

נחתם ביום 15/2/22

סע"ש 9666-07-21

בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה

בפני כב' הנשיא אלכס קוגןבעניין:התובע: **חאזם כריים ת.ז. 315927102**

ע"י ב"כ עו"ד מהראן אמארה

- נ ג ד -

הנתבעת: **עיריית חיפה**

ע"י ב"כ עו"ד מור בירביר ואח'

השירות המשפטי עיריית חיפה

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

הלשכה המשפטית, ע"י ב"כ עו"ד סיגלית פורת – גורנשטיין ואח'

עמדת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

בהמשך להחלטת בית הדין מיום 26/12/21, מוגשת בזאת עמדתה של הנציבות בתיק הנדון.

יצוין כי הנציבות מפרסמת באתר שלה את העמדות שהיא מגישה, בכפוף לאיסורי פרסום שנקבעו ע"י בית הדין, וככל הידוע לנציבות לפי המצוין בנט המשפט – תיק זה פתוח לציבור.

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 בכתב התביעה ובכתב ההגנה שהועברו אליה.

3. עמדת הנציבות בתיק זה היא שהנתבעת לא קיימה את חובתה בכל הנוגע לבחינת התאמות אפשריות לצורך גיוסו של התובע לעבודה וכי לא נעשה תהליך רציני ויסודי. הפסיקה קבעה כי שלב איתור ההתאמות קודם לקביעה בדבר העדר כשירות או אי קיום דרישה מהותית של התפקיד, וכי יש להיזהר שסייגים אלה לא ישמשו כלי עקיף להכשרת אפליה. עמדתנו היא שאין המדובר באחד מאותם מקרים חריגים עליהם דיברה הפסיקה כמקרה בו יש לשלול את הכשירות על הסף בהם ברור באופן מובהק וחד משמעי כי כל התאמה שאינה בבחינת נטל כבד מדי, לא תסייע; כדוגמא שהפסיקה שבה והזכירה - אדם עם עיוורון שמבקש להיות נהג.

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 ועמדתנו היא כי אלו לא קוימו כאן כנדרש.

אין באמור כדי לבטל או לפקפק בסימני השאלה שהעלתה הנתבעת בדבר קשיים שמוגבלות התובע מציבה בכל הנוגע לביצוע התפקיד. אלא שעמדתנו היא כי עד שלא בוצע התהליך באופן ראוי ויסודי, לא ניתן לדעת באמת אם יש באפשרותו לבצע את התפקיד או לא. בכל אופן, דחייה על הסף, בראיון, כפי שנעשה כאן, ללא בדיקות נוספות, אינה עולה בקנה אחד עם החוק והפסיקה. זו מטרתו של חוק השוויון - לבכר את הבחינה העניינית והיסודית תוך הפעלת 'ראש גדול' על פני קביעות גורפות שנגועות בדעות קדומות וסטראוטיפים.

נקודה חשובה נוספת היא הצורך לעודד שילוב אנשים עם מוגבלות בכל רמות התפקידים וגם בתפקידים מקצועיים ואקדמאיים, עניין שעולה 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.

בטרם נעמיק בסוגיה העיקרית של בחינת התאמות, נבקש להתייחס לשתי נקודות קצרות שעלו במסגרת כתבי הטענות, להלן.

טענת הנתבעת כי דורש עבודה (להבדיל מעובד) אינו יכול לתבוע לפי חוק השוויון

4. בסעיף 30 לכתב ההגנה טוענת הנתבעת כי דורש עבודה לא יכול להגיש תביעה מכח חוק השוויון (היא טועה וקוראת לחוק 'חוק שוויון הזדמנויות בעבודה') משום שסעיף 12 לחוק מציין כי זכות תביעה מסורה ל'עובד', בעוד שהתובע היה רק מועמד. טענה זו אין לה על מה שתסמוך משום שסעיף 8 לחוק השוויון קובע מפורשות כי 'מעסיק לא יפלה בין עובדיו או בין **דורשי עבודה**', וכן אוסר הסעיף באופן מפורש על אפליה בשלב הקבלה לעבודה. כלומר, זכות התביעה עקב איסור אפליה מסורה גם לדורש עבודה וברור כי המושג עובד כולל גם דורש עבודה. סעיף 12 לחוק מבצע את האבחנה בין האדם עצמו ובין גופים אחרים שיכולים להגיש תביעה, על כך הדגש בסעיף, ואין בכוונתו לשלול מדורש עבודה זכות תביעה – זה לא מתיישב עם לשון החוק ותכליתו. בהקשר לכך נזכיר גם את סעיף 13(א) לחוק המחיל את הוראותיו של סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה הקובע את היפוך נטל ההוכחה 'בתובענה של **דורש עבודה** או של עובד'. טענת ההגנה בעניין אף לא עולה בקנה אחד עם פסיקת בתי הדין לעבודה במשך השנים לפי חוק השוויון ולפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר שבו ודנו באפלייתם של דורשי עבודה לפי חוקים אלה.

עילת התביעה

5. בתביעה מופיעות שתי עילות – האחת לפי סעיף 8 לחוק השוויון המופיע בפרק ד' לחוק-פרק התעסוקה; והשניה לפי סעיף 19 לחוק השוויון המופיע בפרק ה/1 לחוק, פרק העוסק במקום ציבורי ושירות ציבורי (סעיפים 45, 38-37, 34, 32 לתביעה).

הנציבות סבורה כי העילה המתאימה בתיק הנדון היא זו לפי סעיף 8 לחוק (המוזכרת בסעיף 34 לתביעה), משום שמדובר בסוגיה של תעסוקה, קבלה לעבודה לגביה נטען כי ננקטה אפליה.

סעיף 14 לחוק (המוזכר בסעיף 45 לתביעה) אף הוא בפרק התעסוקה ומצביע על סמכות בית הדין בעילה מסוג זה והסעדים שהוא יכול לפסוק בגינה. אין המדובר באירוע לגביו נטען כי הנתבעת כגוף המספק לציבור שירות ציבורי נקטה אפליה במסגרת אותו שירות ציבורי, אלא בהליך קבלה לעבודה שנטען כי ננקטה בו אפליה ולכן הפרק המתאים הוא פרק התעסוקה. נציין כי למיטב הבנתנו הנתבעת היא לא רק המגייסת אלא גם המעסיק המיועד כך שגם לא מדובר בחברת השמה או גיוס או חברה אחרת המעורבת בגיוס עובדים אך אינה המעסיק המיועד, כאשר באותם מקרים יהיה ניתן לראות בה כגוף המספק שירות ציבורי לפי פרק ה-1. כן לא ראינו במקרה זה נסיבות מיוחדות שייתכן ובהתקיימן תתקיימנה שתי העילות זו בצד זו בגין אותו אירוע.

התשתית המשפטית – חוק השוויון וחובת ההתאמות

6. 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 מחמלי¹ 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 המעורבים. 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 לעיוור² ביהמ"ש העליון הפנה למהפך שהתחולל בדיני המוגבלות "בהעבירם מהמודל של משמורת, המורכב מאפטרופסות 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 כבי המשנה לנשיאה מלצר ופסקה 4 בפסק דינו של כבי השופט שטיין).

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

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

7. 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' חנשווילי ושולי רוזנברג נ' גיוון אימגינג בע"מ**.³

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).

8. 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**.

9. המחוקק הכיר בקושי הראייתי העומד בפני מי שמבקש להוכיח אפליה "לנוכח הקושי המובנה להוכחתן של צפונות הלב והמחשבה" (קופולק, פסקה 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

³ 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' חנשווילי, מתאריך 16/10/18; ע"ע 48726-11-18 שלום שולי רוזנברג נ' גיוון אימגינג 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).

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).

10. 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".

סעיף 8 לחוק מפרט את שלבי ההעסקה בהם מחויב מעסיק שלא להפלות ובין היתר לבצע התאמות - כאשר שלב הקבלה לעבודה הוא אחד מהם. שלב הקבלה לעבודה הוא שלב

אקוטי וקריטי בכל הנוגע למאבק באפליה וחדשות לבקרים אנו שומעים מאנשים עם מוגבלות כי 'הכנסת הרגלי' למקום היא המשוכה הקשה ביותר עבורם. משוכה זו קשה לכלל העובדים, ושבעתיים עבור אנשים עם מוגבלות. משכך, הנציבות רואה חשיבות רבה בתיקים בהם עולה שאלה בדבר שלב הקבלה לעבודה, כמוכן בהתאם לנסיבות התיק, משום שמדובר בנדבך חשוב בכל הנוגע לקידום השוויון בתחום זה.

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

חובת ההתאמות

11. 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 חיייו 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).

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).

מרבית הפסיקה בנושא התאמות, בעיקר בבית הדין הארצי, עוסקת במקרים של אנשים שעבדו תקופה במקום העבודה ופוטרו, ולא בשלב הקבלה לעבודה - כמו במקרה שלפנינו. הגם שיכולה להיות השפעה של תקופת העבודה בכל הנוגע להיקף מחויבות המעסיק כלפי

העובד, בהתייחס לאיזונים הנדרשים בסייג הנטל הכבד מדי – הרי שעיקרון ההתאמות קיים גם בשלב הקבלה לעבודה. סעיף 8 לחוק קובע מפורשות כי "לא יפלה מעסיק בין עובדיו ובין דורשי עבודה", סעיף 8(א) קובע כי אחד השלבים בהם אסור להפלות הוא – "קבלה לעבודה לרבות מבדקי קבלה", והגדרת אפליה בסעיף 8(ה) לחוק קובעת מפורשות כי אפליה כוללת אי ביצוע התאמות "אשר יאפשרו את העסקתו" של האדם עם המוגבלות, והגדרת התאמה בסעיף 8(ה) קובעת כי ההתאמות יכללו גם התאמת "דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה" ועוד כמפורט בסעיף. בשום מקום, לא בחוק ולא בפסיקת ביהמ"ש העליון וביה"ד הארצי, אין סייג לגבי התאמות בשלב הקבלה לעבודה, למעט הסייג הכללי של נטל כבד מדי.

12. 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 מטילות עליו נטל כבד מדי, וראה לעניין זה פס"ד חושאן⁴, (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 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; ההדגשות במקור).

13. בפסה"ד בעניין רוזנברג קבע ביה"ד הארצי כי – "לבחינת קיומן של התאמות סבירות,

לרבות תפקיד חלופי כדרך של התאמה, פן דיוני – תהליכי ופן מהותי. בפן הדיוני 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'".

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

עוד נקבע כי – "על מנת להגשים את תכלית החוק באופן מיטבי לעתים '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 וביצוע התאמות.. לאחר

⁴ סע"ש (ת"א) 46240-06-13 הישאם חושאן ב' מדגם ייעוץ ומחקר, מתאריך 21/3/16.

קבלת חוות דעת כאמור, יש להעבירה לידי העובד ולאפשר לו להתייחס אליה, וזאת טרם שהמעסיק יקבל החלטה ניהולית.. 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 עשוי לפעול לחובת המעסיק בנסיבות המתאימות.."

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 תפקיד/ים חלופי/ים, אשר בין אם כשלעצמם ובין אם בהצטרבותם יחד עם תפקיד הקב"ט יאפשרו העסקת העובד בתפקיד/ים 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 תפקיד/ים חלופי/ים 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).

בפסק דינו של ביה"ד האזורי לעבודה בת"א בעניין אמיר ציון נ' בזק⁵, נפסק למועמד פיצוי בסך 40,000 ₪ על הפרת חוק השוויון, עת הנתבעת הפלתה את התובע, על דרך של אי ביצוע התאמות אשר יאפשרו את העסקתו. התובע שם לא התקבל לעבודה כנציג שירות טלפוני בשל לקות שמיעה. בית הדין קבע כי הנתבעת לא הוכיחה שבצעה את ההתאמות הנדרשות על מנת לאפשר את קליטתו בעבודה, וכי לא הוכיחה שמדובר בהתאמות המהוות נטל כבד מדי: "על פני הדברים, אפשר כי בהשקעת מאמצים סבירים ניתן היה למצוא דרך שתשיב את הצורך באישור רופא תעסוקתי (בהנחה שאכן היה מקום לדרוש אישור כזה), עם המועד שנקבע לתחילת הקורס. כך, לדוגמא, אפשר שניתן היה לקלוט את התובע לעבודה בכפוף לכך שימצא אישור רפואי בהמשך, אפשר שניתן היה לפעול באופן נמרץ יותר, על מנת שהתובע יובא בפני רופא תעסוקתי מטעם הנתבעת בתוך זמן קצר, על מנת שניתן יהיה לשלבו בקורס. כל זאת במיוחד בשים לב למעמדה המיוחד של הנתבעת והיותה מעסיק ציבורי גדול" (פסקאות 39-43).

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".

⁵ תע"א (ת"א) 11813-08 אמיר ציון נ' בזק, מתאריך 5/1/12.

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).

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.

נקבע כי סייג זה יתקיים רק כאשר אין בכוחן של ההתאמות להתגבר על המוגבלות בעטייה 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 ביצוע של התאמות סבירות אפשריות - תהא זו טענת הגנה טובה מצד המעסיק ביחס לאי קבלתו של אותו אדם לתפקיד או למשרה" (קופולק, פסקה 60).

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, קופלק - פסקאות 54-60, ועניין זר - פסקה 38).

היישום בענייננו

15. התובע עובד סוציאלי בהכשרתו, בוגר תואר ראשון באוניברסיטת חיפה שהצטיין בלימודיו. התובע הוא אדם עם עיוורון.

התובע הגיש מועמדות לתפקיד בנתבעת – "עובד סוציאלי נושמים לרווחה במחלקה לשירותים חברתיים". מדובר על משרה בהיקף של 75%. בפרסום המשרה צוין כי תינתן עדיפות לאנשים עם מוגבלות בתנאי שהם כשירים לתפקיד.

חוץ מהתובע, מועמדת נוספת הגישה מועמדות למשרה והיא זו שנבחרה במכרז, אך ביטלה את מועמדותה לאחר מספר ימים ופורסם מכרז חדש לתפקיד, לא ברור אם אויש.

16. בטרם 'נצלולי' ליישום סוגיית ההתאמות, נביא מתוך דברים שאמר התובע בתחילת הראיון (נספח ת/3 לתביעה):

"אני כאדם עיוור גם ציפיתי ועדיין מצפה שאנשים מבחוץ יתייחסו אלי כאדם ולא כסובייקט, ישמעו את הסיפור, הקשיים עם מה שאני מתמודד. יש דמיון בין הסיפור שלי לאנשים שחיים ומתמודדים עם עוני. עוד דבר, לא אהבתי שאנשים יקראו לי עיוור, כי אני לא בחרתי במוגבלות וכך גם אנשים עניים. אני קצת אשמע מסיר אחריות, אבל זה לא ממש ככה. יש כאלה שלא בחרו את זה, אף אחד לא קם בבקר והמטרה שלו להיות עני. להיפך, החיים בעוני הם כל הזמן מתנגדים ומנסים למגר ולהרחיק את העוני מעצמם. הייתי כן רוצה שאנשים שאומרים אדם עיוור יגידו עיוורון שהיא עוד תכונה ולא כל מה שיש בתוכי" (ע' 4 לפרוט' הראיון).

התובע 'שם על השולחן' את סוגיית המוגבלות וביקש לא לראות אותה באופן שטחי, שלא תהא חזות הכל. כן ביקש להצביע על ערך מוסף שיכול לצמוח מהמוגבלות בכל הנוגע לתפקיד העו"ס. איננו בטוחים שהדברים שאמר התובע מצאו אוזן קשבת אצל המראיינים מעבר להצהרות בדבר הזדהות וסימפטיה. חשוב להדגיש - בעבור אנשים עם מוגבלות לא די בהצהרות כאלה, אלא יש צורך ביישום בשטח ותרגום ההצהרות לפועל - זו אחת הבעיות העיקריות עמה אנו מתמודדים במאבק באפליה.

17. מעיון בפרוטוקול הריאיון וגם מכתב ההגנה עולה כי **המראיינים התרשמו לטובה מהתובע** ולמעשה לא מצאנו טעמים אחרים מלבד המוגבלות לאי קבלתו (ראה גם סעיף 5 לכתב ההגנה). בהחלטת הוועדה בסוף הפרוט' נכתב כי קיימת "בעיה של בטיחות" לגבי התובע, כי לא ניתן יהיה להגיש לו את העבודה בצורה ראויה מחוץ למשרד, כי "באזור של הדר האוכלוסייה קשה", כי לא יוכל להתנייד ולא יוכל לקיים פגישות. גב' אורנה סולומונס, חברה בוועדה, אמרה כי - התובע "מועמד מאד אינטליגנטי, שהגיע לוועדה מוכן, אבל אני צופה קושי לא פשוט בהתנהלות הפיזית שלו בשכונת הדר".

ומתוך פרוט' הריאיון, שיחה בין התובע לגב' גלסברג מנהלת המחלקה לשירותים חברתיים שהייתה חברה בוועדה :

"התובע: ידוע שאנשים חיים בעוני באזורים בעייתיים, אני מאד מסכים עם מה שאת אומרת. כפי שאמרת לך אני בכוונה משתמש במילה מאתגר כי כל דבר אפשר.
גב' גלסברג: איך אתה רואה את זה אפשרי? אין לי איך להגיש, אני יכולה להגיש את המחלקה עצמה, להגיד איפה כל אחד יושב, אבל רוב העבודה היא לא צפויה. אני לא יודעת להגיד, עכשיו קורונה אני יכולה לקבל דיווח על קשיש לא משנה מה התפקיד שלך ואתה צריך ללכת לביקור בית, לא יהיה לי איך להגיש לך את זה" (ע' 5 לפרוט').

נציג העו"סים בארגון העובדים שהיה חבר בוועדה, מר עמי דסה, התייחס לכך שהתובע לא יוכל לראות את הדינמיקה במשפחה וקבע - "עם כל הצער בזה, בעבודה הזו צריך לשמוע ולראות".

18. כל המסקנות החד משמעיות הללו התקבלו במהלך ראיון קצר, ללא עריכת בדיקות נוספות, לדוגמא התייעצות עם אנשי מקצוע אשר מומחים בהנגשה והתאמות עבור אנשים עם מוגבלות וללא מיצוי השיח אותו ניסה התובע לפתח במהלך הריאיון למציאת פתרונות. מקריאת הפרוטוקול עולה הרושם כי הדגש הושם רק על הקושי, אך להבדיל מכך לא הושם כל דגש על בחינת פתרונות אפשריים.

19. למקרא הפרוטוקול עולה כי הטעמים שהטרידו את המראיינים בהקשר לכשירות עקב המוגבלות, היו :

א. נדרשת הגעה אינטנסיבית לשטח, תוך מתן התראה קצרה לעו"ס - כדי לסייע במצבים שונים. מדובר במקומות משתנים (בתי התושבים) ולא מקום קבוע שיקל ללמוד את המסלול אליו.

ב. מדובר בשכונות מצוקה ובהן עבריינות לא מועטה (ע' 5 לפרוט'), במשפחות שבחלקן יש ביטויי אלימות וכבר נתקלו במקרים כאלה למול עו"ס. המראיינים חששו לשלומם של התובע כך שהמוגבלות לא תאפשר לו לשמור על עצמו.

ג. העו"ס צריך להתרשם ממצב הבית והדינמיקה בין בני המשפחה שלעתים אינה מילולית ונדרש לראותה בעין - האם הבית נקי, האם הילדים מטופחים, כיצד הבעל מתייחס לאשתו וכו'. מזכירים מקרים רבים בשכונות אלה של הוצאות מהבית (להבנתנו, של ילדים).

20. הנציבות אינה טוענת שיש לבטל את הקשיים שהעלתה הנתבעת לגבי ביצוע התפקיד ע"י התובע ואינה טוענת שאין בהם כל הגיון. אלא שהנציבות סבורה כי המהירות בה כבר במהלך הריאיון שללו את המועמדות לא עומדת באמות המידה של החוק והפסיקה. לעניות דעתנו, בנסיבות המקרה הנדון, לאחר הריאיון יכולה הייתה הנתבעת לעצור טרם קבלת החלטה על מנת לקיים בחינה מהותית להתאמת התפקיד, ובכלל זאת למשל לערוך בדיקות ודיון בנושא עם עוד גורמים, להתייעץ עם איש מקצוע, ולערוך שיחות נוספות עם התובע כדי לנסות למצוא פתרונות. נציין, כי היו לנו מקרים בהם על פניו חשב המעסיק שלא ניתן להתאים את התפקיד בשום אופן כדי להתגבר על המוגבלות ולאחר שאיש מקצוע התערב בעניין נמצאו התאמות שאפשרו את ההעסקה מבלי להטיל נטל כבד מדי. **במיוחד בשים לכך שמדובר במעסיק גדול אשר מתחם הגמישות שלו רב יותר ויכולותיו גדולות יותר. זאת ועוד, בפנינו מעסיק ציבורי שחובתו בעניין גדולה עוד יותר.** בהתאם לכלל היפוך הנטל, נטל ההוכחה להראות כי עמד בדרישות הסעיף ובחן את הדברים כנדרש מוטל על המעסיק.

21. קיימת אי בהירות לגבי מהות התפקיד, משום שבראשית הריאיון אומרת גב' גלסברג: **"אני מכוונת לעו"ס קשישים עם פוקוס על מיצוי זכויות. יש מלוות בתוכניות, עובדות שכונתיות ונוכל לבנות תוכניות ולעשות מיצוי זכויות חזק יותר. במסגרת התפקיד יוצאים לשטח, נפגשים עם משפחות. מדובר בערך ב- 30 משפחות"** (ע' 1 לפרוט' הריאיון, ההדגשה אינה במקור- ס.פ.ג.).

אם כך הדבר ומדובר בעו"ס המתמקד בלקוחות קשישים, לא ברורה הרלוונטיות של הדוגמאות שהובאו בראיון בדבר עיסוק ביחסים בין הורים וילדים קטנים, הוצאות מהבית, דינמיקה בין בני זוג בהיבט האלימות ועוד. איננו אומרים שאין כל רלוונטיות אך לפחות על פניו אין הלימה מלאה בין משפט זה ממנו עולה כי עיקר העיסוק הוא בסיוע לקשישים ובין חלק מהקשיים שהובאו כדוגמאות ע"י המראיינים המצדיקים לכאורה את דחיית המועמדות.

22. דבר נוסף – מהציטוט הנ"ל עולה כי **"יש מלוות בתוכניות, עובדות שכונתיות"**, ועולה השאלה האם אותן עובדות שכונתיות ומלוות עובדות יחד עם העו"ס, או ניתן להגמיש את הנהלים כך שיעבדו עם התובע בצורה כזו שתהווה התאמה ויהא בכך כדי לאיין לפחות חלק מהקשיים עקב המוגבלות, למשל בכל הנוגע לביקורי הבית. זו נקודה שלכל הפחות היה צריך לבדוק אותה ברצינות. בהקשר לכך נציין כי מנספח נ/ד לכתב ההגנה, נוהל משרד הרווחה והשירותים החברתיים, המתייחס לנושא ביקורי הבית - עולה כי **לא רק עו"ס עורכים ביקורי בית אלא גם עובדים 'סמך מקצועיים' כגון חונכות-סומכות, מתנדבים, מגשרות, מטפלות, מטפחים, סטודנטים לעבודה סוציאלית** (ע' 4, 6-7, 9, 12). עוד נציין כי בנהלים אלה יש התייחסות גם לחשש מאירועי אלימות וכלים להתמודד עימם- למשל **שליחת שני עובדים בצוותא לביקור בית ללקוח חדש** (ע' 19-20). כאמור, איננו נוקטים עמדה לגבי השאלה מה ההתאמה המתאימה אלא בכך אנו מבקשים להאיר זרקור על כך שבחשיבה מעמיקה ניתן היה לבחון אפשרויות שונות שאף עולות מפרקטיקות נהוגות אצל הנתבעת עצמה.

23. מעיון בפרסום המשרה הנדונה וכן בתיאור התפקיד בפרוטוקול הריאיון (נספחים ת/2, ת/3 לתביעה) - אכן מצוין בתיאור התפקיד כי יש לקיים מפגשים סדירים עם המשפחות. עם זאת, לעניות דעתנו, לא מוזכרת שם אותה אינטנסיביות והדרישה לניידות גבוהה להקפצה לאתרים בשטח כל הזמן, כפי שתואר בריאיון כאילו מדובר בחלק העיקרי של התפקיד.

מאידך, בהגדרת התפקיד יש רכיבים רבים אחרים כגון- "אחריות לניהול תכניות התערבות במשפחות", "ריכוז וועדות מעקב סדירות", "אחריות לתיעוד מלא של נתוני המשפחות ותהליך ההתערבות במערכת הממוחשבת", "ניהול מקצועי, ליווי והדרכת מלווה המשפחות" במחלקה", "השתתפות בתכנון תהליכי הכשרה והטמעה של הנושא.. בקרב עובדי המחלקה".

רכיבים שעל פניו נראה כי למוגבלות אין השפעה על ביצועם ובכל אופן לא כזו שלא ניתן להתגבר עליה עם התאמות. בהתייחס לסוגיית המחשוב נציין כי היום יש פתרונות טכנולוגיים רבים להנגשת מערכות ללקויי ראייה.

גם אם עולים קשיים עקב היציאה לשטח, הרי שאפשר היה לבדוק את הדברים גם בהתייחס לאופן בו הוגדר התפקיד במסמך של הנתבעת עצמה. לאור מסמך זה עולה השאלה מה האחוז של יציאה לשטח והאם אכן מדובר בחלק משמעותי ואקוטי עד שלא ניתן להתגבר עליו עם התאמה. ואם אכן מדובר ברכיב כה משמעותי מדוע לא צוין בהגדרת התפקיד.

24. מפרוט' הריאיון עולה שכאשר התובע מעלה אפשרויות לפתרונות שונים זה נדחה על הסף ללא בדיקה נוספת. כך לדוגמא, הציע לקחת מונית למקומות בהם אין תחבורה ציבורית למקום. בתשובה לכך ובאופן מידי השיבה גב' גלסברג רק - "זה לא רלוונטי במשכורת של עו"ס" (ע' 5 לפרוט'), והדבר לא ממש נבחן.

בעמ' 5 לפרוט' הריאיון אומרת גב' גלסברג כי כחלק מהעבודה במחלקה כל עובד עושה תורנות, ואז אם יש מקרה דחוף על העו"ס לגשת לבית הלקוח והיא מתארת את קשיי הנגישות הצפויים לתובע למקומות משתנים. לאור זאת, לא ברור אם הקושי שתיארה הנתבעת בכתב ההגנה בנוגע להגעה לשטח - רלוונטי רק לתורנות, ואם כן מה תדירותה של תורנות זו. בהקשר לכך נציין כי במשרה הספציפית אליה ניגש התובע במכרז לא צוין כי היא דורשת עבודה 'במצבי חירום', אלא רק שהתפקיד מחייב גם יום אחד עבודה אחה"צ. זאת להבדיל מחלק מהתפקידים האחרים במשרות שפורסמו במקביל באותה תקופה בהם נכתב במפורש שנדרשת עבודה במצבי חירום (נספח נ-ב לכתב ההגנה אליו מצורפים מכרזי העו"ס השונים שפרסמה הנתבעת באותה תקופה).

מעבר לכך נציין כי הנציבות סבורה שיהיו מקרים בהם גם כאשר התפקיד דורש תורנות או עבודה בשעות חירום - על המעסיק לשקול הגמשת נהלים במקרה של אדם עם מוגבלות, באופן שחלף התורנות/עבודה בחירום הוא יבצע משימות אחרות וכו'.

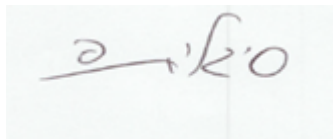
25. התובע טוען כי ערך בדיקה עם רכז הנגישות של הנתבעת ממנה עלה כי חלק ניכר מהרחובות בהם היה אמור לבקר הינם נגישים. מבלי לענות על השאלה האם יש בנתון זה כדי לשנות או לא- הרי שלאור העלאת סוגיית הנגישות כסוגיית מרכזית היה על המעסיק לבחון דברים מסוג זה בין יתר הנתונים במסגרת הבדיקה שהייתה אמורה להיעשות על ידו (נספח ת/5 לתביעה).

26. תמיד ניתן יהיה לטעון על הסף שבשל המוגבלות אין כשירות או לא ניתן לבצע דרישה מהותית של התפקיד – משום שאם לא בודקים לעומק את סוגית ההתאמות ברור שהמוגבלות מציבה קושי. זהו בדיוק בבסיס ההתאמות - להתגבר על המשוכה שבמוגבלות. בהקשר לכך אנו שבים ומפנים לפרק התשתית המשפטית בו ציינו כי ביהמ"ש העליון ובית הדין הארצי קבעו מפורשות כי שלב ההתאמות קודם לשלב הקביעה בדבר העדר כשירות; כלומר- אינך יכול לקבוע אי כשירות בשל מוגבלות לפני שבדקת באופן יסודי והגעת למסקנה מושכלת שבשום אופן לא תיתכן כל התאמה, שאינה בבחינת נטל כבד מדי. לתובע יש כשירות פורמלית בכל הנוגע לעמידה בתנאי הסף, ובכל הנוגע לכשירות הטבועה- הפסיקה קבעה כי רק במקרים חריגים ייקבע שאין כשירות טבועה. עוד נבקש להזכיר את הקביעה כי רק בהתקיים 'תנאי בלעדיו אין' ניתן יהיה לקבוע שמדובר בדרישה מהותית של התפקיד וכן את אזהרת הפסיקה שסייגי הכשירות/הדרישות המהותיות לא ישמשו ככלי עקיף להכשרת אפליה פסולה, לפני שנבחנו תחילה התאמות.

27. בפרסום המשרה צוין כי תינתן עדיפות לאנשים עם מוגבלות בתנאי שהם כשירים לתפקיד. **המאבק היומיומי של הנציבות הוא להפוך את הכתוב על הנייר למציאות.** לא די בהצהרות בדבר קידום השוויון וייצוג הולם אלא צריך לבצע בפועל – וביצוע זה לא יכול להתקיים ללא בחינה עניינית של כל מקרה וירידה לפרטים, שם מסתתרת האמת. יש להדגיש כי גם מעסיק שעומד בחובת הייצוג ההולם, כנתבעת, אינו פטור מחובת הבדיקה בכל הנוגע להתאמות כמתואר לעיל.

28. **קיים צורך לעודד אנשים עם מוגבלות בעלי מקצוע וברמה גבוהה כתובע בקבלה לתפקידים. לשבור את תקרת הזכוכית, כך שהייצוג ההולם יהיה בכל רמות התפקידים.** בכתב ההגנה ציינה הנתבעת כי היא מגייסת עובדים בפרויקט לאנשים עם מוגבלות; מדובר בצעד משמעותי וחשוב מאד ואיננו מפחיתים ממנו כהוא זה. עם זאת, מהמסמך עולה כי כל המשרות בפרויקט אינן משרות הדורשות הכשרה מקצועית מיוחדת או לימודים. כדי לקדם שוויון אמיתי, על מעסיק לפעול לגיוס אנשים עם מוגבלות בכל סוגי ורמות התפקידים. אנשים עם מוגבלות כמו כלל האוכלוסייה הם קבוצה מגוונת שחלקם בעלי הכשרה מקצועית וחלקם ללא הכשרה מקצועית – וכולם זכאים להגנת חוק השוויון.

סיגלית פורת - גורנשטיין, עו"ד



נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

משרד המשפטים