה מצד העובד המועמד לפיטורים או עמיתיו; שנית, כי בסופו של דבר הגורמים הבכירים יותר, שאינם נחשפים ישירות לחוסר התאמתו של העובד, לא יאשרו את הפיטורים, ובמקרה כזה יצטרך הממונה להתמודד עם יחסים עכורים עם העובד שביקש לפטר, שכעת ודאי יחוש כי ניתנה לו "חסינות" מפני פיטורים ותפקודו אף עשוי להידרדר.

סעיף 46א לחוק שירות המדינה (מינויים), שהוסף בשנת 2008, ביקש להתמודד במידה מסוימת עם קשיים אלה. אף שההוראה המנדטורית לא בוטלה, הסמכות לפיטורי אי-התאמה הועברה למעשה לנציב שירות המדינה. זאת כאשר מלכתחילה הכוונה הייתה כי סמכות זו תואצל למנהלים הכלליים של משרדי הממשלה, ונציב שירות המדינה ישמש ערכאת ערעור.⁷⁴ כלומר, למעשה לא חל שינוי בכך שפיטורי עובד מדינה מבוצעים בידי מנכ"ל המשרד. אולם במקום ערעור לגורם פוליטי (השר הממונה) קיימת כיום אפשרות לערער לגורם מקצועי (נציבות שירות המדינה). הלכה למעשה אפוא הפיטורים מחייבים אישור של גורם מקצועי-משפטי נוסף – שאמנם הוא חלק משירות המדינה אבל נפרד לחלוטין מהמשרד הרלוונטי לפיטורים – במקום הגורם הפוליטי. לעומת זאת הקושי הנובע מאי-היותם של הפיטורים בסמכות הממונה הישיר – שמביא לקיומו של הליך ארוך יחסית ומסורבל – נותר בעינו.

73 בחלק מהמקרים אף נקבע בהודעה על אצילת סמכויות עצמה, כי שמורה לעובד הזכות לערער בפני השר על הפיטורים. ראו למשל הודעתו של שר התחבורה: הודעה על אצילת סמכות לפי חוק-יסוד: הממשלה, י"פ התשמ"ו 846. אולם ברור כי גם ללא קביעה כזו רשאי השר ליטול לעצמו חזרה את הסמכות.

74 כך ניתן ללמוד הן ממבנה הסעיף, המתייחס לערעור בפני הנציב, והן מהנוהל שהוציאה הנציבות (חוזר נש"מ 1246-2009 מיום 28.1.2010 בנושא פיטורי אי-התאמה, www.civil-service.gov.il/NR/rdonlyres/9CDE1A12-1F69-4967-BCAD-C2C50506F3B3/0/20091246.pdf).

מלבד הערעור עצמו בפני גורם חיצוני למשרד, הנוהל שהוציאה נציבות שירות המדינה קובע הגנות פרוצדורליות נוספות לעובד.⁷⁵ קיים פירוט של התשתית הראייתית הנדרשת כדי להוכיח אי-התאמה לתפקיד; כללים שנועדו לוודא שעילת הפיטורים היא אכן אי-התאמה (ולא הפרת משמעת או פיטורי צמצום, שמחייבים פרוצדורה אחרת); פירוט של נסיבות לדוגמה אשר עשויות להעיד על אי-התאמה; המלצה חזקה לתת לעובד הזדמנות נוספת לתקן את תפקודו; צורך לשקול חלופות לפיטורים (כמו העברה לתפקיד אחר); כללים באשר לאופן ביצוע השימוע קודם לפיטורים; כללים באשר לקיום היוועצות עם ועד העובדים; כללים באשר לקבלת ההחלטה הסופית, בידי בעל הסמכות, על בסיס כל החומר הראייתי, ללא ניגוד עניינים וכולי. הנוהל אף מפרט נסיבות אישיות מיוחדות שיש להביאן בחשבון.

הלכה למעשה דומה כי התיקון החקיקתי לא הביא לשינוי דרמטי בהיקף פיטורי עובדים בשירות המדינה. לשם כך צריך להתחולל שינוי תודעתי בקרב מנהלים, שכל הנראה טרם אירע. בדיקה שערכנו אצל היועץ המשפטי של נציבות שירות המדינה העלתה כי מאז התיקון לחוק, שנכנס לתוקף בחודש נובמבר 2008, ועד לסוף שנת 2011 נידונו בנציבות 18 עררים בלבד נגד פיטורים, מספר נמוך בעליל.⁷⁶ אולם הפיטורים עצמם, כאשר הם מתרחשים, עוברים כיום הליך שונה במידה לא מבוטלת. נציבות שירות המדינה קיבלה תפקיד מרכזי בפיקוח על תקינות הפיטורים, והפיקוח מתבסס במידה רבה על הגנות פרוצדורליות: למשל, קיומה של "תשתית ראייתית" לבעיות בתפקודו של העובד. לפי הנתונים שקיבלנו, עשרה מתוך 18 העררים נדחו לחלוטין. בשמונה מקרים הוביל ההליך להישג כלשהו לעובד. בשניים מביניהם הועבר בסופו של דבר העובד לתפקיד אחר או למקום עבודה אחר בשירות המדינה במקום הפיטורים. בשאר המקרים בוטלו הפיטורים בשל פגם פרוצדורלי, כמו שימוע לא תקין או (במרבית המקרים) קביעה כי למעשה עילת הפיטורים לא הייתה אי-התאמה אלא עילה אחרת אשר מחייבת הליך שונה (פיטורי משמעת: הליך בבית דין משמעתי; פיטורי צמצום: הליך מיוחד שנקבע בתקשי"ר). אפשר להניח כי לפחות בחלק ממקרים אלה העובד פוטר בסופו של דבר, בהליך המתאים, אולם הביקורת של הנציבות, שמנעה פיטורים בהליך של אי-התאמה, הבטיחה לאותם עובדים את ההגנות המוענקות במסגרת ההליכים האחרים. יש לציין כי

75 שם.

76 אנו מבקשים להודות לעו"ד רון דול, היועץ המשפטי, וכן לעו"ד בשארה-אלי פארן מנציבות שירות המדינה, על הסיוע. אמנם שיעור הפיטורים הנמוך – או לפחות מספר מקרי הפיטורים שהגיעו לדיון בנציבות – איננו מלמד בהכרח על קושי של מנהלים לפטר. אפשר לטעון כי פשוט מספר העובדים הלא-מתאימים נמוך ביותר. אולם בשים לב למספר הרב של עובדים בשירות המדינה – 62,680 עובדים בשנת 2010 (נציבות שירות המדינה דין וחשבון לשנת 2010 (2011)) – הטענה כי מספר העובדים הלא-מתאימים אינו אלא עובדים ספורים נראית מופרכת. ייתכן כי המנהלים אינם מודעים לתיקון, או שהם מניחים כי הנציבות תקשה עליהם לפטר – וייתכן כי עדיין דומיננטיים הקשיים הלא-פורמליים שפורטו לעיל.

כל שמונת המקרים שבהם ניתן סעד כלשהו לעובד על ידי הנציבות עסקו בפיטורים בבתי חולים; ייתכן שבמגזר זה אין מכירים את הכללים, והכרתם תלך ותתרחב לאחר התקופה הראשונית של ביקורת על ידי הנציבות.

האם הלכה למעשה משמשת הנציבות בלם של ממש מפני פיטורים שאינם מוצדקים? הנתונים שפורטו לעיל בהחלט מכוונים לתשובה חיובית, אם כי יש לשוב ולבחון זאת כאשר יצטברו מקרים רבים יותר ולאחר חלוף תקופת ההיכרות הראשונית של המנהלים עם הכללים. מכל מקום, גם כאן – בדומה למצב על פי הסכם הרשות הלאומית לדרכים – חשוב ליצור מבנה משפטי שיבטיח זאת ככל האפשר. נדרשת ביקורת משפטית אפקטיבית אשר תחייב את הנציבות לבצע פיקוח אמתי ולהיכנס לעומק השיקולים שמאחורי הפיטורים ולא לשמש חותמת גומי להחלטות של הממונים בשטח כל עוד אלה מגובות במסמכים. כלומר, חשוב לוודא שהפרוצדורות ישמשו מכשיר להבטחת הגנה מהותית ולא יבואו במקום הגנה כזו. באותה עת בית הדין יכול וצריך לצמצם את התערבותו אם הוא נוכח שהנציבות ביצעה את הפיקוח באופן שבחן את הנסיבות לעומקן. זאת כדי למנוע מצב שבו ההליך המשפטי יוצר סרבול ממושך שמונע הלכה למעשה פיטורים מוצדקים. אולם חשוב שהאפשרות של ביקורת שיפוטית הנכנסת לעובי הקורה תעמוד ברקע.⁷⁷

3. ההסכמים עם ארגוני המורים

המגמה החדשה בכל הקשור לפיטורי אי-התאמה מצאה ביטוי גם במסגרת הרפורמות שעליהן סיכמה המדינה עם ארגוני המורים. למשל, כחלק מרפורמת "אופק חדש" בבתי הספר היסודיים – אשר במסגרתה קיבלו המורים תוספת שכר ניכרת כנגד הסכמתם לעבוד שעות רבות יותר – הסכימו המדינה והסתדרות המורים גם על הסדר שנועד להקל את הליכי הפיטורים של מורים בלתי מתאימים. בדומה לכך, כחלק מרפורמת "עוז לתמורה" בבתי הספר התיכוניים – שנחתמה אך לאחרונה ואף היא מתמקדת ברובה בהעלאת שכר ניכרת כנגד שינוי בהיקף שעות העבודה – הסכימו המדינה וארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים על הסדר שמשנה מאוד את אופן הפיטורים ה"פדגוגיים". בשני המקרים אפשר לזהות המשך למגמה החדשה של הדגשת המרכיב הפרוצדורלי.

77 המקרים המעטים שהגיעו עד כה לבית הדין מלמדים כי בהקשר הנוכחי בתי הדין אינם חוששים להיכנס לבחינת נימוקי הפיטורים לגופם אף אם הבקשות לצווי מניעה נגד פיטורים נדחו בסופו של דבר. ייתכן כי הבעיה היא דווקא הפוכה, היינו כי לא ניתן משקל מספיק לקיום הליך תקין, לרבות הערר בפני הנציבות, כמצדיק קיום חזקה של פיטורים מסיבה מספקת. אולם עדיין מוקדם להסיק מסקנות מהפסיקה המועטה בנושא. ראו ס"ע (אזורי י-ם) 32681-12-10 שופמן – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 1.9.2011); ע"א (אזורי ת"א) 3779/10 הסתדרות המיקרוביולוגיות והביוכימאים – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.5.2011).

הסכם קיבוצי מיום 16 במאי 2007 ("מתווה עקרונות לרפורמה בין מדינת ישראל והסתדרות המורים") מסדיר את עיקרי הרפורמה הנוגעת למורים בבתי ספר יסודיים. תחת הפרק "גמישות העסקה" נקבעו הליכים נפרדים למורה חדש (אם בחודשים הראשונים שלו כמורה מתברר כי אינו מתאים לתפקיד); למורה בתקופת ניסיון; למורה "קבוע" המועסק במערכת תקופה של עד 15 שנים; למורה בעל ותק של 16 שנים ומעלה. לשם הדוגמה נביא כאן את עיקרי ההסדר למורה קבוע בעל ותק של עד 15 שנים. מנהל בית הספר יכול לפתוח בהליך להפסקת שירותו של מורה רק כאשר זה קיבל התראה על ליקויים בתפקודו בשנת הלימודים הקודמת. ההסכם מפרט תשעה שלבים להליך זה: (א) זימון המורה ונציג הארגון והודעה על כוונה לפתיחת ההליך (נציג הארגון מידע גם בכל השלבים הבאים); (ב) בתוך שבועיים – מכתב למורה עם הודעה על המשך ההליך (אם כך החליט המנהל); (ג) בתוך שבועיים נוספים – ביקור של המנהל בשיעור והוצאת דוח מפורט למורה ולמפקח על בית הספר מטעם משרד החינוך; (ד) בתוך חודש – ביקור של המפקח בשיעור והוצאת דוח מפורט למורה ולמנהל; (ה) בתוך שלושה שבועות – ביקור נוסף של המפקח; (ו) בתוך שלושה שבועות נוספים – ביקור של מפקח משנה ממחוז אחר, ולאחר חודש ביקור שני של מפקח זה. גם ביקורים אלה יסוכמו בדוחות מפורטים שיועברו לכל הנוגעים בדבר; (ז) העברת כל החומר למנהל המחוז לצורך דיון במועצת המפקחים של המחוז; (ח) אם החליטה מועצת המפקחים להמשיך בהליך, זימון המורה לשימוע בפני מנהל המחוז; (ט) כינוס ועדה פריטטית "בהרכב בכיר שייקבע בהסכמת הצדדים", אולם "באין הסכמה בוועדה הפריטטית יועבר העניין להכרעת הגורם המוסמך לפי הדין".

כלומר, בסופו של דבר מקנה ההסכם סמכות חד-צדדית למעביד לקבל החלטה על פיטורי העובד. עם זאת ההליך נועד להבטיח כי הפיטורים אינם שרירותיים: לפחות שני גורמים נוספים בודקים בפועל את רמת ההוראה של המורה, נוסף על המנהל הישיר, וגורמים נוספים מעליהם מעורבים בקבלת ההחלטה הסופית. בנוסף, משך ההליך מבטיח כי הלכה למעשה ניתנת לעובד הזדמנות להשתפר. ההסכם מגדיר את תקופת ההליך כשנה לעובדים בעלי ותק של עד 15 שנים, ושנתיים שלמות לעובדים ותיקים יותר.

הסכם קיבוצי מיום 14 באוגוסט 2011 ("הסכם קיבוצי כללי ליישום רפורמת 'עוז לתמורה' בחטיבות העליונות") מסדיר את תנאי העסקתם החדשים של מורים בתיכונים. כאן המעסיקות הן ה"בעלויות" של בית הספר (רשויות מקומיות ועמותות) ולא המדינה – אך משרד החינוך הוא אשר ניהל את המשא ומתן (הממושך) לגיבוש ההסכם. נספח ה' להסכם מסדיר את הליך הפסקת עבודתו של מורה קבוע מטעמים פדגוגיים (כלומר אי-התאמה). ראשית, בדומה למנגנון שפותח בהסכם הרשות האומית לדרכים, סוכם כי יפותח בשיתוף פעולה בין הצדדים מודל להערכת מורים שבמסגרתו יכיר כל מורה את ההערכה של איכות ההוראה שלו מדי שנה. אם התגלו "ליקויים פדגוגיים משמעותיים" בעבודת המורה, יודיע לו על כך מנהל בית הספר עד סוף שנת הלימודים. השנה שלאחר מכן תיחשב "שנת ליווי פדגוגי", ובמהלכה ייפגשו המנהל והרכז המקצועי עם המורה

ויצביעו בפניו על הליקויים בעבודתו. ההסכם קובע במפורש כי מטרת שנה זו היא לאפשר למורה לשפר את תפקודו. הטענות נגד המורה יתבססו על תצפיות בשיעורים ועל חומרים כתובים, ובכל פגישה יירשם פרוטוקול שעותק ממנו יימסר למורה. נציג ארגון המורים יעודכן בתהליך. בתום השנה יסכם המנהל את התהליך בכתב, והסיכום יועבר למורה מיד ועוד לפני תום שנת הלימודים. החליט המנהל כי המורה לא עמד ביעדים שהוצבו לו, יחל בשנת הלימודים העוקבת הליך הפיטורים, שיכלול ארבעה שלבים, בלוחות זמנים מוגדרים. באותה שנה עוקבת יינתנו למורה המועמד לפיטורים הזדמנויות נוספות לשיפור, ייערכו ביקורות של גופים מפקחים שונים, ייכתבו חוות דעת וכיוצא בזה, הכול לפי סדר הליכים המפורט באופן מדוקדק בהסכם. בסופו של דבר, על פי הסכם זה הפיטורים מחייבים הליך ארוך ומפורט שמשכו שנתיים גם באשר למורים בעלי ותק נמוך מ-15 שנים.

איננו נדרשים כאן לדיון בשאלה אם ההליך מקנה הגנה מספקת למורים אם לאו, בשם לב למאפיינים המיוחדים לעבודה זו; מהי מהות ההבדלים בין שני ההסכמים; מהם בדיוק ההבדלים בין ההסדר החדש להסדר הקודם שחל עד לרפורמות אלה. עמדנו בפירוט יחסי על מודל הפיטורים החדש של המורים, כי יש בכך כדי לספק דוגמה נוספת למגמה החדשה ולהראות כיצד כללים פרוצדורליים מפורטים ביותר פותחו כדי להבטיח מניעת פיטורים שרירותיים. כאן לא דובר בגוף העומד בפני הפרטה (כמו הרשות הלאומית לדרכים) עם מספר עובדים קטן יחסית. ארגוני המורים הם גדולים ובעלי כוח מיקוח רב. הסכמתם להגמיש את הליכי הפיטורים משקפת את שינוי המגמה בתחום זה. אמנם השינוי שהושג באשר למגזר זה הוא כפי הנראה דרמטי פחות מהשינויים האחרים שעליהם עמדנו; בכל זאת מדובר בהליך ארוך ומורכב (יחסית לעובדים אחרים), וקשה לדעת עד כמה מנהלים ימהרו להשתמש בו לגבי מורים שקיים ספק לגבי התאמתם. עם זאת סימנים ראשונים מלמדים כי אכן חל שינוי בשטח.⁷⁸

4. הסכמים קיבוציים חדשים במגזר הפרטי

ראינו אפוא כי בשנים האחרונות פותחו הסדרים שאפשר לראות בהם מודלים לפתרונות ביניים בין "קביעות" נוקשה מדי להיעדר ביטחון תעסוקתי. כך ההסכם הקיבוצי בחברה הלאומית לדרכים, כך ההסדר החדש בדבר פיטורים בשירות המדינה, וכך גם ההסדרים החדשים לפיטורי מורים. להתפתחויות אלה הייתה המשכיות רבה "בשטח". בתקופה האחרונה חלה התעוררות בתחום יחסי העבודה במשק; נראה כי יצירתיות מחליפה את הקיפאון ששרר שנים רבות. צמיחה של ארגוני עובדים חדשים מעוררת התארגנות

78 לפי נתונים שפורסמו בתקשורת, בעקבות הסכם "אופק חדש" מספר המורים המפוטרים בשל אי-התאמה צמח מ-10 ל-140 בשנה. אפרת זמר-ברונפמן "זינוק במספר המורים שפוטרו על רקע מקצועי" מעריב – nrg 14.9.2010 www.nrg.co.il/online/1/ART2/156/686.html

במקומות עבודה שעד כה היו בלתי מאוגדים ומעודדת גם את ההסתדרות הכללית לפעולה. זאת ועוד, גורמים בכירים בהסתדרות השכילו כפי הנראה להבין כי התעקשות על קביעות חזקה מדי מעוררת אנטגוניזם אצל המעביד ומונעת התאגדות ושיתוף פעולה.⁷⁹ על רקע זה אפשר להבין את ההסדרים החדשים שפותחו בשלוש השנים האחרונות, התואמים את אותה מגמה שתוארה לעיל.

חשוב להדגיש כי קיימים הבדלים ניכרים בין המגזר הפרטי למגזר הציבורי שההתפתחויות הרלוונטיות לו נסקרו לעיל. ראשית, המגזר הציבורי נהנה ברגיל (הן בישראל והן בעולם) משיעור עובדים מאורגנים גבוה ביחס למגזר הפרטי.⁸⁰ בנוסף, המגזר הציבורי אינו פועל בסביבה תחרותית (או לפחות לא בסביבה תחרותית טהורה), ועל כן יכול ארגון העובדים להפעיל את כוחו הארגוני מבלי לחשוש לעתידו הכלכלי של המפעל.⁸¹ המשמעות המצרפית היא שכוח המיקוח של ארגון העובדים במגזר הציבורי חזק מכוח המיקוח של הארגון במגזר הפרטי.

אפשר לאתר לפחות חמש וריאציות חדשות למודל ביניים של ביטחון תעסוקתי בהסכמים קיבוציים של ההסתדרות הכללית במגזר הפרטי מהעת האחרונה. ההסכם הקרוב ביותר לקצה של Employment at Will הוא זה שנחתם עם חברת ספרינט מוטורס, שמפעילה את תחנות הדלק "סונול", ביום 11 במרס 2010. זהו הסכם ראשון בחברה לאחר מאבק ארוך של העובדים להתארגנות. ההסכם אינו קובע סטנדרט מהותי של סיבה מספקת לפיטורים. הוא גם איננו מחייב את המעביד לפרוצדורה של יישוב סכסוכים בפני בורר חיצוני. עם זאת נקבע כי החלטות בנושא פיטורים יבוצעו בהליך מדורג (סעיף 4 להסכם). בשלב הראשון יתקיים דיון בין מנהל התפעול לבין יו"ר הוועד. לדיון זה יוקצו ארבעה ימים. בהיעדר הסכמה ביניהם יתקיים בשלב השני דיון בין מנהל הרשת כולה (או יו"ר מועצת המנהלים של החברה) לבין נציג ההסתדרות והוועד. לדיון זה יוקצו חמישה

79 ראו לעיל ה"ש 58.

80 על שיעור העובדים המאורגנים ומאפייניהם ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י 15, 37 (2004). שם נטען כי העובדים החברים בארגוני עובדים ומכוסים על ידי הסכמים קיבוציים מרוכזים בעיקר במגזר הציבורי; ראו גם יצחק הברפלד, ינון כהן, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "צפיפות ארגונית בישראל 2000–2006: שנים של סטגנציה" עבודה, חברה ומשפט יב 533, 543 (2010). על הפער בתנאי ההעסקה לפי ההשתייכות למגזרים ראו טלי קריסטל, ינון כהן וגיא מונדלק מקורות ההכנסה של עובדים שכירים בישראל 38 (סדרת מחקרי מדיניות, מכון ון ליר, 2008): "עובדים שהכנסתם היא משכר בלבד הם ברובם עובדים המועסקים בעבודות בעלות שכר נמוך יחסית בשוק העבודה הפריפריאלי. לעומתם עובדים המועסקים בשוק העבודה הראשוני או במגזר הציבורי נהנים, נוסף על שכרם הגבוה יחסית, גם מהטבות המעביד הנלוות לשכר [...]".

81 עובדה זאת הובילה את המחוקק, בין היתר, להטיל מגבלות שונות על זכות השביתה בשירותים הציבוריים בפרק הרביעי לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז–1957.

ימים נוספים. בהיעדר הסכמה רשאי מנהל הרשת (או יו"ר מועצת המנהלים) לקבל החלטה כרצונו. המעביד שמר לעצמו אפוא את הזכות לפטר מכל סיבה שהיא בהחלטה חד-צדדית וללא עיכובים ניכרים. העובדים קיבלו הגנה מינימלית, אך לא חסרת משמעות: במקום החלטה של הממונה הישיר בלבד קיימת התחייבות מצד החברה לקיים דיון בנושא הפיטורים בשתי רמות נוספות (כלומר תתקיים ביקורת פנימית על ההחלטה). כמו כן התחייבה החברה למעשה להיוועץ בנציגי הוועד וההסתדרות קודם לפיטורים. התחייבות זו אינה מקנה הגנה חזקה מבחינה משפטית, אולם מבחינה מעשית היא יכולה להיות בעלת משקל ככל שנוצרת במקום העבודה תרבות של שיתוף פעולה בין ההנהלה לבין נציגי העובדים.

הגנה מעט חזקה יותר מופיעה בהסכם הקיבוצי עם חיפה כימיקלים דרום, שנחתם ביום 4 במרס 2010. גם כאן דובר בהסכם שהושג לאחר מאבק ארוך של העובדים עם מעביד שבמשך שנים התנגד להתאגדות התנגדות עיקשת.⁸² ההסכם לכינון יחסי עבודה קיבוציים במפעל קובע כי עובדים יקבלו "קביעות" לאחר חמש שנות עבודה (סעיף 7 להסכם), וכי פיטורים של עובדים קבועים אפשריים מ"סיבה מספקת" (סעיף 25 להסכם).⁸³ כמו כן נקבע בהסכם מנגנון כללי ליישוב חילוקי דעות (סעיף 33) אשר משתמע כי הוא חל גם על החלטות פיטורים. לפי מנגנון זה, בשלב הראשון יקום דיון בין ההנהלה לבין ועד העובדים (עד 10 ימים), ולאחר מכן, בהיעדר הסכמה, דיון בין ההנהלה לבין ההסתדרות (עד 10 ימים נוספים), ולאחר מכן, בהיעדר הסכמה, תועבר המחלוקת לבוררות. כלומר, לכאורה מספק ההסכם הקיבוצי החדש של חיפה כימיקלים דרום ביטחון תעסוקתי "מלא" לעובדים, במתכונת הקביעות הישנה. עם זאת להסכם הוסף גם סעיף שכותרתו "פיטורים במסלול מיוחד" (סעיף 27 להסכם), אשר קובע מכסה מספרית (של עובדים בודדים) שבמסגרתה תוכל החברה לפטר לפי שיקול דעתה הבלעדי, לאחר היוועצות בוועד העובדים בלבד, ומבלי שיופעל המנגנון ליישוב חילוקי דעות. כלומר, המעביד שמר לעצמו "פתח מילוט" המאפשר לו לפטר באופן חד-צדדי מספר קטן של עובדים כל שנה. אין בידינו נתונים על מספר המפוטרים בחברה זו מדי

82 ראו הסרט "שביתה" (ישראל, 2005; בימוי אסף סודרי ואמיר טאווינגר). על הרקע ליחסי העבודה העכורים ועל צעדי ההנהלה בהקשר להתארגנות ראו עב' (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 18.8.2004). כן ראו מיקי פלד "סוף לסאגת חיפה כימיקלים דרום: מחר ייחתם הסכם קיבוצי ראשון במפעל" כלכליסט 3.3.2010 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3394323,00.html; שי ניב "שבע שנים אחרי: עובדי חיפה כימיקלים דרום זוכים להסכם קיבוצי" גלובס 3.3.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000543736&fid=3266.

83 סעיף זה מפנה להסכם הקיבוצי הכללי להסדר יחסי עבודה מיום 10 בינואר 1967. ההסכם קובע כי "יש למנוע שרירות לב ביחס לפיטורי עובדים" וכי "פיטורים רגילים [...] אפשריים מסיבה מספקת". ההסכם מוסיף וקובע מנגנון ליישוב חילוקי דעות בנושא זה, כולל ועדה פריטטית והעברה לבוררות, אולם מנגנון זה חל על פיטורי צמצום בלבד.

שנה כדי לקבוע אם הוראה זו מעקרת למעשה מתוכן את סעיף הביטחון התעסוקתי. אולם ברור כי קיים חשש כזה.

וריאציה שלישית מופיעה בהסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה, שנחתם ביום 2 בנובמבר 2008. בניגוד להסכמים האחרים המאוזכרים בחלק זה, אשר כולם הסכמים קיבוציים מיוחדים (שנוגעים למעביד מסוים בלבד), כאן מדובר בהסכם בעל תחולה רחבה בהרבה – ענף השמירה כולו. בהסכם זה נקבע כי "פיטורי עובד קבוע אפשריים מסיבה מספקת, ויקדים אותם מו"מ בין הצדדים" (סעיף 28.2). כאשר המעביד מעוניין לפטר את העובד לאחר שימוע, ונציגות העובדים מתנגדת לפיטורים, תועבר המחלוקת לוועדה פריטטית שתורכב מנציג החברה ונציג ההסתדרות (סעיף 28.8). אם שני חברי הוועדה הפריטטית לא הגיעו להסכמה, רשאית החברה לפעול לפי שיקול דעתה, ולהסתדרות שמורה הזכות לפנות לבית הדין נגד הפיטורים (סעיף 28.9). כלומר, בניגוד למודל המסורתי, אי-הסכמות בוועדה הפריטטית לא יועברו להכרעת בורר. לצד הכלל המהותי שמחייב סיבה מספקת והצורך לנהל משא ומתן עם נציגות העובדים, הן ברמת השטח והן ברמת הוועדה הפריטטית (מה שמבטיח הליך ביקורת נוסף על הפיטורים), שמרה לעצמה החברה את הכוח לקבל החלטות פיטורים באופן חד-צדדי.

כיוון אחר אשר מבוסס ישירות על מודל החברה הלאומית לדרכים אפשר למצוא בהסכם עם חברת אלישרא, אשר נחתם ביום 26 באפריל 2009. בהסכם זה קיים פרק אשר חל על סקטור המהנדסים והאקדמאים בלבד, וגם במסגרת סקטור זה – על עובדים שיחלו בעבודתם לאחר מועד חתימת ההסכם בלבד. הפרק מוגדר כ"הסכם קיבוצי מתקדם", אשר מטרתו "לתת מענה לצרכי הניהול המשתנים עקב התחרות הגוברת בשוק תעשיית האלקטרוניקה בו פועלת החברה. זאת, תוך שמירה על קיומם של יחסי עבודה מאורגנים ותקינים [...]". (סעיף 41 להסכם). בהקשר של פיטורי אי-התאמה קובע פרק זה כי החברה תעביר את טענותיה כלפי העובד בצורה מפורטת ותתבסס "ככל האפשר" על הערכות תקופתיות (סעיף 53). לעובד שקיבל הודעה כאמור תינתן הזדמנות לשפר את תפקודו במשך שישה חודשים. לאחריהם, אם לא חל שיפור מספק בתפקודו, ייערך לו שימוע, אשר לאחריו תוכל החברה להוציא (בהחלטה חד-צדדית) הודעת פיטורים. הוועד צריך להיות מיועד בכל שלבי ההליך ויכול לטעון בשם העובד, אולם לא קיים מנגנון להכרעה משותפת או העברה לבוררות – ההחלטה היא בסופו של דבר של המעביד בלבד. כמו בהסכם החברה הלאומית לדרכים, ההגנה מבוססת על כלל מהותי (דרישה של "סיבה מספקת" – שנובעת מעצם הצורך להראות "אי-התאמה" ולנמק אותה) לצד הגנה הליכית שעיקרה במקרה זה תקופת ההזדמנות הנוספת בת שישה חודשים.

וריאציה חמישית ואחרונה, אשר מבוססת אף היא על מודל החברה הלאומית לדרכים, מופיעה בהסכם שחתמה ההסתדרות הכללית עם חברת "צים" ביום 13

בפברואר 2011.⁸⁴ את מידת הביטחון התעסוקתי בחברה יש להבין על רקע העובדה שמדובר בחברה שהייתה בעבר ממשלתית. עם זאת הפרטת החברה הושלמה סופית בשנת 2004.⁸⁵ סעיף 7 להסכם החדש קובע הליך הערכת עובדים בחוות דעת אחת לשנה "לפחות". במקרה שהעובד קיבל חוות דעת שלילית, הוא מוערך בחוות דעת נוספת בתום חצי שנה. אם גם חוות הדעת השנייה שלילית, מתכנסים סמנכ"ל החברה ויו"ר הוועד לדיון בנוגע להתאמת העובד לעבודה בחברה. הם יכולים להסכים על הזדמנות נוספת, אם באותו תפקיד ואם בתפקיד אחר בחברה, או להסכים על פיטורי העובד. בהיעדר הסכמה פונה הסמנכ"ל לגורם בכיר יותר בהסתדרות (יו"ר המרחב) בניסיון להגיע להסכמה. אם לא הושגה הסכמה ביניהם בתוך 30 ימים, מועברת המחלוקת להכרעת מנכ"ל החברה. כאן קובע ההסכם (בסעיף 11.6) כי החלטת המנכ"ל בדבר פיטורים "תהיה סופית ותחייב את העובד, את הוועד ואת ההסתדרות", אולם מוסיף מיד כי "במקרים חריגים" רשאי יו"ר האגף לאיגוד מקצועי בהסתדרות לדרוש דיון עם מנכ"ל החברה בנושא, ולאחר הדיון, אם יודיע כי הוא מתנגד לפיטורים, "יהיו הפיטורים מבוטלים". כלומר, בווריאציה יוצאת דופן זו הסכימה החברה "במקרים חריגים" (שלא הוגבלו במספרם מראש) לוותר לחלוטין על סמכותה לפטר עובדים. להשלמת התמונה יש לציין כי הגנות אלה חלות רק על עובדים קבועים (לאחר 4–5 שנות עבודה), וכן כי ההסתדרות הסכימה מנגד להגדלה מסוימת במספר העובדים הבכירים המועסקים בחוזה אישיים, כלומר שההסכם הקיבוצי אינו חל עליהם כלל.

5. הערכת ההסדרים החדשים

בפרק הקודם עמדנו על כמה הסדרי ביניים אפשריים לביטחון תעסוקתי. בסיכום הפרק ראינו כי הפתרונות המבטיחים ביותר הם אלה שיוצרים הבחנה בין כלל מהותי של "סיבה מספקת", אשר עליו יש להקפיד, לבין ההליך הנדרש לשם יישום הכלל, אשר בעניינו יש מקום לפתח חלופה מהירה ויעילה למעביד, ועם זאת כזו שגם תקנה הגנה מספקת לעובדים. האם ההסדרים החדשים אשר פותחו הלכה למעשה בשנים האחרונות בישראל, כמתואר בפרק זה, מספקים פתרון מאוזן כזה? הפרמטרים אשר שימשו אותנו בסוף הפרק הקודם יישמשו אותנו גם כאן. נתמקד בעיקר בהסדר של החברה הלאומית לדרכים, אשר מלבד היותו פורץ הדרך, הוא מעין נקודת אמצע מבחינת מידת ההגנה שהוא מספק לעומת ההסכמים האחרים. הסכמי המורים יוצרים ככל הנראה הגנה חזקה מדי, שמקשה מאוד על פיטורים לא מתאימים. ההסכם עם חברת "סונול", בקצה השני, מקנה לעובדים הגנה אשר אינה מספקת בעליל. בטווח שביניהם דומה שההסכם בחברה הלאומית לדרכים הוא נקודת אמצע נוחה לדיון.

84 תורתנו לעו"ד עמי פרנקל ממשרד בני כהן ושות' על ההפניה להסכם זה.

85 ראו עמוד "היסטוריה" באתר החברה, www.zim.com/aboutus/pages/legacy.aspx

זאת ועוד, הערכת ההסדרים אינה יכולה להתבסס על הכללים הפורמליים (אשר מופיעים בהסכם הקיבוצי) בלבד; יחסי עבודה הם מורכבים ודינמיים, ולעתים המציאות בשטח אינה תואמת במדויק את האמור בהסכם, או לפחות מוסיפה עליו עוד רבדים. גם במובן זה היכולת שלנו להעריך את הסכם הרשות הלאומית לדרכים גבוהה יותר, בזכות הראיונות שקיימנו עם הגורמים המעורבים בביצוע ההסכם.

הפרמטר הראשון שהצבנו היה באיזו מידה מצליח ההסדר להשיג ביטחון לעובדים מפני פיטורים ללא סיבה מספקת. לעניין זה כאמור מתעוררת השאלה באיזו מידה קיימת אפשרות מעשית לעובד לתקוף את ההחלטה בפני גורם חיצוני. כאן נודעת חשיבות לביקורת נוספת על ההחלטה, אשר אכן קיימת בחברה הלאומית לדרכים – אמנם לא על ידי גוף חיצוני או חיצוני-למחצה (כמו נציבות שירות המדינה או מפקחי משרד החינוך), אבל גוף נוסף ובכיר יותר אצל המעביד. כמו כן נודעת חשיבות לכך שניתנת לנציגות העובדים מעורבות מסוימת בהליך (בפרט בשלב חוות הדעת התקופתיות), דבר שמקל מאוד על העובד לשמור על זכויותיו. יתרון נוסף של הסדר אשר מבוסס על הליך מפורט (חוות דעת תקופתיות וכולי) הוא בכך שהוא מבטיח שהעובד יהיה מודע לזכויותיו, וכן יוצר "תשתית ראייתית" שהעובד יוכל להתבסס עליה בעת פנייה לבית הדין לעבודה. שאלת משנה נוספת היא מהי הסבירות שעובד יצליח למנוע פיטורים לא מוצדקים. כאן דומה שההזדמנות להוכיח את עצמו במשך תקופה ארוכה והעברת ההחלטה לגורם נוסף בחברה יוצרות הגנה לא מבוטלת. המעביד הוא שנדרש להציג סיבה מספקת לפיטורים בפני העובד, והעובד יוכל לתקוף את הסיבה או כל חריגה מההליך בבית הדין. עם זאת קיים חשש כי עמידה בפרוצדורות באופן טכני תוביל למתן חסינות כמעט מוחלטת למעביד מפני התערבות בהחלטת פיטורים. את זאת אפשר וצריך למנוע באמצעות ביקורת שיפוטית מהותית יותר במקרים המתאימים, כפי שפורט לעיל.

פרמטר-העל השני שהצבנו היה באיזו מידה מצליח ההסדר למזער את החסרונות של פגיעה ביעילות ובאוטונומיה של המעביד. העובדה שההחלטה בדבר פיטורים נתונה באופן חד-צדדי למעביד, ללא מעורבות של ארגון העובדים בהחלטה הסופית, הופכת את הפיטורים לאפשרות מעשית בהחלט מבחינת המעביד, ובכך מונעת את הפגיעה הקשה ביעילות בהסדרים של "קביעות" נוקשה. כמו כן לעומת המצב הקודם שנהג במע"צ, ההליכים התקצרו בהרבה, וגם במובן זה הפגיעה ביעילות הצטמצמה. עם זאת דומה כי בשביל מעבידים במגזר הפרטי מדובר בהליך ארוך מדי. אפשר להגשים את התכליות ולאפשר לעובד "הזדמנות נוספת" סבירה גם בתקופה קצרה יותר.

בסך הכול נראה כי הסדר החברה הלאומית לדרכים – או וריאציות שלו – יכול למלא בהצלחה את הפרטים החסרים במודל ה"מוצדק ויעיל", בתנאי שתעמוד ברקע האפשרות לביקורת שיפוטית אפקטיבית. יש להבהיר כי איננו מבקשים להצביע כאן על הסדר ספציפי כהסדר אופטימלי. קיימים מרכיבים רבים שמשפיעים על האיזון שקובע ההסכם (לדוגמה: משך הליכי הפיטורים; זהות הגורם המפטר (ממונה ישיר או גורם בכיר/אחר אצל המעביד); אם קיים פיקוח חיצוני על הליך הפיטורים או שמא פיקוח פנימי בלבד;

אם הפיטורים חייבים להתבסס על חוות דעת תקופתיות; עד כמה מעורבים גופים, מלבד הממונה הישיר, בבדיקת רמתו של העובד (ביקורת על חוות הדעת); באיזו מידה מעורב ארגון העובדים בהחלטה על הפיטורים (לרבות בשלבים המקדמיים); אם מוטלת על המעביד חובה לסייע לעובד להשתפר בתפקידו (ליווי ותמיכה); אם נקבעו מנגנונים פנימיים ליישוב סכסוכים; אם אפשר לתקוף החלטת פיטורים בפני בורר חיצוני או רק בבית הדין וכיוצא בזה). קיימות דרכים שונות שבהן אפשר להגיע לאותה נקודת איזון על סמך המרכיבים שפורטו לעיל, וצריך להיות חופש לצדדים לקבוע את ההסדר המתאים למקום העבודה או אף לסוגי עובדים שונים. כמו כן איננו סבורים כי קיימת נקודת איזון אופטימלית אחת בלבד אלא קיים טווח שבו האיזון ראוי. נקודת האיזון המדויקת שמופיעה בכל הסכם תלויה כמובן גם בכוח המיקוח היחסי של הצדדים (ששונה למשל מן המגזר הציבורי לפרטי). מטרתנו בחלק זה הייתה לסקור ולנתח את ההתפתחויות בתחום הביטחון התעסוקתי בשנים האחרונות. המסקנה הכללית שלנו היא כי המגמה של קביעת הסדרים פרודורליים מפורטים כפתרון ביניים של ביטחון תעסוקתי היא ראויה.

סיכום

מטרת המאמר הייתה לבחון הסדרי ביטחון תעסוקתי שאפשר לראות בהם פתרונות ביניים בין שני קצוות שזוכים לביקורת (מוצדקת): ה"קביעות" הנוקשה, שמונעת כמעט לחלוטין פיטורים, מחד, והסדר של Employment at Will, שמאפשר שרירות בפיטורים, מאידך. בפתח המאמר עמדנו על הקשיים שבכל אחד מהסדרי הקצה האלה לצד השיקולים בזכותו. דיון זה הדגיש את הצורך בחיפוש אחר פתרונות ביניים.

בחנו תחילה כמה הסדרים אפשריים ברמת הרגולציה. פתרון של Flexicurity – המודל הדני – משיג חלק מהמטרות, אבל איננו מונע פיטורים שרירותיים שאינם מוצדקים. הוא גם אינו גאלי מבחינה פוליטית-תקציבית. אימוץ כלל של "סיבה מספקת" באופן דיספוזיטיבי לא ישיג הגנה לעובדים. לעומת זאת הראינו שקיימים יתרונות רבים להסדר "חצי קוגנטי", שיאפשר לצדדים (ברמה הקיבוצית) גמישות לקבוע לעצמם מנגנונים להכרעה בסכסוכים בנושאי פיטורים – ובלבד שאי אפשר יהיה להתנות על עצם הדרישה ל"סיבה מספקת". פתרון זה מותיר כמובן את השאלה מה יהיו הגבולות הלגיטימיים למנגנונים כאלה. הדרישה של חובת תום לב בהחלטות פיטורים, שאומצה בשנים האחרונות על ידי בית הדין הארצי לעבודה, צועדת כברת דרך מסוימת לכיוון של "סיבה מספקת", ועל כן אף היא פתרון ביניים. אולם בהיעדר מנגנונים תומכים ליישוב סכסוכים, בשילוב עם העובדה שהנטל נשאר על העובד, ההגנה שהיא מציעה לעובדים אינה מספקת. פתרון נוסף ובעל פוטנציאל גבוה במיוחד לאזן באופן אופטימלי בין האינטרסים המתנגשים הוא לחייב "סיבה מספקת" לפיטורים וליצור מנגנון שיאפשר

פיטורים מהר וביעילות כאשר קיימת סיבה כזו. השאלה היא כמובן כיצד בונים מנגנון כזה.

המשך המאמר עסק בבחינה של כמה הסדרים חדשים מהמציאות הישראלית. הראינו כי את הסדרי הקצה מתחילים להחליף הסדרי ביניים מקוריים ומעניינים, למשל: בחברה הלאומית לדרכים, בחוק שירות המדינה (מינויים), בהסכמי המורים וגם במספר לא מבוטל של הסכמים קיבוציים חדשים במגזר הפרטי. החובה המהותית לתת "סיבה מספקת" לפיטורים עדיין עומדת – ובצדק – בבסיסם של מרבית הסדרי הביטחון התעסוקתי. אולם במרכיב ההגנה הפרוצדורלית חלו שינויים ניכרים. מעבידים אינם מוכנים להכפיף את עצמם לזכות וטו של ארגון העובדים, ואף לא למנגנון שיעביר את ההכרעה בדבר קיומה של "סיבה מספקת" לבורר חיצוני. תחת זאת קובעים ההסדרים החדשים פרוצדורות שנועדו להבטיח (במידה כזו או אחרת) כי טענות העובד יישמעו לא רק על ידי ממונה ישיר אלא גם על ידי גורמים בכירים יותר אצל המעביד; כי ההחלטה תתבסס על נתונים ברורים יחסית (חוות דעת תקופתיות); כי תינתן לעובד הזדמנות לתקן את תפקודו; כי גם עמדתו של ארגון העובדים תישמע ותובא בחשבון.

הניסיון עם ההסדרים החדשים מועט בינתיים. עדיין קשה להעריך אם הלכה למעשה יכולים הסדרים אלה להיות מודל ביניים ראוי, שיאזן בין האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים. עם זאת ראיונות שקיימנו ברשות הלאומית לדרכים ובנציבות שירות המדינה מספקים בהחלט סיבות לאופטימיות, ובחינה של המודלים החדשים על רקע ההצדקות והביקורות מעלה כי הם עשויים בהחלט להיות פתרון ביניים ראוי. אולם לשם כך חשוב גם שתהיה ביקורת שיפוטית אפקטיבית. על בית הדין למצוא את שביל הזהב: מחד גיסא לא לאפשר למעביד להסתתר מאחורי קיום פרוצדורות. אם החלטת הממונה הישיר לא נבחנה מחדש באופן אמתי אלא אושרה כ"חותמת גומי" על ידי המנהלים הבכירים בחברה והיועצים המשפטיים שנתנו לה כיסוי פרוצדורלי, חשוב שבית הדין יאפשר לעובד לחשוף זאת ולהביא ראיות לכך. מאידך גיסא ראוי שבית הדין יאפשר למעביד ליהנות מחזקה שעל פיה הליך תקין (במקומות שבהם סוכם על הליך מפורט) מלמד על פיטורים מוצדקים, כדי לצמצם את שכיחות המקרים של הליכים ממושכים שמונעים פיטורים יעילים גם כאשר יש הצדקה לכך.

חשיבותם של הסדרי ביטחון תעסוקתי מובנת מאליה מבחינת העובדים המועמדים לפיטורים ומבחינת המעביד המבקש לפטר עובדים לא מתאימים. אולם להסדרי הביניים חשיבות נוספת שחורגת מכך: בשני העשורים האחרונים ניכרת ירידה בשיעור ההתאגדות של עובדים, בכל העולם.⁸⁶ אחת הסיבות לירידה במעמדם ובכוחם של ארגוני העובדים היא התעקשותם על הסדרי "קביעות" נוקשים מדי, שהובילו להתנגדות חזקה מצד מעבידים ליחסים קיבוציים. ההסכמים החדשים מבשרים על נכונות מסוימת

86 ראו Jelle Visser, *Union Membership Statistics in 24 Countries*, 129 MONTHLY LAB. REV. (2006) 38. על הירידה בשיעור ההתאגדות בישראל ראו המקורות לעיל ה"ש 80.

מצד ההסתדרות הכללית להתגמש ולהסכים להסדרי ביטחון תעסוקתי חלשים יותר. ככל שתגבר מגמה זו, אפשר להניח כי גם התנגדותם של מעבידים להסכמים קיבוציים תיחלש, ובהתאמה גם היקף התחולה של הסכמים חדשים אלה ילך ויגדל. כלומר, הפוטנציאל המהפכני הוא בכוחם של הסדרי הביניים החדשים להביא להיפוך המגמה ולחזוק ארגוני העובדים ומידת השפעתם. מכאן גם חשיבותה המיוחדת של הבדיקה, שביקשנו לערוך במאמר זה – אם מדובר בהסדרים ראויים.

לצד ההסכמים הקיבוציים מתבקשת גם השאלה אם אפשר לגבש מודל מאוזן בדרך של חקיקה (שתחול גם במגזר הפרטי). בסופו של דבר, על אף ה"התעוררות" המסוימת בתחום יחסי העבודה בשנים האחרונות, מרבית העובדים אינם נהנים כיום מהסכמים קיבוציים ואף לא מחוק שירות המדינה (מינויים). וגם אם אכן יובילו ההסכמים החדשים עצמם להגדלת מספר העובדים הנהנים מהסכמים קיבוציים, עדיין צריך להניח כי מגורים שלמים במשק לא ייהנו מכך. אם יאומץ בחקיקה (או באמצעות צווי הרחבה) הסדר שמבוסס על מודל "מוצדק ויעיל", ברוח הסכם החברה הלאומית לדרכים, תהיה בכך הגנה חזקה לאותם עובדים אשר נראה כי המעבידים יוכלו לחיות עמה. אולם ספק אם אפשר ליצור הסדר פרטני כזה שיתאים לכל המעבידים. חלופה שנראית ראויה ומתאימה במיוחד היא אפוא לקבוע כלל מהותי של "סיבה מספקת" בחקיקה ולצרף לו כלל "חצי קוגנטי", אשר יעודד את הצדדים ליצור בעצמם הסכמים מפורטים בעניין הליכי הפיטורים – ברוח האיזונים שפורטו לעיל.