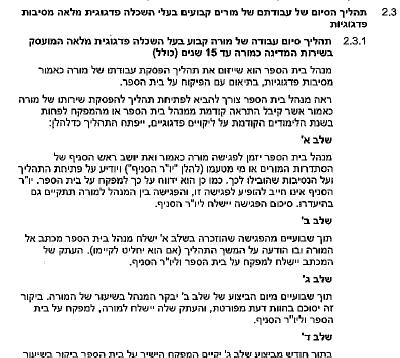
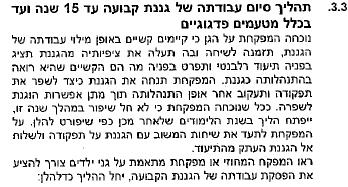
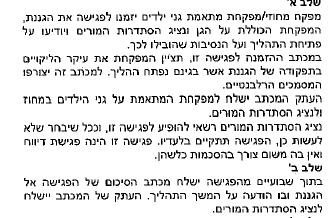
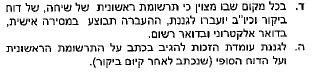
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בירושלים** | | |
|  | | |
| ת. נ' משרד החינוך התרבות והספורט | | 15 דצמ 2020 13516-07-18 |
|  | | |
| **השופטת** | שרה ברוינר ישרזדה | |
|  | | |
| **תובעת** | מ.ת. ע"י עו"ד ארקדי פולונסקי | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבע** | משרד החינוך התרבות והספורט ע"י עו"ד שני רוזנבליט שמעונוביץ | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

התובעת פוטרה פיטורים פדגוגיים. ההליך שהביא לתוצאה זו הוא במרכז המחלוקת שבין הצדדים.

**רקע נדרש**

1. התובעת ,ילידת 1960, בעלת תואר שני בחינוך, הועסקה ע"י הנתבע בתקופה שבין 1.9.2006 ועד 31.8.2018 כגננת.
2. בשנים האחרונות לעבודתה שמשה התובעת כ"גננת משלימה" במספר ישובים בשומרון. היקף המשרה של התובעת היה חלקי והשתנה לאורך השנים בין 54% ל71%.
3. מפקחות מטעם הנתבע בשנים הרלבנטיות למחלוקות שבין הצדדים היו הגב' בקי פינסקי (להלן- גב' פינסקי) , שסיימה תפקידה בסוף שנה"ל התשע"ג ולאחריה הגב' עופרה שנדורפי (שהעידה מטעם הנתבעת- להלן המפקחת).
4. לקראת סוף שנה" ל התשע"א שלחה הגב' פינסקי לתובעת מכתב שנדונו "המשך עבודתך כגננת". שבו מצוינן כי נמצאו כשלים בעבודתה הפדגוגית, כי קבלה מסרים של חוסר שביעות רצון מעבודתה מוועדות חינוך בישובים בהם עבדה, כי שנה קודם לכן הוצע לה לעזוב את המערכת -שלאחריה ובתווך- סוכם לאפשר לה שנת ניסיון נוספת וכי גם בסוף אותה שנה התקבלו דווחים קשים על התנהלות לקויה עד כדי סיכון ילדים. נוכח כך הוצע לתובעת לעזוב מרצונה את העבודה שאחרת, ינקטו נגדה הליכי פיטורין פדגוגיים משנה"ל התשע"ב. אז, כמו גם בהמשך הביעו נציגות הנתבע עמדה כי התובעת היא אישה חמה ואוהבת אך בכך לא די.
5. יוער כי נוכח כוונת פיטורין פנו מספר הורים ב2013 אל הגב' פינסקי והביעו תמיכתם בעבודתה תוך ציון מעלותיה (צורף לתצהיר התובעת בבקשה לסעד זמני)
6. בסופו של דבר באותה שנה לא ננקטו כל הליכי פיטורין כלפי התובעת וכך לא בשנים שלאחר מכן.
7. לתיק בית הדין לא הוגשו כל ראיות נוספות ביחס לתקופה שמאז הארועים דלעיל ועד שנת 2017 לגבי תלונות/השגות או חוו"ד ביקורתיות של מאן דהוא ובכלל זה גם לא של המפקחות (זאת אף שהמפקחת העידה הן בהליך למתן סעד זמני והן בעדותה בהליך העיקרי- כי ישנן תרשומות בעניינה של התובעת). לא למותר לציין שלכתב ההגנה צורפו 2 רישומים ספורדיים האחד משנת 2015 והשני משנת 2016 של המפקחת, אך הם לא צורפו לראיות. כך גם לא צורפו לראיות מסמכים שצורפו לכתב ההגנה מתקופת עבודת הגב' פינסקי.
8. בחודשים יוני וספטמבר 2017 כטענת הנתבע, התקבלו אצל המפקחת תלונות- הראשונה של אם של תאומים מגן אחד בו עבדה התובעת, והשניה ממנהלת מחלקת גני ילדים המועצה אזורית מטה בנימין (אליבא דתובעת למעשה מדובר בתלונה אחת שכן אותה אם היא שהביאה לכתיבת הפניה ה"פורמלית"- ר' ס' 14 לתצהירה שלאמור בו האמנו).
9. בחודש אוגוסט 2017 זומנה התובעת לפגישה עם המפקחת ובנוכחות שתי עובדות נוספות של המשרד (להלן- הפגישה באוגוסט). אשר לתוכנה המדויק חלוקים הצדדים ואולם מוסכם כי המפקחת ביקרה את עבודת התובעת (לדברי זו האחרונה הגדירה את המצב כ"אנדרלמוסיה" ו"קטסטרופה"). לדברי המפקחת הציעה לתובעת להסתייע במדריכות.
10. לדברי הנתבע , "בעקבות תלונות אלו (הכוונה לתלונות שאוזכרו בס' 8 לעיל), ועקב העובדה שלא נצפה כל שיפור בהתנהלותה.. על אף הערותיה ושיחותיה של המפקחת, הוחלט על בחינת המשך העסקתה.. במסגרת נוהל הגמישות בהעסקה" (כלשון ס' 14 לתשובת הנתבע לבקשה למתן סעד זמני).
11. ביום 27.11.17 נשלחה לתובעת הזמנה לפגישה במסגרת הליך גמישות בהעסקה- הוא הליך פיטורין פדגוגיים של עובדי הוראה, שתואמה ליום 14.12.17. (להלן- פגישת הגמישות)
12. בהתאם לנהלים החלים על הליך גמישות בהעסקה בוצעו תצפיות שונות על התובעת. התובעת לא הגיעה לשתים מבין ישיבות סיכום התצפיות עם המפקחת.
13. בהמשך לתצפיות ציינו הצופות כי נצפו חוסר שליטה רעש ובלגן, וכן קושי בהתאמת תכנים לרמתם השונה של הילדים, העדר שיח משמעותי, העדר הקפדה על בטיחות, העדר עבודת צוות עם הסייעות ועוד.
14. ביום 8.5.18 התקימה שיחת סיכום התצפיות בין המפקחת לתובעת. האחרונה התכחשה לתיאורים שהוצגו בפניה.
15. בהמשך לכך נשלחה לתובעת הזמנה לוועדה פריטטית שהתקימה בעניינה ב 21.5.18 ושבסיומה הבהרה עמדת הפיקוח בנתבע כי יש להמשיך הליך הגמישות בהעסקה (=פיטורין).
16. בהתאם התקיים שימוע לתובעת (לאחר שלא התייצבה לשימוע קודם אליו הוזמנה) .
17. ביום 30.5.18 החליט מנכ"ל הנתבע על פיטורי התובעת, שעתידים היו להכנס לתקפם ב31.8.18.
18. התובעת הגישה ערר על החלטה זו לשר החינוך ביום 5.6.18. הערר לא נענה בסמוך למועד הגשתו ומשכך פנתה התובעת גם לבית הדין בהליך למתן סעד זמני. במסגרת ההליך הוסכם להמתין להכרעת השר.
19. לאחר שהשר דחה את הערר, התקיים דיון בביה"ד, שלאחריו ניתנה החלטה ולפיה למרות קשיים שעלו מגרסת הנתבע- אין מקום להורות על השבת התובעת לעבודה במסגרת הליך לסעד זמני. (החלטה מיום 30.8.18).
20. להשלמת התמונה יפורטו גם מספר עניינים הנוגעים ל"נוהל הגמישות בהעסקה" שבמסגרתו פוטרה התובעת והמשמשים בסיס למחלוקות שבין הצדדים:
21. אין חולק כי עד ליום30.9.17 חל בנתבע "נוהל גמישות בהעסקת מורים ומנהלים ושינוי והרחבה של סכמויות המנהלים " שתקפו מ 1.9.09 (להלן- הנוהל הישן) .לגבי ישומו של הנוהל הישן יצא חוזר מנכ"ל 8.5-38 נוכח "אופק חדש". (צורף לתצהיר הגב' מזרחי סגנית מנהל אגף בכיר באגף כח אדם בהוראה בנתבע- להלן- גב' מזרחי)מיום 1.10.17 נכנס לתקפו נוהל מעודכן בנדון שבו בין היתר גם התיחסות פרטנית וספציפית לפיטורי גננות (שבנוהל הישן יושמו לגביהן בשינויים המחויבים, ההוראות החלות על מורים ומנהלים) (להלן- הנוהל החדש). שני הנהלים צורפו כנספחים 1-2 בהתאמה לתצהיר גב' מזרחי.
22. אין חולק כי ההוראות הישימות לגבי התובעת בנהלים הן המתיחסות למי שהוא בעל ותק של פחות מ15 שנה.
23. עוד אין חולק כי הוראות הנוהל החדש ביחס לשלבי הליכי הגמישות בתעסוקה מאז פגישת הגמישות, קוימו כנדרש (המחלוקת נוגעת לשלבים המקדמיים לכך, בין היתר).
24. להלן ההוראות הרלבנטיות מהמסמכים דלעיל ביחס לסוגיות שבמחלוקת:בנוהל הישן:  בנוהל החדש:"**מבוא: בטרם יוחלט על פתיחה בהליך גמישות בהעסקה יש להקפיד על קיומה של תשתית ראייתית המתבססת על נתונים באשר לכשלים שנפלו באופן תפקודו של עובד הוראה (לכבות מנהל וסגן מנהל)שההליך מופעל לגביו. התשתית חייבת להתבסס על חומרים כתובים כדוגמת פרוטוקולים ו/או תרשומות של פגישות עם העובדד, תכתובות איתו (מכתבים, מיילים) המעידות על אי עמידה בדרישות/ביעדים שהוצבו לעובד, וכן תיעוד על הסיוע ועל ההדרכה שהוצעו או ניתנו לעובד, וכן תיעוד על הסיוע ועל ההדרכה שהוצעו או ניתנו לעובד בנסיון לשפר את אופן תפקודו**" ובהמשך:  בפרק ההערות שבסכום סעיף 3 לנוהל המעודכן מצוין בין היתר: **המחלוקות**
25. אליבא דתובעת הנתבע לא פעל בהתאם להוראות הנוהל החדש, לא בוססה תשתית ראייתית נרחבת כנדרש בסעיף המבוא ולא ניתנה הזדמנות הוגנת לתובעת בשנה"ל התשע"ח לשפר התנהלותה, כאמור ברישת סעיף 3.3 לו, אלא חלף כך הוחל מיידית בהליך פיטורין. לו היתה ניתנת לה הזדמנות הוגנת כנדרש היתה משפרת הדרוש. גם בפגישה באוגוסט לא צוין בפני התובעת כי יש כוונה לפתוח ביחס אליה בהליך פיטורין. לדבריה סבלה מעוינות הגב' פינסקי ואח"כ אמצה המפקחת גישתה של זו מראש (ר' בנדון עדותה בעמ' 4 ש'12 שיאמר כבר עתה כי היתה מקובלת). משכך טוענת כי יש להורות על השבתה לעבודה ולחלופין לפצותה בגין שווי שכר עבודה של 3 שנים שיכולה היתה לעבוד לו היתה נתנת לה הזדמנות אמתית לשם כך (עד גיל הפרישה). לחלופין זכאית לפיצוי בגין הפסד שכר לשנתיים (אורך הליך פיטורין תקין). לטענתה מכל מקום זכאית היא לפיצוי בגין עגמת נפש. עוד טוענת התובעת כי היא זכאית לפיצוי בגין אבדן האפשרות לפדות ימי מחלה בלתי מנוצלים.
26. אליבא דנתבע פיטורין פדגוגיים הם צעד חמור והנתבע מודע לכך ופועל בהתאם, אלא שבעניינה של התובעת התגלו ליקויים חמורים בתפקודה ובכלל זה גם בהתנהלות שמהווה סיכון לילדים. התובעת לא שיתפה פעולה עם מדריכותיה ולא גילתה נכונות להתאים עצמה לביקורת וכך במשך שנים רבות עוד משנת 2011. משכך פעל הנתבע כחובתו כלפי הילדים והוריהם. טענות התובעת ביחס לנסיבות שהביאו לפיטוריה אין בהן ממש.הנתבע טוען כי יש לבחון את התנהלותו בהתחשב בנוהל החל באותו מועד. כך, בזמן שבו הוחלט על פתיחת הליך הגמישות בתעסוקה חל הנוהל הישן שאינו מחייב הליכים מקדמיים כפי שבנוהל החדש. מכל מקום, נוכח ה"היסטוריה" של התובעת מתקימות גם דרישות הנוהל החדש ובכלל זה גם דרישות סעיפים 1 ו-3 והטענה כי אין רישומים כנדרש- אינה יכולה לעמוד. ביחס לפגישה באוגוסט- לא קיימת חובה ליידוע (לפי הנוהל הישן). מכל מקום גם אם נפל פגם בהתנהלות הנתבע אין הוא מצדיק התערבות בפררוגטיבה הניהולית ואף אינו מצדיק פיצוי בשיעורים הנתבעים. **דיון והכרעה**
27. דרך הילוכה של הכרעתנו יהא כדלקמן- ראשית נבחן האם נפלו פגמים בהתנהלות הנתבע בכל הנוגע להליך פיטורי התובעת ומה משקלם. לאחר מכן נעמוד על המשמעות שיש לפגמים ככל שימצאו אל מול הסעדים המבוקשים. בקשר לכך נבחן גם את התנהלות התובעת עצמה כאינדיקציה לאופני התיקון שהיו או עודם אפשריים ביחס לפגמים אלה. **האם נפלו פגמים בהתנהלות הנתבע?**
28. נפתח ונאמר כי מצאנו שאכן נפלו פגמים בהתנהלות הנתבע וזאת בין אם נבחן אותה לפי הנוהל הישן ובין אם נבחן אותה במשקפי הנוהל החדש ומכל מקום מקובלת עלינו עמדת התובעת שהליך הפיטורין החל למעשה רק לאחר שנכנס הנוהל החדש לתקפו. נבהיר:
29. כאמור אין חולק שבאוגוסט 2017 נערכה שיחה בין המפקחת, התובעת וגורמים נוספים מטעם המשרד אלא שכפי שציינה המפקחת בס' 13 לתצהירה- ההחלטה לפתוח בהליך לפי הנוהל נתגבשה לאחר קבלת מכתב התלונה ממנהלת מחלקת גנ"י במועצה אזורית, מכתב מה 3.9.17. ואכן, כי שמתארת נשלחה לתובעת הזמנה בנדון רק ביום 27.11.17- היינו לאחר שהנוהל החדש נכנס לתוקף. מכאן שבפועל היה על הנתבע להתנהל על פי הנוהל החדש בלבד. הנוהל החדש מחייב כי קודם לפתיחת ההליך בן עשרת השלבים המוביל לפיטורין, על המפקחת חובה לערוך שיחה עם הגננת שבה יובהרו הציפיות, התיעוד הרלבנטי והקשיים שהיא רואה בהתנהלות. באותה פגישה על המפקחת להנחות את הגננת כיצד לשפר את ההתנהלות ולאפשר בחינת השיפור במהלך אותה שנה. רק ככל שלא חל שיפור באותה שנה, ייפתח ההליך בשנה"ל הבאה. בהתאם לנוהל החדש חייבת המפקחת לתעד את השיחה ולמסור עותק מהתיעוד. אין חולק כי קודם להזמנה לפגישת הגמישות, לא היתה שיחה מתועדת כאמור (גם השיחה מאוגוסט לא תועדה ועותק מהאמור לא נמסר לתובעת- אם כי התובעת עצמה אישרה כי התקיימה). זאת ועוד – בפועל לא ניתנה לתובעת בטרם החלה הפעלת הנוהל הזדמנות בשנה"ל "הנוכחית"- היינו התשע"ח- לתקן הנדרש ולמעשה המפקחת "דילגה" על שלב הכרחי זה. בכך נפל פגם מהותי בתהליך הפורמלי. (בהמשך נעמוד על המהות הנובעת מכך).
30. יוער כי "רוחו" של הנוהל מתבטאת בסעיף המבוא שלפיו נדרשת תשתית עובדתית ממוסמכת בטרם נקיטה בהליכי גמישות בהעסקה. גם במובן זה לא מתקיימות הוראות הנוהל- הנתבע לא הציג כל תשתית רחבה ואף לא צרה לביסוס הצורך בנקיטה בצעדים. לענין זה העובדה שהמפקחת נמנעה מלצרף מסמכים ובכלל זה כאלה שהיא ערכה אותם (והנתבע בחר שלא לצרף המעטים שכן ישנם פרי ידיה לראיותיו)- מצביעה על אחת משתיים: או- שאין כל תיעוד כאמור או- וככל שכך הוא, חמורים הדברים שבעתיים- שהתיעוד מצביע על הפך מגרסת הנתבע באשר לתפקודה של התובעת- ועל כן בחר הנתבע שלא להציגו.
31. לא זו אף זו, ברי כי בסה"כ מספר הביקורים של המפקחת בגן היה מועט ביותר. בעדותה בהליך הבקשה לסעד זמני העידה המפקחת (עמ' 11 ש' 18 ואילך) כי למעט הביקור הראשון שערכה עם כניסתה לתפקידה, ביקרה בגן בסה"כ עד לשנת 2017 3 או 4 פעמים (על פני כ3.5 שנים!) מדובר איפה בביקורים מינימליים (ויש להניח שנתיים נדרשים) ולא מעבר לכך. אם כן, גם במובן זה לא התקיימו הוראות הנוהל החדש.
32. גם לו היינו מניחים שנכון למועד התגבשות ההחלטה על נקיטת צעדי פיטורין חל הנוהל הישן וגם אם מקבלים אנו שהוראותיו לא היו מפורטות וברורות בכל הנוגע לתנאים לפתיחת הליכי גמישות בהעסקה, אין בכך כדי להביא למסקנה שהתנהלות הנתבע שקדמה לנקיטת ההליך היתה סבירה או תקינה. זאת משני טעמים:א. עיון בהוראות סעיף 2.3.1 לנוהל הישן מצביע על כך שאין שלבי הגמישות זהים בו לנוהל החדש. כך- בעוד שבשלב א' בשני הנהלים נערכת שיחה עם הגננת, הרי ששלב ב' שונה בין הנהלים: מתוך נוסח שלב ב' שבנוהל הישן עולה בבירור ששלב א' הוא שלב "שימוע" שבו ניתנת למעשה למורה האפשרות לשכנע שאין כלל צורך בהליכי הגמישות. וכך נאמר בשלב ב' "תוך שבועיים מהפגישה שהוזכרה בשלב א' ישלח מנהל בית הספר מכתב אל המורה ובו הודעה על המשך התהליך (אם הוא החליט לקיימו)...". (ההדגשה הוספה וכן להלן אא"כ יצוין אחרת). מאידך, שלב ב' בנוהל החדש הוא שלב טכני בהתנהלות מול המורה במסגרת התהליך (וכך גם לאחר מכן). בענייננו לא התקיים כל שלב שאפשר לתובעת לשכנע שאין צורך בתהליך- לא כפי המתאפשר בנוהל הישן ולא כפי המתאפשר בנוהל החדש, שכן החל מחודש נובמבר 2017 בפועל הוחל בתהליך הגמישות במלואו.ב. מהותית- דומה כי לא בכדי תוקן הנוהל. תיקון זה (בכל הנוגע לסוגיות שלפנינו) נועד להעלות עלי כתב מושכלות יסוד בחובות ההתנהלות של מעסיק בכלל ושל מעסיק ציבורי מקל וחומר, כלפי עובדיו, ובכלל זה: הצורך בהתראה בדבר שקילת כוונת סיום העסקה מטעמים פדגוגיים שמשמעה לא רק אובדן מקום העבודה הספציפי אלא גם שמיטת הקרקע המקצועית תחת רגלי העובד לחלוטין; חובת גיבוש מסקנות על יסוד מסד מוצק של עובדות ולא על יסוד גחמה או השפעה רגעית וכל כיו"ב; החובה לאפשר לעובד לתקן דרכיו נוכח הכוונה המוצהרת כלפיו . לכך תוסף העובדה ממנה התעלם הנתבע לחלוטין, כי התובעת קרובה ביותר לגיל פרישה ואם כן שיקול הגיל (שמצטרף למשמעות המקצועית הקשה של פיטורין פדגוגיים- ומשמעו למעשה כי בפני המורה המפוטר קושי כפול- חיפוש מקום עבודה וחיפוש מקצוע חדש- בגילו המבוגר) הוא משמעותי ביותר והיתה חובה על הנתבע להביאו בכלל שיקוליו.
33. להשלמת התמונה יוסף- אליבא דנתבע, כל הנדרש בהתאם לנוהל הישן בטרם נקיטת הליכי גמישות בהעסקה הוא , כלשון סעיף 2.3.1 רישא: "ראה מנהל בי"ס צורך להביא לפתיחת תהליך להפסקת שירותו של מורה אמור, אשר קיבל התראה קודמת ממנהל ביה"ס או מהמפקח לפחות בשנת הלימודים הקודמת על ליקויים פדגוגיים..." היינו הנדרש הוא כי קודם לפתיחת ההליך תהיה התראה לפחות בשנה קודמת. לשיטת הנתבע , השיחה מאוגוסט מהווה אותה התראה. עוד מוסיף הנתבע וטוען כי היות ובאותו שלב חל רק הנוהל הישן, לא נדרשה שנת הזדמנות לשיפור , וכשהוחלט על הליך פיטורין בנובמבר הוא הופעל כבר לפי הנוהל החדש שנכנס לתוקף. כאמור, המפקחת העידה כי בשיחה באוגוסט לא ניתנה לתובעת "התראה" שכן באותה עת עוד לא התגבשה כוונה לפתוח בהליך גמישות בהעסקה. יותר מכך, אין כל תיעוד של המפקחת על מה שנאמר ולכאורה , וכפי שהעידה התובעת, כל מה שרשמה לעצמה תוך כדי השיחה היה כי מתלוננים כלפיה על אנדרלמוסיה וקטסטרופה וכי מוצעת לה הדרכה (ר' בפרוטוקול בבקשה לסעד זמני-עמ' 5 ש' 26, עמ' 10 ש'9 ועדות המפקחת בעמ' 14 ש' 15 באשר לתוכן הפגישה וכן עדות המפקחת בתיק העיקרי, בעמ' 16 ש' 7 שם מאשרת כי לא התריעה על כוונת פיטורין). בהעדר ראיה או אף טענה כי הותרה בתובעת שככל שלא תשפר דרכיה יוחל כלפיה בהליך גמישות בהעסקה, אין לראות בפגישה מאוגוסט משום "התראה".מכל מקום, ועל כך נרחיב בהמשך- פרשנות הנתבע הנסמכת על עדות המפקחת שם,לפיה הפגישה מאוגוסט אינה אלא שלב בתהליך שהחל שנים קודם לכן ועל כן הסה"כ עומד בדרישות ס' 2.3.1 לנוהל הישן- אין לה מקום נוכח אופי ההתנהלות בשנים שקדמו ל2017.
34. לא זו אף זו, כמפורט לעיל תוצאת שילוב שני הנהלים והחלתם הטכנית על עניינה של התובעת בהתאם לכרונולוגיה חוטאת למטרת שניהם כשכאמור בשני הנהלים ישנה "נקודת חזור" שבו יכול עובד ההוראה לשכנע כי אין מקום לפתיחת הליך הפיטורין. בעניין התובעת, הטיעון הכרונולוגי נטל ממנה אפשרות זו לחלוטין. לכך יוסף כי התרשמנו הן מעדות הגב' מזרחי (ר' עמ' 19 ש' 20) והן מעדות המפקחת כי לא היה הליך סדור של "הוראות מעבר" שיבטיחו העקרונות האלה או אחרים וכי לא היתה הפנמה בזמן אמת של המפקחת בשטח, של שינוי הנוהל וההתאמות המתחיבות. המסקנה המתחייבת מכך היא שהטיעון לפיו לכתחילה נהגה המפקחת בהתאם לנוהל הישן שהתחלף "תוך כדי" ההליך מול התובעת , הוא טיעון שנוצר בדיעבד אך ודאי אינו משקף את ההתנהלות בזמן אמת. בזמן אמת התנהל הנתבע לפי הנוהל החדש לכתחילה. (וכך בראשית הדרך בתגובה לבקשה לסעד זמני כלל לא טען הנתבע דבר בענין הנוהל הישן).
35. אם כן, לא זו בלבד שהליך הגמישות שננקט כלפי התובעת לא התנהל בהתאם לנוהל החדש (שהוא הנוהל המחייב כאמור לעיל) אלא שגם לא לפי הנוהל הישן והמתחייב ביחס לפעולת הנתבע כמעסיק ציבורי.**מהות הפגם**
36. טוען הנתבע כי נוכח הממצאים לאורך השנים שבהן חזרו הטענות שהופנו כלפי התובעת על עצמן, הרי שגם אם נפל פגם בהתנהלות, מדובר בפגם טכני ולא מהותי. הדברים מתחזקים גם נוכח עדות התובעת עצמה בעיקר בהליך הזמני ממנה עלה כי היא לא הבינה את ציפיות המעסיק ממנה ושרויה ואף שבויה בקונספציה שלה באשר לאופן שבו צריכה גננת להתנהל. אכן , סבורים אנו כי מתוך הראיות עולה כי התובעת לא הביעה פתיחות ממשית ללמידה או להתאמת עצמה לדרישות המערכת. זאת ועוד, התובעת עצמה העידה כי תחת חרב הפיטורין "נלחצה" ולא תפקדה כראוי במהלך התצפיות שנערכו בגן. לכך יוסף כי כפי שהודתה התובעת בעדותה, קשה לשנות בגיל מבוגר. אם כן , לכאורה, גם לו היה הנתבע פועל בהתאם להוראות הנוהל במלואן, היתה התוצאה , ככל הנראה – זהה, ועל כן, לכאורה לא נגרם כל נזק בשל התקלה ה"טכנית". לכאורה אמרנו, ואולם איננו סבורים כן ולהלן נפרט:
37. ראשית- טכנית- לו היתה התנהלות בהתאם לנוהל, וגם לו לא היתה מפנימה את המצופה ממנה, היתה התובעת בפועל עובדת שנה נוספת.
38. שנית- טוענת התובעת כי המצב שבו חרב הפיטורין התנופפה מעל ראשה הביא אותה ל"שיתוק". לדבריה, לו ניתנה לה הזדמנות הוגנת להתאים עצמה לדרישות- היתה התוצאה שונה.יאמר כי מוצאים אנו שיש להטיל ספק מסוים בדברים אלה שכן התובעת נשמעה כמי שאינה מבינה מה הקושי בהתנהלותה גם לאחר פיטוריה בפועל- כך עלה מעדותה בדיון בהליך לסעד זמני (ר' למשל עמ' 6 דשם). אם כן לא חרב דמוקלס המתנופפת (כלשון סכומי התובעת) היא שמנעה ממנה לפעול כנדרש, אלא קושי שלה. לכך תוסף העובדה שהתלונות שהועלו כלפי התובעת במהלך כל השנים היו זהות באופיין.עם זאת, עדיין בגדר האפשר כי לו היה נערך הליך סדור ומאורגן בענין זה, שבו מחד היו מפורטות לתובעת הדרישות הספציפיות ומאידך מובהר לה היטב מה משמעות אי ישומן, היתה התובעת יכולה להפנים מה עומד על הפרק- שאלת המשך העסקתה- ולפעול כמתחייב. אלא שלא כך ארע- כפי שהודתה המפקחת- גם בשיחה מאוגוסט עדין לא נאמר לתובעת דבר על המשמעות האפשרית של עמדתה - אם המטרה היתה תיקון ולא פיטורין כנטען ע"י המפקחת עצמה , לא ברור כיצד בתוך 3 חודשים הגיעה התוצאה של הליך גמישות בתעסוקה וללא שיש כל תיעוד לארועים נוספים שארעו בתווך. זאת ועוד – מתוך פירוט התלונות כלפי התובעת התרשמנו שחלקן הוטל לפתחה שלא באופן מוצדק (כך למשל -אם אצבעות ילדה נלכדו בשער שלא היה מוגן כדבעי דווקא ביום שבו היא היתה בגן, ברי כי האחריות הראשית לכך היא של הגננת העיקרית ויתר הגורמים שלא דאגו למיגון ראוי).לכך יש להוסיף: דווקא נוכח ההתנהלות האקראית, הספורדית, הבלתי רציפה ובזהירות גם יאמר הבלתי רצינית שאפיינה את תגובות המשרד להתנהלותה ב7 השנים שקדמו להליך הגמישות- לא היתה לתובעת כל סיבה אמתית להניח שהשיחה באוגוסט תביא לתוצאה שונה מתוצאת שיחות קודמות שנוהלו עמה או שהיא מחייבת אותה להערכות אחרת. להפך- יכולה היתה להניח שזו עוד אחת מהשיחות הצצות מעת לעת שבהן נאמר לה על ידי מפקחות (על רקע תלונות הורים) כי אינה מתפקדת כראוי, כשלאחר שיחות אלה ממשיך העולם ונוהג כמנהגו.
39. שלישית- סבורים אנו כי בניגוד לרושם שמבקש הנתבע ליצור ביחס לאופן החמור שבו הוא רואה את התנהלותה המקצועית של התובעת, בפועל לא כך ראה אותה בזמן אמת. לו אכן כצעקתה, הרי שהמתחייב היה שיהיה תיעוד רצוף של ביקורות רצופות וסדירות וכן הסקת מסקנות כבר שנים לפני המועד הספציפי שבו בחר המשרד להתנער מהתובעת. למרות הכחשת המפקחת(ר' בפרו' הדיון בסעד הזמני עמ' 14 ש '13) סבורים אנו כי מתניעי תהליכי הביקורות כלפי התובעת היו תלונות הורים ולא מדיניות סדורה של המפקחת שממנה חרגה התובעת. לכן- ככל ששככו גלי התלונות, כך גם שככה ההתיחסות של המפקחת לעניינה של התובעת. הדברים נאמרים כיון שלו אכן היתה ניתנת לתובעת הזדמנות ראויה לפעול לתיקון, יתכן שהמשקל האמתי שמצא הנתבע עצמו לליקויים בתפקוד התובעת אל מול נקודות החיוב שבהתנהלותה- יכול היה לבוא לידי ביטוי ויתכן גם להביא לתוצאה של המנעות מנקיטת הליכי פיטורין (בדיוק כפי שארע במשך שנים קודם לכן). לענין זה גם כן נותנים אנו משקל מהותי להמנעות הנתבע מגילוי מסמכים שלדברי המפקחת יש בידה ושהיו יכולים לשפוך אור על הפסיפס המלא של עמדת הנתבע ביחס לתפקוד התובעת.בהקשר זה מצאנו להוסיף כי התרשמנו מעדויות שתי העדות מטעם התובעת שטרחו להגיע להעיד לטובתה- שתי אמהות לילדים שלמדו אצל התובעת (אחת מהן- גב' תמיר- ש7 מילדיה למדו אצל התובעת)- אלו ציינו את החדווה שבה הלכו ילדיהן לגן דווקא ביום שבו הגיעה התובעת לגן ולהבדיל מימים אחרים. ברי כי לתובעת יתרונות רבים כגננת וכי כנגד אותה אם או מספר הורים שהתלוננו על תפקוד התובעת ושכאמור לטעמנו הניעו את כל המהלך של הנתבע בעניינה- היו גם הורים אחרים שסברו אחרת ושלו היתה דעתם נשמעת במהלך השנה- יתכן שהיה בכך כדי להשפיע על עמדת הנתבע.
40. **אם כן, סבורים אנו כי הליקויים שבהתנהלות הנתבע לא היו טכניים בלבד, ולו היתה ההתנהלות שונה יתכן גם שהתוצאה היתה שונה**. **הסעדים**
41. משקבענו כי נפלו פגמים טכניים אך גם מהותיים בהתנהלות הנתבע יש לבחון את הסעדים להם זכאית. הסעדים המבוקשים ידונו לפי סדר העלאתם בכתב התביעה: **השבה לעבודה- האמנם?**
42. לטעמנו אין מקום להשבת התובעת לעבודה מן הטעמים הבאים: ראשית מטעמי כיבוד הפררוגטיבה הניהולית- הנתבע ולא בית הדין מופקד על איזון השיקולים המקצועיים לבחינת התאמת עובד הוראה לתפקידו. שנית- גם אם בזמן אמת- בשנת 2017 או 2018 התוצאה של התנהלות שונה מלכתחילה יכולה היתה להיות שונה- הרי שבדיעבד, מאז סיום עבודת התובעת, כשהמתח בינה לבין הגורמים הרלבנטיים במשרד המופקדים על טיפול בעניינה וודאי הוגבר נוכח ניהול הליך זה- ספק אם תהא תועלת בהשבתה לעבודה. ודוק- לא מצאנו כי אין כל יסוד לתלונות כלפי התובעת ומכל מקום חובה תהיה עליה לעבור הליך מחודש שצופה אפשרות של גמישות בתעסוקה- תהליך זה כרוך בביקורות, הדרכה וכו' שבוודאי יקשה על שני הצדדים לנהל בצורה עניינית נוכח עצם ההליך בבית הדין. אם כן ספק אם השבה לעבודה תשיג התוצאה המקווה- גננת ראויה כדאליבא דנתבע שעובדת עד גיל הפרישה, כרצון התובעת. זאת ועוד, בחלוף הזמן גם לא תהא תוצאה משמעותית להליך כזה נוכח התקרב התובעת לגיל הפרישה בלאו הכי.**בנסיבות אלה התביעה להשבת התובעת לעבודה נדחית.פיצוי בגין הפסדי שכר**
43. התובעת טענה כי היא זכאית להפרשי הפסדי שכר ל-3 שנים עד לגיל הפרישה. לחלופין טענה לזכאות לשנתיים- שהן השנתיים שבהן היה מתנהל הליך מוסדר לפי הנוהל החדש. שתי החלופות מעוררות קושי: אשר לשלוש השנים- נקודת המוצא של התובעת היא כי בכל אופן לו היה הליך תקין היתה ממצה את כלל תקופת העבודה במגבלה הפנסיונית ואולם, נוכח הממצאים דלעיל, ספק בידינו אם זו בהכרח היתה התוצאה. אשר לשנתיים- בכך ישנה טעות טכנית בעמדתה- בפועל ,בהליך תקין, היתה התובעת צריכה להמצא בשנת "נסיון" לפי רישת סעיף 3 לנוהל החדש בשנה"ל התשע"ח ולו היתה נכשלת בכך היה הליך הגמישות מתחיל ומסתיים בשנה"ל התשע"ט. בפועל התובעת עבדה וקבלה שכר בשנת התשע"ח ועל כן ה"נזק" הוא משכורת בת שנה אחת בלבד. אין מקום להניח כי לו היה מתנהל תהליך תקין, היתה שנת התשע"ח שנה שבה לא היה מתרחש דבר- הפך הדבר משתמע הן מן העובדות והן מטענות התובעת עצמה- קרי שבשנה זו היתה ניתנת לתובעת אפשרות להשתפר.
44. נוכח האמור סבורים אנו כי התובעת זכאית לפיצוי בגובה שכר עבודה של שנה אחת נוכח התעלמות מהוראות הנוהל שהיו מחיבות תהליך בן שנתיים. פיצוי זה אינו בגדר פיצוי עבור הפיטורין הפגומים עצמם אלא משום העמדת התובעת בקירוב במצבה לו היה מתנהל הליך תקין. כמן כן ראוי ליתן ביטוי גם לאפשרות שהתובעת אכן היתה משפרת דרכיה ונמצאת עובדת 3 שנים- מה שנמנע ממנה כמתואר. מצאנו לנכון לקבוע כי בהעדר דרך להגיע לקביעות ברורות בענין זה , הנכון הוא להעריך את גובה הפיצוי בשיעור של 12 משכורות נוספות (מחצית ממקסימום התקופה שיכולה היתה התובעת לעבוד מעבר לשנת התשע"ט שבגינה קבענו פיצוי לעיל). סה"כ זכאית התובעת לפיצוי בגין 24 חודשי עבודה.
45. בכתב התביעה טענה התובעת כי שכרה הממוצע בשנת העבודה האחרונה עמד על כ9850 ₪. מאידך טוען הנתבע בכתב הגנתו כי ממוצע השכר עומד על 9310 ₪. בהעדר תחשיב או פירוט חישוב של התובעת, מצאנו להעדיף את הסכום בו מודה הנתבע.אם כן התובעת זכאית לפיצוי בסך של 223,440 ₪.
46. הקטנת הנזק- התובעת העידה כי מעבר לדמי אבטלה שקבלה (אך לא פרטה שיעוריהם) החלה לעבוד כסייעת פרטנית בגנים ומשכורתה כך על פי התלוש שצרפה (ובהתחשב במגבלת הקורונה) עומדת על כ3000 ₪.
47. הצדדים היו חלוקים בסכומיהם בשאלה על מי הנטל להוכיח מהו שיעור הנזק שצומצם ע"י התובעת. ברי כי המידע בענין זה מצוי בידי התובעת ועל כן היא זו שהיה ביכלתה להציגו לבית הדין ולא על הנתבע מוטלת החובה בקשר לכך. עם זאת אין להתעלם מכך שבכתב ההגנה לא מופיעה כל טענה בדבר חובת הקטנת הנזק. מכל מקום, התובעת צרפה לתצהירה שני תלושי שכר המלמדים על הכנסתה מעבודתה כסייעת (לדבריה). על פי התלושים החלה לעבוד בחודש מאי 2019 בשכר ממוצע של כ- 3850 ₪ לחודש. התובעת העידה כי כיום בעקבות משבר הקורונה השתכרותה נמוכה יותר ועומדת על 3000 ₪. לא מצאנו מקום להתיחס לנתון זה הן כיון שהתקופה בגינה מפוצה התובעת קודמת בחלקה למשבר הקורונה ,הן כיון שהיא בחרה שלא להציג תמונה מלאה בפני בית הדין ביחס להכנסותיה שקודם לעבודתה כסייעת כאמור והן כיון שנזקי הקורונה אינם יכולים להיות מגולגלים לפתחו של הנתבע. משכך יש להפחית סך של 3850 ₪ לחודש לכל תקופת הפיצוי ובסך הכל 92,400 ₪.
48. **על כן זכאית התובעת לפיצוי בגין הפסדי שכר בסך של 131,040 ₪.** **פיצוי בגין עגמת נפש**
49. התובע תארה את עגמת הנפש הרבה שנגרמה לה בגין התנהלות הנתבע- ואת נסיונותיה לשקם עצמה בעבודות אחרות ללא הצלחה מקצועית (להבדיל מכלכלית). בגין כך היא תובעת סך של 100,000 ₪.
50. טוען הנתבע כי על פי הפסיקה, פיצוי בגין עגמת נפש יינתן רק במקרים חריגים ואין זה המקרה. כמו כן טען כי על בית הדין להזהר מלהפוך פיצויי בגין עגמת נפש למסווה לפיצויי ענשי.
51. שתי טענות הנתבע מקובלות עלינו. עם זאת סבורים אנו כי הנסיבות דכאן כפי שתוארו, הן מאותן נסיבות חריגות שבהן נגדע מהתובעת לא רק מקור פרנסה אלא גם מקור חדוות העשיה שלה , כפי שהעידה. כשלכך יוספו גילה המבוגר והאפשרויות המוגבלות הנובעות מכך לשיקום הנובע מעבודה. ואולם גם לענין זה לא נוכל להתעלם מתרומתה של התובעת לתוצאה זו. התובעת לא שיתפה פעולה עם הביקורת עליה כאשר חובה היתה עליה גם כשסברה כי אינה מבינה את מהות הביקורת, לדאוג להבין כדי לתקן. תגובותיה הקצינו את האופן שבו נתפסה התנהלותה ע"י הנתבע. גם אם התובעת לא ידעה בחודש 8/17 כי הצפי הוא סיום העסקתה, הרי שכעובדת חובתה היתה להתאים עצמה לדרישות המעסיק. כך גם לכל אורך תהליך הגמישות- שבו נמנעה לרוב מלשתף פעולה באופן אקטיבי. המנעותה מכך היא בגדר ה"אשם התורם" שהביא לתוצאה שגרמה לה עצמה עגמת נפש רבה. בנסיבות אלה מצאנו להעמיד את הפיצוי בגין עגמת נפש על סך של 18,000 ₪. **פיצוי בגין אבדן הזכות פדיון ימי מחלה**
52. התובעת טענה כי לו היתה מופרשת לפנסיה ולא מפוטרת כפי שפוטרה, היתה צוברת זכאות לפדיון כ254 ימי מחלה ששווים לדבריה, כ69 אש"ח. בפועל התובעת לא פרטה כיצד נצבר סך הימים שנטען או כיצד חושב שווי פדיונו.
53. בנסיבות אלה אנו מעדיפים לאמץ את דברי הנתבע בסכומיו ביחס לרכיב זה ולפיהם: זכאות התובעת לימי מחלה בתקופת עבודתה היתה ל-253.18 יום, ואולם היה ניצול של 54.98 ימים, כלומר היתרה היא 198.20 ימים ולא 254 כנתבע. היות שניצלה פחות מ- 35% מהימים שעמדו לזכותה, ובהתאם להוראות התקש"יר- זכאותה עומדת על 8 ימי פיצוי בגין כל 30 ימי מחלה צבורים שנותרו. במועד תקופת העסקתה שבין 1980-1993 שלא ברצף לא היתה זכאית לצבירה. משכך הודה הנתבע כי "במידה והתובעת תמציא תלוש מקרן הפנסיה שלה, היא תהיה זכאית לסך של 25,600 ₪ עבור פדיון ימי מחלה".
54. **בנסיבות אלה מאמצים אנו את קביעת הנתבע**. **סוף דברהתביעה להשבת התובעת לעבודה נדחית.הנתבע ישלם לתובע פיצוי בגין אבדן שכר בסך של 131,040 ₪.הנתבע ישלם לתובעת פיצוי בגין עגמת נפש בסך 18,000 ₪ככל שתמציא התובעת תלוש מקרן הפנסיה שלה לנתבע, ישלם לה הנתבע סך של 25,600 ₪ בגין פדיון ימי מחלה.משיוצגה התובעת על ידי הסיוע המשפטי, לא ייעשה צו להוצאות.** **ניתן היום, כ"ט כסלו תשפ"א, (15 דצמבר 2020), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| |  | | --- | | תמונה 6 | |  | תמונה 8 |  | |  | | --- | | תמונה 7 | |
| **דרורה נבון, נציגת ציבור עובדים** |  | **שרה ברוינר ישרזדה, שופטת** |  | **יצחק אופנהיים,נציג ציבור מעסיקים** |