

לצאת ידי שימוע – עקרון השימוע במבט אנליטי*

מיכל הורוביץ**

במאמר זה אבקש לבחון באופן אנליטי את מעמדו הראוי של עקרון השימוע בשיח המשפטי הנוהג, ולערוך בשוליו דיון מִטְּ־ביקורתי המבליט את הצורך במימד מציאותי בתחום הביקורת החברתית-המשפטית. כפי שאצביע, למרות מרכזיותו של עקרון השימוע ככלי להגנת העובד מפני פיטורים לא־מוצדקים, נכון להיום לא נערך דיון מובנה ביסודותיו ובהצדקות לקיומו. חוסר זה בולט במיוחד לנוכח המגמות המבקשות להכיל את עקרון השימוע גם במגזר הפרטי. לטענתי, מהלך כזה, ללא בניית מתווה תיאורטי אשר ידגיש את "יעילותו הכלכלית" של העיקרון, עלול להביא לידי יישום ריק מתוכן, שאותו אני מכנה "לצאת ידי שימוע".

מתוך נאמנות להוראותיו של חוק יסודות המשפט, וכפתיח לדיון האנליטי, אבקש להציג סקירה משווה, תוך בחינת מקרה השימוע מזווית מקראית והצגת הדין המנהלי במשפט האמריקאי. כפי שנראה, שתי הגישות מתאפיינות בעמדה מציאותית המדגישה את הצורך ביצירת הצדקה תועלתנית ליישום של העיקרון. בהמשך המאמר אציג דיון ביקורתי סינתטי בנוגע למקומו של עקרון השימוע במשפט הישראלי הנוהג. דיון זה יבקש לאתר את ההצדקות התיאורטיות להגנה על עיקרון השימוע כפי שהן עולות מהפסיקה. במהלכו של הפרק תיבחן שאלת ההגדרה של העיקרון כזכות המוענקה לעובד או כחובה המוטלת על המעביד, וזאת לנוכח דרישת המידתיות המופיעה בפסקת ההגבלה. לאחר־מכן אבקש לבחון את שורשיה של הזכות, הקשורים לעקרון ההגנה העצמית ולחובת ההגינות. הדיון המוצע ייערך תוך שילוב נקודת־הראות המשווה ולאור המגמות המופיעות בפסיקה הישראלית.

העמדה המובאת במאמר זה ברורה. בחינה אנליטית השוואתית של הזכות לשימוע מצביעה על כך שגם למעביד יש אינטרסים בקיומה. הדגשה זו אין בה כדי להחליש את ההגנה הניתנת לעובד, אלא מהווה התאמה הכרחית למשק הפועל משיקולי עלות־תועלת.

* ברצוני להודות לד"ר אהוד נורי על הערותיו המועילות למאמר זה.
** מרצה בבית־הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

מבוא

- פרק א: זכות השימוע – מקרה אבימלך בניתוח משפטי
- פרק ב: דין משווה – זכות השימוע במשפט המנהלי האמריקאי
1. תנאים מקדמיים להענקת זכות שימוע בדין האמריקאי
 - (א) זכאות למשרה
 - (ב) ציפייה אובייקטיבית
 2. שיקולי יעילות כלכלית במתן זכות שימוע
 - (א) הלכת *Mathews*
 - (ב) הליך השימוע ככלי לאיסוף מידע בידי המעביד
 - (ג) יישום הלכת *Mathews*
 3. העמדה הדווקנית
 4. סיכום
- פרק ג: ההלכה והצדקתה – עקרונות השימוע במשפט הישראלי
1. מבוא
 2. עקרון השימוע – דיון מקדמי
 3. עקרון השימוע – בין זכות לחובה
 - (א) עמדת הפסיקה
 - (ב) מבט משווה
 4. עקרון השימוע – נגזרת מזכות ההגנה העצמית
 - (א) מבט משווה
 - (ב) סיכום
 5. הצידוקים להענקת זכות שימוע המונחים בבסיס האינטרס של המעביד
 - (א) מבט משווה
 - (ב) סיכום
 6. שינויים ומגמות
- פרק ד: מסקנות

מבוא

בימים של הפרטה, קיצוצים לשם התייעלות וגמישות ניהולית, עולה במשנה תוקף סוגיית מעמדו של העובד ודרכי ההגנה על מקום עבודתו במקרה של פיטורים. אמת, במישור הקיבוצי עומדים לארגון העובדים כלים שונים ורבי-עוצמה המאפשרים לארגון להיאבק על מקור פרנסתם של החברים בו, כגון שביתה, עיצומים, מאבק על דעת-הקהל ועוד. אולם לגבי העובד כיחיד, הניצב אל מול המעביד, כלים אלה אינם בנמצא, וייתכן כי הזכות היחידה העומדת לו היא להשמיע את קולו ולנסות לשכנע את מעבידו לבטל את רוע הגזירה

על השלכותיה השונות. התמקדות בנושא זה מציבה במרכז הדיון את עקרון השימוע על מורכבותו.

דיון זה בעקרון השימוע מתחדד במשק המקבל את החלטותיו משיקולים קרים של יעילות כלכלית,¹ שכן במקרים רבים ההחלטה על הפיטורים היא החלטה אשר נופלת מחוץ לגדרי המפעל ומבוססת על חישובי עלות-תועלת, כך שיכולתו של עיקרון זה לשנות את החלטת הפיטורים מוטלת בספק. בהקשר זה מתעוררת השאלה אם קיימת הצדקה עניינית לקיומו של עקרון השימוע בלבושו הנוכחי. שאלה זו מקבלת משנה חשיבות לנוכח הקריאות להרחיב את עקרון השימוע אף מעבר לכור-מחצבתו המסורתית, קרי, המשפט הציבורי. לטענתי, בטרם נדון בהרחבת תחולתו של עקרון השימוע גם למגזר הפרטי, יהיה נכון לכחון את יישומו במשפט הנוהג ואת יסודותיו התיאורטיים. בהתאם, אבקש לערוך דיון אנליטי בעקרון השימוע, תוך התמקדות בכמה עקרונות יסוד הניצבים בבסיסו ויצירת תמונה כוללת המבוססת על מסקנות פרטניות מכל דיון.

לטענתי, זכות השימוע בגרסתה הנוכחית הינה זכות ריקה מתוכן אשר אינה מעניקה הגנה של ממש לעובד במגזר הציבורי, לא כל שכן לזה שבמגזר הפרטי. ניסיון לכפות על המעביד מתן זכות שימוע – דינו להיכשל. המירב שמהלך כזה משיג הוא "לצאת ידי חובת שימוע", קרי, התמקדות בפן הפורמלי של ההליך. לפיכך יש מקום להתייחס מחדש לזכות השימוע באופן שיפשט את ההליך מבחינת המעביד וידגיש את התועלת הכלכלית הגלומה בו גם לגביו. יודגש: הצבעה על שיקולי תועלת מבחינת המעביד אין בה כדי להחליש

1 ראוי לציין כי שיקולי היעילות הכלכלית אינם שיקולים היקפיים המשמשים בשולי קבלת ההחלטה, אלא מהווים את לב-ליבו של הליך קבלת ההחלטה, כפי שעולה ממאמרו של עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 263 (1992): "בפרספקטיבה רחבה – מבחינת היקף וזמן – התופעה הקרויה הגישה הכלכלית למשפט לא תיראה תופעה חריגה. אנו מצויים כיום בעיצומו של עידן חדש במדעי החברה... במסגרת זו, הסוציולוגיה, מדעי המדינה, הפסיכולוגיה ואפילו הפילוסופיה, כמו גם המשפט, מושפעים מ'אימפריאליזם' של מדע-הכלכלה. צורת המחשבה הכלכלית, מתודות הניתוח, כלי-המחקר ואפילו הפילוסופיה הכלכלית מיושמים בכל אחת מדיסציפלינות אלו." לעניין זה יפים דבריו של פוזנר, מי שנחשב לאביה של עמדת כלכלת המשפט, הגורס כי עקרון מקסום העושר הוא למעשה אמת-המידה היחידה שראוי כי תכריע בשאלת רציותו של חוק. זאת, מכיוון שמקסום העושר החברתי יביא, לטענתו, לידי מקסום שאר הטובות החברתיות: "In a recent article I argued that a society which aims at maximizing wealth, unlike a society which aims at maximizing utility (happiness), will produce an ethically attractive combination of happiness, of rights (to liberty and property), and of sharing with the less fortunate members of society." Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 HOFSTRA L. REV. 487 (1987). במאמר מוסגר ראוי להביא את ביקורתו של אריסטו, הגורס כי "אשר לחיים המוקדשים לעשיית רווחים, אין בוחרים בהם אלא מתוך כפיית-מה, וברור שלא העושר הוא הטוב המבוקש; שהרי אינו אלא מועיל, ומשמש לשמו של מה שהוא אחר." אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 20 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985).

את ההגנה הניתנת לעובד, שהרי ביסוס צידוק להענקת זכות שימוע לא רק משיקולים של הגנת העובד, אלא גם משיקולים של תועלת למעביד, יתאים את עצמו למשק הפרטי, אשר מתנהל בהתאם לשיקולי עלות-תועלת, ויחזק לפיכך את ההגנה הניתנת לעובד מכוחה.

אפתח אם כן בדיון משרה² המציג את אחד ממקרי השימוע הראשונים הידועים במורשת ישראל, הוא מקרה אבימלך.³ בהמשך אבחן את עקרון השימוע במשפט המנהלי האמריקאי, ואסיים בדיון אנליטי במשפט הישראלי, תוך הארת המתווה התיאורטי של עקרון השימוע באופן המאפשר חיזוי דעה בנוגע להתפתחויות ומגמות עכשוויות בתחום. במהלך דיון זה במשפט הישראלי אשלב דיון במשפט המשווה, אשר רלוונטי לסוגיות המשפטיות העולות באותו פרק.

פרק א: זכות השימוע – מקרה אבימלך בניתוח משפטי

בפרק זה, המהווה מעין פתיח לדיון הנרקם בעקרון השימוע, אבקש להציג בקצרה סיפור מקראי העוסק בסוגיית השימוע, וזאת תוך הצצה חטופה לעקרונות הצדק במורשת ישראל ולשורשיה הקדומים של סוגיית השימוע במקרא. מקרה זה יתבסס על ניתוח משפטי ממקד⁴ של סיפור אבימלך המופיע בספר בראשית, פרק כ, פרשת וירא. התמקדות זו בעקרון השימוע הניצב במרכז העלילה מאפשרת להשתמש בסיפור המקראי כמקור משפטי משרה ולחקור את שורשיה הרעיוניים של זכות משפטית נוהגת.⁵

2 בביטוי "דיון משרה" כוונתי להצביע על הליך מחשבתי המשתמש באופן קונקרטי במקור ההשראה המקראי.

3 בראשית כ 3-7.

4 יודגש כי אין בכוונתי להציג את הדין העברי בסוגיית השימוע, אלא להשתמש בטקסט המקראי גופו כמקור משרה לסוגיה זו, וזאת בהתאם לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 978.

5 לשאלת הלגיטימיות של המקור המקראי יש פנים רבים, אשר ראויים לדיון מקיף ומכילים שאלות פוליטיות ורגשיות כבדות-משקל אשר מטרתן המוצהרת היא להימנע מהן. לפיכך אבחר לאמץ גישה כוללנית מִטְּ-הלכתית, שתאפשר לי להציג את פרשיית אבימלך באופן מקטין חיכוכים, הנשען על אופייה האוניוורסלי ביותר של מורשת ישראל. מגמה אוניוורסלית זו עולה בקנה אחד עם הוראתו הברורה של חוק יסודות המשפט. בביטול סי' 46 לדבר המלך במועצתו בארץ-ישראל, ובחקיקתו של חוק יסודות המשפט, נפתח הפתח להגדרת המשפט הארץ-ישראלי מתוך עצמו, קרי, מתוך הישענות על יסודותיה של "מורשת ישראל". במקרה של לקונה – מקרה שבו עולה הצורך בחידוש – חוק יסודות המשפט מורה לנו לפנות למורשת ישראל. הוראתו של החוק הינה חד-משמעית, ונשענת על הצדקה תכליתית שאינה משתמעת לשני פנים, הנובעת מהניעה לאומית ברורה המבקשת להתנתק מהתלות בשיטת

סיפור אבימלך, שבמהלכו מודיע קול הגבורה לאבימלך "הנך מת", מציב במרכזו את סוגיית השימוע. בתגובה על פסק־דינה של הגבורה נוטל אבימלך את זכות השימוע, שאכן מצילה את חייו, באומרו: "אדני הגוי גם צדיק תהרג". בשלב זה אבקש להציג בקצרה את סיפור העלילה מהווית התורנית המקובלת, ובהמשך אעמוד על עקרונות משפטיים קונקרטיים הנובעים ממנו, תוך שימוש בכלים ובמונחים משפטיים המקובלים במשפט הישראלי. אפתח בתיאור הרקע והעלילה.

העתקת מגוריו לארץ פלשתים – אל אזור שלטונו של מלך גרר, הוא אבימלך – הובילה את אברהם להתנהלות עניינים סבוכה: אברהם, המודע ליופייה של שרה אמנו, מצווה עליה לומר כי אחותו היא, בשל חששו שהמלך יתאוה ליופייה. אכן, חששותיו מתגלים כמבוססים, ועם הגיעם לגרר שולח אבימלך ולוקח את שרה לביתו, ובלשונו התמציתית של המקרא:

"ויסע משם אברהם ארצה הנגב וישב בין קדש ובין שור ויגר בגרר; ויאמר אברהם אל שרה אשתו אחתי הוא וישלח אבימלך מלך גרר ויקח את שרה"⁶

לקחת שרה לבית אבימלך היא הפותחת את סוגיית השימוע הניצבת במרכזו מאמר זה, שכן מי אל קנא ייוותר אדיש לנוכח לקיחתה של אשת אברהם אוהבו. אכן, הקדוש־ברוך הוא לא נותר אדיש למחטף, ומתערב מייד באופן ישיר. הוא מופיע לפני אבימלך בחלום הלילה, ומודיע לו, באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי גזר־דינו נחרץ:

"ויבא אלהים אל אבימלך בחלום הלילה ויאמר לו הנך מת על האשה אשר לקחת והוא בְּעֵלְתָּ בַעַל"⁷

ומפרש אור החיים:

"הנך מת על וגו פרוש: חיב אתה מיתה [על האשה] אשר לקחת והיא וכו..."

וממשיך הסיפור המקראי ומציין לפנינו כי אבימלך אומנם לקח את שרה לביתו, אולם בפועל "לא קרב אליה". עובדה זו יכולה לעמוד לו לזכות אל מול גזר־דין המוות שנחת עליו באישון לילה. אכן, אבימלך אינו מתבלבל ואינו מהסס, קופץ ונוטל את זכות השימוע, ומעלה טיעון מן הצדק כנגד האלוהות עצמה:

משפט זרה, תוך יצירת מסד לפיתוחו של משפט ישראלי עתידי השואב את לשדו המתגבש ואת חיוניותו השופעת מתוך מסורת אותנטית מפוארת בת אלפי שנים.

6 בראשית כ 1-2.

7 שם, פסוק 3.

"ואבימלך לא קרב אליה ויאמר אדני הגוי גם צדיק תהרג"⁸

ומפרש בעל הטורים כי טענתו של אבימלך פשוטה:

"אם תהרג אותי גם אברהם הצדיק תהרוג כי הוא פשע וגרם לי זאת"⁹

אכן, התפתחות בעלילה – הנידון אינו מקבל עליו את גור-הדין, ונוטל לעצמו את הזכות להשמיע את דבריו. הקב"ה, לנוכח טיעון מקדמי זה, מתיר לאבימלך לשטוח את הטענות להגנתו. אבימלך ממצה את זכות השימוע שניתנה לו, ומעלה את הטענה כי למעשה פעל בתום-לב ותחת הטעיה, שהרי אברהם אמר לו כי שרה היא אחותו:

"הלא הוא אמר לי אחתי הוא והיא גם-הוא אמרה אחי הוא בתם-לבבי ובנקין
כפי עשיתי זאת"¹⁰

ניתן אם כן לראות כי עמידתו של אבימלך על זכותו הועילה לו, וזכות השימוע ניתנה. נותר רק לברר אם לזכות זו היו גם השלכות מעשיות, שכן לשנות פסק-דין של האלוהות אינו עניין של מה-בכך, שהרי אין דבר נעלם מנגד עיניה. הפסוק העוקב מסיר את הלוט, בהציגו את תגובתו המנומקת של הקב"ה על הטענות שהשמיע אבימלך:

"ויאמר אליו האלהים בחלם גם אנכי ידעתי כי בתם-לבבך עשית זאת ואחשך גם
אנכי אותך מחטו לי על-כן לא נתתיך לנגע אליה"¹¹

אכן, גם פסק-הדין משתנה:

"ועתה השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך וחייה ואם אינך משיב דע כי
מות תמות אתה וכל אשר לך"¹²

8 שם, פסוק 4.

9 יש לציין כי עמדתו של רש"י חריפה אף יותר. לטענתו, אבימלך אינו מהסס להתריס כנגד הגבורה במישרין, בהעלותו את האפשרות כי השופט העליון נוהג לא על-פי עקרונות הצדק, והורג גויים אפילו אם הם צדיקים, כפי שעשה כבר בעבר לאומות העולם בדור הפלגה ובמבול. ובלשונו של רש"י: "הגוי גם צדיק תהרג – אף אם הוא צדיק תהרגנו שמה כך דרכך לאבד אומות חינם, כך עשית לדור המבול ולדור הפלגה, אף אני אומר שהרגתם על לא דבר כשם שאתה אומר להרגני." פירוש רש"י, בראשית כ 4.

10 בראשית כ 5.

11 שם, פסוק 6. עינינו הרואות כי פרשייה קצרה זו מהווה מקור לדיון משפטי בסוגיות נוספות, כגון תום-לב ונקיון-כפיים.

12 שם, פסוק 7.

אם כן, זכות השימוע עמדה לו לאבימלך, וחייב ניצלו. כעת נותרה רק השאלה אם לצד היות הסיפור מרתק מהפן הפרוזאי, ניתן גם ללמוד ממנו דבר-מה על עקרונות משפטיים. לשם כך אבקש לערוך התאמה הרמנויטית¹³ על סיפור העלילה המובנה, ולהתאימו לשפה משפטית עכשווית אשר תאפשר לנו לדלות מן הפרשייה המוצגת עקרונות-יסוד משרים. כדי להשתמש בסיפור אבימלך באופן שיאפשר לנו להיעזר בו כטקסט משרה, עלינו "לפרמט" אותו באופן שייצור בסיס עבודה משותף, קרי, להפוך את הדמויות וההיגדים המופיעים בעלילה, אשר התרחשה לפני 3,720 שנה,¹⁴ לרלוונטיים לדיון משפטי עכשווי. באופן זה, אבקש להגדיר את האלוהות כאדון – כ"מעביד"; את אבימלך כנתין – כ"עובד"; את הכרות האדון "הנך מת" כהודעת פיטורים; את טענת "הגוי גם צדיק" כטענה מקדמית – בקשה לשימוע; את הטענה להטעיה, לתוס-לב ולנקיון-כפיים כטענות ענייניות – שימוע בפועל; ואת מאמר האלוהות השני כמענה לשימוע. ניתוח הסיפור המקראי בהתאם לשלבים המוצגים לעיל מעלה כמה נקודות הראה:

ראשית, השימוע הוא זכות, ולא חובה. כפי שניתן לראות, גור-דינו של אבימלך ניתן לו עוד לפני שניתנה לו הזדמנות להציג את דבריו:

"ויבא אלהים אל אבימלך בחלום הלילה ויאמר לו הנך מת על האשה אשר לקחת
והוא בָּעֵלְתָּ בַעַל"

שנית, אין מדובר בזכות אוטומטית, אלא יש להגיש בקשה למימושה. בקשה זו אינה מתבססת על טענות ענייניות הנוגעות בסיבות לפיטורים, אלא על טענות מקדמיות הנוגעות בטובתו של מקבל ההחלטה:

"ואבימלך לא קרב אליה ויאמר אדני הגוי גם צדיק תהרג"¹⁵

13 הרמנויטיקה – תורת הפרשנות הכללית: "ההרמנויטיקה היא ענף החשיבה האנושית שעניינו פירוש אירוע." ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 68 (התשנ"ד).

14 מקרה אבימלך התרחש חודשים ספורים לפני לידתו של יצחק אבינו, בשנת 2048 לבריאת העולם. ראו סדר עולם רבה השלם מא (הרב משה יאיר וינשטק עורך, התש"ן).

15 יש לציין כי גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של אדם סמית – מי שמוגדר כאבי הכלכלה המודרנית – אשר נוקט בספרו עושר העמים עמדה ברורה שלפיה במערכת יחסים "כלכלית" יש לפנות אך ורק לטובתו של הצד האחר: "אך האדם זקוק כמעט בלי הרף לעזרת אחריו, ולשווא ישליך את יתרו על טוב-לבם בלבד. סיכויי להשיג את שלו יגדלו אם ירתום את אהבת עצמם לטובתו וישכנע אותם שכדאי להם לעשות למענו את אשר הוא דורש מהם. כל המציע עסקה כלשהי לזולתו אומר לאמתו של דבר: תן לי מה שנחווין לי ותקבל מה שנחווין לך." אדם סמית עושר העמים 102 (יריב עיטם ושמרון ענבל מתרגמים, הוצאת האוניברסיטה הפתוחה, 1996). עמדה זו עלולה לעורר ביקורת במקומה, מאחר שהיא אינה עולה בקנה אחד עם דמות האלוהות הידועה לנו ועם עמדתו הברורה של המקרא לעודד חסד לשון ואחריות מוחלטת כלפי האחר. ייצוג עכשווי לעמדה זו ניתן למצוא בהגותו של עמנואל לוינס, המציג

שלישית, זכות השימוע מוענקת גם במקרים שבהם אין תוספת ידע, שהרי תום-ליבו של אבימלך היה ידוע לאלוהות:

”ויאמר אליו האלהים בחלם גם אנכי ידעתי כי בתם-לבבך עשית זאת ואחשך גם אנכי אותך מחטו לי על-כן לא נתתיך לנגע אליה”

רביעית, באשר לתוצאות השימוע, נלמד כי אין חובה לבטל את ההחלטה באופן גורף, אלא יש אפשרות לבטלה באופן מותנה:

”ועתה השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך וחייה ואם אינך משיב דע כי מות תמות אתה וכל אשר לך”

בפרק זה ביקשתי להציג סוגיה מקראית העוסקת בעקרון השימוע תוך ניסיון לדלות ממנה פרטים על האופן שבו יש לנהל עיקרון זה. ניתן לסכם ולומר כי עקרון השימוע, כפי שהוא מוצג במקרה אבימלך, מוגדר כזכות שיש לדרוש וכעיקרון המשלב בין אינטרסים של שני הצדדים.

טענת “הגוי גם צדיק” מצביעה כאמור על היווצרות אינטרס מעין-כלכלי של האלוהות-המעביד להענקת זכות שימוע. עמדה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות המשק המודרני, המדגישים את החשיבות של יצירת אינטרס כלכלי למעביד, ועל כך אעמוד בהמשך.¹⁶ כפן נוסף לקראת הדיון בעקרון השימוע במשפט הישראלי, אעבור לבחון את הדיון הנוהג במשפט המנהלי האמריקאי.

16 את היחס כלפי האחר כאחריות מוחלטת. ראו עמנואל לוינס אתיקה והאינסופי – שיחות עם פיליפ נמו 10 (אפרים מאיר ושמואל ראם מתרגמים, 1982): “מראשיתו האני קרוא ואף נבחר לשאת באחריות. יש צו (ordre) הנאצל מפניו של האחר ובו גלומה הקדשתו (ordonner) של האני לאחר.” לשון אחר, ניתן לתהות ולשאול: האם המקרא מנחה אותנו לאינדיווידואליזם ולאגואיזם? בעניין זה ניתן לענות שתי תשובות: ראשית, אחד הקווים הברורים המאפיינים את הסיפור המקראי נוגע ב”אנושיותו”, וככזה הוא עולה בקנה אחד עם התכונות האנושיות, כפי שהן מתוארות היטב על-ידי אדם סמית. שנית, התורה מלמדת אותנו כלל פשוט – אין לכפות שימוע על אדם שאינו מעוניין להעניקו, שהרי אם אין הוא מעוניין לשמוע, מדוע יהיה מעוניין לשנות את החלטתו? כפיית הליך שימוע מהווה מס-שפתיים, שהרי השימוע אינו אלא אמצעי להביא לידי שינוי ההחלטה, ואם ייכפה, הוא רק ידחה את הסירוב לשלב ההחלטה. לדיון מורחב בעניין זה ראו סעיף 55 לרשימה זו.

פרק ב: דין משווה – זכות השימוע במשפט המנהלי האמריקאי

עניינו של מאמר זה הוא לבחון את מעמדו ותוכנו של עקרון השימוע בשוק מודרני הפועל משיקולי יעילות כלכלית. במובן זה, גישתה של כלכלת המשפט מוצאת את ביטוייה המזוקק ביותר בכור-מחצבתה, קרי, בשיטת המשפט האמריקאי. לכן בחינת הדין הנוהג במשפט האמריקאי יכולה לספק לנו נקודת-מבט על דין המתנהל משיקולי יעילות כלכלית.¹⁷ מקורה של זכות השימוע במשפט האמריקאי הוא במשפט המנהלי, שכן אחת הקביעות היסודיות בחוקה נוגעת בהגבלת זכויותיו של הפרט. על-פי עיקרון חוקתי זה, המדינה לא תקפה את זכויותיו של אדם – לא תשלול את חייו, חירותו, קניינו – ללא "הליך משפטי נאות" (due process).¹⁸ כפי שנראה, במרכז הדין בזכות השימוע ניצבת סוגיית הזכאות

17 בשלב זה ראוי לציין כי מרכזיותו של השיקול הכלכלי ה"יבש" והמחושב, אשר מקטין למעשה את חשיבותו של התפקיד המסורתי של הליך השימוע, נובע, בין היתר, ממיקומו המרכזי בלב-ליבו של דגם הכוח המנרמל והמווסת, השם את הדגש במקסום התפוקה שניתן להפיק מהפרטים השונים בחברה. בלשונו של ישעיה ברלין: "במובן מסוים אותם 'פיקחים, כלכלנים ומחשבי חישובים' של ברק, הרציונליסטים, אנשי הקדמה הוויקטוריאנים, הם שנצחו. קונדורסה אמר פעם שבעתיד ניתן יהיה להכריע בכל הנושאים הממשיים באמצעות חישוב התוצאות התועלתניות. מילת הקסם החדשה הייתה אמורה להיות Calulemus [חשבוניות], המפתח לבעיות חברתיות ואישיות. כיום המתודה הזו, עם הדגש שהיא שמה על ניתוח מערכות וחישובי תמחיר, על רדוקציה למונחים כמותיים וסטטיסטיים ועל השענות על סמכותם וכוחם של ארגון ומומחים, הפכה לנחלתם המשותפת של שני הצדדים. ישום של טכניקות טכנולוגיות לארגון חייהם ופעילותם היצרנית של בני-אדם היא מדיניות הנקוטה בידי ממשלות, חברות תעשייתיות, ולמעשה בכל תחומי הפעילות הכלכלית (והתרבותית) רחבת ההיקף במדינות קפיטליסטיות וקומוניסטיות כאחת." ישעיה ברלין האנושות – בול עץ עיקש – פרקים בהיסטוריה של הרעיונות 239–240 (עדי אופיר מתרגם, הוצאת עם עובד, התשנ"ה). הדגשה כזו מאיינת למעשה את הנהיגה המחקרית לצאת נגד "פיטורי-התייעלות קרים", וממקדת אותה בצורך להתאים את האמצעי – קרי, את הליך השימוע – לדגם הכוח הקיים. זאת, מאחר ש"מלחמה" ביעילות הכלכלית, הנמצאת בלב-ליבו של דגם הכוח המנרמל והמווסת, תהיה בבחינת מהלך דון קישוטי אשר אינו מיטיב לרדת לעומקו של מושג הכוח החברתי, כפי שמגדיר אותו פוקו: "השם שמעניקים למצב אסטרטגי מורכב המתקיים בחברה נתונה." מישל פוקו תולדות המיניות – הרצון לדעת כרך ראשון – 65 (גבריאל אש מתרגם, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996). ראו גם שם, בעמ' 64: "במושג הכוח יש לכלול ראשית כול את ריבוי יחסי החוקה (force) השייכים בעצם לתחום בו הם פועלים ומכוננים את ארגונו; את המשחק שמחולל בהם תמורות, מחזק אותם ומהפך אותם דרך מלחמות ומאבקים בלתי-פוסקים; את נקודת המשען שאותם יחסי חוקה מוצאים אלה בתוך אלה כך שהם יוצרים שרשרת או מערכת, ולהפך, את ההיסטים והסתירות שמבודדים אותם אלה מאלה; ולבסוף, את האסטרטגיות שבמסגרתן הם באים לידי ביטוי, ושקווי המתאר הכלליים שלהן או התגבשותן המוסדית מתגשמים במכשירי המדינה, בניסוח החוק, בהגמוניות החברתיות."

18 U.S. CONST. amend. XIV ו-U.S. CONST. amend. XIV. התיקון הארבעה-עשר לחוקה קובע:

למשרה, מתוך אימוץ מגמה מציאותית-דווקנית המתייחסת להליך השימוע באופן מעשי, קרי, ככלי אשר מאפשר להגן על האינטרס המעין-קנייני של העובד במקום עבודתו, מחד גיסא, ומאפשר למדינה להגיע לגמישות ניהולית, מאידך גיסא. אפתח בהצגת עקרון השימוע תוך בחינת יסודותיו השונים כפי שהם באים לידי ביטוי בפסיקה האמריקאית. פסיקה זו נוגעת בזכות השימוע הניתנת לעובדים במגזר הציבורי, מאחר שעקרון השימוע אינו חל על עובדים במגזר הפרטי.

1. תנאים מקדמיים להענקת זכות שימוע בדין האמריקאי

ככלל, זכות השימוע חלה על עובדים במגזר הציבורי כחלק מקיום הליך משפטי נאות, ומוחלת רק במקרים שבהם מתקיימים תנאים מקדמיים מצטברים של הוכחת זכאות למשרה ו"ציפייה אובייקטיבית".

(א) זכאות למשרה

בלב הדיון בעקרון השימוע במשפט האמריקאי ניצב הביטוי "זכאות למשרה" (a Claim of Entitlement to Employment).¹⁹ בתי-המשפט אינם מגינים על זכותו של העובד להליך נאות אלא אם כן עומדת לו זכאות למשרה העולה כדי זכות קניינית הראויה להגנה. באופן זה, פיטורים של עובד אשר אינו אחוז בזכאות למשרה לא יחייבו הענקת הליך נאות אלא אם כן יעלו כדי פגיעה בחירות (Deprivation of a Liberty Interest) המצדיקה יצירת מנגנון המעניק לעובד זכות שימוע. עמדה זו מומחשת בדבריהם של Rotundal ו-Nowak, הגורסים כי במקרה שבו יגרמו הפיטורים פגיעה רצינית בשמו הטוב של העובד, אשר תפגע בסיכויי העסקתו בעתיד, ניתן להצדיק הענקת זכות שימוע:

"...Nor will the Court find the deprivation of a liberty interest by the dismissal unless there is an injury to reputation so serious as to limit one's future associational or employment opportunities."²⁰

אם כן, רק בשני סוגי מקרים – במקרים שבהם קיימת זכאות למשרה ובמקרים של

"All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law"

RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE (3rd ed. 2007)

שם, בפרק 17.9. 20

מניעת חירות העסקה עתידית – העובד זכאי לקיומו של הליך נאות, ומכאן להליך שימוע שיאפשר לקבוע את הבסיס לפיטוריו ממשרתו כעובד מדינה.

(ב) ציפייה אובייקטיבית

הפסיקה האמריקאית נוהגת להגדיר את מושג הזכאות למשרה, המקנה זכות לשימוע במסגרת ההליך הנאות, כמושג אובייקטיבי. זאת, בניגוד ל"ציפייה סובייקטיבית להעסקה" (Subjective Expectancy of Employment), אשר אינה עולה כדי זכות קניינית שהתיקון הארבעה-עשר מגן עליה.²¹ כך, בעניין *Board of Regents v. Roth*²² דחה בית-המשפט את תביעתו של מרצה שפוטר מבלי שניתנה לו זכות שימוע. זאת, מאחר שהעסקתו בחוזה לתקופה קצובה של שנה אחת ללא זכאות להמשך העסקה יצרה, על-פי קביעת בית-המשפט, ציפייה סובייקטיבית בלבד, שאינה עולה כדי זכאות למשרה. כך גם בעניין *Perry v. Sindermann*,²³ כדברי בית-המשפט, מפי השופט Burger:

"The court holds today only that a state-employed teacher who has a right to reemployment under state law, arising from either an express or implied contract, has, in turn, a right guaranteed by the Fourteenth Amendment to some form of prior administrative or academic hearing on the cause for nonrenewal of his contract."²⁴

ניתן אם כן לראות כי בית-המשפט שם את הדגש בהתחייבות להעסקה מחודשת על-מנת לקבוע את הגבול בין ציפייה סובייקטיבית לציפייה אובייקטיבית. בפרשת *Sindermann* נידון מקרה של מרצה שהועסק במשך ארבע שנים בקולג' ציבורי בטקסס, על-פי חוזה לתקופה קצובה של שנה אחת אשר חודש כל שנה. לאחר ארבע שנים לא חודש חוזה ההעסקה שלו, וזאת ללא קבלת זכות שימוע. גם למרצה זה לא הייתה זכאות למשרה על-פי חוזה העבודה שלו, אך בית-המשפט הבחין מקרה זה מהמקרה הקודם, בקובעו כי למרות העדרה של זכאות מפורשת, במקרה זה הייתה למרצה ציפייה אובייקטיבית להעסקה, הנובעת מכך שבמשך ארבע השנים האחרונות חודש חוזה ההעסקה שלו מדי שנה. עובדה זו מאפשרת לו לדרוש קיומו של הליך שימוע בטרם תתקבל ההחלטה הסופית אם לחדש את חוזה העבודה שלו. כך מסביר בית-המשפט העליון:

"...A teacher, like the respondent, who has held his position for a number of years, might be able to show from the circumstances of this service — and from other relevant facts — that he has a legitimate claim of

.U.S. CONST. amend. XIV 21

Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U.S. 564 (1972) (להלן: פרשת *Roth*). 22

Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972) (להלן: פרשת *Sindermann*). 23

שם, בעמ' 603–604. 24

entitlement to job tenure... so there may be an unwritten 'common law' in a particular university that certain employees shall have the equivalent of tenure."²⁵

בית המשפט מסביר את ההבדל בין שני המקרים בהתבסס על הזכות הקניינית בעבודה, אשר נוצרה בפרשת *Sindermann* על-ידי הציפייה האובייקטיבית להעסקה. מכוח זכות זו, קמה לעובד הזכות להגנות פרוצדורליות מפני פיטורים. הסדר נוסף המעיד על עמדתו המציאותית של בית המשפט, אשר מאפשרת גמישות ניהולית ומסרבת להגדיר את עקרון השימוע באופן שירוקנו מתוכן יישומי, באה לידי ביטוי בסירובו של בית המשפט לפסול הסדר בחוק מקומי המעניק לעובד קביעות מותנית.²⁶ כך, בעניין *Bishop v. Wood*²⁷ נקבע כי המדינה יכולה להעניק קביעות מותנית הפוטר את אותה מהענקת אמצעי הגנה פרוצדורליים בנוגע לפיטורים.²⁸ דעת הרוב קבעה כי המדינה רשאית להגדיר את תנאי העבודה כך שימנעו "תביעות זכאות" להעסקה והליכים פרוצדורליים המגינים על העובדים.²⁹ מדיון זה ניתן לראות כיצד הדין האמריקאי משמר את מחויבותו החוקתית להענקת הליך

25 שם, בעמ' 602.

26 משמע, קביעות ללא סל הזכויות החוקתיות המוענקות לעובד פדרלי, ביניהן הזכות לשימוע.

27 *Bishop v. Wood*, 426 U.S. 341 (1976).

28 באותו עניין נידון מקרה של שוטר שפוטר מעבודתו ללא שימוע. השוטר טען כי מכוח העובדה שהוא עובד קבוע יש לו זכות חוקתית לשימוע לפני פיטוריו, אף שבהוראות החוק המקומי לא נקבעה זכות זו במפורש. כמו-כן טען העובד כי הוותק שלו ועובדת היותו עובד קבוע מקנים לו ציפייה מספקת להעסקה, היוצרת זכות קניינית להליך נאות על-פי התיקון הארבעה-עשר לחוקה. יצוין כי לעובד נמסרו הסיבות לפיטוריו לפני הפיטורים, כנדרש בהוראות החוק המקומי. בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו כי מעמדו של השוטר כעובד קבוע היה מותנה, ולא הקנה לו אינטרס קנייני להליך הוגן על-פי החוקה, ולפיכך לא קופחה זכותו להליך הוגן ולנגזרת השימוע. מאחר שעל-פי החוק המקומי, קביעות הייתה מותנית, לא הייתה לעובד כל ציפייה אובייקטיבית להעסקה שיצרה זכאות למשרה.

29 עם זאת, יש לציין כי בית המשפט ריסן זכאות זו של המעביד – המאפשרת לו להימנע מלהעניק לעובדו זכות שימוע במקרים של פיטורים בנסיבות מוגדרות, כגון אי-ביצוע עבודה – בקובעו כי חוק מדינתי אינו יכול להתנער מזכאותו של עובד בעל זכאות למשרה להליכים המגינים על פיטורים לא-כדין אשר מובטחים בהליך נאות. המדינה, כמעביד, יכולה להגדיר את ההליכים לסיום חוזה העבודה של עובד שיש לו זכאות למשרה רק אם ההליכים המדינתיים מתאימים להליכים הפרוצדורליים של הליך נאות או אף טובים מהם. לפיכך מדינה אינה יכולה, בדרך של חקיקה, לאשר פיטורים של עובד מבלי להעניק לו את הזכות לענות, קודם לפיטוריו, על הטענות שהן הבסיס לפיטוריו. פסק-דין זה ביסס את העיקרון שלפיו פרשנות של חוק מקומי הינה קריטית לבחינת השאלה אם לעובד מדינה יש זכאות למשרה המוגנת על-ידי הליך נאות.

משפטי נאות, ועם זאת מקפיד על יצירת פרקטיקות משפטיות, כגון ציפייה אובייקטיבית וקביעות מותנית, המאפשרות שמירה על חיוניותו של ההליך.

2. שיקולי יעילות כלכלית במתן זכות שימוע

(א) הלכת Mathews

ניתן להציין אל עולם השיקולים המורכב של בית-המשפט העליון האמריקאי בסוגיית השימוע – עולם אשר מאזן בין שיקולי יעילות כלכלית ומתבסס על עקרון האינטרסים המשותף – באמצעות עניין *Mathews Secretary of Health, Education, and Welfare v. Eldridge*³⁰. בעניין זה נזקק בית-המשפט להגדרה פורמלית של מערכת איזונים משולשת הנדרשת לשם קביעת הצורך בהליך שימוע. שלושת הגורמים הללו נקראים Mathews balancing approach, והם מיטיבים לבטא את עמדתו התכליתית של בית-המשפט העליון. נעמוד על שלושת הגורמים הללו:

1. כיבוד זכותו של העובד – יש לכבד את האינטרס של העובד בעל הזכויות למשרה ממשלתית.
2. האינטרס בהגינות ניהולית – פיטורים עלולים ליצור ויכוחים עובדתיים בנוגע לשאלה אם הפיטורים היו הוגנים ואם היה צורך בהם. הודמנות להשיב על ההאשמות לפני הפיטורים תעזור למנוע החלטות שגויות או לא-מוצדקות.
3. מניעת עלויות מיותרות – גורם זה מבקש להדגיש כי בהליך השימוע טמון ערך תועלתי כלכלי גם למעביד. לדעת בית-המשפט, האינטרס של המדינה במניעת העלויות והערכים בהליכים לפני הפיטורים אינו נופל בערכו מדרישת העובד להתנהגות הוגנת לפני הפיטורים. מתן אפשרות לעובד להשיב על הטענות נגדו לפני פיטוריו לא תיצור נטל ניהולי כבד או עיכוב בלתי-נסבל. לעומת זאת, פיטורים מוטעים של עובד מיומן יוצרים נזק כלכלי ממשי למעביד, הנדרש להכשיר עובד חדש. נוסף על כך, למעביד הממשלתי יש אינטרס להעסיק כמה שיותר עובדים, ולא להביא את עובדיו למצב שבו יהיו למעמסה על מוסדות הרווחה.

(ב) הליך השימוע ככלי לאיסוף מידע בידי המעביד

הבחנה נוספת באשר לעקרון השימוע במשפט האמריקאי נוגעת בשימת הדגש הפונקציונלית בפסיקתו של בית-המשפט, הרואה את הליך השימוע ככלי שיכול לספק מידע ייחודי בהליך הבחינה של המשך העסקתו העתידית של עובד מסוים. הליך השימוע מוצג כמקור מידע אשר דרוש למעביד, ואשר מושג בעלות שולית, לצורך קבלת החלטתו בנוגע לפיטורים, וזאת לצד מקורות מידע נוספים.

30 Mathews, Secretary of Health, Education, and Welfare v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) (להלן: הלכת Mathews).

כך, בעניין *Arnett v. Kennedy*³¹ אישר בית המשפט פיטורי עובד מדינה פדרלי, הגם שנעשו ללא שימוע מוקדם, מאחר שקוימו הליכים אחרים לשקילת ההחלטה לפטר את העובד. דעת הרוב הייתה כי הליך של בחינה מוקדמת של הפיטורים (לפני שהעובד מפוטר ולא בנוכחותו) בשילוב עם הליך שימוע לאחר הפיטורים (במעמד העובד) מספקים לצורך עמידה בדרישה החוקתית להליך נאות.

נראה אם כן כי בית המשפט מתייחס לזכות השימוע באופן מהותי כנגזרת של ההליך הנאות, ולא כחובה ריקה מתוכן המוטלת על המעביד כדי לצאת ידי חובה. עמדתו של בית המשפט מדגישה את התועלת הכלכלית של המעביד הגלומה בהליך השימוע, ומסרבת להעניק שימוע במקרה שבו אין למעביד אינטרס בכך.

(ג) יישום הלכת *Mathews*

יישום גישתו המציאותית של בית המשפט האמריקאי, היוצרת שכלול של מערכת שיקולים סותרים, ניתן להמחשה בפרשת *Gilbert v. Homar*³². בפרשה זו החליטו שופטי בית המשפט העליון פה אחד כי עובד ביטחון באוניברסיטה ציבורית אינו זכאי להודעה ולשימוע לפני השעייתו מהעבודה לאחר שהואשם בהפרה של חוקי הסמים במדינה. העובד נעצר והואשם בכמה עבירות חמורות של החזקה, כוונה לחלק סמים וכדומה, ובעקבות זאת הושעה מעבודתו ללא תשלום. בית המשפט קבע פה אחד כי השעייתו הזמנית של העובד ללא תשלום לא הפרה את הוראות הסעיף המעניק לו זכות להליך נאות. אומנם, על פי חוזה העבודה של העובד, היה אפשר לפטרו רק "מסיבה מספקת", וכן הייתה לו זכות קניינית במשרה הממשלתית. אולם השופט Scalia ניתח את שלושת הגורמים של הלכת *Mathews* (Mathews Balancing Approach), והגיע למסקנה כי העובד לא היה זכאי להודעה כלשהי או לשימוע לפני השעייתו, כמפורט להלן.

הגורם הראשון של הלכת *Mathews*, המתייחס לחשיבות האינטרס, נוטה לטובת האוניברסיטה, אשר החליטה להשעות את העובד ללא תשלום, ולא לנקוט צעד חמור יותר של פיטורים.

הגורם השני, הנוגע בסיכון של הדחה מוטעית מתפקיד ללא הליכים מקדמיים להשעיה, נוטה באופן חזק לטובת האוניברסיטה. לא היה כל צורך בשימוע לפני ההשעיה, מאחר שהעניין היחיד בשימוע היה בשאלה אם העובד אכן הואשם בעבירות חמורות מסוג פשע. מכיוון שהעובד הודה שהוא אכן מואשם בכך, לא היה חשש להדחה מוטעית, על כל העלויות המיותרות הכרוכות בה.

הגורם השלישי, המתייחס לאינטרס של הממשלה, נוטה גם הוא נגד ההוראה המצריכה קיומם של הליכי שימוע מקדמיים לעובד אוניברסיטה לפני השעייתו. בית המשפט קבע כי למדינה יש אינטרס חשוב בהשעיה מיידית של עובד כאשר האשמות בעבירות מסוג פשע

³¹ Arnett, Director, Office of Economic Opportunity v. Kennedy, 416 U.S. 134 (1974)

³² Gilbert v. Homar, 520 U.S. 924 (1997)

מועלות נגדו, במיוחד כאשר מדובר בעובדים המועסקים במשרות הכרוכות באמון רב של הציבור, דוגמת עובד ביטחון.³³

3. העמדה הדווקנית

בית-המשפט העליון דבק בעמדתו הדווקנית, ולא הראה כל נטייה להעניק לעובדי ממשל ללא זכאות למשרה זכויות חוקתיות מינימליות להליך נאות. בית-המשפט ביסס את עמדתו על העיקרון החוקתי הקובע כי ממילא אי-אפשר לפטר עובד מסיבות המפרות את החוקה האמריקאית, שהרי במקרה כזה כל עובד, ובכלל זה עובד זמני, זכאי להליך שימוע.³⁴ לנוכח זאת לא מצא בית-המשפט לנכון להוסיף הגבלות נוספות שיבטיחו זכאות להליך הוגן.

יש להדגיש כי בית-המשפט האמריקאי מאזן את סירובו להעניק הליך נאות לעובד חסר זכאות למשרה בנוקטו גישה דווקנית גם לכיוון ההפוך, קרי, בהימנעותו החד-משמעית מסטייה מההליך הנאות במקרה שבו קיימת זכאות למשרה. כך, למשל, בעניין *Cleveland Board of Education v. Loudermill*,³⁵ שבו ביקש הממשל המקומי להמיר את הזכות לשימוע במתן זכות חלשה יותר לעובד. באותו מקרה לא העניק החוק המקומי זכות שימוע לעובד לפני פיטוריו, אלא רק הזדמנות לבחון שוב את הפיטורים במועד מאוחר יותר. בית-המשפט העליון, מפי השופט White, ציטט מפסיקה קודמת שעל-פיה הדרישה הבסיסית של הליך נאות היא ההזדמנות של הפרט לקבל "הודעה ושימוע" לפני שלילת הזכות הקניינית המוגנת מבחינה חוקתית,³⁶ ולא היה מוכן לקבל את נסיונו של הממשל לפגוע בזכות השימוע. בפסק-הדין נדחתה הגישה שלפיה המדינה יכולה להגביל בחקיקה את אופי ההליכים ההכרחיים לסיום העבודה באמצעות הגבלות מקילות יותר מאלה הנדרשות במסגרת ההליך הנאות בחוקה.

ניתן לסכם ולומר כי בית-המשפט האמריקאי פועל בצורה מוגדרת וברורה שאינה מגדילה את מספר הזכאים להליך השימוע מכוח ההליך הנאות, מחד גיסא, אולם אינו מאפשר את כרסומה של זכות זו, מאידך גיסא.³⁷

הדרישה להרחבת הזכאות – עמדתו של המלומד רבין (Rabin)

יש לציין כי לעמדתו הנחרצת של בית-המשפט העליון – המעניקה זכאות להליך נאות, ובכלל זה זכות לשימוע, רק לעובד בעל זכות קניינית היוצרת זכאות למשרה – יש מתנגדים. רבין, למשל, מבקש לרכז עמדה זו, ולהעניק באופן גורף זכות לכל עובד לדעת

33 שם, בעמ' 932.

34 פרשת Roth, לעיל ה"ש 22, בעמ' 575.

35 Cleveland Board of Education v. Loudermill, 470 U.S. 532 (1985).

36 שם, בעמ' 541.

37 בית-המשפט אינו מעוניין לאפשר לצדדים לפתוח בהרחבת הזכות להליך נאות אם קיים מסלול אחר לעובד למימוש זכותו זו, כגון הזכות לשימוע במקרה של הפרת זכות חוקתית.

את הסיבות לפיטוריו. במאמרו³⁸ הוא מסביר כי בית-המשפט יצר הבחנה בין עובדים בעלי זכות קניינית, הזכאים לכל ההגנות הפרוצדורליות, לבין עובדים שאינם זכאים כלל להגנה מפני פיטורים שרירותיים מאחר שלא הצליחו להוכיח כי יש להם זכות קניינית בעבודה. לדעתו, הליך ראשוני, הכולל בראש ובראשונה מתן הסבר לגבי הסיבות לפיטורים, נדרש לשם הגנה על כל העובדים במגזר הציבורי. כדבריו:

"Fundamental to the concept of procedural due process is the right to a reasoned explanation of government conduct that is contrary to the expectations the government has created... a reasoned explanation is a means of assuring the individual that the facts in his case are correctly perceived."³⁹

רבין מסביר כי מתן הסבר מנומק לפיטורים יגרום לכך שהחלטת הפיטורים תתקבל על-ידי המעביד בכובד-ראש, לאחר שקילת כל הגורמים הרלוונטיים, וכך יקטן הסיכוי לקבלת החלטה מוטעית.

4. סיכום

ניתן לסכם ולאפיין את עמדתו של הדין האמריקאי באשר לזכות השימוע כעמדה מציאותית-דווקנית המדגישה את היסוד התועלתני שבהליך, הן כלפי העובד והן כלפי המעביד. מאידך גיסא, קיימת הימנעות מגמתית של בית-המשפט האמריקאי מהרחבת זכות השימוע אל מעבר לגדרה החוקתית, משום שהרחבות כאלה עלולות ליצור בעתיד חוסר איזון ביחס עלות-תועלת ולהוביל להליך חסר משמעות ממשית שאינו עולה אלא כדי מס-שפתיים, בבחינת "יצאה ידי שימוע".

לטענתי, עמדה זו של המשפט האמריקאי מיטיבה להטמיע את התובנה – אשר עלתה כבר בפרק הקודם במאמר זה⁴⁰ – שעל-פיה אי-אפשר לכפות הענקת זכות שימוע, והדרך היחידה לבצר זכות זו היא על-ידי הדגשת האינטרס המעין-כלכלי של המעביד בקיומו של ההליך. ניתן לראות כי בית-המשפט האמריקאי לא היסס לפתח פרקטיקות משפטיות אשר מנעו את הפיכתו של עקרון השימוע להליך פורמלי ריק מתוכן היוצא ידי חובה, ובכך שימר בית-המשפט את חיוניות ההליך כחלק ממשי מהזכות להליך משפטי נאות. ייתכן שמעבר לפיתוחים המשפטיים הקונקרטיים של הפסיקה האמריקאית, ראוי לבית-המשפט הישראלי לאמץ את ראייתו המציאותית של בית-המשפט האמריקאי, אשר חותר לשימורה המהותי של זכות השימוע גם במחיר צמצום לכאורי של זכות יסודית זו, בבחינת מעט המחזיק מרובה.

38 Robert L. Rabin, *Job Security and Due Process: Monitoring Administrative Discretion Through a Reasons Requirement*, 44 U. CHI. L. REV. 60 (1976)

39 שם, בעמ' 77-78.

40 ראו לעיל ה"ש 15.

לנוכח האמור, נעבור לבחון את עמדת המשפט הישראלי.

פרק ג: ההלכה והצדקתה – עקרונות השימוע במשפט הישראלי

1. מבוא

בפרק זה אבקש להציג דיון ביקורתי סינתטי⁴¹ בעקרון השימוע במשפט הישראלי. בדיון זה אציג את הדין הנוהג, על הגדרותיו ועקרונותיו, ואבחן אותו לאור סיפור אבימלך ולאור ההסדר האמריקאי שהצגתי לעיל. במהלך הדיון אבקש להתמקד בכמה ציוני-דרך הנמצאים ביסוד ההצדקה לקיום עקרון השימוע, באופן שייצור בהירות דיונית תיאורטית. תקוותי היא כי בהירות זו תאפשר את הפסקת הכרסום בזכות השימוע, כפי שבאה לידי ביטוי במשפט הנוהג.

אפתח בדיון מקדמי בעקרון השימוע, ולאחר-מכן אתמקד בשאלה אם יש לראות את עקרון השימוע כזכות המועננת לעובד או כחובה המוטלת על המעביד, וזאת לנוכח הצורך להתחשב בדרישת המידתיות המופיעה בפסקת ההגבלה.⁴² אף בהגדרתה הממונת של זכות השימוע כזכות, עדיין נדרשת הצבעה על מקור המצדיק את הענקתה של זכות זו לעובד ואת הטלת הנטל הנובע ממימוש זכות זו על המעביד. לנוכח זאת אדון בקיומה של הזכות להגנה עצמית שביסוד הזכות לשימוע, וכן בעקרונות הנגישות וההגינות החלים על רשות מנהלית.

2. עקרון השימוע – דיון מקדמי

עקרון-יסוד זה, בדומה לעקרונות-יסוד רבים, התפתח במתווה כאוטי. במשך תקופה ארוכה החילו בתי-המשפט את דרישת השימוע רק על הליכים מנהליים בעלי אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי. לאחר-מכן שונתה הגישה, ונקבע כי אין הצדקה להבחין בין הליכים בעלי אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי לבין הליכים מנהליים.⁴³ כמו-כן הושם דגש בעצם קיומה של

41 סינתטי: "מאחד, יוצר מזיגה והשלמה". דן פינס וקפאי פינס מילון לועזי עברי המורחב כרך ב 475 (הוצאת עמיחי ת"א, 1994).

42 כידוע, ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב כי כל פגיעה בזכויות על-פי חוק-יסוד זה תיעשה באופן העולה עם דרישותיה של פסקת ההגבלה, הכוללת אף את דרישת המידתיות. כפי שמציין פרופ' ברק, מרכיב המידתיות עשוי לעמוד במרכזה של פסקת ההגבלה. אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 535–557 (התשנ"ד).

43 ראו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493, 1504–1506 (1958).

פגיעה, ופחות במיהותה של הרשות המנהלית או במהותה של ההחלטה המנהלית. בהמשך התפתח עקרון השימוע גם במישור של דיני העבודה. עיקרון זה מחייב את המדינה, ככל מעביד שחלים עליו כללי הדין המנהלי, לתת לעובד המועמד לפיטורים הזדמנות אמיתית ונאותה להשמיע את טענותיו, ו"יש להקפיד על כך הקפדה מדוקדקת ומלאה."⁴⁴ עקרון השימוע התפתח במסגרת המשפט המנהלי, והוכר בפסיקה כחלק מכללי הצדק הטבעי.⁴⁵ עוד בשנים הראשונות של המדינה נפסק, מפי השופט אולשן, כי –

"...הצדק האלמנטרי דורש שלפני שחורצים את גורלו של האזרח, תינתן לו ההזדמנות להסביר את המצב כדי להסיר את החשד..."⁴⁶

כבר במבט חטוף בהצגתו של עקרון השימוע עולה כי בליבו מצויה שניות. מחד גיסא, העיקרון מוצג כחובה המוטלת על הרשות המנהלית, המחייבת אותה לתת לאדם הזדמנות נאותה להשמיע לפניו את טענותיו לפני שהיא מקבלת החלטה העלולה לפגוע בו. מאידך גיסא, היא מוצגת כזכות המוענקת לאותו אדם, המאפשרת לו להציג את טיעוניו לפני הרשות לפני שהיא מקבלת החלטה בעניינו.⁴⁷ העמדה המטילה חובה על המעביד לפעול בהגינות ובתום-לב מושרשת במשפט המנהלי הישראלי, ומעוגנת בתפיסות יסוד המדגישות את הצורך בשמירה על האמון והשקיפות במערכת היחסים שבין הפרט לשלטון. השופט גולדברג מיטיב להדגיש את חשיבותו של עקרון השקיפות:

"...חייבת המדינה הדמוקרטית לשקוד על כך, שלא תהא כל מחיצה חיצונית, ביורוקרטית, חוצצת בין השולט והנשלט. למען יידע האזרח וירגיש, כי אם נצטווה להביא קרבן משלו, הרי נעשה הדבר לא מתוך 'עמדה של כוח', אלא לאחר שיקול זהיר של ה'זה-כנגד-זה' אשר בעניני הכלל והפרט."⁴⁸

עמדה זו מעגנת למעשה את עקרון השימוע כחלק מחובת הגינות כללית המוטלת על

44 דב"ע (ארצי) נד/3-33 בר מנשה – שירות התעסוקה, פד"ע כו 423, 432 (1994); ע"ע (ארצי)

300085/98 פאדיה חדאד – עירית מעלות-תרישיחא (לא פורסם, 2.1.2000).

45 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 793 (1996).

46 בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 703 (1952).

47 כפי שיוצג להלן, שניות זו, הממוזגת בין זכות לחובה בהגדרת עקרון השימוע, יוצרת אי-בהירות באשר להיקפו ולמהותו של עקרון השימוע. הסדר זה – אשר על-פניו מחזק את עקרון השימוע, בהעניקו לו לכאורה "הגנה כפולה" – אינו משיג בהכרח את מטרתו. ייתכן שהוא יוצר דווקא סרבול ואי-בהירות מושגית, ובכך מהווה הלכה למעשה מעין שירות-דוב אשר מחליש את העיקרון, בבחינת "יציאה ידי שימוע", ומקשה את פיתוחו והתאמתו של העיקרון לסביבה משקית מתפתחת.

48 פרשת ברמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1511.

משפט ועסקים ט, התשס"ח לצאת ידי שימוע – עקרון השימוש במבט אנליטי

רשות ציבורית המבקשת לשנות את מעמדו של אדם, אף אם זו פועלת במסגרת המשפט הפרטי, כפי שמובהר בעמדתו של בג"ץ:

"כלל זה הוא כלל של הצדק הטבעי, והוא נובע מחובת ההגינות הכללית שכל רשות שלטון חייבת בה. כלל זה עמנו הוא, והפסיקה חורה ואימצה אותו... כלל זה חל גם כשהרשות פועלת במסגרת המשפט הפרטי..."⁴⁹

עמדה זו אינה ייחודית למשפט המנהלי המתמקד ביחסים שבין הרשות לפרט, אלא נמצאת אף בפסיקתו של בית הדין לעבודה, אשר מקבע את עקרון השימוע בחובת ההגינות. כך, למשל, קבע בית הדין בעניין גינגולד:

"ההגינות מחייבת, והצדק דורש, כי בטרם יפעיל המעביד את הכוחות, שהדין מעניק לו, הוא ישמע את עמדתו של העובד, שמא ישתכנע, כי מן הראוי להמשיך בשירותו של העובד. זהו גם הדין."⁵⁰

יש להדגיש כי דווקא לנוכח עקרון ההגינות, בית הדין מדגיש כי הליך השימוע חייב להיות כן ואמיתי, ולא הליך הנעשה רק כדי לצאת ידי חובה.⁵¹

בדומה להלכת *Mathews*, גם בעקרון השימוע בגרסתו הישראלית קיימת התייחסות ליעילות הדיונית, המבקשת להשתמש בשימוע כמכשיר להבהרת תמונת המצב. ההנחה היא כי השימוע נותן לאדם שעלול להיפגע מהחלטה מנהלית – כמי שקרוב ובקיא בעניין הנידון – הזדמנות להעמיד דברים על דיוקם ולהציג לפני הרשות המנהלית מידע ושיקולים המדברים בזכותו. מבחינת הרשות המנהלית, המידע והשיקולים המוצגים על ידי מי שנוגע בדבר משלימים את תשתית הנתונים, מבהירים את הבעיה שהרשות צריכה להכריע בה ועשויים לשפר את החלטתה.⁵²

במישור הסעדים, בית המשפט אינו ממהר לפסוק כי בכל מקרה שבו לא כובדה זכות השימוע יגרור הדבר מתן סעד של אכיפת יחסי עובד-מעביד, אלא מתבסס בהקשר זה על תורת "הבטלות היחסית".⁵³ המבחן אינו נוקשה, אלא גמיש ויחסי, והדברים תלויים

49 בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 890 (2004).
50 בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 655 (1979).
51 דב"ע (ארצי) מח/3-148 שקם בע"מ – גרינברג, פד"ע כ 141, 143 (1988); דב"ע (ארצי) נו/3-178 בן גיגי – המועצה המקומית מצפה רמון (לא פורסם, 11.6.1998).
52 ראו זמיר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 794.
53 בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 306 (1994). מפסק-הדין עולה כי לפי התיאוריה של הבטלות היחסית, יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על-ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. העניין מסור לשיקול-דעתו של בית המשפט בכל מקרה. בית המשפט עשוי לשקול, בין היתר, את חומרת ההפרה, "מה הנוק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם... מה הסיכוי לתקן המעוות בדרך של שימוע מאוחר..." וכדומה.

במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה.⁵⁴ רק במקרים מתאימים קובע בית הדין כי פיתורים שנעשו ללא שימוע בטלים מעיקרם, ומעניק לעובד סעד של אכיפה למרות הוראת ס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה),⁵⁵ המונעת אפשרות אכיפה של חוזה לביצוע עבודה אישית.⁵⁶

אם כך, נראה כי עקרון השימוע ממוקם היטב כחלק מכללי הצדק הטבעי, אולם הגדרתו מעורפלת, בין היתר בגלל העדר דיון מושגי ממצה. נפתח אם כן בבחינה מושגית של עקרון השימוע, אשר תתמקד, ראשית מעשה, בניסיון להגדירו כזכות או כחובה – הגדרה סמנטית אשר מחויבת בכל דיון מושגי ענייני.

3. עקרון השימוע – בין זכות לחובה

שאלת ההגדרה של עקרון השימוע כזכות הניתנת לעובד או כחובה המוטלת על המעביד⁵⁷ מהווה נדבך תיאורטי מרכזי בדיון המוצג. לדקדוק סמנטי זה יש כמה השלכות מעשיות, וזאת בעיקר בבואנו לבחון את שאלת היוזמה, קרי, על מי מוטלת האחריות ליוזם את הליך השימוע: אם נגדיר את השימוע כזכות, אזי מעצם הגדרתה היא מחייבת דרישה מצד בעל הזכות; ואילו אם נגדירה כחובה, אזי היוזמה מוטלת על בעל החובה. הדבר דומה לזכייה בפרס של מפעל הפיס: אם נגדיר את תשלום הפרס כחובה המוטלת על מפעל הפיס, אזי מכוח זאת עליו לאתר את הזוכה; אם הזכייה כשמה כן היא – זכות – אזי הזוכה חייב לדרוש אותה. נקודה זו עולה בהדגשה בהגדרותיו הקלסיות של הופלד,⁵⁸ אשר הגדיר את מושגי הזכות והחובה כמושגי יסוד הנמצאים בהתאמה.

אם כך, הגדרת עקרון השימוע כחובה המוטלת על המעביד מובילה לשלילת חירותו,⁵⁹

54 בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239, 246 (1980); ע"ע (ארצי) 300235/98 אבו ג'מאע סולטן – עיריית רהט, פד"ע לז 337 (2002).

55 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 610.

56 בית הדין מתחשב גם בכללים הידועים הרלוונטיים לסעד האכיפה: משך הזמן שעבר מאז פוטר העובד לא כדין; טיבה של מערכת יחסי העבודה באותו מקום עבודה – אם היא עכורה או שמא אין היא מעוררת בעיה מיוחדת בהחזרת העובד לעבודה; וכדומה. ראו ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448 (2003).

57 כאמור בדיון המקדמי בפרק זה, הבחנה כזו מעולם לא נעשתה במשפט הנוהג, הרואה את עקרון השימוע באופן דואלי כמטיל חובה וכמעניק זכות במקביל. לטענתי, עמדה כזו אינה משוכללת דייה, ויוצרת קשיים בפיתוחו של העיקרון, כמו גם חשש להכבדה על המערכת ולפגיעה הלכה למעשה בהגנה על זכויות העובד.

58 WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS: AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING (Walter Wheeler Cook ed., New Haven & London, Yale University Press, 2000).

59 וזאת בעיקר בהגדרתה החיובית, קרי, יכולתו של הפרט להיות אדון לעצמו. בלשונו של ברלין: "המשמע החיובי של המלה 'חירות' נובע ממישאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש שחיי והחלטותי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש

וזאת באופן הפוגע ישירות בזכות יסוד מוקנית, קרי, חופש הקניין. לעומת זאת, הגדרת עקרון השימוע כזכות אינה מגבילה את חירותו של המעביד באופן גורף, אלא רק אם בעל הזכות לשימוע דורש את מימושה. בכך הגדרה זו מקטינה את הפגיעה בחירות המעביד. לנוכח כל זאת נראה כי להגדרת עקרון השימוע כזכות או כחובה יש משמעויות רבות, הן בתחום המשפט החוקתי והן בתחום הפרקטיקה הנוהגת.⁶⁰ לפיכך אבקש לבחון בחלק זה את עמדת הפסיקה בנושא, ולעמוד על התייחסותה לעקרון השימוע כאל זכות או כאל חובה. לאחר מכן אבקש להציג את מסקנותיי, תוך התייחסות לדיון המשווה המציג את עמדת המקרא ואת היעילות הכלכלית.⁶¹

(א) עמדת הפסיקה

שימוש חלופי במושגי הזכות והחובה, המציב אותם משני צידיו של אותו מטבע, עולה כדי טריוויאליות. עדות לכך ניתן למצוא בפסיקתו של בית המשפט, אשר עושה שימוש חלופי במושגים אלה, ולמעשה מגדיר את עקרון השימוע הגדרה כפולה – הן כזכות והן כחובה. כך ניתן לראות בדברי בית המשפט בעניין מוסטקי, שבו מושגי הזכות והחובה משמשים במקביל:

”חובתה של הרשות היא לתת למי שעלול להיפגע מהחלטתה הזדמנות הוגנת וסבירה להשמיע את טענותיו, ולאחרון זכות יסוד להשמיעו.”⁶²

כך גם במקרים אחרים:

”זכות הטיעון איננה מטבע לשון... זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מה

להיות מכשיר של פעולותי הרצונית שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט; להיות מונע על-ידי שיקולים, על-ידי תכליות מודעות, שהם משלי, ולא על-ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ. אני מבקש להיות מישהו לא אלשהו; עושה, מחליט, לא מי שמחליטים בשבילי, מכוון-עצמי ולא מופעל על-ידי הטבע החיצון או על-ידי בני-אדם אחרים, כאילו הייתי חפץ, או בעל-חיים, או עבד שאינו יכול למלא תפקיד אנושי, כלומר, ללא יכולת לעצב מטרות ומדיניות משלי ולהוציאן לפועל.” ישעיהו ברלין ארבע מסות על חירות 182 (יעקב שרת מתרגם, הוצאת רשפים, התשל"א).

60 מלבד משמעויות חוקתיות תיאורטיות אלה, יש להבחנה זו גם משמעויות מעשיות. מאחר שחובה שוללת מטבעה ואילו זכות מעניקה, נמצא קושי רב יותר בהטלת הגבלות על חובה אל מול זכות. לשון אחר, זכות יכולה להיות מוגבלת באופנים שונים – אם בהגבלות מתחום המוסר, כגון תום-לב ונקיון-כפיים; אם בהגבלות ענייניות, כגון מהות הפנייה בבקשה לשימוע וכדומה.

61 ראו דיון מורחב בעניין לעיל בה"ש 17. כן ראו מיכל הורוביץ ואהוד נורי "שוויון כוחות במשא ומתן בין השקם לבין ארגון העובדים באספקלריה של עיקרון היעילות הכלכלית – ניתוח סעיף 1113 לפרק 11 לקוד האמריקאי" מאזני משפט ב 245, 268 (2001-2002).

62 פרשת מוסטקי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 889.

הן הטענות המועלות נגדו... עד כאן הזכות וממנה נובעת החובה המוטלת על המעביד – להציג בפני העובד את הטענות המופנות כלפיו, את השאלות שעלו בעניינו...⁶³

"זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההודמנות להשמיע את דעתו... בכל מקרה, בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההודמנות להשמיע את דעתו."⁶⁴

אמת, ייתכן שלכפילות לשונית זו יש משמעות מעשית שולית בלבד באשר לנפקותו של פסק-הדין, אולם בדיון תיאורטי העוסק ביסודותיו של עקרון השימוע מן הראוי להתעכב על הבחנה סמנטית זו, שכן היא נמצאת בלב-ליבה של הגדרת עקרון השימוע. זאת, אם ברצוננו להימנע מהכבדת-יתר על המעביד, כמו-גם מריקון העיקרון מתוכן מהותי.⁶⁵ אם כך, דיון מובנה בהגדרת עקרון השימוע כזכות או כחובה חייב להתמקד בשאלת איזון האינטרסים הנוגדים, שהרי אף אם נכיר בעקרון השימוע כזכות המהווה חלק מכללי הצדק, כנגדה עומדת זכותו של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו. במובן זה, על-אף הגדרתו כעקרון-יסודי,⁶⁶ עקרון השימוע אינו פועל בחלל החופשי, ומולו ניצבות זכויותיו של המעביד, כגון זכותו לנהל את עסקו כרצונו, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית שלו ומזכות-היסוד שלו על קניינו. על התנגשות זו עמד בית-הדין הארצי לעבודה, המיטיב לתאר את הקונפליקט בין זכות הקניין של המעביד לבין הזכות המעין-קניינית של העובד:

"כוחו של המעסיק לנהל את עסקו כרצונו נובע מזיקתו הקניינית למפעלו, זיקה שהוכרה כזכות יסוד בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מן הזיקה

63 פרשת גוטרמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 455-457.

64 פרשת גינגולד, לעיל ה"ש 50, בעמ' 654.

65 כפי שצוין לעיל בה"ש 15, כפיית שימוע על מעביד המסרב להעניקו עלולה, ברוב המקרים, פשוט לדחות את סירובו לשלב המעשה, קרי, לשלב של שינוי החלטת הפיטורים. לפיכך משמעותה המעשית של כפייה היא זניחה, וייתכן אף שרב נוקה על תועלתה, אם מטרתה אכן להביא לידי שינוי בהחלטת המעביד. הצגת עמדה מרוככת יותר, אשר מגדירה את השימוע כזכות מותנית ולא אוטומטית (כפי שמוצג במקרה אבימלך), מקטינה את הפגיעה בחירותו של המעביד ובפררוגטיבה הניהולית שלו, במיוחד בשוק הפרטי, ומתאימה יותר לאופיו של המשק ולטבע האדם. הגדרה כזו מיטיב לשרת את המטרה האמורה על-אף "חולשתה" המושגית הלכאורית.

66 ראו לעניין זה פרשת גוטרמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 455: "הלכה פסוקה היא, מימים ימימה, כי זכות הטיעון הינה מזכויות היסוד הראשוניות בשיטתנו המשפטית, ומקום של כבוד שמור לה ביחס העבודה בכלל...". כן ראו ע"ע (ארצי) 1070/01 שנער – נציב שירות המדינה, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת גילי ארד (לא פורסם, 25.4.2001): "הנה כי כן, זכות השמיעה שהיא יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית ומעקרונותיה הבסיסיים...".

הקניינית הנ"ל נגזרת גם הפרוגטיבה של המעסיק לבחור למפעלו את העובדים המתאימים והנחוצים לו... אולם פרוגטיבה זו אינה מוחלטת; היא כפופה... לזכויות הקנייניות של העובדים במקום עבודתם.⁶⁷

באשר לאיזון בין זכויות הקניין של בעל המפעל במפעלו לבין זכויות הקניין של העובדים, קבע בית-הדין כדלקמן:

"המפעל הינו קניינו של המעסיק ובידיו ההחלטה כיצד לנהוג ברכושו. לשון אחרת, המעסיק מנהל את מפעלו; זה תפקידו, זו אחריותו וזו אף זכותו. מכאן סמכותו של המעסיק להחליט על היקף עסקיו... אשר לזכויות הקניין של העובדים – המפעל הוא מקום עבודתם ומקור פרנסתם, על כל המשתמע מכך, ועל-כן העובדים הם בעלי עניין רב בגורלו של המפעל ובשינויים המתחוללים בו. יתרה מכך, גם לעובדים ישנן זכויות קנייניות במקום העבודה."⁶⁸

לפיכך הבחנה סמנטית זו חייבת להיעשות תוך גילוי רגישות לזכויותיו הקנייניות של המעביד ותוך שימת דגש בדרישת המידתיות המופיעה בפסקת ההגבלה. זכותו של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו היא נגזרת ישירה מזכותו החוקתית על קניינו, ולפיכך כל פגיעה בזכות זו חייבת להיעשות באופן שיקטין את הפגיעה ככל האפשר. יש לציין כי דרישת המידתיות היא דרישה חוקתית, ולפיכך הגדרת עקרון השימוע כחובה תחרוג מדרישה זו. לטענתי, כפייתו של הליך השימוע פוגמת אף בדרישה ל"השגת תכלית ראויה", מאחר שהגדרתה כחובה תוביל ברוב המקרים לאימוץ גישה פורמלית על-ידי המעביד, אשר תרוקן זכות זו מתוכן. תכליתו של עקרון השימוע היא לשנות את מצב הפיטורים, ולפיכך דווקא כפייתו עלולה להרחיק את התוצאה המבוקשת. במילים אחרות, שימוש במונח "זכות", ולא "חובה", יאפשר השגתה של אותה מטרה באמצעי שפגיעתו פחותה.

כפי שהומחש בדיון המשרה, ייתכן שדווקא הגדרת עקרון השימוע כזכות המותנית בדרישה מצד העובד (כפי שעשה אבימלך) מציגה עמדה מרוככת יותר המקטינה את הפגיעה בחירותו של המעביד ובפרוגטיבה הניהולית שלו, וזאת במיוחד בשוק הפרטי. כפיית שימוע על מעביד המסרב להעניקו עלולה, ברוב המקרים, פשוט לדחות את סירובו לשלב המעשה, קרי, לשלב של שינוי החלטת הפיטורים. לפיכך משמעותה המעשית של כפייה היא זניחה, וייתכן אף שרב נזקה על תועלתה, אם מטרתה אכן להביא לידי שינוי בהחלטת

67 עס"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97, 123 (2000).

68 עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל, פד"ע לה 103, 122 (2000). בעניין זה ראו גם ע"ע (ארצי) 1465/02 בנימין משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה פד"ע לט 646 (2004); וכן מיכל הורוביץ "בחירת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט ח 127, 143 (2001).

המעביד. הגדרת עקרון השימוע כזכות תיטיב אם כן לשרת את המטרה האמורה על-אף "חולשתה" המושגית הלכאורית.

להבחנה זו בין זכות לחובה יש נפקות גם במישור המעשי. כך, למשל, הגדרת עקרון השימוע כזכות מקילה על בתי-המשפט לפתח הלכה המתנה את מימושו של עקרון השימוע בהגבלות מסוימות, שכן הטלת הגבלות על זכות ניתנת ליישום פשוט יחסית. דוגמות לכך ניתן למצוא בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה, הגורס כי על העובד להופיע לשמיעת השימוע, וכי החובה לשמוע את העובד המועמד לפיטורים כוללת חובה מצידו של אותו עובד להופיע להליך השימוע. כך בעניין ויסוסר:

"...המערער החמיץ הזדמנות נאותה לקיים את הליך השימוע בענין אישרור הפיטורים, בכך שלא נעתר להזמנה שקיבל. ייתכן שפני הדברים היו שונים, אילו התייצב בהליך השימוע, כפי שדורשת ממנו חובת תום הלב, והיה משמיע תחילה את השגותיו המקדמיות לגבי עצם הזמנתו. בדרך זו היתה הזדמנות להנהלת המועצה, ואף חובה, להתייחס להשגותיו המקדמיות, ולאחר מכן לגופו של נושא האשרור."⁶⁹

הגדרת עקרון השימוע כזכות מאפשרת לבית-המשפט להצדיק את לשונו הברורה בהנהיגו פרוצדורות דינויות שמקטינות עלויות ואשר מטילות את האחריות למימוש הליך השימוע על בעל האינטרס הישיר בו, קרי, העובד. כך, למשל, בקביעתו של בית-המשפט כי סירוב של עובד המועמד לפיטורים להופיע לפני המועצה המקומית בהליך של שימוע, תוצאתו היא כי "פגע הוא למעשה בזכותו שלו."⁷⁰

לנוכח כל זאת נראה כי הן מבחינת ההיגיון הפשוט – קרי, חוסר היעילות שבכפיית אמצעי העלול להוביל לתוצאה הפוכה – והן לנוכח דרישת המידתיות, ראוי להימנע מהגדרת עקרון השימוע כחובה. מסקירת הפסיקה עולה כי מגמתו הכאוטית של בית-המשפט עולה ככלל עם תובנות אלה, וכי מגמתו הכללית בשלב זה היא להגדיר את עקרון השימוע כזכות הניתנת להגבלה, ולא כחובה גורפת המוטלת על המעביד.

69 דב"ע (ארצי) נא/3-210 ויסוסר – המועצה המקומית רמת השרון, פד"ע כד 295, 299 (1992).

70 שם, בעמ' 300. עמדה זו עולה בקנה אחד עם מגמות ברורות של בית-המשפט להגביל את עקרון השימוע ולהתאימו למציאות משקית הפועלת משיקולי עלות-תועלת. ניתן למצוא בקביעת בית-המשפט כי עקרון השימוע אינו מחייב את הרשות המנהלית לשמוע את טענותיו של אדם שעלול להיפגע מהחלטתה, אלא רק לתת לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו. אם אותו אדם ויתר על השימוע, אם מתוך כוונה ואם בשל הזנחה, הרשות יצאה ידי חובתה; ואם לא העלה את כל טענותיו בעת השימוע, מתוך שכחה או בשל טעות, בדרך-כלל אין לו אלא להלין על עצמו. לעניין זה ראו זמיר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 796. כן ראו, לדוגמה, בג"ץ 4816/91 בניני גיל בע"מ נ' הוועדה לבניה למגורים תל-אביב, פ"ד מו(1) 441, 445 (1992).

(ב) מבט משווה

בחינת המקורות המשווים מעידה על התמקדות בקווים דומים. ראשית מעשה, מניחה מקרה אבימלך עולה כי על-פי הסיפור המקראי עקרון השימוע מוגדר כזכות מותנית בלבד, המטילה את האחריות לדרישתה על הנהנה, קרי, העובד. מגמה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות כלכליים המבקשים להוזיל עלויות. במובן זה, הענקת זכות השימוע מותנית בפנייה בבקשה לשימוע, אשר אינה מתבססת על טעמים ענייניים, כי אם פונה לטובת המהנה עצמו. כך עושה אבימלך, המבסס את בקשתו לשימוע על טענת "הגוי גם צדיק תהרג", הגורסת כי מימוש ההחלטה יגרום נזק לאלוהות עצמה. יש להדגיש כי בשלב זה אבימלך אינו עושה שימוש בטענות החוקות שיש בידו, כגון תוס-לב, הטעיה ונקיון-כפיים, וזאת בדיוק מהטעם שראשית מעשה עליו ליצור אינטרס אצל המהנה. מצב דומה ניתן למצוא גם במשפט האמריקאי, הפועל משיקולי יעילות כלכלית, שם הגדרת עקרון השימוע אומנם מורכבת יותר, אולם ניכרת מגמתו הברורה של בית-המשפט להימנע מהרחבת הזכויות להליך, ובכך להימנע מהחלתו בכפייה, אשר תוביל לאי-סבירות כלכלית.⁷¹

ניתן אם כן לטעון כי הן הדיון התיאורטי והן הדיון המשווה מצביעים על כך שעקרון השימוע ראוי שיוגדר כזכות הניתנת להגבלה מובנית, בהתאם לדרישות של יעילות והיגיון כלכליים.

כפי שראינו, ככלל, עמדת בית-המשפט נוטה להטיל הגבלות על הגדרתו של עקרון השימוע כחובה גורפת, וזאת בעיקר במקרים שבהם נדרשת יעילות דיונית. אולם ראוי לציין כי הגדרה בלתי-נחרצת זו של בית-המשפט מיטיבה אולי לשמש פתרון במקרים נקודתיים, אך עומדת לרועין בדיון תיאורטי עתידי בשאלות כגון החלתו של עקרון השימוע על המגזר הפרטי. זאת, מאחר שהטלת חובת שימוע במגזר הפרטי קשה להצדקה הרבה יותר מאשר הגדרת זכות שימוע מוגבלת המוענקת לעובד כחלק מעקרונות הצדק הטבעי. הגדרה כזו מקטינה במידה ניכרת את האיום הטמון בשימוע מבחינת המעביד, ומאפשרת גם להקטין את החיכוך בין האינטרסים המתנגשים.

לנוכח זאת אני סבורה כי אין די בהגדרה חלקית, אלא על בית-המשפט לומר את דברו באופן נחרץ, אשר יאפשר דיון עתידי בפיתוחה של הזכות, וכן יאפשר להגדיר את עקרון השימוע כזכות הכפופה למגבלת המידתיות.

עם זאת, אף בהגדרה ממותנת זו אין להקל ראש, שהרי גם הגדרתו של עקרון השימוע כזכות הניתנת להגבלה מטילה הלכה למעשה נטל על המעביד, ובכך פוגעת בזכותו החוקתית על קניינו. לנוכח זאת, גם המבקש להגדיר את עקרון השימוע כזכות, באופן המקטין את הפגיעה במעביד, ראוי שיצביע על הצדקה עניינית לעצם הענקתה של זכות זו. לפיכך אבקש בשלב זה להסיט את הדיון ולהצביע על כך שלזכות השימוע עומדת הצדקה עניינית ומהותית, בהיותה נגזרת ישירה של זכות-היסוד להגנה עצמית.

71 בקרב עורכי-דין העוסקים בתחום רווחת הגישה הבלתי-כלכלית בעליל של "יציאה ידי שימוע", הנובעת מהגדרת השימוע כחובה גורפת המוטלת על המעביד. כך נעשה בפועל במסגרת פיטורי-התייעלות הנערכים בחברות גדולות במשק, כאשר הליך השימוע נערך ללא כל כוונה לסטות מהחלטת הפיטורים.

4. עקרון השימוע – נגזרת מזכות ההגנה העצמית

הגדרתו של עקרון השימוע כזכות מוענקה, להבדיל מחובה נכפית, מרככת את המפגש בין עובד ומעביד בנקודת-זמן רגישה. עם זאת, ההגדרה מחייבת עדיין הצדקה, מאחר שזכות יוצרת בהתאמה חובה.⁷² מכאן שיש להזדקק לשאלה מהיכן הזכות לשימוע נגזרת. לשון אחר, מה יוצר את ההצדקה העניינית להגדרתו של עקרון השימוע כזכות, אשר ככזו מטילה הגבלות אפשריות על זכותו הבסיסית של המעביד לניהול המפעל כרצונו? לטענתי, הצדקה כזו אכן קיימת, ויסודה בזכות הבסיסית של הפרט להגן על עצמו. זכות ההגנה העצמית מהווה עקרון-יסוד בסיסי החורג מדיונה המצומצם בשדה הפלילי, באופן המגדיר אותה כמטרה היחידה המאפשרת הטלת הגבלות כלשהן על חירותו של הפרט. כך בלשונו של אחד מאבות השקפת-העולם הליברלית – ג'ון סטיוארט מיל:

”ההגנה העצמית היא המטרה היחידה שלשמה רשאים בני-אדם, כיחידים או כקבוצה, להפריע בעד חירות-הפעולה של כל יחיד ויחיד בקרבם; התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח-הכפייה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, נגד רצונו של אותו איש, היא – למנוע היוק מאחרים.”⁷³

בשלב זה אבקש למצוא צידוק ענייני המעגן את זכות השימוע כעיקרון הנגזר מזכות ההגנה העצמית גם בפסיקת בית-המשפט. כפי שנראה, בית-המשפט אינו מהסס לקבוע במקרים מסוימים כי פגיעה במקום עבודתו של פרט מהווה פגיעה ישירה בבטחונו האישי ומהווה סיבה מספקת לאפשר לו להגן על עצמו.

בחנית הפסיקה מעלה כי בית-המשפט אכן מתייחס לא-אחת לעקרון השימוע בהקשרה של הזכות להגנה עצמית. כך, בית-המשפט קובע כי הנפגע זכאי להשמיע את דבריו על-מנת להגן על עצמו מפני החלטה מנהלית או מפני החלטת מעבידו לפטרו, וזאת על-מנת לנסות לשכנע את הפוגע לשנות את רוע הגזירה. גישה זו יסודה במשפט הנוהג כבר בדיון האנגלי הקדום, אשר במסגרתו ראו בתי-המשפט בעקרון השימוע כלל אלוהי שמקורו בפרשת הבריאה. כך אמר בית-המשפט בשנת 1723:

”חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לערוך את הגנתו, אם יש לו כזאת... אפילו אלהים בכבודו ובעצמו לא חרץ דינו של אדם בלי להזמין תחילה לערוך את הגנתו. אדם (אומר אלוהים), איכה? המן העץ אשר צויתך לבלתי אכל ממנו אכלת?”⁷⁴

72 ראו HOHFELD, לעיל ה"ש 58.

73 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 20 (אריה סימון מתרגם, הוצאת מאגנס, ירושלים, התשס"ב).

74 פרשת ברמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1507. זהו ציטוט מתורגם בגוף פסק-הדין מפסק-הדין האנגלי: The King against The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge, (1723) 93 E.R. 698, 704.

ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא במשפט הנוהג, המגדיר אף הוא את זכות ההגנה העצמית כפן מרכזי בהענקת זכות השימוע. עמדה זו באה לידי ביטוי לראשונה בפרשת ברמן, שבה נקבע כי –

"לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לפגיעה הזדמנות הגנתית להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה."⁷⁵

בפרשת גוטרמן הסביר בית הדין כי –

"זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו."⁷⁶

ההיבט של זכות ההגנה העצמית כהצדקה לקיומו של הליך שימוע מקבל משנה תוקף בפיטוריי-צמצום. מיטיב להסביר זאת בית הדין הארצי לעבודה, בקובעו כי –

"גם כאשר מדובר בפיטורין בגין מצב כלכלי קשה, הליך המכונה 'פיטורי צמצום'... שינוי הנסיבות לא יכול שיעשה בצורה מכנית. יש להביא בחשבון את האינטרסים של המפעל שיש להבריאם ואת האינטרסים של העובד המפוטר... יש לאפשר לו לנסות לשכנע שהקריטריונים שנקבעו לבחירת המפוטרים בפיטורי צמצום אינם חלים עליו."⁷⁷

חיווק לעמדה זו ניתן למצוא גם בספרות המשפטית, אשר מעמידה את זכות ההגנה העצמית במרכזו של עקרון השימוע, ומגדירה את התנאים לקיומו של עקרון השימוע כדלהלן:⁷⁸

1. פגיעה
2. באינטרס מוגן
3. באופן ישיר וממשי.

פגיעה – תנאי ראשון הוא שההחלטה המנהלית כרוכה בפגיעה. תנאי זה מוציא מתחולת הכלל שלל החלטות ופעולות מנהליות שבמסגרתן הרשות נענית לבקשה של אדם. החלטות

75 פרשת ברמן, שם, בעמ' 1508.

76 פרשת גוטרמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 455.

77 פרשת משה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 654.

78 זמיר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 797.

ופעולות אלה ייחשבו פוגעות רק אם הרשות מחליטה, על-סמך נסיבות חדשות, לשנות את החלטתה ולבטל הטבה שנתנה.

באינטרס מוגן – תנאי שני הוא שהפגיעה תהיה באינטרס מוגן. ברור כי לא כל אינטרס מקנה זכות שימוע. ככלל, פגיעה באינטרס אישי, להבדיל מאינטרס כללי, יוצרת זכות שימוע. רשימת האינטרסים אינה סגורה. השופט זילברג, בפרשת ברמן, מתייחס לפגיעה "בגוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה".⁷⁹

באופן ישיר וממשי – התנאי השלישי דורש שהפגיעה תהיה ישירה וממשית. בהתאם לכך, חובת השימוע חלה, בין היתר, כאשר רשות מנהלית מבטלת רישיון⁸⁰ או מבטלת מינוי למשרה ציבורית.⁸¹ ניתוח כזה מצביע על מקומו של עקרון ההגנה העצמית בלב-ליבו של עקרון השימוע, וכמי שיוצר למעשה את ההניעה להענקתו.

מבט מקיף יותר על סוגיה זו מעלה את התובנה כי עקרון השימוע מוענק כזכות דווקא בשל כוחו של המעביד לפגוע בעובד. עמדה זו באה לידי ביטוי ברור בחקיקה. במקרים שבהם מעורב מרכיב של פגיעה, המחוקק אינו מהסס ליצור חובת שימוע, בקובעו – לעיתים במפורש – כי תנאי להפעלת הסמכות הוא שהרשות המוסמכת תיתן הזדמנות לנוגעים בדבר להשמיע את טענותיהם לפני.⁸² עמדה זו, הקושרת בין היכולת להפעיל כוח לבין האחריות הנלווית אליה והחובה לפעול בתום-לב ובהגינות, מוצאת הדים במקרים רבים. כך, למשל, בניסוחו הבהיר של בית-המשפט, הקובע כי לצד הכוח הנובע מהפררודגטיבה הניהולית קיימת החובה לפעול בהגינות:

"הכלל הוא כי במסגרת כוחו של מעביד לנהל את מפעלו על הצד הטוב והמועיל ביותר לפי הבנתו ושיפוטו, מוסמך הוא גם 'להעביר עובד מתפקיד לתפקיד...'⁸³

"בהעברה למשרה אחרת מטעמים אחרים, ההלכה היא כי מאחר ומדובר בהפעלת כוח של מעביד, הרי שעל כל הפעלת כוח, בעיקר כשמדובר בגוף ציבורי חל הכלל שיש להפעילו משיקולים רלוונטיים. ועת מדובר בעובד-מעביד – בתום לב ובהגינות. כלל זה הוא הבסיס לזכותו של העובד הנוגע בדבר כי טענותיו

79 פרשת ברמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1508.
80 לדוגמה, פרשת זקס, לעיל ה"ש 46; בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 764-765 (1976).
81 למשל, בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 493 (1989).
82 כך, למשל, ס' 158 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] התשכ"א-1965, ס"ח 120, קובע כי לא תיעשה שומה לפי מיטב השפיטה "בלי שניתנה לנישום הזדמנות סבירה להשמיע טענותיו". כך גם ס' 107 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307; וס' 59ב(ד) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132.
83 דב"ע (ארצי) נד/71-3 אילת – שירות התעסוקה, פד"ע כו 169, 177 (1993).

תישמענה בטרם יוחלט על העברתו ממשרתו למשרה אחרת וכי יש ליתן לו
'שעת כושר' להישמע ולטעון טענותיו כנגד ההעברה.⁸⁴

ניתוח זה, המתמקד בפגיעה הנגרמת לעובד במהלך הפיטורים ובעקרון ההגנות היסודי המקשר בין כוח לאחריות, יוצר הצדקה עניינית להטיל על המעביד הגבלות באשר לזכותו לנהל את מפעלו כרצונו.⁸⁵ באופן זה ניתן לעגן את החובות הנובעות מהכרה בעקרון השימוע כזכות מוקנית לעובד.

(א) מבט משווה

בחינת המשפט המשווה מעלה כי גם הסיפור המקראי וגם הדין המנהלי האמריקאי מדגישים את מרכיב הפגיעה כיוצר את הזכות לשימוע. במקרה אבימלך מדובר בהחלטה סופנית – "הנך מת" – היוצרת את הזכות לשימוע מוקדם, ואילו בדין האמריקאי מושם דגש במרכיב הפגיעה בזכות מוקנית למשרה. עמדה זו באה לידי ביטוי מובהק בשורשו החוקתי של עקרון השימוע, הוא עקרון ההליך המשפטי הנאות, המופיע בתיקונים החמישי והארבעה עשר לחוקה.⁸⁶ תיקונים אלה מעמידים במרכזם את עקרון הפגיעה בזכויות הבסיסיות של הפרט.

(ב) סיכום

מהדיון לעיל עולה כי צידוק ההגנה העצמית מצוי הן בפסיקה הישראלית והן בדין המשווה. לנוכח זאת אין להקל ראש בזכות השימוע, שכן היא מהווה נגזרת ישירה מהזכות להגנה עצמית, וזו מהווה זכות יסוד חוקתית, אשר ניצבת אל מול זכותו הקניינית של המעביד באופן שווה, וראויה לכל הגנה אפשרית. הדגשתו של עקרון ההגנה העצמית, הנמצא בלב עקרון השימוע, מחזקת זכות יסוד חברתית זו⁸⁷ באופן המאפשר לה להישיר מבט אל זכותו הקניינית של המעביד.⁸⁸

84 ע"ע (ארצי) 300231/98 גלבויע – מדינת ישראל (לא פורסם, 11.5.1999).

85 יש להדגיש כי הפסיקה הישראלית דווקנית אף יותר מעמדת המשפט האמריקאי, בקובעה כי גם אם לעובד אין זכות קנויה למשרה, המעסיק חייב במתן הודעה מראש לעובד על כוונתו לא להאריך עוד את ההתקשרות עימו; לפרט את הטעמים העומדים ביסוד אותה כוונה; לאפשר לעובד להביא לפניו את תגובתו; וליתן לו הזדמנות הולמת לנסות להעביר את רוע הגזירה. לעניין זה ראו ע"ע (ארצי) 1290/02 מדינת ישראל – שדה (לא פורסם, 6.3.2003); פרשת גוטרמן, לעיל ה"ש 56.

86 ראו לעיל ה"ש 18.

87 לחולשתה היחסית של הזכות החברתית ראו בהרחבה מיכל הורוביץ הגנה על זכויות עובדים במסגרת הבראת חברות 63 (המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ, התשס"ג-2003).

88 במאמר מוסגר ניתן לציין כי גם ביסוסה של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית על-חוקית נובעת מצידוק ההגנה העצמית, שכן רואים את קניינו של אדם כחלק בלתי-נפרד ממהותו, ולפיכך כל פגיעה בו היא כפגיעה בבעל הקניין. לכן המשפט מעניק לה הגנה. על משקל

הגדרה זו מיטיבה לעגן את הצידוק שבהענקת זכות השימוע לעובד מצידו שלו, אולם מאפשרת עדיין פגיעה בחירותו של המעביד, ובכך מותירה את החיכוך על כנו. הקטנת החיכוך תוכל להיעשות אם נשכיל לעגן את הצידוק להענקת זכות השימוע גם בעיקרון הנובע מחובותיו של המעביד כמעביד, או להצביע על יתרונות כלכליים למעביד הטמונים בעקרון השימוע. לשון אחר, אם נראה כי קיימת חובה או אינטרס כלכלי למעביד לכבד את זכותו של העובד, ללא קשר לזכותו של זה, אזי נקטין את החיכוך בין העובד והמעביד. בכך נגדיל את היכולת להעניק זכות זו בפועל, שהרי נקטין את האינטרס של המעביד להתנגד לה.

5. הצידוקים להענקת זכות שימוע המונחים בבסיס האינטרס של המעביד

עד כה התמקדנו בהגדרת עקרון השימוע כזכות, וזאת בעיקר בשל הצורך לעמוד בדרישת המידתיות המופיעה בפסקת הגבלה. למרות חולשתה היחסית של זכות ביצירת חיוב אצל המעביד בהשוואה לחובה היוצרת חיוב כזה, עדיין הענקת זכות לעובד גורמת לפגיעה בזכותו של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו. בהתקיים פגיעה, אין נפקא מינה מה מקורה, שהרי אף אם זכות השימוע ניתנת להגנה כנגזרת מצידוק ההגנה העצמית, אין היא מחלישה את הפגיעה במעביד. לשון אחר, עוצמת הצידוק של הזכות אינה מקטינה את הפגיעה בחירות המעביד.

נשאלת לפיכך השאלה אם ניתן להצביע על הצדקה פנימית להטלת הגבלה זו על המעביד, וזאת ללא קשר למקורה של זכותו של העובד.

חיפוש אחר הצדקה פנימית תועלתנית זו מיטיב לשקף את האינטואיציה הבסיסית שלפיה אין טעם לכפות על בעל הכוח הקשבה, שכן ההקשבה אינה אלא אמצעי האמור להביא לידי שינוי בהחלטה. לפיכך, אם מלכתחילה לבעל הכוח אין אינטרס לשנות את החלטתו, לא יעזור מאומה אם נכפה עליו להקשיב. האינטרס להקשיב חייב להיות גם של בעל הכוח, אם אנו מעוניינים לחרוג מיצירת זכות ריקה מתוכן העולה כדי "יציאה ידי שימוע".

בהסתמך על הגישות השונות שהוצגו לעיל, אנסה להצביע על הצדקה עניינית להענקת זכות השימוע מנקודת-מבטו של המעביד, על-ידי ציון היתרונות הכלכליים הנובעים מקיומו של הליך שימוע, והדגשת יכולתו להוות כלי מבחינת המעביד לקבלת מידע בנוגע למתרחש בעסקו.

זה, וכפי שראינו, גם פגיעה במקור פרנסתו של העובד מהווה פגיעה בקניינו, בפרנסתו ובגופו עצמו, ולפיכך ראויה לכל הגנה אפשרית. לנוכח זאת, עמדה זו מחייבת יצירת מערכת נורמטיבית המאזנת בין זכויות-יסוד נגזרות אחיות באופן אופקי, קרי, ללא העדפה גורפת של האחת על רעותה; ובלשונו של פרופ' ברק – בדרך של עריכת איוון אופקי. לעניין זה ראו ברק, לעיל ה"ש 42, בעמ' 520.

(א) מבט משווה

נקודת-המבט המשווה מעלה כמה נושאים ראויים לדיון. עקרון השימוע בדין האמריקאי מעוגן, למעשה, כנגזרת מחובת ההגינות הכללית המוטלת על הרשות ומחייבת אותה לפעול באורח נאות. מגמה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הישראלי. לעומת זאת, במבט עמוק יותר ניתן להצביע על כך שהן הגישה האמריקאית, כפי שהוצגה בהלכת *Mathews*, והן הסיפור המקראי מעניקים משקל רב למרכיב הכדאיות, דהיינו, לאינטרס של המעביד בהענקת שימוע לעובד. עמדת הכדאיות אינה מודגשת דייה במשפט הישראלי.

כאמור, בהלכת *Mathews* קבע בית-המשפט האמריקאי באופן ברור כי למעביד יש אינטרס בהגינות ניהולית. נוסף על כך, הגורם השלישי בהלכה זו מציב במפורש את הכוונה המציאותית למנוע עלויות מיותרות. עמדה זו נמצאת באופן מרומז גם בטקסט המקראי, שבו אבימלך פונה לטובתה של הרשות – "הגוי גם צדיק". לשון אחר, פנייתו המקדמית של אבימלך לבקשת שימוע מיועדת במישרין לאינטרס השם הטוב של האלוהות עצמה. עמדה זו תואמת להפליא את התנהלותו של המשק המודרני, המייחס חשיבות מרבית למוניטין. כך, פיטורים לא-מוצדקים, אשר עשויים לעשות כותרות, עלולים לפגוע בשמו הטוב של המעביד ולעלות לו הון עתק.

נקודה נוספת שיש להדגיש נוגעת באינטרס שיש למעביד בביסוס יחסי אמון בינו לבין עובדיו, באופן שישפר את ההתנהלות התפעולית בפירמה ויניב תועלות כלכליות.

(ב) סיכום

מהדיון בתת-פרק זה עולה כי קיומו של הליך המעניק לעובד ערוץ להשמעת טענותיו לפני פיטוריו מוצדק לא רק מנקודת-מבטו של העובד, אלא יכול להיות מגובה אף מעמדתו של המעביד. על-סמך אינטרסים כלכליים ופתיחת ערוץ מידע יעיל כלכלית למעביד, ניתן לייצר הצדקה עניינית נוספת לזכות השימוע.

כפיית המעביד להעניק שימוע רק מתוך רצון לשמר עיקרון של צדק כללי אידיאלי, ללא יצירת תנאים שיבטיחו את יעילותו של ההליך, הינה בבחינת יצירת בלון נפוח וריק מתוכן. על רקע זה ניתן להבין את ההליך המוצג בסיפור המקראי ככזה המתבסס על שני שלבים: שלב מקדמי של בקשה לשימוע, אשר יכול להוות הליך סינון רב-עוצמה, ושלב שני של שימוע בפועל.

באופן זה, בנייה נכונה של עקרון השימוע כמשתלב בשיקוליו העסקיים של המעביד יכולה להפוך אותו מחובה טורדנית לשיקול עסקי, העולה בקנה אחד עם עקרונות של הגינות, צדק ומוסר. שימת דגש במבניות ההליך ממחישה כי דרך מימושו של הליך השימוע בפועל מהווה נדבך קריטי בהגדרתו באופן שיאפשר את פיתוחו ככלי ישים במשק הפועל בייעילות כלכלית.

לנקודה זו יש חשיבות לנוכח מגמות ושינויים בהתפתחותו של עקרון השימוע, המצביעים על מגמתו של בית-המשפט לבחון את החלתו של עקרון השימוע במשפט הפרטי. נעבור עתה לדיון בשינויים ומגמות אלה.

6. שינויים ומגמות

כפי שהצבעתי לעיל, התפתחותו של עקרון השימוע אינה קוהרנטית, ולוקה בהעדר דיון תיאורטי מקדמי מספק. מניחות פסיקתו של בית-הדין לעבודה מסתמנת בשנים האחרונות מגמה להרחיב את מסגרת הנהנים מנורמות המשפט המנהלי, ולהחילן גם על גופים "דו-מהותיים" הנותנים שירות לציבור. באופן זה מבקש בית-הדין לקבוע כי גם גופים אלה, ובעיקר גופים "המספקים שירות חיוני לציבור", חייבים בהענקת זכות טיעון לעובד לפני הכרעה בפטוריו. עמדתו זו של בית-הדין עולה בקנה אחד עם מגמת ההרחבה של חובת תום-הלב של המעביד כלפי עובדו.⁸⁹

יתר על כן, בשנים האחרונות החל בית-הדין לעבודה להחיל את עקרון השימוע כחובה גם על מעביד פרטי. זאת, לאחר שנים רבות שבהן היה ברור כי עיקרון זה חל במגזר הציבורי בלבד, ולכל-היותר גם לגבי מעבידים המספקים שירות חיוני לציבור. תפנית זו חלה בפרשת גוטרמן,⁹⁰ שבה החילה השופטת נילי ארד את חובת השימוע גם על מוסד אקדמי פרטי – המכללה האקדמית עמק יזרעאל. באותו מקרה המערער, מרצה במכללה, עבד במוסד במשך ארבע שנים על-פי חוזה לתקופה קצובה שהוארך מדי פעם. השופטת מסבירה כי –

"בנסיבות אלה, של קשר מתמשך המחזיק בתוכו סיכוי להעסקה בעתיד, ולמרות שלא הייתה בידיו זכות קנויה לעצם העסקתו במשרה, קמה למרצה הזכות לדעת, מבעוד מועד, את הסיבות העומדות ביסוד הכוונה שלא להמשיך ולהעסיקו במכללה: האם נכשל בתכונותיו כמורה, או כחוקר, או ביחסי אנוש עם תלמידיו... ובצד הזכות לדעת עומדת למרצה הזכות להציג את טיעוניו ואת גירסתו, להפיג את חששותיו אם אינם מבוססים, ולהזים חשדות שווא אם דבקו בו."⁹¹

השופטת מוסיפה כי עקרון השימוע, כפי שבא לידי ביטוי בזכות הטיעון, נמנה עם זכויות-היסוד של שיטת המשפט הישראלית. לדעתה, אין לשים גבולות לערכי-היסוד של שיטתנו המשפטית. תחולתם היא אוניוורסלית ומשתרעת על כל גוף הכפוף לביקורת שיפוטית, תוך שקילת האיוונים המתחייבים ממהותו של הגוף ומאופיו המיוחד. בקביעה זו מרחיבה השופטת ארד את היריעה ומחילה את חובת השימוע באופן רחב ומקיף על כל מעביד, בכפוף לעריכת איוונים מתאימים בהתאם לאופיו הפרטי, הדו-מהותי או הציבורי. על הלכה זו חזר בית-הדין הארצי בפסיקתו החד-משמעית כי –

"הלכה פסוקה היא, כי זכות הטיעון הינה זכות יסודית ובסיסית הקנויה לעובד

89 דב"ע (ארצי) נא/3-1 מפעלי ים המלח בע"מ – שיינין, פד"ע כב 271 (1990).

90 פרשת גוטרמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 458.

91 שם, בעמ' 456.

במסגרת יחסי העבודה בינו לבין מעסיקו. זכות הטיעון עומדת לעובד במלוא הדרה, כלפי המעסיק הפרטי, בה במידה שעומדת היא לו כלפי המעסיק הציבורי וכלפי המעסיק הדו-מהותי.⁹²

גם השופט אדלר קובע חד-משמעית כי עקרון השימוע קיים הן במגזר הציבורי הן במגזר הפרטי, ונגזר מחובת תום-הלב החלה על המעסיק, וזאת אף במקרים של הפרת משמעת חמורה:

”עובד שהפר את המשמעת באופן חמור וחשוף בשל כך לפיטורים מכה הסכם קיבוצי, זכאי לשימוע בטרם יכנסו פיטוריו לתוקף. זכות השימוע קיימת הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי ונגזרת מחובת תום הלב החלה על המעסיק... בבסיס חובת השימוע עומד הרציונל לפיו לא יהא זה הוגן להטיל על העובד סנקציה חמורה הפוגעת בהכנסתו, מבלי שיקבל הזדמנות להציג עמדתו טרם קבלת החלטה על פיטוריו.”⁹³

אין פלא שמגמה זו עוררה קולות המתנגדים לנטיית הפסיקה לחייב גם גוף פרטי לשמוע את המועמד לפיטורים קודם לפיטוריו. השופטת המאירי, למשל, מציינת⁹⁴ כי אין הצדקה לחייב מעביד פרטי להעניק זכות טיעון ושימוע לעובדיו לפני פיטוריהם כחייב בפני עצמו, אלא רק בנסיבות מתאימות ועל בסיס התנהגות בתום-לב. במקרה הנידון לא יישמה השופטת את דעתה זו, לנוכח קביעתה כי בפועל נערך לתובעת שימוע לפני פיטוריה. מגמה זו של קולות הקוראים ליישומו של עקרון השימוע במגזר הפרטי מחייבת דיון עקרוני מובנה במגמה זו. בפרק הבא אבקש לערוך דיון מסכם למאמר זה, אשר יתבסס על השאלה אם ראוי להחיל את עקרון השימוע במגזר הפרטי, ואם כן – באיזה אופן.

פרק ד: מסקנות

עיקר עניינו של המאמר המוצג נוגע בניסיון לערוך דיון מובנה באשר ליסודותיו ולמקומו של עקרון השימוע. לטענתי, דיון כזה יאפשר לחליץ עקרון-יסוד זה ממגמתו הערטילאית, אשר בגרסתה הנוכחית אינה מיטיבה להעניק לעובד את ההגנה שהוא ראוי לה ואינה מונעת את הכרסום הנמשך במעמדו.

92 ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה – שופרסל בע"מ (טרם פורסם, 15.7.2007); ע"ע (ארצי) 412/06 האגודה למען הקשיש בקרית גת – דוד (טרם פורסם, 9.10.2007).

93 ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ (לא פורסם, 29.12.2002).

94 עב' (ת"א) 4816/05 אשקלון – יורוקום תקשורת סלולרית בע"מ (לא פורסם, 25.1.2006).

מהדיון המוצע במאמר זה עולות כמה מסקנות:
 הראשונה, עקרון השימוע הוא עיקרון בסיסי, ולפיכך ראוי להעניק לו מתווה משפטי
 אשר יאפשר את יישומו כעיקרון של צדק.

השנייה, יישומו הנוכחי של עקרון השימוע במגזר הציבורי עולה במקרים רבים כדי
 הליך ריק מתוכן, היוצר הכבדה פרוצדורלית על המעביד. המעיין ביישומו של עקרון
 השימוע במשפט הנוהג יתקשה למצוא הצדקה חוקתית וכלכלית לקיומו, וזאת לנוכח
 תרומתו המועטה להגנה על זכויותיו של העובד בעת פיטוריו.

השלישית, לעקרון השימוע יש יסודות תיאורטיים חזקים המאפשרים פיתוח מתווה
 מציאותי למימוש תכליתו כאמצעי להגנת העובד. הדיון ביסודות אלה מדגיש את התועלת
 הכלכלית למעביד הטמונה בשימורו של עקרון השימוע.

הרביעית, ביסוס התועלות הכלכליות הטמונות בהענקת זכות השימוע יאפשר יצירת
 מצע להחלתו של עקרון השימוע גם במגזר הפרטי. הצדקות כלכליות אלה, הנוגעות
 בשיקולי עלות-תועלת, מתאימות לדיון באפשרות החלתו של עקרון השימוע במגזר
 הפרטי. ניסיון להחיל את עקרון השימוע במגזר הפרטי ללא הגדרה עניינית של תחומיו
 ומסגרתו יוביל ליישום כזכות ריקה מתוכן.

לגופו של עניין, להצעת, הזכות לשימוע ראויה ליישום במתווה הבא:

1. הנמקה בכתב – מעביד המעוניין לפטר עובד חייב להעניק לו, עם פיטוריו, את
 הנימוקים לפיטוריו.

2. זכות מותנית – לעובד יש זכות לשימוע המותנית בהסכמת המעביד.⁹⁵

3. אקטיביות שיפוטית – בית המשפט יבחן בנקל⁹⁶ את שיקול-דעתו של המעביד
 במקרה של דחיית בקשתו של העובד. בחינה זו תיעשה בהתאם להלכת *Mathews*.

על טענות אפשריות לגבי "החלשה" לכאורית של עקרון השימוע מנקודת-מבטו של
 העובד, אבקש לענות כי ייתכן שדווקא ביצורה של גישה המעודדת קיומה של זכות ריקה
 מתוכן, היוצרת אשליה של הענקת יכולת הגנה, היא זו המחלישה את מעמדו של העובד
 וחוסמת דיון אמיתי ביצירת כלים אופרטיביים ממשיים אשר יעמדו לו כפרט בעת פיטוריו.
 אמת, בהענקת זכות בלתי-מותנית לשימוע יש מרכיב פסיכולוגי רב-עוצמה המשכך את
 רוע הגזירה, שכן היא מאפשרת לפרט לחוש כי הוא נלחם על מקום עבודתו. אולם אין

95 מסקנה זו נובעת בעיקרה מהתובנה המציאותית כי אין טעם ממשי בכפיית חובת שימוע,
 שהרי כפייה זו רק תדחה את הסירוב לשלב הביצוע. מגמה זו עולה בקנה אחד עם דרישת
 המידתיות של פסקת ההגבלה. צעד ענייני זה, המעמיד את ההיגיון המשקי במרכז הדיון,
 יאפשר למעביד לממש את חובתו להגינות ניהולית ולעמוד בדרישת תום-הלב.

96 בהקשר זה יש להדגיש כי אין במגמה זו כדי להקטין את חובתו של המעביד לנהוג בתום-לב,
 אלא יש בה אף הרחבה של חובה זו, שכן הקטנת הנטל הפרוצדורלי על המעביד תאפשר את
 הגדלת הנטל המוסרי. כך, במקרים שבהם תתגלה סטייה מחובת ההגינות הניהולית ומיישמו
 של עקרון תום-הלב בהליך, יוכל בית המשפט להתערב ביתר שאת בהליך, תוך הדגשת הזכות
 להגנה עצמית הניצבת בלב-ליבו של הליך השימוע. במקרים אלה, שבהם ידון בית המשפט
 ביישומו של עקרון השימוע, ראוי, לטענתי, לאמץ את הלכת *Mathews*, המיטיבה לשלב בין
 כיבוד זכותו של העובד, האינטרס בהגינות ניהולית ומניעת עלויות מיותרות.

בחובו של הליך זה אפשרות ממשית להביא לידי שינוי החלטת הפיטורים, והוא אף טומן בחובו סכנת הקצנה של עמדת המעביד ומאפשר לו להתבצר מאחורי תשלום מס־שפתיים המסיר ממנו אחריות ממשית. כמי שאמונים על התפתחותו של השיח החברתי, אני סבורה כי חובתנו האקדמית היא דווקא לעודד מגמות מציאותיות ענייניות, אף אם למראית־עין הן מצמצמות את נפח האוויר הממלא זכות חסרת נפקות ממשית.

