

נחתם ביום 30/5/22

סע"ש 38569-03-19

**בבית הדין האזורי לעבודה בת"א**

בפני כב' הנשיאה הדס יהלום

**בעניין:**

**התובעת:** דנה גלעד, ת.ז 31173248

ע"י ב"כ אלכסנדר ספינרד ואח'

נגד

**הנתבע:** תאגיד הבריאות ליד המרכז הרפואי תל אביב (ע"ר 580007102)

ע"י ב"כ עו"ד אילן גולדשמידט, עו"ד מיכאל פרידמן ואח'

**מצטרפת:** נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – משרד המשפטים

ע"י ב"כ עו"ד סיגלית פורת - גורנשטיין ואח'

### **עמדת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות**

בהמשך להחלטות בית הדין מוגשת בזאת עמדתה של הנציבות בתיק הנדון.

יצוין כי חלק מהעמדות שמגישה הנציבות מפורסמות באתר שלה, בהתאם לשיקול דעתה, וזאת בכפוף לאיסורי פרסום. ככל הידוע לנציבות - תיק זה פתוח לציבור. ככל שאין זה כך, נודה על עדכוננו.

1. הנציבות היא הגוף הממלכתי האמון על קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות בישראל, זאת מכח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק השוויון"). בין היתר, עוסקת הנציבות בהגשת חוות דעת מקצועיות ופרשנות של חוק השוויון בנושאים שבמחלוקת משפטית.

2. לצורך הכנת העמדה, עיינה הנציבות במסמכים שהועברו אליה: כתב תביעה, כתב הגנה, תצהירי עדות ראשית מטעם התביעה וההגנה, פרוט' דיון ההוכחות מיום 15/3/22.

3. בהחלטתו בדבר קבלת עמדת הנציבות, קבע ביה"ד כי "במסגרת ההליך עולה שאלה עקרונית – מה הן חובות המעסיק במסגרת החובה לבצע התאמה ועד היכן יש למתוח את קו הגבול בנושא".

4. אדם עם מוגבלות זכאי למעטפת הגנה נוספת על זו לה זכאים כלל העובדים, וזאת מכח חוק השוויון. מעטפת הגנה זו מטילה על המעסיק חובות נוספות. עמדת הנציבות היא כי אלו לא קוימו כאן כנדרש.

מהמסמכים שהובאו לעיוננו עולה כי במקרה הנדון המעסיק דילג על שלב איתור ההתאמות אשר צריך להיות קודם לשלב בחינת הכשירות לתפקיד.

מהמסמכים עולה כי שלילת כשרותה של התובעת לשמש כרנטגנאית לצמיתות הייתה מבלי שקודם לכן נבחנו התאמות לתפקידה, דבר שנוגד את קביעת הפסיקה כי שלב איתור ההתאמות צריך להיות קודם לקביעה בדבר העדר כשירות או קביעה בדבר אי קיום דרישה מהותית של התפקיד. הדבר נכון גם כאשר השלילה נקבעה ע"י גורם רפואי. אין המדובר בענייננו בהעדר כשרות טבועה הברורה מאליה והמייתרת כל צורך לבדיקת התאמות - כגון עיוורון בכל הנוגע לתפקיד של נהג.

לא ראינו כי נעשו מאמצים כנים ונבחנו אפשרויות להתאמת נהלים, שיטות עבודה והגמשתם כנדרש בהתאם לחובת ההתאמות. כאן נזכיר כי ביהמ"ש העליון ובית הדין הארצי לעבודה קבעו כי שוויון עולה כסף, כך שגם אם להתאמה היו עלויות, היה על הנתבע לשאת בהן ככל שלא מדובר בנטל כבד מדי. אלא שמהמסמכים עולה כי לא נערכה בדיקה יסודית של האפשרויות השונות וממילא לא נבדקו העלויות.

כן עולה כי עת החליט הנתבע כי המגבלות שנקבעו לתובעת פוגעות בכשירות טבועה הנדרשת לביצוע התפקיד, וכי אין כל אפשרות לבצע התאמות לתפקידה ואין בנמצא כל תפקיד חלופי אחר, לא פנה הוא להתייעצות עם מומחה להתאמות, כפי שנדרש ע"פ הפסיקה ובייחוד לאור היותו מעסיק גדול ואף בעל צביון ציבורי, מה שמחדד את החובה.

נקודה חשובה נוספת היא הצורך לעודד שילוב אנשים עם מוגבלות בכל רמות התפקידים וגם בתפקידים מקצועיים ואקדמאיים, עניין שעולה גם במסגרת תיק זה. שוויון ושילוב אמיתי יושגו רק כאשר יבואו לידי ביטוי בסוגי ורמות התפקידים השונים, משום שאנשים עם מוגבלות, בדיוק כמו כלל האנשים - אינם מקשה אחת.

### **התשתית המשפטית – חוק השוויון וחובת ההתאמות**

5. חוק השוויון שם לו למטרה – "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (סעיף 2 לחוק).

בבג"צ מחמלי<sup>1</sup> במסגרתו עסק ביהמ"ש העליון בהרחבה בחובות החלות על מעסיקים מכח חוק השוויון, נקבע כי אפליה בשל מוגבלות פוצעת אנושות את כבודו של האדם ועל כן, לחוק השוויון מעמד "מעין חוקתי" משהוא נועד למנוע פגיעה כזו והוא מבטא את העקרונות שהותוו בחוקי היסוד ובייחוד חוק יסוד כבוד האדם וחירותו; כי חוק השוויון מבטא את היחס המחודש הנדרש מהחברה בישראל לאנשים עם מוגבלות וכי על מנת לממש את מטרות החוק יש לפרשו באופן שיגשים את תכליתו, וכמובן בהגינות כלפי כל הצדדים המערובים. כן נקבע כי גם אם השיקול הנוגע למוגבלות היה רק אחד השיקולים ולא דווקא העיקרי או היחיד, מדובר בהפליה, מששיקול זה 'צובע' את ההחלטה כולה בגוון של הפליה, וכפי שנקבע לגבי החלטות הנגועות במניעים זרים בדיני העבודה הכלליים.

בפסה"ד בבג"צ המרכז לעיוור<sup>2</sup> ביהמ"ש העליון הפנה למהפך שהתחולל בדיני המוגבלות "בהעבירם מהמודל של משמורת, המורכב מאפוטרופסות ומהסגר למודל של עצמאות והשתלבות חברתית... מעבר זה היה תולדה של שינוי בתפיסה כוללת ביחס לאנשים עם מוגבלות, שעיקרו בתובנה הבסיסית אשר מציבה את האדם לפני מוגבלותו הגופנית, ולא להיפך..". (פסקה 2 בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר ופסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט שטיין).

6. בית הדין הארצי עסק בהרחבה בחובות הקמות מכח חוק השוויון, בשאלה מיהו אדם עם מוגבלות ובשאלת ההתאמות, וזאת במספר פסקי דין מובילים נוספים - תרכובות ברום נגד בורוכוב, קופולק נ' חננשווילי ושולי רוזנברג נ' גיוון אימג'ינג בע"מ.<sup>3</sup>

בפסיקה נקבע כי אין רלוונטיות למניע ואין צורך להוכיח כוונה של מעסיק להפלות "ואף כוונה טובה אינה רלוונטית"; התוצאה היא הרלוונטית ולא הכוונה העומדת בבסיס ההתנהגות המפלה (מחמלי, פסקה 34; קופולק, פסקה 55).

בעניין קופולק נקבע:

**"תפיסת השוויון העומדת בבסיסו של החוק היא לפיכך תפיסה מתקדמת, שנועדה לבצע תיקון עמוק היורד לשורשן של ההפליה וההדרה שהן מנת חלקם של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, וביניהם תחום התעסוקה. החוק נועד לנסות ולהתגבר הן על דעות קדומות ארוכות שנים, והן על הפליה המבוססת על מבנים, פרקטיקות, תבניות ודפוסי חשיבה מושרשים ומקובלים. הבנה זו של תפיסת החוק אמורה להדריך אותנו בפרשנות הוראותיו, וביישומן על מקרים קונקרטיים"** (פסקה 50 לפסה"ד).

<sup>1</sup> בבג"צ 6069/10, רמי מחמלי נ' שב"ס ואח', מיום 5/5/14

<sup>2</sup> בבג"צ 8202/17 המרכז לעיוור בישראל נ' שר האוצר, שר העבודה, המוסד לביטוח לאומי, מיום 27/5/20.

<sup>3</sup> ע"ע 34784-10-16 תרכובות ברום בע"מ נ' יהודית בורוכוב, מתאריך 15/10/18; ע"ע 61235-02-17 קופולק בע"מ נ' חננשווילי, מתאריך 16/10/18; ע"ע 48726-11-18 שלום שולי רוזנברג נ' גיוון אימג'ינג בע"מ, מתאריך 6/1/20. יצוין שבעניין רוזנברג הוחזר התיק לאזורי ועל פסק דינו האחרון הוגש ערעור נוסף בו ניתנה ביום 26/12/21 החלטה בהתאם להסכמת הצדדים על מינוי מומחית מטעם בית הדין לבדיקת שילובו של המערער בעבודה וההתאמות הנדרשות (ע"ע 39472-06-21).

7. חוק השוויון מגדיר אדם עם מוגבלות כ- "אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים" (סעיף 5 לחוק). בסעיף 8(ד) לחוק נקבע כי ההגנה מפני אפליה קמה גם לאדם שהיה בעבר אדם עם מוגבלות וגם לאדם אשר נחשב כאדם עם מוגבלות. לעניין הגדרת 'אדם עם מוגבלות', ראה הניתוח הרחב בפסה"ד בעניין **תרכובות ברום**.

8. המחוקק הכיר בקושי הראייתי העומד בפני מי שמבקש להוכיח אפליה "לנוכח הקושי המובנה להוכחתן של צפונות הלב והמחשבה" (קופולק, פיסקה 56) וקבע משכך הוראה בדבר **היפוך נטל ההוכחה** בתביעה לפי החוק.

סעיף 13(א) לחוק השוויון מחיל את הוראותיו של סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה:

"(א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 – (לעניין חוק השוויון בניגוד להוראות סעיף 8, ס.פ.ג):

(1) לעניין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים – אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי העניין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים;

(2) לעניין פיטורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו".

....

(ג) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על הנתבע כי פעל שלא בניגוד להוראות הסעיף האמור, אם הוכח כי דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בסעיף 2(א)".

בעניין היפוך נטל ההוכחה נקבע כי יש להחיל על אנשים עם מוגבלות גם את הפסיקה שהתייחסה לסוגיה זו בכל הנוגע לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה שפירשה סעיף זה בהרחבה, כלומר לטובת העובד; "... והבהירה כי הנסיבות הקבועות בו הן רק דוגמא אחת למצב בו יועבר נטל ההוכחה בתביעות לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לכתפי המעסיק" (קופולק, פסקה 56).

9. **סעיף 8 לחוק השוויון** קובע איסור על הפליה בתעסוקה מחמת מוגבלות:

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה לרבות מבדקי קבלה;

(2) תנאי עבודה

(3) קידום בעבודה

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית

(5) פיטורין או פיצויי פיטורין

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מהעבודה.

(ב) לעניין סעיף קטן (א), רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

(ג) אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה.

(ד) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על מי שהיה בעבר אדם עם מוגבלות, על מי שנחשב לאדם עם מוגבלות ועל בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו.

(ה) לעניין סעיף זה –

"בן משפחה" – ...

"הפליה" – לרבות אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו;

"התאמה", "התאמות" – לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי;

"נטל כבד מדי" – נטל בלתי סביר בנסיבות העניין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה" (ההדגשות אינן במקור – ס.פ.ג.).

כלומר – סעיף 8 לא הסתפק באיסור על הפליה מחמת מוגבלות, אלא הוסיף דרישה אקטיבית מהמעסיק בדמות חובה לבצע התאמות אשר יהא בהן כדי להתגבר על המוגבלות. ההתאמות נועדו לאפשר את העסקתו של עובד ושל דורש עבודה וכפי שנקבע בסעיף 8 לחוק בו מוגדרת אפליה כ"אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו".

גם סעיף 9 לחוק קובע כי אחד הכלים שעל מעסיק להשתמש בו לשם השגת ייצוג הולם הינו ביצוע התאמות.

#### **חובת ההתאמות**

10. לצורך ביצוע התאמות נדרש המעסיק לגמישות ויצירתיות ולעתים לשינוי של נהלים או תנאי עבודה קיימים, כאשר הדבר לא מטיל נטל כבד מדי. כן נקבע כי יהיו מקרים בהם השגת השוויון תהיה כרוכה בעלויות כספיות, עלויות שחברה מתוקנת נדרשת לשלם כדי להשיג שוויון ובין היתר עלויות שמעסיקים יצטרכו לשאת בהן.

הגדרתה של 'התאמה' והשאלה מהי כוללת – זכו לפרשנות גמישה בפסיקה. כך נקבע בעניין זה בבג"צ מחמלי:

"בצד האיסור השלילי של איסור ההפליה מחמת מוגבלות בין עובדים, או בין דורשי עבודה – מטיל המחוקק בסעיף 8 לחוק השוויון, על מעבידים המעסיקים מעל 6 עובדים, חובה פוזיטיבית ליצור במקום העבודה תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם

מוגבלות ואת קידומם במקום העבודה, וזאת, בין היתר, באמצעות עריכת שינויים בדרישות התפקיד, בשעות העבודה ובנהלי העבודה... ההתאמות שאי ביצוען עולה כדי הפלייתו של אדם עם מוגבלות, כאמור בסעיף 8 לחוק השוויון – אינן התאמות פיזיות גרידא, הנוגעות למבנה של מקום העבודה או לעיצובו... החוק מגדיר 'רשימה פתוחה' של התאמות אפשריות, אך איננו מתיימר למצות את מלוא קשת האפשרויות. ביצוען של ההתאמות הנדרשות... מצריכה גמישות ומעוף מחשבתי מצד המעסיק. החובה לבצע התאמות – חובה שהפרתה נתפסת כהפליה אסורה – מחייבת את המעסיק לראות את מקום העבודה דרך עיניו ומציאות חיינו של האדם עם המוגבלות ולהביא בחשבון את צרכיו. ההתאמות הנדרשות, על פי חוק השוויון, משתנות, אפוא, ממקרה למקרה, על פי נסיבותיו... חיובם של מעבידים (לרבות מהמגזר הפרטי) בביצוע התאמות שיאפשרו את: קליטתם, שילובם, קידומם, והישארותם של אנשים עם מוגבלות, במקום העבודה – מגלם את הרעיון שלפיו: 'הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש...' (פסקאות 25-29 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור, ס.פ.ג).

11. חובת ההתאמות מסויגת בכך שההתאמה אינה מטילה על המעסיק "נטל כבד מדי" המוגדר בסעיף 8 לחוק. בעניין זה נלקחים בחשבון נתונים כגון גודל העסק ומבנהו, היקף הפעילות, מספר העובדים והרכב כח האדם (סעיף 8(ה) לחוק). בעניין קופולק צוין כי "אין נוסחה חד משמעית או מתמטית באמצעותה ניתן להגדיר מה ייחשב כ'נטל כבד מדי', ומדובר באיזון עדין הלוקח בחשבון את כלל הנסיבות... המבחן הכללי הוא מבחן של סבירות ומידתיות, בהתחשב במכלול הנסיבות והמאפיינים של מקום העבודה, של העובד ושל ההתאמה הנדרשת, ונטל הוכחתו מוטל כאמור על המעסיק" (פסקאות 62-66 לפסק הדין).

12. בפסה"ד בעניין רוזנברג קבע ביה"ד הארצי כי - "לבחינת קיומן של התאמות סבירות, לרבות תפקיד חלופי כדרך של התאמה, פן דינוי – תהליכי ופן מהותי. בפן הדינוי יש לבצע תהליך כן ורציני של בחינת קיומה של התאמה סבירה, ובפן המהותי נדרשת הכרעה אם התאמה נדרשת מצויה בתחום הסביר או חורגת בשל היותה כרוכה ב'נטל כבד מדי'".

• שיתוף העובד -

בכל הנוגע לפן התהליכי, כפי שכבר נקבע בעניין קופולק – הרי שאת "תהליך שקילת ההתאמות יש לעשות בשיתוף עם העובד", תוך שיח הדדי.

• חוות דעת של גורם מקצועי מתאים -

עוד נקבע בעניין קופולק כי "ככל שהמעסיק סבור שאין כל אפשרות מעשית ליישם את ההגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי במקום העבודה, מאחר שההגבלות נוגעות לכשירות טבועה ו/או אין כל התאמות שניתן לבצע ו/או ההתאמות מהוות נטל כבד מדי ו/או אין כל תפקיד חלופי מתאים אחר, גם לאחר ביצוע התאמות בתפקיד החלופי - מצופה מהמעסיק שלא להסתפק בכך, אלא לבדוק ולאתגר את הנחותיו באמצעות חוות דעת של גורם מקצועי מתאים, שיש לו מומחיות וניסיון בהשמת עובדים עם מוגבלויות ובביצוע

התאמות. חוות דעת כאמור אמורה לכלול התייחסות מפורטת לפרטי התפקיד ומאפייניו; פרטי מקום העבודה ותפקידים חלופיים בו; פרטי ההתאמות שנבדקו ועלויותיהן לעומת אפשרויותיו הכלכליות של המעסיק; וכיו"ב, וצריכה להינתן לאחר ביקור במקום העבודה ושיחה עם כל הגורמים הרלוונטים לרבות נציג ועד העובדים.. והעובד עצמו. לאחר קבלת חוות דעת כאמור, יש להעבירה לידי העובד ולאפשר לו להתייחס אליה, וזאת טרם שהמעסיק יקבל החלטה ניהולית..." (קופולק, פסקה 69; ההדגשה אינה במקור - ס.פ.ג.).

עוד נאמר בעניין קופולק כי "הצורך בקבלת ייעוץ מקצועי נובע מכך שהמדובר 'בתחום חדש וממילא מרבית המעסיקים עדיין אינם מנוסים בו; אינם מודעים לכל ההתאמות האפשריות; ואף עלולים להתקשות בפריצתן של דרכי המחשבה המקובלות. משכך, ומבלי לקבוע מסמרות שכן כל מקרה יבחן לפי נסיבותיו, העדרה של חוות דעת מקצועית עשויה לפעול לחובת המעסיק בנסיבות המתאימות..." (קופולק, פסקה 69).

• שילוב יחדיו של משימות/חלקי תפקידים-

בעניין רוזנברג גם נדון הצורך לבחון אפשרות של שילוב יחדיו של משימות/חלקי תפקידים, והצורך שלא להיצמד לשבלונה קבועה של תפקידים קיימים: נדון שם עניינו של עובד אשר תפקידו, קב"ט, בוטל במסגרת שינוי ארגוני, כשביה"ד לא מצא פגם בעצם השינוי הארגוני. עם זאת נקבע כי – "ביטול משרת הקב"ט כתפקיד עצמאי (והפיכתו לתפקיד נלווה) – אינו מחייב, כשלעצמו, פיטורי העובד. הטעם לכך הוא שהשאלה הממוקדת היא אם ניתן למצוא למערער תפקידים חלופיים, אשר בין אם כשלעצמם ובין אם בהצטרבותם יחד עם תפקיד הקב"ט יאפשרו העסקת העובד בתפקידים התואמים את מגבלותיו הרפואיות, כישוריו, ויכולותיו כמו גם את צרכיה ואפשרויותיה של המשיבה. ככל שקיימת אפשרות כזו יש לאפשר לעובד לבחנה ולהחליט אם הוא חפץ בתפקיד החלופי. נזכיר כי שאלת איתורו של תפקידים חלופיים, אלה צריך להיעשות מתוך פתיחות מחשבתית מירבית ויצירתיות ובלבד שאין בכך משום 'נטל כבד מדי' בהתאם לאמות המידה שנקבעו בחוק" (פסקה 32, ההדגשה אינה במקור, ס.פ.ג.).

(פס"ד רוזנברג – פסקאות 32, 26-20 לפסה"ד).

13. יצוין, כי במקרה בו המעסיק כלל לא בחן את ההתאמות, עלותן או השלכותיהן בזמן אמת, הרי שאין לקבל לאחר מעשה טענה שלו כי ההתאמות ממילא היו מטיילות עליו נטל כבד מדי, וראה לעניין זה פס"ד חושאן<sup>4</sup>, (אזורי ת"א) שם נקבע:

"על פי הדרך שמתווה בג"צ מחמלי כמו גם הדרך שמתווים ההיגיון ותכלית חוק השוויון – החובה המוטלת על מעסיק לעשות מאמצים אקטיביים וכנים לצורך ביצוע ההתאמות קודמת לדרישה להוכיח כי הנטל כבד מדי. בדיקה בדיעבד הנעשית אך לצורך ההליך המשפטי לעניין הנטל – אפילו כזאת שתוכיח כי הנטל כבד מדי – תאיין את החובה לעשות

<sup>4</sup> ע"ש (ת"א) 46240-06-13 הישם חושאן נ' מדגם ייעוץ ומחקר, מתאריך 21/3/16.

**בזמן אמת מאמצים כנים ואקטיביים לבצע את ההתאמות שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלות.**

**ונדגיש כי לטעמנו חובה זו כוללת גם דרישה לשקול התאמות נוספות אשר תאפשרנה את העסקת התובע, קרי, מעבר להתאמות שהציע בעצמו. רוצות לומר: שעה שהנתבעות סברו שההתאמות שביקש התובע אינן אפשריות מבחינתן, היה עליהן לשקול ולבדוק, במסגרת חובתן למאמצים אקטיביים וכנים, אפשרויות התאמה אחרות – ביוזמתן הן. את זאת שתי הנתבעות לא עשו.**

**אף לו היה בידי הנתבעות לשכנע – בדיעבד – כי יש בעלות ההתאמה 'נטל כבד מדי' הרי שבשלב זה לא יהיה בכך כדי לרפא את מחדלן הראשון בדמות סירובן המהיר, הכמעט אוטומטי, כדי לבדוק את אפשרויות ביצוע ההתאמה ושילוב התובע בעבודה אצלן"**

(פסקה 23 לפסה"ד).

### **סייג הכשירות/הדרישות המהותיות**

14. סעיף 8(א) לחוק קובע כי לא יפלה מעסיק בשל מוגבלות "ובלבד שהם כשירים לתפקיד". סעיף 8(ג) לחוק קובע כי "אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה".

בפסיקה נקבע כי הסייגים יכולים להתקיים רק כאשר אין בכוחן של ההתאמות להתגבר על המוגבלות בעטיה העובד אינו מסוגל לעמוד בדרישה מהותית לביצוע התפקיד, הגם שמכל בחינה אחרת הוא כשיר לבצע את התפקיד. בהתייחס לסעיף 8(ג) נקבע כי "**בחינתו תעשה במשולב עם בדיקת ההתאמות, כאשר נטל ההוכחה מוטל על המעסיק. על המעסיק להראות ביחס לכל אחת מדרישות התפקיד כי עשה מאמצים 'אקטיביים כנים וישרים' (בגצ מחמלי בסעיף 35) על מנת לאתר ולבצע את ההתאמות הדרושות... רק אם יסתבר כי אין באפשרותו של האדם עם המוגבלות לבצע דרישה מהותית של התפקיד גם לאחר ביצוען של ההתאמות סבירות אפשריות- תהא זו טענת הגנה טובה מצד המעסיק ביחס לאי קבלתו של אותו אדם לתפקיד או למשרה" (קופולק, פסקה 60).**

בכל הנוגע לחלקיו השונים של סעיף 8, ביה"ד קבע כי "יש לפרש את הסעיף כמכלול אחד שנועד להגשים את תכלית החקיקה. לאור זאת, אין לפרש במנותק ובאופן טכני את דרישת הכשירות (סעיף 8(א)); סייג הדרישות המהותיות (סעיף 8(ג)) וסייג הנטל הכבד מדי (סעיף 8(ה)), אלא ליישם כחלק בלתי נפרד מכלל הוראות הסעיף ומהחובה הכלולה בו לביצוע התאמות" וכי – "בהתאם נקבע בבג"צ מחמלי כי עת בוחנים את יכולתו של אדם עם מוגבלות לבצע את הדרישות המהותיות של התפקיד, יש לבחון את יכולתו לכך לאחר ביצוע התאמות סבירות אפשריות ולא טרם לכן" (קופולק, פסקה 57, ההדגשה אינה במקור).

בכל הנוגע לסעיף 8(א) לחוק – 'דרישת הכשירות', נקבע בעניין קופולק כי – "לא בכדי צוין בספרות כי דרישת 'הכשירות' מיותרת נוכח קיומו של סעיף 8(ג) לחוק... כך שיש לפרשה באופן מינימאלי שיגשים את תכלית החוק". לצורך כך אין להציב 'סף כניסה' גבוה מדי



לסעיף 8, ויש למנוע טענות להעדר כשירות שעלולות להיות מבוססות על דעות קדומות, סטריאוטיפים או היצמדות לנורמות הקיימות תוך העדר יכולת להבחין בקיומן של התאמות" (קופולק, פסקה 59, ההדגשות אינן במקור - ס.פ.ג).

בהתייחס לכשירות נקבע כי מדובר ב'כשירות פורמלית' שעניינה תנאי סף חיצוניים רלוונטיים וענייניים כגון רישיון, הכשרה והשכלה (ככל שתנאים אלה עצמם אינם נגועים באפליה); וכן מדובר ב'כשירות טבועה' הנוגעת ליכולות תפקוד היורדות לשורשו של התפקיד שאין כל אפשרות, בכל עלות ובכל מחיר, להתגבר על כך באמצעות התאמה. לדוגמא - יכולת ראייה לצורך ביצוע תפקיד של נהג (בג"צ מחמלי פסקה 32). בהתייחס לכשירות הטבועה נקבע כי "העדרה יכול להיקבע.. רק במקרים חריגים ונדירים בהם אין למעשה מחלוקת בדבר העדר כל התאמה אפשרית (כך 'שאי התאמה בולטת וברורה' בלשונו של בית הדין)... " (קופולק, פסקה 59, ההדגשה אינה במקור).

בכל הנוגע לסעיף 8(ג) - סייג הדרישות המהותיות - סייג זה דומה לסייג המופיע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, לגביו נקבע כי יש לפרשו בצמצום באופן התואם את תכלית החוק בכללותו וכי יש להקפיד שסייג זה לא ישמש כלי עקיף להכשרת אפליה פסולה.

דרישה הינה מהותית לביצוע התפקיד כשהיא מתחייבת באופן סביר מידתי ואובייקטיבי ממהות התפקיד - **בבחינת תנאי בלעדיו אין.**

מדובר במבחן אובייקטיבי - השאלה אינה אם המעסיק חושב, סובייקטיבית, שמדובר בדרישה מהותית של התפקיד. הגם שיינתן משקל להגדרת התפקיד ע"י המעסיק, הרי שלא מדובר במשקל מכריע אלא יש לבחון במבחני מידתיות וסבירות אם אכן מדובר בדרישה מהותית של התפקיד, זאת ע"פ מבחן הרלוונטיות, תוך הפעלת אמות מידה של סבירות ומידתיות. בין היתר ייבחנו שאלות כגון: האם דרישות התפקיד שהמעסיק בחר בהן מידתיות? האם יש קשר רציונלי בין דרישות התפקיד שהמעסיק קבע לבין מהות התפקיד? האם קיים יחס חשוב מספיק בין האפקט המפלה לבין שיקולים של מהות התפקיד? (מחמלי, פסקה 33).

(לעניין דרישת הכשירות וסייג הדרישות המהותיות - ראה בג"צ מחמלי, פסקאות 32-35, קופולק - פסקאות 54-60).

## היישום בענייננו

15. התובעת, רנטגנאית מוסמכת בהכשרתה, בוגרת תואר ראשון באוניברסיטת בר אילן בחוג המשלב לימודים בתחומי מדעי החברה ומדעי הטבע לתלמידי רנטגנאות והדמיה.

התובעת עובדת אצל הנתבע כשבע וחצי שנים.

לפי כתב ההגנה, הנתבע הינו תאגיד בריאות כמשמעו בחוק יסודות התקציב התשמ"ה-1985, והוא גוף המבוקר ע"י מבקר המדינה. לנתבע 2,600 עובדים והוא פועל במרכז הרפואי ת"א ע"ש סוראסקי.

לאחר לידת בנה, התובעת שבה לעבודה בחודש 12/17 ואובחנה כסובלת מקרעים מפשעתיים וטבוריים חוזרים ועברה ניתוח.

כששבה לעבודה לאחר הניתוח הציגה למעסיק **מכתב של רופא תעסוקתי ד"ר ברודסקי מיום 25/2/18, אשר קבע כי- "הגעתי למסקנה כי הנ"ל מסוגלת לחזור לעבודה ללא הרמת משאות מעל 5 ק"ג. לתקופת ניסיון של חצי שנה"** (ת/6).

התובעת העידה כי בעבודתה "סייעה למטופלים לעלות ולרדת מהמיטה עם כסא גלגלים, רמפה, ובשאר פעולות הדורשות כח פיזי" (ע' 9 ש' 9 לפרוט"). נציין כבר כאן כי לא היה ברור לנו האם ההזזה הפיזית נדרשת לגבי כל המטופלים/לגבי איזה חלק מהם.

לטענת התובעת, הנתבע לא התחשב במכתב הרופא התעסוקתי ד"ר ברודסקי ולא פעל להתאים את עבודתה למרות שהעלתה מספר הצעות להתאמת תנאי עבודתה. התובעת טוענת, כי לאחר הניתוח הוצבה לעבוד ב"סימולטור" בו העבודה מבוצעת לבד ומערבת הרמת משקל, וכי נאמר לה שכאשר תצטרך עזרה הסניטרים (אלונקאים) יעזרו לה בפעולות הפיזיות (ס' 10 לתצהירה). לא ברור לנו מה היה בפועל מבחינת העזרה של הסניטרים בנקודת זמן זו ומדוע הדבר לא עלה יפה. בכל אופן, לטענת התובעת נאלצה להמשיך ולבצע פעולות פיזיות מעל למה שהתיר הרופא, ובחודש 3/18 בעת שסובבה מטופלת שוב נגרמה לה פגיעה והייתה בתקופת מחלה נוספת.

במכתב נוסף של **הרופא התעסוקתי ד"ר ברודסקי מתאריך 19/3/18** הוא כותב כי יש **החמרה במצב** ומשכך ממליץ על 3 חודשי מחלה עד לביצוע ניתוח נוסף (ת/7).

בהמשך לכך הועבר עניינה של התובעת למרפאה לבריאות העובד במרכז הרפואי ת"א ע"ש סוראסקי, ובתאריך 26/4/18 כתבה הרופאה התעסוקתית שם ד"ר סיגל שוורץ, כי התובעת הופנתה לבדיקת כושר עבודה כרנטגנאית, וכי – "לאור מצב בריאותה הנוכחי, אינה מסוגלת לעבוד בתפקידה ו/או בכל תפקיד סביר אחר, מצב המקביל לחופשת מחלה. תוקף ההמלצה.. למשך 3 חודשים ועד 31/7/18" (ת/8).

בחלוף מספר חודשים, בהחלטה מתאריך 21/10/18 ד"ר שוורץ שללה לצמיתות את כושר עבודתה כרנטגנאית (נספח 1 לתצהיר זנד מטעם הנתבע), ונביא את החלקים החשובים מתוכו:

**"הנדון: מגבלות עיסוק והעסקה.."**

1. הנ"ל הופנתה אלי לבדיקת כושר עבודתה. הינה רנטגנאית בעיסוקה.

2. לאור מצב בריאותה הנוכחי היא אינה מסוגלת להמשיך לעבוד כרנטגנאית לצמיתות, אך מסוגלת לעבוד בעיסוק סביר אחר שאינו כרוך בהרמה או גרירת משאות (שלא על גלגלים) מעל 3 ק"ג, אף זאת לצמיתות.

...

4. ההתאמות הרפואיות המצוינות במסמך הנוכחי מהוות המלצות "גג" עבור המעסיק, כלומר, הינו רשאי להקל על ההתאמות הרפואיות אך לא להחמיר עליהן. ההתאמות הרפואיות יכולות להיות משולבות בהתאמות נוספות ממגוון סוגים, כגון: התאמות בציד ואבזור עזר מיוחדים, התאמות ניהוליות כגון שינוי בדרישות ובהגדרות המשימות המרכיבות את התפקיד ו/או שינוי בנהלי וחלוקת תחומי העבודה, וכן התאמות בביצוע שינויים סביבתיים באתר העבודה, וכל התאמה סביבתית ואישית אחרת.

5. בהתאם למצב התחיקתי בארץ, המעסיק הוא זה הקובע את המסוגלות להמשך העבודה של העובד/ת בתפקיד המצוין בסעיף 2 ובאתר העבודה הספציפי בו עבד העובד/ת עד כה תוך כדי ביצוע התאמות רפואיות משולבות בהתאמות אחרות

6. במידה ואין ביכולת המערכת לבצע התאמות מלאות ובעקבות כך לא ניתן להוציא לפועל את כל מרכיבי העבודה והיקפי העבודה המומלצים לעיל, הרי ניתן להעסיק את העובד/ת באותו חלק של המשרה אשר כן יש ביכולת המערכת למצוא פתרון והתאמות מספקות".

בהמשך לכך היו מגעים בין אנשי משאבי אנוש של הנתבע ובין התובעת, נאמר לה כי אינה כשירה עוד לתפקידה כרנטגנאית והוצע לה לבחון תפקידים חלופיים שלא במסגרת מקצועה, אלא בתחום האדמיניסטרטיבי, תפקידים שעומדים במגבלות של הרמת המשקלים, אך התובעת התעקשה לבדוק התאמות בתפקיד שלה.

בחודש 7/18 הסתיימו ימי המחלה של התובעת והיא שהתה בחופשה ללא תשלום.

בחודש 11/18 פנה ב"כ התובעת לנתבע וביקש כי תינתן התאמה לתובעת בדמות סיוע של סניטר/עובד אחר לביצוע הפעילות הפיזית (ת/11). הנתבע טען כי ההצעה אינה ישימה, כאשר לא ראינו במסמכים שנערכו בדיקות יסודיות לגבי היתכנות התאמה זו ועלותה.

בהמשך לכך התובעת ביקשה לפרוש, חזרה בה, והצדדים חלוקים כיצד הסתיימה ההעסקה. איננו נכנסים למחלוקת זו, ורק נאמר כי אנו נתקלים במקרים רבים בהם כאשר מתעוררת/מתגלה מוגבלות, היחסים עולים על מסלול של סיוע העסקה, אם ע"י פיטורים ואם ע"י התפטרות עקב אי ביצוע התאמות. כך או כך, ככל שביה"ד יקבע שהליך ההתאמות לא בוצע כראוי, הרי שלדעתנו בכל הנוגע לשאלת הזכאות לסעד לפי חוק השוויון – הזכאות קמה גם במקרה של התפטרות מעבודה עקב אי ביצוע התאמות.

16. נפתח ונאמר כי בהחלט לגיטימי שעובד יהיה מעוניין להמשיך בתפקיד ובמקצוע שלו, אותו למד ובו התמקצע וזאת גם כאשר הפך אדם עם מוגבלות. הדבר אף עולה מהקביעות בפסיקה

לפיהן בשלב הראשון נדרש המעסיק לבחון התאמות בביצוע **התפקיד הקודם של העובד**, בטרם פנייה לאיתור תפקיד חלופי. כלומר, ראשית היה מקום לבחון התאמות בתפקידה הקודם של התובעת כרנטגנאית, גם אם חלק מההתאמות היו כרוכות בשינויים באופי ביצוע התפקיד, מחלקת הדימות בה תעבוד, או מאפיינים אחרים כפי שנפרט בהמשך. רק לאחר מכן, אם היה עולה לאחר בדיקה רצינית כי התאמות בתפקיד מהוות נטל כבד מדי, היה מקום לבחון תפקידים חלופיים כגון תפקידים אדמיניסטרטיביים שאינם במסגרת תפקידה הקודם/המקצוע הקודם שלה כמפעילת מכשירי דימות.

17. **בהגדרת התפקיד ע"י הנתבע הוא מוגדר ב'סוג העיסוק: משרדי'. כן לא נכתב בהגדרה כי יש בו דרישה ברורה לפעולה פיזית (ת/19).**

אכן, אין מחלוקת כי בפועל הטכנאים נדרשו לבצע פעולות פיזיות של הזזה/הרמה במהלך ביצוע הבדיקות. עם זאת, יש חשיבות לאופן בו מוגדר התפקיד ע"י הנתבע עצמו, גם אם בפרקטיקה היומיומית הוספו לו נדבכים נוספים. כשעומדת על הפרק סוגיה מעין זו ועולה השאלה אם מדובר בליבת המקצוע יש לתת משקל בין היתר להגדרת התפקיד.

כמו כן, עת מעיינים ברכיבי התפקיד עולה כי מעבר לעצם הבדיקה עצמה, התפקיד מורכב מרכיבים רבים, אשר חלקם לא מערבים מגע עם הנבדק – ניקוי והכנת המכשור, פיתוח הצילומים, העברתם לרדיולוג, הפניית הנבדק, דיווחים שונים, עבודה מחשובית (בדרישות התפקיד ברוריקה 'ידע' נדרשת - 'הכרת השימוש במערכות מידע ממוחשבות'). למרות קיומו של פירוט בדבר הרכיבים השונים של התפקיד, לא מאוזכר הרכיב הפיזי.

כשעדת ההגנה ליטל זנד נשאלה היכן בתיאור העיסוק נכתב שהפעילות הפיזית היא חלק בלתי נפרד מהתפקיד, הפנתה למשפט הראשון בתיאור העיסוק - **'אחריות לביצוע בדיקות דימות, בהתאם להנחיות הרופא/ה המפנה'**, והסבירה כי - **'אי אפשר לפרט כל סעיף וסעיף'** ("ע' 17 ש' 20 לפרוט'). כן לא נעלם מעינינו כי בהגדרת התפקיד נרשם שהתפקיד כולל את - **'הכנת הנבדק והמכשור, לרבות ציוד סטרילי, לביצוע הבדיקה בהתאם לסוגה'**. אך אם אכן הפעילות הפיזית היא חלק מליבת התפקיד ומהדרישות המהותיות שלו, כך שאי ביצועו תעקר אותו מתוכן, כפי שנטען ע"י הנתבע – לא ברור מדוע התפקיד הוגדר כתפקיד משרדי וכן היה צפוי כי זה יהיה כתוב באופן מפורש.

18. **המעסיק הוא המחויב בבדיקת התאמות וכפי שאף נקבע בפסיקה שהובאה לעיל- היעדר כשירות יכולה להיקבע רק לאחר שנבדקה ונשללה היתכנות של התאמות ונקבע שהן מהוות נטל כבד מדי, בהמשך להליך מסודר.**

הרופאה התעסוקתית ד"ר שוורץ, בה בחר הנתבע להסתייע, קבעה בהחלטתה כי התובעת אינה כשירה לתפקידה לצמיתות ולא נעלמה מעינינו טענת הנתבע כי הוא 'כבול להחלטת הרופאה'. בהקשר לטענה זו נאמר מספר דברים:

ראשית, אכן המעסיק אינו יכול לחלוק על קביעות רפואיות (הגם שבאפשרותו להפנות לרופא שאלות בעניין או לבחון תעודות רפואיות אחרות). אך מעיון בהחלטת השליחה שבענייננו עולה כי אמנם יש בה קביעה רפואית של איסור להרים מעל 3 ק"ג, אך מאידך הקביעה בדבר שלילת הכשירות לתפקיד אינה רפואית גרידא והיא הייתה אמורה להתקבל רק לאחר שנבחנו ונשללו התאמות אפשריות בהתאם לאמות המידה של החוק והפסיקה. כך, לא ברור מההחלטה מדוע העדר אפשרות להרים משקל שמעל 3 ק"ג מוביל ישירות למסקנה כי לא ניתן לבצע את תפקיד הרנטגנאי. אין בהחלטה הסבר או אמירה כי נמסר לרופאה ע"י המעסיק כי נבחנו התאמות כאלה וכאלה, כי נערכו בדיקות כאלה וכאלה אך עלה כי אין אפשרות לקיימן ולכן המוצא האחרון הוא שלילת כשרות.

אין בהחלטה ניתוח של רכיבי תפקיד הרנטגנאי ואין הסבר מדוע נושא ההזזה הפיזית מאיין את היכולת לבצע את עצם התפקיד, אין התייחסות לסוגים שונים של בדיקות דימות והאם יש הבדלים ביניהן מבחינת הפעילות הפיזית. יצוין כי גם לא ראינו ראיות לכך שבטרם החלטה זו או לאחריה הנתבע העביר לרופאה שאלות או אפשרויות של התאמות להתייחסותה הרפואית.

19. שנית, מעיון בהחלטת ד"ר שוורץ מיום 21/10/18 עולה כי לצד הקביעה הקטגורית בדבר שלילת הכשרות לעבוד כרנטגנאי, אליה התייחסנו לעיל, עולה כי לכאורה אין המדובר בסוף פסוק ולמעסיק קיימות דרכים לפעולה לבחון את הישארותה של התובעת בתפקיד, ונסביר:

בסעיף 4 להחלטה נכתב, כי **ההתאמות הרפואיות של הרופאה יכולות להיות משולבות בהתאמות אחרות שאינן רפואיות כגון "התאמות ניהוליות כגון שינוי בדרישות ובהגדרות המשימות המרכיבות את התפקיד ו/או שינוי בנהלי וחלוקת תחומי העבודה.. וכל התאמה סביבתית ואישית אחרת"**. הגם שבחינת התאמות אלו, שעוסקות בהגמשת נהלים ושינוי סדרי עבודה היו צריכות להיבחן טרם החלטת הרופאה על שלילת כשרות- הרי שההחלטה עצמה לכאורה מותירה פתח למעסיק בדבר התאמות שאינן רפואיות וקשורות למעסיק ולא לרופאה. כמובן שהתאמות אלו צריכות לעמוד בקביעתה בדבר איסור הרמת/הזזת משקל מעל 3 ק"ג.

בסעיף 6 להחלטה נכתב כי גם אם קיים קושי לבצע התאמות מלאות שיביאו לביצוע כל רכיבי המשרה הרי **"שניתן להעסיק את העובד באותו חלק של המשרה (ההדגשה במקור) אשר כן יש ביכולת המערכת למצוא פתרון והתאמות מספקות"**. כשעדת הנתבע זנד נשאלה על כך השיבה כי לא בחנה את הנושא ליישם התאמות לגבי חלק מהמשרה משום שיכלה לעשות זאת רק - **"אלא אם כן אני משנה את התפקיד בתכלית והופכת אותו לתפקיד אחר, רק אז אני יכולה להשאיר אותה כרנטגנאית"** (ע' 17 ש' 13). כאמור, לא ראינו אילו בדיקות ואיזה תהליך רציני לבדיקת התאמות נעשה טרם הגעה למסקנה זו. ודוק, לא פעם אנו נתקלים במקרים בהם המעסיק עורך תהליך של בדיקת התאמות ואז מפנה את רכיבי התפקיד ודרישותיו לרופא ומבקשת את התייחסותו הרפואית. בהקשר לסוגיה זו נשוב ונפנה לפס"ד

רוזנברג שאזכר לעיל בו נקבע כי בין היתר יש לבחון שילוב של משימות/חלקי תפקידים עת בוחנים התאמות (הסיפא לפסקה 12 לעיל).

בסעיף 5 הרופאה מציינת בפרוש כי בהתאם לחוק, המעסיק הוא הקובע את המסוגלות להמשך העבודה תוך כדי ביצוע התאמות רפואיות המשולבות בהתאמות אחרות. כלומר, קביעתה שלה מסויגת.

הגם שמוסכם עלינו כי יש אי בהירות בהחלטה לאור החד משמעיות של שלילת הכשרות מחד והסייגים הרבים מאידך, הרי שבכל אופן אנו סבורים כי קיימת בעייתיות בטענתה של עדת ההגנה זנד כי כלל לא שוחחה עם ד"ר שורץ על האפשרויות השונות משום **"שהיא כתבה משהו ברור ולא נתנה לי פתח"** (ע' 19 ש' 20).

איננו סבורים כי ההחלטה הינה חד משמעית כפי שטען המעסיק, ולאור האמור לעיל אף נראה שיש אי בהירויות בהחלטה שלאורן היה על המעסיק לפנות לרופאה ולהבהיר בטרם הוא פועל. **המטרה של המעסיק היא לעשות ככל יכולתו להשאיר את העובד עם המוגבלות בתפקידו ולא לסלול את דרכו החוצה**; לצורך כך לא פעם נדרש לברר נקודות לא ברורות עם הרופא כדי להבין את העניין עד תומו ולנהוג כנדרש.

20. **הנתבע מודה כי לא התייעץ עם אנשי מקצוע לגבי התאמות, ולמעשה מודה שלא פנה לכל גורם כדי לבדוק את אפשרות הסיוע של הסניטר כמו גם אפשרויות אחרות להתאמות. כן עלה כי לא היה תהליך של שיח משותף ורציני עם העובד, 'לשבת יחד לשולחן' ולחשוב באופן משותף תוך איסוף כל הנתונים הרלוונטים.**

יצוין כי כבר במכתב ב"כ התובעת לנתבע מיום 5/11/18 (ת/11) הוא ביקש התאמה של הצמדת סניטר ולחילופין ביקש שהנתבע יתייעץ עם מומחה להתאמות. כלומר נקודה זו הייתה על השולחן, זאת מעבר לכך שהנתבע היה אמור לדעת זאת בעצמו מתוקף חובותיו כמעסיק (ס' 8.3 למכתב). אך כבר למחרת, ביום 6/11/18, השיב לו הנתבע כי ההצעה של סניטר מתאימה לעולם אוטופי ובכל אופן הישארות בתפקיד רנטגנאי אינה באה בחשבון (ת/12). ודוק, גם אם רעיון הסניטר כפי שהועלה ע"י ב"כ התובעת נראה לנתבע לא ישים לא ברור מדוע לא פנה למומחה להתאמות כדי למצוא פתרון ישים ומדוע התבצר בעמדתו.

עדת ההגנה זנד העידה כי אינה מתייעצת עם גורם חיצוני וכי **"יש לנו הרבה מכתבים של עובדים שיש הקלות מסוימות בתפקיד שלהם ואז נשאלת השאלה מה אחוז ההתאמה שצריך לעשות ואם זה אחוז גבוה כמו במקרה הזה, אז לא היה דיון ויש מקרים שכן"** (ההדגשה אינה במקור - ס.פ.ג.; ע' 16 ש' 11, 18). הנציבות סבורה כי אין זה תקין, ובוודאי שלא עולה בקנה אחד עם הפסיקה הברורה בנושא - להגיע למסקנה כי מדובר בנטל כבד מדי מבלי לערוך דיון המערב התייחסות לפרטים, ירידה לרזולוציות של אפשרויות ועלויות, בדיקות עם מחלקות ובעלי תפקידים שונים, שיח משותף עם העובד שתורם להבנת המגבלות מחד והיכולות מאידך, התייעצות עם מומחים בתחום ומבלי 'חשיבה מחוץ לקופסא'. לא ניתן להגיע למסקנה כזו בהינף יד.

21. הנציבות אינה טוענת שיש לבטל את הקשיים שהעלה הנתבע לגבי ביצוע התפקיד ע"י התובעת ואינה טוענת שאין בהם כל הגיון. אלא שלדעתנו יש מספר נקודות שניתן היה להעלות על הדעת ולבדוק אותן בטרם החלטה על שלילת הכשרות ובעת בחינת סוגית ההתאמות; כך למשל:

22. כאמור לעיל, לא ברור לנו אם כל המטופלים הינם בעלי קשיי ניידות או שמא יש גם מטופלים שיכולים לשנות תנוחה ולעלות למיטת הבדיקה באופן עצמאי, האם יש מדרג של קשיי הניידות של המטופלים כפי שההיגיון אומר, האם סוג ההזזה הפיזית שונה מבדיקה לבדיקה – דברים שהנתבע יכל לבדוק כחלק מבדיקת ההתאמות. כן לא ראינו שנבדקה האפשרות לנתב לתובעת מטופלים שהם יותר עצמאיים כהתאמה.

23. עולה שיש שורה של סוגי בדיקות דימות (במוצג ת/19 יש רשימה שלהם) ולא ראינו שנערכה בדיקה מסודרת אם יש הבדלים בין הפעילות הפיזית הנדרשת בבדיקות השונות ומה מידת ההבדלים. בעניין זה טענה התובעת כי בבדיקות אולטרסאונד יש פחות פעילות פיזית באופן משמעותי – "קיים פחות וברי סחיבת מטופלים 97% פחות. זה תלוי באיזה מחלקה של אולטרסאונד" וכן התייחסה לאולטרסאונד מיילדותי שיכול להתאים למוגבלותה (ס' 12 לתצהיר התובעת, ע' 9 ש' 23, ע' 12 ש' 7 לפרוט'). עדת ההגנה זנד העידה כי שוחחה עם הרנטגנאית הראשית ובשיחה הוברר כי אין שום מחלקה שיכולה להתמודד עם המגבלה הזו (ע' 18 ש' 9), אך לא ראינו תהליך מסודר של בדיקת הדברים וירידה לרזולוציות מעבר לשיחה כללית זו.

כשנשאלה זנד על אולטרסאונד מיילדותי באופן ספציפי השיבה כי "היתה לה מגבלה של 3 ק"ג שזה אפילו פחות מתינוק" (ע' 18 ש' 5), אך באתר המרכז הרפואי סוראסקי מצוין כי אולטרסאונד מיילדותי הוא בדיקה שנערכת לנשים בהריון ולא לתינוקות, כך שלא ברור מדוע משקל התינוק רלוונטי. כמו כן, נשים רבות בהריון אינן מוגבלות בניידות והן עצמאיות כך שלא ברור אם בכלל ואם כן עד כמה נדרשת פעילות פיזית בבדיקות אלה.

כן לא היה ברור לנו האם כל הנבדקים בבדיקות האולטרסאונד הכלליות במרכז הרפואי הם לא עצמאיים כך שלא נדרשת פעילות פיזית והאם כל הנבדקים או חלק מוחלט שלהם הם חולים אונקולוגיים או מוגבלים בניידות כפי שטען הנתבע.

לגבי בדיקת אולטרסאונד לתינוקות – זה נכון שתינוקות רבים הם מעל 3 ק"ג, אך משום שזה נמצא בטווח הקרוב למשקל שקבעה הרופאה, עם רצון טוב אפשר היה לפלח עד כמה בדיקות של תינוקות חורגת מהמשקל, האם ההורים נמצאים במקום לסייע, ואפשר גם היה לשקול להפנות שאלות לרופאה לגבי חריגה מסוימת מהמשקל, להציג לה האפשרות ולשאול לדעתה הרפואית.

בכל אופן, שאלות ותשובות מסוג זה היו צריכות לעלות במסגרת בדיקת ההתאמות.

24. התובעת העידה בתצהירה כי **קיימים מכשירי זימות בהם עובדים מספר עובדים במשמרת כך שהייתה יכולה להיעזר בהם לעניין הפעילות הפיזית**. כדוגמא, הזכירה תפקיד במכשיר המכונה 'מאיץ הפולט' (סעיף 11, 32.3, 33.8 לתצהיר). עולה השאלה אם ניתן היה לבצע התאמה שבה המטופלים עם קשיי הניידות הגבוהים יותר יופנו לאותם עובדים ולתובעת יופנו מטופלים יותר עצמאיים. כן לא ראינו שנבדקה האפשרות להסתייע בעובדים האחרים באותה משמרת לצורך הפעולות הפיזיות (בדומה למה שנעשה בעניין קופולק). איננו אומרים כי הדבר הוא קל, וגם איננו קובעים כי מדובר בהתאמה שהנתבע היה מחויב לבצע - אלא שאנו מבקשים לאמר כי משלא נבדקו הדברים ברצינות ולא נערך השלב התהליכי של ההתאמות לא ניתן להגיע לשלב המהותי של ההתאמות ולקבוע אם מדובר בהתאמה המהווה נטל כבד מדי או לא.

25. כמפורט לעיל, הגדרת התפקיד של רנטגנאי כוללת **רכיבים רבים של עבודה שאינם כוללים מגע עם המטופל**. לא ראינו שנבחנו אפשרויות לחלק את העבודה בין רנטגנאים שעובדים במקביל באופן כזה שהתובעת תבצע יותר רכיבים אחרים בעבודה במקום עובדים אחרים, חלף הרכיבים הפיזיים בהם יעזרו לה העובדים האחרים. שוב - אנו סבורים כי היה על הנתבע לבדוק אפשרויות אלו ואין אנו קובעים כי מדובר בהתאמה שהיה על הנתבע לבצע או לא לבצע. ברור לנו הקושי בשינוי סדרי עבודה, אלא שזהו מהותו של תהליך בדיקת ההתאמות. גם בתיקים כמו מחמלי או קופולק בעין ראשונה נשאלה השאלה - כיצד יכולים אנשים אלה לבצע את העבודה למרות המגבלות?

26. יצוין כי גם אם התובעת לא ציינה באופן מפורש אפשרויות אלו בזמן אמת, הרי שעדיין החובה לבדוק את קשת האפשרויות מבחינת התאמות היא של המעסיק, כאשר אם היה שיש משותף עם העובד בתהליך כמצוות הפסיקה ככל הנראה הדבר היה עולה על השולחן. בכל אופן נציין, כי אם הנתבע היה עורך תהליך התאמות ומציע לתובעת התאמות בתפקיד, וזאת בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, ואם התובעת הייתה מסרבת ללא נימוק סביר - אז היה ענייננו אחר.

בעניין זה נציין כי הנציבות נתקלת רבות בטענות של מעסיקים הטוענים על הסף כי לא ניתן למצוא התאמות סבירות, אלא שלמדנו מתיקים רבים כי כאשר הצדדים יושבים לשולחן ועורכים שיח ענייני מתוך מטרה אמיתית למצוא פתרון ומתוך רצון 'להגדיל ראש', כאשר עורכים בדיקות יסודיות עם כל המחלקות, כאשר מתייעצים עם מומחים לגבי התאמות וכן הלאה - פעמים רבות מה שנראה ברגע הראשון כלא אפשרי הופך לאפשרי. כאן נזכיר כי הוכחת אפליה אינה כרוכה בהוכחת כוונה להפלות או כוונה רעה. אין אנו טוענים כי אנשים טוענים שאין זה אפשרי מתוך רצון להפלות, אלא כפי שקבע ביה"ד הארצי - פעמים רבות מעסיקים שבויים בקונספציה של האופן בו נראה תפקיד ומתקשים לראות את הגמשת רכיבי התפקיד והנהלים, כאשר כל סוגיית ההתאמות נועדה לאתגר את ההנחות והתפיסות הרגילות והחובה לשנותן עת מדובר באדם עם מוגבלות. לאור זאת, אין בידינו לקבל את טענתה של עדת ההגנה זנד כי - **"התפקידים עצמם הם מוגדרים, אני לא יכולה לקבוע שרופא יעשה**



**תפקיד זה או אחר ורנטגנאי אותו הדבר. התאמות מסוימות בגדר הסביר זה אפשר לברר מול מנהל המחלקה. אבל התפקיד עצמו הוא מובנה** " (ע' 16 ש' 1).

הנציבות סבורה כי רק בירור מול מנהל המחלקה אין בו די כדי לענות על דרישות החוק והפסיקה.

27. בכל הנוגע להצעת התובעת לבחון אפשרות של **הסתייעות בסניטר**, העידה עדת ההגנה זנד כי מדובר **" בדרישה הזויה של הצמדת סניטר באופן קבוע לתובעת, לצורך ביצוע עבודתה!"** וכי – **" בעולם אוטופי ניתן היה אולי להצמיד סניטר לכל טכנאי רנטגן"** (ס' 20,37 לתצהירה).

גם בזמן אמת, במכתבו מיום 6/11/18 השיב כך הנתבע להצעת ב"כ התובעת להסתייע בסניטר: **" ההצעה במכתבך, לפיה הגב' גלעד תמשיך בעבודתה כרנטגנאית תוך הצמדת 'סניטר אישי' אשר יוכל לסייע לה במהלך כל עבודתה בכל דקה ודקה של יום העבודה – אינו ישים ומתאר מצב אוטופי אשר כמובן רחוק מהמציאות, ובוודאי שאינו מקובל ואינו אפשרי"** הנתבע שב ומציע תפקיד חלופי אך לא מוכן לערוך שיח על תפקיד הרנטגנאית (ת/12, סעיפים 7,10).

הנציבות סבורה כי תגובה חד משמעית זו שדוחה על הסף את רעיון הסניטר ואף מנסה לגחך אותו, וזאת מבלי לעצור ולבדוק את האפשרות בתהליך מסודר – הינה תגובה שאינה במקומה. גישה זו מהווה ניגוד מוחלט לקו המנחה של סוגיית ההתאמות בפסיקה – הצורך להפעיל מחשבה, לצאת מהקופסא, לבדוק בשטח אפשרויות ועלויות, חלף התנערות על הסף.

גם במקרים בהם לעובד אין רעיונות להתאמות עדיין אין זה פוטר את המעסיק מלבדוק זאת בעצמו. בכל אופן, כאשר העובד כן מעלה רעיונות, על המעסיק לבחון אותם ברצינות. במקרה הנדון לא ברור מדוע לא נבחנה האפשרות למצוא פתרון שהוא לא דווקא הצמדה של סניטר קבוע לתובעת, אלא יצירת מנגנון שיהיה סניטר זמין, כונן באזור, אולי לרכז את הבדיקות בשעות מסוימות. גם אם הרעיון שהועלה ע"י העובד בשלמותו אינו מקובל על המעסיק הרי שזה האחרון צריך לבחון אם אפשר לקיימו באופן כלשהו. יש לזכור כי הנתבע הוא בכל זאת מעסיק גדול, בעל אופי ציבורי, ובהתאם לכך גם יבוצעו האיזונים של סייג הנטל כבד מדי.

עדת ההגנה זנד העידה כי לאחר ששבה מחופשת הלידה ובטרם שלילת הכשרות, נאמר ע"י הנתבע לתובעת שבמידה ותהיה זקוקה לעזרה תוכל להיעזר בסניטר פנוי ככל שיהיה בנמצא וכך אף הונחו הסניטרים - **"אשר ממילא זו עבודתם, לסייע לעבודת הרנטגנאים"**, העידה. כלומר, רעיון הסיוע ע"י סניטר לרנטגנאי לא היה זר לנתבע ואף בעיניו היה בו הגיון. כאמור לא ברור מדוע פתרון זה לא מנע את שלילת הכשרות, אך עולה השאלה האם אפשר היה לשכלל ולדייק את מנגנון הסיוע ע"י סניטר כונן במקרה של התובעת כך שמחד יענה על צרכי ההתאמות ויאפשר לה להמשיך בתפקידה ומאידך לא יהווה נטל כבד מדי על הנתבע.

כך, לא ברור מה בדיוק חלקו של סיוע הסניטר בבדיקות הדימות והאם לגבי מטופלים עם קשיי ניידות ניתן היה לבצע התאמה שלגבי התובעת הסניטר יסייע יותר בהיבט הפיזי. כך, גם

לא ברור אילו אפשרויות נבחנו לגבי סניטר כונן ולא דווקא צמוד, אולי בשעות מסוימות של היום (כך שבשעות אחרות תבצע התובעת את רכיבי התפקיד שאינם כרוכים במגע עם מטופל); מה הפריסה של הסניטרים בבית החולים, אפשרויות לשילוב משימות לגבי סניטרים מסוימים. כל הנתונים האלו לא ברורים משום שלא נבדקו באופן יסודי, גם לגרסת ההגנה.

כשעדת ההגנה זנד נשאלה למי פנתה בבית החולים כדי לבחון אפשרות של הצבת סניטר השיבה - **"לא פניתי"**, וכשנשאלה לגבי אפשרות של הימצאות סניטר באזור של המחלקה, ולא צמוד לתובעת, כזה שניתן יהיה לקרוא לו בעת הצורך, השיבה - **"היום בבית החולים אין לנו מחלקה שיש סניטר שנמצא לאורך כל היום, זה שינוי מבני שאנחנו לא יכולים לעמוד בו"** (ע' 19 החל מש' 21); כשנשאלה היכן חישובי העלות של ההתאמה או שמא לא עשו את החישוב השיבה העדה - **"אני יודעת כמה עולה סניטר ולא צריכה לעשות חישובים. אין לי אפשרות להוסיף תקן שלם"**.

לתביעה צורף מסמך של המוסד לבטיחות ולגהות בדבר תפקיד סניטר - אלונקאי העובד במערכת הבריאות (ת/18). ברובריקה של הגדרת ותיאור התפקיד נכתב כי לעתים הסניטר/אלונקאי **"ממלא גם תפקידים נוספים הקשורים בפעילויות של הכנת הפצינט לבדיקה"**, כלומר האפשרות לבחון התאמה בדמות סיוע של סניטר אינה משוללת הגיון גם לפי התפיסות של התפקידים הנדונים במידע המקצועי.

התובעת העידה כי ידוע לה שיש בתי חולים בהם הרמת משקל כבד אינה חלק מתפקיד הרנטגנאי וקיימת עבודה משולבת עם סניטר לצורך הפן הפיזי (סעיף 19 לתצהירה). שיח ענייני ויסודי בין הנתבע לתובעת היה יכול לבחון דברים אלה של התובעת ולו על מנת להבין כיצד בפועל שילוב כזה של רנטגנאי - סניטר יכול להתבצע. גם אם אצל הנתבע אופן העבודה הוא שונה הרי שכאמור ענייננו כאן בהתאמה הדורשת חריגה מהנהלים הרגילים והיה מקום לבדוק בנפש חפצה ובענייניות את היתכנותן של אפשרויות שונות.

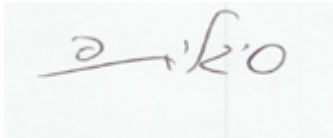
28. לתצהיר התובעת צורף מסמך ת/9, **מתאריך 10/10/18**, עם לוגו של הנתבע, שאינו חתום. במסמך נכתב כי הוצע לתובעת ע"י רכזת משאבי אנוש לעבור לתפקיד חלופי בביה"ח אך היא סירבה וביקשה לסיים את העסקתה בהסכמה החדית בדין פיטורין. כן צורף מסמך ת/10 מיום 11/10/18, טיוטה של הסכם עם לוגו של הנתבע, שאינו חתום, בו מצוין כי התובעת מסיימת את העסקתה "בדרך של פיטורים בהסכמה". התובעת נבדקה אצל ד"ר שוורץ ביום 9/10/18, העידה כי לא קיבלה לידיה את החלטת הרופאה אך כבר למחרת הבדיקה זומנה לגב' זנד שם הודע לה שכשרה נשלל.

נציין כי לא ברור כיצד ביום 10/10/18, **רק יום אחד לאחר ביצוע הבדיקה**, כבר הגיעו למצב של סיום העסקה. זאת במיוחד כאשר רק כעשרה ימים לאחר מכן, ביום 21/10/18 נכתב מכתבה של ד"ר שוורץ על שלילת הכשרות (נספח א לתצהיר זנד).

כן עולה מהדברים כי לא הייתה כל שהות על מנת לבדוק את הדברים לעומק ולבצע חשיבה אלא הכיוון היה מיידי לכיוון תפקידים שאינם במסגרת מקצועה ומיד גם לסיום העסקה. ודוק, מגרסאות שני הצדדים עולה כי כאשר סירבה התובעת לתפקידים החלופיים היא הסבירה זאת בכך שזה משום שהיא רוצה להישאר בתפקידה ועדיין הנתבע לא עצר כדי לבדוק אם בכל זאת קיימות אפשרויות ומה ניתן לעשות.

29. בכל הנוגע לסוגיה בדבר **זכות השימוע** (ע' 12 לתביעה) – נבקש לציין כי מדובר בזכות שקמה גם אם מדובר בפיטורים הקשורים להחלטה של רופא תעסוקתי, משום שכאמור לעיל הרופא אינו המעסיק אלא אינסטנציה בה המעסיק נעזר. כאמור לעיל גם בפיטורים הקשורים למצב רפואי יש סוגיות שאינן רפואיות גרידא כמו התאמות ולא פעם השימוע הוא הזדמנות חשובה שמאפשרת לעובד להעלות נקודות אלה.

סיגלית פורת - גורנשטיין, עו"ד



נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות  
משרד המשפטים