

בפני:

כבוד השופטת לאה גליקסמן  
נ. עובדים גב' שולמית יצחקי  
נ. מעסיקים מר משה נבון

בעניין:

אבי גורי  
ע"י ב"כ עו"ד פבל מורה  
המבקש

נגד

עיריית רמלה  
ע"י ב"כ עו"ד אינסה גולדנברג-לוי  
המשיבה

### החלטה

1. ביום 28.3.2001 הגיש המבקש בקשה לצו מניעה זמני ובה עתר לסעדים אלה:
  - א. להוציא צו ארעי המקפיא את עריכת השימוע למבקש העתיד להתקיים ביום 29.3.2001 בשעה 9:00 ;
  - ב. להוציא צו מניעה זמני אשר ימנע את מימושה של החלטת המשיבה להוציא את המבקש לחופשה, ולאפשר למבקש להמשיך ולעבוד במשיבה בתפקידו הרגיל, כמוקדן במוקד העירוני, והכל עד להכרעה בתיק העיקרי ;
  - ג. להוציא צו מניעה זמני אשר ימנע את מימושה של החלטת המשיבה לפטר את המבקש והכל עד להכרעה בתיק העיקרי.
2. נפרט בתמצית את עובדות הרקע הדרושות להחלטה זו, לאור ההסדר הזמני אליו הגיעו הצדדים, המפורט בסעיף 9 להלן.
3. ביום 12.3.2001 שלחה מ"מ מנהלת מחלקת כח אדם של המשיבה (להלן-העירייה) מכתב למבקש (להלן - העובד), שזו לשונו :

"הנדון: זימון לשימוע לקראת פיטורין עקב אי - התאמה

בכוונת עיריית רמלה להביא לסיום עבודתן בעירייה, וזאת בעקבות תלונות לגבי תפקודן והתנהגותן. הינך מוזמן

בזאת לשימוע ביום שלישי, 20.3.2001 בשעה 4:00

במשרדי מח' כ"א, ובו תינתן לך ההזדמנות להשמיע טיעונך  
טרם קבלת החלטהע"י הרשות".

המכתב, שיכונה להלן בהחלטה זו "מכתב הזימון" צורף כנספח  
כא'לבקשה.

למכתב הזימון נספח כא' צורף מסמך שכותרתו "אבי גורי -  
טיעונים" ובו טענות העיריה כנגד המבקש (להלן - מכתב  
הטיעונים). לבקשת המבקש, נשלח אליו ביום 13.3.2001 חומר  
נוסף המצוי בתיקו האישי, כאשר הודגש כי "אין בחומר המצ"ב  
כדי לפצות את כל הטענות כפי שמתוארות במכתב  
הטיעונים (נספח כג' לבקשה). למכתב זה, צורף מכתב  
מיום 30.11.2000 מאת מר שי אדרת לגב' רחל מיטרני.

4. העובד המציא אישורי מחלה לתקופה מיום 18.03.2001 ועד  
ליום 22.3.2001, ושב לעבודה ביום 25.3.2001.

5. גב' מיטרני שלחה לעובד מכתב נוסף, נושא תאריך 20.3.2001,  
(נספח כו' לבקשה), שזו לשונו:  
"הנדון: יציאה לחופשה שנתית  
הריני להודיעך כי הוחלט על יציאתך לחופשה  
שנתית. התקופה מ- 26.3.2001 ועד ל- 6.4.2001 -  
ללא חיוב מכסת החופשה.  
מיום 9.4.2001 ועד ל- 30.6.2001 יציאה לחופשה תוך חיוב  
מכסת החופשה הצבורה אשר לזכותך".

6. לטענת העובד, המכתב הנ"ל נשלח אליו בפקס ביום 25.3.2001  
בשעה 13:21 למקום עבודתו בעיריה - המוקד העירוני.

7. באותו יום, נשלח מאת וועד העובדים אל מר עופר תודר, ממונה על  
כ"א בעיריה, מכתב (נספח כז' לבקשה), שזו לשונו:  
"הנדון: העובד אבי גורי  
וועד העובדים מתנגד לערוך שימוע בניגוד לחוקת  
העבודה לפי סעיף 82. וועד העובדים מבקש להעביר את  
הנושא של אבי גורי לוועדה פריטטית".

8. בהחלטה שניתנה ביום 28.3.2001 נקבע כי הליך השימוע שנועד  
להתקיים ביום 29.3.2001 לא יתקיים, וכי העובד אינו צריך להתייצב  
לשימוע.

9. בדיון שהתקיים ביום 3.4.2001 הגיש הצדדים להסדר מוסכם, שעיקרו  
יפורטו להלן:

א. לא יתקיימו חקירות של המצהירים ובית הדין יתן החלטתו על  
יסוד החומר שבתיק וסיכומי טענות הצדדים בשאלות השנויות

במחלוקת בין הצדדים.

ב. סיכומי טענות הצדדים יתייחסו לנושאים אלה :

(i) האם לנוכח רשימת טיעוני העירייה שצורפה לזימון לשימוע (הכוונה למסמך "מכתב הטיעונים") נספה כא' לבקשה, רשאית המשיבה לנקוט בהליך פיטורים בעילה של אי התאמה (בין אם כל הטיעונים או חלקם מקימים את העילה של אי - התאמה), או שעליה לנקוט בהליכי משמעת, בהם תדרוש את פיטורי העובד, בלבד?

(ii) אם רשאית העירייה לקיים הליך שימוע אם ועד העובדים מתנגד להליך השימוע?

(iii) האם היתה המשיבה רשאית להוציא את העובד לחופשה בנסיבות המקרה?

(iv) האם יש מקום לאכוף את השבתו של המבקש לעבודה בהתחשב במכלול נסיבות המקרה?

ג. המבקש לא יזמן לשימוע לפני מתן ההלטת בית הדין,

ד. עד למתן ההחלטה, המבקש לא ישוב בפועל לעבודתו, להסדר המוסכם בין הצדדים ניתן תוקף של החלטת בית הדין.

10. הצדדים הגישו סיכומים בכתב אם כי במועד מאוחר יותר מהמועד שנקבע בהחלטה).

האם העיריית רשאית לנקוט בהליך של פיטורים בעילה של אי התאמה?

11. השאלה המרכזית בה עלינו להכריע היא באיזה הליך על העירייה לנקוט לנוכח רצונה להביא את קשר העבודה עם העובד לידי סיומו - פיטורים בעילה של אי התאמה, או העמדה לדין משמעתי בפני בית דין למשמעת. כמוסכם בין הצדדים, נבחן שאלה זו בעיקר לנוכח "מכתב הטיעונים", שצורף לזימון לשימוע, וכן לנוכח החומר שבתיק.

12. כידוע, בהתאם לסעיף 171א לפקודת העיריות, ראש העירייה אינו מוסמך לפטר עובד עירייה אם הפיטורים היו מחמת עבירת משמעת. לכן, השאלה הקובעת בהליך זה היא האם פיטורי העובד הם בעילה של אי התאמה או בעילה של עבירת משמעת, אם פיטורי העובד הם בעילה של עבירת משמעת, חייבת העירייה לנקוט הליך משמעתי נגד העובד בבית הדין.

למשמעת, ואינה יכולה לפטרו בהתאם להוראת סעיף 171א לפקודת העיריות.

דב"ע נו/ 3-6 עיריית נהריה - בנימין אוסמו, פד"ע כט 530, בע' 537,

13. פסק הדין המנחה בעניין זה הוא דב"ע לז/ 3-93 מדינת ישראל . יואל חנוכי (פד"ע ט', 14), בו קבע בית הדין הארצי לעבודה כי :

"ברור שייתכנו מקרים שאותו עובד - מצויים בו השניים: אפשר להגיש נגדו תלונה לוועדת משמעת על עברות משמעת (סעיף 22 לחוק) ואפשר להעמידו לדין משמעת לפני ביה"ד למשמעת בסעיף 33 לחוק), אך ללא קשר לאלה אין הוא מתאים לעבודתו, או שקיימת סיבה להפסקת עבודתו שבלל אינה קשורה בעובד, כגון חיסול היחידה שבה הוא עובד. במקרה כזה לא יכול עובד לטעון, כפי שטען הילד בסיפורו של שלום עליכם, ש"טוב לי כי יתום אני". לא יוכל העובד לטעון: "כל עובד אחר במקומי אפשר היה לפטר בשל אי-התאמתו לעבודה או בשל צמצום במנגנון, ואני מוגן משום שאני חשוד בעבירות משמעת". טענה זו, כמובן, לא תישמע.

אשר יקבע במקרה זה הוא מה היתה למעשה הסיבה לפיטורים: הבאו הפיטורים בשל עבירת משמעת, (אין כל משקל לטענות כי יש לאבחן בין פיטורים בגלל עבירת משמעת או פיטורים עקב עבירת משמעת או פיטורים בקשר לעבירת משמעת, כפי שטענו. בהקשר הדברים כל אלהחד הם; או שהם באו למעשה, באמת ובתום לב, בשל כך שהעובד אינו מתאים לעבודתו ואותה אי התאמה אינה מוצאת את ביטוייה בעבירות המשמעת.

וכיצד יבחן בית הדין, אם פוטר העובד בגלל עבירת משמעת, ועל כן בניגוד לסעיף 68 לחוק המשמעת, או שהוא פוטר בשל "אי התאמה לעבודה" מכוח סעיף 15 לדבר המלך במועצה ?

אבן הבוחן תהיה בנתונים שהיו לשר עת החליט על הפיטורים או אישראת הפיטורים. ...

מכאן דרך הפיקוח השיפוטית - בית הדין יתן דעתו לנתונים שהיו בפניהם ואשר הביאו להחלטתו ויבחן, אם בטיעונים אלה יש עבירות משמעת או שהם כולם נתונים שאינם מתייחסים לעבירות משמעת".

שם, בע' 21 - 22.

14. ומן הכלל אל הפרט : למכתב הזימון לשימוע צורף "מכתב הטיעונים", ובמועד מאוחר יותר נשלח לעובד חומר נוסף - מכתבו של מר אדרת מיום 30.11.00 (נספח כג' לבקשה), במקרה הנדון, הן על פי הנפסק בענין חנוכי והן על פי ההסדר המוסכם בין הצדדים, עלינו לבחון אם כוונת העירייה לפטר את העובד (שכן, טרם נתקבלה החלטה סופית

באשר לפיטוריו של העובד) יסודה בעבירות משמעת של העובד או באי התאמה של העובד לתפקידו .

15. וזה נוסח מכתב הטיעונים שצורף למכתב הזימון :

\* מבלה זמן רב בשיטוט באינטרנט גם על חשבון עבודה. הוזהר לא אחת כי לא ימשיך לשוטט באינטרנט אך ממשיך בשלו.

\* בשיטוטים לעיתים נכנס לאתרים בלתי ראויים, עורך סקר בתי מלון, סקר מוקדים, סקר למכונת וכו', לאחר אזהרות רבות האינטרנט נותק לחודש אך לאחר שהוחזר האינטרנט המשיך בשלו.

\* מוציא תדפיסי תמונות לצרכים פרטיים במדפסת העירייה.

\* הוא לא עונה לטלפונים - גם אם הטלפון לידו מצלצל, הוא ממתין שמישהו אתר ירים את הטלפון. באופן זה, יוצר עומס על המערכת ובעצם פוגע בעובדים עמו, מצד אחד, ומצד שני התושב ממתין זמן רב עד שיענו לו.

\* חוסר משמעת שחוזר על עצמו, לא שומע.

\* לא מסייע ליתר העובדים בעבודתם. זורק על חברו לעבודה את הניירות ואומר לו להקליד.

\* קיבל לסגור תלונות אולם בפועל, לא מבצע את הסגירות.

\* לא לוקח פרטים של תושבים מתלוננים.

\* יוצא מן העבודה ללא אישור. על אף שנאסר עליו לצאת מן העבודה לסידורים, הוא יוצא מן העבודה, ללא אישור, לשעות רבות.

\* מדבר בזלזול עם עובדי העירייה בטלפון.

\* נעדר ימים רבים מן העבודה באופן חריג. נשלח לקרדיולוג אולם על אף דרישת העירייה לא המשיך את הבדיקות. פעמים רבות מודיע על כך שלא יגיע רק בבוקר יום העבודה.

16. כאמור, בעקבות בקשתו של העובד, הועבר אליו חומר נוסף מתיקו האישי, המסמך שהועבר לעובד הוא מוכר של מר שי אדרת לגב' רחל מיטרני מיום 30.11.2000 (נספח כג' לבקשה). הטענות במכתב זה הן כי העובד מתעסק ברוב היום בשיחות טלפוניות שלא בתחום העבודה ועוסק בגלישה באינטרנט, וכתוצאה מכך אינו מרוכז בעבודתו, דבר שיוצר עומס על בן/בתזוגו לצוות.

17. סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (משמעת) התשל"ח - 1978 מפרט את עבירות המשמעת של עובד רשות מקומית. אולם, נוסח ההגדרות בסעיף 9 הנ"ל רחב וכללי ביותר. לכן, על מנת לסווג את הטענות שהועלו כנגד העובד - עבירות משמעת או טענות אי התאמה - יש להיעזר בפסיקה. מעבר לבדיקה הספציפית של כל טענה שהועלתה כנגד העובד, הקובע הוא התמונה הכוללת: האם הרצון לפטר את העובד מעבודתו נובע מהפרות משמעת שהעובד מבצע או מאי התאמתו של העובד לתפקידו?

18. בעש"מ 3/75 אלפונסו דבוש נ' נציבות שירות המדינה ט"ד ל (1) ע' 231) הגדיר בית המשפט העליון באופן כללי מה היא פגיעה במשמעת, באומרו: "מהי פגיעה במשמעת אליה מתייחס סעיף 17(ו)? לא אמצה כאן תיאור כל יסודותיו וסימני האפיון של המושג 'משמעת', יספיק לצורך הנושא שבפנינו אם אומר כי המשמעת היא בעיקרה מערכת הנורמות, הנהליסוהנהגים, המסדירה אופן פעולתה של מסגרת אירגונית בעלת מעמד מיוחד, והקובעת סדריה ובכלל זה חובותיהם וסמכויותיהם של המשרתים בה, בזיקתם זה לזה ובזיקתם למסגרת עצמה. קיום המשמעת - ביטויה בהתנהגות על פי המערכת המתוארת".

....

חובת הציות היא אמנם סימן היכר מובהק של המשמעת אולם זו האחרונה אינה מתמצית בכך; חובת הציות אינה אלא אחד מן הביטויים המוחשיים לרעיון שהוא ממרכיבי היסוד של המשמעת, היינו קבלת המרות; מרכיב יסודי אחר הוא החובה לנהוג בדרך מוגדרת ולפעול בצוותא חדא, לשם ביצוע הלכה למעשה של יעודיה של מסגרת נתונה עליה הוחלה משמעות. מכאן שפגיעה במשמעת אינה לובשת דוקא לבוש של המריית פיו של מי שמוסמך להורות; יכול שהפגיעה תתבטא בדרך אחרת של סיכול פעולתה התקינה של המסגרת כולה ושל הכלים החיוניים להמשך הפעולה הנאות".

שם בע' 235 - 236.

19. להלן, נתייחס לעיקרי הטענות שהועלו כנגד העובד. נדגיש, את המובן מאליו, שאין באמור להלן משום קביעה שהעובד אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו על ידי העירייה. השאלה בה אנו דנים היא אם המעשים המיוחסים לעובד יש בהם כדי לגבש עילה לפיטורים עקב אי התאמה, אועילת לפיטורים עקב עבירת משמעת בלבד, לצורך דיון זה, אנו מניחים כיהטענות המיוחסות לעובד נכונות.

א. גלישה באינטרנט שלא לצורכי עבודה - המשמעות המעשית של הטענה היא כי העובד גולש באינטרנט על חשבון ובמקום ביצוע עבודתו, נראה לנו, שהתנהגות כזו היא עבירת משמעת מובהקת,

ב. מוציא תדפיסי תמונות פרטיות במדפסת של העירייה - במעשה

זה יש משום שימוש בציוד העיריה לצרכים פרטיים, וגם הוא מהווה עבירת משמעת מובהקת.

ג. חוסר משמעת שחוזר על עצמו, לא שומע - מהותה של טענה זו כעבירת משמעת עולה מנוסחה. ברור שמדובר בעבירת משמעת - אי ציות לממונים עליו והתעלמות מהם. הכלל הראשון במשמעת הוא חובת הציות לממונים, הפרת החובה לציית לממונים במקום עבודה בעל מבנה היררכי היא עבירת משמעת, (ער"מ 2/82 עיריית ת"א - יפו נ' רובין, פ"ד לו(3) 579, בע' 581 - 582).

ד. העדרויות מן העבודה ללא אישור, העדרויות חריגות - העדרויות מהעבודה מהוות עבירת משמעת, וגם מעשים אלה מהווים עבירות משמעת ברורות, (ער"מ 4/80 עיריית ת"א יפו נ' גמרמן, פ"ד לה(1) 218, בע' 219).

ה. מדבר בזלזול עם עובדי העיריה בטלפון - גם התנהגות זו מהווה עבירת משמעת ברורה (תב"ע נה/ 3-32 בנימין אוסמו נ' עיריית נהריה (לא פורסם), עבודה אזורי כרך א', 902).

ו. לא עונה לטלפונים, לא מסייע ליתר העובדים בעבודתם, לא לוקח פרטים של תושבים מתלוננים, לא מבצע סגירות של תלונות; מעשים אלה עונים לכאורה להגדרה של עבירת המשמעת המפורטת בסעיף 239) לחוק המשמעת - "לא קיים את המוטל עליו כעובד רשות מקומית על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור". יחד עם זאת, מעשים אלה יכולים לשמש גם בסיס לטענה של תיפקוד לקוי או חוסר עבודה ירוד, שהם עילה לפיטורים עקב אי התאמה נראו: ע"ע 300085/98 פאדיה חדאד נ' עיריית מעלות תרשיטא (לא פורסם), עבודה ארצי כרך לג(2) 2, נראה לנו, שיש לבחון מעשים אלה בהקשר הכולל של התנהגות העובד ושל מכלול הנסיבות כגון: מהות התפקיד, כישוריו של העובד. במקרה הנדון, נראה לנו כי יש להגדיר מעשים אלה של העובד כעבירת משמעת ולא כ"אי התאמה" לתפקיד. ראשית, מעשים אלה הם חלק ממכלול מעשים נטענים של העובד, שמהווים הפרות משמעת, שנית, וגם העיריה אינה טוענת אחרת, לא מדובר בתפקיד הדורש כישורים מיוחדים, והפעולות שעל העובד לבצע אינן מורכבות. סביר להניח, שאילו העובד היה רוצה בכך, היה מסוגל לבצע כהלכה את תפקידו כמוקדן.

20. ב"כ העיריה מסתמכת בסיכומי הטענות מטעמה על פסיקת בית הדין הארצי לעבודה בענין אנגלסמן (דב"ע מו/ 3-132 מלכה אנגלסמן נ' אורי עמית ואח', פד"ע יט 225) על פיה יחסי עבודה עכורים בין העובד לבין הממונה עליו יוצרים עילה של "אי התאמה". אין בידינו לקבל את טענת ב"כ העיריה. ראשית, בענין אנגלסמן, הפיטורים היו "פיטורי צמצום" ולא "פיטורי אי התאמה", ונקבע שם שבמסגרת קביעת שמות המועמדים לפיטורי צמצום מותר להביא בחשבון גם את השיקול של מערכת יחסים עכורה העובד לבין הממונה עליו. שנית, טבעי הדבר, שכתוצאה מביצוע עבירות משמעת נוצרת מערכת יחסים עכורה בין

עובד המפר משמעת לבין הממונה עליו. מובן גם, שכל עובד המפר משמעת אינו ממלא כהלכה את תפקידו, תפקודו לקוי והוא "אינו מתאים" לעבודתו, אולם, הקובע לסיווג עילת הפיטורים של העובד הוא מה מקור "אי שביעות הרצון", "מערכת היחסים העכורה" או "אי ההתאמה" של העובד לתפקידו. אם מקורם של כל אלה הוא בהפרות המשמעת שמבצע העובד, אזי עילת הפיטורים היא "עבירת משמעת", ויש לפעול לפיטורי העובד במסלול שהתווה חוק המשמעת, דהיינו העמדה לדין משמעת.

21. לאור כל האמור לעיל, אנו קובעים כי על יסוד רשימת טיעוני העיריה שפורטו ב"מכתב הטיעונים" והחומר שבתיק, העיריה אינה רשאית לנקוט בהליך פיטורים עקב אי התאמה.

האם רשאית העיריה לקיים שימוע אם וועד העובדים מתנגד לשימוע?

22. למעשה, לאור הכרעתנו בעניין עילת הפיטורים של העובד, הדיון בשאלה זו מתייתר, שכן אין בכוונת העיריה לערוך לעובד שימוע לפני העמדתו לדין משמעת. יחד עם זאת, נתייחס בקצרה לעניין זה.

23. סעיף 82 לחוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות (להלן - חוקת העבודה) קובע כך :

"בכל העניינים הנוגעים לעובדים בקשו עם העבודה ותנאיה או מילויחוקת העבודה, תדון ההנהלה תחילה עם ועד העובדים והסניף לפי יוזמת אחד הצדדים. אם ועד העובדים אינו מסכים להחלטת ההנהלה, עובר הענין הנדון למו"מ בין ההנהלה ובין המרכז. כל הוראה של ההנהלה שיש בה משום פגיעה בענייני העובדים או בניגוד לחוקה, הוצאתה לפועל נדחית עד לגמר הדיונים לפי הסעיף הבא".

24. לטענת העובד, בהחלטת העיריה לזמנו לשימוע יש משום "פגיעה בענייניו", לנוכח העובדה כי מטרת השימוע היא לאפשר לעובד להשמיע את דבריו בקשר להחלטת העיריה לפטרו. לפיכך, מכוח סעיף 82 לחוקת העבודה, כאשר וועד העובדים מתנגד לפיטורים, העיריה מנועה מלבצע את הליך שימוע עד לסיום הדיונים בינה לבין וועד העובדים. זאת ועוד, לטענת העובד, אין כל משמעות לשימוע, לאור התנגדות וועד העובדים לפיטורי העובד, משום שממילא לא תוכל העיריה לקדם את הליכי פיטוריו של העובד לאור עמדת וועד העובדים. מסקנת העובד היא שוועד העובדים רשאי להתנגד לעריכת השימוע לעובד עד להסדרת שאלת פיטוריו עם וועד העובדים בהתאם להוראות חוקת העבודה.

25. לטענת העיריה, העובד אינו יכול להסתמך על הוראת סעיף 82 לחוקת העבודה, בהיותה הוראה אובליגטורית ולא הוראה נורמטיבית בהסכם קיבוצי. עוד טענה העיריה כי סעיף 82 אינו חל במקרה הנדון, באשר אין מדובר במחלוקת ב"עניינים הנוגעים לעובדים בקשר עם העבודה ותנאיה", ובדאי שלא הופרה הוראה כלשהי של חוקת העבודה.



26. נראה לנו, שכלל אי תחולה לסעיף 82 במקרה הנדון, ואין וועד העובדים יכול למנוע מכוחו עריכת הליך שימוע לעובד. אנו סבורים, שבמקרה הנדון חלות ההוראות הספציפיות בחוקת העבודה המסדירות את ההליכים לפיטורי עובד רשות מקומית, ולכן אין תחולה לסעיף 82 לחוקת העבודה.
27. פיטורי עובד רשות מקומית מוסדרים באופן מפורש בחוקת העבודה. סעיף 70 לחוקת העבודה מסדיר את הליכי הפיטורים של עובדי עיריה קבועים. על פי סעיף 70 לחוקה "פיטורי עובדים ייעשו רק מסיבה מספקת ותוך הסכמה הדדית בין הרשות ובין ועד העובדים או מרכז הסתדרות הפקידים, ובאין הסכמה עוברת ההכרעה לבוררות מוסכמת בהתאם לסעיף 84".
- מהסעיף הנ"ל עולה כי מעורבות וועד העובדים בהליך הפיטורים באה בשלב השני, לאחר שבשלב הראשון העיריה גיבשה את החלטתה לפטר את העובד, והיא מעוניינת לממש את החלטתה, ופונה בעניין זה לוועד העובדים.
28. הליך השימוע לעובד הוא הליך מקדמי שהעיריה חייבת לעשותו על מנת לפנות לוועד העובדים בעניין פיטורי עובד, לאחר הליך השימוע, מחליטה הרכב השימוע מהי המלצתו, ראש הרשות מחליט אם לאמץ את המלצת הרכב השימוע ואם לפטר את העובד, ואז מביא את החלטתו לאישור מועצת הרשות או ועדה שמונתה על ידה, רק לאחר גיבוש החלטת הרשות לפטר את העובד בכל השלבים האלה, מגיע השלב של פניה לוועד העובדים על מנת לנהל מו"מ בנוגע לפיטוריו. יתר על כן: קיום דיון עם וועד העובדים או דיון בוועדה פריטטית בנוגע לפיטוריו של העובד, ללא שנערך קודם לכן לעובד הליך שימוע על ידי העיריה, יהווה פעולה שלא כדין של העיריה.
29. משמעות התניית עריכת שימוע לעובד בהסכמת וועד העובדים תהיה למעשה סיכול ההליכים לפיטוריו של העובד על פי חוקת העבודה, שכן עריכת השימוע היא למעשה תנאי מוקדם לפניית העיריה לוועד העובדים. לא יתכן לאפשר מצב שוועד העובדים ימנע את השלב הראשון בהליך פיטורי עובד, ובכך יסכל המשך הליכי הפיטורים על פי השלבים שנקבעו בחוקת העבודה (מו"מ עם ועד העובדים או הסתדרות הפקידים ולאחריו, בהעדר הסכמה - בוררות מוסכמת על פי סעיף 84 לחוקה).
30. זאת ועוד, עצם עריכת הליך השימוע אינה מהווה פגיעה בעניינו של העובד, ההיפך הוא הנכון. הליך השימוע מאפשר לעובד להעלות את טענותיו והשגותיו בקשר לטיעוני העיריה וכוונתה לפטר. אין בקיום הליך השימוע גם משום פעולה בניגוד לחוקה, שכן אין הוא מהווה נקיטת הליך של פיטורים. לכן, גם על פי נוסח סעיף 82 לחוקת העבודה, אין מקום לדחות את הליך השימוע עד לקיום המו"מ בין העיריה לבין נציגות העובדים.

המו"מ בין העירייה לבין נציגות העובדים צריך להתקיים על עצם פיטוריה העובד, אם העיריית מחליטה לפטרו לאחר הליך השימוע, ולא על נקיטת הליך שימוע לעובד.

האם יש מקום יאכוף את השבתו של המבקש לעבודה כמוקדן במוקד העירוני בהתחשב במכלול נסיבות המקרה ?

31. ב"כ המבקש טען כי הסעד הראוי במקרה זה הוא אכיפת השבתו של העובד לעבודה, שכן "אחרת לא יוותר בידי בית הדין הנכבד אלא להכשיר את המעשה הפסול של המשיבה ובכך ליתן גושפנקא לשרירות ואי חוקיות במעשה של רשות ציבורית אשר אמור להיבחן על פי קני מידה הנוקשים ביותר".

איננו מקבלים טענה זו של המבקש, לא בהיבט העקרוני ולא בהיבט הקונקרטי של המקרה הנדון.

32. אמנם, על פי הפסיקה שניתנה בתקופה האחרונה (ראו למשל - ע"ע 359/99 ללאה לויין נ' רשות השידור (טרם פורסם)), ניתן משקל לעצם? הזכות לעבוד, העומדת בנפרד מהזכות להשתכר בכבוד נפסק, שלעובד זכות מעין קניינית לעבודה. לעובד יש את הזכות לא רק להשתכר בכבוד אלא גם להינות מהעבודה, לעסוק במה שהוא מיומן בו, לעסוק במלאכה ולא ללכת בטל. אולם, זכות זו, ככל זכויות האדם, אינה זכות מוחלטת, ויש לאזנה עם זכויות אחרות, כגון : זכות המעביד לנהל את עסקו ; זכויותיהם של עובדים אחרים במקום העבודה; זכויותיהם של המשתמשים בשירותיו של המעסיק (תושבי העיר, צרכנים וכו'). בנוסף לשיקול של איזון אינטרסים בין זכות העבודה של העובד לבין זכויות אחרות, על בית הדין להביא בחשבון שיקולים נוספים, כגון : תום לבם של המעביד ושל העובד ; ההשפעה שתהיה לאכיפת עבודתו של העובד על יחסי העבודה וסדרי העבודה במקום העבודה.

33. יישום השיקולים במקרה הנדון מביא אותנו למסקנה שאין לאכוף את עבודתו בפועל של העובד על העירייה באופן מייד, וזאת מנימוקים אלה :

א. מהמסמכים שצורפו לתצהירו של העובד ולתצהיר מטעם העירייה עולה שמאז חודש אוגוסט 2000 מנסה העירייה לפעול לשילובו של העובד בתפקיד מתאים. למעשה, היתה קיימת הסכמה להעביר את העובד מתפקידו כמוקדן במוקד העירוני. בענין זה אנו מפנים למכתבו של וועד העובדים מיום 21.8.00 (נספח יז' לתצהיר גב' מיטרנק ולפרוטוקול הדיון מיום 4.9.2000 (נספח יז' לבקשה). למעשה, גם העובד, במועדים שונים, הביע הבנה לכך שעליו לשנות את תפקידו (נספח טו' ונספח יט' לבקשה), ממסמכים אלה עולה שיש ממש בטענת העירייה שאין מקום להמשך עבודתו של העובד במוקד העירוני.

ב. אמנם, וועד העובדים חזר בו מהסכמתו לניוד העובד. כיון שוועד

העובדים לא היה צד להליך ולא טען בפנינו, וכיוון שהצדדים לא טענו לעניין זה, לא נקבע עמדה בנוגע לטענת העירייה כי הוועד חזר בו מהסכמתו משיקולים זרים, עקב חילוקי דעות בנושאים אחרים עם העירייה, ולא משיקולים ענייניים. כמו כן, לא נדון בשאלה אם וועד העובדים היה בכלל רשאי לחזור בו מהסכמתו לנייד את העובד (השוו : דב"ע מה/ 3-109 אורדן 3' צביקל, פד"ע יז 428, בע'436). מכל מקום, עובדה היא כי גם וועד העובדים הסכים כי יש מקום להעביר את העובד מתפקידו כמוקדן, ולעובדה זו יש לתת משקל בהחלטה אם ליתן לעובד סעד של אכיפה.

ג. על פי סיכום הדיון מיום 4.9.2000 (נספח יז' לבקשה) היה על העובד, במקרה שלא יתקבל לתפקיד במחלקת הנדסה, לפנות לרופא תעסוקתי לבדיקת כושר עבודה, עד למועד הדיון בבקשה, למעלה מחצי שנה לאחר מועד זה, לא השלים העובד את הבדיקות הרפואיות הדרושות על מנת שרופא תעסוקתי יקבע את כושרו לעבודה. בהתנהגותו, סיכל העובד את האפשרות לבחון את התאמתו לתפקיד אב בית בבית ספר או לתפקיד חלופי אחר בעירייה. לדעתנו, הימנעותו של העובד מלהשלים את הבדיקות והתהליך אצל הרופא התעסוקתי מהווה התנהגות הנגועה בחוסר תום לב, ועובדה זו שוקלת נגד מתן צו אכיפה לטובת העובד.

ד. אמנם, מדובר בהליך של בקשה לסעד זמני, ולא נשמעו עדויות בפנינו. אולם, התרשמנו, רק על יסוד התצהירים והמסמכים שצורפו להם, שלעירייה טענות כבדות משקל כנגד העובד, אשר לפחות לחלקן יש בסיס. טענות אלה של העירייה מטות את הכף להימנעות מאכיפת עבודתו בפועל של העובד. בהקשר זה יש להדגיש שני אלה :

(i) מעבר לטענות סתמיות בתצהירו של העובד כי טענות העירייה היו "הפתעה גמורה בשבילו" וכי נשלח פעמיים להשתלמויות אשר נערכו בבתי מלון "כאות לעבודתי הטובה והמסורה בתפקידי כמוקדן", לא התייחס המבקש בתצהירו באופן ענייני ומפורט לטענות העירייה. גם בתצהירו המשלים, שהוגש לאחר שהוגש התצהיר מטעם העירייה, לא הניב העובד באופן ענייני לטענות העירייה כלפיו.

(ii) יתר על כן. העובד אישר במכתבו מיום 15.3.2001 (נספח טו') לתצהיר גב' מיטרני) לפחות טענה אחת של העירייה - גלישה באינטרנט בשעות העבודה - אולם טען כי הדבר אינו פוגע בעבודה וכי כמוהו נוהגים עובדים רבים בעירייה. טענותיו של העובד בהקשר זה אינן משכנעות. ראשית, איננו מקבלים את הטענה כי גלישה באינטרנט על חשבון שעות העבודה אינה פוגעת בעבודה, ומונעת מהעובד למלא כראוי את תפקידו. מכל מקום, גלישה באינטרנט לצרכים פרטיים מהווה שימוש במשאבי המעביד שלא לצרכי העבודה. כמו כן, מקבל העובד שכר בעבור שעות בהן אינו מבצע את עבודתו.

שנית, העובדה, שכך נוהגים גם עובדי עירייה אחרים, אינה שוללת את העובדה שהתנהגות העובד מהווה עבירה משמעת. בעש"מ 6978/00 מאיר מוטיל נגד נציב שירות המדינה (טרם פורסם, פסק דין מיום 12.11.00) אמר כבוד השופט (בדימוס) זמיר :

"מכל מקום, ברור כי מן הבחינה של בית הדין למשמעת, ובדוגת ערעור גם מן הבחינה של בית משפט זה, הטענה כי עובדים נוספים, גם אם הם עובדים רבים, נוהגים לעבור אותה עבירה, באופן גלוי ומתמשך, אינה מכשירה את העבירה. עבירה נפוצה עדיין היא עבירה. יתירה מזאת, לא פעם ניתן לומר כי עבירה, ככל שהיא נפוצה יותר, כך היא פוגעת יותר. עצם הריבוי מוסיף סכנה. לכן ראוי להיאבק בעבירה כזאת ביתר נחישות, גם כשמדובר באחד העבריינים, כדי שאחרים יראו וייראו".

ה. שיקול נוסף שיש להביאו בחשבון הוא ההשפעה שתהיה לצו שיאכוף את עבודת העובד בפועל על יחסי העבודה ועל סדרי העבודה בעירייה. מהמסמכים שצורפו לתצהירי הצדדים עולה כי לאכיפת עבודתו בפועל של העובד עלולה להיות השפעה שלילית על תפקודו של המוקד העירוני. כמו כן, אכיפת עבודתו בפועל שלהעובד עלולה לפגוע בזכויות עובדים אחרים במוקד, אשר עקב התנהגות העובד נוצר עליהם עומס עבודה רב יותר.

34. לאור כל השיקולים שמנינו לעיל, נראה לנו, שמאזן הכוחות מחייב שלא להשיב את העובד לעבודתו כמוקדן באופן מיידי. במצב שנוצר, כאשר הוברר לעירייה בהחלטה זו כי אינה רשאית לפטר את העובד בהליך של אי התאמה, יש לתת לעירייה פרק זמן, על מנת שתוכל להחליט על צעדיה הבאים : אכיפת החלטת הניוד על העובד, תוך התמודדות עם השינוי שחל בעמדתו של וועד העובדים; העמדת העובד לדין משמעתי, לרבות נקיטת צעד של השעיה ; כל צעד אחר, שהעירייה רשאית לנקוט על פי דין ועל פי הוראות חוקת העבודה. נראה לנו, שיש לתת לעירייה פרק זמן בו תוכל למצות את ההליכים לבירור טענותיה כנגד העובד ולמניעת החזרתו לעבודה במוקד. מובן, שטוב יהיה אם פרק זמן זה ינוצל למציאת פתרון ראוי ומוסכם על העירייה, נציגות העובדים והעובד.

35. לא נעלם מעונינו כי החלטה המונעת מהעובד לשוב בפועל לעובדה פוגעת בזכותו של העובד. אולם, כאמור לעיל, בכל מקרה יש לערוך את איזון האינטרסים בין זכותו של העובד לבין זכויות אחרות ולהביא בחשבון שיקולים שונים, אותם מנינו לעיל. במקרה הנדון, נראה לנו שהאיזון הנכון מביא לתוצאה לפיה אכיפת עבודתו של העובד תושהה לפרק זמן בן ארבעה חודשים מיום מתן החלטה (בכפוף כמובן לכל החלטה אחרת שתתקבל כדין בעניינו של העובד).

האם רשאית העירייה להוציא את העובד לחופשה?

36. נותרה להכרעה השאלה אם, בנסיבות המקרה, ולאחר שקבענו שאין לאכוף באופן מיידי את עבודתו של העובד על העיריה, רשאית העיריה להוציא את העובד לחופשה שנתית, לאחר מתן הודעה מוקדמת בת 14 יום.
37. לטענת העיריה, על פי דין נתונה לה הסמכות לקבוע את מועדי חופשתו של העובד, ובלבד שתינתן על כך לעובד הודעה מוקדמת בת 14 יום. מוסיפה העיריה וטוענת כי הוצאתו לחופשה של העובד נעשתה מטעמים ענייניים, שכן אין צורך לעיריה בהמשך עבודתו במוקד, הן על רקע הרה אירגון והן על רקע תיפקודו הלקוי, ואילו העובד מתנגד להעברתו לתפקיד אחר. בנסיבות אלה, אולצה העיריה להוציא את העובד לחופשה.
38. מנגד טוען העובד כי פסולה הוצאה לחופשה שנתית של עובדים אם אותה פעולה באה כסנקציה כנגד, והיפנה לדב"ע לו/ 4-5 משה גינסטלר נ' מדינת ישראל (פד"ע ח' 3). לטענת העובד, הוצאתו לחופשה מהווה השעייתו מעבודה, תחת המסווה של חופשה שנתית.
39. אכן, מחובתו של המעביד להוציא עובד לחופשה. כמו כן, מסמכותו של המעביד לקבוע את המועדים בהם יצאו עובדים לחופשה. אולם, סמכות זו, ככל סמכות אחרת, על המעביד להפעיל בתום לב. הפעלת סמכות זו בתום לב משמעה שיש להפעילה תוך תיאום עם העובד והתחשבות בצרכיו, ושאינן "להוציא" עובד לחופשה שנתית במועד ולפרק זמן שאין להם ולחופשה שנתית ולא כלום (פסק דין גינסטלר, בע' 32 לפסק הדין).
40. הפעלת הזכות בתום לב בהקשר הנדון משמעה גם כי אין להשתמש בהוצאת העובד לחופשה כתחליף להליכים אחרים, כגון השעיה במקרה שמדובר בעבירות משמעת, או כאמצעי להשיג מטרה אחרת, כגון ניוד העובד לתפקיד אחר. זאת, כשם שלעובדים אסור להשתמש ביציאה לחופשה כתחליף לפעולה אחרת, כגון שביתה (דב"ע מז / 4-29 ההסתדרות נ' תדיראן, פד"ע יט 372, בע' 375).
41. לכאורה, על פי האמור לעיל, אין העיריה רשאית להוציא את העובד לחופשה, באשר אין ספק כי לא מדובר בהוצאת העובד ל"חופשה שנתית" במשמעות הרגילה של המונח, אלא ב"פתרון" למצב שנוצר - אי רצונה של העיריה בהמשך העסקתו במוקד העירוני ו"כשלונה", נכון למועד זה, להביא להעברתו של העובד לתפקיד אחר או לפיטוריו.
42. אולם, מתעוררת השאלה, אם בנסיבות בהן קובע בית הדין כי מוצדק שלא לאכוף על המעביד את עבודתו בפועל של העובד, מסיבות שונות, המעביד אינו רשאי לחייב את העובד לנצל את מכסת החופשה הצבורה העומדת לזכותו. תוצאה השוללת מהמעביד זכות זו, מביאה לתוצאה לפיה העובד, שבמעשיו גרם לכך שהמשך עבודתו בפועל הוא בלתי אפשרי, נהנה מקבלת "שכר" ללא שיעבוד בפועל, על חשבון המעביד או, כבמקרה הנדון, על חשבון ציבור תושבי העיר, ובמקביל לכך ממשיך ליהנות ממכסת חופשתו הצבורה, אותה יוכל לנצל בעתיד או לקבל בעבורה פדיון חופשה. יתכן, שיש מקום לשקול שבמקרים מסוג זה, יהיה המעביד רשאי לחייב את העובד לנצל את מכסת חופשתו הצבורה.

43. נראה לנו, שאין מקום להכריע בשאלה זו בהחלטה בבקשה לסעד זמני, כאשר לא נקבעו על ידינו ממצאים עובדתיים, ויש להותיר שאלה זו להכרעה בהליך העיקרי. אז, יהיו בידינו ממצאים עובדתיים באשר לאופן עבודתו של העובד, וכן תינתן לצדדים הזדמנות לטעון באופן מפורט לעניין זה.
44. לאור האמור, השאלה אם העובד שהה בחופשה שנתית מיום 9.4.2001 ועד ליום 30.6.2001 תוכרע על ידינו בהליך העיקרי. בשלב זה, ישולם לעובד שכרו המלא בעד התקופה בה לא יעבוד בפועל על פי החלטה זו, וכאמור, שאלת מעמדה של תקופה זו, או חלקה, תוכרע על ידינו בהליך העיקרי.
45. לסיכום, אנו קובעים כמפורט להלן :
- א. על יסוד רשימת טיעוני העירייה שפורטו ב"מכתב הטיעונים" והמעשים המיוחדים לעובד, העירייה אינה רשאית לנקוט בהליך פיטורים עקב אי התאמה.
- ב. העירייה רשאית לקיים לעובד הליך שימוע, גם אם וועד העובדים מתנגד לקיום ההליך.
- ג. בהתחשב במכלול נסיבות המקרה, אכיפת עבודתו בפועל של העובד תושהה לפרק זמן בן ארבעה חודשים מיום מתן החלטה זו.
- ד. במהלך התקופה בה העובד לא יעבוד בפועל, ישולם לו שכרו המלא.
- ה. השאלה אם בנסיבות מקרה זה ניתן לזקוף את הימים בהם העובד לא יעבוד בפועל על חשבון מכסת ימי החופשה השנתית הצבורים שלו, תוכרע בהליך העיקרי.
46. הוצאות בגין בקשה זו יובאו בחשבון בעת פסיקת ההוצאות בפסק הדין הסופי.
47. דיון מוקדם בתביעה העיקרית יתקיים ביום 10.6.2001 שעה 10:00.