

ע"ע 48726-11-18

בבית הדין הארצי לעבודה

בעניין:

המערער: שלום (שולי) רוזנברג

ע"י ב"כ עוה"ד י. ריינפלד ואח'

- נגד -

המשיבה: גיוון אימג'ינג בע"מ (מדטרוניק ישראל)

ע"י ב"כ עו"ד ליאת בהר-כהן

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

1. בהחלטה מיום 10/3/19 נקבע כי הנציבות, בהתאם להסכמתה, תגיש עמדה בתיק זה בו מתעוררות שאלות הנוגעות לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות התשנ"ח – 1998 (להלן: "חוק השוויון") ויישמו.

2. הנציבות היא הגוף הממלכתי האמון על קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות בישראל, זאת מכח חוק השוויון. בין היתר, עוסקת הנציבות בהגשת חוות דעת מקצועיות ופרשנות של חוק השוויון בנושאים שבמחלוקת משפטית.

3. עמדתנו מבוססת על המתואר במסמכים שהועברו לעיוננו ובמרכזם פסק דינו של ביה"ד האזורי לעבודה בנצרת (סע"ש 38121-02-18), סיכומי המערער וסיכומי המשיבה.

4. **עמדת הנציבות בתיק זה מתמקדת בחובות החלות על מעסיק עת הוא מפטר אדם עם מוגבלות בפיטורי צמצום/התייעלות.**

נפתח ונאמר כי להבדיל מהעבר, נכון להיום חלק גדול מהמעסיקים אכן מכירים את חובותיהם מכח חוק השוויון וצו ההרחבה. עם זאת, אנו נתקלים במקרים רבים בהם הוראות החוק מיושמות בבחינת 'מס שפתיים' בלבד ולא בצורה מהותית. על כן, לעמדתנו, לא ניתן להסתפק באמירה כללית של מעסיק כי בדק או עשה מאמץ על מנת ליישם את החוק, למשל בנושא התאמה של תפקיד חלופי כפי שנדון בענייננו – אלא יש לבחון באופן קפדני אם בראיות יש עיגון לכך שהמעסיק עמד בדרישות.

זאת לנוכח החשיבות של המאבק באפליית אנשים עם מוגבלות, לנוכח היפוך נטל ההוכחה בתיקים מסוג זה ולנוכח החובה הכללית בדיני העבודה שמעשה פיטורים שהינו אקט אקוטי לגבי עובד – ייעשה בתום לב ורק לאחר בדיקה מדוקדקת שמעלה כי הדבר נעשה בכנות, ביסודיות, תוך מאמץ אמיתי ותוך יצירתיות וגמישות.

יובהר, כי עמדת הנציבות אינה שאדם עם מוגבלות חסין מפיטורים.

כמו כן, עמדת הנציבות היא שבהחלט יהיו מקרים בהם מעסיק יוכיח שעשה מאמץ אמיתי ויסודי לבצע התאמה אך הדבר לא אפשרי או שהוא מטיל נטל כבד מדי, ולא בכל מקרה בו מעסיק לא יבצע התאמה יקבע שהוא הפר את חוק השוויון.

בשנים האחרונות נדונו מקרים רבים הקשורים לפרק התעסוקה בחוק השוויון בביהמ"ש העליון, בבית הדין הארצי לעבודה ובבתי הדין האזוריים לעבודה. בפסיקה זו, בין היתר, עוברות כחוט השני שתי דרישות ממעסיקים בכל הנוגע למניעת אפליה ובכל הנוגע להשגת ייצוג הולם - להיות אקטיביים ולא פסיביים ולגלות יצירתיות וגמישות.

לעמדתנו, בתיק הנדון, מעבר לאמירה כללית של המשיבה כי עשתה מאמץ לאתר תפקיד חלופי למערער טרם פיטוריו אך הדבר העלה חרס - לא הוצגו ראיות מטעם המשיבה כי היא אכן עמדה בדרישות החוק.

בפסק הדין ניתן משקל רב לשאלת מהות השיקולים שעמדו בבסיס ביטול תקן הקב"ט, שיקולים שאינם קשורים למוגבלות אלא להיקף המשרה – נושא שאין בכוונתנו להתייחס אליו. אך אנו סבורים כי בפסק הדין לא ניתן המשקל הראוי לשאלת החובות לביצוע התאמות עקב חובת הייצוג ההולם וההעדפה המתקנת, בטרם החלטה על פיטורי אדם עם מוגבלות.

להלן נבאר את עמדתנו.

תמצית העובדות הרלוונטיות לצורך עמדה זו, כפי שעולה מפסה"ד של ביה"ד האזורי:

5. המשיבה היא חברה המעסיקה מאות עובדים (לטענת המערער בין 300-400). למשיבה מספר אתרים בישראל.
6. המערער עבד כקב"ט של אתר המשיבה ביקנעם מאז שנת 2006, כלומר היה עובד המשיבה כשתיים עשרה שנה עד למועד פיטוריו.
7. בעקבות תאונת דרכים בשנת 1987 נגרמה למערער מוגבלות. לא הייתה מחלוקת כי המערער הוא אדם עם מוגבלות לפי חוק השוויון.
8. בשנת 2014 מונתה גב' גלי בנימיני ממשאבי אנוש במשיבה כממונה על העסקת אנשים עם מוגבלות, וזאת ע"פ הנדרש מכח ס' 3 לצו ההרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות משנת 2014. הצו קובע כי מעסיק ימנה אדם מטעמו כאחראי תעסוקת אנשים עם מוגבלות לשם יישום וקידום חובת הייצוג ההולם אצל המעסיק - לפיה לכל הפחות 3% מקרב העובדים צריכים להיות אנשים עם מוגבלות, שאחרת מדובר במעסיק שלא מקיים את חובתו מכח הדין לייצוג הולם.
- בשלב מסוים גב' בנימיני ביקשה ממי מהעובדים שמעוניין להודיע כי הוא אדם עם מוגבלות שיוודיע לה על כך. המערער הודיע כי יש לו מוגבלות קבועה וכי ההתאמות הדרושות לו הן חנייה מותאמת וכי תיתכן גם מוגבלות בכל הנוגע לפעילות ארגונית או חוץ ארגונית לפי המאמץ שיידרש.
9. בשנת 2014 נרכשה הנתבעת ע"י חברת "קובידיאן" העולמית ובשנת 2015 נרכשה חברת "קובידיאן" ע"י חברת "מדטרוניק" העולמית (להלן: חברת האם").
10. בעקבות הרכישה ע"י חברת האם, בשנת 2017 מונה מר יהודה שקלרש לדירקטור תפעול במשיבה והפך למנהלו הישיר של המערער. בהמשך לכך ערך שיחות עם המערער אודות עבודת הבטחון במשיבה, ערך בדיקות שונות והגיע למסקנה כי משרת הקב"ט אינה נחוצה וכי המטלות אותן מבצע המערער עולות לכדי 20% משרה מלאה בלבד.

11. בתאריך 24/12/17 נערכה פגישה במשיבה בה לקחו חלק מר שקלרש, גבי בנימיני, גבי שדה – דירקטור משאבי אנוש של חברת האם, גבי טלי יפה- מנהלת משאבי אנוש במשיבה וכן עו"ד קרופניק, יועמ"ש של המשיבה. בפגישה זו הוחלט לבטל את תקן הקב"ט באתר יקנעם, כלומר לבטל את המשרה שמילא המערער.

ביה"ד קבע כי גבי בנימיני בדקה "אפשרות להציע לתובע תפקיד אחר בנתבעת, אלא שבאותה עת המשרות היחידות שהיו פנויות היו משרות של מהנדסים, שאינן רלוונטיות לתובע".

נציין כבר עתה, כי לעמדתנו - **מפסק הדין ומטיעוני המשיבה לא ניתן להבין מה נעשה בדיוק בכל הנוגע לניסיון איתור של משרות פנויות במשיבה, וזאת מעבר לאמירתן הכללית של העדות מטעם המשיבה כי ניסו למצוא משרה חלופית אך לא הייתה משרה פנויה. אין כל טענה ולא הובאה כל ראיה כי מעבר לבדיקה בסיסית זו נערכו בדיקות או מאמצים נוספים, או ניסיונות יצירתיים למצוא תפקיד חלופי.**

12. **למחרת**, בתאריך 25/12/17 זומן המערער לשימוע טרם פיטורים בשל ההחלטה על ביטול תקן הקב"ט עקב שינויים ארגוניים והתייעלות והעברת רכיבי התפקיד לפונקציות אחרות בחברה, כפי שהגדירה זאת המשיבה. המערער לא הסכים להשתתף בשימוע משום שמר שקלרש השתתף בו ולכן הגיש טיעונים בכתב.

סמיכות הזמנים – בה למחרת היום בה התקבלה ההחלטה על ביטול התקן כבר זומן המערער לשימוע מחזקת את שאמרנו לעיל לפיו לא נעשו ניסיונות אמיתיים למציאת תפקיד חלופי. בזמן קצר כזה לא ניתן לעמוד בדרישות שהציבה הפסיקה בכל הנוגע למאמץ, היצירתיות והגמישות הנדרשת ממעסיק בבואו לבצע התאמה בדמות תפקיד חלופי, ובהמשך נתייחס לפסיקה זו.

13. ביום 22/1/18 נערכה ישיבה במשיבה בה דנו בטיעוני המערער לגבי פיטוריו.

14. ביום 30/1/18 הוחלט לפטר את המערער לאחר שהמשיבה דחתה את טיעוניו. נקבע כי הפיטורים יכנסו לתוקף ביום 1/3/18.

התשתית המשפטית

15. 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 מטרת החוק יש לפרשו בהרחבה, הגם שבהגינות כלפי כל הצדדים המעורבים. כן נקבע כי גם אם השיקול הנוגע למוגבלות היה רק אחד השיקולים ולא דווקא העיקרי או

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

היחיד, מדובר בהפליה, מששיקול זה 'צובע' את ההחלטה כולה בגוון של הפליה, וכפי שנקבע לגבי החלטות הנגועות במניעים זרים בדיני העבודה הכלליים.

כן אנו מפנים לשני פסקי דין של ביה"ד הארצי לעבודה ודנו בהרחבה בחוק השוויון - בעניין **תרכובות ברום נגד בורוכוב** ובעניין **קופולק נ' חנשווילי**.²

בעניין קופולק הנ"ל נקבע כי:

"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).

נטל ההוכחה

16. בכל הנוגע לנטל ההוכחה המיוחד במקרים מסוג זה - סעיף 13 לחוק מחיל את הוראותיו של סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח - 1988, וקובע שהנטל יהיה על המעסיק. להלן לשון הסעיף:

"(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."

בעניין **בורוכוב**, שאוזכר לעיל, נקבע כי כאשר מדובר **בפיטורי צמצום**, אשר נובעים מצרכי המעסיק ולא בשל ליקוי בהתנהגות העובד - די בכך שהעובד מראה כי הוא אדם עם מוגבלות (וכשמדובר במוגבלות סמויה - שיידע את המעסיק בדבר) על מנת שהנטל יעבור למעסיק אשר עליו להוכיח כי סיום העבודה נבע ממניעים ענייניים.

נקבע, כי על מעסיק להוכיח שהחלטת הפיטורים נבעה מצרכים אמיתיים שלו וללא קשר לעובד (למשל באמצעות תוכנית הבראה, צמצומים וכו') **ובנוסף לכך עליו להוכיח כי - "לקח בחשבון את מוגבלות העובד ועשה מאמצים אקטיביים, כנים וישרים לאתר עבורו תפקיד מתאים אחר, ובמידת הצורך לבצע התאמה נדרשת לשם כך"**.

(סעיפים 16 - 17, 37 לפסה"ד בעניין **בורוכוב** - ביה"ד הארצי אימץ את קביעתו העקרונית של ביה"ד האזורי בעניין).

מיהו אדם עם מוגבלות

17. סעיף 5 לחוק מגדיר אדם עם מוגבלות כ- **"אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים"**. סעיף 8(ד) לחוק, העוסק באיסור על אפליה ובחובת ההתאמות, מוסיף וקובע כי הוראות אלה

² 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.

חלות גם על "מי שהיה בעבר אדם עם מוגבלות, על מי שנחשב לאדם עם מוגבלות ועל בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו".

יצוין, כי גם אדם עם מוגבלות זמנית נכנס להגדרת סעיף 5 לחוק, כפי שהדבר מצוין בסעיף ברחל בתך הקטנה.

בעניין זה אנו מפנים לבג"צ מחמלי אשר עסק בהרחבה בחוק השוויון. במסגרת פסק דינו התייחס ביהמ"ש העליון למושג 'תחומי חיים עיקריים' לפי החוק. נקבע, כי הגם שהחוק לא מגדיר מהו תחום חיים עיקרי, הרי שבין היתר, יכול ויכללו במסגרת מושג זה תחומים כגון – "יכולת האדם לדאוג לענייניו, הליכה, ראייה, שמיעה, דיבור, נשימה, למידה, עבודה, עמידה, נשיאה, חשיבה, יכולת ריכוז ואינטרקציה עם אחרים" (פסקה 22 לפסה"ד).

בפסה"ד בעניין בורוכוב נקבע כי גם עובד המתפקד באופן מלא ומיטבי במסגרת העבודה, אך תפקודו מוגבל באופן מהותי בתחום חיים עיקרי אחר, שאינו חייב להיות תעסוקה, ייכלל במסגרת ההגדרה של אדם עם מוגבלות. מכאן שגם אדם שלמוגבלותו אין השפעה דווקא על תפקודו בעבודה זכאי להגנת החוק בתחום התעסוקה, והעובדה שאדם עם מוגבלות לא נזקק להתאמות במקום העבודה – אינה מוציאה אותו מגדר ההגנה של החוק.

ייצוג הולם והעדפה מתקנת

18. סוגיית איסור האפליה המוסדרת בסעיף 8 לחוק וסוגיית ההעדפה המתקנת והייצוג ההולם המוסדרת בסעיף 9 לחוק באות לידי ביטוי בשלבי ההעסקה השונים – הן בשלב הגיוס של עובדים חדשים, הן בשלב הקידום בעבודה ומתן תנאי העבודה, הן בשלב מתן ההתאמות במקרים בהם הן נדרשות והן בשלב סיום העבודה מסיבות שונות הכוללות גם פיטורי התייעלות וצמצום.

סעיף 9 לחוק השוויון עוסק בחובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות וקובע כדלקמן:

"(א) ראה מעסיק כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן - ייצוג הולם), יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות.

(ב) פעולות מעסיק לפי סעיף זה, יכול שיעשו בתכנית אשר תכלול הוראות בדבר העדפת העסקתם או קידומם של אנשים עם מוגבלות שהם כשירים לתפקיד ולמשרה שהם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד או למשרה.

...

(ד) "מעסיק" - מעסיק המעסיק יותר מ- 25 עובדים למעט משרד ממשלתי...

"התאמות" - כהגדרתן בסעיף 8(ה) "(ההדגשות אינן במקור. ס.פ.ג.).

צו ההרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות משנת 2014 קובע כי יראו במעסיק אשר 3% מקרב עובדיו או יותר הם אנשים עם מוגבלות - כגוף שיש בו ייצוג הולם כאמור בסעיף 9 לחוק השוויון (הצו חל על מעסיקים אשר להם מאה עובדים ומעלה).

כן נקבע כי קיימת חובה לנסות ולאתר לעובד תפקיד חלופי מתאים ככל שתפקידו המקורי התייתר ותוך לקיחה בחשבון של חובת ביצוע ההתאמות – **וזאת על מנת להביא ככל הניתן לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה.**

כלומר, גם במקרה בו הפיטורים אינם 'פרסונאליים' אלא פועל יוצא של הליכי התייעלות או ביטול משרה של עובד – עדיין אין בכך כדי לאפשר את פיטוריו של אדם עם מוגבלות מבלי שנבחן כל הנדרש על מנת להשאירו במקום העבודה, ובין היתר לפעול על פי חובת ההתאמות (נושא ההתאמות יידון בהרחבה בהמשך), ומתוך עניין בורוכוב:

"חובת הייצוג ההולם הקבועה בחוק משמעה מתן עדיפות לעובדים עם מוגבלות, במקרים המתאימים, בעת קבלת החלטה על רשימת העובדים שיסיימו את עבודתם במסגרת פיטורי צמצום, וזאת אלא אם יוכיח המעסיק כי התמלאה חובת הייצוג ההולם הקבועה בסעיף 9 (א) לחוק"...

"לאור כל זאת, ככל שהיינו סבורים שהעובדת היא 'אדם עם מוגבלות' כמשמעות המונח בחוק, וככל שהחברה הייתה מיודעת בכך, אכן עניין זה אמור היה להישקל לזכות העובדת כחלק ממכלול השיקולים הרלוונטיים שנשקלו בעת גיבוש רשימת המפוטרים. אין משמעות הדבר כי עובד עם מוגבלות זכאי לחסינות אוטומטית בעת פיטורי צמצום, אלא שיש לשקול לכף זכות את מוגבלותו; להעדיפו על פני עובדים אחרים בעלי נתונים דומים (גם אם קיים פער שאינו משמעותי לזכות העובדים האחרים, בדומה לקביעה בעניין מחמלי); ואף לנסות ולאתר לו תפקיד חלופי מתאים (ככל שתפקידו המקורי התייתר במסגרת הצמצומים, ותוך לקיחה בחשבון של חובת ביצוע ההתאמות), וכל זאת על מנת להביא ככל הניתן לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה.

היות וחובה זו נגזרת מחובת הייצוג ההולם, ניתן לכאורה לטעון כי היא תחול רק כל עוד אין ייצוג הולם באותו מקום עבודה, היינו כל עוד לא יוכיח המעסיק שבמקום העבודה כבר קיים ייצוג מלא לאנשים עם מוגבלות בהתאם לשיעורם היחסי באוכלוסיה, גם בתפקיד ובדרגה של העובד מושא הדיון, וגם לאחר פיטורי הצמצום (כאשר לא די לצורך כך במילוי המכסות הנקובות בצו ההרחבה, שאינן יכולות לגבור על החובה המצוינת בחוק). עם זאת, סוגיה זו מעלה שאלות ואינה נדרשת לצורך ההכרעה בעניין שלפנינו, ומילא איננו קובעים בה מסמרות. להסרת ספק נבהיר שוב כי גם ביחס לעובד שאינו 'אדם עם מוגבלות' יש לקחת בחשבון את כלל נסיבותיו האישיות לרבות מצבו הרפואי בעת קבלת החלטה על פיטוריו בכלל ובפיטורי צמצום בפרט, אך ביחס ל'אדם עם מוגבלות' קובע החוק גם שיש להעדיפו על פני עובדים אחרים. קביעה זו אינה בהכרח אינטואיטיבית, אך נובעת מהוראות החוק ומתכליתו שפורטה לעיל, לקדם העסקתם של עובדים עם מוגבלויות גם בצעדים אקטיביים ובלתי שגרתיים".

(פסקה 68 לפסה"ד; בעניין זה ראה פסקאות 63-68 לפסה"ד בעניין בורוכוב; ההדגשות אינן במקור).

19. מהאמור עולה כי המעסיק מחויב ליתן העדפה מתקנת לעובד עם מוגבלות, על מנת לקדם את הייצוג ההולם; חובה זו מתייחסת למקרים בהם אין כל קשר בין הפיטורים למוגבלותו של העובד, ואין טענה של אפליה, אלא שמדובר בחובה העומדת על רגליה שלה המעוגנת בסעיף 9 לחוק. במסגרתה, על המעסיק לבחון ברצינות תפקידים חלופיים וביצוע התאמות לשם מניעת הפיטורים, וזאת אלא אם יוכיח המעסיק כי הוא עומד בחובת הייצוג ההולם.

חובת ההתאמות

20. כאמור לעיל, סעיף 9 לחוק, העוסק בייצוג הולם, קובע כי אחד הצעדים בהם מעסיק מחויב לנקוט לצורך קידום הייצוג ההולם הוא ביצוע התאמות. ממשיך הסעיף וקובע כי מונח ההתאמות הוא זה המוגדר בסעיף 8 (ה) לחוק השוויון.

סעיף 8 לחוק השוויון קובע איסור על הפליה בתעסוקה:

"(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 ולאפשר לעובד להמשיך ולעבוד.

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

הפסיקה יצקה תוכן למונח “התאמות” המופיע בסעיף 8(ה) לחוק השוויון וכאמור רלוונטי גם לדרישת הייצוג ההולם בסעיף 9 לחוק. 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).

בכל הנוגע לחובת ההתאמות נקבע בבג"צ מחמלי כי רשימת ההתאמות המפורטת בסעיף 8 לחוק הינה רשימה פתוחה וההתאמות הנדרשות משתנות ממקרה למקרה, כאשר בין היתר תיתכנה ההתאמות הבאות: שינויים בהגדרות התפקיד ועיצובן מחדש, הגמשה של שעות העבודה על ידי פיצולן או עבודה במשרה חלקית, יצירת משרה חדשה עבור העובד ההולמת את מצבו, חריגה מנהלי העבודה הקבועים בעניין הספציפי, התאמה כלכלית, שיבוץ בתפקיד חלופי.

בהקשר להתאמה של תפקיד חלופי נקבע כי אין די באמירה לקונית של מעסיק כי אין לו תפקידים חלופיים להציע לעובד, אלא עליו להוכיח כי עשה ניסיון אמיתי לאיתור תפקיד כזה, להצביע על תפקידים שבדק, מדוע תפקידים מסוימים נשללו; על המעסיק לשתף את העובד בתהליך איתור התפקיד החלופי ובוודאי שעליו להתייחס לתפקידים עליהם הצביע העובד. האקטיביות ולא הפסיביות היא החשובה (ראה לעניין זה פסקה 35 בבג"צ מחמלי).

לצורך ביצוע התאמות ומציאת תפקיד חלופי נדרש המעסיק **לגמישות ויצירתיות ולעתים לשינוי של נהלים או תנאי עבודה קיימים, כאשר הדבר לא מטיל נטל כבד מדי**. במקרים המתאימים יש לבחון גם אפשרות של מתן הכשרה לעובד, על מנת לבצע תפקיד חדש. הגדרתה של 'התאמה' והשאלה מהי כוללת – זכו לפרשנות גמישה בפסיקה.

חובת ההתאמות מסויגת בכך שההתאמה אינה מטילה על המעסיק "נטל כבד מדי" המוגדר בסעיף 8 לחוק. סייג הנטל הכבד נועד לערוך את האיזון מתוך ההבנה שיהיו מקרים בהם מעסיק לא יוכל לעמוד בהמשך העסקתו של העובד בעל המוגבלות. **נטל ההוכחה במקרה זה הוא על המעסיק**, כאשר לא נמצא פגם בתפקודו של העובד.

בעניין זה נלקחים בחשבון נתונים כגון גודל העסק ומבנהו, היקף הפעילות, מספר העובדים והרכב כוח האדם (סעיף 8(ה) לחוק). בעניין חננשווילי 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" (ראו פסקאות 62-66 לפסק הדין).

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 חושאן³, (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.

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

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).

נסיבה כגון תקופת עבודה ממושכת מעצימה את החובה ויוצקת תוכן רחב יותר לדרישת ביצוע ההתאמה של איתור תפקיד חלופי כמו גם לשאלה מהו נטל כבד מדי בנסיבות העניין. כך, לדוגמה, ייתכן שלגבי מי שעובד תקופה קצרה הדרישה לבחון הכשרה לתפקיד אחר או תפקיד חלופי מסוים תהווה נטל כבד מדי וזאת בשונה ממי שעובד תקופה שאינה קצרה, ובכל אופן בכל מקרה יש לבחון את הנסיבות.

יש לזכור, כי גם אם קיים נטל כבד בביצוע התאמה – כגון עלות הכשרה של עובד, יש מקרים בהם עומדת בפני המעסיק האפשרות להשתתפות המדינה בנשיאת עלות ההתאמה, דבר שיכול לבטל או להפחית את הנטל המוטל על המעסיק⁴.

היישום בענייננו

21. בפתח הדברים נבקש לציין כי קיים קושי מבחינת הנציבות עם אמירתו של ביה"ד האזורי לפיה "התובע, מעולם, לא התנהל בעבודתו כנכה וזאת חרף אחוזי הנכות הגבוהים שלו" (סעיף 10(ו) לפסה"ד וכן עמ' 31 לפסה"ד, פסקה אחרונה). נראה שכוונת ביה"ד הייתה לכך שהמערער לא ביקש התאמות עקב מוגבלותו.

ראשית, מבחינת ניסוח – הקורא אמירה זו יכול להבין, גם אם לא זו הייתה הכוונה - כאילו 'התנהלות טבעית' של אדם עם מוגבלות היא בקשת הקלות ו'הנחות' ותלות בזולת ואת המוגבלות כאילו היא הציר המרכזי במקום להציב את האדם עצמו במרכז. כפי שאין דבר כזה 'התנהלות של אדם ללא מוגבלות' הרי שאין דבר שניתן להגדירו כ'התנהלות של אדם עם מוגבלות', כל אדם בפני עצמו.

מה גם, שאדם עם מוגבלות זכאי מכח החוק להתאמות ואין פה עניין של 'התנהלות' או הנחות אלא של מיצוי זכויות שמטרתן שמירה על השוויון, כפי שיש לגבי אוכלוסיות רבות בתחום המוגבלות קיים מאבק קשה בדעות קדומות שמבוססות על תיוג האדם להבדיל מבחינה עניינית והוגנת של האדם ועל כן קיים לנו קושי עם ניסוח מסוג זה.

שנית – גם אם עובד עם מוגבלות לא מבקש התאמות במהלך עבודתו עדיין אין זה מוציא אותו מגדר הגנת החוק, למשל בשלב הפיטורים כפי שהיה בענייננו. יש אנשים רבים עם מוגבלות שלא זקוקים להתאמות ועדיין מפוטרים עקב מוגבלותם או ללא מתן משקל למוגבלותם. על כן, במקרה כמו בענייננו בו לא היתה טענה שהפיטורים היו קשורים בבקשת התאמות שלא מולאה, אין כל רלוונטיות לעובדה שהמערער לא ביקש התאמות משמעותיות במהלך עבודתו – ועדיין אסור למעסיק לפטרו ללא מתן משקל הולם למוגבלותו ולחובת הייצוג ההולם.

22. הצורך בהגנה על עובדים עם מוגבלות קיים גם בפיטורי צמצום/התייעלות, בשני היבטים מרכזיים:

4 ראו תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות) תשס"ו-2006.

הראשון – יש לבחון בקפידה אם פיטוריו של עובד עם מוגבלות הם אכן עקב התייעלות ולא בבחינת אמתלה וניצול הפררוגטיבה של המעסיק להתייעל - כדי לסיים העסקה של אדם עם מוגבלות ;

השני – גם אם הוכח שהשיקולים הינם ענייניים, יש לוודא שהמעסיק קיים את החובות החלות עליו להשקיע מאמצים ולנקוט פעולות אקטיביות מתוך כוונה אמיתית שלא לפטר אנשים עם מוגבלות, אלא רק בלית ברירה וכמוצא אחרון- וזאת משיקולים של ייצוג הולם, בשל הצורך בהעדפה מתקנת ונוכח הקשיים העומדים בפני אדם עם מוגבלות להשתלב בשוק התעסוקה.

פעולות אקטיביות אלה כוללות גם ביצוע מאמצים אמיתיים למציאת תפקיד חלופי.

הדבר מקבל משנה תוקף עת מדובר במעסיק גדול ובעובד שעבד במשך תקופה ממושכת – ובענייננו מדובר בעובד שפוטר לאחר 12 שנות עבודה.

ככל שמדובר במעסיק שאינו עומד בחובת הייצוג ההולם לפי צו ההרחבה (3%) הרי שמדובר במצב חמור עוד יותר במידה והמעסיק לא נותן משקל למוגבלותו של העובד.

23. גם אם המשיבה הציגה טיעונים ענייניים אשר הצדיקו את ביטול תקן הקב"ט - בדמות היקף המשרה הנמוך – טיעונים עובדתיים שאומצו ע"י ביה"ד האזורי, הרי שעדיין מכח חובת הייצוג ההולם היה עליה לבחון בצורה יסודית את האפשרות לשנות את הגדרת תפקידו או לשלבו בתפקיד חלופי.

כעולה מפס"ד **בורוכוב**, שהובא לעיל, עת מדובר בפיטורי צמצום – לא די בכך שהמעסיק יראה כי הפיטורים נבעו מטעם ענייני אלא על המעסיק להוסיף ולהוכיח כי הוא לקח בחשבון את מוגבלות העובד ועשה מאמצים אקטיביים, כנים וישרים לאתר עבורו תפקיד מתאים אחר ובמידת הצורך לבצע התאמות – וזאת על מנת להבטיח ייצוג הולם.

24. לעניות דעתנו - מהשתלשלות העובדות, כפי שנקבעו ע"י ביה"ד האזורי, לא ניתן לקבוע כי המשיבה עמדה בחובותיה אלה :

24.1. **הפגישה מיום 24/12/17 בה הוחלט על ביטול התקן** : ביה"ד האזורי קבע כי עניין המוגבלות לא עלה בשלב שקילת ביטול התקן (עמ' 25 לפסה"ד). זאת למרות שהיה ברור כי ביטול התקן משליך ישירות על המשך עבודתו של המערער. וזאת למרות שהיה ידוע למשיבה כי מדובר באדם עם מוגבלות ואף הממונה גב' בנימיני, נכחה בפגישה וכן ישב בה יועמ"ש המשיבה. העובדה שאין בפרוטי כל התייחסות למוגבלות מצביעה על כך שמלכתחילה לא ניתן לדבר המשקל הראוי. משקל זה היה צריך להינתן הן כאחד השיקולים בהחלטה של עצם ביטול התפקיד והן בכל הנוגע לצורך המוגבר במציאת תפקיד חלופי.

לא זו אף זו, מעיון בסיכום הפגישה עולה כי כבר במועד זה, מיד לאחר ההחלטה על ביטול התקן, הוחלט שכבר למחרת יישלח למערער זימון לשימוע (נספח 2 לערעור). כלומר, כלל לא הייתה כוונה להשקיע זמן בניסיון לאתר תפקיד חלופי.

24.2. גב' בנימיני וגב' שדה העידו כי בחנו אפשרויות העסקה אחרות אך באותה עת המשרות היחידות שהיו פנויות היו של מהנדסים, שאינן רלוונטיות לתובע. בדיקה זו, שנראה כי התמצתה בעיון במאגר המשרות הפנויות בזמן הנתון לא עומדת בדרישות הפסיקה שפורטו לעיל. לא מצאנו

בפסה"ד או בחומר שהובא לפנינו ראיות המצביעות על מאמצים נוספים ומשמעותיים שבצעה המשיבה.

24.3. **כבר למחרת ההחלטה על ביטול התקן, ביום 25/12/17** – נשלח למערער זימון לשימוע טרם פיטורים: סמיכות זמנים זו מעידה באופן ברור על כך שלא נעשה ניסיון אמיתי ורציני למצוא תפקיד חלופי ובטח שלא ננקטו היצירתיות והגמישות הנדרשות ממעסיק כפי שתוארו בהרחבה למעלה. ביום אחד לא ניתן לעשות חיפוש רציני – מה גם, שכאמור לעיל, לא הובאו כל ראיות לחיפוש כזה. כך למשל, ניתן היה לבחון להוסיף למערער תפקידים נוספים על תפקידיו הקיימים כדי שיגיע להיקף משרה גדול יותר, לשלב תפקידים ולשנות מסגרות של תפקידים קיימים (ואולי להחזיר לו משימות שהיו תחתיו בעבר ונלקחו); וכן לערוך חיפוש מדוקדק באתרים אחרים ובמשרות בחברת האם – כאשר מהראיות עולה כי היה שילוב הדוק בנושא כח האדם בין המשיבה ובין חברת האם.

בפסה"ד האזורי לא הייתה התייחסות לסמיכות זמנים זו בין ההחלטה על ביטול התקן והזימון לשימוע.

ודוק, בזמן אמת לא הייתה כל טענה שפתרון יצירתי כזה נמצא אך היה בו כדי להטיל נטל כבד מדי ולכן המשיבה לא יכלה ליישמו. בזמן אמת לא נשקל פתרון וממילא לא הועלתה טענה של נטל כבד מדי, כך שגם לא ניתן לקבל טענה כזו כעת (טענה כזו אף לא הועלתה).

יודגש, כי על המעסיק לבחון ביוזמתו את סוגיית המוגבלות טרם פיטורים. על כן לא ניתן לטעון כי היה על המשיבה לשקול את הדבר רק לאחר העלתו במסגרת הטיעונים בשימוע (דבר שלדעתנו גם אז לא נעשה כמו שצריך); טענה זו יכולה להישמע במקרה של מוגבלות סמויה שמועלית רק בשלב השימוע או במקרה של שיקולים אישיים אחרים (שאינם קשורים למוגבלות) שלא היו ידועים למעסיק. אך כאמור, לא זה המקרה שלפנינו.

24.4. **בין מועד שליחת הזימון לשימוע (25/12/18) ובין מועד הפגישה במשיבה בה נבחנו טיעוני המערער (22/1/18) – חלף כמעט חודש.** עם זאת, לא הובאו ראיות לכך שבתקופה ארוכה זו שעמדה למשיבה היא עשתה דבר מה משמעותי למציאת תפקיד חלופי. כך גם לא הובאו ראיות כי הייתה פנייה כלשהי למערער על מנת לשלבו בהליך איתור כזה.

כל זאת בניגוד לחובות המעסיק כפי שפורטו בתשתית המשפטית שלעיל.

24.5. **לגבי הפגישה במשיבה ביום 22/1/18** בה נבחנו טיעוני המערער טרם החלטה סופית על פיטוריו (טיעוניו כללו טיעון לפיו מוגבלותו מצדיקה העדפה מתקנת): מעיון בטיעוני המשיבה עצמה כפי שהובאו בפסה"ד עולה כי בשלב זה לא הייתה התייחסות עניינית לנושא העדפה מתקנת וייצוג הולם ועיקר הדיון נסב סביב היקף המשרה (סעיף 12' לפסה"ד האזורי).

24.6. **החלטה על פיטורים מיום 30/1/18** – המסמכים משלב זה לא היו בפנינו, אך לא מצאנו בפסק הדין האזורי פירוט של התייחסות המשיבה לנושא המוגבלות בשלב זה או למאמצים שנעשו על מנת לפעול לקידום העדפה מתקנת.

25. כלומר, מעבר לעדותן של גב' בנימיני וגב' שדה כי בחנו אפשרויות העסקה אחרות אך באותה עת המשרות היחידות שהיו פנויות היו של מהנדסים, לא ראינו בפסה"ד או במסמכים שהובאו בפנינו ראיות לכך שהמשיבה עמדה בחובותיה.

ביה"ד האזורי התרשם כי הממונה על אנשים עם מוגבלות במשיבה, גב' בנימיני, הייתה "מודעת לחשיבות תפקידה כממונה על אנשים עם מוגבלויות בנתבעת וכי היא עשתה ככל יכולתה כדי לסייע לתובע (לרבות ניסיון למצוא לו תפקיד אחר בנתבעת ולרבות פנייה לגב' שדה שתבחן אפשרות שכזאת)" (עמ' 26 לפסה"ד האזורי).

לעניות דעתנו, דברים אלה לא עולים בקנה אחד עם השתלשלות העניינים שתוארה לעיל.

אנו סבורים כי בתי הדין לא צריכים להסתפק באמירות כלליות של מעסיקים לפיהן בדקו או ניסו לבצע התאמות, אלא לדרוש שהמעסיק יוכיח את רצינות הצעדים ומה בדיוק עשה, תוך בחינה אם התקיימה הדרישה לבחינה יצירתית, גמישה ובלתי שגרתית של חלופות. בהקשר זה נציין כי גם אם הטיעונים של המערער לגבי חלקי משרתו או תפקידים שבצע בעבר ונלקחו ממנו – לא נמצאו מוצדקים לצורך שינוי ההחלטה על ביטול תקן הקב"ט, הרי שהמשיבה יכלה להעזר בדברים שהעלה על מנת לבחון אם ניתן באמצעות רכיבי המשרה השונים ליצור תפקיד. לא ראינו ראיות למהלך כזה, אלא למהלך ישיר ומהיר של סיום העסקה.

השאיפה להתייעלות היא בהחלט לגיטימית והיא בהחלט במסגרת הפרוגטיבה של המעסיק – אך זו מוגבלת בהוראות הדין וכבר נקבע כי 'שוויון עולה כסף'.

בסיכומי המערער (סעיף 4) נטען כי במהלך העדויות התברר כי גב' בנימיני כלל לא ידעה לאמר כמה אנשים עם מוגבלות מועסקים אצל הנתבעת. לא מצאנו התייחסות לעניין זה בפסה"ד. ככל שביה"ד יקבע שאכן כך הם הדברים, הרי שמדובר בהתנהלות לקויה מאד. מדובר בנתון בסיסי שעל ממונה על העסקת אנשים עם מוגבלות ועל מקבלי החלטות אצל המעסיק לדעת הן באופן רוחבי והן עת הוא דן בפיטורי אדם עם מוגבלות.

לא די בכך שמעסיק ממנה ממונה ושולח אותו לקורס הכשרה בתחום; כך גם לא די באמפתיה או סימפתיה שמגלה הממונה למצבו של העובד – כפי שנעשה כאן. מינוי ממונה אינו בבחינת מס שפתיים אלא יש לו מטרה מהותית.

המבחן הוא האם המעסיק לוקח בחשבון בעת קבלת החלטות את הנתונים הרלוונטים הקשורים לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, כאשר הממונה אמורה להיות 'כלי' שאמור לסייע לו בכך.

חשוב לנו להדגיש כי האחריות בעניין זה מוטלת לפתחם של מקבלי החלטות הבכירים אצל המעסיק ואיננו מעוניינים כי האשם יוטל על הממונה בלבד. גם אם הממונה כשל, הרי שמדובר באורגן של המעסיק והאחריות היא של המעסיק עצמו המחויב לפעול על פי הדין. אין אנו מעוניינים כי מעסיקים 'ישליכו' לפתחו של הממונה את האחריות בכל הנוגע לפיטוריו של עובד עם מוגבלות. האחריות של יישום חוק השוויון היא לא עניין שרק על הממונה לעסוק בו אלא על המעסיק עצמו להיות ער לו ולפעול בהתאם. הגם שבענייננו אין מחלוקת כי מקבלי החלטות במשיבה ידעו כי מדובר באדם עם מוגבלות.

בהקשר לאמור בעמ' 24 לפסה"ד האזורי (פסקה אחרונה) - נדגיש כי אין חובה שהעובד יפנה לממונה על מנת שזה יסייע לו ויקיים את חובותיו. על הממונה לקיימם בלי קשר לפניית או בקשת העובד ממנו.

איננו מקבלים את טענת המערער כי על הממונה להגן תמיד על העובד ולמנוע את פיטוריו. על הממונה להציף את הנושא המוגבלות כשיקול רלוונטי בפני מקבלי החלטות ולהדגיש בפני המעסיק שאסור לו להתעלם מכך, כאשר כאמור האחריות הסופית היא של המעסיק.

26. זאת ועוד, לא ראינו עדויות לכך שמלבד המערער היו עובדים נוספים שפוטרו במסגרת הליך ההתייעלות אשר לטענת המשיבה בצעה, ואף בכך יש משום אי נוחות שמתגברת בשים לב למכלול הנסיבות כפי שתוארו לעיל.

27. עמדת הנציבות היא שאין לאמץ את קביעת ביה"ד האזורי בענייננו לפיה - **"קשה להשוות בין הדברים שנקבעו בפסק דינו הנ"ל של בית הדין הארצי (עניין בורוכוב – ס.פ.ג.) לעניינו של התובע, אשר כפי שכבר צוין, לא התנהל כנכה ולא ביקש שום התאמות מיוחדות למצבו, מצב אשר לא מנע ממנו לבצע, את תפקידו, לאורך השנים. הנתבעת כן הייתה ערה לנושא אנשים עם מוגבלות ולחוק ולכן פעלה לשם הכשרת ממונה בתחומיה. כאשר גם בנקודה זו ראוי להדגיש כי נכותו של התובע, לא פעלה לרעתו ולא היוותה שיקול ואף לא חלק מהשיקול של הנתבעת לפטרו"** (עמ' 31, פסקה אחרונה).

ראשית, כפי שצוין לעיל – לא ברור מדוע לא ניתן ליישם את קביעות בורוכוב בענייננו רק משום ש"התובע לא התנהל כנכה ולא ביקש שום התאמות". אין רלוונטיות לשאלה אם עובד ביקש התאמות במשך תקופת עבודתו ובין החובה ליתן העדפה מתקנת בשלב שקילת הפיטורים.

שנית, גם העובדה שביה"ד קבע כי לא נמצא שהפיטורים היו עקב המוגבלות, כלומר שאין המדובר באפליה (סעיף 8 לחוק) – אין בה כדי לשנות או להפחית מחובת המעסיק לפי סעיף 9 בדבר העדפה מתקנת והשגת ייצוג הולם.

הקביעות שנקבעו בעניין בורוכוב לעניין פיטורי צמצום רלוונטיות למקרה שלפנינו ומעיון בהשתלשלות העניינים עולה כי המעסיק לא פעל על פי הנדרש.

באשר נטל ההוכחה לגבי פרק התעסוקה בחוק השוויון מוטל על המעסיק (משהתנהגותו של העובד לא הייתה בעייתיות), הרי שהנטל להוכיח קיומו של ייצוג הולם במקרה מסוג זה מוטל על המעסיק. ככל שמבקש המעסיק לטעון כי אין הוא מחוייב לתת עדיפות לעובד עם מוגבלות ולבצע התאמות לצורך השגת ייצוג הולם, הרי שהנטל להוכיח קיומו של ייצוג הולם מוטל עליו (וראה עניין בורוכוב שאוזכר לעיל).

בטיעוניה של המשיבה לא הייתה כל התייחסות לנושא הייצוג ההולם אצלה. אף מפסק הדין לא עולה כי המשיבה הוכיחה שיש בחצריה ייצוג הולם ומכאן כי היא לא הוכיחה שאין היא מחויבת במתן ייצוג הולם. יצוין, כי לא מצאנו בפסק הדין התייחסות לטענת המערער כי המשיבה כלל לא ידעה לאמר מה אחוז המועסקים אצלה שהם אנשים עם מוגבלות.

לאור נטל ההוכחה, אנו סבורים כי אין לזקוף לחובת המערער את העובדה כי "לא טען להעדר ייצוג הולם, בנתבעת, לאנשים עם מוגבלות" (סעיף 32 לפסה"ד האזורי). מה גם, שהמערער טען בתביעתו כי לא ניתן משקל למוגבלותו וכי הפיטורים נוגדים את חוק השוויון (עמ' 8 לפסה"ד האזורי).

28. ביה"ד האזורי קבע כי "למרות שעמדת הנתבעת לפיה ההחלטה בנוגע לתקן הקב"ט, הייתה החלטה לא פרסונלית, מובנת לבית הדין, הוא מוצא טעם מסוים לפגם בכך שעניין נכותו של התובע, לא עלה, כבר בשלב בו נשקלה אפשרות ביטול התקן וזאת למרות שמבחן התוצאה מלמד שגם לו היה נשקל עניין זה, לא הייתה הנתבעת מגיעה למסקנה שונה.. " (ע' 25 לפסה"ד, פסקה עליונה) ובהמשך – "מדובר בפגם שבחינת מכלול הראיות והעדויות הובילה את ביה"ד למסקנה, כי גם לו היה מועלה, קרי- לו לא היה נופל הפגם המסוים הנ"ל, הייתה הנתבעת מגיעה לאותה תוצאה של ביטול תקן הקב"ט ובהמשך של פיטורי התובע וזאת בשל כל הטעמים שהובהרו על ידה" (ע' 27 לפסה"ד, פסקה תחתונה).

כפי שפורט לעיל – נראה כי למוגבלות לא ניתן המשקל הראוי בכל שלבי הפיטורים ולא רק בשלב הראשוני של ביטול תקן הקב"ט. זאת ועוד, עמדת הנציבות היא שלא ניתן לראות בהתעלמות משיקול המוגבלות כ"טעם מסוים לפגם" אלא בליבת החובה של העדפה מתקנת וחובת הייצוג ההולם. בית הדין מתמקד בענייניו השיקולים שהובילו להחלטה על ביטול התקן אך אין התייחסות לחובת המאמץ הרציני למצוא תפקיד חלופי או להשאיר את העובד בתפקידו הנוכחי תוך ביצוע התאמות יצירתיות. אם המעסיק היה פועל לפי חובותיו אלה כלל לא ברור שהעובד היה מפוטר. אכן, נושא המוגבלות שונה מהשיקולים האחרים שנלקחו לעניין ביטול התקן שסבבו סביב היקף המשרה והמשימות, אך אין זה אומר שהוא שיקול לא רלוונטי.

29. נסיים בדברים מתוך פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בבג"צ מחמלי על האופן בו יש לפרש את חוק השוויון:

"חשיבותו של המסר שבפסק דינו זה, מעבר למקרה הספציפי, היא אפוא הצורך במתן ביטוי ליחס המחודש של החברה בישראל, לפי קביעת המחוקק, לאנשים עם מוגבלויות – על ידי פרשנות נדיבה, אם גם הוגנת כלפי כולי עלמא, לחוק השוויון".



סיגלית פורת – גורנשטיין, עו"ד

נציבות שוויון זכויות לאנשים עם

מוגבלות- משרד המשפטים